

CÓDIGO DE COMERCIO DE BOLIVIA

TÍTULO PRELIMINAR DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1.- (Alcance de la Ley). El Código de Comercio regula las relaciones jurídicas derivadas de la actividad comercial.

En los casos no regulados expresamente, se aplicarán por analogía las normas de este Código y, en su defecto, las del Código Civil.

Precd: c. mtl. abrg. 818 -

Conc: Const. 141-c. c. 52, 3) -751, II) -Tdo. Mvo. 1- c.com. 82-786- 804- 866-978 - 1251 -

El Art., en su primera fase, fija el dominio de aplicación del Código, aunque deja sobrentendidas varias cuestiones que deben ser explicadas: el concepto de comercio, el de derecho comercial, su evolución histórica, su posición en la división general del Derecho, sus características, el problema de su autonomía y el de su denominación.

a) Concepto del comercio.- En su sentido más lato, ordinariamente expresa todo intercambio de cosas materiales o espirituales. El segundo sentido usualmente enuncia el llamado comercio de las ideas.

En el derecho romano, originalmente, la palabra comercio designa relaciones jurídicas relativas a los bienes, lo que explica la tradicional distinción -subsistente aún- entre cosas intra - commercium y cosas extra - commercium. Posteriormente, sirve para referirse esencial y particularmente a los contratos de compra-venta (Ulpiano: commercium est emendi vendique invicem ius; cit. de Cañizares). En el sentido económico actual, la voz comercio se opone a la idea de industria o de agricultura, aunque en el sentido jurídico el derecho comercial involucra también a la industria.

En coincidencia con la primera acepción que de la palabra da la Real Academia, Escriche define el comercio como la negociación y tráfico que se hace comprando, vendiendo o permutando unas cosas con otras, o la negociación de las producciones de la naturaleza y de la industria, con el objeto de lograr alguna ganancia.

En las distinciones clásicas de la doctrina jurídica, las leyes civiles entienden por comercio el derecho de vender y comprar en general (vendendi emendique ius: Escriche) y las leyes

comerciales solamente la negociación de mercaderías. Las primeras comprenden muebles e inmuebles (Art. 593, c.c.) y, así, se dice que se puede comprar y vender todas las cosas que están en el comercio de los hombres. Para las segundas, son objeto del comercio solo los muebles (arts. 6, 1) y 11, 2), por lo que comprar inmuebles para revenderlos no importa una operación mercantil (Escriche, conforme con el Art. 8, inc. 6).

El comercio es terrestre, marítimo o aeronáutico (arts. 929 y 1154 del Cgo. y 149 del c. aé.), según el medio de transporte que se emplee. Es interior o exterior, según se opere dentro del país (llamándose de cabotaje cuando es marítimo, fluvial o aeronáutico) o con el extranjero. En el comercio exterior se distingue el de importación, cuando se traen al país mercaderías extranjeras y el de exportación, cuando se vende mercaderías nacionales en el extranjero. Este último se dice que es de fletes o de transporte, cuando se traslada o conduce mercaderías de un país extranjero a otro. Se habla de comercio por mayor y de comercio por menor (Art. 824), cuando se negocia por medidas o pesos mayores o con pocas unidades o cantidades pequeñas, realizadas directamente al consumidor o usuario al detalle o menudeo. Se llama comercio de mercaderías, al tráfico de frutos y artefactos; comercio de dinero al que ejercen los prestamistas y agiotistas, y comercio de papel al que hacen los banqueros y cambistas, librando, tomando o descontando letras u otros documentos semejantes. Finalmente, se identifica el comercio según los lugares con los que se trafica: comercio europeo, americano, del norte, del oriente, etc.

b) Concepto del derecho comercial.- No se puede precisar una noción jurídica universal que satisfaga a todos, ni en el tiempo ni en el espacio y ella, generalmente, ha de reducirse a la que da la ley de cada país. De las doctrinas y soluciones propuestas, reflejadas en las legislaciones o en la opinión de los autores, cabe resumir las siguientes:

La concepción objetiva, considera únicamente los actos de comercio, sin tener en cuenta las personas que intervienen en ellos. Se objeta que no comprende por completo toda la materia de la disciplina en examen, mucha de la cual no constituye en sentido legal actos de comercio, v. gr.: la capacidad del comerciante, sus obligaciones sobre contabilidad e inscripción en los registros, la organización interna de las sociedades, la reglamentación de las bolsas de valores, bancos, etc.

Para la concepción subjetiva, predominante hasta las codificaciones del siglo XIX, el de comercio es un derecho de los comerciantes, elaborado para su clase social como un ordenamiento profesional con jurisdicción especial. Deja la determinación de las condiciones requeridas para integrar la corporación profesional, supeditada al carácter de los actos que la persona realice, lo que supone una noción objetiva.

La doctrina mixta, combina ambos criterios (subjetivo y objetivo). Supone más dificultades que soluciones al generar un círculo vicioso: determinar que es un comerciante para definir lo que es acto de comercio y averiguar en qué consiste este para saber quién es comerciante.

Concebido como derecho de actos en masa, el criterio determinante de comercio, comercialidad y derecho comercial se funda en el tráfico en masa o realización de miles de actos iguales con idénticas peculiaridades jurídicas y económicas, característica destacada en la exposición de motivos del Código de Comercio de Honduras de 1950, evidentemente influido por la teoría de Heck, Wieland y Locher que ha sido observada como inútil, por si misma, para fundar el concepto del derecho comercial y sólo aceptable como antecedente de la teoría de la empresa, muy difundida entre los autores (Oppikofer, Kaskel, Von Gierke, Wieland en Alemania; Salandra, Mossa, Casanova, en Italia; Polo, Garrigues, en España; Escarra en Francia, Rodríguez en México, etc., cits. de Cañizares).

La noción de empresa, para explicar el concepto del derecho comercial se funda en ideas esencialmente económicas sobre el empleo del capital y el trabajo para obtener ganancias, incluido el riesgo de la incertidumbre en las utilidades. Se la considera deficiente por no comprender todos los actos comerciales, v. gr. los cambiarios creados por el comercio y para el comercio -se dice- en todos los tiempos y en todos los países, aunque se la estima doctrina útil si está limitada a las empresas grandes, excluidas las agrícolas y las pequeñas empresas.

La noción holandesa de *bedrijf*, (actividad de negocios, según Cañizares), corresponde a la de empresa y, desde la reforma de 1934 que introdujo el sistema, puede considerarse su denominado Código de Comercio, como el que regula la empresa y el empresario.

Con las ideas de Weber sobre capitalismo: estilo de vida y sistema económico resultante de la expectativa de ganancia en virtud de un cálculo de capital, se formula el concepto en estudio como el derecho de los actos capitalistas. Juzgada esta teoría acertada mientras vincula el derecho comercial moderno al capitalismo, se crítica su objetivismo porque sólo reemplaza la noción de acto de comercio con la de acto capitalista y tampoco comprende toda la materia comercial.

También se considera este derecho no como el de una profesión, sino -subjetivamente- como el de una clase social: la capitalista, (Lyon - Caen, cit. de Cañizares y Malagarriga). Teoría, de indudable filiación comunista, que en la dual formulación del derecho privado, ve el civil como derecho de la burguesía en su conjunto y el comercial como ordenamiento del régimen capitalista impuesto por la burguesía. Se observa que no ofrece concepto exacto alguno ni

delimita la materia del derecho comercial, aparte la imprecisión de la noción clase social, objeto de diversas opiniones e interpretaciones.

Con posición intermedia entre el derecho privado y el derecho público, se considera el comercial como derecho de la economía, del cual, aquel sólo sería parte, (Van Ryn, cit. de Cañizares). Sus críticos señalan que el derecho comercial es cosa diversa de ese llamado derecho económico, con el que -se dice- sólo se buscaría consagrar los excesos de la economía dirigida, que es uno de los mayores escollos para el normal desenvolvimiento del comercio.

De la creciente expansión del derecho comercial que invade ámbitos tradicionales del derecho civil, emana la tesis de convertir aquel en derecho de la producción en general o en el derecho de los negocios, excluida inicialmente la agricultura (Hamel y Lagarde, cits. de Cañizares). Su concepción ya no es cuestión de actos de comercio o limitada a la actividad de los comerciantes, sino de operaciones de negocios impuestas por las realidades de la vida económica actual. Se observa su carácter restrictivo que sólo atiende mentalidad y experiencia localistas (Francia) y porque no obstante su índole objetiva, deja sin solución adecuada la determinación de la comercialidad de muchos actos comerciales.

Se atribuye al derecho comercial categoría histórica, como fruto de determinada condición económica y social, que evoluciona adecuándose a las nuevas situaciones del decurso histórico, cuya diversidad explica las distintas concepciones locales aún en una misma época (Ascarelli, Langle, cit. de Cañizares). Aunque exacta y útil, esta tesis no delimita el contenido de la materia.

El resurgimiento del carácter internacional y el espíritu cosmopolita con que nació y se desarrolló el derecho comercial, tras su absorción por el derecho nacional civil en Francia o por el common law en Inglaterra, es vista como una tendencia de las legislaciones nacionales que señalan su progreso, aunque lento, hacia un derecho universal de los negocios regulado por la comunidad internacional (David, cit., de Cañizares). Esta tesis no delimita el contenido de este derecho y como siempre concurrirán circunstancias nacionales que deberán regularse localmente, no es viable una regulación internacionalmente uniforme.

En el common law y en el derecho escandinavo, las reglas jurídicas en su conjunto se aplican en general al tráfico comercial y a todas las demás relaciones, sin separar algunas de ellas para ciertas personas o para determinados actos, sistema que, teóricamente, corresponde a la legislación privada unificada, que no distingue lo civil de lo comercial.

Examinada su desintegración en derecho marítimo, aeronáutico, cambiario, de seguros, etc., es visto como un derecho que pertenece al pasado sin razón de ser ya; además, varias de sus ramas se consideran absorbidas en el derecho privado común con la llamada comercialización del derecho civil o en el derecho público con el fenómeno de la publicización del derecho privado, lo que interpretado inversamente -se observa- sólo sería una ampliación de su esfera de acción, al asimilar partes de los derechos civil y administrativo.

Se le juzga también un derecho transitorio, permanente precursor del derecho civil, cuando se evoca que el *ius civile* absorbió en Roma el *ius gentium* y la *common law*, en Inglaterra a la *law merchant*, aunque ello no supone que este destinado a desaparecer, pues existirá mientras el comercio exista y las absorciones recordadas sólo denotan su modificación en una evolución constante.

Los países socialistas, desconocen el concepto tradicional del derecho comercial, porque en ellos no rige el comercio en el sentido clásico de los llamados países capitalistas o, cuando existe todavía, está reducido a proporciones mínimas o reducidas a algunas operaciones artesanales. En Rusia, sólo comercia el Estado, directamente o mediante órganos dependientes que, aunque autónomos, únicamente realizan planes formulados por aquel. Así, el comercio es una noción de derecho público y aún el que se organiza con formas de derecho privado clásico, pertenece a lo que en los países occidentales se denomina derecho público. En otros países socialistas (v. gr. Checoslovaquia, Polonia, Yugoslavia), en general la concesión es la misma, y si bien en algunos de ellos se admiten ciertas actividades comerciales privadas de escasa importancia, rige la regulación administrativa para los sujetos de derecho y la económica para las relaciones que se dan entre ellos.

En opinión de Rodríguez, el concepto del derecho mercantil (v. su diferencia con derecho comercial, más adelante), corresponde al de los actos en masa realizados por empresas, admitido que no todas las empresas ni todas sus actividades constituyen materia propia de ese derecho, que sólo comprenderá a las empresas que realizan actos en masa y sólo en lo que a estos concierne.

Parece manifiesta la dificultad de formular precisa y concretamente el concepto y contenido del derecho comercial para los tiempos actuales. Para hacerlo, es evidente que, como bien se ha dicho y de manera general, ha de advertirse que en la vida de los pueblos, subsisten dos elementos en el tiempo y en el espacio: unos actos jurídicos de tipo económico realiza dos con espíritu de lucro y unas personas que los realizan. Parece que lo que conviene, además, es perseguir resueltamente la unificación legislativa del derecho de obligaciones y contratos,

comprendiendo el espíritu y las fórmulas comerciales, aplicables uniformemente a comerciantes y no comerciantes, como ocurre sin inconvenientes en los países del common law que comprende grandes territorios y muchos millones de habitantes, y también en Suiza e Italia en lo que toca a las materias unificadas.

La nueva codificación, dio oportunidad de tal solución para el país que, al parecer, no fue siquiera considerada y más bien se ha acentuado la división del derecho privado en dos códigos que regulan en muchos casos las mismas materias, no obstante haberse adoptado la codificación italiana como modelo.

c) Evolución histórica.- El derecho comercial existe -se dice- desde que el comercio se manifiesta con las primeras relaciones pacíficas de los primitivos grupos sociales, al influjo de la cooperación que la realización de fines económicos comunes exige y como expresión de la interdependencia que la natural sociabilidad del hombre impone.

Una limitada concepción, consideró esta rama del derecho privado, apenas como capítulo especial del derecho civil. La expansión de las concepciones económicas y jurídicas de las instituciones mercantiles la presenta hoy como rama más importante que el derecho civil, cuyos dominios invade y al que se requiere reducir a una función secundaria, confinada a regular la personalidad y las sucesiones, pues que el derecho de familia también viene alcanzando reglamentación independiente.

En los albores de su evolución, aparece el remoto trueque de los tiempos primitivos, que arbitra la permuta de una cosa por otra para satisfacer necesidades inmediatas y que se transforma en actividad lucrativa mediante repetidos trueques o reventa utilizando objetos como dinero, en operaciones que personas de localidades ajenas practican reiteradamente en las primeras ferias. En esa práctica encuentran los autores, el inicial carácter internacional del comercio y la formación de una profesión que al realizar las mismas operaciones con la misma mentalidad, va creando un derecho consuetudinario, hasta que, descubiertas las ventajas de la moneda como medida común de valor, se introduce la compraventa, que no es sino el trueque de una cosa por una cantidad de moneda proporcionada a su valor, con lo que aparece, propiamente, el comercio.

Se desconoce las leyes escritas de pueblos antiguos como el egipcio de las primeras dinastías o el fenicio que desarrolló notables empresas comerciales marítimas y estableció colonias de comerciantes. El texto legal más antiguo que citan los autores, es el Código de Hamurabi (2.000 a 1.950 años a. de C.) que dedica varios preceptos a préstamos, depósitos bancarios a intereses,

sociedades, comisiones, transportes, navegación fluvial, lo que no indica una reglamentación particular para comerciantes y actos de comercio, sino simplemente que en un contexto amplio, se contempla unos y otros.

De Grecia, según documentos de la época, se conoce algo sobre convenciones comerciales, sociedades, banca, comercio marítimo y una jurisdicción comercial especial.

Roma no formó un derecho comercial autónomo. Su *ius gentium* como derecho internacional más dúctil y menos formulista que su *ius civile*, tenía reglas adecuadas a la actividad comercial que se fusionaban paulatinamente con el *ius civile*, tras la conquista de los países con los que comerciaba. Esto es, si bien no había un *ius mercatorum* autónomo, existían normas especiales de comercio. Aparte la *Lex Rodhia de iactu*, mencionada en otro lugar como precedente romano de la noción del estado de necesidad y el *nauticum foenus* (explicados más adelante), se señalan como ejemplos: la *actio exercitoria* (contra el capitán de la nave por razón de fletes); la *receptum nautarum* (contra el capitán de la nave por deterioros o pérdida de cargo o equipaje); la *institoria* (contra el patrón del factor con quien se ha contratado); la *tributoria* (contra el padre o el amo del hijo o del esclavo que comercian, sobre perjuicios para el acreedor); la *receptum argentarii* (que obliga al banquero a pagar por cuenta del cliente); la *cauponum* y la *strabutarium* (sobre actividades de posaderos y meseros). En la *societas vectigalium* o *publicanorum*, con personalidad jurídica para reunir grandes capitales, se ve (equivocadamente se dice) un antecedente de la moderna sociedad por acciones. En la *actio prosocio* el árbitro resuelve *ex aequo et bono* las cuestiones entre socios. Finalmente, para Estrorog y Hamel - Lagarde, la más remarcable herencia romana en este derecho es la contabilidad comercial, cuyos verdaderos creadores serían los banqueros romanos (citas de F. Elias, Vivante y Cañizares).

Esos antecedentes poco significativos del derecho pretorio, muestran que el patriciado romano consideró el comercio con menosprecio y como impropio de su incumbencia y que los mercaderes, generalmente extranjeros o bárbaros, ejercían escasa influencia en la vida jurídica de Roma que, por eso, no conoció ni propició la división del derecho privado en civil y comercial y porque su tendencia y acción unificadoras imponían una sistematización jurídica unificada, sin distinguir comerciantes y no comerciantes ni actos civiles y no comerciales (Goldschmidt, ct. de Cañizares).

El derecho comercial autónomo es producto de la Edad Media, que abandona la unidad romana del derecho privado. El renacimiento comercial, tras el largo período de escasa actividad que siguió a la invasión del Imperio de los bárbaros, se centró en la Italia medieval que creó y

desarrolló el derecho estatutario, cuyos institutos y formulas, son los precedentes del derecho comercial moderno. La organización de las Cruzadas (de cuya importante ordenación financiera se encargó la Orden de los Templarios), promovió el extraordinario desarrollo comercial de las repúblicas italianas y de las ciudades del oeste, centro y norte europeos, abriendo nuevos mercados de relación en el mundo oriental. Surgen los colegios o asociaciones de comerciantes según el giro de sus actividades, origen y base de la asociación general llamada universidad o comunidad de mercaderes primero y después simplemente "el comercio" (Vivante), que alcanza poderío, acumula privilegios, franquicias, representación en los cabildos municipales, dirección y regulación de ferias y mercados, vigilancia de caminos, constitución de almacenes para custodia de mercaderías, percepción de acotaciones de sus socios, peajes, multas, derechos aduaneros y donaciones para sufragar gastos, designación de cónsules y consejeros elegidos por las asambleas de asociados.

Los juramentos de los cónsules al asumir funciones, formulados por escrito, contienen reglas administrativas y jurídicas junto a las ordenanzas y edictos de los consejos y asambleas. Cronológicamente coleccionados en compilaciones llamadas Estatutos, porque empezaban con la palabra Estatuimos, según Benito, dan origen al derecho estatutario, revisado varias veces entre los siglos XII y XVIII. Ellos, observa Vivante, disciplinan varias instituciones vigentes: los contratos de cambio (principalmente la letra de cambio), de sociedad, de corretaje, las quiebras; difunden el commenda (asociación de capital y trabajo) que genera la sociedad comanditaria, particularmente la de participación; aparece la compañía, antecedente directo de la sociedad colectiva.

El desarrollo del derecho comercial en la Edad Media, tiene carácter esencialmente internacional. Es su nota distintiva que la consolida como derecho autónomo de una profesión (Piettre, cit. de Cañizares). Si los comerciantes no hubieran formado una clase diversa de ciudadanos y si el ejercicio del comercio hubiese sido libre, la actividad comercial como en Roma, dice Vivante, hubiese influido en la renovación del derecho civil y posiblemente el comercial no se hubiera constituido como porción autónoma del derecho privado.

Las transformaciones económicas, políticas y sociales, que causan en la Edad Moderna los descubrimientos, el progreso de la ciencia y de los negocios, la sucesión de los antiguos y pequeños Estados (ciudades) por los Estados nacionales, ensanchan el área geográfica del comercio, convierten la noción de la lucratividad del dinero en libertad de especulación, la organización familiar o gremial de la propiedad se hace empresarial y del predominio agrícola se pasa al de la industria y al comercio. Surgen las compañías por acciones y el gran invento de la acción, según la imagen plástica que formula Benito, al combinar las nociones de títulos

negociables y responsabilidad limitada, da base al gran instrumento del capitalismo moderno: la sociedad anónima.

El régimen de convivencia legal, abandonado hasta entonces al interés y cuidado de los propios mercaderes, es objeto de la preocupación y de la acción del Estado. Lo que fue obra exclusiva de la costumbre, adquiere otros relieves con las codificaciones de la Edad Contemporánea (o postmoderna, como prefiere decir Toynbee) -que inicia el Código francés de 1807, llamado el padre de los códigos de comercio por Vidari (cit. de Cañizares).

Concretada esta reseña al proceso legislativo mismo, se tiene que la más remota compilación de leyes comerciales recibida de la antigüedad, de origen no determinado, es la Lex Rodhia, aparecida en la isla de Rodas que en la primitiva navegación marítima del Mediterráneo oriental, fue escala obligada para los mercaderes que traficaban entre el Asia Menor y el Archipiélago del Egeo. Mantuvo su vigencia y prestigio hasta mezclarse con el derecho bizantino en la Edad Media (Benito). Atenas, dejó el nauticum foenus, que se considera el antecedente histórico del préstamo a la gruesa de los códigos modernos (Cañizares). Los Roles de Oleron, gobernaron el comercio entre las costas norte española, occidental francesa y parte de las de Gran Bretaña, con influencia similar a la de Rodas. Las Leyes de Wisbuy (Isla del Báltico, en Gotlandia, Suecia, de condiciones semejantes a Rodas y Olerón) regularon el comercio entre Suecia, Rusia y las ciudades del Hansa Teutónica (que además tenían su ius hanseaticum maritimum, obra de la Dieta del Hansa), y cuyo dominio de aplicación comprendía todos los mares del norte europeo. Compilación de costumbres del comercio marítimo, de origen también desconocido y de celebrada reputación entre los comerciantes del Mediterráneo, es el Consulado del Mar de Barcelona, que gobernó las relaciones del levante español con Italia, parte de Francia, África y Constantinopla.

Entre las compilaciones estatutarias, merecen mención los Estatutos marítimos de Trani (Ordinamenta et consuetudo maris edita por consulis civitatis Trani); la Tabla Amalfitana, compilada en Pisa (Constitutum usus o Breve consulum o Breve Curia maris); el Officium Gazariae de Genova; el Capitulare Nauticum pro emporio Veneto o Statuto navium et navigantium de Venecia; El Guidon de la mer de Francia, etc.

El paso de la injerencia de los mercaderes a la de los gobiernos en la regulación comercial, acentúa la pérdida de su sentido universal y refleja ya el carácter propio de cada pueblo en una nacionalización -puede decirse- de normas que marca diferencias legislativas. A su influjo, se empieza realmente a codificar la materia antes de la sanción del Código francés de 1807. En esa precodificación, se señala los Estatutos de Casimiro III de Polonia (1360?); las Ordenanzas de Luis

XIV para el comercio terrestre (1673) y marítimo (1681) a iniciativa de Colbert; las de Carlos V y Felipe II de España, dictadas para los Países Bajos en 1549, 1551 y 1563; la famosa Acta de Navegación decretada por Cronwell en 1651, de influencia decisiva en la formación del derecho mercantil marítimo inglés; los códigos de 1620 y 1794 de Prusia sobre diversas materias de derecho mercantil; los códigos de Federico II elaborados para Dinamarca y Noruega en 1561 y 1683 y el código marítimo de Carlos XI de 1667 para Suecia (cits. de Benito). Más que códigos, según observa Cañizares, son colecciones de soluciones concretas. No conforman -dice este autor- un conjunto sistemático de reglas jurídicas ni revisten el carácter de la codificación francesa iniciada en 1804; se asemejan más a las antiguas costumbres francesas, con una redacción esencialmente histórica, dedicada al recuerdo de una época pasada antes que al anuncio de una nueva era.

El Código Francés de 1807, tiene carácter objetivo, porque está vinculado a la noción abstracta de acto de comercio. Suprimidas las corporaciones no podía estarlo a la de comerciante. Adoptado por muchos países, influyó en la legislación de otros, como Bolivia, a través del Código de comercio español de 1829. El Código de comercio alemán de 1897- 1900, renueva la influencia subjetivista al fundar su sistema en la noción de comerciante y declarar tal al que ejerce actividades comerciales y a toda empresa que realice cualquier negocio de los que el efecto enumera. La doctrina que emana de la tendencia de este Código, ha influido en lo que va del siglo en los códigos ulteriormente sancionados. Cabe observar, sin embargo, que el sistema del Código alemán no es de carácter subjetivo puro, como no lo fue el sistema de la Edad media según se ha visto en esta reseña y como tampoco es puramente objetivo el sistema de los diversos códigos del siglo XIX. El código de comercio que aquí se comenta, responde, puede decirse, a una concepción mixta.

d) Posición del derecho comercial.- La tradicional división del derecho, en público y privado, resumida por Ulpiano como lo que corresponde a la cualidad de cosa pública y lo que pertenece a la utilidad particular (*Publicum ius est quod ad statutum rei romanae spectat. Privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet...*), no impone englobar el derecho de comercio en una u otra de esas divisiones, que la doctrina mantiene a pesar de las objeciones de la escuela formalista del derecho (Kelsen),

Según Rodríguez, puede hablarse propiamente de un derecho mercantil público y de un derecho mercantil privado, Compete -dice- al primero regular los conflictos de normas (derecho internacional), los aspectos administrativos del comercio (derecho administrativo mercantil), los procedimientos judiciales (derecho procesal mercantil), los de carácter penal (derecho penal mercantil), dejando al segundo las relaciones meramente privadas.

Para Cañizares, mientras el derecho comercial subsista, es y debe ser un derecho privado, a pesar de su publicización o de que frecuentemente el Estado reemplace comerciando a la persona privada y sin que importe -agrega- que actualmente las empresas privadas soporten una constante intervención administrativa en múltiples aspectos (v. gr. la protección de los trabajadores y la percepción de los impuestos) o que el derecho administrativo reglamente varias instituciones de derecho comercial, como las Bolsas de valores y de mercancías, las Ferias, las Cajas de Compensación, las Cámaras de comercio, las compañías de servicios públicos, etc.

e) Características.- En este punto las opiniones son diversos como distintos son los conceptos que se dan del derecho comercial. Generalmente se relacionan a la legislación de un país en una época determinada, que imposibilitan precisar un conjunto de rasgos característicos constantes en la historia. Se reconoce comúnmente el carácter esencialmente internacional del comercio (cosmopolita, dice Vivante), lo que implica el internacionalismo del derecho que lo regula, que era la nota distintiva del *ius gentium* romano y la *lex mercatoria* medieval, convertidos en el siglo XVIII en derecho inglés por Mansfield y en derecho francés por Colbert. Distinguen también al derecho comercial, su índole progresiva, su espíritu de equidad, la libertad de formas, la simplicidad y rapidez de las operaciones, la protección de la seguridad del tráfico y el reconocimiento de las apariencias de los hechos, sin que le sea ajena la influencia del fenómeno moderno designado con las expresiones de socialización del derecho o función social del derecho, que en buena- medida, según observa Cañizares, caracterizan igualmente a todo el derecho moderno.

Atendida la distinción del derecho en común, especial y excepcional, entendidos como el conjunto de reglas aplicables a las personas en sus actividades patrimoniales y familiares el primero, el que tiene desenvolvimiento particular sobre las bases dadas por el derecho común el segundo, y el que contiene normas opuestas y contrarias al derecho general el tercero, Rodríguez caracteriza el derecho comercial como predominantemente especial. Sus disposiciones examinadas en concreto -dice- son en su mayoría especiales, sin que le falten las de carácter excepcional. En la doctrina argentina Obarrio y Siburu (cit. de Fernández), profesan igual opinión que Fernández no acepta porque considera el derecho comercial solo una rama autónoma de la ciencia jurídica, tan común y principal como el derecho civil, que se ha formado al margen de este y paralelamente al mismo, impuesto por las necesidades del comercio que a su vez engendraron los usos y las costumbres.

f) Autonomía del derecho comercial.- Era en general un derecho autónomo. Al promediar el siglo XVIII se fusiona en Inglaterra con el derecho civil al ser absorbida la *law merchant* por la *common law*. En 1881 Suiza promulga el Código de las Obligaciones, que comprende las civiles y

comerciales, más que por razón de principios doctrinales por la conveniencia política de unificar su legislación cantonal. Los demás países de derecho codificado mantienen la dualidad legislativa, menos Italia que en 1942 promulga su Código civil y comercial, aunque reglamenta en leyes especiales el derecho cambiario, la navegación, la quiebra y las operaciones de banca y bolsa.

También se cuenta entre los países con legislación de obligaciones unificada, a Turquía que en 1926 adopta el Código suizo y Polonia que la sanciona en 1934, aunque ambos países reglamentan algunas materias comerciales en código separado.

El código civil de Rusia en la época de la Nueva Política Económica (N.E.P.), contiene alguna materia comercial, en la medida en que esta expresión puede emplearse dentro de las características propias de una economía totalmente socialista. Téngase presente, sin embargo, que este código civil ha sido ya sustituido en 1967, con diversas modificaciones del criterio imperante en la época de la N.E.P.

De los proyectos que proponen un código único, merecen mención el holandés de 1947; el brasileño de 1941, el francoitaliano de 1927. En Francia se ha continuado el estudio de la unificación del derecho de obligaciones (Coloquio internacional en la Facultad de Derecho de París, 1953, auspiciado por el Centre National de la Recherche Scientifique, cit. de Cañizares).

Vivante desencadenó sobre este punto la polémica, todavía existente. En 1892, formuló su tesis unificadora y en 1925 se retractó de ella. Sintéticamente resumida, sustenta: a) que ni la ciencia ni la ley marcan una separación neta de las relaciones jurídicas reguladas por las leyes civiles o comerciales; b) que desaparecidas las corporaciones con derecho exclusivo para ejercer el comercio, la autonomía del derecho comercial es un anacronismo; c) que los antecedentes históricos (alusión al sistema romano) no justifican mantener la división; d) que la experiencia anglo - americana, enseña la factibilidad de regular con la misma teoría general todas las relaciones privadas y a todas las personas; e) que la autonomía de las reglas comerciales supedita la mayoría que contrata con comerciantes a una clase infinitamente minoritaria; f) que la dualidad normativa perjudica el ejercicio del derecho porque dificulta combinar disposiciones diversas que regulan una misma cuestión; g) que la división del derecho privado influye perniciosamente sobre su progreso científico, que aún por razones didácticas exige construcciones unitarias, sea para facilitar la labor de quienes estudian y de quienes enseñan, sea para favorecer la función social de la magistratura, que mejor atiende el equilibrio de los intereses con la unidad de las reglas dictadas para su tutela; h) que no siendo ya el comercio

patrimonio de una clase privilegiada, sino una función en la que participan todos, la autonomía de la ley mercantil no tiene razón de ser.

La retractación, expuesta "en acto de conversión tanto más merecedor de atención cuanto que no resulta agradable al amor propio de quien lo realiza", expresa: a) que la inferioridad científica del derecho mercantil, aunque compensada con su inmediata adherencia a los fenómenos de la vida, causa la diferencia de método en la función legislativa, para elaborar los dos códigos; b) que por esa diferencia de método las comisiones legislativas, se forman necesariamente con profesores de derecho para el código civil y regularmente con hombres de negocios, de banca, de bolsa, de contabilidad para el código comercial; c) que el código único, comprendería inevitablemente reglas generales sin el tecnicismo jurídico fruto más vivo de la actividad mercantil; d) que la formación del derecho comercial, desviándose del tronco común del derecho romano y civil, es casi empírica y fuera de toda influencia de escuelas económicas o filosóficas; e) que la tendencia del derecho comercial va hacia una uniformidad esencialmente cosmopolita y la reglamentación común de las relaciones terrestres y aéreas; f) que el acelerado movimiento de los títulos de crédito y el interés primordial del comercio para hacer más fácil y segura su circulación, condiciona el diverso enfoque de las dos ramas del derecho privado y determina la actual incompatibilidad de su fusión; g) que las distancias que caracterizan el movimiento de los negocios comerciales, genera en esta actividad problemas que el derecho civil no ha resuelto; h) que los negocios comerciales no se desenvuelven aisladamente, al modo del derecho civil, sino que ponen en contacto enormes masas de intereses que precisan garantías y fiscalizaciones colectivas y administrativas, sobre las cuales la vigilancia particular de los interesados es imposible.

Los partidarios de la autonomía del derecho comercial (Vidari, Rocco, Lyon - Caen, Hamel, Lagarde, Garrigues, Gella, Goldschmidt, Lehmann, etc., entre otros), alegan: a) que la existencia del comercio y de los comerciantes hace de la división del derecho privado una tradición secular y un fenómeno constante, que implica un fundamento histórico derivado de la realidad económica y social; b) que el derecho comercial sigue siendo lo que siempre ha sido: el derecho profesional de los comerciantes, que pierde cada día más carácter contractual, desvinculándose así de la teoría civilista de las obligaciones; c) que en materia de experiencias, la suiza responde a la conveniencia de unificar su derecho interno, la italiana no supone una unificación completa que constituya un derecho único y la inglesa no es ejemplo porque no tiene códigos; d) que el derecho comercial tiene carácter universal, mientras el civil es netamente nacional; e) que el derecho comercial no es una ley de clase sino la regulación de un orden de hechos que mientras subsisten no puedan quedar sin regulación (Nótese la indudable contradicción de este punto con lo alegado en el punto b).

Los partidarios de la unificación (Rotondi, Ascarelli, Laurent, Ripert, Rubio, Derenburg, Meijers, por su parte) aducen: a) que si la existencia de una clase social de comerciantes y no la especialidad de la materia, justificó la autonomía del derecho comercial, desaparecidas esa clase profesional y las circunstancias que originaron la dualidad de derechos, no hay razón para mantenerla; b) que la separación de las dos ramas del derecho privado no es un fenómeno universal y constante ni una verdad orgánica, como ejemplifican los casos de Grecia y Roma antiguas o de Inglaterra, Estados Unidos, Suiza e Italia contemporáneamente; c) que la función cosmopolita del comercio no es única y que también tiene aspectos esencial y técnicamente nacionales; d) que basándose la separación de los derechos civil y comercial en la noción de comerciante, es un privilegio anacrónico contrario a los principios de igualdad social, mantener por esa razón la doble reglamentación legal.

En conclusión, es evidente que hay en el derecho comparado tendencia a unificar el derecho de obligaciones, a pesar de la fuerte tradición en mantener la dualidad de los códigos civil y comercial, dualidad, dice Cañizares (también Malagarriga), que ya no corresponde a la realidad de los tiempos actuales, aunque no debe desconocerse que, a pesar de la unificación, siempre existirá frente a lo indiscutiblemente civil -personalidad, familia, y sucesiones- un derecho comercial autónomo que reglamente la empresa comercial y una serie de contratos esencialmente comerciales.

g) Denominación.- Gran parte de la doctrina y de la legislación establecen una ecuación en la que decir derecho mercantil vale tanto como decir derecho de comercio, calificativos que en general se usan indistintamente para individuar la palabra derecho respecto de esta rama jurídica. En la legislación nacional, el primer código sobre la materia emplea la denominación Código Mercantil. En la promulgación del código de 1834, se dice:

"...Hacemos saber a todos los bolivianos, que en Congreso ha decretado, y Nos publicamos el siguiente Código Mercantil..."

La rubrica del Libro 20, habla de contratos mercantiles; de venta mercantil, el Art. 307; del depósito o fianza mercantiles, los arts. 342 y 346, o de la administración de justicia en negocios mercantiles el Libro 4º.

En la promulgación de su modelo, el Código español de 1829, se emplea indistintamente los calificativos mercantil y comercial. Dice Fernando VII:

"... he venido en decretar y decreto como universal para todos mis Reinos y Señoríos en materias y asuntos mercantiles, el siguiente Código de Comercio..."

Su texto habla de contabilidad mercantil, de compañías mercantiles, de compra - ventas mercantiles, de depósitos y fianzas mercantiles o de la justicia en los negocios de comercio, etc.

El código de comercio vigente hace igual uso indistinto de ambos vocablos. Se refiere a los actos mercantiles o comerciales (Art. 9); a los bienes mercantiles (Art. 11 y rubrica del Libro 20); a la empresa mercantil (Art. 448); al nombre comercial (Art. 470); a los contratos comerciales (Libro 30).

Rodríguez, observa que el derecho mercantil no es todo el derecho del comercio, ya que aquel regula actos que no pueden considerarse comerciales en el sentido económico (actividades agrícolas e industriales). Conceptuado el derecho mercantil, como el de los actos realizados en masa por empresas, dice, no debe ocuparse de los actos aislados de comercio que deben abandonarse a la esfera de aplicación del derecho civil. Con apoyo de las ideas de Asquini (Lezioni di Diritto Commerciale), concluye que el derecho mercantil dejó de ser el derecho de los comerciantes desde que fueron destruidas las corporaciones medievales, para ser el derecho de actos de comercio realizados profesional u ocasionalmente, porque su finalidad no es la tutela de los intereses de una clase dada, sino la de regular las necesidades peculiares de la función mercantil. Funda Rodríguez esta conclusión, en que el derecho mercantil moderno está transido de sentido social, de interés público, como exigencia de la época y de la nueva ciencia jurídica, especialmente por el desarrollo que vienen alcanzando las llamadas empresas de economía mixta y los controles que se establecen para la participación del capital (ejemplo en el Código: los arts. 127, 6), 142, 146, 169, 424), o sobre la transferencia de tecnología, el uso y explotación de patentes y marcas, publicidad, garantías, términos y condiciones de los contratos.

La segunda parte del Art., cuyo precedente es el Art. 818 del Código mercantil abrogado, hace del código civil supletorio del código de comercio. Esto es, de ambos ordenamientos, el uno funciona como regla general y el otro como caso particular de la misma, según antigua doctrina que asigna carácter general al derecho civil y particular al comercial, considerado especialidad de aquel.

Resulta así que la separación legislativa y doctrinal entre ambos derechos, no funda una división radical. Son en realidad, -dice Rodríguez- derechos complementarios: los conceptos fundamentales sobre persona colectiva, negocio jurídico, contrato, declaración de voluntad,

consentimiento, representación, etc., que da el código civil, por ejemplo, se presuponen generalmente en las regulaciones del código de comercio.

ARTÍCULO 2.- (Jurisdicción y competencia). Las causas mercantiles son de la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios, conforme a las previsiones de la Ley de Organización Judicial.

Precd: c. mtl. abrg. 723- DD.SS. 25 Jun.1858-6 Feb.1863-10 Ago.1877 -

Conc: Const. 116- c.c. 1449-loj. 1-21-26 p.c. 6-10- Tdo.Mvo. 3-6- c.com.937 - 1039 - 1492-

ARTÍCULO 3.- (Ley Procedimental). Los trámites de procedimiento no regulados por este Código ni por leyes especiales, se sujetan a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Precd: c. mtl. 751 -

Conc: p.c. 1-193-484-c. com. 32-786-1557-1667-

El reconocimiento de un estatuto especial a los comerciantes, generó por lógica consecuencia una jurisdicción especial el fuero mercantil, dando a esa clase especial derecho a tener sus leyes, sus jueces y sus procedimientos particulares.

La regulación legislativa de la materia contenida en los arts. 2 y 3, también ha sido diversa en la evolución del derecho comercial, en la cual los tribunales especiales de comercio han dado motivo a muchas discusiones y parece evidente una tendencia contraria al mantenimiento de estos, particularmente en su fórmula clásica de jurisdicción especial con jueces consulares comerciantes. Según Montilla Molina (cit. de Cañizares) una reseña de los sistemas vigentes al presente, ofrece el cuadro comparativo siguiente:

a) Sistema francés.- Normas sustantivas civiles y comerciales en códigos separados, con jurisdicción y procedimientos también separados.

Rigió en España hasta 1868 con el código de 1829. En Bolivia con el de 1834, hasta 1863 en materia de jurisdicción y hasta 1858 en lo atinente a procedimientos. En materia jurisdiccional, la Cedula Ereccional del Consulado de Buenos Aires, ha tenido aplicación aún después de promulgado el código mercantil de 1834, por virtud del D. de 14 de Feb. de 1843, del Rgto. de Consulados de 10 de Mayo de 1844 y la Ley de 22 de Nov. de 1844, hasta que el D.S. de 6 de Feb. de 1863 (Art. 24), suprime la jurisdicción comercial especial y la atribuye a la competencia de los jueces comunes. Son relativos a esta ultima disposición citada, en la cuestión que define, los DD.SS. de 25 de Jun. de 1858 y 10 de Ago. de 1877.

b) Sistema alemán.- Normas substantivas civiles y comerciales en códigos separados, con procedimientos comunes y una Cámara comercial en ciertas jurisdicciones.

c) Sistema mexicano.- Diversidad de normas substantivas (dos códigos) y procesales, pero con jurisdicción común. Es el sistema del código de comercio vigente (v. los arts. 2, 3, 786 v 1477), que declara supletorias las reglas procesales comunes.

d) Sistema español.- Diversidad sólo de normas substantivas y jurisdicción y procedimientos comunes. En la Argentina también rige este sistema, aunque los jueces están especializados.

e) Sistema suizo.- Diversidad de ciertas normas substantivas, pero contenidas en un código único, con jurisdicción y procedimientos comunes. Rige también en Italia por virtud de los códigos civil y procesal unificados de 1942. Igualmente en los países socialistas en los que no existe derecho comercial.

f) Sistema sueco.- Unidad de normas substantivas en códigos generales con jurisdicción y procedimientos distintos.

g) Sistema inglés.- Unidad de normas substantivas (sin códigos) en la jurisprudencia y leyes especiales, con jurisdicción común y procedimiento especial para lo comercial.

h) Sistema norteamericano.- Unidad de normas substantivas, jurisdicción y procedimientos.

Concretada al aspecto jurisdiccional únicamente, Cañizares ofrece la comparación de sistemas siguiente:

a) Jurisdicción especial con jueces comerciantes exclusivamente (v. gr. Francia y Bélgica).

b) Tribunales mixtos, formados por un magistrado de la carrera judicial y jueces comerciantes (v. gr. Alemania, Austria, Portugal).

c) Jueces o Cámaras (Cortes) dentro de la jurisdicción ordinaria de magistrados de la carrera judicial, que entiende de los litigios comerciales (v. gr. Inglaterra, Argentina. Pero, en Inglaterra no se trata de un juez ni de un tribunal especial, sino de una fórmula de orden práctico típicamente inglesa que se cita con la expresión -aunque impropia dice Cañizares-de Commercial Court. En la Argentina, se trata de jueces y cámaras de apelaciones especializados

dentro de la jurisdicción ordinaria, de acuerdo a la Ley N° 1893 de Organización de los Tribunales).

d) Sometimiento de los litigios comerciales a los tribunales ordinarios, sin distinguirlos de los litigios civiles (v. gr. Italia, Suiza, España, México, Bolivia).

Téngase también en cuenta que el arbitraje es una institución que tiende a ser una jurisdicción comercial (v. los arts. 127, inc. 13, 759 y 1480).

La discusión respecto de la utilidad de jueces comerciales o juristas, parece definida cuando se observa que el juez de carrera tiene la formación jurídica necesaria y debida para resolver problemas, que por comerciales que sean no dejan de ser problemas de derecho, formación jurídica que falta al comerciante -aunque sepa más de usos y costumbres- y que es indispensable para juzgar y resolver litigios así sean comerciales. Lo demuestra la experiencia belga: los jueces comerciantes están asistidos, (Ley de 3 de enero de 1926), por un jurista profesional, que tiene que ser Doctor en Derecho (referendaire). De hecho, son obra de este las sentencias que teóricamente emanan de los jueces comerciantes, observa Cañizares, que considera lo adecuado confiar los litigios comerciales a jueces y cortes especializados dentro de la jurisdicción común.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "La demanda de quien ejerce habitualmente el comercio contra otro que tiene por oficio transportar mercaderías y géneros de comercio, corresponde a la jurisdicción comercial y debe tramitarse en juicio mercantil" (G.J. N° 132, p. 4608).
- 2.- "La ley al establecer que la condición esencial de la administración de justicia es la publicidad, reconoce implícitamente la ineficacia de los juicios sentenciados sin semejante requisito" (G.J. N° 563, p. 18).
- 3.- "La jurisdicción es de rigor de derecho- nace de la ley, no de las analogías" (G.J. N° 730, p. 8).
- 4.- "La publicidad en los juicios como la condición esencial en la administración de justicia, no se aplica a aquellos que por su naturaleza misma son hirientes a la moral social media y perturbadores de la paz en la convivencia de las colectividades" (G.J. N° 1296, p. 146).
- 5.- "Los jueces y tribunales están obligados a regirse por las formas procedimentales establecidas por las leyes que rigen la República" (G.J. N° 1299, p. 158).
- 6.- "Es incompetente para conocer en juicios mercantiles el juez de partido del crimen (en lo penal) y no así el de lo civil" (GG.JJ. Nos. 233, p. 1321; 270, p. 1746).

7.- "La jurisdicción es de orden público y no puede ser delegada" (G.J. N° 1382, cit. de Arce y Urcullo).

ARTÍCULO 4.- (Concepto de comerciante). Comerciante es la persona habitualmente dedicada a realizar cualquier actividad comercial, con fines de lucro.

La calidad de comerciante se la adquiere aún en el caso de que la actividad comercial sea ejercida mediante mandatario, intermediario o interpósita persona.

Precd: c. mtl. 1 -

Conc: Tdo. Mvo. 2 - c.com.6-7-8,1) y6) -9-12-18-20-22-24-1542-1543-

ARTÍCULO 5.- (Comerciante). Pueden ser comerciantes:

- 1) Las personas naturales con capacidad para contratar y obligarse, y
- 2) Las personas jurídicas constituidas en sociedades comerciales. Las sociedades comerciales con domicilio principal en el exterior y establecidas con sujeción a sus leyes, quedan sometidas a las disposiciones de este Código y demás leyes relativas para operar válidamente en Bolivia.

Precd: c. mtl. 2-

Conc: Const. 7, d) - 135 - c.c. 3 - 54 - 483 - c. min. 193 - L. Hds. 15, a) - c. tb. 24 - Tdo. Mvo. 5 -c. com. 12 - 19 - 23 - 27 - 28 - 29, 4) - 96 -133 - 413 y s.-415 -

El derecho comercial concebido en función de los actos (noción objetiva), o en función de los sujetos que realizan esos actos (noción subjetiva), trata de las personas tradicionalmente denominadas "comerciantes", (Cañízares). En realidad, todo sistema legal que delimita, de una u otra manera, la materia propia de este derecho, hace del comerciante el centro conceptual de sus regulaciones (Rodríguez), así no alcance característica de derecho profesional o se límite solamente al criterio objetivo de los actos, los cuales, en general son tales en cuanto son realizados por los comerciantes (v. los arts. 6, 7, 8, 9 y 10, por ejemplo).

Además de los códigos de comercio que definen expresamente al comerciante, esto es así, aún en las legislaciones unificadas, en las que, en principio, el comerciante no existe jurídicamente. En Suiza, según Oftinger: ("L'Unification du droit" cit. de Cañízares), el Código de Obligaciones tiene reglas aplicables únicamente a comerciantes. El código civil italiano (Art. 2082), solo ha reemplazado la noción de comerciante por la de empresario, nueva figura central de la actividad económica profesional organizada para la producción o el cambio de bienes y servicios, que sin

gran diferencia de lo que exigía la legislación comercial (abrogada por la unificación legislativa), en cuanto a la cantidad de comerciante, alcanza hoy, dice Messineo, una más amplia noción del empresario, que puede también ser no-comercial. En los países de common law, aunque la ley es igual para comerciantes y no comerciantes, existen distinciones que en la práctica se aplican para los comerciantes y el comercio.

El Código, de tendencia subjetivo - objetiva, hace del comerciante la razón central de sus disposiciones, lo que se destaca en la determinación de numerosos actos de comercio en función de quien los realiza, como se ve, por ejemplo, en los casos 5, 6, 7 y 18 del Art. 6o y en los arts. 7, 9, 20, 1655, 1656 y 1657.

Para los códigos inspirados en el francés de 1807 (argentino, belga, colombiano, mexicano, panameño, portugués, venezolano, v. gr.) es comerciante quien ejerce actos de comercio como profesión habitual, lo que se considera redundante porque la profesionalidad conlleva la habitualidad, se dice, aunque Ripert ("Tratado Elemental de derecho comercial," cit. de Cañizares), observa que puede haber habitualidad sin profesión, como la del que compra regularmente libros para su biblioteca, v. gr. El Código alemán, aunque distingue al comerciante por matrícula (inscrito en el registro) y al facultativo (ocasional) admite en primer término la profesionalidad en el comerciante forzoso.

Los códigos españoles de 1829 y 1885 y el boliviano de 1834, no subrayan la índole profesional y se concretan a precisar la dedicación habitual a la actividad comercial, declaración reiterada en el nuevo Código (Art. 4). Debe advertirse, sin embargo, que el Art. 8o del código mercantil abrogado, al establecer la matrícula general obligatoria de comerciantes, declara que estos forman gremio con derecho a fuero especial (Art. 19 c. mtl.).

El código hondureño de 1950, contado entre los más modernos según Cañizares, que en su exposición de motivos define el derecho-comercial como el de los actos en masa realizados por empresas, considera comerciantes: 1) a las personas individuales titulares de una empresa mercantil y 2) a las personas colectivas constituidas en forma mercantil.

De la interpretación combinada de los arts. en examen y su concordante Art. 28, resulta que para que una persona individual o colectiva sea considerada comerciante, se exige tres condiciones: 1o) que se dedique a la actividad comercial; 2o) que se inscriba en el Registro de comercio, y 3o) que ejerza esa actividad habitualmente y con ánimo de lucro.

La actividad comercial comprende el ejercicio de cualesquier actos de los enumerados en el Art. 6° y de los señalados en los arts. 7, 8, incs. 10) i.f. y 6o) i.f., y 9.

La matrícula en el Registro, es requisito para ejercer legalmente esa actividad (arts. 28 c. com., 39 Rgto. rg. com.).

La habitualidad importa que ha de efectuarse actos de comercio continua y sistemáticamente; pues, cualquiera especulación aislada o accidental, no basta para atribuir a quien la hace carácter de comerciante.

El ánimo de lucro no supone un resultado necesariamente positivo. Basta con la actuación habitual que presupone ese ánimo, independientemente del resultado económico real, favorable o adverso.

El ejercicio de la actividad se hace necesariamente en nombre propio, así se actúe mediante representante, en cualesquiera de sus formas (arts. 4, 2ª parte 14, 15, 16, 1248 v. gr.). No es necesario ejercerla por cuenta propia: caso del comisionista que lo hace por cuenta de su comitente (Art. 1260).

Los arts. en examen emplean la voz comerciante en su noción genérica, que comprende al comerciante individual y al comerciante social o sociedad comercial (personas naturales y jurídicas según el Art. 5, más propiamente llamadas individuales y colectivas en el c.c.). La persona individual es comerciante cuando, inscrito en el registro, realiza actos de comercio habitualmente; la persona colectiva o sociedad es comercial por imperio de la ley, cuando es de un determinado tipo que ella considera comercial por la forma (Art. 126), independientemente de su objeto social, esto es, de los actos que realiza (Art. 7).

Por lo que toca a las personas colectivas, no cabe considerar sinónimos los vocablos empresa y sociedad (v. anot. al Art. 448), como lo hacen algunos autores (Rodríguez v. gr.). Otros distinguen la sociedad de la empresa, sea como la titular de este, sea como la forma jurídica de la empresa colectiva (Herschel, Garrigues, Brunetti, Arecha, cits. de Cañizares), pues, si bien prácticamente donde hay una empresa hay casi siempre una sociedad, puede haber una sociedad que no se proponga el ejercicio de una empresa y una empresa sin que exista ninguna sociedad (Cañizares).

ARTÍCULO 6.- (Actos y operaciones de comercio). Son actos y operaciones de comercio, entre otros:

1) La compra de mercaderías o bienes muebles destinados a su venta en el mismo estado o después de alguna transformación, y la subsecuente enajenación de ellos, así como su permuta;

- 2) La adquisición o alquiler de maquinaria en general o implementos para alquilarlos o subalquilarlos y el alquiler o subalquiler de los mismos;
- 3) La compra-venta de una empresa mercantil o establecimiento comercial o la enajenación de acciones, cuotas o partes de interés del fondo social;
- 4) La recepción de dinero en préstamo o mutuo con garantía o sin ella, para proporcionarlo en préstamo a interés y los préstamos subsiguientes, así como dar habitualmente préstamos de dinero a interés;
- 5) La compra o permuta de títulos-valores públicos o privados, con el ánimo de negociarlos y el giro, otorgamiento, aceptación o negociación de los mismos;
- 6) Las operaciones de bolsa, de rematadores, el corretaje, las comisiones y la representación o agencias de firmas nacionales o extranjeras;
- 7) Las fianzas, avales y otras garantías otorgadas en actos y operaciones mercantiles;
- 8) La actividad empresarial de las entidades que medien habitualmente entre la oferta y la demanda pública de recursos financieros, así como las operaciones y servicios de intermediación de las mismas, y el cambio de monedas;
- 9) La actividad empresarial de entidades de seguros a prima o mutuos, sobre daños patrimoniales y personas;
- 10) La actividad industrial dedicada a la fabricación de bienes mediante la transformación de materias primas, adquiridas o de propia producción;
- 11) La actividad empresarial de transporte de personas o cosas a título oneroso, cualquiera sea la vía o medio utilizado; así como la del ramo de comunicaciones;
- 12) La actividad empresarial de depósito de mercaderías y bienes, así como de suministros;
- 13) La actividad empresarial de hoteles, pensiones, residenciales, restaurantes, bares, cafés, espectáculos públicos y otros establecimientos semejantes;
- 14) La actividad empresarial de publicación de periódicos, editoriales, tipografías, fotografías, multicopias, librerías, noticias, informaciones y propaganda;
- 15) La actividad empresarial de sanatorios, clínicas, farmacias y otras similares, incluyendo las funerarias;
- 16) La actividad empresarial de construcciones y edificaciones en general comprendiendo las dedicadas a montajes, instalaciones y otros;
- 17) La actividad empresarial dedicada a la industria extractiva, así como al aprovechamiento y explotación de recursos naturales renovables y no renovables;
- 18) La actividad empresarial de promoción de negocios o de su administración;
- 19) Las empresas privadas de educación y enseñanza organizadas con fines de lucro;
- 20) Las actividades bancarias;
- 21) Los demás actos y contratos regulados por este Código.

Precd: D. 8 Ago. 1842, Art. 20 _

Conc: c. min. 170-192 Tdo.Mvo.1 c.com.4-89-20-96-448-927-1189-1205-1215-1248

ARTÍCULO 7.- (Actos comerciales por conexión). Asimismo, quedan sujetos a este Código los actos realizados por los comerciantes en conexión con sus actividades comerciales y los ejecutados por cualquier persona cuando tengan por objeto el cumplimiento de obligaciones comerciales.

Conc: c. com. 4 - 67

ARTÍCULO 8. - (Actos no comerciales). No son actos comerciales:

- 1) La producción y negociación que hacen directamente los agricultores, ganaderos, avicultores y otros similares de los frutos y productos de sus cosechas, ganados, aves y otros, a menos que tal producción y negociación constituya, por sí misma, una actividad empresarial;
- 2) La prestación directa de servicios por los profesionales, así como la creación científica o artística y su enajenación por su autor;
- 3) Los trabajos u oficios manuales o de servicio de los artesanos, obreros y otros, establecidos sin condición de empresarios y cuya subsistencia depende del producto de aquéllos;
- 4) Las pensiones familiares atendidas - personalmente por su propietario, cuando éste realice esa actividad como un medio de subsistencia;
- 5) La adquisición de frutos, mercaderías y otros bienes con destino al consumo o uso del adquirente o el ofrecimiento ocasional de cualquier excedente, y
- 6) La adquisición y disposición de bienes inmuebles, salvo la ejercida por empresas dedicadas habitualmente a ese giro.

Conc: c. com. 4 - 6 -

ARTÍCULO 9.- (Actos mercantiles mixtos). Si el acto es comercial para una de las partes, se rige también por las disposiciones de este Código.

Conc: c. com. 4 - 6 -

El Código mercantil de 1834, como su modelo español de 1829, no se ocupa de los actos de comercio. Omisión corregida con el D. de 8 de Agosto de 1842 que, además de los señalados en el Código mercantil, dice, considera actos de comercio: 1º) la venta de géneros y mercaderías

para su reventa; 2o) los contratos sobre mercaderías, letras u otros valores endosables entre toda clase de personas; 3o) los contratos entre comerciantes y sus agentes sobre actos de comercio, o sobre el servicio y salario que se deban mutuamente.

Se han dado diversos criterios doctrinales para determinar los actos de comercio, (Cañízares):

a) El de la circulación, o relación entre productor y consumidor, idea que no puede envolver los actos en que no hay motivación de lucro, como los de las organizaciones mutualistas que compran para vender al precio de costo, por ejemplo; b) el de la especulación, que aunque generalmente vinculada a la idea del comercio, no se presenta necesariamente, v. gr. en las obligaciones cambiarias de favor o en la venta a precio inferior al real para eliminar la competencia; c) el de la profesionalidad del que realiza el acto, relacionada con la concepción subjetiva del derecho comercial; d) el de la repetición masiva de los actos (Cgo. hondureño, v. gr.) que no puede comprender actos aislados no realizados en serie, como la aceptación de una letra de cambio por quien no haya aceptado ninguna anteriormente ni tenga intención de hacerlo en lo sucesivo; e) el de la calificación legal, que es el de los códigos que como el vigente (arts. 6 al 9), señalan los actos que se conceptúan o no comerciales.

Las enumeraciones se consideran enunciativas, no limitativas. La moderna doctrina y jurisprudencia francesa, al admitirlo así, ha corregido anteriores criterios taxativos fundados en una interpretación restrictiva del derecho comercial, estimado de excepción. En la Argentina predomina igual pauta a pesar de algunas opiniones en contrario (Malagarriga). Otras legislaciones, como la colombiana v. gr. (cit. de Cañízares), determinan expresamente el carácter simplemente declarativo, no limitativo de la enumeración.

La del Código, tampoco es limitativa. Su Art. 6 declara actos de comercio entre otros, los que consigna en 20 incisos y, en el 21, pone de relieve que también son tales los demás actos y contratos que regula el Código.

El vocablo acto de comercio se emplea como sinónimo de las expresiones negocio, operación o situación de hecho, generadores de toda especie de obligaciones comerciales, dice Vivante, que la ley ha separado de entre las extensas y complicadas relaciones que la actividad humana crea, para regularlas en el derecho comercial habida cuenta su particular naturaleza económica. Los negocios y operaciones que el c. com. denomina actos de comercio, constituyen, agrega el ilustre profesor de las Universidades de Bolonia y Roma, el contenido objetivo de aquel en antítesis a su contenido personal o profesional (subjetivo), que se refiere al comerciante y a sus auxiliares. Dicho contenido objetivo, subdivide Vivante en dos subclases: a) actos de comercio

objetivos propiamente dichos, cuyo carácter comercial deriva directamente de una declaración imperativa de la ley y son tales quienquiera los realice (Art. 6, particularmente los incs. 4, 5 y 7 v. gr., y Art. 9); b) actos de comercio subjetivos, que son los así considerados por una simple presunción de la ley (Art. 20).

Resulta de lo dicho que, prácticamente, la materia del c. com. está circunscrita al acto de comercio. Lo declara el Art. 10, corroborado por los arts. 7, 8 y 10: sus regulaciones se aplican a las relaciones derivadas de la actividad comercial, es decir, de los actos de esta naturaleza.

Son actos de comercio por conexión (Art. 7), a diferencia de los intrínsecamente comerciales enumerados en el Art. 6, los de carácter típicamente accesorio (Rodríguez), destinados a garantizar el cumplimiento de obligaciones comerciales, como el depósito por causa de comercio que no está comprendido en lo dispuesto por el Art. 869, la prenda (Art. 878) o la hipoteca (arts. 898 y 899); no así la fianza mercantil, que ahora es acto de comercio per se (arts. 6, inc. 7, y 902).

El acto de comercio concluido entre dos comerciantes, por regla, es intrínsecamente tal para ambos (Vivante). Se dice que es mixto -más propiamente unilateral según observa Vivante- el que es acto de comercio para una de las partes que en él interviene, pero no para la otra. En realidad, los actos mixtos forman la generalidad, como ocurre, v. gr. en el seguro, el transporte, la compraventa, el hospedaje, las cuentas corrientes, las operaciones de banca, etc., etc., que se realizan habitualmente entre una empresa y el público que no ve en ellos sino actos de su vida civil ordinaria. Más, si los actos mixtos debieran regularse, según casos y circunstancias, por el derecho civil o por el comercial, imperaría el caos dice con razón Rodríguez, por lo que la solución del Art. 9, es la correcta: la unidad del contrato exige que este sea regulado por una ley única (Vivante).

El ejercicio de los actos de comercio, debe ser efectivo; no es suficiente la voluntad abstracta de la persona dicen Fernández y Vivante. Malagarriga, Lyon - Caen y otros observan que no basta con titularse comerciante en actos públicos o privados, sin el cumplimiento de la realización de actos objetivos de comercio, que importen el ejercicio de este.

Los actos y operaciones comerciales y los que no lo son, enumerados en los arts. 6 y 8, se analizan en los institutos que les corresponde en la regulación particular de las normas singulares del Código.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Según el caso 20 del Art. 2 del D.S. de 8 de Ago. de 1842 (Art. 6 caso 5, c. com.), constituye acto de comercio el libramiento de letras de cambio" (G.J. N° 34 P 34).
- 2.- "El poder general para la administración de los negocios de una casa mercantil, que compra y vende mercaderías, hace validos los contratos de compra que hace el mandatario sobre objetos del giro siendo aplicable para caracterizar el contrato mercantil el D.S. de 8 de Ago. de 1842 (6, caso 1 del c. com.)" (G.J. N° 754, p. 35).
- 3.- "La actividad de los seguros es incuestionablemente comercial" (G.J. N° 1588, p. 220).
- 4.- Véase el caso único del Art. 448.

ARTÍCULO 10.- (Empresas estatales). Las empresas estatales, municipales u otras fiscales, no son empresas comerciales, pero pueden efectuar actos de comercio con los particulares y, en cuanto a esos actos, quedan sujetos a este Código y leyes especiales sobre la materia.

Conc: Const.141-142-145- c.min.77-170-201-202-208- L. Hds. 10,c),d),e),f),g), h),i)-11-c.com.424-

El Estado no comercia directamente. Lo hace por medio de servicios o de empresas industriales o comerciales, generalmente por consecuencia de las nacionalizaciones que en muchos países han alcanzado extraordinario desarrollo (Morandiere y Bye: Las Nacionalizaciones en Francia y en el extranjero, cit. de Cañizares). Unas veces impone el monopolio fiscal (Const. Art. 142), otras participa con el interés privado (Const. Art. 145). Los servicios o las empresas creadas al efecto, pueden consistir en un órgano administrativo, en una entidad autónoma o autárquica o en sociedades o corporaciones especiales llamadas generalmente corporaciones públicas cuando pertenecen íntegramente al Estado o sociedades de economía mixta cuando concurre el capital privado (Const. Art. 145; c. com. Art. 424). Tratándose de servicios directamente prestados por el Estado o sus órganos la organización y reglamentación de ellos, corresponde al derecho administrativo. Tratándose de sociedades con participación del Estado, se aplican las disposiciones de los arts. 424 y s., que se examinan en su lugar. Pero, en uno y otro caso, por virtud de la regla contenida en este Art., los actos de comercio que realiza el Estado con particulares, comerciantes o no, caen bajo el dominio de aplicación del c. com.

La crítica de la actuación comercial del Estado, apunta al hecho de que, frecuentemente, se subordina la conveniencia del Estado a la de los gobernantes que utilizan muchas veces este recurso para arbitrar soluciones a sus apremios presupuestarios, provocados por una deficiente administración. Sin embargo, nótese que las operaciones de crédito que todos los Estados han de practicar por exigencias de su vida económica y en cumplimiento de sus fines y de sus propias

funciones, por la forma especial de practicarlas y por las operaciones a que da lugar, así como por los títulos, producto de ellas, son verdaderos actos de comercio (Benito).

Cuando el Estado o sus órganos ejercen el comercio en un país extranjero, la actual tendencia general del derecho internacional no le reconoce inmunidad jurisdiccional, cuando es accionado en el país en el que realiza esos actos comerciales. En el caso concreto de buques de propiedad del Estado que prestan un servicio comercial, estos están asimilados a los buques privados según una convención internacional de 1926 (Ripert, cit. de Cañizares). Lo dispuesto por el Art. 46 del c. aé. sobre aeronaves ha de tenerse como aplicación de dicha convención.

En los Estados socialistas, en que el comercio no existe en el sentido clásico occidental, el Estado ejerce el comercio por lo regular mediante empresas autónomas financiadas y controladas por el Estado.

ARTÍCULO 11.- (Bienes mercantiles). Son bienes mercantiles:

- 1) Las empresas mercantiles o establecimientos de comercio;
- 2) Las mercaderías elaboradas o por elaborar y otros bienes muebles que se transfieran por o/a empresas mercantiles;
- 3) Los bienes inmuebles, cuando sean objeto del giro comercial de la empresa
- 4) Los títulos - valores;
- 5) La propiedad industrial, el nombre, los avisos, las marcas de fábricas, las patentes, licencias de uso y explotación y demás signos análogos cuando constituyan objeto de comercio, y
- 6) Los demás bienes regulados en este Código.

Conc: c. com. 150-448 y s.-463 y s.-470 y s.-475 y s.-483 y s.-491 y s.-516 y- s.-541 y s.-592 y s.-600 y s.-642 y s.-682 y s.-690 y s.-717 y s. - 898 - c.c. 1395 - c. aé. 56 -

La incertidumbre terminológica de la legislación y la doctrina, resalta en este punto. Hay una anarquía doctrinaria al respecto, dicen Fadda y Bensa (cit. de Fernández). Los autores no se detienen en las consideraciones generales y por lo regular concretan directamente sus disertaciones a los elementos singulares del mismo.

En Francia, se usa indistintamente *entreprise* (empresa) *fonds de commerce*, *maison de commerce*. Para Ripert, la empresa es la unidad económica y el fondo de comercio es el aspecto jurídico de la empresa que da derecho a una clientela determinada; para Valery, la casa de

comercio es el conjunto de personas que hace funcionar el fondo de comercio, que es el conjunto de bienes que integran la casa de comercio (cits. de Cañizares).

En España y los países latinoamericanos, se usa indistintamente los términos empresa, establecimiento comercial (o mercantil), acervo comercial, negocio, negociación mercantil, casa de comercio, patrimonio industrial, fondo de comercio y hacienda.

En Italia, se ha usado el vocablo azienda (hacienda) como sinónimo de empresa y equivalente del francés fonds de commerce. Vivante define la azienda commerciale, como el objeto importante y característico del comercio que constituye el organismo económico establecido para su función. Para el concepto legal, (Art. 2555 del Cgo. de 1942) azienda es el conjunto de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la empresa. Así, ya no se confunde hacienda con empresa observa Messineo, porque esta designa una actividad económica (Art. 2082, c.c. italiano) y, por consiguiente no es un objeto como la hacienda, que supone, dice, el conjunto de elementos objetivos (bienes) organizados, instrumento indispensable de la empresa pero no parte de esta, porque su función es instrumental.

Esta solución del Código italiano de 1942, está asimilada en el Art. 448 del Código, primera fase, que da el concepto de la actividad económica de la empresa mercantil, pero confundiendo en su segunda fase con el establecimiento de comercio (v. la anot. al Art. 448).

Los variadísimos bienes que componen el establecimiento o azienda puede reunirse en dos grupos: activo y pasivo (Vivante) y sus elementos constitutivos aunque heterogéneos son complementarios entre si (Messineo). Según la enumeración legal (arts. 11 y 449), puede distinguirse:

a) Cosas materiales o corporales (Art. 74 c.c.; c. com. 449, 1) y 6): dinero, mercaderías, bienes muebles e inmuebles (local o establecimiento, aún sin pertenecer en propiedad al titular del comercio), instalaciones.

b) Cosas inmateriales o no corporales (Art. 74, c.c. y c. com. 449, 2, 3, 4, 7, 8): razón social, nombre, enseña, emblema, marcas de fábrica, secretos de fábrica, patentes de invención, licencias, fama, etc.

c) Relaciones jurídicas, como las de trabajo con el personal dependiente o las que se dan con la clientela (Art. 449, 2) y 5).

d) Los créditos y fuentes de aprovisionamiento y las deudas u obligaciones (Art. 449, 8).

Parece más propio el vocablo bienes mercantiles que emplea el Código, antes que cosas mercantiles que algunos autores prefieren (Rodríguez v. gr.), porque su noción coincide mejor con el sentido corriente para los fines de este Art. Si bien el género cosas implica todas las que en derecho son susceptibles de apropiación o posesión, la especie bienes, dice Scaevola, se refiere sólo a aquellas cosas que han sido adquiridas y están en el patrimonio de uno.

La nota peculiar de la azienda (empresa o establecimiento según el inc. 1), que da idea clara de su característica de movimiento, dice Messineo, es la llamada en el sistema italiano avviamento: funcionamiento o aptitud funcional de los elementos que componen la azienda para realizar los fines a que está destinada: producir beneficios o utilidades. Para Vivante, Vidari y otros, el avviamento es un bien mercantil, objeto de derecho; para Rocco, Ascarelli, Messineo, es sólo una cualidad de la azienda sin que pueda ser objeto de derecho.

Se asimila al avviamento italiano, el achalandage francés, referida inicialmente a la clientela en función del emplazamiento del fondo de comercio y considerada después como la cualidad virtual, potencial de este.

En Uruguay y la Argentina, se usa el vocablo llave para designar la hacienda, el avviamento o, más frecuentemente, el mero traspaso de un local o el acceso a este aún vacío, mediante una prima fijada para la locación.

En Alemania, tradicionalmente, según Cañizares, se ha considerado el vocablo Chancen como el equivalente germánico de la noción de avviamento, aunque se observa que su noción jurídica es vaga y discutida por los autores.

En México, se emplea indistintamente los viejos vocablos españoles aviamiento o avio, que se considera resultado de la idea organizadora, del trabajo humano que promueve la adecuada organización unitaria de los dispares elementos materiales e inmateriales que concurren a la obtención del fin deseado. (Rodríguez).

En Colombia, se ha adoptado (en la práctica y aún en los textos legales), la expresión consagrada en los países de common law: good will, cuya naturaleza jurídica es la de un bien negociable de la categoría de las cosas in action, o cosas inmateriales no susceptibles de transferirse por entrega material.

Si bien no se da una regla especial para definir el aviamiento en el Código, este contiene normas para su protección, como, v. gr., las disposiciones de los arts. 66 y s. (competencia desleal) o 449, 2) (desviación de la clientela y la fama comercial).

LIBRO PRIMERO
DE LOS COMERCIANTES Y SUS OBLIGACIONES

TÍTULO I
DE LOS COMERCIANTES

CAPÍTULO I
EJERCICIO DEL COMERCIO

ARTÍCULO 12.- (Capacidad). Las personas capaces para contratar y obligarse conforme a la Ley Civil, pueden ejercer el comercio.

Precd: c. mtl. 2 -

Conc: c.c. 3 - 54 - 483 - c.f. 249 - 265 - p.c. 56 - c. com. 4-5-18-19-22-23-133-309-333-416-765-
Rgto. rg. com. 12- 17-28-29-

La capacidad a la que se refiere el Art., es la legal de ejercicio, esto es, a la aptitud que tiene toda persona de obrar o hacer valer por si misma, sin autorización ni tuición de nadie, los derechos de que está investida, especificada en los arts. 4,II) y 483 del c.c., cuyo principio, aplicado a la materia en estudio, puede formularse diciendo que toda persona es capaz para ejercer el comercio, si no está declarada incapaz por la ley.

Por la capacidad de goce o aptitud de toda persona para ser titular de cualquier derecho, como atributo de la personalidad, cualquiera puede ser comerciante, aún el menor, el interdicto, el ausente y las personas colectivas en forma de sociedades comerciales, aunque en todos estos casos se ejercita el comercio por medio de la representación legal o voluntaria (v. la segunda fase del Art. 4).

Los autores consideran este punto asociándolo con ciertas condiciones, como la de la habitualidad en el ejercicio del comercio o que este se cumpla en interés propio, pero no son elementos que condicionan la capacidad de ejercicio propiamente dicha, sino la calidad de comerciante, cuyo concepto es materia del Art. 4 ya examinado.

El Art. se refiere a toda persona, lo que importa que comprende en su disposición tanto a las personas individuales, conforme preceptúa el Art. 5, inc. 1), cuanto a las personas colectivas o comerciantes sociales, respecto de las cuales tienen particular relación con este Art. las disposiciones concordantes de los arts. 54, I), del c.c., 56 del p.c., 133 y 416 de] c. com.

Recuérdese además, que la capacidad de ejercicio de las personas colectivas (o jurídicas según el Art. 5, inc. 2), está circunscrita al objeto social, (Art. 163), de acuerdo al principio de la especialidad, y que aquel debe constar en el instrumento constitutivo en forma precisa y determinada, a tenor del Art. 127, inc. 4).

JURISPRUDENCIA

- 1.- "La mayoría fijada a los 21 años de edad, habilita a las personas de pleno derecho para el ejercicio de todos los actos jurídicos" (G.J. N° 274, p. 1779).
- 2.- "Para ser mayor de edad, ha de cumplirse la edad de 21 años, circunstancia indispensable para fijar la capacidad legal" (G.J. N° 557, p. 9).
- 3.- "La capacidad legal para ser sujeto de derecho, con derechos, acciones y obligaciones, se adquiere al tiempo de nacer" (G.J. N° 1585, p. 61).

ARTÍCULO 13.- (Menores emancipados o habilitados). Los menores emancipados o habilitados que tengan por lo menos dieciocho años de edad, pueden ejercer el comercio por sí mismos.

Llenados los requisitos, se considera al menor, para todos los efectos y obligaciones comerciales, como mayor de edad, no pudiendo en caso alguno invocar los derechos inherentes a su minoridad en perjuicio de terceros de buena fe.

Precd: c. mtl. 2, 6o)

Conc: c.c. 5, III y IV)-300-c.f. 361-363-365-470 -c. com. 29, 2) - 1364 -Rgto. rg. com. 16 -

Ni el ordenamiento general ni el derecho familiar a cuyo dominio corresponde a materia, hacen distinción alguna entre emancipación y habilitación como lo hacen otras legislaciones.

El Código, tampoco deja saber lo que ha de entenderse por habilitación en la esfera de su aplicación, con la claridad necesaria, por lo que podría estimarse que el Art, concretaría su disposición únicamente a la emancipación, a la cual aparecería asimilada la habilitación, por virtud de la conjunción disyuntiva o alternativa empleada en el texto legal, cuando se habla de emancipación o habilitación (arts. 13 y 29, 2, del Código y 16 del Rgto. rg. com.). Análogo solecismo del Art. 10 del c. com. argentino es observado por Malagarriga.

Querría decir esto que los emancipados pueden enajenar y gravar sus bienes inmuebles y comparecer en juicio, en la actividad comercial, sin necesidad de la autorización judicial, que es

la tuición establecida para los emancipados por el Art. 365 del c.f., cuya observancia en la materia tiene tanta importancia cuanta se reconoce a todas las previsiones legales en amparo de los intereses patrimoniales de los menores, por razones de orden público, y sin la cual observancia todo emancipado podría ser considerado para todos los efectos de su actividad comercial como mayor de edad, esto es, con capacidad de ejercicio plena. Sin embargo, tal conclusión, supone una solución peligrosa para la actividad patrimonial del emancipado que, además, pone en conflicto dos legislaciones especiales: la familiar y la mercantil, embarazo que reclama debido despejo.

La legislación italiana anterior al Código de 1942, mantenida en este sin cambio sobre este punto, habida cuenta los riesgos gravísimos de que está lleno el ejercicio del comercio (Vivante), concede la capacidad anticipada al emancipado bajo estrictas formalidades que consisten: a) en la emancipación previa; b) la habilitación o autorización expresa para ejercer el comercio, porque este ejercicio no supone una simple administración ordinaria (Art. 266 c.f.), nota característica de la emancipación, sino que necesariamente sobrepasa sus límites, y c) el registro comercial de ambos actos.

Resulta así que la habilitación, consiste en la autorización del juez tutelar (Art. 397 del Código italiano y Messineo), prevista en el ordenamiento nacional en los arts. 365 y 470 del c.f. En México, la habilitación también significa esa autorización (Rodríguez).

Entre los precedentes legislativos de esta disposición, se tiene que el Art. 20, inc. 6o) del c. mtl. abrg., veda a los menores de 21 años, así sean emancipados, el ejercicio del comercio, regla dada apartándose de su fuente el c. com. español de 1829, cuyo Art. 4 dispone que el emancipado puede ejercer el comercio siempre que -entre otros requisitos- haya sido habilitado para la administración de sus bienes en la forma prescrita por las leyes comunes, que traducido al sistema del ordenamiento vigente ha de considerarse referida a la autorización judicial, para disponer de los bienes administrados, prevista en los ya citados arts. 365 y 470 del c.f.

En consecuencia, cabe sostener que el Art. ha querido decir menores emancipados y habilitados en lugar de emancipados o habilitados, sustitución correctiva de una conjunción alternativa mal empleada por una copulativa, que concilia ambas legislaciones especiales y ajusta su aplicabilidad a la función coordinada que se supone deben cumplir.

Consiguientemente, para que esta disposición surta efectos como corresponde, se requiere: a) que la emancipación sea inscrita en el rg. com. (Art. 29, 2) necesariamente, sin perjuicio de la inscripción en el registro civil prevista por el Art. 1528 del c.c. que también es inexcusable como

cuestión que interesa al orden público por afectar al estado de las personas; b) que el emancipado sea autorizado, en la resolución de que trata el Art. 457 del c.f. o en actuación especial posterior según el Art. 470 del mismo cuerpo legal, para que se lo considere habilitado para ejercer el comercio, a los fines de la segunda fase del Art., que impide a los emancipados invocar los beneficios inherentes a su condición de demi capacite, en perjuicio de terceros. Estos son los requisitos adecuados a la correcta aplicabilidad del Art., según la interpretación combinada de las disposiciones legales examinadas, sin olvidar que ellos deben observarse cualquiera sea la forma de la emancipación: legal, voluntaria o forzosa (por matrimonio, o por concesión de los padres, tutores o de la autoridad judicial).

Adviértase también, que en las emancipaciones legal y voluntaria, que según los arts. 360 y 361 del c.f. proceden a los 16 años cumplidos, la habilitación para ejercer el comercio solo puede gestionarse y otorgarse cumplidos los 18 años. Hasta esa edad, se aplican al menor emancipado, los arts. 14, 15 y 16 del Código, según los casos.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "El ejercicio (de la capacidad de obrar) respecto del menor emancipado, está restringido a los actos de pura administración, conforme al Art. 252 del c.c. (365, c.f.)" (G.J. N° 878, p. 48).
- 2.- "El menor emancipado no puede disponer de sus bienes, ni hacer ningún otro acto que los de pura administración, sin observar las formas prescritas con respecto al menor no emancipado" (G.J. N° 913, p. 75).

ARTÍCULO 14.- (Continuación por el padre o la madre). El padre o la madre, en ejercicio de la patria potestad, pueden continuar los negocios mercantiles que pertenecieren al menor por herencia, donación o legado, de acuerdo a las previsiones del Código de Familia, debiendo rendirle cuenta cuando llegue a su mayoría de edad o haya sido emancipado.

Conc: c.c. 5, II) - c.f. 265 - 270 - 271 - 275 - c. com. 15 - 16 - 145 - 1543 - 1590

ARTÍCULO 15.- (Continuación por los tutores o curadores). En el caso de un menor sujeto a tutela o de una persona declarada en estado de interdicción, corresponde al juez de familia decidir, con intervención de peritos y audiencia de quienes ejercieren la representación legal, si continua el negocio o se liquida, debiendo fijar para cualquiera de los casos las bases a que se sujetará, salvo disposición especial del causante, que será respetada.

Conc: c.c. 1184-c.f. 274, 20)-284-300-353-470-c. com. 14 - 16 - 145 - 1543 - 1590

ARTÍCULO 16.- (Designación de administrador). Las personas que ejerzan la patria potestad, la tutela o la curatela y no puedan asumir la administración de los negocios, nombrarán bajo su responsabilidad al administrador o administradores. El juez de familia fijará las garantías que éstos deban otorgar.

Conc: c.f. 266 - 316 - 470 - c. com. 14 - 15 - 72 -145 - 1543 - 1590

La materia de estos arts. (14, 15 y 16), que atañe al derecho civil y familiar esencialmente, ha sido examinada ya en otro lugar y no cabe repetir aquí su comentario, que puede consultarse en las anots. del articulado de los códigos civil y de familia, señalado en las concordancias.

Nótese además, que las determinaciones precautorias de estos arts., se explican porque el comercio, económicamente hablando, es una actividad de riesgos y peligros, que puede producir grandes beneficios o grandes pérdidas.

Si el padre o la madre (o el mayor antes de caer en interdicción) ejercían el comercio o una industria, la decisión judicial determina la continuación de la actividad o su liquidación. Y tanto en el caso de los menores como en el declarado interdicto, dada su incapacidad, por ellos actúan y contratan sus representantes legales o los administradores designados al efecto.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Los menores no pueden demandar ni ser demandados sin la asistencia de un tutor y sin la intervención fiscal, pena de nulidad" (G.J. N° 717, p. 25).
- 2.- "Los incapaces en derecho deben estar declarados tales judicialmente con anterioridad al nombramiento de curador ad-litem" (G.J. N° 762, p. 18).
- 3.- "Los menores deben estar asistidos por tutores para la defensa de sus derechos" (G.J. N° 1297, p. 12).

ARTÍCULO 17.- (Comerciante mujer casada). La mujer casada que haya cumplido la edad señalada en el artículo 13° puede ejercer el comercio separadamente del marido y obliga a la responsabilidad de tales actos, con sus bienes propios o con la parte de los comunes conforme a las previsiones del Código de Familia.

Precd: c. mtl. 3 -

Conc: c.f. 99 - 121 - c. com. 13 -

En el régimen legal abrogado, la mujer casada era considerada incapaz y para ejercer el comercio requería autorización expresa del marido, otorgada en escritura pública. La igualdad jurídica de los cónyuges (Const. Art. 194 y c.f. Art. 96), hoy vigente, permite a la mujer casada el ejercicio de cualquier profesión liberal o de la actividad mercantil (c.f. Art. 99), en la que solo arriesga, nótese bien sus bienes propios y la parte que le corresponde en los comunes (Art. 121, c.f.). El marido puede oponerse a esa actividad, por razones de moralidad o cuando ella compromete la función esencial de la mujer en el hogar.

La menor casada, emancipada por razón de matrimonio (c.f. Art. 360), puede ejercer el comercio, solo desde los 18 años cumplidos, según dispone expresamente este Art., en aplicación de la regla dada en el Art. 13 y contando con la habilitación en la forma explicada en la anotación del citado Art. 13. La menor casada con menos de 18 años (Recuérdese que la nubilidad de la mujer está fijada en los 14 años por el Art. 44 del c.f.), que sea titular, por cualquiera causa, de algún comercio o establecimiento mercantil, está en consecuencia, para el caso, sometida a las reglas de los arts. 14, 15 y 16. Quiere decir que la regla del Art. 360 del c.f., en este punto, está derogada por la especialidad del c. com. (Art. 4, loj.).

JURISPRUDENCIA

- 1.- "La igualdad jurídica de los cónyuges está consagrada por el Art. 131 (194) de la Constitución Política y no necesita reglamentación previa para su vigencia"(G.J. N° 1280, p. 81).
- 2.- "El Art. 131 (194) de la Constitución, al consagrar la igualdad jurídica de los cónyuges, ha abolido las disposiciones legales de privilegio en favor del esposo, dejando a ambos en igualdad de condiciones"(G.J. N° 1339, p. 47)
- 3.- "Consagrada la igualdad jurídica de los cónyuges por el Art. 194 de la Constitución Política, coloca a ambos en igualdad de condiciones"(Lab. Jud. 1976, p. 131).

ARTÍCULO 18.- (Comercio por ambos esposos). Si los esposos se dedican juntos al comercio, ambos tendrán la calidad de comerciantes, salvo que uno de ellos sea solamente auxiliar o dependiente de las actividades mercantiles del otro.

Conc: c. com. 4 - 12 - 144 -

La calidad de comerciante, se establece según las determinaciones de los arts. 4, 5, 12, 13 y 28 del Código y el carácter de auxiliar o dependiente, según las de los arts. 72 y 89.

ARTÍCULO 19.- (Impedidos y prohibidos para ejercer el comercio). Están impedidos y prohibidos para ejercer el comercio:

- 1) Las personas señaladas por disposiciones legales o como consecuencia de sentencia judicial;
- 2) Los quebrados que no hayan obtenido rehabilitación;
- 3) Los directores, administradores, gerentes o representantes legales, así como los síndicos de las sociedades declaradas en quiebra culpable o fraudulenta, por el tiempo que dure la condena, y
- 4) Los funcionarios o empleados públicos de entidades oficiales o semi - oficiales en relación a actividades que tengan vinculación con sus funciones.

Precd: c. mtl. 2 -

Conc: c.p. 35 - 36, 3) - c. com. 5 - 21 - 24 - 29 -104-310, 1) -334, 1) - 374 -445 - 751 - 1551, 1582-1668- 1675 y s.- 1684-Rgto. rg. com. 12-17-28-29-30-

La terminología del Art. no se encuadra al tecnicismo que, por lo regular, es de rigor en las normas imperativas porque interesan al orden público.

El vocablo impedido puede estimarse empleado como sinónimo de prohibido, lo que importaría una redundancia superflua. Puede también significar una noción de inhabilidad, por ausencia de requisitos que condicionan la facultad de ejercer el comercio, lo que parece más propio y, consiguientemente, evoca una idea vinculada a la capacidad.

Admitida la pertinencia de la última alternativa propuesta, el Art. supone el dato final que debe tenerse presente para definir el concepto de comerciante, calidad que no pueden adquirir o ejercitar quienes están incapacitados y prohibidos por las determinaciones de la ley, interpretación que presupone la necesidad de distinguir entre incapacidad y prohibición.

La incapacidad como negación de la capacidad, es un impedimento (para emplear la terminología del artículo) que resulta de la no-concurrencia de los requisitos que integran esta (v. el Art. 12 y su anot.). En cambio, la prohibición supone la capacidad; pero, aunque presenta todos y cada uno de los requisitos que la forman, existen, junto a ellos, otras circunstancias que causan inhabilidad (Rodríguez) o incompatibilidad (Messineo) para ejercer el comercio. La distinción culmina en la diferenciación de los efectos de una y otra situación: los actos realizados por incapaces serán nulos o anulables según las regulaciones del derecho común (arts. 549 y 554, c.c.) por determinación del Art. 822 del Código; los ejecutados por personas bajo prohibición serán válidos y sólo sujetos a especiales sanciones, como, v. gr., las previstas en los arts. 24 y 445, primera fracción.

En consecuencia, a tenor del inc. 1) del Art. en examen, están señalados por la ley como incapaces (impedidos):

1) Los menores de edad (con las salvedades dichas y examinadas en los arts. 13 y 17).

2) Los interdictos, cuando la interdicción ha sido declarada judicialmente (Art. 343, c.f.). A los efectos de la interdicción, otras legislaciones, v. gr. la mexicana, incluyen entre las personas privadas de inteligencia, a los ebrios consuetudinarios, a los drogadictos y a los sordomudos que no saben leer y escribir. La imprecisa generalización de la ley en la materia hace dudar sobre si estos casos pueden ser objeto de interdicción, duda que sólo pueda resolver una legislación aclaratoria complementaria o una inteligente interpretación de la jurisprudencia.

La segunda parte del inc. 1) del Art.: consecuencia de sentencia judicial y los demás incs., señalan prohibiciones.

Las relativas a los quebrados (que se examinan en su lugar) son efecto de la pena accesoria de inhabilidad dispuesta por los arts. 35 y 36, 3) del c.p. y 21 del c. com., en los supuestos que regulan, y que producen prácticamente una incapacidad sobrevenida para el ejercicio del comercio, porque hace perder la calidad de comerciante, conforme previene el Art. 22 del Código.

Las prohibiciones también alcanzan a los corredores (Art. 104), que no pueden dedicarse a ejercer ninguna actividad comercial, puesto que no pueden comerciar por cuenta propia, ni ser mandatarios, comisionistas, factores, dependientes o agentes de un comerciante.

En cuanto a los funcionarios públicos, la nueva legislación acusa notoria imprecisión y entrega la materia a una inconveniente diseminación de sus regulaciones entre el Código y el Reglamento del registro de comercio. El c. mtl. abrg. (Art. 2, inc. 1) prescribe una prohibición general, exceptuados sólo los cargos concejiles.

Cabe ante todo señalar sucintamente la razón de esta prohibición: se persigue con ella -con indudable buen criterio-mantener libre de toda sospecha el ejercicio de la función pública (Vivante) e impedir que quienes la ejercen, utilicen en beneficio de sus empresas mercantiles, las fuerzas sociales que por razón de su cargo han de tener a su disposición (Benito).

El Código, ha circunscrito esta prohibición a los límites fijados en el inc. 4 del Art., mientras otras legislaciones consignan en su detalle a los altos dignatarios de la Administración, a los

magistrados judiciales y funcionarios del Ministerio Público, a los diplomáticos, a los empleados de la recaudación y administración de los fondos del Estado, etc.

Parece evidente que se ha tratado de salvar la incompleta regulación del Art. con el Art. 28 del Rgto. rg. com., que incluye en la prohibición a algunos funcionarios señalados nominatim, a los jefes políticos y militares, a los recaudadores y administradores de fondos del Estado, a los agentes de cambio, corredores de comercio, agentes de bolsa, martilleros rematadores y a los que las leyes especiales impide realizar actos de comercio.

La complementación, necesaria e inexcusable, sin embargo, no debió ser hecha en el Rgto. que, en primer lugar, no puede contener por su carácter adjetivo disposiciones substantivas como las de su Art. 28, que corresponden al ámbito del Código y cuyo lugar propio está en el Art. en examen. En segundo lugar las reglamentaciones de índole puramente adjetiva, están sometidas a los marcos que fijan los principios contenidos en los arts. 96, inc. 1) y 229 de la Constitución. En el caso, son propiamente reglamentarias las disposiciones de los arts. 29 y 30 del Rgto. rg. com.

Finalmente, en materia delicada e importante como está, no parece lo más indicado referir lo omitido o imprevisto a las leyes especiales. El Art. debió concretar la enumeración de los funcionarios sometidos a la prohibición, con prolija precisión.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "La sentencia que declara la interdicción es requisito para privar a la persona del ejercicio de sus derechos civiles" (G.J. N° 866, p. 49).
- 2.- "Para que la demencia sea motivo que constituye a un mayor de edad en la incapacidad de contratar y ejercer los actos de la vida civil, o sea, en el estado de interdicción, es necesario que esta sea judicialmente declarada" (G.J. N° 882, p. 26).
- 3.- "La interdicción afecta al orden público y por tanto debe ser declarada por sentencia" (Lab. Jud. 1972, p. 93).
- 4.- "Para que surta efectos legales la interdicción, es preciso que sea declarada mediante sentencia ejecutoriada, pronunciada en juicio contradictorio" (Lab. Jud. 1973, p. 170)

ARTÍCULO 20.- (Presunción legal). Se presume, para los efectos legales, que una persona ejerce el comercio cuando, en cualquiera de los siguientes casos:

- 1) Tenga establecimiento o local de comercio abierto al público, y

2) Anuncie, por cualquier medio de difusión, su calidad de comerciante.

Conc: c. com. 4 - 23 - 34 -

Para caracterizar al comerciante, la doctrina distingue dos sistemas (Rodríguez): a) el material, que conceptúa comerciante a quien se dedica de un modo efectivo a realizar actividades catalogadas como mercantiles; b) el formal, que caracteriza al comerciante por la adopción de determinadas formas (v. gr. Art. 125) o la inscripción en registros especiales (Art. 28). El Código, combina en sus disposiciones ambos sistemas. Para el comerciante social rige exclusivamente el sistema formal (arts. 28 y 127); para el comerciante individual, rigen ambos sistemas: el formal según el Art. 28 y el material a tenor de la presunción establecida en este Art.

Ha de considerarse que se trata de una presunción *juris et de jure*, que establece una regla de criterio legal para la aplicación de la ley sobre actos y hechos ciertos porque -para estimarla *juris tantum*, falta al precepto la permisión expresa de prueba en contrario que al efecto requiere el Art. 1318, III, del c.c.

Se aplican para el caso las sanciones previstas en el Art. 34.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "La presunción a que se refiere el Art. 937 (1318) del c.c. establece regla de criterio legal para la aplicación de la ley sobre actos y hechos ciertos" (G.J. N° 780,
- 2.- "La presunción de *jure et de jure* no admite prueba en contrario y libera a quien la ejercita ofrecerla en observancia del Art. 935 (1318) del c.c." (G.J. N° 1283, P. 72).

ARTÍCULO 21.- (Pena de inhabilidad para el ejercicio del comercio). En los delitos contra la propiedad, la fe pública, la economía nacional, la industria y el comercio o por contrabando, competencia desleal, usurpación de derechos sobre propiedad industrial y otros con sentencia ejecutoriada, se impondrá, como pena accesoria, la prohibición de ejercer el comercio por el mismo tiempo de la condena.

Conc: c.p. 36, 3) - 186 y s.-221 y s.- 326 y s. - 362 y s. - c. tb. 104 - b y d del inc. 30) - L. 13 Nov. 1909 - L. 12 Dic. 1916 - c. com. 19, 1) - 81 - 1317, 5) - Rgto. rg. com. 30

Según el Art. 36, inc. 3) del c.p. se aplica inhabilitación especial, consistente en la prohibición de ejercer una profesión o actividad, por cualquier delito cometido por los que ejercen comercio o

industria, disposición que ha de considerarse de preferente aplicación a la del Art. en examen, habida cuenta el carácter general de orden público de las leyes penales.

Esta inhabilitación, supone el impedimento a que se refiere el Art. 19, inc. 1, in fine: consecuencia de sentencia judicial.

El Art. 30 del Rgto. rg. com., establece el mecanismo para inscribir la inhabilitación y agrega a la enunciación de delitos que hace el Art. los de giro de cheques sin provisión de fondos contra cuenta cancelada, modificando así la regla sustantiva de este Art. y aún la del Art. 204 del c.p., que no menciona el giro contra cuenta cancelada, lo que importa mal uso y abuso de la facultad reglamentaria y del objeto de la reglamentación, observado ya en la anot. del Art. 19.

JURISPRUDENCIA

1.- "Es inherente a toda pena corporal, por ministerio de la ley, la de privación o inhabilitación, correspondiendo al Ministerio Público encargarse del cumplimiento de esta sentencia" (G.J. N° 262, p. 1683).

2.- "La de inhabilitación es inherente a la pena corporal de reclusión" (G.J. N° 265, p. 1700).

ARTÍCULO 22.- (Pérdida de la calidad de comerciante). La calidad de comerciante se pierde por incapacidad o inhabilitación sobrevinientes para el ejercicio del comercio.

Conc: c. com. 4 - 12 - 81 - 1317, 5) -

Disposición comprendida en la anot. al Art. 19

ARTÍCULO 23.- (Responsabilidad de los padres, tutores y curadores). El ejercicio del comercio sin la capacidad requerida, no confiere la calidad de comerciante.

Los que ejerzan la patria potestad, tutela o curatela, responden personalmente de los daños y perjuicios ocasionados a terceros de buena fe, por las actividades comerciales desarrolladas por los incapaces a su cuidado, si, pudiendo evitarlo, no lo hacen.

Conc: c.f. 346-c. com. 5 - 12 -20- c.c. 990 - 988 -989-

La regla contenida en la segunda fase del Art., es una aplicación de las disposiciones del derecho común señaladas en la concordancia. Las responsabilidades de los padres y tutores, emergen:

a) cuando el hijo menor o el tutelado es menor no emancipado; b) el menor convive con el padre o el tutor; c) el mayor incapaz, declarado interdicto, está al cuidado de los responsables (c.f. Art. 346); d) que era posible evitar el hecho.

Para el menor emancipado, se aplica el Art. 24. Para los menores inimputables rigen los arts. 988 y 989 del c.c., y debe tenerse presente que quienes contratan, comercialmente o no, con aquellos, a sabiendas de su incapacidad que resulta notoria por la edad, no pueden reclamar daños. Por eso, el Art. habla de terceros de buena fe.

La primera parte del Art. es una redundancia superflua de la regla establecida en los arts. 5 y 12.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Las personas capaces de obligarse no pueden reclamar la incapacidad de la contra parte con quien contrataron" (G.J. N° 540, p. 21).
- 2.- "Conforme a este Art. (990 c.c.) los padres son responsables de los daños causados por sus hijos menores, sin más excepción que el caso de ser imposible evitarlo" (G.J. N° 730, p. 16).
- 3.- "El vendedor que como persona capaz de obligarse transfiere su propiedad al comprador conociendo la incapacidad de este, no puede alegar esa inhabilidad para demandar la nulidad de la transferencia" (G.J. N° 792, p. 23).
- 4.- "Una persona que está legalmente capacitada para suscribir un contrato y obligarse a él, no puede en ningún caso alegar la incapacidad de la otra parte después de perfeccionada la obligación, siendo únicamente la prohibida o incapacitada la que puede hacer ese reclamo de nulidad" (G.J. N° 1 182, p. 73).

ARTÍCULO 24.- (Responsabilidad de impedidos y prohibidos). Las personas comprendidas en el artículo 19 y que, no obstante, se dediquen al comercio, son consideradas como comerciantes solamente a los efectos de la responsabilidad civil y están sujetas a las sanciones penales en que incurran.

Conc: c. com. 4 - 19 - 34 -

Comprendido en la anot. al Art. 19 -

CAPÍTULO II **OBLIGACIONES DE LOS COMERCIANTES**

ARTÍCULO 25.- (Obligaciones de los comerciantes). Son obligaciones de todo comerciante:

Descargado desde el sitio www.bolivianland.net

- 1) Matricularse en el Registro de Comercio;
- 2) Inscribir en el mismo Registro todos aquellos actos, contratos y documentos sobre los Cuales la Ley exige esa formalidad;
- 3) Comunicar a la autoridad competente, en su caso, la cesación de pagos por las obligaciones contraídas, en los plazos señalados por Ley;
- 4) Llevar la contabilidad de sus negocios en la forma señalada por Ley;
- 5) Cumplir con las obligaciones tributarias de la manera prescrita por Ley;
- 6) Conservar sus libros, documentos y demás papeles relacionados con sus negocios por el tiempo que señala la Ley;
- 7) Abstenerse de ejecutar actos que signifiquen competencia desleal, y
- 8) Las demás señaladas por Ley.

Precd: c. mtl. 8 - D.S. 20 Julio 1936, Art. 10 D.L. 28 Abril 1937 - D.L. 4 Abril 1940, Art. 26 - L. 4 Julio 1938 -

Conc: c. tb. 97 - 98 - 99 - 139 - c.p. 231 - 237 - 238 - c. com. 26-27-29-30-33 - 36 -52 - 66 - 69 - 1264 - 1487 - Rgto. rg. com. 11

Las obligaciones en el derecho comercial, son, como en el derecho civil, legal y contractual. Las primeras, son las que la ley impone en atención a la importante función social que, en el caso, cumplen el comerciante y sus auxiliares. Las segundas, emanan de las relaciones jurídicas que se establecen regularmente mediante el contrato, entre quienes intervienen en alguna manifestación de la actividad comercial.

A pesar de su aparente diversidad, las que enumera el Art. pueden ser reducidas a tres grupos: a) obligación de inscripción en el registro, que incluye los casos de los incs. 1, 2 y 3; b) obligación de llevar la contabilidad, que incluye los puntos 4 y 5, y c) la de conservar la documentación, que incluye los incs. 6 y 7, siendo el punto 8 común a todos los demás.

Las obligaciones de los auxiliares de comercio, son efectivamente más diversas. Unas son iguales o análogas a las del comerciante; otras, propias de ellos, sea por la representación que ejerzan o por el carácter técnico de las funciones que cumplen.

La regulación de todas estas obligaciones, está desarrollada en las disposiciones pertinentes del Código, que se examinan en su lugar.

CAPÍTULO III **REGISTRO DE COMERCIO**

Descargado desde el sitio www.bolivianland.net

ARTÍCULO 26.- (Dependencia del Registro de Comercio). El Registro de Comercio funcionará bajo la dependencia del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, y su organización administrativa y funcional se regulara por el reglamento respectivo.

Precd: c. mtl. 20- D.L. 28 Abril 1937, arts. 1 y 2 - D. 4 Abril 1940 - D. N° 923 de 20 Octubre 1947 -
Conc: c. com. 25-29-Rgto. rg. com. 1 -2-4-5-

El Art. 20 del abrg. c. mtl., instituyo el registro público y general de comercio. Abolidos las juntas mercantiles y los consulados de comercio, que estaban encargados de dicho registro, este no existió prácticamente por buen tiempo. Es restablecido por D.S. de 20 de Julio de 1936 (Art. 10), como padrón general de comercio, a cargo de las oficinas de impuestos internos (Administraciones distritales de la Renta, en la nomenclatura administrativa actual). Posteriormente, se instaura el registro en forma más orgánica, a cargo de las Cámaras de comercio departamentales, mediante D.L. de 28 de abril de 1937, complementado para el registro de comerciantes ambulantes por D. de 4 de abril de 1941 y para el de importadores por D.S. N° 923 de 20 de Oct. de 1947.

El Registro es una institución de funciones múltiples y complejas. De una parte es matrícula de comerciantes, de otra, registro de actos y documentos y, de otra, un verdadero registro de propiedad (v. gr. en los casos regulados por los arts. 29, incs. 7, 888, inc. 4 y 896).

El reglamento a que se refiere el Art. es el del Registro de comercio, sancionado mediante D.S. N° 15191 de 15 de Dic. de 1977, que está inserto en este libro.

ARTÍCULO 27.- (Objeto del Registro). El Registro de Comercio tiene por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y la inscripción de todos los actos, contratos y documentos respecto de los cuales la Ley establece esta formalidad.

Conc: c. tb. 139, 10, b) - c. com. 5-25, 1 y 2) - 136-1500, i.f.-Rgto. rg. com. 3-

El verdadero objeto del registro o la razón de la obligación legal que supone, estriba en la necesidad y conveniencia de tener a disposición elementos de prueba, muchas veces indispensables para determinar los derechos y las responsabilidades del comerciante, particularmente en los casos de quiebra.

ARTÍCULO 28.- (Personas sujetas a matrícula). Deben obtener matrícula en el Registro de Comercio, las personas naturales o jurídicas comprendidas en el artículo 5, excepto las asociaciones accidentales o de cuentas en participación.

Prec: D.L. 28 Abril 1937, Art. 6°

Conc: c. com. 5-136-366-Rgto. rg. com. 39-c.c. 751-

Véase en la anot. al Art. 5, lo concerniente a este Art.

ARTÍCULO 29.- (Actos y contratos sujetos a inscripción). Deben inscribirse en el Registro de Comercio:

- 1) El régimen que rijan las relaciones de los cónyuges y, en su caso, la liquidación de la sociedad conyugal por divorcio o separación de bienes, cuando el marido y la mujer, o alguno de ellos, sean comerciantes;
- 2) Las emancipaciones o las habilitaciones que, conforme a Ley, se otorguen a los menores para ejercer el comercio;
- 3) Las resoluciones o sentencias que impongan a los comerciantes la prohibición del ejercicio del comercio; la interdicción contra comerciantes pronunciada judicialmente; los convenios preventivos- la declaración de quiebra y el nombramiento de liquidadores o síndicos; la posesión de cargos públicos que inhabilite el ejercicio del comercio y, en general, las incapacidades e inhabilitaciones previstas por Ley;
- 4) Los contratos de constitución de sociedades mercantiles, sus modificaciones y prórrogas, así como la disolución, transformación o fusión de las mismas;
- 5) Toco acto en virtud del cual se confiera, modifique, sustituya o revoque la facultad de administración general o especial, de bienes o negocios del comerciante;
- 6) La apertura de establecimientos de comercio y de sucursales o agencias y los actos que modifiquen o afecten la propiedad de los mismos o de su administración;
- 7) Los gravámenes y demandas civiles relacionadas con derechos cuya mutación está sujeta a registro comercial;
- 8) La aprobación, adiciones y reformas estatutarias y en su caso, las reglamentaciones;
- 9) La designación de representantes legales y liquidadores y su remoción en el caso de liquidación de sociedades;
- 10) Las fianzas de los directores, administradores, síndicos y todos los obligados a prestarlas, así como su cancelación, y
- 11) Los demás actos y documentos previstos por Ley.

Precd: c. mtl. 21 - 25 - 26 - D.L. 28 Abril 1937, arts. 7 a 15 -

Conc: c.c. 52, 3) - 752 - c.f. 70 - 113 - 365 - 390 - 470 - c. tb. 139, 10, a) y b) - c.p. 36, 3) - c. com. 13-19-21 -25-30-31 -40-73 -76- 81-90-111 - 129- 131 - 132- 133- 142- 165-181-201-202-223- 234- 247-280-301-344-375, 5)-381- 385-395-397-400-401-402-409-416-420- 428-444, 3) -452-455-460-461-650-765 -887-2150-1495- 1533 - 1647 - 1683 -Rgto. rg. com. 13 -28 -29- 30- Lea. 27 - 63 - 75 - 174 -

La enumeración del Art., no es limitativa, sino enunciativa, cual se ve en lo dispuesto por su inc. 1 1). Su pormenorizada reglamentación en el Rgto. reg. com., suficientemente explicativa por si misma, excusa mayores comentarios, salvo respecto de algunos aspectos que cabe destacar.

Tocante al inc. 1), ha de advertirse que el c.f. sólo reconoce y regula el régimen legal de la comunidad de gananciales, que no puede modificarse por convenciones particulares (c.f. Art. 5). Luego, los arts. 14 y 15 del Rgto. rg. com., que hablan de capitulaciones matrimoniales, que el c.f. no reconoce ni reglamenta, carecen de fundamento y razón. Todo se reduce en el ordenamiento familiar, a la declaración de bienes propios de cada contrayente, previa a la celebración del matrimonio, que se acumula en el legajo matrimonial (Art. 70, c.f.). En consecuencia el registro, en este caso, ha de reducirse al del testimonio que expida el oficial del registro civil sobre dicha declaración de bienes.

Sobre el inc. 2), Recuérdese lo anotado en el Art. 13, respecto de que la habilitación del emancipado ha de entenderse como la autorización (c.f., Art. 470), que el juez tutelar debe conceder para que aquel pueda ejercer el comercio válidamente.

ARTÍCULO 30.- (Obligación de informar al Registro). El comerciante está en la obligación de informar al Registro de Comercio cualquier cambio o mutación relativa a su actividad comercial y a la pérdida de su calidad de comerciante, para tomarse nota de ello en el Registro citado. Lo mismo se hará con respecto a sucursales, agencias y establecimientos de comercio y demás actos y documentos sujetos a registro.

Precd: D.L. 28 Abril 1937, Art. 25 -

Conc: c.com. 25-29-34-Rgto. rg. com. 17 - 43 -34 -

La pérdida de la calidad de comerciante por inhabilitación se inscribe por comunicación oficial del juez que la dispone, (Rgto. Art. 17). La omisión de las comunicaciones previstas por este Art. se sanciona conforme a las determinaciones de los Art. 34 del Cgo. y 43 y 46 del Rgto.

ARTÍCULO 31.- (Efectos de la matrícula e inscripción). La matrícula puede solicitarse al empezar el giro o dentro del mes que le siga, si el reglamento no fija un término para ello. Empero, los

actos y documentos sujetos a inscripción no surten efectos contra terceros sino a partir de la fecha de su inscripción. Ninguna inscripción puede hacerse alterando el orden de su presentación.

Precd: D.L. 28 Abril 1937, Art. 22 - 24 -

Conc: c.c. 1538 - c. com. 29 - 33 - Rgto. rg. com. 11 -13-39-40-

El segundo período del Art. contiene la regla sustantiva verdaderamente importante del precepto. Lo demás corresponde a una mecánica procesal. Se determina en el la publicidad de los actos y documentos relativos al ejercicio de comercio, publicidad que se alcanza, de acuerdo a las reglas del derecho común, mediante la inscripción en el registro establecido al efecto, cuyo cumplimiento, en su finalidad jurídica, es requisito esencial para la existencia y validez de aquellos, y, en su finalidad procesal, surte efectos probatorios en orden preferente contra terceros desde la fecha de su realización.

ARTÍCULO 32.- (Solicitud de inscripción). La inscripción puede solicitarse por los comerciantes o por cualquier persona interesada. En caso de negativa de la inscripción se puede apelar, en el término de cinco días, ante la Corte Superior de Justicia del Distrito, sin ulterior recurso.

Conc: c.com. 3 - loj.100, 7) - Rgto.reg.com. 3, B) -8, e)-9, a)-39-40-p.c. 213-

La expresión cualquier persona interesada del Art. ha de entenderse, según la mejor redacción del Rgto. rg. com. (Art. 39, a), como el interesado en la inscripción o su representante legal.

ARTÍCULO 33.- (Constancia de la matrícula). Los jueces ante quienes ocurren los comerciantes deben exigir a éstos que acrediten previamente su matrícula del Registro de Comercio.

Conc: p.c. 52-336, 2) - c. com. 25 - 31 - 136 - Rgto. rg. com. 49 -

Tiene relación el Art., principalmente, con la capacidad procesal del comerciante, quien para actuar en tal carácter debe acreditar su personería con la matrícula correspondiente, cuya no presentación puede dar lugar a la excepción prevista por el Art. 336, 2 del p.c.

ARTÍCULO 34.- (Sanción). La persona que ejerza habitualmente el comercio sin estar matriculada en el Registro de Comercio, será sancionada con multa que impondrá este Registro, sin perjuicio de las demás sanciones legales. Igual sanción se aplicaría cuando se omita la inscripción de los actos y documentos sujetos a registro.

Precd: D.L. 28 Abril 1937, Art. 25 -

Conc: c. com. 20-24- 136-Rgto. rg. com. 43 -46- c.p. 164 -

La referencia a las demás sanciones legales, que hace el Art., ha de entenderse como la procedencia de la sanción penal prevista por el Art. 164 del c.p. por ejercer la actividad comercial, sujeta a requisitos especiales, sin la licencia, autorización o registro especial que suponen la matrícula y la inscripción a que el Art. se refiere.

ARTÍCULO 35.- (Otros Registros). Los Registros creados para ciertas sociedades en razón de su objeto, como el caso de cooperativas y otras, se rigen por sus respectivas leyes.

Conc: c. com. 102 - 202 - 250 - 301 - Rgto. rg. com. 47-48-

Entre los registros especiales, ha de tenerse en cuenta, v. gr. los regulados por las disposiciones del Código señaladas en las concordancias, como también las del derecho común o especial, en lo que tengan relación con los actos sujetos a registro comercial, como por ejemplo las relativas a los derechos reales (c.c. arts. 1538 y s. y L. de 15 de Nov. de 1877).

CAPÍTULO IV **CONTABILIDAD**

ARTÍCULO 36.- (Obligación de llevar contabilidad). Todo comerciante está en la obligación de llevar una contabilidad adecuada a la naturaleza, importancia y organización de la empresa, sobre una base uniforme que permita demostrar la situación de sus negocios y una justificación clara de todos y cada uno de los actos y operaciones sujetos a contabilización, debiendo además conservar en buen estado los libros, documentos y correspondencia que los respalden.

Precd: D. 11 Junio 1921, Art. 1 -

Conc: c.tb. 139, 10, a) y 20) - p.c. 399, III) - c. com. 25-39 -40-51 - 52- 64 - 102 - 419 - Lea. 86-

Después de la relativa a la matrícula y al registro, a segunda obligación legal del comerciante, es llevar una contabilidad ajustada a las prescripciones del Código (Benito), que debe ser instituida desde el día en que adquiere la calidad de comerciante, (Vivante).

Su objeto, obviamente, es permitir el conocimiento del estado de los negocios del comerciante en cualquier momento, lo que no supone únicamente el interés exclusivo del comerciante, sino

también y particularmente el de los terceros que mantienen relaciones mercantiles con el comerciante, quienes, en su caso, pueden así conocer y juzgar la conducta de este.

La forma adecuada de llevarla a tenor de la regla en examen, ha de entenderse, según Messineo, como la obligación de ajustarse a las normas de una ordenada contabilidad, sin l espacios en blanco, sin interlineados y sin transportes al margen, ni tachaduras ni raspados (Art. 42).

La conservación de la documentación que la respalda, está sometida a las disposiciones del Art. 52.

ARTÍCULO 37.- (Clases de libros). El comerciante debe llevar, obligatoriamente, los siguientes libros: Diario, Mayor y de Inventario y Balances, salvo que por ley se exijan específicamente otros libros.

Podrá llevar además aquellos libros y registros que estima convenientes para lograr mayor orden y claridad, obtener información y ejercer control. Estos libros tendrán la calidad de auxiliares y no estarán sujetos a lo dispuesto en el artículo 40°, aunque podrán legalizarse los considerados necesarios para servir de medio de prueba como los libros obligatorios.

Precd: c. mtl. 32- 52 - D. 31 Julio 1902, Art. 1 -

Conc: c. com. 38-40-44-45 - 46- 51 -

El llevar libros, dice Vivante, fue primero una costumbre de todo comerciante ordenado y luego se hizo obligatorio v fue reglamentado por la ley en el interés general del comercio.

Los libros obligatorios señalados en la primera fase del Art., deben llevarse necesaria e inexcusablemente (excepto por los comerciantes minoristas según el Art. 38), porque al representar la obligación de documentación (Messineo) de la marcha de los negocios, están destinados a finalidades probatorias. Su forma de presentación y los requisitos fiscales que aseguren su autenticidad, son los que señala el Art. 40.

Los llamados libros auxiliares (2ª fracción del Art.) son facultativos, cuya coexistencia, número o finalidad se deja a la conveniencia y comodidad del comerciante, que está obligado a legalizados en la forma prevista para los obligatorios (Art. 40), para el supuesto de que quiera servirse de ellos al igual que de aquellos, como medios de prueba.

ARTÍCULO 38.- (Comerciantes por menor). Los comerciantes individuales que negocian por menor, cuyo volumen de operaciones y capital empleado en sus actividades comerciales no alcance a los mínimos exigidos por disposiciones legales sobre la materia, cumplirán la obligación que impone el artículo anterior, registrando diariamente un resumen de las compras y ventas al contado, y un detalle de las que hagan al crédito, incluyendo los cobros y pagos realizados con tal motivo.

Precd: c. mtl. 36 -

Conc: c. com. 37 - 824 -

Es comerciante minorista, según el Art. 824, aquel que realiza operaciones que comprenden pocas unidades o cantidades pequeñas, en relación directa con el consumidor o usuario.

ARTÍCULO 39.- (Personas autorizadas para llevar la contabilidad). La contabilidad será llevada por contadores legalmente habilitados, a quienes se aplicarán las normas reglamentarias sobre responsabilidades, régimen de actuación, remuneración y la guarda de la reserva de la contabilidad, sin perjuicio de la responsabilidad del comerciante a quien prestan sus servicios.

Precd: c. mtl. 53 - D. 15 Mayo 1929, arts. 90 - 91 - L. 27 Dic. 1944, Art. 9 -

Conc: c. com. 36 - 49 - 64 -

Según la L. de 1944, citada entre los precedentes, es privativo de los profesionales de auditoría financiera y ramas anexas, llevar contabilidades y practicar auditorias, de manera que la obligatoriedad de su intervención para el caso, ha sido mantenida en el Código.

ARTÍCULO 40.- (Forma de presentación de los libros). Los comerciantes presentarán los libros que obligatoriamente deben llevar, encuadernados y foliados, a un Notario de Fe Pública para que, antes de su utilización, incluya, en el primer folio de cada uno, acta sobre la aplicación que se le dará, con indicación del nombre de aquel a quien pertenezca y el número de folios que contenga, fechada y firmada por el Notario interviniente, estampando, además, en todas las hojas, el sello de la notaría que lo autorice y cumpliendo los requisitos fiscales establecidos.

Serán también validos los asientos y anotaciones que se efectúen por cualquier medio mecánico o electrónico sobre hojas removibles o tarjetas que, posteriormente, deberán ser encuadernadas correlativamente para formar los libros obligatorios que serán legalizados, siempre que faciliten el conocimiento de las operaciones y sirvan de prueba clara, completa y fidedigna.

La autorización para su empleo será otorgada por el Registro de Comercio, a pedido del interesado, requiriendo resolución fundada sobre la base de dictamen de peritos, del cual podrá prescindirse en caso de existir antecedentes de utilización respecto del procedimiento propuesto.

Cuando se trate de sociedades por acciones, la autorización se la otorgara previo dictamen favorable del respectivo órgano administrativo de control.

Precd: c. mtl. 33 -

Conc: c.com.29-36-37-42-250-1472- Rgto. reg. com.3,G)- Rgto.s.p.a.4,II,a)-

El organismo de control a que se refiere el Art. i.f. es la Dirección de Sociedades por Acciones, cuyas funciones están reglamentadas por D.S. 15195 de 20 de Dic. de 1977, inserto en este libro.

ARTÍCULO 41.- (Idioma y moneda). Los asientos contables deben ser efectuados obligatoriamente en idioma castellano, expresando sus valores en moneda nacional. Sin embargo, para fines de orden interno, podrá usarse un idioma distinto al castellano y expresar sus valores en moneda extranjera.

Precd: c. mtl. 42 -

Conc: c.c. 404 y s.-p.c. 92, I) -402- c. com. 43-

ARTÍCULO 42. - (Prohibiciones). En los libros de contabilidad se prohíbe:

- 1) Alterar el orden progresivo de fechas de las operaciones;
- 2) Dejar espacios en blanco,
- 3) Hacer interlineaciones o superposiciones;
- 4) Efectuar raspaduras, tachaduras o enmiendas en todo o parte de los asientos;
- 5) Arrancar hojas, alterar el orden de foliación o mutilar las hojas de los libros.

Cualquier error u omisión se salvará con un nuevo asiento en la fecha en que se advierta, explicando con claridad su concepto.

Precd: c. mtl. 43 - 49 -

Conc: c. com. 40 - 43 -

Estas reglas de teneduría de libros, no importan la imposición de un método de escritura (Vivante), pero si prescriben las cautelas indispensables para impedir las supresiones, alteraciones o intercalaciones fraudulentas de los folios.

ARTÍCULO 43.- (Sanciones). La infracción de los dos artículos anteriores y sin perjuicio de la acción penal correspondiente, hará que los libros que contengan dichas irregularidades carezcan de todo valor probatorio en favor del comerciante que los lleve.

Precd: c. mtl. 48 - 50 -

Conc: c.com.41-42-62-64-1500,5)-1656,10)-1657,8)- c.c. 1307 c.p. 200

Las sanciones con que la ley compete a la observancia de la obligación de llevar la contabilidad y los libros mercantiles, en las condiciones regulares que al efecto precisa en sus reglas, son varias. Desde luego, según este Art. y el 1307 del c.c. sólo quien lleva regularmente los libros, puede valerse de ellos en juicio para probar sus demandas o excepciones. Además, la correcta observancia de tal obligación, le permite acogerse al procedimiento de concurso preventivo (Art. 1500, 5) y quien no los lleva con la regularidad debida o carece en absoluto de ellos, en caso de quiebra, da lugar a que esta sea calificada culpable o fraudulenta, según las circunstancias (arts. 1656, 10, y 1657, 8).

Habrá lugar a sanciones penales, cuando las irregularidades enumeradas en el Art. 42, resulten de una actuación delictuosa o culposa (arts. 14 y 15, c.p.) y la penalidad que quepa será la correspondiente a la de falsificación de documentos. La inobservancia de los requisitos previstos en los dos arts. anteriores o la comisión delictuosa de su infracción, obviamente quitan eficacia a semejante documentación.

ARTÍCULO 44.- (Registro en los libros Diario y Mayor). En el Libro Diario se registraran día por día y en orden progresivo las operaciones realizadas por la empresa, de tal modo que cada partida exprese claramente la cuenta o cuentas deudoras y acreedoras, con una glosa clara y precisa de tales operaciones y sus importes, con indicación de las personas que intervengan y los documentos que las respalden. De este libro se trasladaran al Mayor, en el mismo orden progresivo de fechas, las referencias e importes deudores o acreedores de cada una de las cuentas afectadas con la operación, para mantener los saldos por cuentas individualizadas.

Precd: c. mtl. 34 - 35 -

Conc: c. com. 37 - 45 -

Hay falta de claridad en la formulación de este Art., debida seguramente a que han concurrido en su redacción diversas influencias legislativas no bien asimiladas. ¿Habla del registro en orden progresivo de las operaciones, sin que se sepa a qué orden se refiere: de importancia de las operaciones? ¿De oportunidad (fecha) de las mismas? Los autores, (Benito, Vivante, Messineo), sobre el punto, enseñan que ha de anotarse en el libro Diario, día por día (de ahí su nombre) todas las operaciones singulares realizadas (los cobros, los pagos, los envíos, las cantidades empleadas en la caja y las extraídas por el comerciante para sus gastos) y en el orden en que se hayan verificado. De esto, puede inferirse que lo que se ha querido expresar en el Art. es que las operaciones se registren en estricto orden sucesivo.

Luego, el Art. habla de las operaciones de la empresa, con notoria similitud a la del Art. 2216 del Cgo. italiano, que ha reemplazado la noción de comercio con la de empresa y la de comerciante con la del empresario (v. la anot. a los arts. 4 y 5), cuando simplemente debía referirse a las operaciones realizadas por el comerciante, en lógica consecuencia de concordancia con el Art. 37 que dice que el comerciante debe llevar los libros diarios, etc.

El libro Mayor, dice Benito, no es otra cosa que una sistematización de los asientos del Diario, y en el que por Debe y Haber, se abren una serie de cuentas particulares, a las que se transcriben por orden riguroso de fechas, los asientos del Diario referentes a ellas. Se ve así que el orden cronológico (expresión más correcta que orden progresivo de fechas), tiene relación con el libro Mayor y si se quiere aplicar el concepto al Diario, ese orden tendría que referirse al momento, a la hora o al minuto, ya que sus asientos deben hacerse día por día, lo que resulta ocioso porque estos, según se ha dicho, deben hacerse en el orden en que se hayan verificado.

ARTÍCULO 45.- (Concentración y anotación por períodos). Es válida, sin embargo, la anotación conjunta de los totales de las operaciones por períodos no superiores al mes, siempre que su detalle aparezca en otros libros o registros auxiliares, de acuerdo con la naturaleza de la actividad de que se trate. En este caso se consideran parte integrante del Diario.

Conc: c. com. 37 -44- 331 - 444, 13) -

El verdadero diario legal, en el caso del artículo como observa Vivante, quedaría constituido por aquellos libros o registros auxiliares o diarios parciales, escritos día por día, en tiempo oportuno con todos los detalles de las operaciones.

ARTÍCULO 46.- (Inventarios y Balances). El libro de Inventarios y Balances se abrirá con el inventario y balances iniciales y, según el ejercicio anual o semestral, contendrá el inventario

final y el balance general, incluyendo la cuenta de resultad (,s. Estos estados financieros serán elaborados, según la clase de actividad de que se trate, con criterio contable uniforme que permita conocer de manera clara, completa y veraz, la situación del patrimonio y las utilidades obtenidas, o las pérdidas sufridas, durante el ejercicio.

El estado de resultados reflejara los conceptos por los cuales se hubieran obtenido beneficios y los gastos o pérdidas que deberán deducirse para determinar las ganancias o pérdidas netas del ejercicio y para distinguir en este los resultados corrientes propios de la explotación de los originados en las operaciones de carácter extraordinario.

Precd: c. mtl. 38 - 39 - D. 31 Julio 1902, Art. 20 -

Conc: c. com. 37 - 47 - 54 - 331 - 444, 13) - Rgto. s.p.a. 24-Lea. 88-

El inventario y balance iniciales, con los que se abre este libro ha de contener la fortuna del comerciante (Benito) en el momento de empezar su ejercicio. Es decir, el conjunto de elementos con que se instala el establecimiento mercantil o se inaugura la actividad comercial (arts. 448, 449). Luego, debe indicar cada año, todos los bienes, créditos y deudas, no como resultan de los demás libros, sino como existen realmente en su caja, en sus almacenes, en su cartera, calculándolos por el precio del tiempo del cierre del ejercicio anual a que el inventario se refiere (Vivante). El balance anual, es parte integrante del inventario, aunque con función autónoma (Messineo). Su descripción lo relaciona tan íntimamente con el inventario, que se lo considera como si fuese un resumen del mismo, posición que -observa Rodríguez- tiene manifiesto eco doctrinal y legislativo: se trata de ellos por lo regular conjuntamente. Refleja de un modo cierto la marcha próspera o adversa de los negocios, mediante el estado de resultados que involucra la cuenta de beneficios (ganancias) y de las perdidas, cuenta que debe demostrar con evidencia completa y veraz, dice el Art., las utilidades obtenidas y las pérdidas sufridas.

También ha de tenerse en cuenta, según Rodríguez, que para los comerciantes individuales y aún para las sociedades que no sean anónimas, el balance tiene una función privada que responde a la necesidad de que el comerciante pueda determinar, en un momento cualquiera, su auténtica situación patrimonial a través del resumen de sus diversas cuentas. En las sociedades anónimas o sociedades por acciones o de economía mixta (Art. 443), el balance no solo atiende esta necesidad privada: constituye el instrumento que permite ejercitar una efectiva vigilancia fiscalizadora, mediante su publicidad que supone su difusión sería y general sobre la situación patrimonial de la sociedad (arts. 331 y 444, 13) del Cgo. y 24 del Rgto. s.p.a.

JURISPRUDENCIA

Descargado desde el sitio www.bolivianland.net

- 1.- "Debe cumplirse lo pactado si se ha convenido que al fin de cada semestre se practicara balance general de las ganancias y pérdidas que se obtuvieren, para partir por igual entre ambos asociados, deduciéndose los gastos" (G.J. N° 792, p. 31).
- 2.- Véase el caso único del Art. 331.

ARTÍCULO 47.- (Valoración de partidas del balance). Sin perjuicio de lo establecido por las leyes especiales, las partidas del balance se valorarán, cuando corresponda, Siguiendo criterios objetivos que garanticen los intereses sociales y de terceros de acuerdo con los principios que exige una ordenada y prudente gestión económica. Adoptado un criterio de valoración, habrá de mantenerse y no podrá ser alterado sin causa justificada. Deberá indicarse además en los balances e inventarios, o en hoja separada, el método de determinación del costo u otro valor aplicado.

Precd: c. mtl. 38 -
Conc: c. com. 46 -

El balance sería una acumulación de datos numéricamente fantásticos, sino descansase en el inventario y, este, no pasaría de una mera relación de cosas dispares, que no podría reflejar la real situación del patrimonio comercial, si no estuviera debidamente valorado. De los grandes sistemas legales, dice Rodríguez, el alemán exige una relación prolija minuciosamente detallada para la valoración, mientras el francés no regula la materia.

Además de las disposiciones fiscales o leyes especiales que alude, ha de tenerse en cuenta las pautas generales que señala este artículo.

ARTÍCULO 48.- (Balances de bancos, entidades financieras y de seguros). Sin perjuicio de lo establecido en este Capítulo, los bancos y otras entidades financieras o de crédito, así como las entidades de seguros, se sujetarán a las normas que sobre información, contabilidad y otros aspectos concomitantes, establezca el respectivo órgano administrativo de fiscalización.

Conc: c. com. 443-Rgto. s.p.a. 2- Lea. 86 -

Los bancos, las entidades de crédito, las compañías de seguros, la Caja Central y Asociaciones Mutuales de Ahorro y Préstamo para la Vivienda, según las normas señaladas en la concordancia, están sometidos a las regulaciones especiales de orden administrativo, establecidos para los órganos de fiscalización a que están sujetos. Están exceptuados

expresamente del régimen establecido por el D. 15196 de 20 de Dic. de 1977 para la Dirección de Sociedades por Acciones pero este Capítulo del Código (IV del Título Primero del Libro Primero), le es aplicable en todo lo que no está contradicho por las referidas disposiciones especiales.

ARTÍCULO 49.- (Firmas y responsabilidades). El propio comerciante o sus representantes legales autorizados firmaran el balance del ejercicio y la cuenta de resultados, conjuntamente con el profesional interviniente. En cuanto a la responsabilidad por la veracidad de los mismos, se estará a lo dispuesto por las normas legales aplicables.

Precd: c. mtl. 40 -

Conc: c. com. 39 - 64 - L. 27 Dic. 1944, Art. 11 -

ARTÍCULO 50.- (Plazo de elaboración y revisión de balances). Los comerciantes deben presentar el balance y demás estados financieros a las autoridades señaladas por Ley y a los organismos de dirección y control internos si los hay, en los plazos señalados por las respectivas disposiciones, bajo su propia responsabilidad o la de sus representantes legales autorizados.

Además, en las sociedades por acciones, los síndicos pueden examinarlos en un plazo de quince días, para presentar su informe a la junta.

Precd: c. mtl. 39 -

Conc: c. com. 335, 5) -388-444, 12) -Rgto. s.p.a. 24-

Lea. 88 - 90 -

ARTÍCULO 51.- (Archivo de correspondencia). El comerciante, al dirigir correspondencia en relación con sus negocios, debe dejar copia fiel de ésta utilizando cualquiera de los medios que asegure la exactitud y duración de la copia. Igualmente, conservará la correspondencia que reciba en relación con sus actividades comerciales, con anotación de la fecha de recepción, contestación o nota de no haberse dado respuesta.

Asimismo, conservara archivados y ordenados los documentos que respalden los asientos en sus libros de contabilidad, de manera que se facilite su verificación en cualquier momento.

Si los libros están formados por hojas removibles o tarjetas, estas deberán estar numeradas y conservarse archivadas para su posterior encuadernación.

Precd: c. mtl. 44-45

Conc: c. com. 36-37-51 -65-

La obligación impuesta por este Art.: conservar la correspondencia tanto recibida como despachada, complementa la de llevar contabilidad y libros comerciales (arts. 36 y 37), conservación que ha de hacerse en la forma indicada por el Art. En el régimen legal abrg., como en la generalidad de los códigos, esta obligación consiste en llevar un libro especial, llamado copiator, en el cual se traslada íntegramente y a la letra toda la correspondencia despachada, y la recibida se conserva en legajos debidamente archivada.

La razón de esta obligación, como de las que señalan los artículos siguientes 52 y 53, reposa en la necesidad de tener en todo momento los elementos de prueba, por lo regular indispensables para la determinación de los derechos y responsabilidades del comerciante, particularmente en el evento de liquidación del negocio o en el caso de quiebra que por cualquier causa sobreviniera.

ARTÍCULO 52.- (Conservación de libros y papeles de comercio). Los libros y papeles a que se refiere el artículo anterior, deberán conservarse cuando menos por cinco años, contados desde el cierre de aquellos o desde la fecha del último asiento, documento o comprobante salvo que disposiciones especiales establezcan otro período para cierto tipo de documentos. Transcurrido este lapso podrán ser destruidos, previo el cumplimiento de las normas legales.

Precd: c. mtl. 54 -

Conc: c. tb. 139, 2) -c. com. 25-36-51 - 53 -65-397-Rgto. rg. com. 3, H) - Lea. 86 -

No basta tan solo llevar la contabilidad o llevarla en la forma establecida por las reglas anteriormente examinadas. La ley también obliga a la, conservación de los libros y de la documentación relacionada con el tráfico del comerciante, mientras dura éste, y hasta cinco años después de la liquidación o del cierre de todos sus negocios y dependencias comerciales. En el caso de que la actividad comercial subsista, ese plazo rige desde la fecha del último asiento, a menos que hubiera pendiente alguna cuestión que directa o indirectamente, se relacione con la documentación de más de cinco años, evento en el cual la conservación se prolongara hasta la terminación o solución de dicha cuestión.

La destrucción de los documentos de que trata el Art., requiere la previa inspección y consiguiente autorización prevista por el Art. 3, H) del Rgto. rg. com.

ARTÍCULO 53.- (Obligación de mantener libros y papeles aún en caso de cese de actividades o muerte del comerciante). El cese de las actividades comerciales no exime al comerciante del

deber referido en el artículo anterior, y si éste hubiera fallecido, la obligación recae sobre sus herederos. En caso de disolución de la sociedad, serán sus liquidadores los obligados a cumplir lo prevenido precedentemente.

Precd: c. mtl. 54, i.f. -

Conc: c. com. 52 - 65 - 397 - Rgto. rg. com. 3, H)

La obligación determinada en el Art. anterior, pasa a los herederos o sucesores del comerciante. La obligación de los herederos está sujeta a las determinaciones del Art. 1019 del c.c. y la de los liquidadores de sociedades disueltas, deriva de la aplicación combinada de los arts. 163 y 387. Entre los sucesores, cabe mencionar a los adquirentes individuales o sociales de un establecimiento comercial o a las sociedades transformadas o fusionadas (arts. 450, 398, 405).

ARTÍCULO 54.- (Auditoría). El balance del ejercicio y la cuenta de resultados serán sometidos a verificación y dictamen por auditor legalmente habilitado, en los siguientes casos:

- 1) Cuando la Ley, el reglamento o los estatutos lo establezcan expresamente;
- 2) A solicitud de persona o entidad que ostente derecho reconocido por la Ley;
- 3) Cuando se trate de emisión de valores de oferta pública o cotizables en Bolsa de Valores;
- 4) A solicitud fundada ante juez o autoridad contralora, por quien acredite un interés legítimo.

La verificación comprenderá una comprobación del balance y cuenta de resultados por el auditor bajo su responsabilidad y, en la medida que resulte indispensable, de la contabilidad y sus documentos.

A quienes realicen la auditoría, se aplican las normas que, reglamentariamente, se dicten sobre responsabilidad, incompatibilidad, retribución y régimen de actuación, en el que se exigirá la guarda de la reserva profesional.

Precd: L. 27 Dic. 1944, Art. 9 - D. Rgto. 755 de 7 marzo 1947-

Conc: c. com. 46 - 55 - 56 - 645, 3) -

El segundo período del Art. da el alcance de la revisión o verificación que supone la auditoría: comprobación del balance y de la cuenta de resultados o, en su caso, de la contabilidad y la documentación que la respalda.

ARTÍCULO 55.- (Auditoría ordenada por juez o autoridad contralora). En caso de no darse cumplimiento a la obligación de verificación establecida en los incisos 1), 2) y 3) del artículo anterior, el juez o la autoridad administrativa competente, a petición de parte interesada, ordenará tal verificación por el auditor que el propio juez a la autoridad administrativa designe.

En el caso comprendido en el inciso 4), se exigirá al peticionante la caución adecuada para responder del pago de las costas procesales y gastos de verificación que sean de su cargo, cuando no resulten vicios o irregularidades esenciales en la contabilidad de que se trate.

Precd: p.c. abrg. 11-C. de Proced. 10-L. 6 Nov. 1890-

Conc: c. com. 54 - 56 - 773 - 783 - p.c. 173 - 174 -

Las inspecciones y examinación de contabilidad y documentos debe considerarse regulados por el inc. 10 del Art. 444, que están comprendidas en esta disposición.

La caución adecuada para el supuesto, reglada por el Art., consiste por lo regular, en la fianza de estar a las resultas, una de las formas de la fianza de la haz llamada en el derecho romano iudicatum solvi.

JURISPRUDENCIA

1.- "La prestación de fianza de costas debe articularse expresamente para su aceptación o repulsa" (G.J. N° 454, p. 832),

2.- "El fiador de costas que se constituya sin restricción alguna, es responsable de todas ellas" (G.J. N° 701, p. 1).

ARTÍCULO 56.- (Prohibición de pesquisas). Queda prohibido hacer pesquisas de oficio en los libros y registros de contabilidad, salvo cuando se realicen por disposición de autoridad judicial.

Lo dispuesto en este artículo no restringirá el derecho de inspección que confiere la Ley a los socios sobre libros, correspondencia y documentos de las sociedades comerciales, ni el que corresponda a quienes cumplan funciones de control, sindicatura o auditoría en las mismas.

Precd: c. mtl. 55 -

Conc: Const. Art. 20-c. tb. 139, 4º) -c. com. 54-55-335, 3º) -

Tanto los libros como la documentación en general que deben llevar y conservar los comerciantes, tienen carácter de documentos privados y, por lo tanto, no sólo como propiedad privada, sino como reflejo de la actividad mercantil del comerciante, la ley obliga que se respete el secreto de la misma mediante la prohibición contenida en su primera fracción y sin perjuicio, de las inspecciones, verificaciones y fiscalización interna y permanente de algunas sociedades, o de las investigaciones o comprobaciones en procesos penales o civiles, a que se refieren la segunda parte del Art., las disposiciones consignadas en la concordancia y el Art. siguiente (57).

La exhibición y/o entrega de los libros, correspondencia y documentación proceden, por lo mismo, sólo en los casos señalados taxativamente (porque es una indicación concretada a sus límites y no es enunciativa solamente), por los arts. 58 y 59, con la advertencia para el supuesto de este último Art., de que el reconocimiento o examen se limitara precisamente a los asientos y documentos pertinentes a la demanda.

El reconocimiento o examen en caso de exhibición se hace en las oficinas del comerciante (Art. 60) ante el Juez (o ante los funcionarios autorizados en el supuesto del Art. 139, caso 4º del c. tb.), quien puede disponer se extracte de los libros únicamente los asientos relacionados con la controversia, sobre la base del señalamiento previo, con la precisión posible, hecha por la parte que invoca este medio de prueba.

La entrega, que puede ordenarse en los supuestos especiales del Art. 58, es una providencia excepcional de la ley, dice Vivante, que se justifica cuando para la solución del caso que la motiva, es necesario investigar todo el estado patrimonial y el movimiento de los negocios del comerciante. Se justifica, también la limitación impuesta por el Art. 58, porque la entrega deja al comerciante a merced de su contrario, que pueda hacer cualquier investigación y descubrir los secretos de aquel y los de su cliente.

El comerciante remiso, puede ser compelido a acatar estas disposiciones de la ley, mediante apremio. En la especie el Art. 1466 del c.c. que declara inexistente el apremio corporal para la ejecución forzosa de las obligaciones civiles, no tiene aplicación, no sólo porque el c. com. tiene carácter especial y por consiguiente preferente aplicación (Art. 4 loj.), sino porque el caso previsto en el Art. 61, reviste desobediencia a la autoridad que puede ser penalmente sancionada (arts. 159 y 160, c.p., según las circunstancias).

ARTÍCULO 57.- (Examen de libros y papeles ordenado de oficio). Las autoridades judiciales o administrativas sólo pueden ordenar de oficio el examen de libros, correspondencia y documentos de los comerciantes, en los siguientes casos:

- 1) Definir montos de tributos adeudados en casos de controversia;
- 2) Ejercer la vigilancia y control de las sociedades por acciones, bancos, entidades financieras y otras de crédito, así como de las entidades de seguros, a través del organismo competente;
- 3) En la investigación de delitos, conforme a las disposiciones del Procedimiento Penal;
- 4) En los procesos civiles, conforme a las normas del Procedimiento Civil.

Conc: c.tb. 139,4º)- p.c.319,4) y 6)- p.p.157- c.com.60-61-444,10)-

JURISPRUDENCIA

- 1.- "No se exhiben los libros comerciales por vía de diligencia preparatoria y solo pueden presentarse después de principiado el juicio" (G.J. N° 18, p. 148).
- 2.- "La exhibición de los libros y cartas mercantiles, prevenida en el Art. 57 (59) del c. com., no puede tener lugar entre las diligencias preparatorias, sino después de entablada y contradicha la demanda, de donde nace la cuestión judicial que requiere dicho Art." (G.J. N° 18, p. 140)
- 3.- "No se puede obligar a la exhibición de documentos sin que ellos tengan que servir de base de una demanda" (G.J. N° 77, p. 29).
- 4.- "Según el Art. 108 (319, 6) del p.c., quien tiene derecho o algún interés puede pedir la exhibición de documentos para formalizar con claridad su demanda interés justificado en que el demandante, como socio que fue, tiene derecho a la exhibición de esos documentos originales que no son de propiedad exclusiva o privada" (G.J. N° 728, p. 18).
- 5.- "Como diligencia preparatoria, puede pedirse la exhibición de los libros de una sociedad" (GG.JJ. Nos. 728, p. 18 y 797, P. 7)
- 6.- "La acción exhibitoria no puede ser extensiva a documentos o papeles de la propiedad del demandado" (G.J. N° 871, p. 72).

ARTÍCULO 58.- (Casos en que procede el examen, exhibición o entrega de los libros y demás documentos). El examen, exhibición o entrega de libros, correspondencia y demás documentos de los comerciantes, sólo puede disponerse, de oficio o a pedido de parte, en los casos de sucesión, cesación de pagos, quiebras y liquidación.

Precd: c. mtl. 56 -

Conc: p.c. 319, 4)-320-c. com. 60-61-384-1604-

JURISPRUDENCIA

- 1.- V. el caso N° 2 del Art. anterior.

ARTÍCULO 59.- (Exhibición a instancia de parte). Fuera de los casos señalados en el artículo anterior, sólo puede disponerse la exhibición de los libros, correspondencia y documentos de los comerciantes a instancia de parte, cuando la persona tenga un interés legítimo o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición.

El reconocimiento o examen se limitará exclusivamente a los asuntos que tengan relación con la demanda.

Precd: c. mtl. 57 -

Conc: p.c. 319, 6) -320-323 - c. com. 60- 61 -

ARTÍCULO 60.- (Lugar de la exhibición). En todo caso, la exhibición se efectuará en el establecimiento del comerciante o en el lugar donde se encuentren los libros, correspondencia y documentos, en su presencia o de la persona que comisione al efecto, sin poder exigir su traslado.

Precd: c. mtl. 58 -

Conc: c. com. 57 - 58 - 59 -

ARTÍCULO 61.- (Renuencia a la exhibición). Si el comerciante no presenta los libros, correspondencia y documentos cuya exhibición se dispuso legalmente, oculta alguno de ellos o impide su examen, se ordenará su apremio.

Precd: c. mtl. 59 -

Conc: c.c. 1466-c.p. 159-160-c. com. 57-58-59-

ARTÍCULO 62.- (Prueba entre comerciantes). Los libros y papeles comerciales llevados con todos los requisitos exigidos por este Capítulo, constituyen plena prueba en las controversias mercantiles que los comerciantes debatan entre sí, judicial o extrajudicialmente. Quien los utilice como prueba no sólo estará a lo favorable, sino también a lo que resulte en contra suya.

Si en un litigio una de las partes presenta libros llevados con los requisitos señalados por Ley, y la otra sin ellos, se resolverá conforme a los de la parte que los lleve en forma, mientras no se presente plena prueba que destruya o desvirtúe el contenido de tales libros.

Si los libros de ambas partes no se sujetan a las prescripciones legales, se prescindirá totalmente de los mismos y sólo se tomarán en cuenta las demás pruebas aportadas al litigio.

Preced: c. mtl. 46- 47 -

Conc: c.c. 1307-p.c. 399, III)-401-c. com. 43-63-64-116-

ARTÍCULO 63. - (Prueba con no comerciantes). En los litigios que surjan entre un comerciante y particulares no comerciantes, los libros sólo constituirán un principio de prueba que necesitará ser complementada con otras pruebas legales.

Conc: c.c. 1306 - p.c. 399, III) -c. com. 116, i.f. -62 -

Los libros de comercio proporcionan información exacta de la gestión comercial y, en consecuencia, constituyen prueba plena en las controversias entre comerciantes y semiplena en las de estos con los no comerciantes.

Entre comerciantes, ofrecen la prueba fehaciente de los derechos de quien los lleva, a la vez que para sus acreedores de lo que contienen en su contra. Suministran, detalla Vivante,]as noticias necesarias para determinar la responsabilidad penal del comerciante en caso de quiebra (arts. 1656, caso 10 y 1657 caso 8); facilitan las liquidaciones, las particiones, la rendición de cuentas entre socios y herederos; permiten determinar las fechas exactas de los contratos o negociaciones efectuadas, o descubrir los fraudes en perjuicio de los acreedores, cuando se ha desfigurado una parte del activo o se ha pagado a alguno de ellos en detrimento de los demás, v. gr., o en los casos de doble contabilidad (Art. 64).

Los libros de los comerciantes hacen fe en su perjuicio, porque se considera que sus asientos implican una confesión, a la cual no se puede menos que atribuirle fe. Más, quien quiera obtener provecho de ellos, no puede desechar su contenido en lo que este le perjudique, por aplicación de los principios de indivisibilidad de la prueba documental (Art. 401, p.c.) e indivisibilidad de la confesión (c.c. Art. 1223). Como no es más que una confesión suya la anotación que hace el comerciante en sus libros de una obligación por el contraída, dice Ricci, es buen principio de derecho, que no puede partirse en trozos en daño del que confiesa.

Cabe advertir, sin embargo, en la correcta apreciación de la jurisprudencia italiana (Trib. de Casación de Roma, XXXIII, I, p. 1215, cit. de Ricci), el sentido legal es el de que los libros pueden ser usados como medio de prueba, pero no que sean por si mismo irrecusables sin que el juez pueda apreciar su valor.

Además, la eficacia probatoria de los libros comerciales, está subordinada a la condición de que estén regularmente llevados, cuya inobservancia produce su ineficacia probatoria según el Art. 43 (v. la anot. respectiva) con las consecuencias previstas en las fracciones segunda y tercera del Art. 62, según las circunstancias.

La prueba que de los libros y la documentación en general de los comerciantes, deriva la ley en las relaciones entre comerciantes y terceros no comerciantes, solo alcanza el grado de principio de prueba según el Art. 62, presuntiva según los autores, y consiguientemente requiere la confirmación de otros medios legales de prueba, incluida la testifical a tenor de lo dispuesto por el Art. 1329, 1) del c.c.

Rigen para el supuesto las condiciones de validez exigidas por el Art. 43, así como la indivisibilidad de su eficacia probatoria. La necesidad de que en este caso (Art. 63) se exija confirmación de otros medios legales, particularmente para el comerciante, se apoya en el principio de que nadie puede crearse un título o medio de prueba en provecho propio.

Corresponde, también, considerar los casos según sus particularidades, por ejemplo, si se trata de facturas, que son las notas que acompañan, describiéndolas, a las mercaderías, para su entrega al destinatario, o que mencionan servicios prestados y contienen la aceptación o la conformidad de recepción del destinatario no comerciante, no precisan prueba confirmatoria y es suficiente su reconocimiento (Art. 399, II, 1) y p.c. y 1297 c.c.). El Art. se aplica propiamente a la eficacia probatoria de los asientos que aparezcan en los libros por suministros o pagos hechos por el comerciante a no comerciantes.

Los libros facultativos que el Código llama auxiliares (Art. 37) cuando están llevados con los requisitos determinados en el Art. 40, sirven de medio de prueba como los obligatorios.

Los modos cómo los libros, la documentación contable y la correspondencia pueden ser ofrecidos en calidad de prueba, coactivamente según observa Messineo, son la entrega (comunicación, en el derecho italiano) y la exhibición, autorizadas por los arts. 58 y 59.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "La confesión forma plena prueba según el Art. 941 (1321) del c.c. y no puede ser dividida contra su autor" (G.J. N° 308, p. 2044).
- 2.- "No se admite prueba testimonial cuando se trata de completar con ella una prueba literal incompleta como es una carta" (G.J. N° 393, p. 237).

3.- "Existiendo principio de prueba por escrito, como es la minuta de venta con relación al pago del precio, la prueba testifical con que se corrobora este punto no es opuesta al Art. 928 (1328) del c.c." (G.J. N° 562, p. 19).

4.- "Las anotaciones sólo pueden invocarse cuando tiendan a establecer la exoneración del deudor y no en contra de este según el Art. 916 (1303) del c.c." (G.J. N° 742, p. 21).

5.- "Estando justificados los abonos referidos con instrumentos privados reconocidos y con sus libros comerciales, al haberse desconocido la legalidad de los pagos que acreditan se infringe los arts. 910 y 914 (1297 y 1306) del c.c." (G.J. N° 746, p. 24).

6.- "La anotación de "cancelado" puesta en el documento está debidamente comprobada mediante su reconocimiento, por lo que hace fe en la manera establecida por el Art. 916 (1303) del c.c., quedando aquel documento sin fuerza ejecutiva" (G.J. N° 804, p. 18).

ARTÍCULO 64.- (Doble contabilidad). Si se lleva una doble contabilidad incurriéndose en fraude, los libros y papeles hacen prueba en contra del comerciante, independientemente de las sanciones penales aplicables.

Hay doble contabilidad fraudulenta cuando un comerciante lleva dos o más libros iguales en los que registra en forma diferente, las mismas operaciones, cuando tiene distintos comprobantes sobre los mismos actos o cuando se asientan parcialmente las operaciones.

Conc: c.p. 200-c. com. 36-39-49-62-c. tb. 98, 3º)-

La doble contabilidad está cabalmente definida por la segunda fracción del Art. y las sanciones penales aludidas en la primera fase son las que impone el Art. 200 del c.p., pudiendo considerarse, además, procedente la aplicación de los que pudieran corresponder según las circunstancias a tenor de los arts. 229 (sociedades o asociaciones ficticias), o 231 (evasión de impuestos) del mismo cuerpo legal, si se determina su conexión con la doble contabilidad.

El c. tb. (Art. 98, 3º) incluye entre los delitos tributarios como intención de defraudar, el hecho de llevar dos o más Juegos de libros para una misma contabilidad con distintos asientos, que genera, en su ámbito de aplicación, una sanción de multa del 50 al 100% del monto del tributo omitido por ese medio (Art. 99, c. tb.).

ARTÍCULO 65.- (Archivo y reproducción de documentos). Los comerciantes pueden conservar sus documentos y correspondencia en general, mediante sistemas de microfilm, copias fotográficas, fotostáticas y otros similares, en tanto cumplan con los requisitos legales exigidos para el efecto.

Conc: c.c. 1311 - c. com. 51 - 52 - 53 -

CAPÍTULO V COMPETENCIA DESLEAL

ARTÍCULO 66.- (Competencia desleal). La actividad comercial que constituya competencia desleal, conforme a las disposiciones de este Código y leyes relativas, se sancionará de acuerdo con lo previsto en el Código Penal.

Conc: c.p. 237 - 238 - c. com. 25, 7) - 183 - 328 -
Lea. 11

La libertad de comercio está constitucionalmente garantizada, como toda actividad lícita, en los límites legales de su ejercicio (Const. Art. 7). El concepto abstracto de la licitud, en este orden, adquiere contenido en cada caso concreto a través de las mismas regulaciones de la ley, o mediante un proceso de interpretación (Rodríguez).

La libre competencia, fue la culminación que alcanzó con la Revolución francesa el *laissez faire*, y en la práctica mostró que no podía ser un derecho ilimitado del comerciante, porque a más de perturbar la vida económica provocaba interferencias conflictivas en los derechos legítimos de otros comerciantes. Aparecen así las restricciones a la competencia, que evoca varias nociones.

En primer lugar, luego de una preponderante preocupación de los economistas en la materia, los juristas han ingresado al estudio de la teoría general de la competencia como hecho fisiológico, dice Cañizares, para luego exponer sistemáticamente las limitaciones, en su casuística y, dentro de ella, la de competencia desleal, que es uno de los fenómenos patológicos de la competencia.

La noción amplia del término competencia, dentro y fuera del campo económico, supone la relación de personas que emplean ciertos medios para alcanzar un fin que no pueden todas ellas conseguir (Levis y Rotondi, *cits.* de Cañizares). Cuando esa competencia tiene fines económicos y se realiza entre comerciantes, aparece la competencia comercial, que además de fenómeno económico, es jurídico, por lo que precisa regulación legal.

La regulación implica muchas limitaciones: exclusividad de nombre, enseña, patentes, marcas, etc., que se analizan en su lugar. Aquí se trata de la competencia, en la que, según Cañizares, ha de distinguirse:

a) La competencia ilegal, derivada de prohibiciones legales que implica una atribución exclusiva de actividades, como un monopolio (Const. Art. 142 y L. Hds. Art. 7. v. gr.), o de la exigencia de determinadas condiciones para el ejercicio de ciertas actividades (L. inv., arts. 30 y 80) o la protección de la actividad social (v. gr. arts. 183 y 328).

b) Competencia anti contractual, que supone una restricción a la libre competencia convenida en una cláusula contractual, lícita según el Art. 454 del c.c., en tanto en cuanto tenga un límite en el espacio, en el tiempo o en el género de comercio.

c) Prohibición de cartels o ententes que tienden a suprimir la libre competencia.

d) La competencia desleal, entendida de una manera general, como la que, sin estar prohibida ni por la ley ni por el contrato, implica una conducta comercial deshonesta o reprochable en perjuicio de otros comerciantes. En gráfica locución, Cañizares la equipara al golpe bajo en el boxeo, que merece castigo aunque haya sido dado por impericia y sin mala intención o no haya producido daño. Envuelve una noción contraria a la honestidad, corrección, buenas costumbres, buena fe, unfair competition se dice en inglés, a lo que es opuesto a lo justo, recto, corriente, honrado, leal, razonable o, en general, al fair competition o competencia justa y permitida, propia del to play fair: jugar limpio.

La denominación competencia desleal, está generalizada, aunque algunas legislaciones (la de España, v. gr.) y algunos autores (Giannini, Bozzini, Marcora, cits. de Cañizares y Messineo), emplean la expresión competencia ilícita como sinónimo de ella. La competencia desleal o extracontractual, dice Messineo, es diversa de la anti contractual que supone la violación del contrato o de la ilegal que implica la violación de las prohibiciones establecidas por la ley, a la que corresponde, en realidad, la designación de concurrencia ellecita (competencia ilícita).

ARTÍCULO 67.- (Indicación del lugar de origen). Las mercaderías producidas en el país deben llevar la leyenda "Hecho en Bolivia", sin perjuicio de expresar lo mismo en otros idiomas.

Conc: c. com. 7 -

ARTÍCULO 68. - (Usos prohibidos). El empleo de mareas, contraseñas, leyendas, envases, dibujos o indicaciones que pudieran inducir al público a confusión acerca de la calidad, procedencia o cantidad de los objetos que se ofrecen o se venden, constituye delito sancionado por el Código Penal.

Conc: c.p. 236 - c. com. 70 -

JURISPRUDENCIA

"No está prohibido por ley alguna dar conocimiento, a título oneroso, de fórmulas industriales para la fabricación en el país, de artículos de comercio, imitando los de la producción extranjera" (G.J. N° 651, p. 4).

ARTÍCULO 69.- (Actos que constituyen competencia desleal). Se considera autor de actos de competencia desleal al comerciante que:

- 1) Viole las disposiciones que protegen el nombre comercial, marcas de fábricas, patentes de invención, avisos, muestras, secretos y otras de igual naturaleza;
- 2) Se sirva de nombres supuestos, deforme los conocidos o adopte signos distintivos que se confundan con los productos, actividades o propaganda de otros competidores;
- 3) Utilice medios o sistemas tendientes a desacreditar los productos o servicios de un competidor o los altere con el propósito de engañar;
- 4) Utilice una denominación de origen o imite y aproveche las cualidades de los productos ajenos en beneficio propio;
- 5) Emplee ponderaciones o exageraciones cuyo uso pueda inducir a errores en el público;
- 6) Soborne a los empleados de otra empresa para que ahuyenten a la clientela o ejerza maquinaciones para privar de los técnicos y empleados de confianza de sus competidores;
- 7) Utilice medios o sistemas dolosos destinados a desorganizar el mercado comercial;
- 8) Efectúe cualquier otro procedimiento, en detrimento de otros empresarios, que sea contrario a la Ley y costumbres mercantiles.

Conc: c.p. 237-238-c. com. 25, 7) -70- 183-328-458-473-481-489-

Como regla general no todas las enumeraciones que contienen las leyes son limitativas, la de este Art. no lo es. Así lo dispone el inc. 8).

Del contenido del Art., puede determinarse los elementos constitutivos de la noción de competencia desleal:

- a) Un acto de competencia, que supone un vínculo entre el acto realizado y las clientelas del autor y de la víctima dedicados a industria o comercio de la misma o similar naturaleza, porque

no puede darse competencia desleal, por ejemplo, entre un banco y un comerciante de vinos (Cañízares). La denigración, en este último caso, aunque acto desleal e incorrecto no supone competencia desleal, sino que tiende a otra finalidad y tiene otro tratamiento legal.

b) Una conducta incorrecta del autor del acto, tipificada por la deslealtad que es lo que califica tal competencia, contraria a los usos honestos o que acusa un abuso en el ejercicio del derecho.

c) Un acto susceptible de provocar un perjuicio al competidor, que no es necesario probar, porque no es el perjuicio el elemento esencial para calificar de desleal la competencia.

Existen diversas clasificaciones de los actos de competencia desleal. Roubier (Le droit de la propreté industrielle, cit. de Cañízares), distingue entre ellos:

1) Los medios de confusión, como, v. gr. los de los incs. 1, 2 y 4 del Art.

2) Los medios de denigración, como, v. gr. los de los incs. 3 y 5.

3) Los medios de desorganización interna de la empresa rival, como los del inc. 6).

4) Los medios de desorganización general del mercado, como el del inc. 7).

Rotondi (cit. de Malagarriga) clasifica los actos de concurrencia desleal en dos categorías. En la primera coloca los actos que violan directamente la esfera interna del fondo de comercio, entre los que incluye la violación de los secretos comerciales e industriales y la imitación servil; y en la segunda, que comprende los actos que violan directamente la esfera externa del fondo, menciona los tendientes a producir confusión con el comercio del concurrente, la denigración de los productos o la persona de aquel y, en general, la publicidad mendaz.

El derecho comparado, muestra tres grupos más o menos definidos en lo que toca a la reglamentación de la materia. En el primero, se tiene la de los países que aplican al caso las reglas del derecho común y las que derivan de la jurisprudencia (Francia, Inglaterra, Estados Unidos); en el segundo, la de los países que regulan la materia en legislación especial (Alemania, Suiza, Italia, Austria, Bélgica, Grecia, Japón, los países escandinavos), y en el tercero, la de los países que sancionan la competencia desleal como delito penal, sin perjuicio de aplicarse, cuando no existe delito penal, los preceptos relativos a las responsabilidades civiles (España, Argentina, Brasil, Bolivia y otros países americanos).

La legislación argentina, con extrema vaguedad sobre el concepto de lealtad (Malagarriga), vincula la competencia desleal al ordenamiento penal. El Art. 159 del c.p. castiga como delito el tratar de desviar en provecho propio la clientela de un establecimiento comercial o industrial, mediante maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas y otros medios de propaganda desleal. Este sistema tiene notorio paralelismo con el impuesto por el Código penal vigente en Bolivia (arts. 237, 238) y por el Art. 66 del Código, que dispone la sanción de la competencia desleal de acuerdo con lo previsto por el Código Penal.

El Código hondureño de 1950, comprende con más o menos similitud los casos del Art. y otros, en tres conjuntos: a) actos de engaño del público o de personas determinadas; b) actos que perjudican directamente a otro comerciante, sin infringir deberes contractuales para con el mismo, y c) actos que perjudican directamente a otro comerciante, infringiendo contratos.

El inc. 5), importa en alguna medida, una modificación de criterios clásicos al incluir como acto constitutivo de competencia desleal el *dolus bonus* de los romanos, propio de la propaganda comercial para ponderar las cualidades o excelencias verdaderas o falaces de las mercaderías, exagerando muchas veces el reclamo. Puede estimarse todavía, a pesar del inc. 5), lícita esta manifestación de la libertad de competencia, si no conlleva la dañada intención de inducir a error determinante de la voluntad del comprador o dañar el interés del comerciante rival.

ARTÍCULO 70.- (Acción de los perjudicados). Los perjudicados pueden ocurrir al juez competente, en la vía sumaria, para que ordene:

- 1) La abstención del acto denunciado y la destrucción de los medios materiales empleados, y
- 2) La rectificación pública en caso de afirmaciones inexactas o falsas.

El perjudicado podrá además demandar el pago de los perjuicios ocasionados e igualmente el otorgamiento de garantías que señale el juez para responder de los actos de competencia desleal.

Si tales actos causaran perjuicios a un grupo de comerciantes, la acción puede ejercitarse personalmente o por la Cámara correspondiente.

Conc: c.c. 984-994-1469-p.c. 478 y s.-c. com. 68-69-71-

En la doctrina se dan diversos puntos de vista acerca del fundamento jurídico de la acción autorizada por el Art. Se discute la determinación de cuál es la naturaleza jurídica de dicha

acción, cual el derecho lesionado y el bien que se protege con ella. Cañízares, resume las teorías que se han expuesto, así:

a) Es una acción asimilada a la ordinaria de responsabilidad civil, según la antigua doctrina francesa, combatida por la doctrina moderna porque la noción de competencia desleal no requiere necesariamente ni la culpa ni un perjuicio efectivamente causado (v. el punto d) de la anot., al Art. 66 y el punto c) de la del Art. 69).

b) Protección de un derecho a la personalidad, según Kohler y Ascarelli (cits. de Cañízares), como derecho a la lealtad en la competencia. Tesis rechazada (entre otros por Goldschmidt) porque aun admitiendo un derecho general de la personalidad (que muchos niegan) o ampliando su concepto, se dice no abarca todos los casos como el del reclamo mendaz (inc. 5 del Art. 69) o la corrupción del empleado (inc. 6 del Art. 69).

c) Es una protección contra el abuso del derecho en que incurriría quien emplea medios incorrectos al ejercitar su derecho de competencia. Doctrina sostenida principalmente por Josserand (*De l'esprit des droits et de leur relativite*, cit. de Cañízares) y adoptada en Suiza por ley de 20 de septiembre de 1943, hasta cuya promulgación regia el principio de la violación de un derecho de la personalidad.

d) Es la protección contra un acto excesivo y no un abuso del derecho para Roubier, porque el uso de medios desleales supone un exceso de la libertad de competencia, si se tiene en cuenta que la libertad es también un derecho del que puede abusarse. Se considera que ambas nociones, abuso del derecho y acto excesivo -aunque la de este cuadra mejor a la de competencia desleal- son dos nociones análogas simplemente elaboradas desde puntos de vista distintos.

e) Es protección de la hacienda o del establecimiento comercial, según doctrina difundida en Alemania por Baumbach y Gierke y en Italia por Carnelutti y Mossa (v. gr.; citas de Cañízares y Rodríguez), que consideran a esta acción dirigida a proteger en interés del titular de la hacienda, lo que puede llamarse la cohesión o compacidad (calidad de compacto) de esta.

f) Es protección del aviamiento para Rotondi (*Aviamiento y concurrencia desleal*, cit. de Cañízares), Valeri y otros (v. sobre el aviamiento, la anot. al Art. 1 1), que en realidad supone la protección de la hacienda.

ARTÍCULO 71.- (Incumplimiento de la resolución judicial y multa). El incumplimiento de la resolución judicial que ordene la cesación de los actos de competencia desleal dentro del término señalado por el juez, hace incurrir al comerciante culpable en desacato sujeto a multa que puede ser del dos por mil al diez por mil de su capital, sin perjuicio de las sanciones establecidas en el Código Penal.

Conc: c.p. 159 - 160 - c. com. 70 -

El incumplimiento de la resolución judicial no supone delito de desacato, que según el c.p. (Art. 162) y la Real Academia consiste en las injurias, difamaciones, calumnias o amenazas contra autoridades en el ejercicio de sus funciones. En el supuesto del Art., lo que cabe es la aplicación de los arts. 159 (resistencia a la autoridad) o 160 (desobediencia a la autoridad) del c.p.

TÍTULO II DE LOS AUXILIARES DE COMERCIO

CAPÍTULO I FACTORES O ADMINISTRADORES

ARTÍCULO 72.- (Concepto). Se entiende por factor a la persona que tiene a su cargo la administración de los negocios o de un establecimiento comercial, por encargo de su titular.

Precd: c. mtl. 149 -

Conc: c. com. 16 - 18 - 1237 -

Son tales, quienes sin ser comerciantes ejercen el comercio por cuenta y a nombre de otro. Pues, para tener la calidad de comerciante son indispensables para quien ejerce el comercio con capacidad suficiente, las condiciones de efectuar ese ejercicio por cuenta propia y en nombre propio, así se valga de la representación.

Por lo regular, los prestadores de trabajo, subordinados o trabajadores, no están co-interesados en la empresa y así no están expuestos al riesgo que corresponde necesariamente al empresario, y cuando lo están por tener participación en las utilidades (pero no en las pérdidas: Const. Art. 157), surge la figura del *commis interesse* (Messineo), regulado en algunas legislaciones del derecho comparado (v. gr. Italia, arts. 2102 y 2349, c.c.).

El principal auxiliar del comercio es el factor. Es el institor del derecho romano, definido por Paulo y Ulpiano como el que se pone al frente de la administración de una casa de trato... o en la tienda o en el lugar donde se vende o se compra y el que es puesto para el mismo fin sin lugar determinado (Digesto. Lib. 14, tít. 13, leyes 3, 5 y 18, cit. de Malagarriga). La denominación de institor ha subsistido hasta 1942 en el c. com. italiano derogado por el vigente que ha adoptado la denominación de factor (Art. 2203 y s. c.c.).

El nombre de factor, aparece en una pragmática de Carlos V dada en 1549 (Malagarriga) y es el c. com. español de 1829 la legislación que inicia una amplia reglamentación, de la cual fue tomada la del c. mtl. de 1834. El Código francés de 1807 apenas lo menciona: Facteur y se lo usa más en un sentido subalterno. En la legislación comparada actual, equivalen al factor español - latinoamericano, el prokurista alemán, el fonde de pouvoir frances.

Factor, es quien dirige una empresa o un establecimiento; debidamente autorizado por el principal para contratar en todos los negocios concernientes a los mismos. Ha de tener idéntica capacidad legal que el comerciante y sus funciones se caracterizan esencialmente por su estabilidad y la amplitud de su poder (Benito y Rodríguez). Su estabilidad se destaca en el hecho de que la representación que inviste no concluye por muerte o incapacidad del dominus negotii o poderdante (Art. 81), contrariamente a lo que acontece con el mandato en el derecho comun (c.c. Art. 827, 4). La amplitud del poder alcanza tanto al que se supone que está autorizado para contratar respecto de todos los negocios concernientes al establecimiento que dirige (Art. 73, segunda fase), cuanto a los comprendidos en el giro o trafico de que esta encargado, obligando al principal, aunque haya trasgredido sus facultades o cometido abuso de confianza (Art. 75), lo que también deroga los principios del derecho comun (arts. 467, 811 y 821, II, c.c.), salvo los casos de mala fe del contratante que conocía los límites del mandato del factor.

Los Gerentes o administradores, también son auxiliares de comercio, pero cabe diferenciarlos del factor, dice Benito: Factor es la persona que con las condiciones ya indicadas de capacidad y un apoderamiento general, está al frente de un establecimiento mercantil o industrial para regirlo y gobernarlo por cuenta de su propietario, principal o titular; gerente o administrador, por lo regular de una sociedad anónima, (v. Art. 307), es la persona que con capacidad y poder bastante es designada por aquella para representarla y tener la firma social, porque tratándose de otras sociedades comerciales, cuando los administradores son socios de ellas, no pueden tener carácter de auxiliares del comerciante, porque administran por derecho propio (v. los arts. 175, 184, 203 y 359).

ARTÍCULO 73.- (Forma de actuar). El factor debe actuar conforme a las facultades y atribuciones concedidas por el titular mediante mandato general o especial, debiendo en los actos, contratos y documentos relativos al giro de la empresa o establecimiento hacer constar su calidad de mandatario.

El factor se considera facultado para realizar todos los actos y contratos relativos al giro ordinario de la empresa o establecimiento, inclusive para intervenir en juicio como actor o demandado, a menos que el titular señale limitaciones específicamente determinadas, las cuales deben estar insertas en el poder e inscritas en el Registro de Comercio.

En defecto de inscripción las limitaciones son inoponibles a terceros.

Precd: c. mtl. 150 - 151 -

Conc: c.c. 469-809-c.com.29-76-1238- Rgto.rg.com. 33- p.c. 58-62-

La existencia de mandato es necesaria e inexcusable, por regla general. Puede admitirse alguna manifestación de la gestión de negocios, (c.c. Art. 973) en el supuesto de que algún dependiente, por necesidades de servicio actúe sin ser el factor constituido y al margen de la extensión de sus poderes, actuación que tiene efectos validos si concurren las condiciones que señala el Art. 87.

Las limitaciones pueden referirse a la incapacidad del factor para hipotecar algún bien mercantil del establecimiento, o para transigir sobre alguna controversia, que, inexcusablemente, requiere poder especial expreso, según exige el Art. 810, II, del c.c., aplicable en la materia por disposición de los arts. 786 y 899 del Código. La falta de inscripción del mandato y sus limitaciones hace que estas no puedan ser alegadas contra terceros.

Sin embargo, para determinar la eficacia de las limitaciones, en general, aun estando inscrito el poder en el registro de comercio, ha de tenerse en cuenta las previsiones del Art. 15, de aplicación rigurosas en la materia, salvo los casos de mala fe del tercero contratante que a sabiendas de las limitaciones contrata con el factor contraviniéndolas y el señalado por el Art. 508.

JURISPRUDENCIA

Véase caso N° 4 del Art. 1237.

ARTICULO 74.- (Efecto de los actos). Todos los actos y contratos celebrados por el factor en tal calidad, obligan al titular sin que éste pueda oponer excepción alguna, siempre que el factor haya actuado dentro de los límites de su mandato. Aunque el factor hubiera actuado en su propio nombre, si se demostrara que en realidad lo hizo por cuenta del titular, éste responderá solidariamente con el factor.

Precd: c. mtl. 152 -

Conc: c.c. 467-c. com. 75 - 87- 88 -

Aunque deficientemente formulado, el Art. permite, en realidad, entre los modos de actuar del factor, que este pueda contratar a nombre de su principal o en nombre propio aunque siempre por cuenta de aquel (representación directa). Ello responde al carácter típico de la actuación del factor: contratar por cuenta ajena, es decir, por la del principal, quien queda obligado por los contratos que celebra aquel. Por eso el Art. 73 en su primera parte impone que el factor declare en todos los documentos que suscribe su calidad de mandatario, es decir, que lo hace con poder de su principal, modo de actuar cuya omisión justifica la presunción del Art. 75, primera parte, con la cual la ley se propone impedir las colusiones dolosas entre principal y factor en perjuicio de terceros (Siburu, cit. de Malagarriga).

Aun en los casos de una actuación ilícita, sea que se haya propasado los límites del mandato o que se haya contravenido reglamentaciones en las gestiones propias del giro, dando lugar a sanciones pecuniarias contra el establecimiento, las obligaciones que haya contratado o las multas en que haya incurrido el factor, comprometen al principal y se harán efectivas por este y contra este (arts. 75 y 88).

De ahí que la declaración de que la situación del factor obliga al principal, siempre que haya actuado dentro de los límites de su mandato, tiene relativa y discutible eficacia habida cuenta la determinación del Art. 75, que es la característica, general en las legislaciones, de la especialidad del derecho comercial en la materia.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "No hay exceso en el mandatario si el mandante consuma y ratifica lo hecho por aquel" (G.J. Nº 694, p. 25).
- 2.- "El poder general contiene facultades de hacer cobranzas y pagos, acusar recibos y finiquitos. Al transferir el mandatario el crédito que a favor del mandante reconocía X a Z en pago de una

obligación que, a su vez, reconocía a favor de este el mandante, procedió el mandatario dentro del límite prescrito en el mandato" (G.J. N° 721, p. 9).

3.- "La obligación es directa y personal para el que la contrajo, que no es el mandatario que no contrajo obligación alguna para sí, sino solamente para su mandante" (G.J. N° 518, p. 12).

4.- "La circunstancia de haber dado el mandante instrucciones a su mandatario, las que sólo regulan las relaciones entre ellos, (no) exime a aquel de pasar por los actos de este respecto de terceros conforme al Art. 1345 (821) del c.c." (G.J. N° 748, p. 70).

ARTÍCULO 75.- (Presunción de mandato). Si los actos realizados por el factor recaen sobre operaciones comprendidas en el giro ordinario de la empresa o establecimiento, se entienden hechos a nombre y por cuenta del titular, aunque el factor no los haya hecho constar así al ejecutarlos, haya transgredido sus facultades o cometido abuso de confianza, sin perjuicio de las acciones del titular en contra del factor.

El titular responde también de los actos ejecutados por el factor cuando, siendo ajenos al giro ordinario de la empresa o establecimiento, hubiera obrado de acuerdo con sus instrucciones; cuando las haya aprobado expresamente o sí, por hechos positivos, se presumen válidos.

Precd: c. mtl. 154- 155 -

Conc: c. com. 74 - 85 - 87 - 138 - 508 - 509 -

V. las anots. a los arts. 72, 73 y 74.

JURISPRUDENCIA

1.- "El mandatario responde no solamente del dolo, sino también de las faltas graves que comete en su administración" (G.J. N° 1267, p. 59).

2.- "El mandatario es responsable de los daños y perjuicios que pudieran resultar de la inobservancia del mandato" (G.J. N° 1269, p. 35).

3.-V. el caso N° 2 del Art. 9.

ARTICULO 76.- (Inscripción en el Registro). La designación de factor, su mandato y sus modificaciones posteriores, se inscribirán en el Registro de Comercio donde se encuentre la empresa o establecimiento principal.

La revocatoria de poderes debe inscribirse también en el mismo Registro.

La falta de inscripción hará inoponible frente a terceros cualquier excepción que pudiera favorecer al titular.

Precd: D.L. 28 Abril 1937, Art. 70

Conc: c. com. 29 - 73 - 81 - 90- Rgto. rg. com. 33

ARTÍCULO 77.- (Pluralidad de titulares). Si los titulares fueran varios, todos responden solidariamente por los actos del factor.

Conc: c.c. 435-825-c. com. 1244-

La pluralidad de principales del factor, supone un negocio comun y el mandato debe ser dado en un acto comun, condiciones propias para que se dé la solidaridad que establece la ley.

ARTICULO 78.- (Varios factores). Si los factores fueran varios, todos actuaran en conjunto, a menos que del mandato se desprenda que cada uno podrá actuar, en todo o parte, con independencia de los demás.

Conc: c.c. 819 - c. com. 1243 -

La actuación conjunta de los factores, les hace responsables solidarios de su gestión, salvo a acción independientemente cumplida según las determinaciones del mandato.

ARTÍCULO 79.- (Remuneración). El factor tiene derecho a la remuneración convenida y a los beneficios sociales reconocidos por Ley.

Precd: c. mtl. 159-L. 21 Nov. 1924 -

Conc. c.c. 808, II) -c. com. 85-95- 1239-c.s.s. 60 _

Los beneficios sociales aludidos en el Art., que tuvieron para el caso su primera regulación legal en la L. de 21 de Nov. 1924, están determinados en las reglamentaciones especiales, particularmente en el c.s.s., cuyo Art. 6º comprende a todos los empleados y dependientes de comercio, que inclusive tienen su representante en el Consejo de Administración de la Caja Nacional de Seguridad Social (Art. 171, III).

ARTÍCULO 80.- (Prohibiciones). El factor, salvo autorización expresa del titular, no puede realizar los siguientes actos:

- 1) Delegar el mandato que se le haya conferido;
- 2) Revelar los secretos industriales o comerciales de la empresa que administra;
- 3) Constituir una empresa con fines análogos al de la empresa del titular;
- 4) Ejecutar, en nombre propio o ajeno, negocios del mismo género que los de la empresa en que presta servicios.

En este último caso el titular puede hacer suyas las utilidades que se obtengan, sin quedar obligado a responder de las pérdidas.

Precd: c. mtl. 158 -

Conc: c.c. 818 - c. com. 1245 - c.p. 302 -

La prohibición del inc. 1), supone que la función se encarga, por lo regular, habida cuenta consideraciones particulares de capacidad técnica, experiencia profesional o confianza personal en el factor, lo que da al encargo indole personalísima: *intuitus personae*. El factor debe llevar por sí mismo la función que se la ha confiado, porque la confianza no puede transmitirse por vía de delegación (Laurent, cit. de Scaevola).

La jurisprudencia argentina, consagra el carácter intransferible del poder del factor al declarar que la apariencia del mandato creada por el factor a favor de un dependiente, no obliga al principal por los contratos celebrados por el dependiente en ejercicio de ese mandato delegado (Cámara de Apelaciones en lo comercial, La Ley, tomo 48, p. 898, cit. de Malagarriga).

La revelación de secretos inc. 2), es una infidencia punible (Art. 302, c.p.).

Los incs. 3) y 4), suponen una concurrencia desleal, incompatible con una función fundada en la confianza y que autoriza presumir el uso indebido en beneficio propio o ajeno, de los datos, informaciones y referencias que llegaren a su conocimiento por su condición de factor.

JURISPRUDENCIA

1.- "La revelación (de secreto) es un delito especial que no puede cometerse sino por las personas que, ejerciendo empleo, cargo o profesión, tienen el deber de guardar secreto" (G.J. N° 299, p. 1285).

2.- "Para aplicar este Art. ha de exigirse que la revelación de secretos a la parte contraria o a otra persona esté debidamente probada" (G.J. N° 1354, p. 100).

3.- "Denunciar la falta de pago legal al Estado, por impuestos fiscales que deben pagarse, no constituye delito por ser de orden público que cualquier persona pueda hacerlo" (G.J. N° 1354, p. 100).

ARTÍCULO 81.- (Terminación de funciones). Cesarán las funciones del factor por:

- 1) Muerte, incapacidad o inhabilitación para ejercer el comercio;
- 2) Revocatoria de sus poderes;
- 3) Disolución o enajenación de la empresa;
- 4) Renuncia, una vez aceptada;
- 5) Vencimiento del término pactado;
- 6) Quiebra de la empresa.

La muerte del titular no interrumpe las funciones del factor, mientras no se revoque sus poderes, pero éste debe ofrecer caución si así lo solicitan los herederos. La caución será calificada por el Juez competente.

Todos los casos señalados de cesación de funciones del factor deben inscribirse en el Registro de Comercio.

Precd: c. mtl. 160 - 163 -

Conc: c.c. 827-828-832- c.com. 29-76-378-1582- Rgto.rg.Com. 33,b)-21-22-

JURISPRUDENCIA

"Conforme al Art. 1350 del c.c. (abrg. = al 81, casos 1 y 6 del c. com. vigente), el mandato se extingue con la quiebra del mandante" (G.J. N° 1297, p. 203).

ARTÍCULO 82.- (Cumplimiento de leyes). El factor observara con relación a la empresa o establecimiento que administra, el cumplimiento de las leyes y reglamentos que regulan el comercio.

Precd: c. mtl. 156 -

Conc: c. com. 1 - Rgto. rg. com. 13 -

JURISPRUDENCIA

"El demandado acreditó haber hecho la entrega de los libros llevados, en observancia del Art. 156 (82) del c. com., documentos y comprobantes de la casa comercial que administró, habiendo cumplido con este hecho la obligación de rendir cuenta de su administración impuesta por el Art. 1341 (817) del c.c. a todo mandatario" (G.J. N° 753, p. 23).

ARTÍCULO 83.- (Rendición de cuentas). El factor debe rendir cuentas de su gestión en los períodos establecidos.

Conc: c.c. 817 - c. com. 1247 - 1272

Es regla general de derecho que quien administra bienes o gestiona total o parcialmente negocios ajenos o quien ejecuta actos relativos al manejo de fondos o de bienes que no le pertenecen en propiedad, está obligado a rendir las cuentas de su administración o gestión, a menos que hubiera dispensa expresa de quien tiene derecho a exigir las (Alsina), dispensa que en la especialidad en estudio es improbable.

La rendición de cuentas se hace según las estipulaciones del mandato que, en estos casos, generalmente contiene disposiciones particulares al respecto y debe comprender todo el movimiento del negocio y los resultados obtenidos.

JURISPRUDENCIA

V. los casos único del Art. anterior y único del Art. 1245.

ARTÍCULO 84.- (Revocación o enajenación no notificada al factor). Son válidos los actos y contratos celebrados por el factor en nombre y por cuenta del titular aún en el caso de revocatoria de poderes o venta de la empresa, si tales actos no fueron notificados al factor con la oportunidad debida.

Precd: c. mtl. 161 -

Conc: c. com. 75 - i.f. - 79 - c.c. 833, l) -

Los actos realizados por el factor, que en suma es un mandatario especial, ignorando la cesación del mandato o revocatoria de sus poderes o la enajenación del establecimiento, son válidos, para el clásico derecho francés. En el derecho italiano, se formula esta regla general: cualquiera sea la causa de extinción del mandato, la causa misma no produce efecto respecto a la parte o a las partes que de buena fe la ignoraban y lo que hace el mandatario después de la extinción (que no

le fue notificada en la oportunidad debida) es válido. En el derecho alemán, se considera subsistente el mandato extinguido, hasta que el mandatario sepa o tenga que saber la extinción.

Rebolledo, en la anot. al Art. 161 del c. mtl. abrg., precedente del que aquí se anota, advierte que la revocación del poder conferido al factor o la enajenación del establecimiento hechos antes de la terminación del plazo fijado en el concierto entre el principal y el factor, obligan a que aquel indemnice a este todos los perjuicios. En el ordenamiento actual, ha de estarse, además de lo que prevenga el contrato, a las previsiones de las leyes sociales, de acuerdo a lo establecido por el Art. 79 in fine.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "La revocación del mandato hecha con posterioridad (a un acto realizado) no puede retrotraer sus efectos a los actos en que es responsable de la ejecución de su mandato" (G.J. N° 701, p. 7).
- 2.- "En ejercicio de la facultad conferida por este Art. (828), ha sido notificado judicialmente el mandatario, quedando así acabado el mandato" (G.J. N° 796, p. 36).

ARTÍCULO 85.- (Terminación del mandato por fraude). Además de los casos señalados por Ley, el mandato termina cuando el factor, en el ejercicio del mismo, comete fraude o abuso de confianza sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar. Igualmente, si contraviene la prohibición de delegar su mandato.

Preced: c. mtl. 164 -

Conc: c.p. 335-336-346-c. com. 95-80, 1) -86-

En el caso del Art., puede considerarse fraude toda privación de lo que en derecho corresponde al principal, hecha por el factor con abuso de confianza o con infidelidad a las obligaciones contraídas por el solo hecho de haber asumido la función. Constituyen causa eficiente para fundar el uso de la facultad que confiere este Art., cualquier acto fraudulento de los consignados en los capítulos IV y V del Título XII del Libro 2o del c.p. (ejemplificativamente, los arts. 335, 336, 337, 345, 346, en particular).

No parece lo indicado que, para disponer la terminación del mandato, el principal deba esperar el resultado del proceso, penal (auto de procesamiento o sentencia). Dada la gravedad del caso, puede actuar producido el hecho, dejando las consecuencias (sanciones, resarcimientos, indemnizaciones, etc.), al resultado del proceso. Así se infiere de la propia disposición del Art. en la parte que subraya: sin perjuicio de la acción penal a que hubiera lugar.

La ley argentina (c. com. Art. 160 y L. N° 11729), exige que el fraude o el abuso de confianza sean establecidos en sentencia judicial, de la jurisdicción represiva, que Ponsa (cit. de Fernández) comenta en sentido de que ante un acto de la naturaleza de los señalados en el Art., el principal debe limitarse a suspender al dependiente culpable y formular denuncia o deducir querrela, suspensión que durara hasta que se dicte sentencia o sobreseimiento en el proceso penal, interpretación que se aviene mejor a la correcta aplicación de la ley, según la combinada interpretación de sus disposiciones concordantes (en el caso la del Art. con los arts. 70 del c.p. y 1, 2 y 3 del p.p.). Claro que la suspensión incluye la de los poderes del suspendido y su registro respectivo para su eficacia (Art. 29, 5).

JURISPRUDENCIA

- 1.- "El Art. 652 (336) del c.p. al condenar el abuso que el mandatario o un tercero puede hacer de la firma en blanco confiada a aquel, supone legítimo el uso de la firma en blanco, porque es principio del derecho público boliviano, sancionado por el Art. 143 del mismo (sin equivalente en el c.p. vigente, pero concordante con el Art. 32 de la Const.), ser permitido lo que la ley no prohíbe" (G.J. N° 19, p. 163).
- 2.- "El que se apropia fraudulentamente de lo ajeno con abuso de confianza, es castigado con la pena designada en el Art. 653 (346) del c.p." (G.J. N° 537, p. 7).
- 3.- "Reconocido el hecho de haber X cobrado la letra de cambio que para el efecto le entregó Z, al haberse apropiado de su valor, se califica el hecho de abuso de confianza y se aplica el Art. 653 (346) del c.p." (G.J. N° 717, p. 35)

ARTÍCULO 86.- (Responsabilidad por daños). El factor es responsable de cualquier daño que ocasione al titular por dolo, culpa o infracción a las instrucciones recibidas para el desempeño de sus funciones.

Precd: c. mtl. 164 -

Conc: c. com. 95 - 1247 - 85 - c.c. 815 - 984 - c.p. 14-15-

Quien no cumple con sus obligaciones, debe responder de los daños que causa con su incumplimiento, según la doctrina general.

De acuerdo al Art., esa responsabilidad puede resultar de una actuación dolosa o culposa del factor.

Desde luego, y en general, tratándose del incumplimiento de sus obligaciones, o de las instrucciones del principal, la del factor ha de catalogarse no como la responsabilidad in concreto, que sólo obliga a observar, en la misión que el responsable cumple, el cuidado que ordinariamente presta a sus propios asuntos, sino la responsabilidad in abstracto, que es la de un buen pater familias, es decir, la apreciada en relación con un tipo ideal: la de un buen y prudente administrador, según el Art. 815 del c.c. aplicable en el caso por disposición expresa del Art. 1247, in fine. No hay responsabilidad por regla general, cuando el incumplimiento de las obligaciones es resultado del genéricamente llamado caso, que es fortuito por efecto de la imprevisibilidad o de fuerza mayor por el de la inevitabilidad.

Cuando el incumplimiento de las obligaciones es resultado del libre arbitrio del factor, aparecen las nociones del dolo y culpa, que, obviamente, dentro del nuevo ordenamiento, ha de considerarse referidos a las nociones que de esas figuras jurídicas da el Código penal en sus arts. 14 y 15, como resultado antijurídico querido y previsto y ratificado por el agente, o cuando es consecuencia necesaria de su acción (dolo), o como resultado que, aunque previsto, no fue querido por el agente y se produce por su imprudencia, negligencia o inobservancia de las leyes, reglamentos, órdenes o resoluciones e inclusive de las instrucciones recibidas para el desempeño de sus funciones (culpa). En suma, para todo efecto, civil o penal, se establece que se ha actuado con dolo, cuando se ha procedido intencionalmente, y con culpa, cuando se ha procedido negligentemente sin intención (Fernández).

Combinando, en consecuencia, las disposiciones concordantes se puede concluir que habiendo fraude (Art. 85), el dolo o la culpa darán lugar a la acción penal correspondiente, que puede inclusive ocasionar una sanción de inhabilitación especial (Art. 36, 3) c.p.); si sólo ocasionan un daño (sin fraude en provecho del factor), la cuestión puede concretarse al resarcimiento previsto por el Art. 984 del c.c.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "La sustracción de dicha suma (de dinero) tuvo lugar por descuido y negligencia reprensible del (dependiente) y por lo mismo queda subsistente su responsabilidad por el daño causado a su principal, según el Art. 966 (984) del c.c." (G.J. N° 542, p. 7).
- 2.- "Los gerentes de empresas industriales son responsables de los daños ocasionados por sus comisionados, según la expresa disposición de la ley" (G.J. N° 664, p. 13).
- 3.- "El Art. 966 (984) del c.c. (al) consignar el principio de que todo hombre que causa a otro algún daño está obligado a repararlo, supone que haya sido inferido mediante hechos criminales o abusivos (dolo o culpa)" (G-J. N° 699, p. 50)

- 4.- "En la comisión del delito concurren la voluntad y la malicia (dolo)" (G.J. N° 760, p. 6).
- 5.- "Las extralimitaciones del mandatario y otros artificios comprobados, constituyen dolo que anula el contrato" (G.J. N° 891, p. 37).
- 6.- "Para que exista delito es indispensable que exista la intención (dolo) de causar daño a una persona" (G.J. N° 1143, p. 46).
- 7.- "El dolo no se presume y es necesaria su comprobación" (G.J. N° 1265, p. 17).
- 8.- "El dolo no solamente consiste en artificios practicados por una de las partes, sino en afirmaciones mentirosas, en maniobras para falsear o disimular la verdad y aún en el silencio mismo" (G.J. N° 1340, p. 34)
- 9.- "El concepto doctrinal de que la culpa es "la no previsión del resultado previsible" significa indudablemente que el fundamento y la condición necesaria de la responsabilidad por culpa es el de la previsibilidad al alcance de una capacidad ordinaria, relativa y común dentro de los límites humanos de la previsión -criterio que ha servido incluso para distinguir la culpa en lata, leve y levísima- y no de la previsión absoluta, rayana en los fenómenos parasicológicos" (Lab . Jud. 1973, p. 210).
- 10.- Véase el caso único del Art. 1245.

ARTÍCULO 87.- (Factor no constituido expresamente). Los actos del factor no autorizados expresamente comprometen, asimismo, la responsabilidad del titular cuando este da lugar, con hechos positivos u omisiones graves, a que se crea que aquél está facultado para actuar en su nombre.

Precd: c. mtl. 165 -

Conc: c.c. 973 - c. com. 74 - 75 - 807 - 509 -

V. la anot. al Art. 74 -

JURISPRUDENCIA

"Los actos procedentes de un contrato no pueden reputarse gestión voluntaria de negocio, sino mero cumplimiento de un concierto anterior" (G.J. N° 614, p. 11).

ARTÍCULO 88.- (Multas). Las multas impuestas por culpa del factor por contravención a la Ley o los reglamentos, se harán efectivas con cargo al establecimiento que administra, salvándose el derecho del titular para obtener su devolución del factor si éste fuere responsable de los hechos que dieron lugar a dichas sanciones.

Conc: c. com. 74 - 1247 -

V. la anot. al Art. 74-

CAPÍTULO II DEPENDIENTES

ARTÍCULO 89.- (Concepto). Se entiende por dependiente a la persona a quien el titular de una empresa o establecimiento encarga la realización de determinadas labores propias del giro comercial o de una clase de negocios, en forma temporal o permanente.

Precd: c. mtl. 166 -

Conc: c. com. 18 - 93 - 94 - 1270 -

La noción que da el Art. se conforma, en términos generales al concepto que dan los autores. Por ejemplo, Benito: dependiente o apoderado singular es la persona a quien el comerciante encomienda la gestión de una parte determinada de su comercio, o algunas gestiones propias de su tráfico. Rodríguez: dependientes son los trabajadores que desempeñan constantemente alguna o algunas operaciones propias del giro o tráfico del establecimiento. Malagarriga: dependiente en el c. com. argentino o mancebo en el español de 1829, es el empleado autorizado para determinados actos o especie de actos.

Corrige notoriamente las deficiencias del c. mtl. abrg. que dedica sus regulaciones sobre los dependientes. más en relación con el cajero, no obstante declararlo comprendido en las disposiciones relativas a los factores (Art. 167).

Hay dependientes vendedores, compradores, cobradores, autorizados para girar letras, corresponsales o encargados para llevar la correspondencia, tenedores de libros, etc. También una sola persona puede llenar toda esa actividad. Depende de la importancia del giro comercial que se sirve.

ARTÍCULO 90.- (Actos de los dependientes). El titular responde por los actos de sus dependientes cuando ha conferido expresamente la facultad de ejecutar, en su nombre, determinadas operaciones de su giro comercial o resulten del ejercicio de las funciones encomendadas.

Los contratos celebrados por el dependiente con personas a quienes el titular haya dado a conocer por escrito su autorización para que aquel ejecute algunas operaciones de su giro, obligan también al titular; pero la autorización para firmar correspondencia, cobrar, girar,

aceptar, endosar letras de cambio, girar cheques, suscribir otros documentos que produzcan obligación o celebrar contratos por correspondencia, deben otorgarse mediante poder notariado que se registrará en la forma señalada en el artículo 76°.

Precd: c. mtl. 168 - 169 - 170 -
Conc- c. com. 29 - 76 - 91 - 92 -

Los actos de los dependientes obligan al principal en las operaciones que este les haya encomendado y, por lo regular, los alcances de las facultades de aquellos, a diferencia de lo que sucede con el factor que las tiene establecidas en el mandato fundamentalmente, están fijadas por la voluntad del principal según los casos y circunstancias.

Relativamente al cobro, ha de tenerse presente que el establecimiento ordinariamente cuenta con una caja y un cajero autorizado en forma, para recibir cobros y erogar pagos. Sin embargo también ocurre, como previene el Art. siguiente (91), que todos los dependientes encargados de vender se reputan autorizados para cobrar el importe de las ventas y extender los correspondientes recibos (facturas) a nombre del establecimiento o de los principales, siempre que las ventas se hagan en el almacén público del establecimiento y al por menor, o si se hacen al por mayor, se verifiquen al contado y el pago se haga en el almacén. Se trata en este caso de un mandato tácito (Art. 805, I, c.c.), común entre patrones y empleados, para la atención de los negocios normales del giro comercial, perfectamente permitido como es permitido el consentimiento tácito (Art. 453, c.c., y que presupone el mandato tácito) una práctica no solo corriente entre los dependientes vendedores, sino que tiene aplicación analógica en las atribuciones que se confían o pueden confiarse a otras actividades comerciales, como ocurre con los empleados y trabajadores de transporte, de bancos, de seguros, de fianzas, etc. La firma de correspondencia, el giro, aceptación o endoso de letras de cambio, el giro de cheques o la firma de documentos de obligación por correspondencia, requieren firma autorizada mediante poder notariado, porque envuelven actos de disposición que requieren en el dependiente facultad expresa y legalmente concedida para que surta efectos.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Si el poder general contiene facultades de hacer cobranzas, efectuar pagos y acusar recibos y finiquitos, el mandatario que actúa en su virtud, procede dentro del límite prescrito por el mandato" (G.J. N° 721, p. 9).
- 2.- "No estando justificada legalmente la existencia del poder, el ejecutante no tiene acción para demandar el pago de la mencionada obligación, por aplicación de los arts. 166 (90, 2ª parte i.f.)

del c. com. y 1345 (821) del c.c., que requieren poder para que el cajero o mandatario comprometan a su principal o mandante" (G.J. N° 751, p. 9).

ARTÍCULO 91.- (Autorización para cobrar). Los dependientes encargados de vender por menor se reputan autorizados para percibir el precio de las ventas cuando la cobranza se hace en el local del negocio, debiendo expedir, en nombre del titular, las facturas o recibos correspondientes utilizando los formularios al efecto.

Tienen igual facultad los dependientes que vendan por mayor siempre que las ventas se hagan al contado y el pago se realice en el establecimiento en que prestan servicios.

Podrá limitarse las facultades de recibir dinero haciendo conocer tales limitaciones en lugar visible del establecimiento o mediante una adecuada información.

Precd: c. mtl. 172 -

Conc: c. com. 90- 92 -

V. la anot. al Art. anterior.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso del Art. anterior.

ARTÍCULO 92.- (Autorización para cobrar en caso de ser portador del documento). Cuando la venta sea efectuada a plazos y el precio no se pague en el local, el dependiente sólo podrá cobrar su importe si el documento en el cual se declara el recibo de la cantidad adeudada está debidamente firmado por el titular o su representante autorizado.

Conc: c. com. 90 - 91 -

El dependiente cobrador para los supuestos del Art., aunque no tenga poder de su principal, por el hecho de llevar el recibo o factura de este, actúa representándolo y tácitamente es su mandatario.

ARTÍCULO 93.- (Dependiente viajante). Es dependiente viajante el que se dedica a la promoción de ventas o a la colocación de pedidos en zonas o plazas diferentes a las del establecimiento principal.

Cualquier otra facultad debe ser otorgada en forma expresa y por escrito, y obliga a los titulares dentro de las atribuciones señaladas en los documentos respectivos.

El dependiente viajante podrá tener, sin perjuicio de lo prescrito precedentemente, la calidad de dependiente común durante los períodos en que actúa en la misma plaza del establecimiento principal, en la forma y condiciones convenidas.

Conc: c. com. 89 -

Este dependiente debe estar autorizado mediante cartas u otros documentos conferidos por el principal, que le habiliten para gestionar negocios o iniciar y concluir operaciones del tráfico a nombre del mismo y sus actos obligan al principal dentro de los límites autorizados por las comunicaciones, documentos o credenciales pertinentes.

ARTÍCULO 94.- (Recepción o despacho de mercaderías) La recepción o despacho de mercaderías que el dependiente haga por instrucciones del titular, se tendrán como hechas por éste.

Precd: c. mtl. 171

Conc: c. com. 89 -

ARTÍCULO 95.- (Normas aplicables). Se aplica al dependiente los artículos 79, 85 y 86.

Conc: c. com. 79 - 85 - 86 -

CAPÍTULO III **CORREDORES**

ARTÍCULO 96.- (Concepto). El corredor es la persona natural o jurídica establecida por cuenta propia que media entre la oferta y la demanda para obtener el acercamiento de ambas, para la concreción directa del contrato por los interesados, sin tener relación de dependencia o de representación con las partes.

Precd: c. mtl. 66 -

Conc: c. com. 5 -6, 6) - 104, 1) -

Los corredores y los comisionistas, antes considerados como auxiliares. del comercio, en la doctrina y la legislación modernas tienen carácter independiente y de auténticos comerciantes, porque no son personal de un establecimiento por falta de incorporación y conexión permanente con el, según observa con buen criterio Rodríguez.

El c. mtl. abrg. incluye entre los agentes auxiliares del comercio a los corredores y comisionistas (capítulos 1º y 20 del Título 20 del Libro 1º). El nuevo c. com. ha asimilado la nueva orientación sólo en parte: trata de las comisiones como contrato y al comisionista como elemento independiente no incluido entre los auxiliares del comercio, (arts. 1260 y s.) y mantiene al corredor en tal impropio carácter, cuando debió asignar al contrato de corretaje, tratamiento análogo al de la comisión, como hace el Cgo. italiano que trata del corretaje como contrato de mediación (Art. 1754 y s.).

Algunos autores (Obarrio, Malagarriga) no aceptan la calificación de comerciante para el corredor, porque entre otras razones -dicen- está prohibido de ejercer el comercio fundamentalmente y no está obligado a llevar libros comerciales, sino otros propios de su función. Sin embargo, si según el Art. 4, comerciante es aquel que realiza cualquiera actividad comercial, esto es, que efectúa cualquier acto de comercio y entre los actos de comercio el Art. 6, inc. 6) incluye el corretaje, la observación de Rodríguez, parece la más adecuada a la realidad.

Su origen se remonta a las culturas primitivas; los corredores facilitaban la aproximación entre comerciantes locales y extranjeros, sirviendo aún de interpretes según Garrigues. Ulpiano define a los corredores como los que intervienen en las compras y las ventas, en los contratos comerciales lícitos y están admitidos por causa de utilidad (citas de Malagarriga). En la Edad Media con el renacimiento del comercio aparecen en Italia con el nombre de mezzani (mediadores) o sensali (corredores) y de curretiers en Francia. A esa reaparición medieval se refiere Rebolledo, cuando dice que la Lonja o casa de contratación, (Bolsas comerciales de hoy; v. la anot. al Art. 752) fue la precursora de la institución del corretaje, cuyo ejercicio fue libre a un principio y recién se empezó a reglamentarlo en el siglo XIII, reglamentación que en el derecho español tiene sus primeras manifestaciones en las Ordenanzas de Barcelona de 1271, hasta que en los siglos XV y XVI el corretaje se elevó a la condición de oficio público: entre los precedentes de la legislación mercantil nacional, en las Ordenanzas de Bilbao.

En el c. mtl. abrg. su número debe ser fijado por la Administración que además le expide el título sin el cual no puede ejercer su función, con una reglamentación severa cual si se tratara de funcionarios depositarios de la fe pública, que ha quedado como letra muerta y en completo

desuso, mientras hasta la promulgación del nuevo Cgo. quienes ejercían actos de corretaje lo hacían en condición de simples comerciantes.

Corredor, dice Fernández, es la persona que realiza actos de corretaje, esto es, de mediación entre la oferta y la demanda, buscando un interesado para la operación que desea realizar el comitente. Para Vivante, es mediador el comerciante que se ocupa profesionalmente de facilitar la conclusión de negocios comerciales, o aquel que pone en relación, así sea ocasionalmente, a dos o más posibles contratantes; no necesariamente comerciantes, según Messineo, como en el caso de quien quiere comprar una casa que otro quiere vender, pero sin que el uno tenga noticia previa del otro.

De las nociones dadas sobre el corredor o mediador, deriva la oportunidad de darlas sobre el contrato de corretaje: acuerdo entre corredor y comitente, por el que aquel se obliga mediante retribución a buscar la persona o cosas necesarias para concluir el contrato proyectado por el comitente (Fernández). Es bilateral, accesorio, no formal, dirigido a la estipulación de un negocio comercial (Vivante). No es un contrato de obra o locatio operis, como pretenden algunos autores (Satanosky, Malagarriga), porque el resultado de la actividad del mediador, dice Messineo, dirigida a procurar la futura contraparte del comitente, es necesariamente aleatoria, y esto explica por que el corredor o mediador no promete, sino sólo procura (no se obliga en absoluto) el acercamiento o puesta en relación de las partes.

La actividad del corredor es diversa: en negocios de crédito, compraventa o locación de inmuebles, compraventa de antigüedades, objetos preciosos, productos agrícolas, de trabajo y similares. Cuando versa en contratos cuyo objeto es la circulación de títulos de crédito o títulos - valores, asume la figura particular del agente de cambio para los fines específicos del inc. 5) del Art. 6, que según Messineo, aunque es generalmente aceptada la equiparación de este agente con el mediador o corredor, según una interpretación más rigurosa, sería más bien una subespecie de comisionista.

En la doctrina argentina se ha discutido si es permitido ejercer el corretaje en sociedad y aunque en la práctica se lo ejerce con frecuencia en sociedad, se considera por algunos autores que la prohibición de formar sociedad (Art. 104, 4) a los corredores, correlacionada con la prohibición de ejercer el comercio (Art. 104, 1), impide ese ejercicio en forma social o de persona colectiva (Castillo, Fernández y otros). La jurisprudencia argentina estima que es válida la sociedad entre corredores para el ejercicio del corretaje.

El Art. permite el ejercicio del corretaje en sociedad, cuando dice que es corredor la persona natural (individual) o jurídica (colectiva), segunda característica que sólo es posible mediante contrato social, lo que quiere decir que la prohibición del Art. 104, 4), se limita a la prohibición de constituir sociedades para ejercer comercio, y no comprende a las de corredores para ejercer corretaje.

Su función es esencialmente independiente de las partes a las que aproxima y no está -ni puede estar- en relación de trabajo dependiente con ninguna de ellas y los actos que cumple no son en rigor contractuales sino acontractuales dice Messineo, quien a lo sumo admite, en la discusión doctrinal promovida sobre el particular, que si se quiere darle alguna significación contractual, ella no sería otra que la de un contrato preparatorio o, más propiamente, unilateralmente vinculante cuya característica es que en su primera fase vincula solamente a una de las partes y no también a la otra.

ARTÍCULO 97.- (Requisitos para su habilitación). Sólo pueden usar la denominación de corredor las personas habilitadas por el órgano administrativo competente, previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones del reglamento respectivo y estar inscrito en el Registro correspondiente.

Además de las condiciones exigidas por este Código para los comerciantes, el corredor tendrá un especial conocimiento del mercado y estará capacitado para apreciar y cerciorarse de la realidad y certeza del negocio en cuestión.

Precd: c.mtl.69-70-71-73 D.L. 28 Abril 1937, Art.6º D. 4 Abril 1940, Art.9º

Conc: c. com. 12- 19-22- 98 - 107 - Rgto. rg. com. 3, I) - 8 -

El organismo administrativo competente a que se refiere el Art., es la Dirección del Registro de Comercio, cuyas funciones y atribuciones en relación con la materia del Art. están contenidas en las disposiciones de su reglamento señaladas en la concordancia.

Cumplidos esos requisitos, cualquiera persona puede ejercer el corretaje, con excepción de quienes no pueden ser comerciantes (Art. 5) o que habiendo sido corredores fueron destituidos (Art. 98). Quiere decir que el Código sigue el sistema de corretaje libre, que rige en Francia, Inglaterra, Estados Unidos, Argentina, entre otros países, y se ha apartado del que limita su número y erige la función en oficio público (corretaje oficial) como el c. mtl. abrg. (arts. 67 y 103). El Art. 73 del c. mtl. abrg. exigía previo juramento para su ejercicio, anacronismo criticado en otras legislaciones que mantienen tal requisito que el Cgo. ha suprimido con buen criterio.

ARTÍCULO 98.- (Infracción de normas). En caso de infracción de las normas señaladas en este Capítulo y las del Reglamento, el órgano administrativo competente está facultado para imponer sanciones, desde multas hasta la cancelación de la autorización, sin perjuicio de las sanciones penales correspondientes.

Conc: c. com. 97- 103 - Rgto. rg. com. 43 -

Las sanciones reglamentarias están establecidas en el Rgto. rg. com. (Art. 43) en aplicación de las previsiones del Art. 34 del Cgo.

ARTÍCULO 99.- (Remuneración). Los corredores tienen derecho a la comisión convenida. A falta de estipulación se aplicara la comisión usual y, en su defecto, la que se fije por peritos, en tanto se ponga en vigencia el arancel correspondiente.

Salvo estipulación en contrario, los contratantes contribuirán en partes iguales al pago de la comisión del corredor.

El corredor tendrá derecho a la comisión en todos los casos en que las partes hubieran convenido el negocio.

Precd: c. mtl. 93 -

Conc: Const. 7, j) - c. com. 100 - 1271 - 1472 -

Cumplida su misión, nace para el corredor su derecho a la comisión cuando las partes celebran el contrato, desde cuya fecha se computa el término para la prescripción según la jurisprudencia argentina (cit. de Fernández) y según el ordenamiento nacional también, por aplicación analógica del Art. 1512 del c.c. relativo al cómputo de las prescripciones breves, ya que la prescripción de la comisión del corredor ha de considerarse comprendida en el inc. 1) del Art. 1510 del mismo c.c. (dos años).

Si el contrato no se realiza por culpa de alguno de los contratantes, empezada la negociación, o esta se encarga a otro mediador o se concluye directamente por el comitente, procede también el pago de la comisión, según la determinación pericial, en su caso.

Si el contrato es nulo por incapacidad de alguna de las partes o tiene un objeto ilícito (arts. 485, 549 y 554, c.c.), no hay derecho a la remuneración según Castillo, Siburú y otros (cits. de

Fernández), porque son elementos que suponen inobservancia de sus obligaciones (arts. 103, 1) y 104, 6) y cuya infracción acarreará responsabilidad. Si el corredor ha procedido dolosa o fraudulentamente (Art. 482, c.c.) pierde también derecho a reclamar su remuneración.

El importe de la comisión se libra a la convención de las partes, en su defecto se aplican los usos o la apreciación pericial en último extremo. En otras legislaciones se aplica aranceles debidamente establecidos y la comisión convencional es admitida cuando se modifica lo previsto por el arancel legal. Generalmente ambas partes pagan a medias la comisión, más, si intervienen más de un corredor, cada uno de ellos sólo tiene derecho a exigir comisión de su comitente, conforme preven otras legislaciones, v. gr. la argentina.

En la jurisprudencia argentina (cit. de Malagarriga: Prov. de Mendoza, tomo VII, p. 220), se establece que el corretaje realizado por corredor no matriculado no da derecho a remuneración alguna y apenas originaria una obligación natural. El corretaje interesa al orden público, por eso, la ley exige registro previo para actuar como corredor; no existiendo ese registro no puede hablarse de corredor ni corretaje. El c. mtl. abrg. (Art. 104 y 105) priva de remuneración al corredor intruso y sanciona a los comerciantes que de él se valen.

ARTÍCULO 100.- (Gastos en que incurra el corredor). El corredor tendrá derecho a que se le reembolsen los gastos autorizados en que haya incurrido en la gestión encomendada, aunque el negocio no se haya celebrado ni ejecutado.

Conc: c. com. 99 -

La retribución de los gastos, por lo regular, va incluida en la comisión, salvo convención en contrario. Si la operación no se realiza, se liquida lo que corresponda a ellos y el corredor tiene derecho a exigir su pago. Si la ley no lo reconociera así, permitiría un verdadero enriquecimiento sin causa (Art. 792) para las partes que utilizaron sus servicios y no lograron acuerdo.

ARTÍCULO 101.- (Negocios bajo condición o nulos). En los negocios sujetos a condición resolutoria, el corredor que haya intervenido tendrá derecho a la comisión desde la fecha del negocio. Si se ha celebrado bajo condición suspensiva, el corredor tendrá derecho a aquella al cumplirse la condición.

La nulidad del contrato no afectará tales derechos si el corredor ignoraba dichas causas de nulidad.

Conc: c.c. 494 - 497 - 500 - c. com. 786 -

Las consecuencias de las negociaciones condicionales en que intervenga el corredor, se conforman a las reglas del derecho común, aplicables a la materia por disposición del Art. 786. La pendencia de la condición suspensiva se comunica al derecho de la comisión, dice Messineo, porque la comisión es correlativa a la utilidad efectiva de la labor realizada por el corredor, y si la condición no se cumple, no hay obra realizada. En cambio, agrega, la verificación de la condición resolutoria no hace desaparecer la comisión, porque el mediador ha dado una utilidad inmediata a las partes. Las nulidades aludidas en la segunda fase del Art. no se refieren a las mencionadas en la anot. al Art. 99 (incapacidad de las partes, ilicitud, dolo), sino a las demás causales de nulidad o anulabilidad de los contratos, que no pueden ser de su conocimiento ni la ley puede obligarle a preverificarlas, como en el caso de la capacidad de los contratantes.

ARTÍCULO 102.- (Libro de Registro). Los corredores llevarán un libro denominado "Libro de Registro," en el que anotarán por orden de fechas y numeración correlativa todos y cada uno de los negocios en que intervienen, con indicación del nombre y domicilio de las partes, cuantía, precio de las mercaderías o bienes, descripción de éstos y la comisión percibida. Este libro será abierto y llevado con las mismas formalidades requeridas para los libros de contabilidad.

Precd: c. mtl. 79-80-85 -

Conc: c. com. 36- 103, 4) -Lea. 111 -

Las características especiales de la función del corredor, determinan una regulación particular en lo relativo a esta obligación, aunque se considere que el fundamento de ella sea semejante al de la que se impone a los comerciantes. La legislación abrog. exige dos libros: el maestro, que puede estimarse equivalente al Diario de los comerciantes, con iguales requisitos que para este, y el manual, del que se traslada al maestro, diariamente, los registros a la letra bajo la misma numeración y sin enmiendas.

Es indudable que se ha hecho bien al reducir esa labor a un solo registro, que llevado en las condiciones requeridas para los libros de los comerciantes, cumple funciones de medio de prueba, visto que el testimonio verbal del corredor, en su caso, no puede ser por si solo suficientemente seguro, según observa Vidari (cit. de Malagarriga).

El secreto a que esta obligado el corredor, no obsta a que pueda ser compelido a la exhibición de su registro, mediando orden judicial (Art. 103, 4).

ARTÍCULO 103.- (Deberes y obligaciones de los corredores). Son deberes y obligaciones de los corredores:

- 1) Comprobar la identidad y capacidad de los contratantes
- 2) Proponer los negocios con claridad y exactitud, absteniéndose de hacer ofertas falsas que puedan inducir a error en los interesados;
- 3) Conservar las muestras de las mercaderías vendidas que hayan servido de base a la negociación, mientras no las reciba a satisfacción el comprador.
- 4) Guardar secreto de las negociaciones que se le encarguen, salvo orden judicial, y
- 5) Dar inmediato aviso al comitente cuando no acepte su intervención en el negocio, tomando las previsiones necesarias para la devolución de los objetos, documentos o valores que hubiera recibido, bajo responsabilidad de resarcir daños y perjuicios.

Precd: c. mtl. 76- 77- 87 -

Conc: c. com. 98 - 102 - 103, 4) -

La obligación de comprobar la identidad y capacidad de los contratantes, no supone la de su solvencia (Fernández). Sobre la claridad y exactitud de las proposiciones, ejemplificativamente, puede señalarse como contrarias a ellas ofrecer un objeto comercial bajo distinta calidad que la que se le atribuye por el uso general del comercio, o dar una información falsa sobre el precio que corrientemente tenga en plaza la cosa sobre la que versa la negociación. La conservación de muestras con las precauciones debidas para probar su identidad, es obligatoria, a menos que los contratantes exoneren expresamente de ella al corredor. La violación del secreto, si no media orden judicial justificada, es punible (Art. 302, c.p.), cuando estando obligado a no divulgarlo por razón del oficio que se desempeña, se lo hace causando con ello perjuicio. La orden judicial para la revelación del secreto, no sólo importa la exhibición del libro de registro, sino la comparecencia del corredor aún como testigo, aunque teniendo en cuenta que no puede revelar lo que se le haya declarado o depositado en confianza, bajo el amparo del secreto profesional, por aplicación extensiva y analógica de lo dispuesto en el inc. 3, in fine, del Art. 123 del p.p. La responsabilidad determinada en el inc. 5), es la consecuencia lógica de una conducta negligente o culposa.

ARTÍCULO 104.- (Prohibiciones) . Al corredor le está prohibido:

- 1) Comerciar por cuenta propia y ser mandatario, factor, dependiente o agente de un comerciante;

- 2) Hacerse cargo de cobranzas y pagos por cuenta ajena o cumplir o exigir el cumplimiento de obligaciones a cargo de los contratantes;
- 3) Garantizar los contratos en los cuales intervenga; ser girador, aceptante, endosante o beneficiario de los títulos - valores negociados por su conducto y, en general, contraer obligación extraña a su función;
- 4) Formar sociedad, salvo la de ser titular de acciones de sociedades, sin poder ser director o administrador de ellas;
- 5) Comprar para sí las mercaderías, bienes o valores que se negocien por su conducto;
- 6) Incurrir en las demás prohibiciones impuestas por Ley o el reglamento respectivo.

La violación de estas prohibiciones se sancionará con la cancelación de la autorización respectiva.

Precd: c. mtl. 96-97-98-99- 100-

Conc: c. com. 19 - 96 - 117 -

La prohibición de ejercer el comercio, se remonta entre las regulaciones conocidas en la materia, hasta la ordenanza de Barcelona de 1271: quel corredor no sia mercader (cit. de Malagarriga). No es general en las legislaciones esta prohibición. El derogado c. com. italiano no contenía la prohibición, como no la contiene el c.c. vigente, y en Francia desde 1866, un corredor puede dedicarse a cualquier clase de actos de comercio, según Lyon - Caen (cit. de Malagarriga).

La prohibición de garantizar se explica porque el corredor es un mero intermediario y la mediación es la esencia del contrato de corretaje. Respecto de la prohibición de formar sociedades, véase la anot. al Art. 96 (penúltimo acápite).

Todas las prohibiciones, en resumen, tienden a asegurar la competencia, imparcialidad y honorabilidad de los corredores.

ARTÍCULO 105.- (Corredor de seguros). El corredor de seguros se encarga, de manera habitual, de ofrecer seguros, promover la celebración de tales contratos y gestionar su renovación. Se distingue del agente de seguros en que éste último se halla sujeto a una relación de dependencia con el asegurador, conforme a reglamentación especial.

Conc: c. com. 979-Lea. 106- 165, ñ) -

El corretaje de seguros es una subespecie del corretaje en general. El mediador de seguros es personal auxiliar de comercio, no incorporado, en el sentido de que trabaja sin ninguna relación de dependencia, que interviene para el ajuste de seguro de toda clase de riesgos y se rige por las disposiciones de este capítulo y las del reglamento especializado (Lea. Art. 106).

La reglamentación especial a que se refiere el Art. es la Ley de Entidades Aseguradoras, cuyo capítulo II del Título II, regula el corretaje de seguros y reaseguros, y atribuye su ejercicio a empresas autorizadas.

No se sabe exactamente lo que quiere significar el Art. 106 del ordenamiento especial citado, cuando reiteradamente cuida designar todas las actividades del corretaje de seguros y reaseguros, sólo a empresas. Por oposición a la definición que da del agente de seguros, el cual según el Art. 100 (Lea) es la persona individual autorizada que se dedica a colocar seguros, etc., cabe inferir que con la expresión empresa se quiere significar organización social o persona colectiva, inferencia que, en realidad, sería tan equivocada como es equivocada la sinonimia entre empresa y persona colectiva, si esa es la significación del término empleado en el ordenamiento especial que se comenta. En efecto, la empresa puede ser individual o social (Rodríguez). En consecuencia, ha de entenderse que el corretaje de seguros, es una actividad que puede ejercitarse por una persona individual como por una sociedad, tal cual el corretaje en general.

El órgano administrativo especializado, a cuyo control y fiscalización esta sometido el corredor de seguros, (Art. 106, infra), es la Superintendencia Nacional de Seguros y Reaseguros, a la que compete autorizar y controlar las actividades de los intermediarios y auxiliares (entre los cuales están los corredores) de las entidades aseguradoras por los medios que estime convenientes, además de llevar el registro de los mismos (Lea. Art. 165, inc. ñ).

Independientemente de la inscripción en el Registro de comercio (Rgto. rg. com. Art. 3, 1), a que están obligados estos corredores, debe también inscribirse en el registro especial a cargo de la Superintendencia del ramo (Lea. Art. 174). Además, están obligados a registrar sus operaciones y ajustar su contabilidad conforme a normas que señalen los reglamentos de la Superintendencia del ramo, llevando sus libros con los mismos requisitos que los exigidos para los de los comerciantes (Art. 111, Lea.).

El Art. 108 (infra), es superfluo. Además estos 4 arts. (105 a 108) pudieron haberse reducido a uno, ya que la actividad como especial que es, esta reglada en ordenamiento particular, lo que hace excesivamente farragosa tanta reiteración inútil en el Código.

JURISPRUDENCIA

"La Ley de 3 de Dic; de 1927, dispone que, para la aplicación de las leyes sociales, se consideran empleados, entre otros, a los vendedores y a los agentes viajeros de comercio categoría dentro de la que, es lógico deducir, deben hallarse también los llamados agentes productores de seguros, por mucho que no presten servicios en oficina, ni se hallen sometidos a horarios especiales" (G.J. N° 1599, p. 220).

ARTÍCULO 106.- (Sujeción al control del órgano respectivo). Los corredores de seguros están sometidos al control y fiscalización del respectivo órgano administrativo especializado y deben cumplir con los requisitos y condiciones señalados en este Código en todo lo que sea compatible, y en el reglamento respectivo.

Conc: c. com. 107- Lea. 110- 163 y s. -

ARTÍCULO 107.- (Inscripción y certificado) . Los corredores de seguros deben inscribirse en el órgano administrativo especializado, el cual les proporcionará un certificado que los acredite como tales, previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones señalados en el reglamento respectivo.

Conc: c. com. 97-106-108-Lea. 174-

ARTÍCULO 108.- (Uso de la denominación de corredor). Sólo podrá usar la denominación de corredor de seguros la persona que haya cumplido con el requisito de inscripción y tenga vigente el certificado expedido por dicho organismo.

Conc: c. com. 107- Lea. 165, q) -

ARTÍCULO 109.- (Quiebra fraudulenta). La quiebra del corredor se considera como fraudulenta mientras no se pruebe lo contrario.

Precd: c. mtl. 101 -

Conc: c. com. 1657 - 1658 -

Este Art. es relativo a todos los corredores. Su formulación ha atenuado en buena medida la draconiana disposición de su precedente, que sobre la quiebra del corredor dice que se la tendrá siempre por fraudulenta. El Art. establece solamente una presunción y de las relativas (Art. 1318, III, c.c.) porque admite prueba en contrario.

La disposición del Art. se explica, porque la actividad del corretaje esta sujeta a la ley mercantil (arts. 1 y 6, 6) porque importa un acto comercial y el corredor esta sometido a ella aunque haya intervenido en una operación de naturaleza civil, como sería, v. gr. la compraventa de un inmueble.

CAPÍTULO IV MARTILLEROS O REMATADORES

ARTÍCULO 110.- (Concepto). Martillero o rematador es la persona natural o jurídica que se dedica habitualmente a vender en subasta pública, al mejor postor, bienes de toda especie que con tal objeto le son encomendados.

Precd: L. 9 Enero de 1918 -

Conc: p.c. 525-530-543-549-c.com.113-114-120-760-1515-

La primera idea que se evoca con la lectura del Art. es la de remate o subasta, figura jurídica mencionada y regulada en diversos institutos del ordenamiento general, v. gr. en los arts. 170, II) y 1243 del c.c. (venta de cosa común indivisible y de bienes hereditarios), en los arts. 523, 525, 533, 534, entre otros del p.c. (subasta y remate de muebles, inmuebles y bases de la subasta), o en el Art. 470 in fine del c.f. (subasta de bienes de menores), etc. De ello deriva la necesidad de precisar su concepto, para luego tratar del subastador.

El remate o la subasta consiste en la adjudicación de bienes realizada en público al mejor postor. Se dice adjudicación y no venta, que es su objeto ordinariamente, porque además de los de propiedad, puede rematarse otros derechos, según advierte Malagarriga, señalando el ejemplo de los remates de arrendamientos, que una crisis de la locación de fincas urbanas en 1921 determinó su aplicación al caso. En el ordenamiento nacional puede citarse otro ejemplo: la antigua práctica de licitar rentas nacionales, departamentales o municipales por medio de las Juntas de Almonedas, en la que no se habla de venta sino de adjudicación (v. gr. L. de 27 de Oct. de 1889 y D. 2 de Marzo de 1905).

Se habla de bienes y no de cosas en el sentido de objetos corporales, porque hay bienes que no siempre son cosas en ese sentido. Además se respeta la terminología del Código, bien usada en este respecto (v. la anot. al Art. 11, sobre este punto).

Los romanos para indicar una venta pública al mejor postor, colocaban sobre el objeto a rematarse una lanza o asta para significar seguramente, dice Malagarriga, que el acto estaba protegido por la fuerza pública, de lo que proviene la expresión subasta, esto es, bajo el asta, que se emplea comúnmente como sinónimo de remate. En algunos países (la Argentina, v. gr.) se sujeta al asta un paño rojo con la inscripción remate, (bandera de remate), para exponerlo públicamente en el local o lugar de la subasta, práctica que sólo responde a la costumbre ya que ninguna ley obliga su empleo.

El remate es judicial, cuando una orden de juez competente dispone su realización en algún proceso sometido a su conocimiento y decisión. No tiene ese carácter en los supuestos del Art. 113. En el judicial se aplican las reglas procesales pertinentes, en el no-judicial se aplican las reglas de este capítulo, salvadas las convenciones particulares permitidas por ley.

Cuando el remate es judicial, el martillero no actúa como mandatario de ninguno de los litigantes, ni de ambos conjuntamente, dice Fernández, sino como un funcionario público auxiliar del juez, o mejor dicho integrante del órgano de ejecución y todas las contingencias del remate (falta de postores anulación del remate, suspensión del martillero o designación de otro), se rigen por las normas procesales que regulan las subastas judiciales. Cuando es particular o extrajudicial, habrá que atenerse a lo convenido entre el comitente y el subastador y en su defecto a las reglas de este capítulo y a las del mandato (Art. 123).

Rematador o martillero, es, entonces, la persona (individual o colectiva) que se ocupa habitualmente de rematar o subastar en público, la adjudicación al mejor postor de determinados bienes, que al efecto le son encomendados.

El Código emplea indistintamente las denominaciones martillero o rematador, expresión esta última que es un americanismo no reconocido aún por la Real Academia (por lo menos hasta la 19- edición de su Diccionario), siendo más propia la sinonimia con subastador.

La L. de 9 de Enero de 1918, que quedó sin la reglamentación que dispone su Art. 15 y prácticamente en desuso, establece las Casas de Martillo, con la misma finalidad que la del capítulo en estudio, por lo que se la consigna entre los precedentes de las disposiciones de este, y en su bien cuidada formulación sólo se refiere al subastador como martillero, excepto una vez cuando emplea en el Art. 11 el solecismo rematador.

En Colombia y Venezuela se los llama venduteros, en el Ecuador martilladores (cits. de Malagarriga) y en Uruguay, Perú, la Argentina y otros países latinoamericanos martilleros.

Las expresiones casas de martillo y martillero, derivan indudablemente del martillo que usa el subastador y del golpe con el que anuncia la adjudicación al rematante que ha vencido en la puja.

Algunas legislaciones tratan la ocupación del martillero como profesión, en algunos casos libre pero reglamentada, en otros como función pública. El sistema del Código, parece el más indicado cuando regula esta actividad como una ocupación habitual.

ARTÍCULO 111.- (Inscripción). Para ejercer legalmente las actividades de rematador es obligatoria su inscripción en el Registro de Comercio.

Conc: c. com. 29- Rgto. rg. com. 3, l) -

ARTÍCULO 112.- (Local y autorización de funcionamiento). El rematador, para ejercer su actividad, debe tener local adecuado abierto al público para venta en remate y obtener autorización de la Municipalidad respectiva.

Precd: L. 9 Enero 1918, Art. 1° -

Conc: c. com. 121 -L. org. mpl. 2 Dic. 1942, Art. 9, 25) -

Aparte la inscripción en el Registro de comercio, la obtención de la autorización municipal correspondiente y la fianza que debe otorgar para obtener esa autorización (Art. 121), la ley no indica otros requisitos para desempeñar la función de martillero. El c. com. argentino (Art. 113), por ejemplo, determina que para ser martillero se requieren las mismas calidades y circunstancias que para ejercer el corretaje. Y así debió disponer el Código en este aspecto, como lo hace respecto de las prohibiciones señaladas para el corredor, que las hace aplicables al martillero (Art. 117), tal cual lo hace el c. com. argentino en su caso.

En la doctrina argentina se discute si el martillero es o no comerciante. Malagarriga estima que por las mismas razones dadas para negar esa calidad al corredor, el martillero no puede ser considerado comerciante ni puede ejercerlo porque su matrícula particulariza su actuación y debe llevar libros diferentes a los del comerciante.

La comercialidad de la subasta, sin embargo, es cosa diversa, como acto de comercio que es según el Art. 6, inc. 6, en su carácter de operación realizada por el martillero, que es uno de los auxiliares de comercio.

ARTÍCULO 113.- (Constancia del derecho). Las personas que entreguen bienes al rematador para subastarlos, deben acreditar el derecho de disposición de los mismos. Sin este justificativo el rematador no puede recibirlos ni venderlos.

Precd: L. 9 Enero 1918, Art. 2º -

Conc: c. com. 110-

La exigencia de la constancia del derecho de disponer del bien a rematarse, que debe exigirse al comitente, se refiere a los remates particulares, no a los judiciales, constancia que esta acreditada ya en el proceso. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta para los muebles no sujetos a registro, el principio del Art. 100 del c.c.: la posesión en materia de muebles corporales vale por título. Esta exigencia no esta contenida en otras legislaciones. Ha sido tomada sin duda de su precedente legislativo.

ARTÍCULO 114.- (Acto de remate). Iniciado el acto de remate en el día y hora señalados, y previos los anuncios efectuados con la anticipación debida, el rematador anunciara el estado y característica de los bienes objeto del remate y de viva voz y en forma inteligible, invitará al público a hacer posturas.

Establecida o no una base mínima, bastará que se produzca una postura para que el remate no pueda suspenderse.

Las adjudicaciones definitivas se harán mediante un golpe de martillo en favor del mejor postor.

Precd: L. 9 Enero. 1918, arts. 30 y 40

Conc: c. com. 110- 118 -

El Art. regula lo que puede calificarse como mecanismo del remate (Fernández), e importa varios aspectos.

La publicidad que debe hacerse con la anticipación debida; para los remates judiciales es requisito esencial y se hace según determina la respectiva ley procesal; para los extrajudiciales, según se estipule entre el martillero y el comitente. Su objeto es individualizar los bienes a subastarse, señalar sus calidades, pesos, medidas, etc. El Art. 3 de la L. citada como precedente legislativo, exige inclusive una exposición de los bienes en subasta por lo menos durante las 24 horas previas al acto del remate. También debe señalarse el local, día, y hora del remate.

La continuidad. Instalado el acto y hecha la postura, aquel debe continuar hasta su conclusión, según la segunda fracción del Art. Si el remate es sin base, la oferta primera, por mínima que sea, impone la continuidad hasta la adjudicación e impide la suspensión. A contrario, si fijada la base o un mínimun para las posturas, no hubieran licitadores por ese mínimun siquiera, - el subastador puede suspender el acto. Falta esta disposición en el Código (que la tienen otras legislaciones, v. gr. la argentina, c. com. Art. 117), y que ha de considerarse operante por aplicación de las reglas generales de derecho.

La licitación, que, abierto el acto, ha de empezar con la explicación que debe hacer el subastador del estado y características del bien en remate (que no es parte de la publicidad previa, porque no es posible tratándose de lotes numerosos: muebles, mercaderías, libros, objetos de arte, etc.), consiste en la puja o postura que hacen los licitadores en aceptación de la oferta del subastador, hasta que la adjudicación produce la efectividad de un contrato bajo la condición resolutoria de una puja mayor, según correcta definición de Siburu (cit. de Malagarriga). Tanto la oferta como los incitamientos del subastador cuanto las posturas de los licitadores deben hacerse en voz clara e inteligible, sin que pueda admitirse las posturas por signo (Art. 118).

La base, en los remates judiciales se indica y regula según las reglas procesales, en las actuaciones pertinentes. En los extrajudiciales, pueden tener o no base según disponga el comitente.

Cuando hay base, es indispensable que la primera postura sea por una suma igual o mayor, porque lo contrario importaría falta de postores.

La adjudicación, es la culminación del acto que se manifiesta con el golpe de martillo en favor del licitador que ha ofrecido la mayor postura, sin que haya sido superada por otro después de las tres incitativas previas que debe hacer el subastador.

ARTÍCULO 115.- (Adjudicación al contado). Todo remate efectuado por medio de rematador será al contado y este extenderá el comprobante respectivo en favor del adjudicatario.

No obstante lo anterior, el adjudicatario que no pudiera pagar inmediatamente, depositará en el acto por lo menos el diez por ciento del valor del bien rematado y tendrá un plazo de tres días a partir del remate para pagar, sin necesidad de requerimiento alguno, el saldo adeudado.

Vencido dicho plazo sin que se hubiera pagado el saldo adeudado, la adjudicación quedará sin efecto y se perderá el depósito efectuado, que se consolidará, en partes iguales, en favor del dueño del bien y el rematador.

Precd: L. 9 Enero 1918, arts. 5 y 6 -

Conc: p.c. 527-528-530- c. com. 119 -

Considerado el remate, particularmente el extrajudicial, como medio expedito de liquidación, la ley no permite el remate al fiado y previene que debe ser al contado. En este punto se siguen dos sistemas: el del Código, en Venezuela, El Salvador, Ecuador, y el que permite pagos a plazos mediando autorización escrita del comitente (Argentina, Brasil, Uruguay, Colombia, Perú, cits. de Malagarriga), de particular aplicación en los remates extrajudiciales de viviendas en propiedad horizontal (departamentos) que se posibilitan con la oferta de facilidades para su pago. Nótese, sin embargo, que el Art. en estudio, como las disposiciones de su sistema similar, no prohíbe una convención contraria entre el comitente y el subastador.

ARTÍCULO 116.- (Libros). El rematador llevará obligatoriamente los siguientes libros:

- 1) "De consignaciones", donde se anotará por orden de fechas los bienes, mercaderías o especies que reciba, con indicación de la cantidad, peso o medida y otras características, así como el nombre y domicilio de la persona por cuya cuenta deba rematarse y el precio estimativo;
- 2) "De ventas", en el cual se registrarán, específicamente, los bienes, mercaderías o especies vendidas, indicándose que se hace por cuenta y orden del comitente, el nombre del comprador, su domicilio y el precio, y
- 3) "De cuentas corrientes", entre el rematador y cada uno de los comitentes.

Los tres libros mencionados tendrán el mismo valor probatorio que los libros de contabilidad, si son llevados con los requisitos y formalidades de Ley.

Precd: L. 9 Enero 1918, Art. 8 -

Conc: c. com. 62 - 63 -

El precedente legislativo anotado, como la generalidad de las legislaciones que regulan la materia, habla de libros de entradas, de salidas y de cuentas corrientes, con la misma función y finalidad que los establecidos en este Art. La obligación responde a la consideración de lo delicado de las funciones del martillero, cuyo desempeño, anotado en la forma exigida por el

Art., permite constancias evidentemente claras y se presta menos a la comisión, dice Malagarriga, de fraudes y colusiones.

Los martilleros, como los corredores, están obligados a conservar los libros que el Art. declara obligatorios, así como la correspondencia, dada su función probatoria (Art. 62) por el mismo tiempo señalado para los comerciantes por el Art. 52, porque, dice Fernández, eadem est ratio. Sobre su eficacia probatoria, se aplica al caso, en lo que corresponde, lo dicho en la anot. al Art. 63).

La ultima parte del Art. hace depender la eficacia probatoria de los libros, de que estos sean llevados con los requisitos y formalidades de ley, disposición incoherente con la obligatoriedad de llevarlos dispuesta en la primera fase del mismo. La obligatoriedad presupone que sean llevados con los requisitos y formalidades de ley. Con mejor formulación y sentido de consecuencia lógica de lo que dispone, el Art. 8, in fine, de su precedente legislativo determina que, estos tres libros tendrán el valor que el c. mtl. atribuye a los de los comerciantes y estarán sujetos a sus disposiciones, vale decir a sus requisitos y formalidades.

ARTÍCULO 117.- (Prohibiciones). Al rematador se aplicaran todas las prohibiciones señaladas para el corredor.

Conc: c. com. 104 -

Se aplica al caso el Art. 104, cuya anotación es pertinente a este.

ARTÍCULO 118.- (Sanciones). El rematador que adjudicara el bien objeto del remate a alguna persona que no expresó su postura de viva voz y en forma inteligible, será multado con una suma igual al valor del bien rematado. Esta sanción se impondrá por la autoridad municipal, sin perjuicio de las previstas en el Código Penal.

Conc: c.p. 235 - c. com. 114 -

El c.p. no previene ninguna sanción para el supuesto específico del Art., salvo que se pretendiera la aplicación extensiva del Art. 235, lo que no corresponde en materia penal, en la que no rigen las interpretaciones analógicas o extensivas, por imperio del principio nulla poena sine lege. Otra cosa es si la adjudicación hecha en la forma prohibida por este Art. fuera resultado de fraude o colusión con el adjudicatario, caso en el cual se aplica la ley punitiva según las circunstancias del hecho. Por lo demás la sanción encargada a la Municipalidad, que es la que autoriza el

funcionamiento de la Casa de Martillo, esta únicamente referida al hecho preciso que determina el Art.

ARTÍCULO 119.- (Rendición de cuentas). Dentro de los tres días de verificado el remate, el rematador rendirá cuentas y, dentro de los cinco días siguientes del remate, pagara al comitente el saldo líquido de la subasta.

El rematador moroso en la rendición de cuentas y en el pago del saldo líquido de la subasta podrá ser demandado ejecutivamente, perdiendo en este caso su derecho a la comisión, sin perjuicio de seguirse las acciones correspondientes por los perjuicios ocasionados.

Precd: L. 9 Enero 1918, Art. 7° -

Conc: p.c. 543 - 687 - c. com. 115 - 120 - 1240, i.f. -

Rige la misma regla que la señalada en la anot. al Art. 83, (primer acápite). El computo y efectos de los plazos, se rigen por las disposiciones de los arts. 139 y s. del p.c., por aplicación de los arts. 3 y 786 del Cgo.

La segunda fracción autoriza la acción ejecutiva contra el martillero moroso para el pago del producto del remate. El Art. 487, inc. 3 del p.c. requiere título ejecutivo para dicha acción. En el caso puede obtenerse ese título ejecutivo, con el recibo otorgado por el martillero, debidamente reconocido (Art. 487, 2, p.c.), o con la resolución judicial respectiva dada en procedimiento de rendición de cuentas previo (arts. 692, p.c.). Puede también pedirse la exhibición de los libros, para fundar en ellos la acción, siempre previo reconocimiento de los asientos pertinentes. La pérdida de la comisión, se declara en la sentencia ejecutiva. Los perjuicios que pueda alegar el titular de los bienes rematados, se reclaman en la acción resarcitoria correspondiente de acuerdo con lo previsto en el Art. 984 del c.c.

ARTÍCULO 120.- (Comisión). A falta de arancel que regule adecuadamente la comisión del rematador, ésta no excederá del diez por ciento del valor de la venta e incluirá gastos de publicidad, almacenaje y otros similares, salvo que tales gastos sean de cuenta del comitente por la naturaleza del bien a venderse o por el tiempo que exceda al normal para realizar la subasta y entregar los bienes al adquirente.

Precd: L. 9 Enero 1918, Art. 9° - 10

Conc: p.c. 549 - c. com. 110 - 119 -

A falta de arancel rige el convenio de partes, que debe ser escrito a los fines del Art. 1328, 1) del c.c., cuando el valor de los bienes entregados para remate exceda en su valor, el límite previsto en aquel.

Si bien las previsiones del Art. 549 del p.c. están reguladas con relación al remate judicial, ellas son aplicables a la extrajudicial, en lo pertinente, cuando se suscite controversia respecto de la suspensión o anulación del remate, según concurra o no culpabilidad del martillero.

El Art. no precisa quien ha de pagar los gastos. El Art. 10 del precedente legislativo, se refiere al vendedor comitente. Se presume que ha de ser el comitente. Otras legislaciones hacen una indicación expresa, v. gr. la colombiana (cit. de Malagarriga), que atribuye la obligación al vendedor y al comprador, a medias; en otros países (la Argentina, v. gr.) la costumbre encarga todo el pago al comprador, lo cual ha de hacerse constar en los avisos de publicidad previa, para evitar ulteriores controversias, de manera que el licitador está advertido de que los gastos corren por su cuenta.

El Art. 844 del Cgo. al regular la compraventa mercantil, se refiere a los gastos de entrega de los bienes a cargo del vendedor y a los de recepción a cargo del comprador y el 866, refiere al c.c. la solución de lo que no está regulado en la materia por el c. com. Por virtud de esta última disposición, puede considerarse que la obligación corresponde al licitador (comprador) según el Art. 589 del c.c. Ha de admitirse, sin embargo, conforme a la costumbre mercantil comparada, que lo propio, para prevenir toda controversia, es que de acuerdo al convenio entre comitente y martillero, se especifique en los avisos de publicidad previos, lo relativo a este punto, una vez que el Art. no es claro sobre el particular.

ARTÍCULO 121.- (Fianza). Los rematadores antes de iniciar sus actividades, deben otorgar una fianza a la orden de la respectiva Municipalidad por el monto que esta determine en sus Ordenanzas. La fianza servirá para cubrir las responsabilidades a que hubiere lugar.

Precd: L. 9 Enero 1918, Art. 12 -

Conc: c. com. 112 -

Disposición tomada de su precedente legislativo, que no tiene equivalente conocido en la legislación comparada. El monto que se fija en el precedente, por exigua frente a las operaciones que puede realizar un martillero, no parece adecuada a sus fines cautelares y si, según el régimen actual, las municipalidades exigen sumas elevadas puede ocurrir que la actividad quede en desuso. Más que fianza (que es una garantía personal), quizá habría que exigir una caución

hipotecaria cuya importancia puede hacer practicable su finalidad y puede ser más fácilmente constituida por el interesado en ejercer la función.

ARTÍCULO 122.- (Rematadores considerados consignatarios). Cuando no se hallen presentes los dueños de los bienes a rematarse, los rematadores se reputarán consignatarios y, como tales, están sujetos a las disposiciones del Capítulo "Comisiones y Consignaciones".

Conc: c. com. 1260 - 1290 -

El martillero actúa como mandatario o como comisionista o consignatario, según que invoque o no mandato y representación del dueño de los bienes, mencionando su nombre lo que, dice Fernández, resulta por lo regular de los respectivos avisos. Pero, con prescindencia de la calidad que invoque el martillero, la ley lo reputa comisionista o consignatario y lo sujeta a las disposiciones pertinentes, cuando el dueño de los bienes no está presente en el acto del remate.

La importancia práctica de la distinción, según se repute la actuación del martillero en uno u otro carácter, radica en que hace varias las obligaciones y responsabilidades de este frente al comprador. Si actúa como mandatario, la relación que emana de su actuación, existe entre el dueño de la cosa vendida y el licitador (Art. 821, c.c. aplicable al caso según el Art. 123 del Cgo.). Si se comporta como comisionista, tal relación se da sólo entre el martillero y el comprador (Art. 1260).

Es una disposición esta, dice Fernández, que constituye una garantía para los compradores.

ARTÍCULO 123.- (Aplicación suplementaria de disposiciones) . En los casos no previstos en este Capítulo se aplicarán supletoriamente las disposiciones del mandato en todo lo que sea compatible.

Conc: c. com. 1237 y s.-c.c. 804 y s.-

ARTÍCULO 124.- (Quiebra fraudulenta). La quiebra: del rematador se considera fraudulenta mientras no se pruebe lo contrario.

Conc: c. com. 1657 -

V. la anot. al Art. 109, segundo acápite.

TÍTULO III

DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES

CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 125.- (Concepto). Por el contrato de sociedad comercial dos o más personas se obligan a efectuar aportes para aplicarlos al logro del fin común y repartirse entre sí los beneficios o soportar las pérdidas.

Conc: c.c. 52, 3) -750-751 -c. com. 126-424-

La extraordinaria importancia que la actividad económica tiene en los tiempos modernos, da singular relieve a las sociedades de fines materiales, es decir, de aquellas cuyo objeto, es obtener ventajas económicas, que son las comprendidas en la noción que da este Art. sobre el contrato de sociedad.

La evidente tendencia a la substitución del empresario o comerciante individual por el empresario colectivo o social, se explica, dice Rodríguez, por la concentración industrial y comercial que caracteriza la época actual y por la progresiva inclinación hacia formas de organización de responsabilidad limitada, concepto que Vivante ya anticipó en su Tratado al afirmar que la sociedad comercial avanza con rápido e intenso movimiento a ocupar el puesto del empresario individual.

La sociedad, es una especie del genero asociación, entendida esta, en general, como toda reunión permanente de personas individuales con vista a un objetivo común. El c.c. se ocupa de la asociación (arts. 52, 2) y 58 a 66), aunque sin dar una noción jurídica de ella, según la cual puede decirse que consiste en la reunión de varias personas sin un fin lucrativo, v. gr. científico, artístico, benéfico, etc.

En cambio, el propósito de lucro es la esencia de la sociedad. Así lo establecen expresamente el c.c. (Art. 750) y este Art. del c. com., aunque con leve diferencia en la forma, pero con evidente coincidencia en el fondo.

El concepto legal que contienen dichas disposiciones, refleja la noción tradicional que conceptúa la sociedad como un contrato. Las nuevas orientaciones doctrinales, ya mencionadas en otro lugar, contradicen esa noción tradicional, al observar que el contrato supone declaraciones de voluntad con objeto y fin diferente en cada contratante, que implican esencialmente oposición

de intereses, como los del vendedor y del comprador en la compraventa, v. gr., mientras que en otras clases de acuerdo de voluntades, en que hay una suma de declaraciones de voluntad concordantes, no hay propiamente una convención ni un contrato, sino un acto colectivo, tipo al que corresponde la sociedad (Jellinek, Hauriou, Duguit, Fernández de Velasco, Castan Tobeñas, cits. de Scaevola). Messineo, por su parte, señala que una interpretación combinada de las regulaciones relativas a los contratos (v. gr. los arts. 575 y 580 del c.c., que se ocupan de los contratos plurilaterales dirigidos a la consecución de un fin común), deja inferir que el de sociedad puede considerarse como un contrato plurilateral, lo que no corresponde, dice, porque es más propio conceptuar la sociedad como acto colectivo, porque las reglas de los llamados contratos plurilaterales que siempre exigen unanimidad, no concuerdan en todo caso con las de la sociedad en la que, como en todo acto colectivo, frecuentemente se prescinde de la unanimidad y se conforma con la voluntad mayoritaria.

Si el concepto que señala el Art., se toma como definición de la sociedad comercial, ella está dada por razón de su fin, con el carácter de la *societas quaestuarium* del derecho romano, dirigida a obtener lucro, a diferencia de la *societas non quaestuarium* o *simplex* que perseguía cualquiera otra ventaja de diferente orden. Esa finalidad distintiva también está subrayada en el concepto que de la sociedad se encuentra en el antiguo derecho español, precedente indudable de la legislación patria: *compañía fazen los mercaderos, e los otros omes entre si, para poder ganar algo, más de ligero, ayuntando su aver en vno, según dice el proemio del título X de la partida V* (cit de Scaevola).

Además de la común obligación de realizar aportes y del propósito de repartirse las ganancias o las pérdidas, según las circunstancias, se ha señalado como otro elemento y el más característico para que haya sociedad, la *affectio societatis*, entendida como la voluntad de colaboración activa, consciente e igualitaria de todos los participantes en el acto colectivo concluido para la consecución del fin común. Los sostenedores de la teoría creen encontrar su fundamento en Ulpiano, quien para explicar la adecuada solución de problemas prácticos de la sociedad, precisaba que debía indagarse si las partes habían tenido o no intención de constituir sociedad, que designó con las locuciones *affectio societatis*, *animus contrahendae societatis* y *societatis contrahendae causa*. (Digesto, Lib. 17, tít. 2, leyes 31, 44, 52, cit. de Scaevola).

Los contradictores de la teoría, niegan que los juristas romanos hayan considerado ese elemento, que no es esencial, como requisito de la sociedad (Garo, cit. de Malagarriga). Otros observan que definir la *affectio societatis* como la intención de perseguir como socios los fines propios del contrato de sociedad, constituyéndola como elemento esencial de este, presenta un

contenido por demás equivoco y se incurre en una vana tautología (Castan Tobeñas, en Scaevola). Sus sostenedores, insisten en que no debe abandonarse la tradicional exigencia de la *affectio societatis*, como elemento esencial del contrato de sociedad, aunque reduciendo su concepto a la necesidad de la existencia de un vínculo de colaboración, por mínima que sea, y de un reconocimiento recíproco de derecho que en substancia serán iguales, aunque diverjan en la magnitud (Malagarriga), todo lo cual, para sus contradictores, no es más que la representación subjetiva de los elementos objetivos y económicos que constituyen la finalidad y esencia del contrato de sociedad, de lo cual deriva la conclusión de que antes que buscar la intención verdadera, que puede estar disimulada, oculta o mal reflejada por las declaraciones de los contratantes, con frecuencia será más fácil y práctico deducir la naturaleza del contrato del simple examen de sus características externas (Scaevola).

Messineo, no considera la *affectio societatis* elemento por si mismo por su índole demasiado genérica, y como tal superflua, para poder ser elemento característico de la sociedad.

En el derecho comparado, puede observarse en general que las sociedades comerciales, principalmente las anónimas, tienen rasgos y normas fundamentalmente internacionalizados o en camino de internacionalización, por las necesidades del comercio. que impone a las legislaciones una evolución convergente. Por eso, dice Scaevola, si la esfera del derecho de obligaciones es, entre las del derecho privado, la que ofrece mayores posibilidades de unificación internacional del derecho, ha de convenirse que, dentro de ella, la rama de sociedades, es aquella en que es más útil y deseable y, al mismo tiempo, más fácil y más factible, no obstante la acentuación de las medidas de defensa locales contra las sociedades extranjeras (supranacionales) .

JURISPRUDENCIA

"Según el Art. 192 del Cgo. de min. las sociedades mineras se rigen por las prescripciones del Cgo. Mtl. Por consiguiente toda sociedad minera, a excepción de la accidental, debe celebrarse por escritura pública, que contenga entre otros requisitos, quienes han de administrarla y usar de la firma social" (G.J. N° 755, p. 37).

ARTÍCULO 126.- (Tipicidad). Las sociedades comerciales, cualquiera sea su objeto, solo podrán constituirse en alguno de los siguientes tipos:

- 1) Sociedad colectiva;
- 2) Sociedad en comandita simple;

- 3) Sociedad de responsabilidad limitada;
- 4) Sociedad anónima;
- 5) Sociedad en comandita por acciones, y
- 6) Asociación accidental o de cuentas en participación.

Las sociedades cooperativas se rigen por Ley especial. Subsidiariamente, se aplicarán a ellas las prescripciones de las sociedades de responsabilidad limitada, en cuanto no sean contrarias; pero, si tuvieran como finalidad cualquier actividad comercial ajena a su objeto, quedan sujetas, en lo pertinente, a las disposiciones de este Código.

Precd: c. mtl. 225-D. 8 Marzo 1860-L. 12 Marzo 1941-

Conc: c.c. 751-752-753- c.com. 125-137-144-145-173-184-195-217-356- 398-418-

La primera cuestión que se presenta en este punto, es la relativa a la diferenciación de la sociedad en civil y comercial, que aquí ha de tratarse con algún detenimiento, para ampliar y complementar lo dicho en otro lugar.

La distinción no proviene del derecho romano, que no experimentó la necesidad de un derecho especial y excepcional para el comercio. Es el desenvolvimiento del tráfico comercial en la Edad Media, después de la constitución de la clase de los comerciantes, que creó un derecho y un procedimiento propios, que da origen a la distinción, que empieza por ser económica según las varias formas de sociedades comerciales que empezaron a manifestarse, y deviene luego jurídica por la necesidad de ciertas normas particulares para regirlas (Castan, en Scaevola).

Se ha buscado explicar la distinción, fundándola en varios criterios:

- a) El profesional; inaceptable porque la condición de las partes no puede determinar el carácter civil o comercial de una sociedad.
- b) El de la intención de las partes; también rechazado porque la naturaleza civil o comercial de los actos jurídicos no puede abandonarse al arbitrio de los contratantes.
- c) El formal, que atiende solamente a la forma que reviste la sociedad y que considera comerciales a las que adoptan alguna de las estructuras o tipos regulados por la ley comercial y que ofrece la ventaja de su fijeza.

Es la única distinción que puede hacerse: la de carácter exclusivamente formal dice Rodríguez (a tenor del derecho mexicano), considerando mercantiles a las sociedades constituidas con arreglo a una de las formas indicadas en el c. com. y civiles a las que no adopten una de esas formas. Es, puede decirse, el criterio que sigue en parte (v. punto d infra) el ordenamiento nacional (arts. 52, 3), 751 y 752, c.c.).

d) El objetivo, referido al tipo de actos (mercantiles o no) que realice la sociedad, criterio que predomina en casi todas las legislaciones y también la nacional, habida cuenta las determinaciones del Art. 6 (actos de comercio), que configura para el ordenamiento legal patrio, puede decirse, un criterio mixto: formal - objetivo.

Por muy científico y racional que parezca el criterio de distinguir el objeto de las sociedades civiles y comerciales atendiéndose a reputar comerciales las sociedades que se dediquen de modo habitual a la realización de los actos que el c. com. tenga como mercantiles, y civiles las que no tengan fin comercial, la distinción carece de interés científico dice Sánchez Román (cit. de Scaevola), puesto que en rigor falta verdad en los principios a la distinción de los actos de la contratación civil de los que lo sean de contratación comercial, por lo que, en opinión de Rodino (cit. de Scaevola), la distinción debe desaparecer y tanto sociedades civiles como mercantiles deben ser organizadas con igual eficacia y ambas garantizar debidamente los derechos de los terceros, siguiendo las enseñanzas rectoras del derecho romano, el cual, por la sagacidad de sus Magistrados sabia adaptarse a las exigencias de los nuevos tiempos y de las nuevas necesidades, bajo la dirección de los principios generales; es decir, que si las formas de sociedad reglamentadas por los códigos de comercio se han hecho en cierto modo generales y son ya prácticamente de derecho común, lo lógico es que pasen a formar parte del derecho civil, que representa el derecho común de la contratación, para terminar con una artificial clasificación de las sociedades civiles y mercantiles que, como la separación del derecho civil y mercantil, carece de base científica y persiste sólo por razones históricas. El tiempo ha dado la razón a Troplong, anota Scaevola, cuando dijo que la sociedad civil no esta aprisionada por ninguna ordenación sacramental y que si se ha renovado al influjo de las necesidades practicas para confundirse con la sociedad comercial la aparente oposición que se quiere ver entre la sociedad civil y las sociedades comerciales, no es más que la oposición entre la sociedad romana y la sociedad moderna, civil y comercial.

Tan debilitadas, sino del todo desaparecidas, las diferencias históricas que han justificado la separación, no vale la pena conservar la distinción, dice Castan (cit. de Scaevola). Y en efecto, las legislaciones de derecho privado unificado, como la italiana, v. gr., no declaran expresamente ninguna diferencia entre sociedades civiles y comerciales, aunque para Messineo según la

especie de actividad económica ejercitada por la sociedad - empresario, puede haber lugar a la distinción, entre actividad comercial y no-comercial y, como consecuencia, entre sociedad comercial y sociedad "que se puede denominar civil", tal, en el último aspecto, la sociedad que no ejerce alguna de las actividades indicadas en el Art. 2195 del c.c. italiano, lo que no supone, en realidad ni asomo de la distinción como se la ha entendido tradicionalmente. Además la obligatoriedad del registro comercial para todas las sociedades, incluidas las cooperativas que no ejerzan una actividad comercial (Art. 2200, c.c. italiano), parece indicar claramente que la distinción de que se trata no es materia de las regulaciones de ese Código.

En general en todos los derechos que han unificado las obligaciones civiles y comerciales, (el inglés, el suizo, el holandés, el italiano), no se plantea la diferenciación, por lo menos en la forma en que se plantea en todos aquellos otros países que regulan las sociedades en sus códigos civiles y en sus códigos comerciales. En el vigente código italiano, dice Cañizares, toda sociedad debe tener una actividad económica y se ha suprimido la antigua distinción entre sociedad civil y sociedades comerciales y en lugar de la sociedad civil lo que se reglamenta, como en el código suizo, es la llamada sociedad simple (arts. 2251 y s.), pero que exigiéndose la inscripción en el registro (Art. 2195" c.c. y com. italiano), queda caracterizada su comercialidad. De ahí que no es muy exacto sostener que la llamada sociedad simple de los países con derecho unificado, sea una sociedad civil.

En el orden práctico, se puede establecer, de acuerdo a las respectivas regulaciones legales de estos dos tipos de sociedades, las siguientes diferencias:

10) Las sociedades civiles pueden constituirse en documento privado, salvo cuando se aporta inmuebles que exige documento público (Art. 754, c.c.), mientras las comerciales requieren instrumento público, excepto las accidentales (c. com. Art 128). De ahí que, según el Diccionario de Martínez Alcubilla (cit. de Scaevola) las sociedades mercantiles que se proponen lucro y las civiles que exigen propósito de ganancia, no se distinguen en la esencia sino solamente en la forma o solemnidad de su establecimiento.

20) Las sociedades civiles que no adoptan alguna forma comercial, (Art. 752, c.c.) no requieren publicidad, mientras las comerciales deben inscribirse obligatoriamente en el Registro de comercio (c. com. Art. 29).

30) Las sociedades comerciales constituidas sin observar los requisitos legales, funcionan irregularmente con efectos precisamente regulados (c. com. Art. 134); las civiles son consideradas de hecho (Art. 803, c.c.).

40) Las sociedades civiles no están obligadas a llevar, como las comerciales, libros mercantiles que tienen fuerza probatoria según casos y circunstancias (arts. 36, 62 y 63, c. com.).

50) Para la sociedad comercial se exige estipulaciones precisas sobre gestores y administradores (c. com. Art. 127, incs. 8 y 14); en las civiles si no se estipula sobre el particular se presume que todos los socios tienen la facultad de administrar (c.c. Art. 776).

60) La responsabilidad de los socios en las sociedades civiles, por regla general, es ilimitada o mancomunada con prestación divisible (Art. 783, c.c.), mientras en las comerciales es ilimitada y solidaria (sociedades colectivas, Art. 173, c. com.) o limitada al importe de las aportaciones limitadas y anónimas (arts. 195 y 217, c. com.).

70) Las sociedades civiles se disuelven por muerte, interdicción o insolvencia de cualquiera de los socios (c.c. Art. 791, incs. 4 y 5). En las mercantiles, no siempre producen el mismo efecto: la muerte de los socios comanditarios o accionistas no disuelve la sociedad (Art. 373 y s.c. com.).

80) El vencimiento del plazo en las sociedades mercantiles, no admite prórroga sino con las formalidades de una nueva constitución (c. com. Art. 379); en las civiles, la prórroga es procedente por consentimiento expreso o tácito de los socios (c.c. Art. 793).

90) En las sociedades civiles es aplicable, cuando no pueden pagar sus deudas, el concurso de acreedores (p.c. arts. 562 y s.); en las mercantiles ha de irse a la suspensión de pagos o a la quiebra (c. com. arts. 1487 y 1542).

100) A la liquidación de las sociedades civiles, son aplicables las reglas de la división de herencia (c.c. arts. 171 y 797). A la de las comerciales, se aplica una reglamentación propia (c. com. Art. 384 y s.).

Se dice que la posibilidad de que las sociedades civiles adopten, conforme al Art. 752 del c.c., las formas reconocidas por el c. com., pueden borrar muchas de esas diferencias (Castan, cit. de Scaevola). Lo real es que no hay diferencias que borrar, porque entonces la sociedad al regirse por el c. com. se reputa sociedad comercial.

En el hecho, resulta que, habida cuenta la enumeración de actos comerciales que contiene el Art. 60, no parece quedar ningún acto que no sea comercial, que pueda realizar una sociedad civil y, así, conforme opina Malagarriga, más bien que decir que las sociedades son comerciales

por su objeto o por su forma, hay que afirmar que lo son por dedicarse a la realización de actos de comercio, de modo habitual y como el medio o uno de los medios de alcanzar sus fines. De ello deriva que toda sociedad que persiga fines comunes de ganancia o lucro, necesariamente tiene por objeto la ejecución de algunos de esos actos, para lo cual inexcusablemente ha de tener calidad de comerciante social o sociedad comercial, resultando en definitiva, que la reglamentación de sociedades civiles y la diferenciación comentada aquí ya no tienen razón de subsistir.

Precisados los conceptos necesarios sobre la máxima distinción en el ámbito de las sociedades: civiles y comerciales, corresponde explicar la tipificación (que es la expresión propia según la Real Academia) de que trata el Art. en examen.

Las personas colectivas comerciales deben constituirse según un tipo de sociedad determinado, es decir, deben revestir uno de los cinco tipos señalados en los 5 incisos primeros del Art. No se incluye en este comentario a las asociaciones accidentales (inc. 6o), porque ellas pueden existir y existen sin formalidades, sin personalidad jurídica, sin observar los requisitos que regulan la constitución de las sociedades comerciales (Art. 365 y 366). Su noción corresponde, consiguientemente, más bien a la de las sociedades irregulares o meramente accidentales, llamadas también de hecho, lo que no supone necesariamente una constitución contractual (v. la anot. a los arts. 134, 135 y 136).

El Art. señala, como dice Messineo, el vario esquema de organización social y el diverso grado de responsabilidad de los socios. Teniendo en cuenta el predominio del elemento personal en la organización social, la tipificación enumerada distingue las sociedades *intuitus personae*, como las colectivas, las de comandita simple o las de capital e industria (arts. 768 c.c. y 156 c. com.), y las sociedades formadas *intuitus rei* como todas las sociedades por acciones. La diversidad de tipos según este criterio, responde a las diversas exigencias que los socios quieran satisfacer, en relación a las dimensiones de los medios aportados a la sociedad y al elemento de actividad personal del socio singular.

Atendida la responsabilidad de los socios, de la tipificación deriva la distinción de las sociedades en ilimitadas (v. gr. las colectivas) y limitadas (como las anónimas, las limitadas y cooperativas) y la coexistencia o no de socios de las dos especies (como las comanditarias y las de capital e industria), manteniendo firmes los caracteres comunes.

Lo no observancia de la tipificación dispuesta en el Art., acarrea la nulidad de la sociedad atípica (v. la anot. al Art. 137).

JURISPRUDENCIA

"La compañía celebrada sin hallarse comprendida en ninguna de las clasificaciones del derecho mercantil (tipicidad), esta sujeta a las disposiciones del derecho común y basta que el contrato se hubiese celebrado por escrito según la ley civil" (G.J. N° 413, p. 465).

ARTÍCULO 127.- (Contenido del instrumento constitutivo). El instrumento de constitución de las sociedades comerciales debe contener, por lo menos, lo siguiente:

- 1) Lugar y fecha de celebración del acto;
- 2) Nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio y número de la cedula de identidad de las personas físicas y nombre, naturaleza, nacionalidad y domicilio de las personas jurídicas que intervengan en la constitución:
- 3) Razón social o denominación y domicilio de la sociedad;
- 4) Objeto social, que debe ser preciso y determinado;
- 5) Monto del capital social, con indicación del mínimo cuando este sea variable;
- 6) Monto del aporte efectuado por cada socio en dinero, bienes, valores o servicios y su valoración. En las sociedades anónimas deberá indicarse además el capital autorizado, suscrito y pagado; la clase, número, valor nominal y naturaleza de la emisión, y demás características de las acciones; la forma y término en que deban pagarse los aportes comprometidos, que no podrá exceder de dos años. En su caso, el régimen de aumento del capital social;
- 7) Plazo de duración, que debe ser determinado;
- 8) Forma de organización de la administración; el modo de designar directores, administradores o representantes legales; órgano de fiscalización interna y sus facultades, lo que depende del tipo de la sociedad; fijación del tiempo de duración en los cargos;
- 9) Reglas para distribuir las utilidades o soportar las pérdidas. En caso de silencio, se entenderán en proporción a los aportes.
- 10) Previsiones sobre la constitución de reservas;
- 11) Cláusulas necesarias relacionadas con los derechos y obligaciones de los socios o accionistas entre si y con respecto a terceros;
- 12) Cláusulas de disolución de la sociedad y las bases para practicar la liquidación y forma de designar a los liquidadores;
- 13) Compromiso sobre jurisdicción arbitral, en su caso, y
- 14) En las sociedades anónimas, la época y forma de convocar a reuniones o constituir las juntas de accionistas; las sesiones ordinarias y extraordinarias del directorio; la manera de deliberar y tomar acuerdos en los asuntos de su competencia.

Además de los requisitos generales aquí señalados, el instrumento debe contener los establecidos especialmente para cada tipo de sociedad.

En caso de omisión de los requisitos contemplados en los incisos 8) al 14) deben aplicarse las disposiciones pertinentes de este Título.

Precd: c. mtl. 231 - 292 - 293 - D. 8 Marzo 1860, (Art. 1181) - D.S. 26 Dic. 1873 -

Conc: c.c. 9-24-55-56-Tdo. Mvo. 4-5-c. com. 128-142-148-150- 158-160- 168- 169-174-175-176-185-187-190-197-198-200-220-238-282- 307-358-372-378-379-385-390-401-408-416-423-428-429-430-431-675-

La enumeración del Art. no se distingue precisamente por una adecuada sistematización y contiene algo así como un amontonamiento de requisitos sin mucho orden ni concierto, en buena parte inútil, como observa Malagarriga al comentar el Art. 291 del c. com. argentino, equivalente del que aquí se examina, porque, por ejemplo, es evidente, dice que no puede haber escritura de constitución de una sociedad comercial sin los nombres y los aportes de los socios, como porque otros requisitos están contenidos o regulados más oportunamente en otras disposiciones, a las que el mismo Art. en su fase final, da aplicación subsidiaria cuando se ha omitido en el instrumento constitutivo alguno o algunos de ellos. Además, sin preocuparse por las consecuencias de una declaración imeditada, se habla en el inc. 2) de la nacionalidad y domicilio de las personas colectivas (jurídicas), con total olvido de los principios establecidos en los arts. 24 y 135 de la Constitución Política y en tratados internacionales que rigen para el país, (v. sobre este punto, la anot. al Art. 133).

Como hace Rodríguez respecto de la disposición pertinente (Art. 6) del c. com. mexicano se puede sistematizar los requisitos enumerados en el Art. en el cuadro resumen siguiente:

Requisitos personales	* Socios: nombre, nacionalidad, domicilio. * Sociedad: razón social o denominación, domicilio.
Requisitos reales	* Capital * Aportes * Reservas

Requisitos funcionales	<ul style="list-style-type: none"> * Objeto, duración, obligaciones de los socios. * Distribución de utilidades y pérdidas. * Sistema de administración y de nombramiento de administrado. * Casos de disolución, sistema de liquidación y nombramiento de liquidadores. * Funcionamiento de Juntas de accionistas. * Compromiso arbitral.
------------------------	--

El nombre de los socios, su nacionalidad y domicilio, son elementos indispensables para su individuación y sirven, además, para la comprobación de si no se infringen ciertas disposiciones limitativas de la participación de extranjeros, como en el caso del Art. 25 de la Constitución Política, v. gr

La sociedad debe tener un nombre social, para distinguirse de las demás existentes y actuantes en las relaciones jurídicas que genera su actividad comercial. Puede ser una denominación o una razón social. Esta se forma con los nombres de uno o varios socios, según se vera con más detenimiento en su lugar (Art. 174). La denominación designa objetivamente el nombre social, sin mencionar nombres de personas. La diferencia entre denominación y razón social, resulta de la aplicación del nombre social según se trate de sociedades personalistas o de capital. En las primeras, importa particularmente la personalidad de los socios, cuya enunciación pública no tiene trascendencia en las de capital.

El domicilio, individualiza a la persona (individual o colectiva) desde el punto de vista territorial. Determina la relación de derecho que obligatoriamente liga a una persona con un lugar preciso del territorio, en que ella debe y puede ser habida a los fines de sus relaciones jurídicas. Su eficacia se relaciona con la inscripción en el Registro de comercio, la publicidad de las convocatorias y celebraciones de las asambleas sociales, la determinación de la competencia jurisdiccional, la comparecencia en juicio, las relaciones de aspecto fiscal, etc.

El capital social, es el instrumento para el cumplimiento de la finalidad social. Es el fondo común susceptible de evaluación económica, que se forma con las aportaciones. Su importe ha de fijarse en moneda nacional (c.c. Art. 404).

Las aportaciones, forman el requisito real con el que cada socio contribuye a establecer el fondo común, en dinero o en otros bienes, con indicación del valor atribuido a estos y el criterio seguido para su valoración.

Las reservas, que son obligatorias, sin perjuicio de constituir otras convencionalmente.

El objeto de la sociedad, supone el tipo de actividad que ha de realizar la sociedad. En realidad se refiere este requisito a la finalidad social, porque como observa Rodríguez, se incurre en una incorrección terminológica al hablar de objeto, que, en los contratos (y por consiguiente en el contrato de sociedad) se configura en las obligaciones de los socios e indirectamente en el contenido de estas.

Para Malagarriga, no se trata ni de finalidad que al crear la sociedad se hayan propuesto los socios o la que tengan en vista después, sino, simplemente (de acuerdo a la legislación argentina), el ramo al que la sociedad se va a dedicar o se dedica. El c. mtl. abrg. en su Art. 231, inc. 6o, habla del ramo de comercio sobre el que ha de operar la sociedad. Para Messineo, el objeto social es la concreta actividad económica que la sociedad se propone ejercitar, y la finalidad práctica que pretende conseguir.

La duración, importa el tiempo durante el cual los socios se obligan a mantener, en el fondo común o patrimonio social, los bienes que forman sus respectivas aportaciones. No existe una regla general que señale plazo máximo o mínimo para la duración de las sociedades.

Los aportes deben consistir siempre en bienes, valores o servicios determinados, lo que excluye la sociedad de todos los bienes presentes y futuros (habidos y por haber) de los socios o de todas las ganancias que obtengan por la imposibilidad práctica de su valoración, según deja inferir el inc. 6) del Art.

La distribución de utilidades y pérdidas, lo relativo a la administración, los casos de disolución, el régimen de liquidación, la regulación de las juntas de accionistas, son otros tantos requisitos, cuyo examen se deja para las disposiciones pertinentes.

El compromiso arbitral (Art. 1480) debe ser expresamente rehusado en el instrumento constitutivo, porque la omisión de este punto en el contrato social, deja entender que las divergencias sociales, entre socios y entre estos y la sociedad, quedan entregadas a la decisión de la jurisdicción arbitral, lo que constituye una presunción legal a tenor de lo dispuesto por el Art. 3118 del c.c.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "El quantum de la aportación de cada una de las partes, debe ser considerado en la escritura de constitución de la sociedad" (G.J. N° 1609, p. 40).
- 2.- V. los casos Nos. 7 del Art. 163; 2, 3 y 4 del Art. 1479; 1 y 2 del Art. 1480.

ARTÍCULO 128.- (Instrumento de constitución). El contrato de constitución o modificación de una sociedad, se otorgara por instrumento público, excepto el de asociación accidental o de cuentas en participación, que puede otorgarse en instrumento privado.

Cualquier persona que figure como socio o accionista puede demandar en la vía sumaria el otorgamiento de la escritura pública y su inscripción.

Precd: c. mtl. 230-231 -232-288-

Conc: Tdo.Mvo.4-5-c.com.127- c.c.1287,II)-452,4)-

El contrato de sociedad debe constar precisamente en escritura pública, otorgada ante Notario según el Art. 1287, II) del c.c., que es el único fedatario, como dice Rodríguez, que tiene competencia para el efecto. Es un requisito ad solemnitatem.

La excepción respecto de las sociedades accidentales o de cuentas en participación, que sólo requieren documento privado con carácter limitado ad probationem, se explica porque son, se dice, momentáneas (Rebolledo) y siendo el gestor o los gestores los únicos responsables ante terceros que con ellos hayan contratado, no requiere las seguridades de un-instrumento solemne, tanto que otras legislaciones no exigen ni documento privado y permiten para su demostración cualquier genero de prueba.

Las modificaciones, que suponen reformas o adiciones a un contrato social, devienen parte integrante de este, por lo que ellas deben ser hechas con las mismas solemnidades que el contrato constitutivo, es decir, mediante escritura pública.

La segunda fase del Art., tal cual esta formulada, parece carecer de sentido, una vez que si la constitución social ha de hacerse con las solemnidades que precisa la fracción primera del Art., no se sabe cual es la razón de semejante disposición. La investigación de esa razón, sólo permite la explicación de una deficiente asimilación de las previsiones de los arts. 235 y 236 del c. mtl. abrg., que dicen:

"Art. 235.-No podrán admitirse instrumentos privados ni la prueba testimonial contra el tenor de las escrituras de sociedad; siendo inválidos cualesquier pactos que los asociados tuvieran fuera de ellas".

"Art. 236.-Si tales pactos se hubiesen consignado en instrumento privado, este no surtirá más efecto, que el de poderse compeler a los asociados para el otorgamiento de la escritura, sin serles lícito entretanto dar principio a operación alguna social".

En primer lugar, la regla del transcrito Art. 235 del c. mtl. abrg., se conforma a las reglas generales de derecho, tal cual lo establece el Art. 1289, I) del c.c. En segundo lugar, la existencia de esos pactos, en el régimen legal vigente, sólo puede explicarse en el supuesto del Art. 134, que trata de las sociedades irregularmente constituidas o de las de hecho, caso en el cual tiene operancia la disposición que se comenta, porque se supone (única suposición posible en el caso) que el instrumento irregular (que vale como privado según el Art. 1288 del c.c.), ha sido extendido antes de la escritura social y siendo inválido, abre la posibilidad de la segunda fase del Art.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "La escritura pública que contiene un defecto sustancial sólo vale como escritura privada" (G.J. N° 515, P- 5).
- 2.- "No habiéndose justificado la existencia legal de la sociedad, negada por el demandado, y por lo mismo tampoco la obligación de este ni su personería para responder por el crédito, no podía proseguir la ejecución contra el sin infringir el Art. 230 (128) del c. com." G.J. N° 559, p. 17).
- 3.- "La escritura que no es pública por la incompetencia del funcionario que la autorizó, vale como escritura privada si esta firmada por las partes" (G.J. N° 562, p. 8).
- 4.- "No es mercantil la sociedad que no se contrae con escritura pública, siendo colectiva" (G.J. N° 655, p. 31).
- 5.- "Los instrumentos conservan el valor que les atribuye el Art. 905 (1289) de c.c. entre tanto que no sean declarados nulos" (G.J. N° 661, p. 23).
- 6.- "Alegada la celebración verbal de un contrato de sociedad, se decidió que conforme el Art. 230 (128) del c. com. debe acreditarse la formación de toda sociedad referente a negocios comerciales por escrito (G.J. N° 746, p. 30).
- 7.- "Toda sociedad mercantil, y, por consiguiente minera, (Art. 192, c. min.), a excepción de la accidental, debe formarse mediante contrato celebrado precisamente por escritura pública, que contenga, entre otros requisitos, quienes han de administrarla y usar de la firma social" (G.J. N° 755, p. 37).

8.- "Conforme a este Art. (1287) es instrumento público el que ha sido otorgado por un funcionario público con las formalidades establecidas por las leyes" (G.J. N° 762, p. 17).

9.- "La existencia de una sociedad colectiva mercantil, requiere el otorgamiento de escritura pública" (G.J. N° 775, p. 24).

ARTÍCULO 129.- (Inscripción, trámite y recursos). El contrato constitutivo, o sus modificaciones, de sociedades colectivas, en comandita simple y de responsabilidad limitada, se someterá a la inscripción respectiva en el Registro de Comercio, el cual, previa comprobación del cumplimiento de todos los requisitos legales y fiscales, procederá en consecuencia.

En caso de negativa del Registro de Comercio a la inscripción de este tipo de sociedades se procederá a subsanar las observaciones formuladas o, en su caso y dentro de los cinco días de notificada la negativa, se podrá interponer contra esta apelación para ante la Corte Superior de Justicia del Distrito del domicilio legal de la sociedad. El fallo de la Corte es definitivo y no admite recurso ulterior alguno.

Conc: loj. 100, 7) - c. com. 29, 4) - 202 - 232 - Rgto. rg. com. 3, K) - 8, e) - 13 -31 -40-

La inscripción de las sociedades comerciales en el Registro de comercio, tiene una eficacia especial, particularmente para los supuestos de los arts. 136 (comprobación de la existencia regular de una sociedad) y 137 (nulidad de sociedades atípicas). Messineo señala con precisión que el registro efectuado del acto constitutivo tiene, como consecuencias, la oponibilidad de su entero contenido a los terceros, y, ante todo, de la razón social y cuando el registro no se ha pedido o no se ha acordado, sobreviene un régimen especial en virtud del cual se dice que la sociedad es irregular.

Las modificaciones del instrumento constitutivo no registradas, se tendrán como no existentes en favor de la sociedad o de los socios que, infringiendo el precepto legal, no las inscribieron.

La necesidad de la inscripción o registro de las sociedades, según la información histórica que proporciona Malagarriga, se remonta a la Ordenanza de Rousillon (1563) y de Blois (1577) en Francia, relativas a las sociedades formadas por extranjeros. La Ordenanza de 1673 la extendió a todas las sociedades y obligo la publicación del registro, hasta que el Código de 1807, reglamentado por leyes posteriores, lo establece organizadamente. En el derecho patrio, el registro, tiene sus antecedentes en las Ordenanzas de Bilbao, por cuyo imperio a través de la cedula ereccional del Consulado de Buenos Aires y por disposición del cap. X de esta, todas las sociedades de comercio debían registrarse en el archivo del Consulado.

ARTÍCULO 130.- (Solicitud de aprobación de escritura constitutiva y estatutos de las sociedades por acciones). Las sociedades anónimas y comandatarias por acciones, para su inscripción en el Registro de Comercio, solicitarán de la Dirección de Sociedades por Acciones, la aprobación de la escritura constitutiva y estatutos sociales o de las modificaciones de los mismos, acompañando además, el acta de fundación y los demás antecedentes necesarios.

Precd: D.S. 8 Marzo 1860, Art. 1174 - 1175 -

Conc: c.com.131-343-443-444,1)- Rgto.s.p.a. 18-30-37-38-39- Rgto.rg.com.31-40-

El precedente legislativo señalado, determina que esta clase de sociedades (anónimas) reciben su existencia legal de la autorización gubernativa, que en la práctica anterior se configuraba en lo que dicho precedente llama el decreto del Gobierno y que, en realidad, se manifestaba en una resolución suprema del Poder ejecutivo, previo examen y aprobación de la escritura de constitución y de los estatutos.

El Art. mantiene el requisito de la autorización gubernativa, que, ahora, dentro de una mejor distribución de funciones administrativas del Estado, esta encargada a un órgano especializado, como es la Dirección de Sociedades por Acciones.

Subsiste, en consecuencia, el principio de que la existencia de las personas colectivas de que trata este Art. esta sometida a la aprobación gubernamental de su escritura constitutiva y de sus estatutos, sin la cual aprobación no procede el registro que le confiere la personalidad jurídica necesaria para actuar y existir por consiguiente (Art. 133).

Para obtener la aprobación, se observara el procedimiento que señala el Art. siguiente 131, detalladamente reglamentado por los arts. 37 a 39 del Rgto. de Sociedades por acciones.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Los Estatutos de las sociedades anónimas, no tienen fuerza legal sino cuando han sido aprobados. Sin ese requisito no pueden ser invocados ante los tribunales, como si tuvieran carácter de tales y sus disposiciones (entre tanto falte la aprobación) sólo son legalmente obligatorias para los que pertenecen a la sociedad" (G.J. N° 554, p. 7)
- 2.- "Ninguna sociedad anónima ni constituida en el país y menos aún en el extranjero, tiene existencia legal y capacidad jurídica, a menos que se hubiera reconocido su personería y se

hubieran aprobado sus estatutos sociales, constituyendo segundo domicilio en el país" (G.J. N° 1587, p. 168).

ARTÍCULO 131.- (Resolución) . La Dirección de Sociedades por Acciones comprobará el cumplimiento de todos los requisitos legales y fiscales y, sobre la base de los mismos, en el plazo máximo de diez días de la fecha de presentación de la solicitud, dictará resolución aprobándola o negándola. En el primer caso, dispondrá su inscripción en el Registro de Comercio, el que no podrá negarla. En el segundo caso, con la negativa fundada, devolverá los antecedentes para que se subsanen las deficiencias u observaciones.

Precd: D.S. 8 Marzo 1860, Art. 1175 -

Conc: c.com.29-130-132-343-401,3)-443-444,1)-Rgto.s.p.a. 18-30- 37-38-39-

ARTÍCULO 132.- (Publicidad). Las escrituras constitutivas, las modificaciones y la disolución de las sociedades en general, se publicarán por una sola vez en un periódico de amplia circulación nacional, excepto en las asociaciones accidentales o de cuentas en participación.

Los interesados deben presentar al Registro de Comercio un ejemplar de la publicación, para su verificación y archivo.

Precd: D.S. 8 Marzo 1860, Art. 1179 - L. 12 Marzo 1941, Art. 17 -

Conc: c. com. 29 - 131 - 142 - 232 - 343 - Rgto. s.p.a. 25, c) - Rgto. rg. com. 31, 5) - 32 - Lea. 19 -

La publicidad requerida en el régimen legal abrg. sólo para las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada, ha sido generalizada para todas las sociedades, excepto las accidentales que están dispensadas de toda formalidad (Art. 366).

La presentación de la publicación en el Registro, se hace a tiempo de formular la solicitud de inscripción, acompañándola entre la documentación exigida para el efecto por el Art. 3 1 del Rgto. de rg. com.

El órgano de publicidad puede ser elegido por los interesados, con la salvedad de que se trate de uno de circulación nacional. En otras legislaciones, esta publicidad debe hacerse en órganos oficiales. (Gacetas o Boletines) .

ARTÍCULO 133.- (Personalidad jurídica de las sociedades y anulación del acto constitutivo). Las sociedades adquirirán personalidad jurídica, esto es, calidad de sujetos de derecho con el alcance establecido en este Título, desde el momento de su inscripción en el Registro de Comercio, sin necesidad de otro requisito.

La anulación del acto constitutivo, declarada judicialmente, no tiene efecto retroactivo y determina la disolución y liquidación de la sociedad.

Precd: D.S. 8 Marzo 1860, Art. 1174 - D.S. 26 Dic. 1873, Art. 3° -

Conc: Const. 135-c.c. 754, II-Tdo. Mvo. 4 a 7-c. com. 5-29-148-365- 397-401, 3)-425-Lea. 19-

El contrato, base imprescindible de la sociedad, dice Vivante, tiene la virtud especial de dar vida a una persona que previamente no existía, dotada de una voluntad (personalidad) propia que se rige, en los límites señalados por la ley, según su propio interés: nueva persona autónoma que persigue duraderamente su objeto, aún cuando los socios que concurrieron a constituirla, se hayan retirado, hayan muerto o hayan actuado para destruirla.

Su voluntad propia esta provista de los medios destinados a lograr su propio objeto, que es esencialmente distinto de aquel que tienen o pueden tener sus componentes o miembros, porque constituye un organismo autónomo tanto en la fase de su desenvolvimiento como en la fase de su liquidación, es decir, una personalidad jurídica que tiene un contenido real, reconocido, no creado por la ley. Esta, añade Vivante, reconoce como sujeto de derecho un ente que ya existe en la realidad.

La personalidad jurídica de las sociedades comerciales, es una conquista del derecho medieval italiano, debida a la labor de los postglosadores (Baldo, Scaccia, cits. de Scaevola) que ampliando el ámbito de las personas jurídicas, incluyeron en el concepto de la corporación (collegium) toda clase de actividades públicas o privadas, como las sociedades mercantiles v. gr., cuando se constituían bajo un nombre colectivo. Ni el derecho romano, ni el germánico ni el canónico, admitieron la personalidad jurídica ni la idea de un patrimonio social distinto del de los socios para la *societas* (Rodino, Schupfer, Ruffini, cits. de Scaevola).

En las legislaciones modernas, el sistema francés después de la controversia doctrinal que negaba la personalidad jurídica si no estaba reconocida expresamente por el poder público, o que se la juzgaba atribuible únicamente a las sociedades comerciales (y no a las civiles), ha acabado por dar predominio a la tendencia de que todas las sociedades (civiles y comerciales) poseen personalidad jurídica (Scaevola).

En el sistema italiano, se distinguen las sociedades que tienen personalidad jurídica de las que no la tienen: entre las primeras, las sociedades por acciones, las de responsabilidad limitada, las sociedades cooperativas y otras, cuya personalidad jurídica resulta del elemento sustancial y de orden estructural: autonomía patrimonial perfecta, presupuesto de la no responsabilidad de los socios, y del elemento formal de la inscripción en el registro. No tienen personalidad jurídica así estén inscritas en el registro las sociedades colectivas y en comandita simple, porque en estas, dice Messineo al explicar la razón de este diverso tratamiento legal, no se opera una completa separación entre las personas de los socios y la sociedad, por razón de la responsabilidad ilimitada que importa una subsidiaria responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales.

En el sistema alemán, la ley reconoce expresamente personalidad jurídica a las sociedades de capitales, y en cuanto a las sociedades de personas, por el silencio de la ley, la jurisprudencia y la doctrina dominante sostienen que estas no son personas jurídicas, por razón de su responsabilidad ilimitada. (Scaevola, Cañizares).

En el sistema suizo, las sociedades colectivas, en comandita simple y las sociedades simples, no tienen personalidad jurídica, aunque la jurisprudencia la reconoce a las colectivas o en comandita con una unidad de bienes distinta de los bienes particulares de los socios (Scaevola).

En el sistema inglés, en el que la clasificación de sociedades no tienen en cuenta la responsabilidad de los socios, las companies que equivalen grosso modo a las sociedades latinas de capital o anónimas, son personas jurídicas (corporation), ya porque estén inscritas en el registro o por mandato de una ley especial o carta real que les da ese carácter (incorporated), y tienen por lo tanto personalidad jurídica. No así las sociedades ordinarias (partnerships), que equivalen a las sociedades colectivas o de personas del sistema latino y germánico y no tienen personalidad jurídica distinta a la de los socios que la componen, ni aún siendo del tipo de responsabilidad limitada como las comanditarias simples (limited partnerships). (Scaevola, Cañizares).

En el sistema español, y, en general, en los sistemas latinoamericanos, rige el principio de la personalidad de las sociedades civiles y comerciales.

La personalidad jurídica de las personas colectivas en general, es cuestión atinente a su naturaleza jurídica, cuestión reñida que viene siendo resuelta con una fórmula en cierto modo, dice Scaevola, armónica y razonable: no son una ficción, sino una realidad, pero una realidad del

mundo jurídico, no de la vida sensible; su personalidad no nace, como la humana, de la naturaleza, sino de las instituciones y nociones jurídicas (Ferrara, Sohm, Thur, cits. de Scaevola).

No se puede concebir a las sociedades sin derechos propios. Lejos de ser ficción, es una realidad lógica y a veces necesaria que sean sujetos de derecho, dicen Planiol y Ripert, porque es como si hubiesen en el mundo al lado de las personas individuales, otros sujetos de derecho: las personas colectivas.

Para Barcia López, no es una ficción, ni legal, ni doctrinal, sino por el contrario, una realidad innegable, no filosófica, ni orgánicas, ni psíquica, sino simplemente jurídica: un sujeto ideal pero real, dotado natural y socialmente de la necesaria aptitud para la vida civil, a quien el orden jurídico reconoce capacidad para ser titular de derechos y obligaciones.

La personalidad jurídica, atribuida y reconocida a las sociedades, produce una serie de consecuencias jurídicas que puede resumirse así:

1.- La sociedad es sujeto de derechos y obligaciones. Tiene capacidad (c.c. Art. 54), a) para adquirir derechos y disponer de ellos y obligarse (c.c. Art. 483). Se discute respecto de la capacidad de adquirir a título gratuito, tanto mortis causa como inter vivos, que se supone esta vedada a las sociedades fundamentalmente por el llamado principio de la especialidad de las personas colectivas (Laurent, Baudry - Lacantinerie, Vitali, Chironi, entre otros, cits. de Scaevola) y que puede considerarse incorporado al ordenamiento nacional, en la disposición del Art. 54 del c.c., que reconoce a las personas colectivas capacidad de obrar dentro de los límites fijados por los fines que determinaron su constitución. Otros autores (Lyon Caen y Renault, Aubry y Rau, Colin y Capitant, Wahl, Vivante) consideran que las sociedades pueden recibir esas liberalidades, para mejor conseguir su fin, habida cuenta el principio aplicable a las personas colectivas de que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción.

b) Para comparecer en juicio, con personería propia (p.c. Art. 56) .

2.- Tiene un nombre o denominación distinto del de los socios (Art. 56, c.c.) y un domicilio propio, que constituye la sede social (c.c. Art. 55).

3.- Esta sometida a la legislación de un Estado determinado, que puede ser diferente del que corresponde al domicilio o la nacionalidad de los socios (Const. arts. 24 y 135). Surge en este punto la cuestión de la nacionalidad de las sociedades que se examina más adelante, en esta misma anot.

4.- Por su carácter de persona (c.c. Art. 52) es un ente totalmente distinto de los socios (sean personas individuales o colectivas) que la constituyen y subsiste independientemente de aquellos (Messineo), lo cual supone: a) patrimonio social diferente del patrimonio de los socios; a la separación de personalidades acompaña una correlativa separación de patrimonios y esa separación, dice Scaevola, es neta cuando menos respecto de terceros; b) el patrimonio social responde por las obligaciones sociales ante terceros, que tienen preferencia frente a los acreedores personales de los socios, sin perjuicio de su derecho de embargar la parte de estos en el fondo social (Rodríguez); c) la imposibilidad de compensar las deudas sociales con los créditos personales de los socios o viceversa. Tienen aplicación sobre estos puntos como preceptos generales, los arts. 774, 783, 785 y 789 del c.c.

5.- El carácter comercial de la sociedad, no da a los socios, carácter de comerciantes (c. com. Art. 5, 2), aunque se discute este aspecto, según observa Cañizares, respecto de las sociedades de personas (colectivas y en comandita simple).

6.- La situación de las personas, tanto de orden privado (quiebra, interdicción, incapacidad) como de orden penal (condena), no afecta a la sociedad; ni las situaciones análogas de esta afectan a sus miembros (Ejemplos: arts. 57 c.c. y 1590 c. com.). Sin embargo, advierte Cañizares, no tiene aplicación este principio en todas las formas de sociedad.

7.- Las sociedades, como personas colectivas, están en pie de igualdad con las personas individuales, respecto de la responsabilidad contractual y extracontractual, aún en forma de responsabilidad directa (c.c. Art. 57, 984, 997 y 998). La responsabilidad penal, no admitida en los sistemas y códigos clásicos, para las personas colectivas, porque no regulan sino delitos y penas individuales (Art. 5 y 25 c.p.), incumbe a los representantes o administradores culpables, nunca a la sociedad, salvo, si acaso, dice Scaevola, cuando se trate de multas pecuniarias, principalmente las de carácter fiscal y administrativo. No obstante, Cañizares la admite y Gierke y la escuela realista (cit. de Scaevola), que gana cada vez más terreno, sostienen la tesis de la capacidad criminal de las personas colectivas.

8.- La eficacia probatoria de los libros de comercio, tiene efecto contra las sociedades, no contra los socios (arts. 62 y 63, c. com.).

La anulación del acto constitutivo (2º fracción del Art.), declarada judicialmente, no tiene efecto retroactivo porque supone una sentencia constitutiva que implica un cambio jurídico que se

proyecta hacia el futuro y produce un estado jurídico (nuevo) que no existía con anterioridad a la sentencia: la disolución y liquidación.

El problema de la nacionalidad de las sociedades es uno de los más discutidos, principalmente acerca de la cuestión de saber si existe o no una nacionalidad de las sociedades.

La atribución de nacionalidad a las personas colectivas, que tiene hondas raíces en la doctrina europea, aplica la idea de la nacionalidad a aquellas con análogo carácter que a las personas individuales, para expresar la dependencia de las sociedades respecto de la autoridad que gobierna tal o cual país, aunque falten las bases naturales de la misma dadas las diferencias de trato que reciben (Woff, cit. de Cañizares). Los que niegan tal tesis, sostienen que siendo la nacionalidad un lazo de unión entre un Estado y la persona individual; fundado en sentimientos afectivos de que carece una sociedad, no se puede pretender asignar nacionalidad a esta como no se puede pretender que ejercite los derechos políticos que ella concede, y que el problema se reduce a determinar la ley aplicable, que no puede ser otra que la *lex domicilii*, siempre cierta, conocida y permanente.

Las dos tendencias responden innegablemente a preponderantes influjos de orden económico internacional: La tesis de la nacionalidad es sostenida por los países exportadores de capitales, mientras los receptores de los mismos defienden el principio del domicilio, para proteger sus intereses mediante la sujeción de las entidades de origen foráneo a sus leyes y reglamentaciones y eliminar la intervención de los países capitalistas en los conflictos que pueden surgir entre las llamadas compañías extranjeras y las autoridades del país donde están establecidas.

En Europa, la reglamentación sobre el particular no es uniforme. En algunos casos (Francia y en alguna medida Alemania) se deja a la jurisprudencia elaborar los principios aplicables, salvo algunas disposiciones de tipo administrativo o de carácter limitativo para ciertos actos, o acuerdos especiales sobre sociedades por acciones.

En Inglaterra, *Foreign companies*, son las sociedades constituidas en el extranjero que tengan una oficina de negocios en Gran Bretaña, (*Companies Act. de 1948*, cit. de Cañizares), pero la ley no reglamenta la nacionalidad de las sociedades.

La doctrina norteamericana habla más de la residencia que de la nacionalidad de las sociedades y distingue como *domestic corporation* a las organizadas bajo las leyes de un Estado de la Unión y *foreign corporation* o *alien corporation* (en términos generales dentro de una terminología que

no se usa uniformemente) a las que no se han organizado en ese Estado, sino en otro o en un país extranjero.

Italia (como Portugal y Bélgica) sigue un régimen casuístico, y se considera extranjera la sociedad, siempre que, a) se haya constituido en el extranjero, b) que su domicilio administrativo este en el extranjero, y c) que tenga en el extranjero el objeto principal de su actividad (arts. 2505 y 2510, c.c.). Las disposiciones pertinentes, explica Messineo, constituyen normas de conflicto para el ámbito del derecho internacional privado, según criterios de discriminación para los casos que se presenten.

En América Latina, la cuestión ofrece dos posiciones concretas de contraste y un sistema que Cañizares considera intermedio. Brasil, atribuye nacionalidad a las personas colectivas, las que, como las individuales, inclusive pueden naturalizarse brasileñas. En la Argentina, se considera impropio calificar a las personas colectivas de nacionales o extranjeras o conferirles la nacionalidad del país en que se constituyeron, funcionan o están domiciliadas. Si bien se acostumbra asignarles nacionalidad, por comodidad de lenguaje: inglesas, americanas, francesas, etc., lo estrictamente científico -se dice- es hablar de personas creadas o domiciliadas en el país, o en el extranjero. (Alcoreza, Zeballos, Calandrelli, Vico, Fernández). La tesis: las personas colectivas en general y las sociedades comerciales, no tienen nacionalidad, sino domicilio, tomó posición definitiva a raíz de una disputa entre el Banco de Londres y Río de La Plata de Rosario (Argentina) y la Provincia de Santa Fe con relación a una ley provincial, respecto de la conversión en oro del papel moneda emitido por los Bancos que funcionaban en dicha Provincia, en la que el canciller argentino Bernardo de Irigoyen sostuvo que "las personas jurídicas deben exclusivamente su existencia a la Ley del Estado que las autoriza y, por consiguiente, no son ni nacionales ni extranjeras".

El sistema mexicano, según se explica en la exposición de motivos de la ley sobre nacionalidad y naturalización de 1934 (cit. de Cañizares), no importa una adopción lisa y llana de la tesis de la nacionalidad de las sociedades, porque -advierte- al no existir entre una persona colectiva y el Estado los mismos lazos que entre una persona individual y su patria, la nacionalidad mexicana atribuida a una sociedad solamente significa que ella se encuentra ligada al Estado por las obligaciones de obedecer a las leyes que reglamentan la constitución, el funcionamiento y la disolución de las sociedades.

En el campo del derecho internacional privado latinoamericano, rige para Bolivia, Argentina, Perú, Uruguay, Colombia y Paraguay, el Tratado de Montevideo de 1889 (el de 1940 que lo sustituye en parte no ha sido ratificado por Bolivia) que, en la materia, sin formular

manifestaciones expresas sobre el problema de la nacionalidad, reglamenta la extraterritorialidad de las personas colectivas dentro del sistema del domicilio. Bolivia también ha suscrito el Tratado de la Habana de 1928, que aprueba el Código de Derecho Internacional privado "Bustamante", que sanciona el reconocimiento de la nacionalidad de las sociedades, pero que no rige para el país a mérito de la reserva formulada por la delegación boliviana y reiterada en el instrumento ratificatorio (Ley de 20 de enero de 1932), respecto a los artículos que se hallan en desacuerdo con la legislación del país y los Tratados Internacionales que tiene suscritos, vale decir, entre ellos el de Montevideo de 1889, que esta en plena vigencia.

El Tratado de Montevideo de 1889, forma parte del ordenamiento jurídico del país (Const. arts. 59, atrib. 121, 71, 72 y 81) y en la materia, establece el sistema del domicilio. De esa evidencia deriva la fundada extrañeza sobre la incertidumbre que, no obstante esa toma de posición, campea en el desenvolvimiento legislativo nacional, algunas de cuyas disposiciones son inocultablemente contradictorias, como el Art. 135 de la Constitución Política, pero que puede admitirse, en un esfuerzo interpretativo coherente, solamente como una expresión del sometimiento de las personas colectivas al ordenamiento jurídico del Estado boliviano, al igual que en el sistema mexicano. Más, lo que no parece admisible, habida cuenta las evidencias anotadas, es que en el c. com., que es parte de ese ordenamiento jurídico, se hable de nacionalidad de las personas colectivas (Art. 127, inc. 2).

JURISPRUDENCIA

- 1.- "La ejecución por vales de las empresas, sólo procede contra la sociedad y no contra los administradores de la misma" (G.J. N° 673, p. 14).
- 2.- "La escritura social acredita el dominio de la sociedad a los bienes embargados, no pudiendo, por lo mismo, responder a las deudas particulares de los socios, sino los intereses que pueda resultarles en la liquidación" (G.J. N° 692, p. 61).
- 3.- "Por las obligaciones de una empresa minera no hay acción contra un locatario sino contra la empresa misma" (G.J. N° 760, A.S. de 12 Oct. 1903, cit. de Oropeza).
- 4.- "La compañía formada entre X y Z para la explotación minera constituye una personalidad distinta e independiente de la sociedad accidental del predicho Z y Y, cuyos actos no pueden, por lo mismo, ser obligatorios para aquella" (G.J. N° 645, p. 5).

5.- "El socio administrador de la compañía se asoció con X dándole participación en una parte de sus intereses y también en la gerencia de su cargo, lo que importa haberlo asociado a la compañía principal, sin expreso consentimiento de aquella exigido por el Art. 1224 (772)" (G.J. N° 668, p. 16).

6.-V. el caso N° 2 del Art. 130; N° 1 del Art. 314 y N° 1 del Art. 413.

ARTÍCULO 134.- (Sociedades irregulares y de hecho). Las sociedades de los tipos autorizados que no se constituyan regularmente, y las sociedades de hecho que se hubieran exteriorizado como tales frente a terceros, se reputarán existentes solamente para los efectos de la responsabilidad respecto de terceros, y para ejercer los derechos emergentes de contratos válidamente celebrados.

En estos casos, no pueden los socios, fundados en el contrato social, ejercer derechos o reclamar obligaciones; sus relaciones recíprocas se rigen por el derecho común.

Conc: c. com. 135 - 136 - 1365 -

ARTÍCULO 135.- (Responsabilidades). Los que efectúen operaciones en nombre de la sociedad irregular o de hecho y los que actúen jurídicamente como sus representantes, responden en forma solidaria e ilimitada del cumplimiento de lo realizado frente a terceros.

Todo interesado y aún los socios no culpables de la irregularidad, podrán demandar daños y perjuicios a los culpables y a los que obren como representantes o mandatarios de la sociedad.

Cualquier socio puede pedir la disolución y separación de la sociedad. La liquidación se rige por las normas de este Título.

Conc: c. com. 134- 173 -367 -

ARTÍCULO 136.- (Acción para comprobar la existencia regular de una sociedad). Los terceros interesados podrán pedir al juez, en la vía sumaria, la comprobación de la existencia regular de la sociedad. Si no fuera probada la inscripción en el Registro de Comercio, el juez ordenara la liquidación de la sociedad y designara a los liquidadores.

Precd: D.S. 8 Marzo 1860, Art. 1180 -

Conc: c. com. 27-28-33 -34- 134-Rgto. rg. com. 11-31-43-45-

Estos tres arts. (134, 135 y 136) reglan las sociedades irregulares y sociedades de hecho, expresiones que con frecuencia se emplean como sinónimas. La irregularidad de la sociedad, desde luego, es cosa diversa de la nulidad de la misma. El Código, a semejanza del derecho español, dedica las reglas sobre la irregularidad a la omisión de las formalidades constitutivas - escritura pública, matrícula y registro- ya que las relativas a los vicios o ausencia de las condiciones de fondo o requisitos esenciales del contrato, están previstas en los arts. siguientes (137 a 141).

Cuando las formas legales no han sido observadas, dice Vivante, la voluntad del socio dirigida a la formación de un ente patrimonial autónomo, debidamente ordenado, no alcanza completamente su objeto porque queda expuesto al peligro de una disolución imprevista y ruinosa, por lo cual la ley considera esta situación irregular como causa de perturbación del orden económico y jurídico y, por eso, trata de prevenirla o de reprimirla con sanciones directas o indirectas, civiles o penales, según casos y circunstancias.

El fenómeno de la sociedad que surge en contravención a las normas legales que establecen cargas de forma y de publicidad (registro), si no siempre, con frecuencia -dice Messineo- puede ser intencional o debida a negligencia dolosa: propósito de evadir cargas fiscales, mantener en reserva un vínculo social, o substraer determinados patrimonios personales a la responsabilidad frente a terceros, etc. Puede también, añade el autor citado, que accidental e involuntariamente varias personas aportan bienes o servicios y desarrollan actividad económica en interés común, sin observar la carga de la forma o aún solamente la de publicidad, o puede nacer de la sucesión de varias personas en un establecimiento comercial individual, por razón de la cual, en determinadas circunstancias, tal establecimiento se transforma en social, antes de que dichas personas hayan proveído a regularizar la nueva situación. A estas sociedades ocasionales, algunos autores le asignan el nombre de sociedades de hecho, siguiendo la doctrina francesa sobre las *societe de fait* (Hemard, Loubers, Delucenay: *Des societes de fait en droit francaise*, cit. de Cañízares).

La omisión no siempre ha de consistir en la falta del acto constitutivo o del registro, sino aún en la de un elemento singular del acto constitutivo, o puede ser sobrevenida (Messineo) en el caso de una sociedad regularmente constituida que no procede a la inscripción de una modificación del acto constitutivo (arts. 29, 4, c. com. y 32 del Rgto. rg. com.), porque en cuanto la modificación se remonta a la constitución, deviene originaria.

Las consecuencias están señaladas en los tres arts. que se anota: a) la sociedad irregular tiene existencia válida, sujeta solamente a una acción de disolución (arts. 135, i.f. y 136 i.f.), que debe pronunciarse judicialmente.

b) Los terceros pueden accionar contra la sociedad considerándola existente, o pueden accionar directamente contra los que actúan de personeros, quienes tienen responsabilidad solidaria e ilimitada, que es en lo que consiste esta clase de responsabilidad propia de las sociedades colectivas (Art. 173) y de los asociados accidentales que se encargan de las operaciones (Art. 367).

c) Los socios sólo pueden ejercer derechos o reclamar el cumplimiento de obligaciones, según las reglas del derecho común (Art. 134, i.f.), aún para reclamar el resarcimiento de daños previsto en el Art. 135, segunda fase.

d) La acción de comprobación (Art. 136) no sólo compete a los terceros. Una interpretación combinada con el Art. 135, segunda y tercera fracción, autoriza inferir que puede ser planteada por cualquier socio no culpable de la irregularidad.

e) La sociedad irregular puede accionar contra terceros respecto de los derechos emergentes de contratos válidamente celebrados (Art. 134, primera parte i.f.), sin que esos terceros puedan alegar que la sociedad no ha existido y pueden ser compelidos a cumplir las obligaciones que han contraído para con la sociedad (Fernández), porque lo contrario sería verdaderamente inmoral y antijurídico y no una sanción, ya que esta consiste fundamentalmente en la responsabilidad solidaria e ilimitada de los gestores, que permite a los terceros accionar indistintamente contra ellos según les convenga, aún para el resarcimiento de daños, si hubiera lugar.

f) La sociedad irregular no tiene personalidad jurídica, por ausencia de registro, que es el requisito para alcanzarla (Art. 133), que es lo que fundamentalmente distingue una sociedad registrada de una no registrada (Messineo).

g) Para acreditar la existencia de la irregularidad, tanto los socios entre sí, como los terceros, en sus acciones contra la sociedad o los socios, pueden valerse de todos los medios de prueba legales del derecho común, incluidas las limitaciones para la testifical (arts. c. com. 786 y c.c. 1328, I).

JURISPRUDENCIA

Descargado desde el sitio www.bolivianland.net

"Un contrato de sociedad colectiva no puede dar lugar a demanda de su insubsistencia, si están cumplidas todas las condiciones de su (constitución)" (G.J. N° 643, p. 7).

ARTÍCULO 137.- (Nulidad de sociedades atípicas). Es nula la constitución de sociedades comerciales cuando éstas tengan una estructura diferente a los tipos autorizados por este Código.

Los requisitos esenciales no tipificantes hacen anulable el contrato; no obstante, podrán ser subsanados mientras no medie acción judicial.

Conc: c. com. 126 -

Enunciado el concepto general de la sociedad en el Art. 125, el Código en su Art. 126 articula la figura de la sociedad en varios tipos, es decir, que las sociedades organizadas según uno de los indicados tipos, pueden definirse como típicas o legales. En contraposición a estas, el Art. trata de las sociedades llamadas atípicas, que pueden identificarse como otras eventuales figuras de sociedad fruto de la autonomía negocial (c.c. Art. 452 y c. com. Art. 786). No se trata de un problema de innominación de contrato (c.c. Art. 451), según advierte Messineo, porque las sociedades atípicas no dejan de ser sociedades por definición y no deben salirse del ámbito del esquema señalado por el Art. 125.

Es concebible la existencia de sociedades atípicas, habida consideración de la infinita gama de posibilidades que supone la autonomía negocial. El propio Código en el Art. 418, admite la hipótesis de que una sociedad constituida en el extranjero puede ser de tipo diverso de los que señala el Art. 126. Pero, si bien es concebible, no es admisible la sociedad atípica. Procede la aplicación de la primera fase del Art.: la nulidad.

Tratándose de atipicidad de alguna o algunas cláusulas (requisitos esenciales), como por ejemplo el caso de una sociedad por acciones cuyo contrato constitutivo atribuya responsabilidad ilimitada a los socios, respecto de las obligaciones que emanen de todas o de algunas de las operaciones sociales, se procede en la forma prevista en la segunda fase del Art.

Para las sociedades atípicas constituidas en el extranjero, se procede a su asimilación al tipo más semejante de los establecidos en el Código, por autoridad judicial (Art. 418).

Las sociedades irregulares no son atípicas, porque están previstas y disciplinadas por la Ley (arts. 134 a 137). Messineo, según la legislación italiana, para ejemplificar una sociedad atípica, no encuentra otra figura que la de la sociedad interna u oculta, aunque sin reconocerle relevancia verdadera, habida cuenta que su eficacia esta limitada a las relaciones internas entre socios, como en el caso previsto por el Art. 772, II), del c.c.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso único del Art. 126.

ARTÍCULO 138.- (Vicios del consentimiento). Los vicios del consentimiento, declarados judicialmente, cuando afecten al vínculo de alguno de los socios, producirán la anulación del contrato sólo con relación a ese socio; empero, cuando la participación del mismo sea esencial al objeto del contrato social, se procederá a la disolución y liquidación de la sociedad.

Conc: c.c. 473 - c. com. 786 -

Como todo contrato, el de sociedad (que lo es por definición, Art. 125), requiere para su validez el consentimiento de los contratantes. Por aplicación de los preceptos que rigen en 3 general la materia, no hay consentimiento, si este ha sido dado con alguno de los vicios que determinan la nulidad o anulabilidad del contrato: error, violencia y dolo (c.c. arts. 473, 549, - 4; 554, 5; c. com. 786).

El error sobre el objeto o la naturaleza del contrato es esencial, por ejemplo, cuando quien creyendo ingresar en una sociedad comercial como comanditario y, por lo tanto, con responsabilidad limitada, suscribe por error un contrato de sociedad civil que no tiene ese tipo de responsabilidad (Art. 783, c.c.). Produce nulidad del contrato (c.c. arts. 474 y 459, 4). Si el error recae sobre la persona es sustancial y produce anulabilidad (Art. 475. 475, 2, y 554, 5) y en la materia sólo se da en sociedades formadas intuitus personae (colectivas y en comandita simple), que en las comanditarias por acciones ha de tener relación con el gerente o administrador, una vez que la: persona de los accionistas es indiferente en absoluto (Baudry Lacantinerie y Wahl, cit. de Fernández).

La violencia, es difícil por lo regular que se de en un contrato de sociedad porque este, dice Fernández, es un contrato de ejecución sucesiva.

El dolo para ser causa de anulación, ha de reunir las condiciones fijadas por el Art. 482 del c.c.

Excepto el caso de error sobre el objeto, los demás vicios son simplemente anulables o de nulidad relativa, y son susceptibles de confirmación, cuyo efecto da eficacia retroactiva válida al contrato originalmente viciado (Art. 558, c.c.). De acuerdo a las reglas del derecho común, los contratos se reputan válidos mientras no son anulados y solo se tienen por nulos desde el día de la sentencia que los anulase (Art. 546, c.c.).

JURISPRUDENCIA

- 1.- "El dolo es causa de nulidad únicamente cuando ha sido empleado por la parte misma, sin que ni el Art. 707 (482) del c.c. ni ningún otro atribuya tal efecto al que procede de terceros extraños" (G.J. N° 481, p. 6).
- 2.- "No habiendo probado el dolo, como exige el final del Art. 707 del c.c., no puede invocar la falta de consentimiento ni la nulidad del contrato" (G.J. N° 493, p. 3).
- 3.- "Estando impugnada la mencionada escritura por causa de dolo, son admisibles la prueba testimonial y la de indicios y presunciones" (G.J. N° 640, p. 13).
- 4.- "Si relativamente al dolo, no tiene cabida la presunción legal o de derecho, esto no obsta para que pueda ser acreditado por los medios ordinarios de prueba" (G.J. N° 668, p. 15).
- 5.- "Al desestimarse las referidas pruebas de las que resulta que la demandante, al aprobar la inversión expresada en la citada escritura, obró bajo el error de existir el saldo que se le debía de un depósito hecho por su cuenta y riesgo, como falsamente se aseguraba en la misma escritura, y absolverse, en consecuencia, al demandado, se infringe el Art. 700 (475) del c.c." (G.J. No 812, p. 3).
- 6.- "Para anular una convención por dolo, es necesario que se acredite que los artificios practicados por una de las partes fueron tales que sin ellos no habría contratado la otra" (G.J. N° 889, p. 14).
- 7.- "El dolo como causa de nulidad, consiste en el conjunto de artificios empleados por una de las partes para inducir a la otra a celebrar una convención que, de otro modo, no habría estipulado" (G.J. N° 956, p. 140).
- 8.- "La convención hecha por dolo no es nula de pleno derecho, ella da lugar a la acción de nulidad o rescisoria" (G.J. N° 1036, p. 71).
- 9.- "Para invocar la violencia como vicio del consentimiento es necesario probar la impresión fuerte que causen las amenazas en una persona racional, por el justo temor a un mal grave presente, ya sea contra la existencia o fortuna en general, o la de los miembros de la familia, como exige el Art. 704 (478) del c.c., no siendo suficiente alegar una simple "impresión o influencia moral" que no anula las convenciones" (G.J. N° 1477, p. 74).

10.- "Conforme a lo previsto por el Art. 706 (556) del c.c. un contrato no puede ser reclamado de violencia si, cesando esta, se aprobó expresa o tácitamente, o sea, dejando pasar el tiempo de la restitución por la ley" (G.J. N° 1483, p. 114).

ARTÍCULO 139.- (Objeto ilícito). La sociedad que tenga objeto ilícito es nula. Los socios administradores y quienes actúen en la gestión social, responderán ilimitada y solidariamente por el pasivo social y por los perjuicios causados. La nulidad podrá ser demandada por cualquier interesado o a denuncia del Ministerio Público, y el juez la substanciará por la vía sumaria.

Ningún socio puede invocar la existencia de la sociedad para reclamar la restitución de sus aportes, la división de las ganancias o sustraerse de las pérdidas, ni aún para demandar a terceros.

Los terceros de buena fe pueden alegar contra los socios la existencia de la sociedad, sin que éstos puedan oponer la nulidad.

Declarada judicialmente la nulidad, se liquidara. la sociedad por quien designe el juez; cualquier remanente, después de realizado el activo y pagado el pasivo social, se entregará al Estado.

Conc: c.c. 435-485-c. com. 140- 166-

El objeto de la sociedad, como el de todo contrato, ha de ser lícito. Hay una ilicitud en el objeto cuando este es contrario a la ley, a la moral o a las buenas costumbres. La ilicitud origina la nulidad de la sociedad porque afecta al orden público (c.c. Art. 549, 2), razón que hace imprescindible la acción que genera (c.c. Art. 552) y el contrato viciado de esta nulidad no puede ser confirmado (c.c. Art. 553).

Las raíces del primer párrafo de la primera fase del Art., pueden ser encontradas en el derecho romano y en el antiguo derecho español. Es nula la sociedad para cosas deshonestas (rerum inhonestarum nullam esse societatem) dice Ulpiano (Digesto, Lib. 17, tít. 2, ley 57, cit. de Scaevola). Por su parte la ley 2º tít. X de la Partida V (cit. ibidem), dice: facer se puede la compañía, sobre las cosas guisadas, e derechas... Más sobre cosas para furtar, o robar, o matar, o dar a logro: nin fazer otra cosa ninguna semejante destas, que fuese mala, e desaguisada, e contra buenas costumbres. E la compañía que fuese fecha sobre tales cosas como estas, non deve valer; nin puede demandar ninguna cosa uno a otro, por razón de la compañía.

Ejemplificativamente, Castan Tobenas, (cit. de Scaevola), señala en la categoría de sociedades ilícitas por razón del objeto mismo sobre que versan

a) Las que tienen por objeto el comercio de personas humanas, como las dedicadas a la trata de negros o a la que usualmente se llama trata de blancas. (Son aplicables a estos casos los arts. 291 y 292 del c.p.).

b) Las que se proponen defraudar al Erario (v. gr. contrabando). (c.p. Art. 132 y c. tb. Art. 100 y s.).

c) Las constituidas para explotar juegos prohibidos o loterías no autorizadas (c.c. arts. 909 y 915).

d) Las destinadas a la publicidad o venta de libros, grabados obscenos, o al tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes (c.p. Art. 324 y l.c.s.p. Art. 56).

e) Las que tengan por fin la realización de delitos de estafa o chantaje (v. gr. Art. 229, c.p.).

f) Las que persigan coartar el libre juego de la concurrencia económica (v. gr. para realizar actos penados por el Art. 226, c.p.).

Las consecuencias que señala el Art. atribuyen, en primer lugar, responsabilidad solidaria e ilimitada a los socios administradores y a quienes actúan en la gestión social, tanto por el pasivo social como por los perjuicios causados. Se infiere que los socios que no tienen esa intervención en la administración o gestión, sólo pierden sus aportes. Sin embargo el punto depende del tipo de sociedad: si por ejemplo es una colectiva, la responsabilidad ilimitada y solidaria alcanza aún a los socios no gestores ni administradores.

Luego, como es una cuestión que interesa al orden público, la intervención del Ministerio público, además de la disposición concreta del Art., primera fase, se justifica en lo previsto por los arts. 187 y 188, segundo período, de la loj.

En la expresión cualquier interesado, quedan incluidos todos cuantos hayan tenido o tengan alguna relación con la sociedad de objeto ilícito, comprendidos los organismos fiscales, menos los socios, porque se supone que todos ellos han actuado no de buena fe en la constitución de una sociedad a la que a sabiendas se le asignaba un objeto contrario a la ley.

El trámite de la vía sumaria, que es el que corresponde a la acción de que se ocupa el Art. según el 317, 2) del p.c., es el que esta regulado por los arts. 478 a 484 del mismo cuerpo legal.

Los socios no tienen acción entre ellos para pedir divisiones de ganancias, restitución de aportes ni para sustraerse a las perdidas, menos para accionar contra terceros (que se suponen obligados a la sociedad), porque, como entiende Troplong, Pardessus y otros, (cit. de Fernández) tratándose de actividades inmorales e ilegales la justicia no debe atender ninguna clase de reclamaciones, aunque esta tesis es contradicha por otros autores (Baudry-Lacantinerie, Laurent, Aubry y Rau, Hemard, Planiol y Ripert, v. gr.), porque la entrega de los aportes aparecería sin causa y sería también una inmoralidad permitir que los socios quizá más culpables se apropien de bienes ajenos. Sin embargo, parece que la solución que da el Art., que dispone que el remanente del activo de la sociedad, pagado el pasivo, se entregue al Estado, que no supone enriquecimiento ilegítimo de los socios más culpables, es la solución más indicada, una vez que en rigor representa una sanción por una actividad ilícita.

Los terceros de buena fe, pueden alegar la existencia de la sociedad para proteger sus derechos y salvar sus intereses y los socios no pueden acogerse a la excepción de la nulidad del contrato. La ley habla de terceros de buena fe, excluyendo implícitamente a los de mala fe, es decir, a aquellos que al contratar con la sociedad tenían conocimiento de la ilicitud de su objeto, lo que prácticamente importa su complicidad.

Puede derivar la cuestión, según los casos y circunstancias, en responsabilidad penal, cuando el objeto ilícito implica hechos positivos o negativos que la ley considera delitos y que no pueden tolerarse como objeto de ningún contrato. En tal supuesto, tienen estrecha atinencia con la materia los arts. 132 y 229 del c.p. (asociación delictuosa y sociedades o asociaciones ficticias).

JURISPRUDENCIA

- 1.- "La obligación sobre causa ilícita no tiene efecto ninguno siendo la causa ilícita la que se halla prohibida por la ley o es contraria a las costumbres y al orden público" (G.J. N° 1256, p. 38).
- 2.- "La causa del contrato es ilícita cuando esta prohibida por la ley o es contraria a las costumbres o al orden público" (G.J. N° 1269, p. 27).
- 3.- "Una obligación con causa ilícita, carece de un requisito esencial para la validez de toda convención y por tanto no puede servir de base para una ejecución" (G.J. N° 1308, p. 66).

ARTÍCULO 140.- (Actividad ilícita o prohibida). Cuando la sociedad de objeto lícito realice actividades ilícitas o prohibidas por disposiciones legales, el juez a pedido de parte interesada o

a denuncia del Ministerio Público, ordenará la suspensión de tales actividades hasta resolver la disolución y liquidación de la misma, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.

Los socios que acrediten su buena fe tendrán derecho a que su aporte no ingrese al patrimonio estatal y a que no se les aplique la responsabilidad solidaria e ilimitada a que se refiere el artículo anterior.

Conc: c.c. 454, II) -c.p. 229-c. com. 139- 147- 164-

En el caso del Art. se trata de una sociedad con objeto lícito, pero que se ha dedicado a realizar actividades ilícitas -o prohibidas. En general, las consecuencias son las mismas que en el caso del Art. anterior, con excepción de que los socios que acrediten su buena fe tienen derecho a salvar sus aportes y no son pasibles de la responsabilidad solidaria e ilimitada, dispuesta por el Art. anterior, según dispone este Art. con olvido de que esa disposición la destina no a todos los socios sino simplemente a los administradores.

Como la actividad ilícita, contraria al objeto lícito de la sociedad, supone una dirección y administración ilegal de la sociedad, el Art. 166, establece la responsabilidad solidaria e ilimitada de los administradores por los actos dolosos que realizan a nombre de la sociedad, en perjuicio de tercero. La responsabilidad de que trata el Art. 164, se entiende establecida respecto de las relaciones internas entre socios.

ARTÍCULO 141.- (Estipulaciones nulas). Son nulas las estipulaciones en las que se hubieran pactado:

- 1) Que un socio no será excluido de la sociedad aún cuando hubiera justa causa para ello;
- 2) Que al socio o socios capitalistas se devolverán sus aportaciones con un premio preestablecido o con sus frutos o con una cantidad adicional, haya o no ganancias;
- 3) Garantizar al socio la integridad de sus aportes o ganancias eventuales;
- 4) Que la totalidad de las ganancias o de las prestaciones a la sociedad pertenezca al socio o socios sobrevivientes;
- 5) Que algunos socios no soportaran las pérdidas, o que otros estarán solamente a las ganancias o que éstos serán privados de los beneficios;
- 6) El establecimiento, para la adquisición de la parte de un socio por otro, de un precio que se aparte exageradamente de su valor real al tiempo de su negociación.

Conc: c.c. 770 - c. com. 374

La enumeración que contiene el Art., comprende en realidad dos causas de nulidad: la que intenta proteger la conducta social de algún socio (inc. 1) y las que establecen condiciones leoninas sobre las aportaciones, ganancias y pérdidas (incs. 2 a 6).

La exclusión se ejerce en contra de los socios que por sus vicisitudes personales pueden poner en riesgo el normal funcionamiento de la sociedad, y produce una resolución parcial de esta. Sus causas y efectos están determinados en los arts. 374 a 377, que se examina en su lugar.

Los supuestos numerados en los incs. 2 a 6, implican las llamadas condiciones leoninas, que se consideran incompatibles con la naturaleza de la sociedad que, como todo contrato, debe tener un objeto lícito (Art. 139) establecido en el interés común de los socios (Art. 125) y cualesquiera de las ventajas que implican las estipulaciones prohibidas en los mencionados incisos, convenidas en un contrato social, afectan la licitud del objeto de la sociedad al desvirtuar la finalidad del interés común.

La consecuencia es la nulidad de las estipulaciones que contravienen las regulaciones del Art., en el caso del inc. 1) por falta a la obligación de leal colaboración a los fines sociales, y en los demás casos porque implican un beneficio para unos socios fundado en el quebranto de los otros (Pic. cit. de Fernández) , contrario al carácter conmutativo y oneroso de estructura asociativa que es propio del contrato de sociedad (Barassi, cit. de Scaevola).

Se controvierte si la nulidad alcanza al contrato social o solamente a las cláusulas que infringen las prohibiciones. Algunas legislaciones (v. gr. la argentina, arts. 1652 c.c. y 283 c. com. y la colombiana Art. 2081 c.c.) establecen la nulidad de la sociedad en el caso del inc. 5) y de las estipulaciones en los otros. En la doctrina, Rodino (cit. de Scaevola), sostiene a que la nulidad debe alcanzar a la existencia de la sociedad, porque la prohibición comprende elementos esenciales del contrato, cuya ilicitud debería acarrear la inexistencia del contrato mismo. Scaevola, anota que sólo es nula la estipulación, (la cláusula) , como imposición ilícita de una de las partes a la otra, que la consiente sólo formalmente, porque la ley se limita a proteger al débil y sanciona al que abusa despojándole de la ventaja obtenida quia nominor leo, situando a ambos en paridad, lo que se consigue declarando nula simplemente, no la sociedad, sino la estipulación o cláusula leonina.

ARTÍCULO 142.- (Capital social). El capital social será fijado de manera precisa, pero podrá aumentarse o disminuirse conforme a las cláusulas establecidas en la escritura social o en los

estatutos, salvo que disposiciones legales establezcan capitales mínimos para determinadas actividades comerciales.

La resolución de aumento o reducción de capital se inscribirá en el Registro de Comercio, previa publicación,

conforme al artículo 132. En caso de reducción de capital la publicación se hará por tres veces consecutivas.

El aumento de capital por revalúo de activos se sujetara a las disposiciones legales que regulan la materia.

Precd: c. mtl. 231, 4) -

Conc: c. com. 29 - 127, 5) - 132 - 143 - 198 - 201 - 270-344-352-354-392-416, 3) - 422-Rgto. rg. com. 32-Rgto. s.p.a. 25 -26-27 -28 - 27 -30 -

No se concibe una sociedad sin un capital social o fondo común, que tiene una significación constitutiva para el cumplimiento de la finalidad social.

En el contrato social, el propósito de los contrayentes, debe estar dirigida a la constitución de un fondo social, cuya existencia, sea al inicio, sea por toda la existencia de la sociedad, es el presupuesto de todo su ordenamiento legal, dice Vivante y añade que si el contrato no da lugar a la formación de ese fondo, autónomo, puesto a disposición de los administradores de la sociedad, no hay sociedad. Y tampoco la hay si cada socio continua disponiendo de aquello que ha aportado, como podría ocurrir, por ejemplo, en el caso de que varios comerciantes convengan dividirse las utilidades de sus almacenes administrándolos separadamente, o cuando uno solo de los socios deviene propietario de todo el fondo social o de las acciones que le representan (arts. 210 y 378, 8), casos en los cuales o no existe o desaparece la intención de constituir o mantener un fondo social.

El capital social debe estar constituido por bienes determinados, aunque algunos de ellos consistan en ganancias, pero de ciertos y determinados bienes (Fernández). Se constituye con las aportaciones de los socios, las cuales al formar el capital social, que ha de cumplir la función instrumental dirigida al logro de los fines de la sociedad, dejan de pertenecer a aquellos jurídicamente y se convierten en patrimonio social, esto es, en el patrimonio de un sujeto autónomo, el cual pertenece jurídicamente aunque desde el punto de vista económico los socios sean indudablemente los dueños de ese patrimonio social (Messineo). Por consecuencia de esa

autonomía, los terceros acreedores de la sociedad, a los fines de la satisfacción de sus créditos, tienen derechos que prevalecen sobre los de los socios y sobre los de los acreedores personales de estos.

Los aumentos o reducciones de capital, implican modificaciones del contrato constitutivo y, como este, están sometidos a las formalidades ad solemnitatem previstas por las leyes y reglamentos pertinentes . (Particularmente los señalados en las concordancias) .

El revalúo de activos emana, frecuentemente, de las adecuaciones cambiarias, que son consecuencia de situaciones financieras inflacionarias y, como previene el Art., se sujetan a las reglas del dispositivo administrativo que impone el revalúo.

ARTÍCULO 143.- (Oposición a la reducción). Los acreedores de la sociedad pueden oponerse judicialmente a dicha reducción, dentro de los treinta días siguientes a la publicación señalada en el artículo anterior. En tal caso la reducción podrá hacerse efectiva sólo cuando la sociedad pague los créditos de los opositores o los garantice a satisfacción de éstos o del juez o hasta que adquiera ejecutoria la sentencia que declara improbadamente la demanda de opositores.

Conc: c. com. 142-270-352-354-c.c. 1335-1514-

La previsión precautoria establecida en el Art. es una aplicación, concretada a la materia, de la garantía patrimonial de los derechos que establece el ordenamiento común (c.c. Art. 1335), que sujeta los bienes del deudor a la satisfacción, eventualmente forzosa, del derecho de su acreedor. Como quiera que la reducción puede disminuir la responsabilidad patrimonial de la sociedad, la ley autoriza a los interesados a formular y justificar la oposición dentro del plazo: que señala, cuyo vencimiento sin que ella haya sido ejercitada produce la caducidad del derecho a plantearla. (c.c. Art. 1514).

Si la sociedad quiere hacer efectiva la reducción a pesar de la oposición, sólo puede hacerlo cumplida la condición alternativa que señala el Art.: pago previo al acreedor opositor o caución suficiente a satisfacción de este. En caso contrario debe esperarse la resolución judicial, que puede declarar improbadamente la oposición, por ejemplo, en el supuesto de que la sociedad demuestre que el acreedor opositor está debidamente caucionado, lo que haría injustificada la oposición.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Siendo los bienes del deudor la prenda de los acreedores y pudiendo ejercer estos los derechos de aquel, si vencido el plazo no satisface el deudor o rehúsa ejercer por si mismo el derecho o acción que le corresponde en provecho de su acreedor... cumplida como esta la triple condición... ha tenido derecho perfecto, representando a su deudor... para oponer la tercera excluyente que (este) no quiso oponer" (G.J. N° 197, p. 1030).
- 2.- "El que se obliga personalmente esta obligado a cumplir su obligación con sus bienes muebles e inmuebles, habidos y por haber, que constituyen la prenda común de sus acreedores" (G.J. N° 523, p. 1480).
- 3.- "Los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores (quienes) tienen el derecho de perseguir los que actualmente posee el primero y, por tanto, habiendo tenido lugar la enajenación antes de que el deudor haya sido citado de embargo son inconducentes los arts. 1436 y 1437 (1335) del c.c." (G.J. N° 554, p. 12).
- 4.- "El deudor de una obligación esta reatado a llenarla con todos sus bienes habidos y por haber, extendiéndose, por lo mismo, la garantía de su deuda tanto a los que adquiera posteriormente, los cuales tiene bajo este concepto la calidad genérica de prenda" (G.J. N° 535, p. 29).
- 5.- "Los bienes de los deudores constituyen la prenda de los acreedores, teniendo estos, derecho para cuidar de su conservación" (G.J. N° 763, p. 36).
- 6.- "Toda vez que los bienes del deudor son la prenda común de los acreedores según el Art. 1437 (1335) del c.c., los deudores demandados no deben disponer de tales bienes sino mediante autoridad judicial" (G.J. N° 1254, p. 54).

ARTÍCULO 144.- (Sociedad entre esposos). Por la responsabilidad que deriva de los tipos de sociedad que reconoce este Código, los esposos, entre sí y con terceros, sólo podrán participar en sociedades por acciones o de responsabilidad limitada. De participar en una sociedad colectiva o en comandita simple, éstas deberán transformarse en otra por acciones o de responsabilidad limitada en el plazo de seis meses, o cederse la parte de uno de los esposos a otro socio o a un tercero, dentro del mismo plazo.

El incumplimiento de lo dispuesto anteriormente causará la anulación del contrato social y se procederá a la liquidación de la sociedad.

Conc: c. com. 18 - 126 - c.c. 591 - 666 -

Para entender la prohibición y explicar si su mantenimiento tiene razón de ser, cabe una breve recapitulación histórica de la legislación a la que esta vinculada la nacional. En el derecho francés, cuando la mujer casada era considerada incapaz y precisaba autorización marital para actuar, se estimaba que una sociedad constituida entre cónyuges, no debía ser permitida porque

así se atribuía a la mujer una independencia .contraria a los derechos del marido (autoridad marital), o se enriquecía gratuita o clandestinamente a un cónyuge en detrimento del otro, (i) O modificar los efectos de su régimen matrimonial. Además dependiendo la capacidad de obrar de la mujer casada de la autorización marital, el esposo devenía auctor in rem propriam (Rodino, cit. de Scaevola). En el derecho español, la ley impedía las sociedades universales entre las personas a quienes se prohíbe otorgarse mutuamente alguna donación o ventaja, esto es, entre esposos. En el c.c. abrg., el Art. 1207 prohíbe intervenir en sociedades universales a las personas que no tienen la libre administración de sus bienes (caso de la mujer casada, considerada incapaz en el ordenamiento de dicho código).

En síntesis, la prohibición tenía su fundamento en el temor no declarado de que la sociedad entre cónyuges, podía practicarse en fraude de la ley.

Rodino (cit. de Scaevola) no encuentra ninguna incompatibilidad entre las capitulaciones matrimoniales y la sociedad entre cónyuges y, por el contrario, estima que una sociedad entre estos ayuda al logro del fin de la comunidad conyugal y Pic (cit. ibidem) considera que no cabe analogía alguna entre la compraventa (prohibida también entre esposos, Art. 591, c.c.) y la sociedad entre cónyuges ni hay semejanza ninguna que inferir, pues siendo la sociedad mucho más flexible, se presta a todas las medidas susceptibles de salvaguardar los intereses de sus componentes y asegurar el respeto de la economía del régimen matrimonial adoptado.

Si se tiene en cuenta las fundamentales variaciones introducidas por el nuevo ordenamiento legal en las relaciones conyugales, parecen innecesarias mayores consideraciones para admitir que la prohibición no tiene razón de ser mantenida. En efecto, determinado con precisión el régimen de comunidad de gananciales legal, irrenunciable o inmodificable (c.f. Art. 102), diferenciados exactamente los bienes propios de los comunes (c.f. arts. 103 y 111), establecida la igualdad jurídica de los cónyuges (que ha terminado con la incapacidad de la mujer casada: Const. Art. 194 y c.f. Art. 96 y establecida también la declaración de bienes propios previa al matrimonio (Art. 70, c.f.), no queda resquicio alguno -por decirlo así- por donde puedan filtrarse las razones que explicaban las prohibiciones propias del régimen legal abrogado, cuya conservación es un verdadero anacronismo, sin sentido ni justificación. Nótese que aún respecto de la prohibición de la compraventa, la nueva situación legal hace de ella un instituto que no tiene razón de subsistir, según advierte la nueva doctrina.

Punto que debe considerarse como pertinente a la prohibición del Art., es la de los convivientes que forman una unión affectio maritalis, a mérito de lo dispuesto por el Art. 194 de la Const. y 158 y s. del c.f. Si apareciera una sociedad constituida entre dos personas unidas por la relación

conyugal de hecho, esta sería nula, a mérito de este Art. interpretado combinadamente con el Art. 159 del c.f. En este caso, tratándose de una situación de hecho, los interesados pueden acogerse a la acción prevista por el Art. 136 para provocar la liquidación de la sociedad y valiéndose para el efecto de todos los medios probatorios (Art. 370, p.c.).

El plazo señalado en el Art. computable desde la vigencia del Código, esta vencido y los casos de incumplimiento, por ese vencimiento, quedaron sometidos a la disposición del párrafo segundo del Art.

ARTÍCULO 145.- (Herederos menores de edad). Cuando el cónyuge supérstite e hijos menores de edad reciben una empresa a título de herencia, tienen derecho a imponer la continuación de la explotación de la misma, ya sea en común o con la participación de terceros.

En este caso y aún en la constitución de una nueva, sociedad, los menores sólo podrán participar en sociedades por acciones o de responsabilidad limitada, cuya aprobación la dará el juez competente.

Si existiera colisión de intereses entre el cónyuge supérstite y los menores, se designará un tutor para la celebración del contrato y para el control de la administración de la sociedad, si fuera ejercida por aquél.

La infracción a esta norma obliga a la transformación de la sociedad en una de tipo autorizado, sin perjuicio de que el representante legal responda de los daños y perjuicios ocasionados a los menores.

Conc: c.f. 269-275 - 339 - 443 - 470- c. com. 14 -15-16-126-

En la aplicación de las previsiones contenidas en este Art. ha de tenerse en cuenta las de los arts. 14, 15 y 16. En el caso de los menores, no son ellos quienes imponen la continuación de la sociedad (fase primera del Art.) o la formación de una nueva (fase segunda), sino el cónyuge supérstite, en ejercicio de las obligaciones que supone la patria potestad, o el tutor en su caso, con la debida autorización del juez familiar según las pautas que da el Art. 266 del c.f. y el procedimiento que señala el Art. 470 del mismo.

La colisión de intereses, se resuelve según dispone el Art. 269 del c.f., con el nombramiento de curadores (no tutores) para cada grupo de intereses semejantes, nombramiento que ha de hacerse según la regla del Art. 443 del mismo cuerpo legal.

La designación de un administrador prevista en el Art. 16, sirve a la finalidad de control que señala el párrafo tercero in fine del Art.

La transformación al tipo autorizado de que trata el Art. no se refiere a los tipos señalados por el Art. 126 en general, sino a los que de esos selecciona el Art. para la inversión de los intereses de menores en contratos sociales, que son únicamente las sociedades de acciones o de responsabilidad limitada.

Finalmente la responsabilidad de daños ocasionados a los menores, se resuelve conforme a lo que disponen los arts. 275 y 339 del c.f.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso único del Art. 373.

ARTÍCULO 146.- (Participación en otras sociedades). Las sociedades anónimas y en comandita por acciones sólo podrán formar parte de sociedades por acciones o de responsabilidad limitada.

Ninguna sociedad, excepto aquellas cuyo objeto sea financiero o de inversión, podrá adquirir o mantener participación en otra u otras sociedades por un monto que exceda un tercio del capital y reservas libres de la sociedad inversora.

Las participaciones, sea en cuotas o acciones, que excedan de ese límite, deberán ser enajenadas dentro de los seis meses siguientes al balance general donde aparezca el exceso; lo contrario importa reducción proporcional del capital social con redistribución del capital en exceso.

Conc: c. com. 147- 195-217-257-356-438-

Si las sociedades son personas colectivas y, por lo tanto, sujetos de derecho, con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones (Art. 54 c.c. y 133 c. com.), pueden perfectamente investir carácter de socio de otra sociedad. El Art. al prever esa posibilidad, da las reglas convenientes a que esa participación ha de sujetarse, precisamente en resguardo de los intereses sociales en general y de los socios en particular.

Debe tenerse en cuenta la prohibición del Art. 257, que impide a las sociedades anónimas invertir en la adquisición de sus propias acciones, salvo la excepción señalada en la misma disposición

respecto de las adjudicaciones judiciales en pago de créditos, resultado de alguna ejecución forzosa y con la obligación de su inmediata venta.

ARTÍCULO 147.- (Participaciones recíprocas). Es nula la constitución de sociedades o el aumento de su capital mediante participaciones recíprocas, sea en partes de interés, cuotas o acciones.

La infracción a esta norma hará responsables, en forma ilimitada y solidariamente, a los fundadores, directores, administradores y síndicos.

Una vez comprobada la infracción, deberá procederse a la reducción del capital indebidamente integrado, en el plazo de treinta días de su notificación escrita.

Conc: c. com. 140- 146 -

Las participaciones recíprocas en las sociedades, como los testamentos mancomunados en beneficio recíproco (c.c. Art. 1114), en el derecho de sucesiones, para dar un símil gráfico, frecuentemente pueden tener motivaciones oclusivas, razón suficiente para que la ley, en ambos casos, las proscriba.

La prohibición, según Messineo, tiende a evitar que, mientras los terceros, acreedores de cada una de las dos sociedades, confían en el capital respectivo, este es, en todo o en parte, inexistente, en cuanto a una de las sociedades, toda vez que un capital está suscrito mediante el empleo del otro capital, por eso que el Art. dispone la reducción del capital indebidamente integrado por efecto de la participación recíproca, pues este constituye un atentado a la integridad del capital de una de las sociedades. Por lo demás, esta prohibición rige tanto para el período de constitución de las sociedades como para los casos de aumento de capital.

ARTÍCULO 148.- (Comienzo de derechos y obligaciones). Los derechos y obligaciones contractuales de los socios o accionistas con relación a la sociedad, comienzan desde la fecha fijada en el contrato de sociedad.

Conc: c. com. 127, 11) - 133 - 149 -

Si el contrato constitutivo no señala fecha fija para el comienzo a que se refiere el Art., o no existe alguna condición suspensiva, el contrato social rige los derechos y obligaciones de los socios, en sus relaciones internas, desde su celebración, doctrina que es consecuencia lógica del

carácter consensual del contrato de sociedad, por aplicación de las reglas generales que rigen los contratos (Art. 786, c. com.).

Esta interpretación supone distinguir entre efectos con respecto a los socios, que existen desde que entre ellos se intercambi6 el consentimiento y efectos con relación a terceros, que existen desde que la sociedad adquiere personalidad jurídica (Art. 133, Manresa, cit. de Scaevola). Sin embargo, se controvierte dicho criterio, al advertir que si la escritura pública y la inscripción en el registro (arts. 128, 129, 133) son requisitos ad solemnitatem, o sea esenciales para la constitución de la sociedad, deriva de ello que no puede entenderse comenzada una sociedad que no existe legalmente y hasta que exista legalmente, esas relaciones inter - socios, habrá que regularlas como si se tratara de una sociedad de hecho (Castan y Batlle Vasquez, en Scaevola).

ARTÍCULO 149.- (Responsabilidad del nuevo socio). El que ingresara en calidad de nuevo socio, responderá según el tipo de sociedad, de todas las obligaciones sociales contraídas antes de su admisión, aún cuando se modifique la razón o denominación social. Todo convenio en contrario es inoponible a terceros acreedores.

Conc: c. com. 148 - 181 - c.c. 786 -

La responsabilidad por las obligaciones sociales de que habla el Art. se extiende al socio que entra a formar parte de la sociedad después de la constitución de este. Es un caso de solidaridad pasiva del nuevo socio que se explica, dice Messineo, como aplicación del principio general establecido en el Art. 435 del c.c. Es una solidaridad instituida en favor creditoris, que no puede ser contravenida en los convenios de la admisión del nuevo socio, bajo sanción de su inoponibilidad a terceros acreedores, inversamente a lo que sucede en las sociedades civiles (c.c. Art. 786), que regla la misma materia supletoriamente, para cuando la sociedad no ha excluido expresamente de esa responsabilidad al nuevo socio.

JURISPRUDENCIA

1.- "En los contratos de compañía, la obligación solidaria de los socios por las operaciones sociales esta limitada a los asuntos meramente mercantiles por lo dispuesto por el Art. 238 (173) del c. com." (G.J. N° 384,

2.- "Según el Art. 793 (435) del c.c. la solidaridad no se presume y debe ser estipulada expresamente, salvo los casos a que la misma disposición se refiere (solidaridad legal)" (G-J. N° 970, p. 57).

3.- "La solidaridad no se presume, salvo la existencia de una determinación legal que la disponga, circunstancia que no ocurre al presente, pues la obligación de pagar costas corresponde a todos y cada uno de los demandados proporcionalmente" (G.J. N° 1171, p. 19).

ARTÍCULO 150.- (Aporte de bienes). En las aportaciones de bienes, éstos deben ser determinados y se entiende que los mismos son objeto de traslación de dominio. En tal virtud, el riesgo de los bienes estará a cargo de la sociedad a partir del momento de la entrega.

Si no se efectúa la entrega, la obligación del socio se convierte en la de aportar una suma de dinero por el equivalente, que deberá cubrir en el plazo de treinta días.

En el caso de bienes inmuebles debe extenderse las correspondientes escrituras públicas e inscribirse en las oficinas de Registro de Derechos Reales y en el Registro de Comercio.

El aporte de derechos de propiedad sobre bienes no exime al aportante de las garantías de saneamiento por evicción y vicios o defectos ocultos.

Precd: c. mtl. 231, 4) -L. 12 Marzo 1941, Art. 8 -

Conc: c. com. 11 -127, 6)-151-187-200-221-226-357-430-431-

ARTÍCULO 151.- (Aporte de bienes gravados). Los bienes gravados son aportables siempre que su valor este sometido a la deducción del gravamen real que los afecte, los cuales deben especificarse claramente por el aportante.

Precd: c. mtl. 231, 4) -

Conc: c. com. 127, 6) - 150 -

ARTÍCULO 152.- (Aporte de derechos). Son aportables los derechos que se refieran a bienes susceptibles de ser aportados, no sujetos a litigio y debidamente documentados.

Precd: c. mtl. 231, 4) -

Conc: c. com. 127, 6) -

ARTÍCULO 153.- (Aporte de créditos). Los aportes de créditos contra terceros se transferirán a la sociedad por cesión o endoso, según su naturaleza, desde cuyo momento el socio garantiza la legitimidad del título y el cumplimiento de la obligación. En caso de que los créditos no fueran

pagados a su vencimiento, renacerá para el socio la obligación de aportar una suma equivalente de dinero u otros bienes a satisfacción de la sociedad, los cuales deben hacerse efectivos dentro del plazo de treinta días.

Precd: c. mtl. 231, 4) - 254 -
Conc: c. com. 127. 6) -

ARTÍCULO 154.- (Aporte de establecimiento de comercio). Si el aporte consistiera en un establecimiento de comercio, su transferencia puede hacerse en la misma escritura de constitución o mediante escritura pública separada. En todo caso, debe practicarse inventario, valuación y balance a la fecha de la transferencia, procediéndose a la inscripción en el Registro de Comercio.

Precd: c. mtl. 231, 4) -
Conc: c. com. 127, 6) -

ARTÍCULO 155.- (Aporte de uso y goce de un bien). Si el socio aportara el derecho de uso y goce de un bien la pérdida de este o los derechos sobre él suprimen el aporte del socio y autorizan su separación, salvo que pague el valor correspondiente.

El aporte de uso y goce no será admisible en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada.

Precd: 231, 4) -
Conc: c.c. 216, I), 217, II) -221 -c. com. 127, 6) -

ARTÍCULO 156.- (Aporte de trabajo o industrias). Si el aporte prometido consiste en la prestación de trabajo personal o de industria y el socio no cumple con sus obligaciones, la sociedad tiene el derecho a separarlo. Si el incumplimiento se debe a dolo o culpa se le puede, además, exigir judicialmente el resarcimiento de los daños y perjuicios que hubiera ocasionado.

Esta clase de aportes debe estar específicamente estipulada. Su valor no forma parte del capital social. Tendrá derecho a las ganancias en la proporción pactada y no soportará las pérdidas.

En las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada no procede esta clase de aportes.

Precd: c. mtl. 261 - c.c. abrg. 1219 -

Conc: c.c. 768 - c. com. 127, 6) -

JURISPRUDENCIA

"Hallándose reconocida la existencia de sociedad industrial, la convención legalmente formada que la acredita tiene fuerza de ley para las partes contratantes, sin que, por lo mismo, pueda hacerse pesar sobre uno de los socios recargos que no gravan al otro" (G.J. N° 818, p. 27).

ARTÍCULO 157.- (Aporte de títulos - valores). Si el aporte consiste en títulos-valores cotizables, éstos se aceptarán hasta por el valor de cotización. Si no fueran cotizables, o si siéndolo no se hubieran cotizado en un período de tres meses anteriores al aporte, se valuarán según el procedimiento del artículo siguiente.

Precd: c. mtl. 231, 4) -

Conc: c. com. 127, 6) - 510 -

ARTÍCULO 158.- (Valuación de Las aportaciones en especie). Los aportes en especie se valuarán en la forma prevista en el contrato con indicación de los antecedentes justificativos de la valuación.

Cuando en la valuación intervengan los socios o sus representantes, éstos responderán solidariamente de la correcta valuación.

A falta de estipulación expresa al respecto se procederá mediante los precios de plaza o por uno o más peritos designados judicialmente.

Precd: c. mtl. 231, 4) - 255 -

Conc: c. com. 127, 6) - 1472, 2) - 200

ARTÍCULO 159.- (Mora en el aporte). Si un socio, por cualquier causa, no entrega su aporte en las condiciones y plazos convenidos, incurre en mora y la sociedad puede proceder ejecutivamente contra sus bienes o declararlo separado de la misma, sin otro requisito Debe, además, resarcir los daños e intereses causados. En las sociedades por acciones se aplicarán los artículos 243 al 246.

Precd: c. mtl. 256 -

Conc: c. com. 243-244-245 -246-393-1595 -c.c. 339 - 341, 4)

JURISPRUDENCIA

- 1.- "En las obligaciones que tienen por objeto el pago de una suma determinada, los daños y perjuicios procedentes de la demora en la ejecución, consisten en la condenación al pago de los intereses legales" (G.J. N° ; 454, p. 8).
- 2.- "Los daños resultivos de la falta de cumplimiento de una obligación sólo pueden ser exigidos por la mora o por el dolo en que hubiese incurrido el deudor" (G.J. N° 554, p. 9).
- 3.- "Incumplido el compromiso de aportar a la sociedad las pertenencias salitreras a que se refiere el contrato, ha lugar a la acción rescisoria" (G.J. N° 643, p. 9).
- 4.- "Al entregarse sólo ocho hectáreas del terreno en lugar de las diez que se debió dar como aporte social, según explícito compromiso los jueces declararon la rescisión del contrato social, con daños e intereses, en observancia del Art. 775 (568) del c.c. acorde con el 256 (159) del c. com." (G.J. N° 668, p 16).
- 5.- "No tiene valor jurídico la oferta de pago por no haberse hecho la consignación de la respectiva suma de dinero infringiendo el Art. 848 (331), del c.c. sin que por lo mismo, se hubiese extinguido la obligación contraída" (G.J. N° 751, p. 48).

Los arts. 150 a 159, reglan en detalle todas las normas relativas a las aportaciones de los socios: las modalidades que puede presentar su dación o tradición, su valuación cuando no son dinerarias y las consecuencias del incumplimiento en su prestación oportuna.

Los socios deben realizar aportaciones, porque sin ellas no se concibe la sociedad a tenor de la noción que de ella da el Art. 125 y de acuerdo al antiguo aforismo: non est societas sine communione. Es uno de sus elementos constitutivos, de especial esencialidad en esta clase de contratos (Colin y Capitant, Rodino, cits. de Scaevola).

Para Lyon - Caen y Renault (cit. ibidem), aportación es toda utilidad en dinero o susceptible de ser valuada en dinero, que un socio hace a la sociedad a cambio de la parte que se atribuye al mismo en los beneficios. No importa que sea varia o desigual, porque la variedad y la desigualdad, contribuyen más bien a aumentar la utilidad del contrato de sociedad: quien no cuenta más que con su trabajo, por ejemplo, un inventor, puede asociarse con una persona que proporcione capital.

Todos los bienes que pueden ser objeto de contrato, puede serlo de aportación: cosas con valor patrimonial, trátese de bienes muebles o inmuebles, derecho o créditos o intereses jurídicamente protegidos, que genéricamente cabe incluirlos en la denominación de recursos o

puede la aportación consistir en la contribución de esfuerzos que representan actividad personal, tratándose de trabajo, conocimiento del negocio, dotes de organización u otros similares (Rodríguez). Inclusive, según Langle (cit. de Cañizares) puede aportarse una obligación de no hacer.

Lo que importa es: a) que el objeto de la aportación sea lícito, por aplicación de las reglas generales y especiales que tienen relación con el asunto (c.c. Art. 485 y c. com. 139). Si no lo fuera, la aportación sería inexistente y consiguientemente la sociedad nula; b) que sea determinada o determinable en cuanto a su especie (c.c. Art. 485), extremo que no debe que dar entregado a la apreciación de las partes, y c) que tenga un valor estimable en dinero que sirva de base a la determinación de la parte respectiva de cada socio en las ganancias y pérdidas.

Respecto de la aportación de esfuerzos en general (Art. 156), ha de observarse que no es admitida en todas las formas de sociedades. Es más propia de las llamadas personalistas o de responsabilidad ilimitada y esta excluida expresamente por el Código de las sociedades de capitales como las anónimas y de responsabilidad limitada. Además en cuanto al requisito del inc. 9) del Art. 127 (reglas de distribución de ganancias y pérdidas) tienen derecho a las ganancias según lo pactado, pero sin soportar las pérdidas. En realidad, esta consecuencia, que en la doctrina se considera una excepción a la regla del inc. 5) del Art. 141, solo tiene apariencia de excepción, porque cuando no hay beneficios o utilidades el socio de trabajo o industria, soporta las pérdidas al quedar privado de la remuneración que normalmente habría obtenido por su trabajo y pierde lo que aportó que fue su industria o su esfuerzo. El derecho a las ganancias en la proporción pactada, reconocido al socio de trabajo o de industria, no presenta dificultad si ha habido pacto o si, en su defecto, se acepta la solución prevista por el Art. 127, caso 9 in fine, lo cual puede justificarse en la valoración del aporte de esfuerzo a que se refiere la segunda fracción del Art. 156, así sea para este solo fin y no para consignarlo en el capital social. Pues, a contrario, habría que aplicar el criterio sostenido en la Instituta de Justiniano: *aequales scilicet partes et in lucro et in damno* (es claro que a partes iguales en el lucro y en las pérdidas cit. de Scaevola), opinión que se considera inadmisibles por injusta, al equiparar aptitudes y trabajos diversos y porque pugna con el principio de la proporcionalidad que el Código acepta y sigue (v. la anot. al Art. 168).

Aunque las aportaciones dinerarias son las más frecuentes en las sociedades comerciales, es indiferente que se trate de cosas muebles o inmuebles, corporales o incorporales, v. gr créditos, (Art. 153), patentes de invención, marcas de fábrica (Art. 152) o casas de comercio ya existentes (Art. 154), presentes o futuras (menos la herencia futura según el Art. 1004 del c.c.). El aportante ha de ser propietario de los bienes y ha de poder disponer libremente de lo que aporta en el

momento de la aportación y si se trata de industria y de trabajo ha de estar en situación de satisfacer la prestación prometida.

Las aportaciones pueden realizarse a título de dominio, con transmisión de propiedad a la sociedad o a título de uso y goce, (Art. 155) que puede consistir en el derecho real de usufructo o el menos frecuente de uso o un derecho simplemente personal como el de uso. El traspaso de dominio de todo bien sujeto a registro, ha de hacerse con las formalidades establecidas por la ley y antes de su inscripción en el Registro de comercio, ha de inscribirse en el Registro de los derechos reales (Art. 1540, incs. 1, 2, y 6 del c.c.). Si los bienes sujetos a registro están gravados, el traspaso se hace con la deducción que señala el Art. 151. Las aportaciones de títulos - valores (Art. 157), pueden considerarse aportaciones dinerarias, por su carácter fácilmente negociable.

El aportante, queda sujeto conforme a las reglas del derecho común al saneamiento de la evicción y de los vicios ocultos. La pérdida del aporte una vez que ha sido entregado corre a cargo de su dueño: la sociedad.

Si el aporte no ha sido entregado todavía a la sociedad y se pierde, los riesgos, a contrario sensu, corren a cargo del aportante, que debe reponer la aportación y, si no lo hace, puede ser separado de la sociedad sin ningún requisito, por aplicación extensiva del Art. 159. Tratándose de derechos incorporales, la entrega se manifiesta en el uso que la sociedad haga del derecho, v. gr. en el caso de aporte del nombre comercial. En otras modalidades se requiere la tradición real o entrega material, v. gr. aporte de títulos - valores, que deben llevar el correspondiente endoso cuando son acciones nominativas.

Es cuestión controvertida, la relativa a si procede admitir como aporte el solo nombre o crédito de una persona. En general se rechaza en el derecho moderno que se trafique con la influencia política, como crédito aportable a la sociedad cual se toleraba en Roma y en algunas antiguas monarquías. La controversia se limita al buen nombre o crédito mercantil, o sea la reputación que tiene una persona debida a su probidad, pericia y experiencia en el ejercicio del comercio. Guillouard, Vidari, Lyon-Caen y Renault, Baudry-Lacantinerie y Wahl, Planiol, Rodino, admiten que el crédito comercial, aunque sin explicar lo que ha de entenderse por tal, sea aportable. Troplong, Laurent, Aubry y Rau, Dalloz, Manara (cits. de Scaevola) niegan que una aportación así, que no va acompañada de una cooperación real en los negocios de la sociedad, sea admisible; Navarrino, Battista y Vivante, admiten la aportación del crédito personal o nombre, a condición de que otros socios aporten bienes de distinta naturaleza, sin los cuales la sociedad no puede responder a sus finalidades. El Código, no consigna esta posibilidad, por lo cual ha de considerarse no admitida esta aportación en el ordenamiento vigente.

La aportación existe antes de la tradición o entrega, dice Cañizares, porque, de una manera general, más que entrega, tradición o desembolso (inmediato) significa la obligación de dar y hacer gozar a la sociedad la prestación prometida y la entrega es un acto posterior de ejecución, excepto en las sociedades de responsabilidad limitada, sobre las que, la generalidad de las legislaciones, exigen que las partes estén completamente liberadas de esa obligación de desembolso en el momento de la constitución de la sociedad (Art. 199).

Finalmente, cabe indicar que las aportaciones deben tener un valor susceptible de figurar en el balance, como parte del capital social, excepto las de industria y trabajo que no forman parte de el (Art. 156).

En el contrato social se ha de apreciar el valor de las aportaciones o, por lo menos, se ha de fijar las bases para ello y en su defecto se procede en la forma que indica el Art 185. Precisar la valuación, tiene, según observa Vivante, una triple finalidad: a) señala cual es el capital de ejercicio y la garantía inicial de los acreedores sociales; b) determina la parte de cada socio en las ganancias y pérdidas (inc. 9, Art. 127), c) determina también la parte de cada socio en la división del caudal a título de reembolso del capital. Tratándose del socio de industria o de trabajo, la determinación sólo se refiere a las ganancias.

La mora del aportante se produce por ministerio de la ley al sólo vencimiento del plazo convenido o señalado, (Art. 15), en aplicación de la regla general del Art. 341, 4) del c.c. y no precisa requerimiento previo alguno.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Dicho aporte, constituyendo el capital social, quedó sujeto por lo dispuesto en el Art. 1221 (770) del c.c., no solamente a las ganancias, sino también a las pérdidas que pudiesen resultar del giro a que se aplico (. . N° 454, p. 828).
- 2.- "El Art. 1219 (768) del c.c., establece que en casos en que concurren capital e industrial de una sociedad, ordena la división por igual y faculta al juez para resolver lo conveniente, con conocimiento de causa, facultad cuyo ejercicio no esta sujeta a censura en casación" (G.J. N° 555, p. 11).
- 3.- "Sólo se introdujo ocho hectáreas de terrenos de las diez que debió darse como aporte social, según explícito compromiso... (y) la repetida nulidad del contrato trae como consecuencia necesaria la disolución de la sociedad" (G.J. N° 668, p. 16).

ARTÍCULO 160.- (Uso indebido de fondos o efectos de la sociedad). El socio que use en su provecho o en el de terceros los fondos o efectos de la sociedad, está obligado a ceder en favor de la misma todas las ganancias resultantes, siendo las pérdidas o daños de su exclusiva responsabilidad.

Igualmente, responde de los daños el que abusando de su calidad de socio, obtenga ventajas o beneficios personales que afecten a los demás socios en su derecho a las utilidades de la sociedad.

Precd: c. mtl. 260 -

Conc: c. com. 127, 11) -164-374, 3) -c.c. 773-984-

El supuesto implica infidencia en el socio que usa de los fondos o efectos de la sociedad en su provecho propio o el de terceros, ajenos al interés común. La sanción de traer a la sociedad la totalidad de las ganancias así obtenidas, no sólo comprende la que a el le corresponde sino la que debía beneficiar al tercero (Rivarola, cit. de Fernández).

El abuso de la calidad de socio para obtener ventajas o beneficios personales que afectan los derechos de los demás socios, importa una conducta ilícita, dolosa o culposa, que abre la responsabilidad del resarcimiento de los daños ocasionados, por aplicación de los principios generales del derecho común (c.c. Art. 984).

Además de la entrega a la sociedad de las ganancias logradas con la infidencia o del resarcimiento de los daños ocasionados, aunque no lo establece expresamente el Art., es obvio que el socio debe restituir los fondos distraídos o empleados en objeto extraño a la sociedad.

La aplicación de este Art., por otra parte, no obsta a que la sociedad proceda a la resolución parcial del contrato respecto del socio infidente, de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 374, inc. 3)

ARTÍCULO 161.- (Ejecución de sentencia contra la sociedad). La sentencia que condene a la sociedad al cumplimiento de alguna obligación podrá ser ejecutada subsidiariamente contra los socios con responsabilidad ilimitada que hubieran sido demandados conjuntamente con ella, según el tipo de sociedad.

Conc: c. com. 173 - 188 - 210 - 356 - 364 - c.c. 783, I) y II) -

La esencia de la regla del Art. esta en que las deudas de la sociedad afectan el patrimonio social y, de acuerdo al propio ordenamiento del Código, al de los socios cuando estos forman parte de una sociedad de responsabilidad ilimitada. Pues en las de responsabilidad limitada, la sentencia no puede responsabilizar a un socio a más del importe de su aporte (que esta en el capital social) sin trastocar ilegalmente el propio ordenamiento legal en cuya virtud ha sido dada. Además, siendo solidaria en las sociedades de responsabilidad ilimitada la de los socios, así estos no hayan sido demandados conjuntamente con la sociedad, la sentencia les alcanza por aplicación del principio procesal contenido en el Art. 194 del p.c., cuya observancia en el caso se ajusta a lo dispuesto por el Art. 3 del Código y por su carácter de principio de orden público.

De ahí que el Art. no sólo es superfluo, sino que no tiene pertinencia respecto de las sociedades comerciales, porque corresponde a las regulaciones de las sociedades civiles, en las que la responsabilidad de los socios es subsidiaria, en defecto del capital social, no solidariamente, sino proporcionalmente, (Art. 783, c.c.).

ARTÍCULO 162.- (Embargo por acreedores particulares de los socios). En las sociedades colectiva y comanditaria simple, los acreedores del socio pueden cobrarse los adeudos de éste con el importe de sus utilidades y su cuota de liquidación, no pudiendo obligar a la venta de la parte de su interés. Si la obligación no queda pagada en la forma antes prevista, el contrato social no puede ser prorrogado y no corren los términos de prescripción para los derechos del acreedor.

En las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada se puede embargar y hacer vender las acciones o cuotas de propiedad del accionista o socio deudor, con sujeción a las disposiciones aplicables.

Conc: c.c. 789-c. com. 173- 184- 195 -243 -245 -268-

El Art. constituye una aplicación del principio de la personalidad de la sociedad como ente de derecho distinto de sus miembros (Art. 133) y deja establecido cuando se considera obligada la sociedad y cuando los socios, al determinar un deslinde preciso entre acreedores de los socios y acreedores de la sociedad.

Los acreedores particulares de los socios no pueden afectar en forma alguna a la sociedad, porque su derecho contra la misma, anota Fernández, no es mejor que el del socio, su deudor.

En las sociedades colectivas y comanditarias simples, los acreedores del socio pueden embargar las utilidades que corresponden a este. Pero no pueden ejecutar la venta forzosa de su parte en

el capital social si aquellas fuesen insuficientes para cancelar el crédito. Más, en este último supuesto, la ley impide la prórroga de la sociedad permitida por el Art. 379 y suspende la prescripción, cuyos plazos no corren para el acreedor del socio no íntegramente pagado (arts. 1501, y 1502, 6), c.c.). Para asegurar el acreedor la posibilidad de ejecutar forzosamente por el saldo no satisfecho al tiempo de la disolución y liquidación de la sociedad, a menos que el socio deudor haya pagado, para que proceda la prórroga si esta interesa a la sociedad.

Las disposiciones aplicables respecto de las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada, son los arts. 243 y 245 del Código.

ARTÍCULO 163.- (Administración y representación). Todos los actos que comprenden la actividad prevista como objeto de la sociedad o necesarios para el cumplimiento del mismo y sean ejercitados por los administradores o representantes de la sociedad, de acuerdo con el contrato o por disposición de la Ley, obligan a ésta mientras no sean notoriamente extraños a su giro. Asimismo, obligan a la sociedad en los límites del objeto social, aún cuando la representación sea conjunta si se trata de obligaciones contraídas mediante títulos- valores, por contrato entre ausentes o contratos de adhesión, salvo que el tercero tuviere conocimiento de que el acto se realiza contraviniendo la representación conjunta.

Estas facultades legales de los administradores o representantes de la sociedad respecto de terceros, no los liberan de las responsabilidades internas por infracción a las restricciones contractuales.

Precd: D.S. 1 Dic. 1891 -

Conc: c. tb. 140, 1) y 2) - c.c. 775 - p.c. 58 - c. com. 127, 8)-164- 165-166-172-175-188-203-314-359-387-389-420-507-

Las personas individuales ejercen sus derechos o contraen obligaciones por si mismas o mediante la representación voluntaria, salvo en los estados de restricción a la capacidad de ejercicio, en los cuales esa representación es necesaria como institución auxiliar de la incapacidad de ejercicio y la instituye la ley (menores, interdictos, ausentes, fallidos, por ejemplo).

En cambio, las personas colectivas como las sociedades, obran y se obligan siempre por medio de las personas individuales que las representan. Calamandrei explica la representación en el caso de las personas colectivas, señalando que estas, aún siendo idealmente consideradas por la ley como sujetos autónomos de derechos y obligaciones, solo pueden actuar en el mundo

sensible mediante la voluntad de las personas individuales o físicas, que constituyen los órganos necesarios de su actividad práctica.

Por virtud de ese principio fundado en la realidad, los artículos 163 a 167 y el 172, establecen algunas reglas sobre administración y representación que anticipan normas de algún carácter general, una vez que, según cada tipo de sociedad, se determina en cada caso, las regulaciones pertinentes.

Se distingue las actividades administrativas de las representativas. Las personas autorizadas para usar de la firma social son auténticos representantes, (ejemplo, p.c. Art. 56 y c. com. Art. 314). Los administradores, tienen la consideración legal de mandatarios. Aunque no lo sean, dice Rodríguez, se les da el trato jurídico como si lo fueran (ejemplos: arts. 177, 180, 188, 203). Vivante, observa que el administrador, por regla, está dotado de la representación, aunque puede darse el caso, como es frecuente en las sociedades anónimas, dice, que por disposiciones del estatuto o de la ley, la representación sea confiada exclusivamente a alguno de los administradores. En cuanto al carácter de los administradores, Vivante, también señala que considerada la esencia de su función, son mandatarios de la sociedad, aunque con algunas cualidades propias, como cuando se trata de administradores-socios, quienes no sólo actúan en interés de la sociedad sino también en el propio, con consecuencias distintivas respecto de la actuación del mandatario no socio.

Para los socios, administrar la sociedad es, en principio un derecho y una obligación (Malagarriga). Están excluidos de esa obligación y de ese derecho los comanditarios en las sociedades en comandita y los industriales en las de capital e industria. En las demás, una vez designados el administrador o administradores, designación que según los casos puede ser obligatoria o facultativa, la exclusión alcanza a los socios no designados para esas funciones

La forma moderna de la gestión social, particularmente en las sociedades de capitales, presenta la modalidad de los Consejos de Administración (directorio según el Art. 307), además de los gerentes o administradores con facultades deliberativas, poderes de decisión y de contralor, dejando a los administradores la simple función ejecutiva de las disposiciones de dichos consejos o directorios

La extensión y las limitaciones en la facultad de administrar-que varían también según el tipo de sociedad- se fijan generalmente en el contrato constitutivo o en los estatutos. Suplementariamente la ley, también los señala en función del objeto de la sociedad y de los actos necesarios para el cumplimiento del mismo La actuación administrativa y representativa

obliga a la sociedad por aplicación del Art. 133. Las consecuencias de una extralimitación o de una infracción de las restricciones contractuales contenidas en el mandato respectivo, se traducen en la responsabilidad interna de los administradores o representantes que incurran en ellas. El Art. señala dos excepciones a esta regla general: actos o negocios notoriamente extraños al giro de la sociedad o contravención conocida por el tercero de la representación conjunta en materia de obligaciones contraídas mediante títulos - valores o por contratos entre ausentes v de adhesión. En estos supuestos, el tercero aparece, puede decirse, complicado en la extralimitación o en la infracción y no puede fundar ninguna pretensión, si la sociedad niega el cumplimiento de una obligación asumida, en su propia evidente falta de buena fe, por aplicación de las reglas generales de derecho.

JURISPRUDENCIA

- 1.- " El desempeño del mandato de administración, debe cumplirse por el mismo designado como administrador, no pudiendo pasar a individuos extraños, sino por pacto expreso o sobreentendido" (G.J. N° 496, p. 9).
- 2.- "Las obligaciones que contraen los socios a nombre de la sociedad reatan a los demás, cuando estos les hubiesen dado poder (de administración)" (G.J. N° 497, p. 3) .
- 3.- "La notificación con la demanda contra compañías anónimas debe hacerse al gerente" (G.J. N° 648, p. 21).
- 4.- "El socio administrador, puede hacer, sin embargo de la oposición de los otros, todos los actos que dependen de su administración, con tal que sea sin fraude y sujeto a sus instrucciones" (G.J. N° 709, p. 5).
- 5.- "Conferida la administración de la sociedad por la escritura de constitución a dos personas jurídicas (colectivas), la nueva firma a la que una de aquellas transmitió sus derechos, puede representar a dicha sociedad" (G.J. N° 738, p. 22).
- 6.- "Todo socio encargado de la administración por cláusula especial de contrato de compañía, puede hacer todos los actos propios de su cargo" (G.J. N° 738, p. 22).
- 7.- "La calidad de que un demandado es gerente de una sociedad, debe probarse por escritura pública, y no basta a subsanar esta falta el juramento posesorio del reo, ni las declaraciones de testigos, ni los avisos publicados por la prensa anunciando aquella gerencia, ni que el nombre del demandado figure en la razón social. Los simples mandatarios, sin escritura que así los reconozca, no representan a la sociedad" (G.J. N° 755, p. 38)
- 8.- "Según el Art. 35 del D.S. de 1° de Dic. de 1891, los Bancos son responsables de las operaciones que efectúan sus administradores y jefes de agencias, que estén comprendidas entre las facultades que les tienen acordadas" (G.J. N° 769, p. 43).

9.- "Los Bancos son responsables de las operaciones de sus gerentes o administradores, por disposición expresa de los reglamentos bancarios y porque conforme al Art. 968 (992) del c.c. los comitentes son responsables del daño que causan sus comisionados en las funciones en las que se les emplea" (G.J. N° 793, p. 9).

10.- "El Art. 405 (687) del p.c. supone la existencia probada del derecho de exigir cuentas y la obligación de rendirlas y el 1236 (780) del c.c. impone a los socios la obligación de darse cuenta de la administración" (G.J. N° 815, p. 17).

11.- V. los casos N° 2 del Art. 9, 7 del Art. 128 - 2 del Art. 133; 1 del Art. 314 v 1 y 2 del Art. 327.

ARTÍCULO 164.- (Responsabilidad de los administradores y representantes). Los administradores y los representantes de la sociedad deben actuar con diligencia, prudencia y lealtad, bajo pena de responder solidaria e ilimitadamente por los daños y perjuicios que resulten de su acción u omisión.

Conc: c. com. 160-163-168-259-321-328-382-387-389-

Cabe aplicar para este Art. (como para el 166), lo dicho en la anot. del Art. 86.

ARTÍCULO 165.- (Inscripción del nombramiento y cesación de administradores y representantes). La designación y cesación de administradores y representantes deben inscribirse en el Registro de Comercio con indicación expresa de las facultades otorgadas en la escritura de constitución o en el poder conferido ante Notario de Fe Pública. La falta de inscripción no perjudica a terceros.

Conc: 29- 163-Rgto. rg. com. 13-33 -

La obligación que fija el Art., esta señalada imperativamente (Art. 29). No es un requisito facultativo para los comerciantes. Deben inscribirse en el Registro, dice la ley y el Rgto. rg. com. lo reitera (arts. 13 y 33). La falta de inscripción no sólo quita efectos contra tercero al documento no registrado, sino que puede justificar sanciones aún penales si resulta que la no inscripción ha tenido objeto deliberado de perjudicar a terceros o encubrir actividades ilícitas (Art. 140).

ARTÍCULO 166.- (Responsabilidad por actos dolosos). Los administradores y representantes de la sociedad responden, respecto de terceros, solidaria e ilimitadamente por los actos dolosos realizados a nombre de ella, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 140.

Conc: c.c. 57 - c. com. 139 - 163 -

Es pertinente a este Art. como al 164, la anot. al Art. 86 y también la del Art. 140.

La sanción de responder por la culpa y el dolo, no es propia únicamente del contrato de sociedad, sino común a todas las obligaciones y si este Art. no dispusiera lo que previene, se aplicaría la misma responsabilidad por virtud de los preceptos generales.

ARTÍCULO 167.- (Infracción a normas de administración y vigilancia). Los directores, administradores y síndicos que infrinjan las normas que regulan la administración y vigilancia de las sociedades, son responsables de los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad y serán separados, provisional o definitivamente, de sus funciones, de acuerdo a lo establecido por el contrato social o las disposiciones de la Ley, según el tipo de sociedad.

Precd: c. mtl. 262, 2ª parte -

Conc: c. com. 176-211 -322- 323 - 370-

Es un desdoblamiento innecesario de las responsabilidades reguladas en los Art. 164 y 166. La responsabilidad puede emanar de extralimitaciones o infracciones del mandato que inviste la representación o la administración; de falta de diligencias, y prudencia (noción de culpa) en la conducción social; de actividad ilícita y desleal (noción de dolo). Pudo resumirse en un Art. las disposiciones de los Art. 164, 166 y 167.

ARTÍCULO 168.- (Requisitos para distribución de utilidades). La distribución de utilidades sólo puede hacerse cuando las mismas sean efectivas y líquidas, resultantes de un balance elaborado de acuerdo con la Ley y los estatutos y aprobados por los socios o el órgano social competente. Es nula cualquier estipulación en contrario.

Tanto la sociedad como los acreedores pueden repetir por la distribución de utilidades hecha en contravención de lo dispuesto en este artículo, contra las personas beneficiadas, o exigir su reembolso a los administradores que lo hubieran autorizado, siendo unos y otros solidariamente responsables de dicha distribución.

Precd: D.S. 8 Marzo 1860, Art. 1198 -

Conc: c.c. 767-454-549-c. com. 127, 9)-171-164-

La distribución de utilidades (Art. 127, 9), esta librada a la libertad contractual. En su defecto, la ley da la regla supletoria. De las dos soluciones que caben: reparto por cabeza y por igual y

reparto proporcional a la aportación, el Código (como el c.c. en su esfera de aplicación, Art. 767, II) impone la segunda que se considera la más justa.

Desde luego, no puede haber distribución de utilidades sino cuando ha habido realmente beneficios, porque de lo contrario la sociedad consumiría su propia substancia (Rodríguez), al repartir a los socios el capital que debe servir estrictamente como medio para alcanzar los fines sociales y constituye además la garantía patrimonial para los terceros que contratan con la sociedad.

Sobre esa base, el Art. sólo se concreta a determinar los requisitos indispensables para la distribución de las utilidades obtenidas: balance conforme a la ley y a los estatutos, y aprobación del mismo por el órgano competente. Cualquier convención que intente eludir estos requisitos es nula (arts. 454 II, y 549, 5, c.c.). La contravención de esta disposición da lugar a las consecuencias señaladas en la segunda fracción del Art.: facultad de repetir, atribuida a la misma sociedad o a sus acreedores contra los beneficiados o de exigir el reembolso a los administradores que son responsables solidarios con los beneficiarios de la distribución ilegal. Los acreedores para repetir, pueden usar de la acción paulina, según el requisito 1) del Art. 1446 del c.c.

Entre las contravenciones respecto de la distribución de utilidades, ha de tenerse en cuenta las que derivan a lo dispuesto en la segunda fase del Art. 169 y en la primera del Art. 171.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 1 del Art. 46.

ARTÍCULO 169.- (Reserva legal). En las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada se debe constituir una reserva del cinco por ciento como mínimo, de las utilidades efectivas y liquidadas obtenidas, hasta alcanzar la mitad del capital pagado, salvo la señalada por las leyes especiales.

La reserva deberá reconstituirse con las utilidades obtenidas antes de su distribución, cuando por cualquier motivo hubiera disminuido.

Las sociedades, cualquiera sea su tipo, pueden acordar también la formación de reservas especiales que sean razonables y respondan a una prudente administración. Su porcentaje, límite y destino serán acordados por socios o por las juntas de accionistas.

Precd: D.S. 8 Marzo 1860, Art. 1181 -
Conc: c. com. 127 10)-168-170-204-347-Lea. 38-

La contabilidad, bajo el común epígrafe de reservas, distingue, en general, las complementarias del activo que representan una disminución del valor del activo, las del pasivo para cubrir obligaciones contingentes u otros adeudos no exactamente determinables del pasivo acumulado y la reserva capital constituido por aquellas que forman parte del superávit (Rodríguez).

En el ámbito jurídico, la doctrina designa con el término reservas, determinadas sumas de valores patrimoniales activos excluidos de la distribución que representan un aumento del patrimonio social y aseguran una mayor solvencia económica.

De las varias definiciones mencionadas por Rodríguez, cabe señalar las dos siguientes: 1) parte del patrimonio de la sociedad que no integra el capital pero que no ha de ser distribuida entre los accionistas; 2) parte del patrimonio social que sin ser capital fundacional no debe distribuirse entre los accionistas.

De estas definiciones, emanan para el concepto jurídico de las reservas, sus notas distintivas: a) son valores patrimoniales del activo; b) han de provenir de las utilidades; c) no son parte del capital, sino una adición al mismo; d) no son valores repartibles como las utilidades, de las cuales han sido separadas precisamente para no ser repartidos.

Es propiedad de la sociedad y los accionistas no tienen derecho alguno sobre ellas, como no lo tienen a las utilidades existentes, sino hasta que se acuerde y resuelva su reparto.

No siempre están constituidas las reservas por fondos líquidos. Puede ser invertida en elementos del patrimonio y formar parte de este, lo que no altera su intangibilidad, una vez que simplemente la parte del patrimonio social correspondiente a la reserva en ella invertida no puede ser distribuida a los accionistas, lo que impide que pueda ser desinvertida o realizada y transformada en otros bienes. (Messineo).

Los autores en general (v. gr. Vivante, Rodríguez), las distinguen en, a) reserva legal, que es la constituida por imposición de la ley y que ningún estatuto ni acuerdo de voluntades puede derogar; b) reserva estatutaria, la prevista por los estatutos; c) reservas eventuales, las constituidas por acuerdo de las asambleas (juntas generales) societarias.

La reserva legal, constituye un fondo rígido, formada con la cuantía mínima que la ley señala para todas las clases de sociedades que están obligadas a constituirla, sin tener en cuenta las diferentes necesidades y realidades de cada una de ellas. Su destino también se fija imperativamente por la ley y la sociedad no puede emplearla en otra finalidad que a que señale la ley general o las leyes especiales.

Las reservas voluntarias (o especiales, según la terminología del Art.), son las estatutarias y las eventuales a que se refiere la distinción mencionada supra y pueden ser destinadas a los fines especiales de su creación o a los que el acuerdo de las juntas de accionistas considere conveniente dedicar. Estas reservas voluntarias, llamadas también extraordinarias (en oposición a la legal que se dice ordinaria), facultativas o libres, son por lo regular resultado de una administración previsor y prudente.

El reparto de beneficios o utilidades, sin deducir previamente los importes correspondientes para la formación del fondo de reserva legal, da lugar a la responsabilidad solidaria y a las consecuencias que determine el Art. siguiente (170).

ARTÍCULO 170.- (Incumplimiento en la constitución de reservas). Los directores, administradores y síndicos son solidariamente responsables por el incumplimiento de lo dispuesto en la primera parte del artículo anterior y, en su caso, quedan obligados a entregar a la sociedad una cantidad igual a la reserva que se dejó de constituir, pudiendo éstos repetir contra los socios por el importe indebidamente distribuido.

Conc: c.c. 435 - c. com. 169 -
Véase la anot. del Art. anterior, i. f.

ARTÍCULO 171.- (Perdidas anteriores). No pueden distribuirse utilidades mientras existan pérdidas no cubiertas de ejercicios anteriores.

Cuando los directores, administradores y síndicos sean remunerados con un porcentaje de utilidades, la junta de accionistas o el órgano social competente, pueden disponer su pago en cada caso, aún cuando por ello no se cubran pérdidas anteriores.

Conc: c. com. 169 - 172 -

Si se distribuye utilidades dejando de cubrir perdidas de ejercicios anteriores, se incurre en la infracción y las consecuencias señaladas en el Art. 169.

El pago de las remuneraciones de directores, administradores o síndicos, que según el acto constitutivo, los estatutos o los mandatos respectivos consisten o deben imputarse a porcentajes de utilidades, no supone contravención ninguna a las disposiciones del Art. 169 ni de la primera fase de este Art.

ARTÍCULO 172.- (Remuneración a directores, administradores y síndicos). Los socios o accionistas que a la vez ejerzan funciones de directores, administradores y síndicos de la sociedad, pueden, salvo pacto en contrario, ser remunerados con una suma fija o un porcentaje de las utilidades del ejercicio, asignados en el contrato social o los estatutos o por resolución en junta de accionistas u órgano social competente, pero no por sí mismos.

No pueden tener remuneración los socios que, por el tipo de sociedad, asuman esas funciones como una obligación en la que su labor integra el aporte social.

Conc: c. com. 163 - 171 - 320 - 339 -

La remuneración y la forma de cubrirla, no puede ser determinada por los directores, administradores o síndicos. El pacto en contrario, supone que algún socio que ejerza alguna de esas funciones no perciba remuneración o que ella tenga algún otro carácter (v. gr. determinados servicios de la sociedad en su favor). La ultima parte del Art. puede aplicarse al supuesto de socios de trabajo, que prestan actividad de conducción y administración del negocio, sin aportar capital dinerario.

CAPITULO II

SOCIEDAD COLECTIVA

ARTÍCULO 173.- (Características). En la sociedad colectiva todos los socios responden de las obligaciones sociales en forma solidaria e ilimitada.

Precd: c. mtl. 226 - 238 -

Conc: c.c. 435-c. com. 126,1)-135-161-162-193-358-367-371-373-374- 765-1491-

La sociedad colectiva, por regla, se constituye entre pocos socios ligados por una recíproca confianza (Vivante) y de ordinario entre personas pertenecientes a la misma familia (Messineo),

lo que explica el *numerus clausus* (número cerrado) de los socios, que generalmente son pocos. Al surgir de modo natural del hecho de que los miembros de una familia trabajen en común o cuando varios amigos explotan conjuntamente un negocio, resulta la forma más espontánea de organización social mercantil (Rodríguez).

El antecedente de la sociedad colectiva moderna, es la *compañía*: de *cum panis* (Cañizares), denominación que evoca su origen familiar e indica que esta formado por personas que comen el mismo pan.

Aparece en Italia durante la Edad media, como fórmula distinta de la *societas romana* y de las otras formas de asociación existentes entonces. La discriminación entre sociedades civiles y comerciales se afirma y concreta las características de la *compagnia medieval*: finalidad de lucro, responsabilidad solidaria de sus componentes, la razón social y el patrimonio autónomo que le da cualidad de persona colectiva, que hace decir a Stracha (cit. de Cañizares): *societas est corpus mysticum ex pluribus nominibus conflatum* (la sociedad es el cuerpo místico compuesto de muchos nombres).

El nombre colectivo, que supone una colectividad (de ahí su nombre, dice Benito), sustituyó al de *compañía*, primero en Francia (tras el empleo de *société ordinaria*, *société general*, *société libre*), cuyo Cgo. de comercio de 1807, impuso la denominación de *société en nom collectif*, que emplearon Pothier y Savary (cit. de Cañizares), de donde ha pasado a Italia como *societa in nome colectivo*, al Portugal y Brasil como *sociedade en nome* (o *com firma*) *coletivo*; al Cgo. suizo de las Obligaciones como *Kottektivgesellschaft*; a España, Perú, Cuba como *compañía colectiva*; a México, Venezuela, Honduras, Costa Rica, Ecuador, como *sociedad en nombre colectivo* y a Bolivia, Argentina, Uruguay, Colombia, como *sociedad colectiva*. En los países anglo sajones y pertenecientes al sistema de *common law*, la denominación equivalente es *partnership*.

En todas las legislaciones esta sociedad, es una de tipo personalista (por el papel especialmente importante que desempeña el *intuitus personae*) y de naturaleza contractual, en la que los socios responden ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales, que tiene una razón social, sin que los socios puedan ceder libremente sus participaciones (Art. 181, primera parte). Teniendo en cuenta, esas características, que también los autores señalan, puede aceptarse como una definición completa de la misma la que propone Rodríguez: *sociedad mercantil, personalista, que existe bajo una razón social y en la que los socios responden ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales*. La definición dada, incluye además la indicación de que la responsabilidad de los socios es subsidiaria, lo que se explica porque el autor de ella la formula

en función de la legislación mexicana que expresamente así lo determina en la Ley general de sociedades mercantiles, pero que el Código que aquí se anota no la consigna. La subsidiariedad, faculta al socio oponer en su caso la excepción de excusión, permitida en el ordenamiento nacional para las sociedades civiles (Art. 784, c.c.), reguladas según el sistema italiano de las sociedades simples. Messineo, respecto de las sociedades colectivas señala que la responsabilidad de los socios es solamente eventual y subsidiaria, habida cuenta que estos no ejercitan actividad económica en la sociedad personalmente sino en nombre y en interés de la sociedad.

El carácter ilimitado de la responsabilidad, significa que los socios, responden del total de las obligaciones sociales, a cuyo efecto todos sus bienes están afectados, hasta el agotamiento de los mismos si así lo exige la entidad de la obligación social.

La solidaridad de los socios, que es pasiva, importa que todos ellos responden del total de las obligaciones sociales y que el acreedor o los acreedores pueden accionar contra cual quiera de ellos por el total de la deuda social (c.c. Art. 433). Este carácter solidario de la responsabilidad de los socios, excluye el concepto de subsidiariedad antes mencionado, porque la solidaridad implica que el obligado esta constreñido a responder directa y plenamente, no subsidiariamente, a la demanda del acreedor. Por eso, en el caso de las sociedades civiles (Art. 784, c.c.) la subsidiariedad se explica, porque las obligaciones de los socios no son solidarias, sino mancomunadas con prestación proporcional divisible (salvo pacto de solidaridad expreso). Si se considera que la excepción de excusión u orden tampoco es admitida en la fianza cuando el fiador se ha obligado solidariamente (Art. 925, 2, c.c.), se comprenderá cabalmente la interpretación aquí sostenida.

El pacto en contrario, (si hubiera), no opera frente a terceros, pero, a contrario sensu, puede tener efecto solamente en las relaciones internas con los otros socios, dice con buen criterio Messineo, en el sentido de que el socio que esta exento, por pacto de responsabilidad limitada, tiene derecho a ser reembolsado o relevado por los otros socios cuando sea llamado a responder personalmente frente a los terceros - acreedores de la sociedad. Es una aplicación permitida a tenor del principio contenido en el Art. 454, II del c.c.

La completa fusión de los socios con la sociedad, en la responsabilidad por las obligaciones sociales, que alcanza hasta el total de sus bienes particulares, hace que se controvierta la personalidad jurídica de la sociedad, que al considerarla un tanto confusa, varios autores niegan esa personalidad (cuestión ampliamente considerada en la anot. al Art. 133).

La posibilidad de que el socio sea llamado a responder de obligaciones que no son suyas, dice Messineo, sirve para demostrar que no existe separación total y absoluta entre el patrimonio social y el patrimonio de los socios y hace imperfecta o unilateral la autonomía patrimonial de la sociedad colectiva, lo que justifica -añade- que no puede ser considerada persona jurídica y la personalidad, atendidos los efectos que de ella derivan, solo puede atribuirle la ley, que es lo que precisamente hace el Código (Art. 133) y así se resuelve en el ordenamiento patrio, la controversia.

Otros, si bien admiten la personalidad jurídica de la sociedad colectiva, como distinta de la de los socios, porque posee nombre, domicilio, patrimonio, aptitud de adquirir derechos y contraer obligaciones y de comparecer en juicio, estiman que las características especiales que configuran la responsabilidad ilimitada de sus componentes y la circunstancia de que la quiebra importa la de estos (Art. 1491, 1), envuelven la cuestión de que el solo hecho de formar parte de una sociedad de esta naturaleza hace adquirir la calidad de comerciante (Fernández), cuestión que se controvierte (Malagarriga) según la legislación que se comenta. Puede decirse sobre este punto que el Código establece la comercialidad del socio colectivo, por el solo hecho de serlo, al autorizar su remoción de la administración social cuando sobreviene impedimento o prohibición de ejercer el comercio para el (Art. 176, i.f.).

Este tipo de sociedad que era preferido por los comerciantes, dada la simplicidad de su constitución y funcionamiento y su operabilidad con capitales más o menos reducidos, gracias al crédito facilitado por la responsabilidad ilimitada de sus componentes, viene siendo substituido en la práctica por las de responsabilidad limitada, que permite el ejercicio del comercio sin comprometer más que el importa del aporte.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "En los contratos de compañía, la obligación solidaria de los socios por las operaciones sociales esta limitada a los asuntos meramente mercantiles, por lo dispuesto en el Art. 238 (173) del c. com." (G.J. N° 384, p. 170).
- 2 .- "Según los arts. 238 y 239 (173 y 174) del c. com., todos los asociados de una sociedad colectiva, sean o no administradores, son responsables solidariamente por las operaciones que se hicieren a nombre de la sociedad por los mismos autorizados al efecto, y responde también la sociedad por los actos particulares de los miembros no autorizados para la administración, cuando sus nombres se hayan incluido en la razón social" (G.J. N° 712, p. 51).
- 3.- V.]os casos N° 9 del Art. 128; N° 1 del Art. 788 y N° 4 del Art. 810.

ARTÍCULO 174.- (Denominación). La denominación debe contener las palabras "sociedad colectiva" o su abreviatura.

Cuando actúe bajo una razón social, ésta se formará con el nombre patronímico de alguno o algunos socios, y cuando no figuren los de todos, se le añadirá las palabras "y compañía" o su abreviatura.

La razón social que hubiera servido a otra sociedad, cuyos derechos y obligaciones hubieran sido transmitidos a la nueva se añadirá a ésta luego de los vocablos "sucesores de".

La persona que permita incluir su nombre en la razón social sin ser socio, responde de las obligaciones sociales solidaria e ilimitadamente.

Precd: c. mtl. 226-239 -

Conc: c. com. 127, 3) -

La razón social (que también se dice firma social), es el nombre propio de la persona jurídica llamada sociedad colectiva, que por dicha razón es conocida en el comercio distinguiéndose de cualquiera otra compañía y con ella firma y garantiza todas sus operaciones comerciales (Rebolledo). Es de la naturaleza, pero no de la esencia de la sociedad colectiva pues puede existir sin ella, según se desprende de la determinación de la segunda fracción del Art., lo que implica dificultades de hecho para determinar cuando los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas corresponden a la sociedad y cuando a los socios (Fernández).

Pero si no tiene razón social, la sociedad colectiva, ha de tener denominación. La sociedad debe actuar en el mundo de los negocios con un nombre social, que además constituye una propiedad de ella (Art. 448, 3: nombre comercial). Ese nombre social puede ser una denominación o una razón social.

La denominación, v. gr. Editorial Plus Ultra Soc. Colec., esta formada de un modo objetivo, con palabras que aluden a la actividad principal de la sociedad sin que figuren en ella nombres de personas.

La razón social implica el nombre colectivo de los socios (de ahí una de las denominaciones de la sociedad: en nombre colectivo). Importa que la sociedad ha de operar bajo el nombre patronímico de uno o más socios, que debe figurar, ante todo, en el acto constitutivo y, después, en toda manifestación de actividad social. En la formula abreviada corriente, se estila mencionar

uno o varios nombres de los socios, con el agregado y compañía o su abreviatura. También se acostumbra usar otras palabras para indicar la existencia de los demás socios, v. gr. Murillo Brothers; Arnó Hnos; Torres y Hermanos; Hijos de Ricardo Gamarra; López y García, etc., la copulativa y entre dos nombres indica existencia de sociedad. Sin embargo, de acuerdo a las disposiciones del Art., en estos últimos casos, ha de agregarse las palabras sociedad colectiva o su abreviatura.

La razón social, como bien mercantil (Art. 449, 3) es transferible. En la eventualidad de su transmisión, se aplica lo previsto en la fase tercera del Art., ejemplo: Canelas y Guevara, Suc. de Gamarra y Cía. Inclusive puede conservarse los nombres de los socios fallecidos que integran la razón social, sea porque lo establece el acto constitutivo o porque prestan su consentimiento los herederos, agregándose el adimentado señalado.

El último párrafo del Art. es la expresión del llamado principio de la veracidad de la razón social (Rodríguez), implica la afirmación de que la razón social debe expresar la verdadera composición personal de la sociedad y estar formada por nombres de socios y sólo por ellos, porque anuncia al público la personalidad de los componentes que responden ilimitadamente, como base del crédito social. La razón social no es real y verdadera, cuando se incluye en la misma nombres ficticios o de personas que no son socios. Si se contraviene el precepto legal, la consecuencia es la que señala la ultima parte del Art. y además, según la doctrina, si con ello se sorprende y perjudica a terceros, el hecho puede considerarse una estafa pasible de las sanciones penales respectivas (Lyon - Caen y Renault, cit. de Fernández). Quien consiente que la sociedad use su nombre o tolera ese uso, responde ilimitadamente de las obligaciones sociales, dice Vivante, por razón de su culpa, responsabilidad que se extiende a todas las obligaciones sociales, aún a las anteriores al uso de su nombre.

El nombre de fantasía, la divisa o insignia, v. gr. La Estrella del Oriente, La Fuente del Deseo, etc., es independiente de la razón social y no debe confundirse con este y su uso puede dejarse en suspenso o cederse a terceros sin que ello afecte a la firma social ni a la sociedad.

JURISPRUDENCIA

"Tiene personería para ser ejecutado cualquiera de los socios colectivos cuyo nombre figura en la razón social aunque haya contratado particularmente, conforme al Art. 239 (174) del c. com." (G.J. N° 712, p. 51).

ARTÍCULO 175.- (Administración). El contrato señalara el régimen de administración. En su defecto, la sociedad será administrada por cualquiera de los socios.

Puede designarse uno o más administradores, socios o no, cuyas atribuciones y facultades podrán ejercitarse conjunta o separadamente. A falta de estipulaciones precisas, se entenderá que pueden realizar, indistintamente, cualquier acto de administración. Si Se ha estipulado que la administración sea conjunta, sin que uno nada pueda hacer sin el otro u otros, ninguno de ellos puede obrar individualmente; no obstante lo cual, respecto a terceros, se aplicara lo dispuesto en el artículo 163.

Precd: c. mtl. 237 -

Conc: c. com. 127, 8) - 163 -278- 180- 188-

En la anot. al Art. 163 se ha dejado establecido, en general, que las sociedades, para el cumplimiento de sus finalidades, precisan de órganos administradores y representantes, así como la diferencia entre administración y representación.

El Art. y los siguientes hasta el 180, reglan la administración de las sociedades colectivas.

Lo regular es que el acto constitutivo contenga las normas necesarias para la administración, nombramiento de administradores, facultades de estos, etc. En su defecto, se aplica el Art. y la sociedad es administrada por cualquiera de los socios. El precedente legislativo como la generalidad de las legislaciones, indica que se encargaran de la administración todos los socios, quienes concurrirán en común a todos los actos que correspondan a la sociedad, solución más propia que la del Art., que puede ser causa de desinteligencias y conflictos internos. De todos modos, la atribución de administrar dada a cual quiera de los socios, así indeterminadamente, en silencio del acto constitutivo se corrige por un poder ulterior que confieran todos los socios a los administradores socios, poder que resulta inexcusable si la administración es encomendada a un extraño.

La permisión de que un extraño sea administrador, no opera si el acto constitutivo lo prohíbe expresamente.

Siendo varios los administradores, se estará a las previsiones del acto constitutivo o de los poderes correspondientes, en los que por lo general se estipula cuando deben actuar conjuntamente y cuando indistintamente, o cuando se requerirá acuerdo unánime o cuando por mayoría. A falta de estas estipulaciones, los administradores actúan indistintamente, según el

Art. y en los casos de actuación conjunta infringida en obligaciones contraídas mediante títulos - valores o por contratos entre ausentes o de adhesión, se estará a lo dispuesto en el Art. 163, visto ya en su lugar.

La duración del cargo de administrador puede ser determinada o por tiempo indefinido, sin que ello obste a que, en ambos casos, los poderes sean revocados (Art. 176 y 177) por las mismas mayorías que efectuaron el nombramiento, concurriendo causas justificadas, entre las cuales esta la simple voluntad mayoritaria de cambiar o mejorar la administración.

Los administradores pueden delegar sus facultades, mediante poderes y bajo su responsabilidad, para la gestión de ciertos y determinados negocios sociales o sus emergencias, v. gr. el apoderamiento para cuestiones judiciales o administrativas (Art. 58, p.c.). Esta delegación precisa que este autorizada expresamente en el acto constitutivo o en los poderes respectivos si estos han sido otorgados posteriormente, (Art. 180).

La representación, que no siempre es inherente a la facultad de administrar, que puede tener simple carácter ejecutivo (v. la anot. al Art. 163), tiene que estar necesariamente definida en el acto constitutivo o en los poderes ulteriores que le modifiquen. Importa el uso autorizado de la firma social e implica la facultad de vincular a la sociedad produciendo declaraciones jurídicas en nombre y por cuenta de esta (Rodríguez) . La despreocupada confusión que el Código hace de representación y administración (Art. 163), no se conforma a las exigencias de una claridad necesaria en la regulación de la materia.

En cuanto a la extensión de las facultades, ha de tenerse en cuenta lo que anota Vivante con exacto juicio: los poderes de los administradores, en silencio del contrato social, no tiene otros límites que aquellos que señala el objeto de la sociedad.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Es nula la venta hecha por uno solo de los socios de una sociedad colectiva" (G.J. N° 733, p. 23).
- 2.- "Cuando contra lo estipulado en el contrato social, uno de los socios vende su parte, sin consentimiento del otro, es nula la venta" (G.J. N° 733, p. 25).
- 3.-V. el caso N° 2 del Art. 394.

ARTÍCULO 176.- (Remoción de administradores). El administrador, sea socio o no, puede ser removido en cualquier tiempo, sin necesidad de invocación de causa, por decisión de mayoría, salvo pacto en contrario.

Si en el contrato se exige justa causa, el administrador mantendrá su cargo hasta que el caso se resuelva judicialmente, salvo separación provisional ordenada por juez competente.

Cualquier socio podrá pedir la remoción de los administradores probando justa causa.

Constituye justa causa para la remoción de administradores: la realización de actos dolosos o culposos en contra de los intereses comunes, la incapacidad o el incumplimiento de obligaciones e impedimento o la prohibición para ejercer el comercio.

Conc: c. com. 127, 8) - 167 - 177 - 203 - 370 -

La remoción sin invocación de causa, si el nombramiento ha sido hecho en el acto constitutivo, y este permite o no esa posibilidad, importa modificación del mismo, lo que se hará en la forma prevista por la ley para el efecto. Así ocurra como consecuencia el retiro de los socios que no estén de acuerdo con la remoción, estando esencialmente la sociedad colectiva y todo lo que le concierne, incluida su administración fundada en el *intuitus personae*, la potestad de proceder a la remoción no puede controvertirse.

En los demás supuestos del Art., su claridad excusa mayores consideraciones. La actuación dolosa o culposa no solo justifica la remoción, sino apareja la responsabilidad dicha en el Art. 166 y su anot.; la incapacidad para dirigir el negocio, obviamente no solamente justifica sino que exige una solución como la indicada en el Art., y el impedimento o la prohibición de ejercer el comercio (Art. 19) que incluye indudablemente la pérdida de la calidad de comerciante (Art. 22) trae la remoción como consecuencia de una disposición legal más que de la voluntad de los socios.

ARTÍCULO 177.- (Revocatoria de poderes). Si los poderes para la administración de la sociedad son conferidos por la escritura pública constitutiva, también deberán ser revocados por otro instrumento público.

Conc: c. com. 176 - 203 -

Otorgados los poderes a que se refiere el Art. en el acto constitutivo o no, esto es, se confieran en dicho acto o posteriormente, de todas maneras tiene que hacerse mediante instrumento público (arts. 17 y 23 L. del Notariado y 805, II del c.c.) .

Además como dichos poderes tienen que ser inscritos en el Registro de comercio (Art. 29, incs. 5 y 9), y para su inscripción el Art. 33 del Rgto. gr. com., exige con carácter general instrumento público, la inferencia que se deriva del Art. por su deficiente formulación, de que pudiera permitirse revocatoria de poderes no consignados en el acto constitutivo sino en acto posterior, mediante instrumentos que no sean públicos, no tiene asidero.

La regla general es: Todo poder para representar y administrar una sociedad colectiva requiere instrumento público y su revocatoria, por causa de remoción u otras, también ha de hacerse por otro instrumento público.

Esta disposición se aplica aún al administrador inamovible (según acuerdo del acto constitutivo), cuando se dicta sentencia judicial en ese sentido, si se ha acreditado dolo, culpa o incapacidad demostrados en el desempeño de la administración, sentencia que indudablemente supone el oportuno procedimiento que se iniciara según previenen las fracciones segunda y tercera del Art. La garantía del proceso previo, aplicable al caso, esta reiteradamente prevista en el ordenamiento general (Const. Art. 16, c.p. Art. 70 y p.p. arts. 1 y 3).

ARTÍCULO 178.- (Renuncia y responsabilidad de administradores). El administrador, socio o no, podrá renunciar en cualquier tiempo, salvo compromiso contractual sujeto a plazo.

Si la renuncia fuese dolosa o intempestiva responderá de los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad.

Conc: c. com. 175 - 203 -

La renunciabilidad de la función administrativa y/o representativa, con o sin causa justificada, es un derecho que no se puede controvertir. Sin embargo, como nadie puede prevalerse de un derecho en perjuicio de los derechos del mandante, aplicando las reglas generales del derecho, ha de tenerse en cuenta que el administrador renunciante debe: a) hacerla conocer con la oportunidad debida a la sociedad; b) continuar su gestión hasta que la sociedad tome las providencias necesarias, y c) indemnizar a la sociedad los perjuicios derivados de una renuncia intempestiva o dolosa. Indudablemente que esta fórmula, puede en parte tener mayor o menor aplicabilidad, según se trate de una administración unipersonal o pluripersonal.

ARTÍCULO 179.- (Control de los socios). Los socios no administradores pueden supervigilar los actos de los administradores y examinar la contabilidad, libros y documentos de la sociedad en cualquier tiempo.

Precd: c. mtl. 242-

Conc: c. com. 127, 11) - 190 -

El Art. consagra el derecho de información de los socios no administradores, que tienen la facultad de examinar el estado de la administración, de la contabilidad y los papeles de la compañía. Rebolledo, en el comentario al Art. 242 del c. mtl. abrg. precedente del que aquí se examina, observa que siendo los administradores en ejercicio, además de socios, mandatarios de los socios no administradores que han delegado en ellos sus poderes o sea el ejercicio del derecho de administrar la sociedad, es una consecuencia lógica su derecho de información y control como potestad inobjetable e inalienable.

La labor fiscalizadora prevista en este Art. procede en cualquier momento, aunque ha de advertirse que, en caso alguno, supone que el socio no administrador se inmiscuya en la dirección de los negocios sociales, porque para eso se ha constituido una administración con facultades regladas por el acto constitutivo o por la ley.

ARTÍCULO 180.- (Otorgamiento de poderes) . Los administradores, bajo su responsabilidad, no pueden delegar total ni parcialmente su mandato, salvo autorización expresa del mandante.

Conc: c. com. 175 -

V. la anot. al Art. 175 -

ARTÍCULO 181.- (Admisión y retiro de socios). La admisión de nuevos socios o la transmisión de partes de interés en la sociedad requieren el consentimiento de todos los socios, salvo pacto en contrario, e implican la modificación del contrato social.

Los efectos del retiro de un socio son oponibles a terceros desde su inscripción en el Registro de Comercio.

Conc: c. com. 29, 4) - 149- 128 - 182 -

El carácter personalista por excelencia de la sociedad colectiva, no permite cesión parcial o total de la participación, a menos que lo consientan todos los socios, si el acto constitutivo no dispone cierta mayoría para autorizar la cesión o para admitir un nuevo socio. Esta regla es de tal manera estricta que no se acepta ni la trasmisión mortis causa de la calidad del socio, salvo que se haya estipulado en el contrato social que la sociedad continuara con los herederos del socio fallecido, siempre que tengan capacidad para ejercer el comercio (Art. 373) .

En otras legislaciones, la mexicana v. gr., la característica del intuitus personae en estas sociedades, tiene tal fuerza que, para evitar el ingreso de alguien considerado extraño a la sociedad, permite a los socios el derecho de comprar para si la parte social que algún socio trata de ceder a un extraño por el importe que este se propone pagar (derecho de tanto, cit. de Rodríguez) y que el Código permite para las sociedades de responsabilidad limitada (Art. 215).

En todo caso, implicando modificación del acto constitutivo, tanto en caso de cesión como en el de retiro de socio, debe hacerse la modificación en instrumento público e inscribirse en el registro de comercio (arts. 128 y 29).

JURISPRUDENCIA

1.- "A, socio administrador de la sociedad formada con B, se asoció con C dándole participación en una parte de sus intereses y en la gerencia de su cargo, lo que importa haberlo asociado a la sociedad principal sin el expreso consentimiento de esta exigido por los arts. 1224 (772, II) del c.c. y 262 del c. mtl. (puede considerarse dentro de la previsión del Art. 167 del c. com.)" (G.J. N° 668, p. 16).

2.-V. los casos Nos. 3 del Art. 786 y 6 del Art. 803.

ARTÍCULO 182.- (Resoluciones). Las resoluciones se adoptarán por mayoría absoluta de votos respecto al capital, salvo que se fije en el contrato un régimen distinto.

Conc: c. com. 191 -

Es una regla supletoria de la voluntad de los socios, que el voto se emita en proporción a la participación de capital y no por cabeza y que las resoluciones se adopten por mayoría.

Por lo regular, estas cuestiones se definen en el acto constitutivo y en la práctica, no estando prohibido ni siendo contrario a los principios que reglan la materia, caben combinaciones como

exigir para la adopción de ciertos acuerdos, mayorías especiales o calificadas o bien dobles mayorías de personas (por cabeza) y de capital (proporcional a la participación).

También hay materias que exigen la unanimidad, que pueden señalarse en el contrato social o estar señaladas en la ley, como es el caso de la admisión o retiro de socios (Art. 181 por ejemplo), cuando el contrato no dispone otra cosa o guardar silencio al respecto.

El elemento *intuitus personae*, que hace predominar la confianza entre los socios, exige en esta clase de sociedades lo que algunos autores (Rodríguez) llaman el derecho a la estabilidad y la rigidez del acto constitutivo es una valla a las modificaciones expeditas, por lo que el contrato social sólo puede modificarse por el consentimiento unánime de todos los socios y si se permite las decisiones mayoritarias, la minoría inconforme siempre queda protegida contra los acuerdos mayoritarios de modificación, por el derecho de separación que la y le concede (Art. 372).

ARTÍCULO 183.- (Actos de competencia). Los socios no pueden, por sí ni por interpósita persona o por cuenta de terceros dedicarse independientemente a negocios que comprendan el objeto de la sociedad o realizar cualquier otro acto competitivo, salvo la existencia de consentimiento expreso de todos los demás socios.

En caso de contravención la sociedad podrá separar al socio y exigir el pago de los daños y perjuicios.

Precd: c. mtl. 240 - 241 -

Conc: c. com. 66- 69- 374, 1)

No puede el socio, sin el asentimiento de los otros, ejercitar por cuenta propia o ajena, una actividad concurrente con la de la sociedad. La incompatibilidad establecida por el Art. no sólo comprende la actividad personal del socio, sino la de su participación, como socio ilimitadamente responsable, en otra sociedad competitiva.

Esta prohibición, es efecto directo del derecho de información y control que la ley acuerda al socio (Art. 179) y se explica obviamente habida cuenta el hecho de que el socio, mediante el ejercicio de ese derecho de información, esta siempre perfectamente enterado de la marcha de los negocios sociales, conocimiento que puede utilizar en beneficio propio haciendo competencia desleal a la sociedad o en beneficio de tercero o de otra sociedad (colectiva o en comandita de la que sea socio colectivo).

La prohibición de la concurrencia por cuenta de terceros o cuenta ajena, comprende la de actuar como comisionista, agente o corredor en los negocios que comprendan el objeto de la sociedad.

Tiene interés privado, únicamente destinado a proteger los intereses de los socios, razón que explica la posibilidad de autorización expresa de estos, sea que conste en el acto constitutivo o en documento posterior separado, en general o para casos concretos y determinados. Messineo, con apoyo del Art. 23(1) del c.c. italiano, señala otra consecuencia conformada a los principios generales: el asentimiento de los otros socios se presume, *juris tantum*, si el ejercicio de la actividad o la participación en otra sociedad preexistía a la constitución de la sociedad y los otros socios estaban en conocimiento de ella. Sin embargo, dada la exigencia del Art. para un consentimiento expreso, dicha consecuencia parece no tener aplicación posible dentro del ordenamiento patrio, a pesar de su conformidad con los principios generales.

Otra consecuencia que emana de la disposición del Art. es la de que, a contrario, el socio puede ejercer actividad comercial, por cuenta propia o ajena, o participar en otra sociedad de responsabilidad ilimitada, si esa actividad o el objeto de esa otra sociedad no es concurrente, competitiva o no esta comprendida en el objeto de la sociedad interesada (Messineo).

La infracción de la prohibición es causa de exclusión de la sociedad (Art. 374, 1) y da lugar al resarcimiento de los daños causados, conforme a las reglas generales del derecho común. La prescripción de las acciones que competen a la sociedad, se produce de acuerdo también a esas reglas del derecho común.

CAPITULO III

SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE

ARTÍCULO 184.- (Características). La sociedad en comandita simple esta constituida por uno o más socios comanditarios que sólo responden con el capital que se obligan a aportar, y por uno o más socios gestores o colectivos que responden por las obligaciones sociales en forma solidaria e ilimitada, hagan o no aportes al capital social.

Precd: c. mtl. 227-245 -

Conc: c. com. 126, 2) - 162-364 -373 - 374 -

El Código regula dos clases de sociedades en comandita. La llamada en comandita simple, en el capítulo que inicia este Art. y la denominada en comandita por acciones normada en los arts. 356 a 364, después de la sociedad anónima con la que guarda estrecha relación.

Según el Código, como en todas las legislaciones, esta sociedad esta formada por dos categorías de socios: los colectivos, a quienes incumbe la gestión del negocio con responsabilidad solidaria e ilimitada, y los comanditarios que no intervienen en la administración del negocio y su responsabilidad esta limitada al importe de su aportación.

Rodríguez, propone esta definición: sociedad mercantil, personalista, que existe bajo una razón social y se compone de uno o varios socios comanditados que responden ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales y de uno o varios comanditarios obligados únicamente al pago de sus aportaciones.

El estudio de su origen y evolución, brinda interesantes opiniones y noticias históricas. Algunos autores mencionan antecedentes de esta sociedad en Babilonia, Grecia y Roma. Entre esos antecedentes se señala la institoria romana, en la que el comanditario sería el ciudadano patricio que menospreciaba la actividad comercial y, por eso, encargaba la aparente representación a un liberto o a un alieni juris como comanditado sin dejar de ocuparse de la gestión, lo que la diferencia totalmente de la sociedad en comandita. (Malagarriga).

También se menciona como antecedente el foenus nauticum o préstamo marítimo a la gruesa, tesis que Thaller y Pic (cit. de Cañizares) objetan, recordando que este implicaba un interés muy elevado para el prestamista pero no una distribución de beneficios.

La opinión más difundida (Vivante, Rodríguez, Benito, Ripert, Cañizares y sobre todo Goldschmidt en su Historia Universal del derecho comercial; véase, sin embargo, la anot. al Art. 366), hace derivar esta sociedad y el nombre que lleva de la commenda o encomienda (de commendare: confiar: Ulpiano, cit. de Valbuena), muy conocida en la Edad media y que consistía en la entrega de un cierto capital que se confiaba a un comerciante que viajaba con su cargamento a lejanos países para comerciar; o al capitán de la nave para que se lo interesase en las negociaciones mercantiles que había de practicar y participase de las perdidas y ganancias que resultasen en proporción a la cuantía del mismo. Alcanzó considerable generalización cuando las disposiciones canónicas sobre la usura obligaron a que el comercio empleara este contrato como sustitutivo del prohibido préstamo a interés.

Aparece reglamentada en el Consulado del Mar (en la edición de Company titulada Código de las costumbres marítimas de Barcelona, cit. de Malagarriga), en el título VI bajo el epígrafe De la encomienda del buque y de los géneros y en otras legislaciones locales, como la florentina de

1408, la boloñesa de 1583, el Privilegio de Federico III de 1644 para Nuremberg, en la Ordenanza del comercio francesa de 1673 y en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 (citas de Cañizares). Después, desde el Código de comercio francés de 1807 y el español de 1829 todos los códigos de comercio conocidos regulan esta sociedad, en sus dos formas.

En el derecho inglés, equivale a esta sociedad aunque no con una correspondencia exacta la llamada limited partnership, que debe inscribirse incluido su denominación en el Registro de companies (ley de 1907) y en los Estados Unidos se rige por la Uniform Partnership Act que previene también la inscripción en un registro y es de aplicación común en diversos de sus Estados (cits. de Cañizares).

Para otras corrientes de opinión, esta sociedad y su denominación no es derivado directo de la commenda, sino que refleja la evolución de la sociedad colectiva, en la que se admitió el principio de la responsabilidad limitada para alguno o algunos de los socios (Arcangeli, Gierke, citas de Cañizares). Messineo, dentro de esta tesis, sostiene que la sociedad en comandita, sistemáticamente hablando, constituye el correctivo del principio, encarnado en la sociedad colectiva, de la responsabilidad ilimitada de todos los socios, mediante la aceptación de una categoría de socios (comanditarios) que sólo aportan capital y sin participar en la gestión social tienen la llamada responsabilidad limitada a la propia aportación.

Esta forma de organización social ofrece la ventaja de hacer muy factible la combinación del trabajo con el capital, una vez que los socios capitalistas pueden intervenir limitando su responsabilidad y sin el riesgo ilimitado propio de las sociedades colectivas. La comandita realiza la mezcla y fusión entre el elemento capital y el elemento habilidad o competencia técnica, dice Messineo, el primero aportado por los comanditarios y, en menor medida, por los socios colectivos, y el segundo exclusivamente por estos. Se funda, como la sociedad colectiva, sobre el intuitus personae, esto es, sobre la confianza puesta por los socios comanditarios en los socios colectivos y sobre la confianza recíproca entre estos últimos.

JURISPRUDENCIA

"Los socios comanditarios no tienen ninguna intervención en la gerencia o administración de esta clase de sociedades, conforme a los arts. 245 y 246 del c. mtl. (184 y 186 c.,com.)" (G.J. N° 1216, p. 66).

ARTÍCULO 185.- (Denominación). La denominación deberá incluir las palabras "sociedad en comandita simple" o su abreviatura.

Cuando actúe bajo una razón social, ésta estará formada con los nombres patronímicos de uno o más socios gestores o colectivos, agregándose: "sociedad en comandita simple" o sus abreviaturas "S. en C.S." o "S.C.S." La omisión de lo dispuesto precedentemente dará lugar a que se la considere sociedad colectiva.

Conc: c. com. 127, 3) - 186-

ARTÍCULO 186.- (Sanción por incluir el nombre de un socio comanditario en la razón social). El socio comanditario o cualquier persona ajena que permitiera la inclusión de su nombre en la razón social quedara sujeto a la responsabilidad de los socios gestores o colectivos.

Precd: c. mtl. 246-

Conc: c. com. 185 -

Junto a la denominación o a los nombres del o de los comanditados con los que se forme la razón social, ha de colocarse la indicación del carácter de la sociedad, en la forma que previene el Art. 185, cuya regulación corresponde a la nota típica y distintiva de la sociedad en examen, consistente en la desigualdad jurídica de sus socios (Vivante, Messineo, Rodríguez), ya que por lo menos debe haber un socio que responda ilimitadamente y otro que limita su responsabilidad a la cuantía de su aportación convenida, de manera que los socios que responden ilimitadamente o comanditados, que el Código llama colectivos, tienen una posición jurídica exactamente igual a la de los socios de la sociedad colectiva.

La omisión de la carga de individuación de la sociedad en la forma establecida por el Art. 185, determina que la sociedad sea considerada como colectiva, con todas sus consecuencias.

Solamente los comanditados (socios colectivos de responsabilidad ilimitada), pueden figurar en la razón social. Los socios de responsabilidad limitada o comanditarios, así como las personas ajenas a la sociedad (tal cual en las sociedades colectivas), cuyos nombres se incluya en la razón social con su consentimiento o con su tolerancia, responderán como los comanditados ilimitada y solidariamente. Sobre estas consecuencias y la infracción de la veracidad de la razón social, son aplicables en lo pertinente las consideraciones expuestas en las anots. a los arts. 173 y 174, a cuyo contexto ha de acudir para mayor información.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso único del Art. 184.

ARTÍCULO 187.- (Capital social). El capital de la sociedad en comandita esta constituido con sólo el aporte en dinero o en bienes o ambos de los socios comanditarios, o con los de éstos y de los socios colectivos, simultáneamente.

Conc: c. com. 127, 5) y 6) - 150 -

El capital social, formado como previene el Art. con sólo las aportaciones de los comanditarios o con las de estos y las de los colectivos, no pueden representarse por acciones. Esa es la diferencia característica principal entre sociedad en comandita simple y sociedad en comandita por acciones. Por lo demás, ha de tenerse en cuenta que las regulaciones, y lo que se ha dicho sobre ellas, relativas a las aportaciones en general son de aplicación a la especie en estudio.

ARTÍCULO 188.- (Administración). La administración y representación estará a cargo de los socios colectivos o terceros que se designen, aplicándose las normas sobre administración de las sociedades colectivas.

Los socios comanditarios no pueden inmiscuirse en acto alguno de administración ni actuar como apoderados de la sociedad. En caso contrario, el socio comanditario infractor responderá como si fuera socio gestor o colectivo con relación a dichos actos.

Tendrá la misma responsabilidad, inclusive de las operaciones en que no hubiera tomado parte, cuando habitualmente intervenga en la administración de los negocios de la sociedad.

Conc: c. com. 161- 163- 175 y s.- 189- 192- 194-

Los socios comanditarios están excluidos de la administración. No pueden ser administradores, representantes ni apoderados. Solo los socios comanditados o colectivos pueden asumir esas funciones, observando en su ejercicio las regulaciones dadas para la administración de las sociedades colectivas, es claro que con las excepciones particulares regladas expresamente en las disposiciones del capítulo en examen, como las de los arts. 192 y 194, v. gr.

La infracción de las determinaciones del Art. acarrea para los comanditarios responsabilidad ilimitada, semejante a la de los socios colectivos, que se manifiesta parcial o totalmente, según casos y circunstancias: a) respecto de todas las obligaciones sociales surgidas de los actos de administración o representación en los que el comanditario infractor de esta regla haya

intervenido, aún de aquellas en que no haya tomado parte, cuando su intrusión en los actos administrativos haya tomado caracteres de una habitual intervención.

Cabe esclarecer este punto con la observación de Messineo, que -corresponde a una interpretación de estricta lógica, en sentido de que la denominada prohibición de inmixción, o sea la injerencia en la gestión o administración y en la representación general de la sociedad, según esta sea parcial o total, conlleva únicamente la responsabilidad ilimitada y solidaria del comanditario intruso en la forma vista en el acápite anterior, como sanción porque se ha infringido la regulación legal en la materia del Art., (como en las infracciones relativas a las reglas atinentes a la razón social, Art. 185), pero no supone que el socio comanditario se transforma en socio colectivo, puesto que para su carácter de socio es determinante el acto constitutivo (arts. 127 y 128) y los otros socios no pueden pretender que dicho socio comanditario adquiera una cualidad diversa de la que el contrato social le atribuye, para que, respecto de ellos, asuma la responsabilidad de socio colectivo.

La rigidez de la regla prohibitiva que se comenta, reposa en el principio: a menor responsabilidad menor intervención en la vida de la sociedad (Rodríguez).

Sólo se admite una excepción a la regla en estudio, la señalada en el Art. 194 para los casos de muerte o impedimento sobreviniente del socio o de los socios gestores o colectivos y -ha de agregarse al Art.- a falta de prevención en la escritura social sobre la manera de substituirlos. La excepción del Art. 194 tiene duración limitada (90 días), dentro de la cual debe regularizarse la situación, sea incorporando nuevos socios colectivos o encargando la administración a un tercero -no socio- según determina la primera fracción del Art. El vencimiento del plazo señalado sin que la situación haya sido regularizada, o la sociedad se haya transformado en una de tipo colectivo, da lugar a su disolución.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta respecto de los alcances de este Art. que no se considera según los arts. siguientes 189 y 190, como actos de administración las autorizaciones y la vigilancia y control dadas o ejercidas por los comanditarios, en los términos del contrato social y de la ley (Art. 179, aplicable al caso por disposición de este Art.).

ARTÍCULO 189.- (Actos no administrativos). No son actos de administración los de examen, inspección, vigilancia y verificación autorizados en la escritura constitutiva, así como la opinión o consejo.

Conc: c. com. Art. 188 - 190 -

Visto en la anot. al Art. anterior.

ARTÍCULO 190.- (Examen de libros y balances). Los socios comanditarios podrán examinar los libros de contabilidad, documentos y balances de la sociedad, en las épocas previstas en la escritura social y, en su defecto, a tiempo o inmediatamente después de que los estados contables hubieran sido presentados a las autoridades competentes. Tendrán derecho, además, a exigir la entrega de una copia del balance y estados complementarios que necesiten, los cuales debe entregárseles en un plazo no mayor a treinta días de la fecha de su elaboración, bajo la responsabilidad de los socios gestores o colectivos.

Conc: c. com. 127, 11) - 189 - 189 -

El derecho de vigilancia reglado en el Art. corresponde no sólo a los socios comanditarios sino también a los colectivos o comanditados no administradores, en la misma forma que en la sociedad colectiva, cuyas normas se aplican a la sociedad en comandita (Art. 188, primera parte), particularmente en las cuestiones relacionadas con la administración, que involucra el control de ella, con las particulares determinaciones que establece el Art. (v. la anot. al Art. 179).

ARTÍCULO 191.- (Resoluciones). Toda modificación del contrato social requiere el consentimiento de todos los socios, incluso la transferencia de la parte de interés, salvo pacto en contrario.

Respecto a las demás resoluciones se aplicará el artículo 182.

Los socios comanditarios tienen voto en la consideración de los estados contables y la designación de administrador.

Conc: c. com. 182 -
V. la anot. al Art. 182 -

ARTÍCULO 192.- (Nombramiento de administradores o gerentes). La designación de administradores o gerentes será, necesariamente, hecha a proposición de los socios gestores o colectivos y por voto mayoritario de los socios comanditarios, en proporción al capital aportado. También participaran en la votación los socios gestores o colectivos que hubieran hecho aportaciones al capital social.

Conc: c. com. 188 - 194 -

Es una disposición reglamentaria de la que contiene el Art. 188. Sobre la proporcionalidad del voto, se aplica aquí lo dicho en la anot. al Art. 182.

ARTÍCULO 193.- (Reglas aplicables a los socios). A los socios comanditarios se les aplicará, en lo pertinente, las reglas establecidas para los socios de las sociedades de responsabilidad limitada.

Los socios gestores o colectivos se sujetarán, en lo que corresponda, a las normas que regulan las sociedades colectivas.

Conc: c. com. 173 y s. - 195 y s. -

La pertinencia exacta de las disposiciones señaladas, se establece en general según los casos y circunstancias que se presenten en la práctica, pero, debe atenderse particularmente a lo dispuesto por los Art. 211, 214, 215 y 216, respecto de la primera fracción del Art. y los arts. 173, 174, 177, 178 y 183 respecto de su segunda fase.

ARTÍCULO 194.- (Excepción para los socios comanditarios). En caso de muerte, quiebra, incapacidad o inhabilitación de todos los socios gestores o colectivos, podrá el socio comanditario, no obstante lo dispuesto en el artículo 188, realizar los actos urgentes de la gestión de los negocios sociales hasta que se regularice la situación creada, sin incurrir en las responsabilidades de los socios gestores o colectivos.

La sociedad se disuelve si, en el plazo de noventa días, no se regulariza o transforma, bajo responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios comanditarios.

Conc: c. com. 188 - 192 -

Visto en la anot. al Art. 188.

CAPÍTULO IV

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

ARTÍCULO 195.- (Características). En las sociedades de responsabilidad limitada, los socios responden hasta el monto de sus aportes.

El fondo común está dividido en cuotas de capital que, en ningún caso, puede representarse por acciones o títulos - valores.

Preced: L. 12 Marzo 1941, arts. 1 -2-5, 1ª parte-

Conc: c.com. 126, 3)-129-146-162-193-374,4)-765-Rgto. rg.com. 8 c)-31-

La sociedad de responsabilidad limitada, es una creación de la legislación moderna -quizá pueda decirse más bien contemporánea- que ha llenado el vacío que se daba evidentemente en la generalidad de las reglamentaciones nacionales en los dos tipos clásicos de sociedades comerciales: la colectiva y la anónima (Rodríguez). Aparece a fines del siglo XIX con la Private company del derecho inglés (reconocida en casos de jurisprudencia desde 1881 y reglamentada mediante leyes de 1900 y 1907) y la Gesellschaft mit beschränkter Haftung (abreviadamente expresada con las iniciales G.m.b.H. y cuya versión española es sociedad de responsabilidad limitada) del derecho alemán, inicialmente instituida mediante ley de 20 de abril de 1892, tras un satisfactorio ensayo en las colonias a través de la ley de 13 de marzo de 1888. Fue el resultado de la práctica inglesa y de la invención de la técnica alemana como dice Cañizares o, como anota Rodríguez, de las experiencias inglesas y las reflexiones alemanas. Es una forma intermedia que sin duda satisface las exigencias del comercio, sin el riesgo extraordinario que la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios implica la sociedad colectiva y sin las formalidades complicadas ni el sometimiento a una reglamentación excesivamente rigurosa de las sociedades por acciones.

En el curso del siglo que corre, su difusión prácticamente universal le ha dado arraigo en la práctica comercial de todos los países. En Francia, la ley de 7 de marzo de 1925 (cit. de Callizares), instaaura este nuevo tipo de sociedad comercial con algunas características propias y otras inspiradas en la ley alemana. La reglamentación de los demás países se ha dado ya siguiendo el modelo germánico, ya bajo la influencia del modelo francés.

Sin embargo, su denominación, aunque es la más general mente aceptada, no es común a todas las legislaciones que presentan diferencias terminológicas. Por ejemplo: en Portugal: sociedad por cotas (cuotas); en Brasil, sociedad por cuotas; en Bélgica, sociedad de personas de responsabilidad limitada; en Cuba y Turquía, sociedades limitadas; en Guatemala, sociedades especiales de responsabilidad limitada; en Panamá y Nicaragua, sociedades colectivas de responsabilidad limitada.

Adecuada a la regulación del ordenamiento patrio, puede adaptarse la definición que propone Rodríguez, diciendo que la de responsabilidad limitada es la sociedad comercial organizada bajo una denominación o razón social y con capital fundacional dividido en cuotas no representables por títulos negociables, en la que los socios sólo responden con sus aportaciones.

El concepto capital fundacional, incluido en la definición dada, significa que exista como circunstancia previa o simultánea a la fundación o constitución de la sociedad el pago total de las aportaciones (Art. 199), requisito sin cuyo cumplimiento estas sociedades no pueden comenzar su giro, cual lo establece expresamente el Art. 7 de su precedente legislativo la ley de 1941, requisito que la regulación vigente omite señalar expresamente porque es una consecuencia implícita en la disposición del Art. 199. En efecto, es requisito indispensable que debe constar fehacientemente en la escritura social (Art. 200) y en el balance de apertura, para que proceda su inscripción en el Registro de comercio (arts. 8, e) y 31, Rgto. rg. com.), inscripción sin la cual no puede iniciarse su giro (Art. 129).

La naturaleza jurídica de esta sociedad, es objeto de debate en la doctrina. Para unos autores, es apenas una variedad de la sociedad anónima: una sociedad anónima sin acciones (Laband, Cosack). Dentro de esta corriente, algunos tratadistas concretan la tesis de que esta sociedad es una modalidad de la anónima, porque tiene mucho de común con esta como asociación de capital, aunque no se desconoce algunas diferencias que no invalidan sin embargo, la fórmula de que es típicamente una pequeña sociedad de capital, de carácter íntimo (Von Gierke).

Para otros, es una forma intermedia entre la colectiva y la anónima, porque su naturaleza jurídica la aproxima a las sociedades por acciones, pero su esencia económica la ubica entre las sociedades personalistas (Heinsheimer).

Entre los que sostienen este carácter ecléctico, cabe mencionar particularmente a Messineo, quien, no obstante que la legislación italiana de 1942 da a la sociedad de responsabilidad limitada una configuración de tipo capitalista, carácter reconocido generalmente por la doctrina italiana, advierte que la sociedad en examen, constituye, en cierto modo, un *quid médium* entre la sociedad por acciones y las sociedades personales, porque si bien es evidente que las analogías con las sociedades de capitales de carácter impersonal derivan de la índole fundamental de la responsabilidad limitada de los socios y de las numerosísimas remisiones que la ley (italiana) hace a la disciplina de las sociedades por acciones, al regular la de la sociedad de responsabilidad limitada, no es menos cierto, dice, que hay alguna nota de personalidad, de *intuitus personae* entre los socios, lo que establece ya una diferencia dogmática respecto de la sociedad por acciones.

Otros consideran que es una sociedad par interest, más de tipo personalista, porque la participación social no es libremente cesible como la acción de las sociedades de capitales (Ripert; comparten en cierto modo esta tesis Hamel y Lagarde, subrayando el carácter híbrido de este tipo de sociedad).

Goldschmidt, afirma que se trata de una forma nueva sin equivalente en la legislación de ningún otro país. Cañizares, con muy buen criterio, observa que la discusión basada en la distinción clásica -más brillante que sólida, cómoda pero discutible- entre sociedades personalistas y capitalistas, reposa en una metáfora imprecisa e inadecuada, porque, en definitiva, todas las sociedades pueden considerarse como de capitales y de personas y la creación de la sociedad de responsabilidad limitada es lo que más ha contribuido a hacer inútil la distinción que ha insuflado el debate.

Una clasificación de las diversas legislaciones que propone Cañizares, distingue:

1) El sistema de la sociedad colectiva, que considera tal a la de responsabilidad limitada y en la cual los socios sólo han limitado estatutariamente su responsabilidad. Fue la idea original de la citada ley alemana de 1888 y de un proyecto (Bravo) argentino de 1929 (cit. de Malagarriga). La fórmula no prosperó en los países citados, pero tuvo aplicación en la legislación de otros: Panamá, Nicaragua, y de modo menos acusado, Guatemala, Colombia y Brasil.

2) El sistema inglés, que considera a la Private company, como una variedad de la compañía por acciones (de acuerdo a las regulaciones de la Companies Act de 1948, que distingue tres tipos diferentes de sociedades: compañía pública, compañía privada y compañía privada exenta, cuya explicación no cabe detallar aquí). Rige en Gran Bretaña, Irlanda, Canadá, Australia, Nueva Zelanda.

3) El sistema alemán, que considera esta sociedad como un tipo nuevo, en el que participan características de la sociedad colectiva y de la sociedad anónima, pero que no está comprendido en ninguno de los grupos clásicos porque realmente es una forma absolutamente nueva de sociedad. Este sistema calificado de híbrido, es el adoptado por los países europeos germánicos o latinos y casi todos los latinoamericanos y, entre estos últimos, se destaca el carácter más o menos personalista de la sociedad de responsabilidad limitada teniendo en cuenta la legislación del país respectivo (Fernández, Malagarriga, Halperin, Rodríguez).

4) El sistema soviético, que aunque inspirado en las legislaciones occidentales (especialmente de Suiza y Alemania, en el c.c. de 1922), tiene su originalidad y autonomía, pero no se presta a un estudio comparativo con los anteriores sistemas, porque en realidad la empresa privada no existe o, por lo menos, no existen las sociedades comerciales en el sentido admitido y practicado en los países occidentales y, en general, como se ha advertido en algunas de las anotaciones

anteriores, el derecho comercial es un anexo del derecho administrativo, según observa Escarra (cit. de Cañizares).

Sobre el objeto de este tipo de sociedad, el capítulo en examen no contiene indicación ninguna de limitación, como la generalidad de las legislaciones y como la L. de 12 de Marzo de 1941, su precedente legislativo, cuyo Art. 3 excluye del objeto de las sociedades de responsabilidad limitada los negocios bancarios, los de seguros en general y de capitalización o ahorro. Ha de entenderse que su omisión -que no supone desde luego una permisión fundada en el principio de que lo que no está prohibido está permitido (Art. 32, Const.)- se explica porque se ha dejado a las leyes especiales determinar esta exclusión explícita o implícitamente. Tal el caso, en el primer supuesto, de la Ley de Entidades Aseguradoras, que en su Art. 2 establece como modalidades de constitución la de las sociedades anónimas, la de las constituidas en el exterior (Art. 413, c. com.) o la de las cooperativas y mutuales libradas también a ley especial (Art. 126, i.f.). En el segundo supuesto (exclusión implícita), la Ley General de Bancos de 11 de Julio de 1928, en su Capítulo 30 (arts. 30 a 50) establece un régimen propio especial para su constitución y funcionamiento. En consecuencia, a pesar de la derogatoria dispuesta en el Art. 1693, la limitación en el objeto de las sociedades de responsabilidad limitada del Art. 3 de la L. de 1941, subsiste a través de las disposiciones legales especiales mencionadas.

No existe reglamentación de este tipo de sociedad, según el derecho comparado, en pocos países: Holanda, los del grupo escandinavo, Ecuador, Haití, Rep. Dominicana y los Estados Unidos, aunque en este último operan las closed corporations, de pocos socios, que no realizan emisiones públicas (de acciones) y de transmisibilidad restringida de estas (Hodge, Close corporations; Law and Practice; cit. de Cañizares).

ARTÍCULO 196.- (Número de socios). La sociedad de responsabilidad limitada, no podrá tener más de veinticinco socios.

Precd: L. 12 Marzo 1941, Art. 3, 2ª parte -

Conc: c. com. 127, 2) - 378, 8) -

El precedente legislativo del Art. señala además el mínimo de tres socios, como las leyes de Canadá y, para el caso de sociedad entre esposos, de Bélgica. Todas las demás legislaciones no establecen mínimo, pero se presume la dualidad, por lo menos, de los contratantes, ya que el contrato como negocio jurídico implica por lo menos la existencia de dos personas de opuestos intereses o de intereses concordantes, como es el caso particular de las sociedades. Sólo se cita

un caso en el derecho comparado, el de Liechtenstein, que admite el sistema de la empresa limitada unipersonal (Cañízares).

En cuanto al máximo, en el sistema alemán, que siguen pocos países, no se fija límite como en el sistema inglés, seguido por la generalidad de las legislaciones en la materia que oscila entre 10 y 50 socios. Un número mayor a 25 (que también es el límite de la legislación mexicana) según observa Rodríguez, ya no se considera propicio a la absoluta identidad de miras y a la confianza, presupuestos de las sociedades de personas.

ARTÍCULO 197.- (Denominación o razón social). La sociedad de responsabilidad limitada llevara una denominación o razón formada con el nombre de uno o algunos socios. A la denominación o a la razón social se le agregara: "Sociedad de responsabilidad limitada" o su abreviatura "S.R.L.," o, simplemente, la palabra "Limitada" o la abreviatura "Ltda.". Por la omisión de este requisito se la considerará como sociedad colectiva.

Precd: L. 12 Marzo 1941, Art. 4 -

Conc: c. com. 127, 3) -

En el acto constitutivo o en los estatutos (si se estipulan, cosa que no esta prohibida), se determina si la sociedad ha de usar una u otra forma de nombre comercial. Si se emplea una razón social, ella ha de ajustarse a los principios considerados en la anot. al Art. 174. Se forma con el nombre de algunos socios, con alguno de los aditamentos que señala el Art. y cuya inclusión, en la denominación o en la razón social, es inexcusable y su omisión hace perder a los socios el beneficio de la responsabilidad limitada, porque la individuación del tipo de la sociedad que supone cualesquier de los aditamentos señalados por el Art., cumple una función de tutela de los derechos de terceros, conforme advierte Messineo.

Si la sociedad ha de girar bajo una denominación, esta, como en las sociedades anónimas (Art. 218), ha de hacer referencia al objeto principal de su actividad o giro y ha de ser diferente de las otras sociedades existentes.

ARTÍCULO 198.- (Capital en cuotas de igual valor). El capital social estará dividido en cuotas de igual valor, que serán de cien pesos bolivianos o múltiplos de cien.

Precd: L. 12 Marzo 1941, Art. 5, i.f.

Conc: c. com. 127, 5) y 6) -142- 199-

El precedente legislativo citado, en su primera parte, señala para el capital social un mínimo (50.000.- Bs.). En el derecho comparado, el sistema alemán fija un mínimo sin establecer máximo. En Suiza y Uruguay, se establece un mínimo y un máximo. En el sistema inglés no se determina ni mínimo ni máximo, sistema que adopta el Art. en examen.

Cuota social significa tanto como la parte que se tiene en el capital social e implica la expresión de los derechos y obligaciones de cada socio. Corresponde al concepto de acción.

El número y la cuantía de las cuotas sociales se fijan en el acto constitutivo y son indivisibles (Art. 213), indivisibilidad que, según observa Rodríguez, no es la misma que la de las acciones de la sociedad anónima, en la cual ni la asamblea puede consentir ni autorizar la división de una acción, en tanto que en la sociedad limitada la indivisión puede concluir cuando se modifica el contrato social al respecto (Art. 204, 7), siempre que no afecte al valor mínimo legal de cada cuota social.

El valor de las cuotas puede ser desigual, según este Art., pero, en todo caso, expresado en múltiplos de cien pesos, que es el límite mínimo para la valoración de las cuotas. Esta determinación legal, reposa en la conveniencia de establecer un común denominador, que facilite sin complicaciones el índice de influencia que ha de tener cada socio en la adopción de acuerdos, que esta en relación directa con la cuantía de su aportación (Art. 209).

Las cuotas de capital, como ya se ha visto en la anot. al Art. 195, no pueden representarse mediante acciones o títulos valores y aunque la sociedad extienda a sus socios, documentos en los que se exprese el número de cuotas sociales de que Son titulares, tales documentos no tienen otro alcance jurídico que el de un recibo, que puede aportar evidencia probatoria de su pago simplemente, a mayor abundamiento, una vez que son extremos que deben constar en el contrato social, otorgado por ante funcionario de fe pública.

Este Art. esta formulado con el criterio del sistema de la ley francesa de 1925, que establece la pluralidad de cuotas, consistente en que cada socio puede suscribir, pagar y poseer varias cuotas. El sistema alemán establece el de la parte única inicial, para impedir la especulación y dificultar su transmisibilidad; aunque permite que un socio puede adquirir otras cuotas, mantiene la independencia de la parte única inicial primera, respecto de las ulteriormente adquiridas. El sistema austriaco y suizo, impone la formula de la cuota única permanente, a la que se suman, acrecentando su valor, las posteriormente adquiridas para confundirse con la inicial (cit. de Cañizares-). Parece indudable que el sistema adoptado por la legislación nacional, es el más practico, sin las sutilezas de los otros sistemas.

ARTÍCULO 199.- (Aportes paga(ios en su totalidad). En este tipo de sociedades, el capital social debe pagarse en su integridad, en el acto de constitución social.

Precd: L. 12 Marzo 1941, Art. 7 -

Conc: c. com. 198 - 200- 767 -

Visto en la anot. al Art. 195.

ARTÍCULO 200.- (Aportaciones en dinero y en especie). Los aportes en dinero y en especie deben pagarse íntegramente al constituirse la sociedad. El cumplimiento de este requisito constará, expresamente, en la escritura de constitución y, en caso contrario, los socios serán solidaria e ilimitadamente responsables.

Los aportes consistentes en especies deben ser valuados antes de otorgarse la escritura constitutiva, conforme al artículo 158.

Precd: L. 12 Marzo 1941, arts. 7 - 8 -

Conc: c. com. 127, 6) - 150- 158- 199-

La primera parte de la primera fracción del Art., es una repetición de la disposición del Art. anterior, aunque la razón parece que debe atribuirse a una errata de impresión. En efecto, según otra versión autorizada del Código, la rubrica y el texto del Art. 199 habla de capital suscrito y la del que aquí se anota de capital pagado, sobre lo que ya se ha comentado en la anot. al Art. 195.

Respecto de la valuación de las aportaciones no dinerarias o hechas en especie, debe hacerse previamente al otorgamiento del contrato social para que la valuación figure en el. Consiguientemente, no se puede limitar la cuestión a una simple determinación de bases para efectuarla, como se infiere de lo dispuesto en la primera fracción del Art. 158. La valuación previa, responde a la necesidad de establecer en forma cierta y precisa la cantidad de cuotas que suscribe y paga cada socio, en función del carácter fundacional del capital social, explicado en la anot. al Art. 195.

Si ocurriera el supuesto, improbable dados los requisitos de inscripción y otros, de que la sociedad iniciara su giro sin que se haya observado el pago previo y total del capital social, la consecuencia es la señalada en el Art.: responsabilidad de los socios, semejante a la de los de sociedad colectiva.

Sobre las aportaciones en especie, Fernández ofrece algunas observaciones que cabe considerarlas: tratándose de bienes sujetos a registro se dan dificultades que pueden producir un círculo vicioso en las inscripciones requeridas para el traspaso del bien sujeto a registro y para la vigencia de la personalidad jurídica de la sociedad (arts. 1540, 1, c.c. y 133 c. com.) . El bien aportado no se puede inscribir en el registro correspondiente en favor de la sociedad, hasta que esta no exista jurídicamente, lo que acontece desde su inscripción en el registro de comercio. La solución arbitrada en otras prácticas (Paez, Rivarola, cit. de Fernández), enseña que debe hacerse primero y condicionalmente la inscripción en el registro de los derechos reales, si se trata de inmuebles, subordinada a la inscripción de la sociedad en el registro de comercio, realizada la cual se torna definitiva la del traspaso del inmueble. Esta solución, en el ordenamiento nacional es factible con- una anotación preventiva del traspaso del inmueble prevista en el Art. 1552, 5) del c.c., cuyo parágrafo II, además, extiende esa posibilidad para la inscripción de los muebles sujetos a registro, con los que podría producirse la misma contingencia.

El -aporte de esfuerzos (trabajo o industria), esta . expresamente excluido para esta clase de sociedades (Art. 156).

En cuanto a los bienes gravados, la sociedad toma a su cargo el pago de la obligación caucionada y se asigna el valor neto como aportación del socio, es decir, la suma en que se avalúa, deducida la deuda respaldada por el gravamen.

ARTÍCULO 201.- (Aumento de capital). Puede acordarse el aumento del capital social, mediante el voto de socios que representen la mayoría del capital social. Los socios tienen derecho preferente para suscribirlo en proporción a sus cuotas de capital. A los que no concurran a la asamblea en que se apruebe el aumento, se les comunicará ese hecho mediante carta certificada, con aviso de recepción. Si alguno no ejercitara su derecho dentro de los treinta días siguientes al envío de la comunicación, se presumirá su renuncia al mismo y el aumento de capital puede ser suscrito por los otros socios o por personas extrañas a la sociedad; en este último caso, previa autorización expresa de la asamblea.

Ningún acuerdo o disposición de la escritura de constitución puede privar a los socios de su derecho preferente a suscribir el aumento del capital social.

Antes de la publicación e inscripción del aumento de capital en el Registro de Comercio, los socios quedan obligados a pagar su nueva suscripción.

Precd: L. 12 Marzo 1941, Art. 16 -

Conc: c. com. 29-204 -209-Rgto. rg. com. 32-

El aumento de capital importa una modificación del acto constitutivo, porque impone mayor responsabilidad a los socios y porque esta sometido como el propio acto constitutivo a requisitos ad solemnitatem, en cuanto se precisa instrumento público, publicación e inscripción en el registro (arts. 129 y 142 c. com. y 32 Rgto. rg. com.). El pago del aumento también es previo a su publicación y registro, de acuerdo al criterio fundacional establecido por los arts. 199 y 200.

Las demás previsiones del Art. cautelan los derechos de los socios y sus determinaciones son fácilmente comprensibles.

La admisión de extraños, en defecto de los socios, para la colocación de las cuotas que representan el aumento de capital, es factible en tanto no se rebase el número máximo de socios permitido (Art. 196). La mayoría requerida para sancionar el aumento de capital es la indicada en el Art. 209: dos tercios del capital.

ARTÍCULO 202.- (Registro de socios). La sociedad llevará un libro de registro de socios, donde se inscribirán el nombre, domicilio, monto de su aportación y, en su caso, la transferencia de sus cuotas de capital, así como los embargos y gravámenes efectuados.

La transferencia surte efectos frente a terceros solamente después de su inscripción en el Registro de Comercio.

Cualquier persona con interés legítimo tiene la facultad de consultar el libro de registro, que estará al cuidado de los administradores, quienes responderán personal y solidariamente de su existencia regular y de la exactitud de sus datos.

Conc: c. com. 29-35- 129-212-214-215-

Las transferencias de cuotas a que se refiere este Art. están sujetas a las regulaciones, según casos y circunstancias, de los arts. 212, 214 y 215.

La inscripción en el registro de comercio es obligatoria porque toda cesión de cuotas (la cesión es una transferencia según el Art. 384 del c.c.), aún entre socios, implica modificación del contrato social, con las consecuencias dichas en la anot. al Art. anterior.

La permisión acordada a cualquiera persona con interés legítimo (puede ser un extraño a la sociedad que esta negociando una cesión o transferencia de cuotas a su favor, un acreedor de algún socio, etc.), para consultar los registros, se funda en el hecho de que estos, están precisamente instituidos para satisfacer esas necesidades de información. Es la manifestación de la función de publicidad que cumplen.

ARTÍCULO 203.- (Administración de la sociedad). La administración de la sociedad de responsabilidad limitada estará a cargo de uno o más gerentes o administradores, sean socios o no, designados por tiempo fijo o indeterminado.

Su remoción revocatoria de poderes y responsabilidades, se sujetan a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178.

Si la administración fuera colegiada, a cargo de un directorio o consejo de administración, se aplicaran las normas que sobre directorio se establece para la sociedad anónima.

Precd: L. 12 Marzo 1941, arts. 9 - 14 -

Conc: c.com.29,5),9) y 10)-163-165-176-177-178-307 y s.- Rgto.rg.com.33-

La administración de las sociedades de responsabilidad limitada, ha de ser ejercida por uno o varios gerentes, que pueden ser o no socios, designados por mayoría absoluta de capital (Art. 209, 20 fracción). Por lo regular, se denominan gerentes- son también llamados administradores o directores. En el derecho comparado, se usan estas tres designaciones según los países y, según las legislaciones, el régimen de administración se asemeja más o menos al de la sociedad colectiva o al de la sociedad anónima.

Sean uno o varios los gerentes, administradores o directores, tienen facultades de gestión y representación. Tocante a su posición jurídica, observa Rodríguez que, como en el caso de las sociedades anónimas, no deben ser considerados como mandatarios de la sociedad, sino que, más bien, puede entenderse que la relación que les liga a la sociedad es de representación y de prestación de servicios, juicio que parece responder al sistema germánico, que ha difundido la distinción entre gestión y representación y que, dentro de la doctrina orgánicas, considera a la gerencia como un órgano de la sociedad. La concepción jurídica de los países latinos, estima la administración o gerencia vinculada a la noción de mandato, aunque ampliada y adaptada a las características propias del tipo de sociedad que se examina.

Su número, en consecuencia, se determina en el acto constitutivo o en el estatuto si la sociedad se ha dado alguno particularmente, además del acto constitutivo y del cual, en tal supuesto, ha de formar parte.

Si son varios, se aplica lo determinado en la fracción tercera del Art., bajo el régimen señalado para las sociedades anónimas en los arts. 307 a 331, de cuyo análisis se puede determinar cuales de esas disposiciones son realmente pertinentes a la materia que aquí se trata.

Del contexto del Art. se infiere grosso modo que los gerentes deben ser personas físicas o individuales, pero es admisible que la administración sea encargada a una persona colectiva o jurídica (como se interpreta en Suiza, México, Panamá, Guatemala, Nicaragua, cit. de Cañizares), lo que puede ser perfectamente, si se considera que esta permitido que una sociedad por acciones puede participar (esto es, tener carácter de socio) en otras sociedades por acciones y en las de responsabilidad limitada (Art. 146).

El nombramiento según el Art., como en la legislación de los países latinos, incumbe a la asamblea de los socios, a diferencia de los sistemas germánico e inglés, en los cuales puede hacerlo otro órgano social e inclusive personas extrañas a la sociedad. La designación, sea que haya sido hecha en el acto constitutivo o posteriormente por la asamblea social, para su validez y oponibilidad a terceros, requiere que se publique e inscriba en el registro de comercio (Art. 165, c. com. y 33 Rgto. rg. com).

La remoción, revocatoria de poderes, la renuncia y las responsabilidades, sujeta el Art. a las determinaciones. de los arts. 177 y 178, cuyas anots. se aplican también a esta disposición.

ARTÍCULO 204.- (Asamblea de socios y sus facultades). La asamblea de socios tiene las siguientes facultades:

- 1) Discutir, aprobar, modificar o rechazar el balance general correspondiente al ejercicio vencido;
- 2) Aprobar y distribuir utilidades;
- 3) Nombrar y remover a los gerentes o administradores;
- 4) Constituir el directorio o consejo de administración y, cuando así hubieran convenido los socios, nombrar a los integrantes del órgano de control interno;
- 5) Aprobar los reglamentos;

- 6) Autorizar todo aumento o reducción del capital social, así como la cesión de las cuotas de capital y la admisión de nuevos socios. La reducción de capital es obligatoria en los términos y forma del artículo 354, en lo pertinente;
- 7) Modificar la escritura constitutiva;
- 8) Decidir acerca de la disolución de la sociedad, así como el retiro de socios, y
- 9) Las demás que correspondan conforme a la escritura social.

Precd: L. 12 Marzo 1941, Art. 13 (1ra. parte) -

Conc: c. com. 169-201 - 205 -207 -354 -

Toda sociedad, para poder funcionar, requiere que de una u otra manera se exprese la voluntad social y que una vez expresada esta, se la ejecute. En las sociedades personalistas como la colectiva, por lo regular, ambas funciones: expresión de la voluntad y ejecución de ella, corresponde a los socios. En las de capital como la anónima, adoptar las decisiones sociales corresponde a los socios reunidos en asamblea, que por ese medio expresan la voluntad social y la ejecución de esa voluntad, es decir, la gestión y la representación, corresponde a los gerentes, administradores o directores, que cumplen una función distinta de mandatarios según la concepción clásica o de órgano de la entidad según teorías más modernas. Habida, cuenta que la sociedad de responsabilidad limitada, esta situada en una posición intermedia entre las formas clásicas, no es uniforme en la legislación comparada el tratamiento relativo a las decisiones sociales.

Cañizares, distingue estos sistemas: a) de asamblea facultativa, convocada solamente cuando los estatutos lo previenen o deciden hacerlo los propios socios y, generalmente, sus decisiones se adoptan por correspondencia (Alemania, Argentina, Austria, Brasil, Colombia, Suiza, China, Venezuela, etc.); b) de asamblea obligatoria, sistema en el cual las decisiones sociales deben adoptarse obligatoriamente en una asamblea de socios (Italia, Bélgica, Uruguay).

Además, en el derecho comparado, se encuentra otra diferencia legislativa respecto de la materia de las asambleas. En el sistema francés, seguido por varias legislaciones, la asamblea es obligatoria según que la sociedad tenga un número mínimo de socios determinado por ley. En la ley portuguesa, solamente cuando ha de modificarse los estatutos o ha de tratarse la disolución de la sociedad. En la legislación mexicana y hondureña, únicamente cuando lo exige determinado número de socios representando un capital previsto por la ley, sin perjuicio de permitirse las de carácter facultativo si los estatutos así lo disponen.

La fórmula del Art. en estudio, que mantiene la de su precedente legislativo, la ley de 1941 (Art. 13), establece el sistema de una asamblea obligatoria anual u ordinaria y facultativa en los demás casos o extraordinarias, que Cañizares, la consigna en sus estudios, como caso único dentro del derecho comparado.

La materia de las decisiones sociales que deban adoptarse en la asamblea social, es la enumerada en el Art. La enumeración no es taxativa, una vez que el inc. 9) autoriza que la escritura social pueda contener otras materias, según que los socios las hayan estimado propias de las facultades decisorias de la asamblea.

ARTÍCULO 205.- (Asamblea anual). La asamblea ordinaria se reunirá por lo menos, una vez al año, en el domicilio y época fijada en la escritura social y, a más tardar, dentro de los tres meses de cerrado el ejercicio económico de la sociedad.

La escritura constitutiva puede establecer casos en que determinados asuntos no requieran de la aprobación de la asamblea; para adoptar acuerdos sobre los mismos, se remitirán a los socios los textos de las propuestas. Los votos de éstos serán emitidos por escrito.

A solicitud de los gerentes o administradores o de los socios que representen más de la cuarta parte del capital social, podrá convocarse a asamblea extraordinaria, aún cuando la escritura constitutiva sólo exigiera el voto por correspondencia. En estas asambleas sólo podrán tratarse los asuntos señalados en la convocatoria, bajo pena de nulidad.

Precd: L. 12 Marzo 1941, Art. 13 -

Conc: c. com. 204 - 206 -

El Art. establece la mecánica procedimental de las asambleas y las condiciones requeridas para las de carácter extraordinario.

Además, combina con los sistemas obligatorio y facultativo de las asambleas, el de la consulta por correspondencia que también será absuelta por el mismo medio y el cual es propio de la sencilla estructura de la sociedad en estudio. La validez y eficacia de los acuerdos que se adopten por esta vía, exige que concurren ciertos requisitos: a) que el caso este previsto en el acto constitutivo; b) que los socios o los gerentes o administradores estén conformes en cada supuesto concreto, una vez que aquellos cuando representan más de la cuarta parte del capital social, o estos pueden solicitar la convocatoria a una asamblea extraordinaria; c) que los gerentes comuniquen por escrito a cada uno de los socios, con la precisión debida, el texto de

las proposiciones sometidas a consulta y voto de los socios; d) que la comunicación y la respuesta, puedan ser también debidamente probables, para lo cual, aunque el Art. no lo determina, el medio actual que ofrece máxima garantía para todas las partes es la correspondencia certificada con aviso de recibo, admitida en el Art. 201.

ARTÍCULO 206.- (Convocatoria a asamblea). Las asambleas serán convocadas por los gerentes o administradores y, en su defecto, por el directorio o consejo de administración y, a falta u omisión de éstos, por los socios que representen más de la cuarta parte del capital social.

Si la escritura social no estableciera la forma y modo de convocatoria, se la hará por carta certificada.

La publicación o comunicación deberá contener la orden del día y será hecha ocho días antes de la fecha señalada para la celebración de la asamblea.

Conc: c. com. 205 -

El Art. señala los requisitos necesarios para citar a los socios a los efectos de que concurran en la fecha y lugar determinados a tratar los asuntos señalados en el orden del día.

Corresponde a los gerentes o administradores o al directorio o consejo de administración (cuando lo hay), la facultad de hacer la convocatoria y solo en su defecto a los socios que, para hacerlo deben representar la porción del capital social que señala el Art.

El lugar (domicilio de la sociedad) y la oportunidad están señalados en el Art. anterior. La convocatoria debe ser hecha con la anticipación que señala la tercera fase de este Art.

La forma de la citación (publicación, correspondencia), se establece en el acto constitutivo o en los estatutos o reglamentos (Art. 204, caso 5). A falta de esta estipulación, se aplica lo dispuesto en la segunda fracción del Art.

ARTÍCULO 207.- (Quórum legal). El quórum legal para la asamblea quedará constituido con la presencia de socios que representen por lo menos a la mitad del capital social, a no ser que la escritura constitutiva exigiera una representación mayor.

La participación de los socios en las deliberaciones y decisiones de las asambleas podrá ser personal o por medio de representante o mandatario, en la forma que determine el contrato social.

Conc: c. com. 204- 1237-

ARTÍCULO 208.- (Voto de los socios). Todo socio tendrá derecho a participar en las decisiones de la sociedad y gozará de un voto por cada cuota de capital, salvo las limitaciones estipuladas en el contrato social.

Precd: L. 12 Marzo 1941, Art. 13 -

Conc: c. com. 209-

ARTÍCULO 209.- (Votos necesarios para las resoluciones). Para modificar la escritura social, cambiar el objeto de la sociedad, aumentar o reducir el capital social, admitir nuevos socios, autorizar la transferencia de cuotas del capital y disolver la sociedad, se requerirá el voto de socios que representen dos tercios del capital.

Las demás resoluciones serán aprobadas por el voto de socios que constituyan más de la mitad del capital social.

Precd: L. 12 Marzo 1941, arts. 13 - 16 -

Conc: c. com. 201-208-212-214-379-

Este y los dos arts. anteriores, determinan el quórum de presencia y de votación necesario para la adopción de las decisiones sociales. Como regla básica, tanto el quórum de presencia como el de votación no pueden representar menos del cincuenta por ciento del capital social.

El acto constitutivo puede señalar un quórum de presencia mayor que el establecido por la ley, caso en el cual el quórum de votación, tiene que ser fijado en dicho acto en relación con el de presencia.

La concurrencia de los socios a las deliberaciones y decisiones, cuando no es personal puede manifestarse mediante representación debidamente acreditada, según las especificaciones del acto constitutivo o, en su caso, de las reglas generales que regulan la representación (c.c. Art. 467 y s.).

Cada socio tiene derecho a un voto por cada cuota social, es decir, a tantos votos como cuotas haya pagado. Las limitaciones a que se refiere el Art. 208, tienen relación indudable con la conveniencia de no dejar a un solo socio el poder de decisión, si este tuviera o representara más del 50% de las cuotas. El precedente legislativo de este Art. (13 i.f. de la L. de 1941), determina que en el quórum de votación, ningún socio podrá representar más del 35% del capital social. La formulación del Art. en estudio, deja inferir que la ley ha dejado la fijación de estas limitaciones a la libertad contractual (c.c. Art. 454, II).

El quórum de votación señalado por el Art. 209, establece las mayorías que se requieren para la adopción de las decisiones sociales, mayorías que serán de pluralidad absoluta o reforzadas según la materia detallada en su contexto. Sin embargo, el acto constitutivo puede variar este quórum, como puede hacerlo respecto del de presencia (Art. 207), pero no para disminuir los límites mínimos legales.

El derecho a voto esta reglamentado según el sistema de la proporcionalidad al capital.

ARTÍCULO 210.- (Concentración de las cuotas de capital). La sociedad de responsabilidad limitada se disolverá de pleno derecho cuando todas las cuotas de capital se concentren en un solo socio, quien responderá, en forma solidaria e ilimitada, por las obligaciones sociales hasta la total liquidación de la sociedad.

La acción podrá ejercitarse por cualquier persona con interés legítimo, debiendo precederse por la vía sumaria. Probado el hecho, el juez designará a los liquidadores respectivos.

La acción no podrá ser enervada por la inclusión o aparición posterior de socios.

Conc: c. com. 161 -378, 8) -p.c. 317, 2) -478 -

El Art. regula una materia que en el derecho comercial ha promovido muchas polémicas. En la doctrina y la jurisprudencia de algunos países, se han dado corrientes propicias a admitir la subsistencia de la sociedad o de la persona colectiva con un solo socio. Se juzga que en las sociedades de capital, es útil conservar la organización societaria, ya que la pluralidad de socios puede restablecerse en cualquier momento, con la enajenación de la totalidad o parte de las acciones o cuotas que el socio único ha acumulado. En la legislación positiva, se admite expresamente la sociedad de un socio en Liechtenstein (v. la anot. al Art. 196).

Otras corrientes doctrinales y jurisprudenciales estiman que si queda un solo socio, no parece que pueda continuar existiendo la sociedad, pues que se opone a ello consideraciones de orden legal (según las legislaciones en este caso) y practico (Castro, cit. de Scaevola).

En el orden legal, porque el contrato de sociedad, como todo contrato, es un negocio jurídico que implica necesariamente la concurrencia de por lo menos dos personas (como ya se adelantó en la anot. al Art. 196); pues, como señala Scaevola, basta el buen sentido de la lógica para demostrar la imposibilidad de conciliar la colectividad con la unidad. El obstáculo practico se encuentra en la consecuencia que para esta situación señala la ley (primera fracción del Art.): la responsabilidad solidaria e ilimitada del socio único remanente, por todas las obligaciones sociales, hasta que concluya la liquidación total de la sociedad, como consecuencia de su disolución que por esta circunstancia dispone el Art.

La disolución ipso iure no supone una extinción automática. En estricto derecho, requiere declaración judicial como resulta de las propias disposiciones del precepto en estudio (fracciones 2a y 3a). Pronunciada judicialmente la disolución, se prolonga la vida ficticia de la sociedad, para los efectos de la liquidación (Art. 384), particularmente para que los acreedores puedan accionar y ser pagados sobre el patrimonio de la sociedad (Vivante).

Personas con interés legítimo, para los fines del Art., son los acreedores de la sociedad y los del socio único; pues, la eventualidad que motiva la reglamentación del Art. puede dar lugar a abusos fraudulentos dirigidos a confundir las preferencias que la ley acuerda a los acreedores, con la máscara de la sociedad ficticia.

La vía sumaria es la reglada por los arts. 478 y s. del p.c. y se aplica al caso por disponerlo así este Art. en concordancia con el 317, caso 2, del mismo p.c.

La ultima fracción del Art. ha de entenderse factible, si la inclusión o aparición a que se refiere es posterior a la acción sumaria. Como las transferencias deben ser inscritas en el registro de comercio (Art. 202) y las demandas judiciales en el de derechos reales (c.c. Art. 1552) y también en el registro de comercio (Rgto. rg. com. Art. 3, 13), la cuestión se define con un simple cotejo de fechas de inscripciones. Se entiende que el plazo de tres meses para repluralizar la sociedad, determinada en el Art. 378, caso 8, se aplica a las sociedades de responsabilidad limitada también, porque son generales las disposiciones sobre disolución de las sociedades.

ARTÍCULO 211.- (Control). Los socios tienen el derecho de examinar la contabilidad, libros y documentos de la sociedad en cualquier tiempo. Podrá también establecerse un órgano de

control y vigilancia cuyas facultades y funciones se regirán por las normas señaladas para los síndicos en las sociedades anónimas, en cuanto aquellas sean aplicables.

La creación del órgano de control permanente no significa la pérdida del derecho al control individual por parte de los socios.

Precd: L. 12 Marzo 1941, Art. 14, 2ª parte -

Conc: c. com. 127, 8, (2ª parte) - 167- 332 y s.-

La fiscalización de la sociedad, con determinación de los órganos encargados de ella y sus facultades, según el tipo de sociedad, debe estipularse en el acto constitutivo o en los estatutos o reglamentos. En ausencia de dichas previsiones, se aplica el Art. que, para las sociedades de responsabilidad limitada, combina la fiscalización individual ejercitada por cada socio y la colegiada encargada a un órgano de control y vigilancia, cuyas facultades, en lo pertinente, se reglan por la de los síndicos, también llamados comisarios en otras legislaciones, instituidos para las sociedades anónimas.

Es un principio general la facultad del socio de fiscalizar la marcha de los negocios sociales, mediante el examen de la documentación y de la contabilidad, aún en las sociedades en que existe un órgano de fiscalización a través del cual los socios también ejercen ese derecho.

La doble actividad que supone la fiscalización: control y vigilancia, esta perfectamente diferenciada y definida por Messineo, para quien: a) control, implica valoración por parte del fiscalizador de los actos del fiscalizado, que puede expresar su propia opinión, aún en sentido crítico, sobre los actos de los administradores y manifestar el propio disenso o la propia desaprobación, y b) la vigilancia, que atiende más a la observancia de la ley y del acto constitutivo, es diversa del control, en cuanto no importa injerencia en la sustancia de la actividad de los administradores y se reduce a una función de constatación sobre la conformidad de aquella actividad con la ley y el acto constitutivo, es decir, se resuelve en un control de legitimidad.

ARTÍCULO 212.- (Transferencia por causa de muerte). La transferencia de cuotas por causa de muerte de alguno de los socios, se rige por el artículo 209 cuando no exista estipulación distinta en el contrato. Si el contrato social permite la incorporación de los herederos del socio, el pacto será obligatorio para los socios. En caso contrario, los socios tendrán derecho a adquirir las cuotas del socio fallecido en proporción a las cuotas de capital y por su valor comercial a la fecha

de la muerte de este. Si no se llegara a un acuerdo con respecto al precio y condiciones de pago, serán determinados por peritos designados por las partes o por el juez.

Precd: L. 12 Marzo 1941, Art. 11 -

Conc: c. com. 145 - 202 - 209 - 373 -

El Art. aplica a las sociedades de este tipo, el principio del Art. 373, por virtud del cual la muerte de un socio no resuelve parcialmente el contrato social. Su clara formulación no exige mayores comentarios: si no hay estipulación contractual, sobre la incorporación de los herederos del socio fallecido, se procede conforme al Art. 209, porque prácticamente se trata del ingreso de nuevos socios; si el acto constitutivo permite esa incorporación, el pacto es obligatorio sin necesidad de votación previa para su admisión.

Si no interesa la incorporación a los herederos, se adquiere las cuotas del fallecido por los socios remanentes, según las particularidades previstas en el Art.

En cualquier caso, las transferencias se inscribirán a los fines de los arts. 202 y 213.

ARTÍCULO 213.- (Copropiedad). Cuando exista copropiedad de una cuota social: Se aplicaran las disposiciones del condominio. La sociedad puede exigir la unificación de la representación para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones sociales.

Conc: c.c. 158- 172-c. com. 198-240-

Según el Art. 198, cada cuota social tendrá un valor de 100 pesos bolivianos o múltiplos de 100. En consecuencia, el acto constitutivo de cada sociedad, determina el valor asignado a cada cuota. La copropiedad, entonces, para obstar su divisibilidad puede darse sólo respecto de una cuota social, sean los condóminos dos o más, o en más de una cuota pero en cantidad menor que copropietarios. Para la indivisibilidad, se aplican las reglas de los arts. 158 y s. del c.c. en lo pertinente, de tal manera que la representación unificada puede exigirse por la sociedad, como puede pedirse por cualquier copropietario su venta y distribución del precio (arts. 164, 167 y 170 del c.c.).

ARTÍCULO 214.- (Cesión de cuotas entre socios). La cesión de cuotas es libre entre socios, salvo las limitaciones establecidas en el contrato social.

La cesión de cuentas, aún entre socios, implica la reforma de la escritura de constitución.

Conc: c. com. 202-209-215-

ARTÍCULO 215.- (Preferencia de los demás socios en la oferta de cesión). El socio que se proponga ceder sus cuotas, comunicará su deseo por escrito a los demás socios, quienes, en el término de quince días de recibido el aviso, manifestarán si tienen interés en adquirirlas.

Si no hacen conocer su decisión en el plazo señalado, se presume su rechazo y el ofertante queda en libertad para vender sus cuotas a terceros.

Precd: L. 12 Marzo 1941, Art. 6 -

Conc: c. com. 202 - 214 - 216 - 403 -

ARTÍCULO 216.- (Desacuerdo de los socios en la cesión). Si los socios no hacen uso de la preferencia, la ejercen parcialmente o no se da la autorización de la mayoría prevista para la admisión de nuevos socios, la sociedad estará obligada a presentar, dentro de los sesenta días de la oferta, una o más personas que adquieran las cuotas.

Si dentro de los veinte días siguientes no se perfecciona la cesión, los demás socios optarán entre disolver la sociedad o excluir al socio interesado en ceder las cuotas, pagando su precio según peritaje.

Precd: L. 12 Marzo 1941, Art. 6 -

Conc: c. com. 215 - 378, 1) -

Este Art. y los dos anteriores (214 y 215), reglan la cesión o transferencia voluntaria de las cuotas sociales. Importa el ejercicio de un derecho eminentemente patrimonial que corresponde a los socios.

Se alude al carácter voluntario, por oposición a las transferencias obligadas que resultan de decisiones judiciales (Art. 162), para las cuales las disposiciones aplicables son las de la ejecución forzosa (c.c. arts. 1465 y s. y p.c. arts. 486 y s.), que implica la venta en subasta pública al mejor postor, sin que haya lugar al llamado derecho al tanto reglado por el Art. 215. En tal supuesto, si los demás socios no tratan de adquirir las cuotas ejecutadas en el remate o no arbitran otro medio de arreglo para evitar -si lo desean- el ingreso del nuevo socio en esas condiciones, tampoco tendrá aplicación el Art. 209 respecto de los votos necesarios para la admisión del nuevo socio resultante de la ejecución forzosa. La cuestión puede derivar en una disolución de

la sociedad, pero, lo que interesa destacar es que las regulaciones de estos tres arts. en estudio, no tienen aplicación en los supuestos del Art. 162.

Las limitaciones a la libre transmisibilidad entre socios (Art. 214, primera parte), que establezca el contrato social, pueden referirse, entre otras que dependen de la libertad contractual dentro de los límites legales (c.c. Art. 454, II), a disposiciones restrictivas sobre la emisión de votos, para evitar que el acaparamiento de cuotas sociales por uno de los socios, le confiera a este un poder de decisión absoluto, extremo imposible según el precedente del Art. 209 (L. 1941, Art. 13, i.f.; v. la anot. respectiva), no incluido en la nueva reglamentación.

La comunicación a los consocios que debe hacer quien quiera enajenar sus cuotas, debe ser hecha mediante la administración, que tiene a su cargo el registro de socios (Art. 202, i.f.) y es el conducto indicado para determinar debidamente la oportunidad del despacho del aviso y de la recepción de las respuestas dentro del plazo legal. Aunque no lo dispone así el Art. 215, la interpretación dada reposa en elementales normas de organización social.

El llamado derecho del tanto, o sea la facultad atribuida a los socios de adquirir preferentemente (Art. 215), las cuotas ofertadas, en igualdad de condiciones, debe ejercitarse en el plazo que dicho Art. señala, computado para cada socio desde el día de recepción del aviso. La falta de respuesta oportuna, deja presumir el rechazo de la oferta y el ofertante queda en libertad de enajenar sus cuotas a terceros, siempre que, para el efecto, tenga la autorización de la mayoría prevista en el Art. 209, para la admisión de nuevos socios: dos tercios del capital.

Si varios socios quieren ejercitar su derecho del tanto, la participación ofertada debe distribuirse entre ellos, proporcionalmente al valor de sus participaciones, por aplicación analógica del Art. 212 (adquisición de cuotas del socio fallecido), visto que los arts. en examen guardan silencio al respecto.

Cuando el derecho preferencial no se ejercita por los demás socios, o ejercitado parcialmente queda un remanente de la participación ofertada sin colocación entre los socios, o cuando se niega autorización para el ingreso de terceros adquirentes como socios, se aplica el Art. 216, cuya deficiente formulación corresponde esclarecer.

Según la primera consecuencia de la eventualidad prevista en la primera fase del Art. 216, la sociedad que no adquiere la participación ofertada o no autoriza el ingreso de nuevos socios, debe presentar en el plazo de sesenta días una o más personas interesadas en la adquisición. ¿Dichas personas, han de ser socios únicamente, o pueden ser también extraños? En el segundo

supuesto, ¿en que queda la negativa al ingreso de nuevos socios? Si la ley se refiere únicamente a socios, era imprescindible definirlo así. Si se refiere también a terceros, quiere decir que -sin mencionarlo- ha tenido en cuenta el intuitus personae, elemento que no es totalmente ajeno a estas sociedades, en el sentido de que debe buscarse esas personas entre las de confianza de los socios que permanecen en la sociedad, caso en el cual, la negativa a admitir nuevos socios no tiene carácter absoluto.

La última parte del Art. 216, señala la alternativa consiguiente al fracaso de la solución prevista en su primera fracción: disolución o resolución parcial.

En todos los casos en que la cesión se materialice, es preciso modificar la escritura constitutiva. La segunda fracción del Art. 214 así lo previene, aún respecto de las cesiones hechas entre socios, lo que exige el instrumento público correspondiente y su inscripción en los registros respectivos.

La materia de los arts. aquí examinados, presenta el neto contraste que se da entre la sociedad anónima y la de responsabilidad limitada (Rodríguez). En efecto, en la primera, las participaciones sociales (acciones) son libremente transmisibles (Art. 253). En la segunda, las partes sociales (cuotas) que no pueden representarse mediante títulos negociables (Art. 195) son cesibles sólo en los casos y con los requisitos legalmente establecidos; entre ellos los determinados en los arts. aquí anotados y su transmisión depende del consentimiento de los demás socios, expresada por la mayoría de dos tercios (Art. 209), cuando aquellos no ejercitan su derecho preferencial.

La adquisición de otras participaciones o de parte de ellas, acrece la cuota social de los socios adquirentes y, por tanto, el número de sus votos en las decisiones sociales. La cesión intersocios, siendo libre, no precisa autorización de los socios, pero debe registrarse en el libro de socios (Art. 202). La adquisición por parte de terceros, importa necesariamente la autorización de los demás socios y el registro en el libro de socios. En ambos casos, según se ha visto, la modificación de la escritura social es requisito de validez y eficacia para la cesión.

JURISPRUDENCIA

"Es nula la venta de una acción (o cuota) social sin el requisito de previo aviso a los socios de la empresa, porque el Art. 1224 (772) del c.c. prohíbe a los socios incorporar así un nuevo socio a la sociedad, sin consentimiento previo de ésta, condición de la que depende la validez de la venta" (G.J. N° 543, p. 17).

CAPÍTULO V

SOCIEDAD ANÓNIMA

SECCIÓN I DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 217.- (Características). En la sociedad anónima el capital está representado por acciones. La responsabilidad de los socios queda limitada al monto de las acciones que hayan suscrito.

Precd: c. mtl. abrg. 228 -D.S. 8 Marzo 1860, arts. 1171 -1 191

Conc: c. com. 126, 4) -146-357-425-434-437-442-443-753-765 -

Lea. 2, a) -

En la historia contemporánea no puede faltar la referencia continua a la sociedad anónima, dice Rodríguez, porque están vinculadas a esta forma de organización social, casi todas las grandes empresas de la actualidad: los transportes terrestres, marítimos y aéreos, las grandes obras de canalización, la electrificación, las explotaciones mineras o petroleras, los grandes conglomerados industriales y comerciales.

Importa ciertamente la estructura ideal para acometer realizaciones colosales que requieren considerables capitales. Además se estima que la sociedad anónima ha democratizado la participación del capital, al facilitar la cooperación de muchísimos individuos desconocidos entre si, para promover empresas que aislados no podrían, personal ni directamente, constituir las y administrarlas.

Pero también ha sido y es medio, singularmente apto dice Malagarriga, para la creación de trusts y monopolios que muchas veces se han dedicado a la opresión de pueblos y hasta de naciones o a la perpetración de defraudaciones en daño de terceros y socios que no pertenecen a las minorías financieras dominantes, o en perjuicio de los intereses fiscales. El supuesto carácter democratizador que se le asigna, apenas es la apariencia formal de la organización (Garriguez, cit. de Malagarriga), porque el poder de decisión, que es lo que importa, reposa en el pequeño grupo de personas que conocen la especialidad de la empresa y el manejo complicado y difícil en los aspectos jurídico, administrativo, técnico, contable, fiscal, etc., de una gran sociedad anónima, es decir, el grupo que según la terminología de algunos países, controla el llamado paquete accionario, mediante representaciones que los titulares del capital activo y creador

obtienen, de una u otra manera de los titulares del capital pasivo o de inversión, lo que ha hecho decir irónicamente que los negocios son el dinero de los otros, cuando aquellos son manejados por una sociedad anónima.

Von Gierke (cit. de Malagarriga), concluye un inventario de las ventajas y peligros atribuidos a esta clase de sociedades, comparando a la sociedad anónima con Elena, tan admirada y tan censurada.

Más, los sentimientos de admiración o de repulsa hacia las sociedades anónimas, son de orden subjetivo. Lo objetivo es que ellas, como todas las instituciones, no son buenas ni malas en si, sino que lo bueno o lo malo resulta ser el uso o aplicación que de ellas hacen los órganos encargados de representarlas y administrarlas, que necesariamente han de ser personas físicas o individuales (v. la anot. al Art. 163). Por eso y particularmente desde 1929 (Cañizares), se acentúan las grandes reformas en la reglamentación de estas sociedades, con un sentido de mayor rigor, aumentando las regulaciones imperativas o estableciendo de modo más concreto y riguroso las responsabilidades de los administradores, o las diversas fórmulas de protección a las minorías y también al público en las emisiones de títulos, etc.

Se pretende encontrar su origen en algunas fórmulas societarias de los tiempos antiguos y medievales, que presentan ciertas semejanzas con la moderna sociedad por acciones (Malagarriga, Cañizares). Por ejemplo, en las romanas sociedades de publicanos que arrendaban los impuestos del Estado y tenían personalidad jurídica con un capital dividido en partes cesibles (Szlechter, cit. de Cañizares), o las maoni y monti medievales, entidades con capital dividido en partes cesibles, dedicadas la primera a obtener del Estado concesiones para expediciones coloniales, y la segunda a agrupar a los acreedores del Estado y entre las cuales se cita frecuentemente (Malagarriga, Cañizares) el Banco de San Jorge, fundado en Génova en 1409, como una de las primeras sociedades por acciones, aunque se observa que en realidad era una asociación de tenedores de títulos del Estado (Cuneo, Sieverking, Escarra, cit. de Cañizares).

El origen real de la sociedad por acciones, en su forma actual según Cañizares, esta en las grandes sociedades coloniales de los siglos XVII y XVIII, formadas en Europa, no como un tipo del contrato clásico de sociedad, entre cuyas modalidades no la incluían en sus estudios los tratadistas de la época, sino como entidades de derecho público creadas y organizadas a mérito de una concesión especial real, otorgada para cada caso y con estipulaciones que regían su constitución y su funcionamiento, en ausencia de reglamentaciones generales aplicables. Se señala como la primera de estas compañías, la holandesa de las Indias Orientales (1602), a la que siguieron otras dedicadas a la explotación de colonias ultramarinas: la East India Company inglesa, la Compañía de las Indias Orientales francesa, aunque ya en 1555 se había fundado

(Cañizares) la Russia Company. Y así se extendió la organización de estas compañías en los países citados como en Suecia, Dinamarca, España, etc. Muchas de ellas desaparecieron y se calcula que hasta 1769 (Malagarriga) quebraron sólo en Francia 55 compañías de monopolio, además de la celebre Banca del escocés Law, fundada en 1716, que terminó en el mayor desastre financiero de su tiempo (W. Durant: Rousseau y la Revolución).

La evolución legislativa de este tipo de sociedad, comienza a fines del siglo XVIII, siendo lo significativo que las primeras disposiciones de carácter general que le conciernen, como la ley francesa de 2 de Marzo de 1791 (cit. de Malagarriga) fueron dadas para suprimirlas. En virtud de esta ley, en Francia, un decreto de 1793 prohíbe a banqueros, negociantes y cualesquiera otras personas formar estas sociedades bajo pretexto alguno y bajo ninguna denominación.

Su forma moderna, es reglamentada por vez primera con carácter general en el Código francés de comercio de 1807. Luego se hizo lo propio en los demás códigos de otros países y en las leyes generales inglesas (Company Act de 1862) y en los Estados Unidos (entre ellas una del Estado de Nueva York de 1811, que admitía la libre incorporación para cierto genero de industrias; cit. de Cañizares).

Surge esta sociedad, dice Rodríguez, con el albor del capitalismo, con el cual se desarrolla y alcanza su máximo esplendor, como su instrumento más potente en el campo de organización de las empresas.

En el ordenamiento nacional, el c. mtl. abrg. (arts . 247 a 253), contiene una reglamentación tan deficiente, que el D.S. de 8 de Marzo de 1860, expedido por el Dictador Linares, pone en vigencia las reglas pertinentes del proyecto de c.c. de 1856 (que quedó en proyecto), habida consideración de que ellas contienen todas las normas legales indispensables para la institución, cuya vigencia no debe postergarse hasta la sanción del expresado proyecto, porque la sociedad anónima es uno de los medios que más favorecen las grandes empresas de industrias y los trabajos públicos, para lo cual las reglas del Código de comercio (referencia al c. mtl. abrg.) son inadecuadas a la importancia de este tipo de sociedad cuando se aplican a objetos diversos de los del comercio, según reza la fundamentación en que se apoya la sanción del nombrado decreto. Así, hasta la promulgación del c. com. vigente, las sociedades anónimas, han estado regidas por los del referido proyecto de c.c. de 1856, con diversas reglamentaciones complementarias que se citan, cuando corresponde, en los lugares pertinentes.

La denominación de sociedad anónima, o sea sin nombre, según explican los autores, obedece a que en su razón comercial no figura nombre de persona alguna individual (Benito), esto es,

dice Vivante, porque la sociedad no ejerce el comercio con el nombre propio, de los socios o de alguno de ellos.

El c. com. francés de 1807 impuso la denominación *société anonyme*, aunque no muy adecuadamente según Cañizares, porque antes de dicho código se designaba con ella la asociación en participación. Fue adoptada por numerosas legislaciones nacionales. En los países germánicos se la denominó sociedad por acciones (*Aktiengesellschaft*). El c.c. italiano de 1942 (Cap. V, Tít. V, Lib. V), también regula la materia bajo la denominación de sociedad por acciones. En Inglaterra, se denominó inicialmente *Joint Stock Company* y desde 1862 *Companies*, denominación generalizada ahora en los países del *commonwealth*. En los Estados Unidos se la llama generalmente *Corporation*, con el aditamento *public* o *private* para designar las corporaciones fiscales o privadas y se dice *Stock corporation* cuando es por acciones.

No es posible una definición universal, porque regularmente los autores la formulan con vista a la legislación nacional que comentan. Una definición casi universal, debería tener en cuenta, dice Cañizares, principios generales, como: a) la responsabilidad limitada de los accionistas al importe de sus aportaciones- b) la libre transmisión de las acciones; y c) la organización diferenciada de accionistas, administración y fiscalización. Vivante, propone la siguiente: persona jurídica que ejerce el comercio con el patrimonio que le han conferido los socios y le proporcionan las utilidades acumuladas y cuya característica esencial esta en la responsabilidad limitada de todos los socios, ninguno de los cuales esta personalmente obligado por el débito social.

Rodríguez, la define como la sociedad mercantil con denominación, de capital fundacional dividido en acciones, cuyos socios limitan su responsabilidad al pago de las mismas.

Se ve que las definiciones propuestas coinciden con las características que le señala el Art. en estudio, aunque tanto las definiciones como el Art. no incluyen el tercer elemento propuesto por Cañizares, para lograr una definición completa.

Su naturaleza jurídica, es cuestión muy debatida. Para la doctrina clásica francesa, esta sociedad es un contrato, sujeta, por consiguiente, a las reglas contractuales. La incompatibilidad con la noción de contrato, de las modificaciones de los estatutos y del contrato hechas sin el consentimiento de todos los contratantes, hizo surgir el debate y, a fines del siglo XIX, se intentó resolver semejante cuestión teóricamente insuperable, acudiendo a la noción de la persona jurídica y con el razonamiento de que si el contrato crea una persona jurídica, la modificación de

los estatutos no supone infringir dicho contrato, sino simplemente perfeccionar el organismo creado por este (Cañízares).

La inexactitud de la concepción contractual según juicio de Ripert (cit. de Cañízares), ha dado lugar en la moderna doctrina francesa, a la teoría de la institución, formulada por Hauriou, desarrollada por Renard y difundida por Delos, Bonnacase y otros en Francia y Jennings, Dowdall, Lisarrague, etc., en otros países (cit. de Cañízares). Se observa que el derecho, de una manera general, evoluciona hacia un régimen que se denomina institucional y que en la sociedad anónima, en la mayoría de los países, se manifiesta una evolución hacia un régimen jurídico cada vez menos contractual y más institucional. Cañízares, en este punto, define conceptos señalando que institución y régimen institucional, designan, respectivamente, una teoría filosófica y una situación legislativa positiva, que tienden a reemplazar el contrato por reglas imperativas formuladas en estatutos legales.

En la doctrina alemana, se discute, no obstante que la ley declara expresamente que la sociedad anónima es una sociedad, si es una sociedad o una asociación, esto es, un vínculo entre sus miembros o algo entre los socios (sociedad) o un vínculo entre los miembros y el organismo que se forma o algo por encima de los socios (asociación). Sobre la doctrina contractual, las teorías anticontractualistas germánicas, consideran el acto constitutivo de esta sociedad como un acto colectivo o complejo, teoría que conserva su influencia en Italia y en algunos países latinoamericanos.

La naturaleza institucional de esa sociedad, no está suficientemente elaborada en el sentido de la teoría de Hauriou, pero es indudable que parece ofrecer el único camino a una solución adecuada del problema de su naturaleza jurídica.

El Código, aunque su Art. 125 define en general las sociedades como un contrato, contiene una reglamentación institucional de la sociedad anónima.

ARTÍCULO 218.- (Denominación). La sociedad anónima llevará una denominación referida al objeto principal de su giro, seguida de las palabras "Sociedad Anónima" o su abreviatura "S.A.".

La denominación debe ser diferente de cualquier otra sociedad existente.

Precd: c.mtl. abrg.248 - D.S. 8 Marzo 1860, Art.1171-L.15 Enero 1918, Art. 41

Conc: c. com. 127, 3)-426-c.c. 56-Lea. 5-

Esta sociedad actúa en el ámbito de las relaciones jurídicas, con un nombre o denominación social formado objetivamente en función del objeto principal de su giro o actividad, que debe ser distinto de los ya existentes y debe llevar, abreviado o completo, el aditamento señalado: S.A. o Sociedad Anónima.

La sola designación del objeto es insuficiente, porque puede ocasionar confusiones (Fernández). Ejemplo: Compañía de Fósforos; Compañía telefónica; Banco de descuentos, etc. Se requiere individuación más precisa que las designaciones genéricas, mediante alguna combinación o adjetivación, v. gr.: Compañía general de Fósforos; Compañía telefónica boliviana o Banco unido de descuentos. Sirven también los nombres de fantasía precedidos o seguidos del objeto de la sociedad: Editorial Lux S.A.; Laboratorios Inti, S.A.; La Mercantil, Compañía de seguros, S.A.

En la práctica no es raro el empleo de los nombres de los fundadores o de los socios principales, derivados, ordinariamente, de sociedades transformadas que en su origen fueron colectivas; ejemplo: Gisbert y Cía. S.A., o Harrod's, Escasany, en Buenos Aires. Se considera una ventaja aprovechar el crédito y buen nombre comercial de los negocios originales y se toman como enseña, sin posibilidad de confusión, debido al aditamento obligatorio S.A. Puede resumirse con Fernández, las limitaciones a la elección de la denominación, así: a) que no induzca a error sobre el objeto, perjudicando a terceros; b) que no se confunda con otras similares o con reparticiones públicas; c) que no constituya una razón social, porque la ley, cuando exige o permite su uso, lo establece expresamente; d) que no sea contrario al orden público, a la moral o a las buenas costumbres (Art. 139).

SECCIÓN II CONSTITUCIÓN

ARTÍCULO 219.- (Forma de constitución). La sociedad anónima puede constituirse en acto único por los fundadores o mediante suscripción pública de acciones.

Precd: C.S. 8 Marzo 1860, Art. 1172 -

Conc: c. com. 220 - 222 -

Se establece dos formas diversas de constitución: simultánea o constituida en un solo acto y sucesiva o gradual o constituida en varios actos continuados. El mecanismo de una y otra se da en los artículos siguientes.

ARTÍCULO 220.- (Requisitos para constituir por acto único). Para constituir una sociedad anónima en acto único la escritura de constitución debe contener, además de los señalados en el artículo 127, los siguientes requisitos:

- 1) Que la integren tres accionistas por lo menos;
- 2) Que el capital social se haya suscrito en su totalidad, el cual no puede ser menor al cincuenta por ciento del capital autorizado. A los efectos de este Capítulo, "capital social" y "capital suscrito" tienen el mismo significado;
- 3) Que de cada acción suscrita se haya pagado por lo menos un veinticinco por ciento de su valor en el momento de celebrarse el contrato constitutivo, y
- 4) Que, los estatutos de la sociedad sean aprobados por los accionistas.

Conc: c.com.127-219-221-233,1)-266-427-767- Rgto.s.p.a. 18-

Este Art. regla la constitución simultanea, que se tiene por realizada cuando, en un solo acto de comparecencia ante el Notario de fe pública, comprobado que el capital social esta suscrito por entero y pagado por lo menos en el veinticinco por ciento (25%) de su valor y redactados los estatutos, los constituyentes, por lo menos en el mínimo legal establecido en el inc. 1) , puestos de acuerdo sobre todos los detalles necesarios, reunidos o no en asamblea, personalmente o por medio de representantes legalmente acreditados, otorgan la respectiva escritura pública (Art. 128).

Este resumen, comprende todos los requisitos necesarios de acuerdo a las exigencias del Art. 127 y del que se examina.

A los efectos legales, todos los que concurren al acto único de fundación, son considerados fundadores (Art. 233, 1) .

Otorgada la escritura pública constitutiva, los fundadores tramitan la aprobación de la Dirección de Sociedades por Acciones (arts. 130 y 444, incs. 1, 2 y 3 del c. com. y 18 del Rgto. rg. com.), para su inscripción en el registro de comercio (Rgto. rg. com. Art. 31).

De este Art. y de los que le siguen (221, 222), resulta evidente una coincidencia notable con el c. com. hondureño de 1950, contado entre los más modernos, respecto de las normas básicas, propias de una reglamentación institucional. (v. la anot. al Art. 217, i.f.), que pueden sintetizarse en las siguientes:

1ra.) Señalamiento de condiciones mínimas de viabilidad: número de socios, capital pagado mínimo, suscripción total del capital social;

2da.) Poca confianza por las aportaciones en especie;

3ra.) Estricta regulación de la actuación de los fundadores;

4ta.) Distinción entre constitución simultánea y sucesiva;

5ta.) Intervención de un órgano de la Administración (Dirección de Sociedades por Acciones), para autorizar la oferta de acciones al público.

El capital se distingue en autorizado, suscrito y pagado. El primero determina el importe del capital (así a secas, para evitar confusiones con la equivalencia que el Art. en su inc. 1, establece entre capital social y capital suscrito), que no es necesario suscribir íntegramente al constituir la sociedad. Este capital que se denomina autorizado o escriturado, es el montante máximo que puede ser objeto de suscripción de acciones, sin necesidad de modificar los estatutos o el acto constitutivo ni de tramitar aumento de capital, pues cuando se necesita más dinero se pone en circulación nuevas acciones dentro de los límites del capital autorizado (arts. 256 y 343).

El capital social o capital suscrito, es un concepto aritmético equivalente a la suma del valor nominal de las aportaciones realizadas (pagadas) o prometidas (suscritas) por los socios. Su cuantía no puede ser menor al 50% del capital autorizado, el cual para su precisa determinación debe estar inequívocamente determinado en el acto constitutivo.

El capital pagado, que según las legislaciones también se llama integrado, liberado o desembolsado (25% del suscrito), es el que en la definición de Rodríguez (v. la anot. al Art. 217), se denomina capital fundacional, o sea aquel o por lo menos una parte del mismo, que este previamente desembolsado, como condición indispensable para que la sociedad pueda fundarse (v. la anot. al Art. 238).

La evolución de las condiciones requeridas para la constitución de esta sociedad, presenta, en general, los períodos siguientes:

- 1) Período de concesión estatal (real o gubernamental) para cada sociedad.
- 2) Período de la autorización previa (Art. 1174, D.S. de 1860).
- 3) Período de disposiciones administrativas que reemplazan a la intervención administrativa.

Puede considerarse el sistema del Código, en una etapa intermedia: entre el segundo y el tercer Período. En efecto, la aprobación de la Dirección de Sociedades por Acciones (Art. 130 y 444, 1 y 3), aunque sustituye el decreto del Poder Ejecutivo, todavía es una manifestación de la intervención administrativa que, en realidad, puede estimarse como lo hace Cañizares, atendidas sus actuales características y la función del registro de comercio, como destinadas a configurar un control de la legalidad de la constitución, con la finalidad de asegurar una fiscalización estricta y rigurosa de la misma, cualquiera sea la autoridad a la que esa intervención se atribuya.

Después de la segunda guerra general de este siglo, se manifiesta una evolución de la sociedad anónima hacia el derecho público y de instrumento privado en manos -de los particulares, viene convirtiéndose en entidad de derecho público -sociedades mixtas o nacionalizadas- o por lo menos de interés público, lo que acentúa la crisis de la noción contractual, que nunca fue adecuada, dice Cañizares, para su organización.

Esto supone más que una evolución, una transformación de la sociedad anónima en su concepción, su organización y su funcionamiento que interesa fundamentalmente a la economía nacional, lo cual exige un régimen normativo y una tuición de la intervención administrativa inexcusables.

JURISPRUDENCIA

"Los estatutos de las compañías, como toda convención legalmente formada, obligan únicamente a los que los han suscrito como contratantes, cual prescribe el Art. 725 (519) del c.c. y no pueden dañar ni aprovechar a una tercera persona" (G.J. N° 673, p. 15).

ARTÍCULO 221.- (Aportaciones en dinero). Los accionistas fundadores abrirán una cuenta corriente en un banco a nombre de la sociedad en formación y depositaran en ella sus aportes en dinero. Con cargo a esta cuenta pueden realizarse los gastos de constitución de la sociedad, según se establezca en la escritura social.

Conc: c. com. 220 - 236 -

Los aportes en dinero de que habla este Art. comprenden el importe del porcentaje del Capital suscrito a que se refiere el inc. 3 del Art. anterior.

ARTÍCULO 222.- (Constitución por suscripción pública). Si la constitución de la sociedad anónima fuera por suscripción pública, los promotores deben formular un programa de fundación suscrito por los mismos, que se someterá a la aprobación de la Dirección de Sociedades por Acciones y que debe contener:

- 1) Nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión domicilio de los promotores y el número de su cédula de identidad;
- 2) Clase y valor de las acciones, monto de las emisiones programadas, condiciones del contrato de suscripción y anticipos de pago a los que se obligan los suscriptores;
- 3) Número de acciones correspondientes a los promotores;
- 4) Proyecto de estatutos;
- 5) Ventajas o beneficios eventuales que los promotores proyectan reservarse;
- 6) Plazo de suscripción, que no excederá de seis meses computables desde la fecha de aprobación del programa por la Dirección de Sociedades por Acciones;
- 7) Contrato entre un Banco y los promotores, por el cual aquél tomara a su cargo la preparación de la documentación correspondiente, la recepción de las suscripciones y los anticipos de pago en dinero.

Conc: c. com. 219-223 -224-227-228 - 233 - 444, 4) - 743 - 746 - 749 - Rgto. s.p.a. 19 -

Este Art. y los siguientes reglan la constitución de la sociedad anónima por suscripción pública, segunda forma de la establecida en el Art. 219, llamada también continuada, sucesiva, gradual o escalonada. Se caracteriza por la apelación que se hace a la suscripción pública, como forma de obtener la adhesión de los futuros socios (Rodríguez).

El proceso de constitución de la sociedad, pasa por cuatro etapas: a) Fundación; el Art. menciona el programa de fundación que puede entenderse provisional mientras se tramita la aprobación, según las regulaciones de los arts. 444, 4, del Código y 19 del Rgto. s.p.a.; b) programación aprobada por la Dirección del ramo (Art. 223); c) suscripción encargada a un Banco mediante convenio ad hoc (arts. 224 a 228), y d) constitución definitiva, declarada en asamblea de suscriptores que la ley llama junta constitutiva y que culmina con el registro que confiere existencia legal a la sociedad (arts. 229 a 232).

Los programas de fundación y de suscripción, incluida la fórmula del contrato que indica el Art. 222, se someten a la aprobación de la Dirección de Sociedades por Acciones, con los requisitos que señala el Art. y la documentación que detalla el Art. 19 del Rgto. s.p.a. El memorial debe especificar el plazo previsto para llevar adelante el programa de suscripción pública, que no debe

exceder del señalado en el inc. 6). Contra las resoluciones adversas, caben los recursos de apelación y casación, que el Art. 444, i.f., especifica.

La suscripción pública supone oferta pública de títulos valores, que por tal razón requiere, además, la intervención de la Comisión Nacional de Valores (Art. 746).

ARTÍCULO 223.- (Aprobación del programa para ofrecer al público suscripción de acciones). Para ofrecer al público la suscripción de acciones debe obtenerse de la Dirección de Sociedades por Acciones, previo el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, la aprobación del programa de fundación y autorización para su publicidad. No se autorizará la suscripción de acciones por el público, sin que, previamente, se hubiera comprobado la exactitud de la valuación de los bienes aportados en especie y la suscripción íntegra de la parte del capital social correspondiente a los accionistas fundadores.

Aprobado el programa, éste debe inscribirse en el Registro de Comercio en el plazo de quince días- en caso contrario, la autorización caduca automáticamente.

Conc: c.c. 1514-c. com. 29-132-222-444, 4) -Rgto. rg. com. 31 -

La aprobación del programa, se solicita en el mismo memorial en que se la impetra para el programa de fundación prevista por el Art. 222. Además de los datos especificados por dicho Art., debe acompañarse para los efectos del que aquí se examina, la relación detallada, valorada y exacta de los bienes que se aportan en especie, el certificado del Banco correspondiente que acredite la suscripción íntegra del capital de los fundadores y la fórmula del contrato de suscripción redactado según las especificaciones del Art. 224 (Rgto. s.p.a. Art. 19, incs. b, c, d).

La aprobación del programa debe inscribirse en el registro de comercio, en el plazo que señala el Art. in fine, bajo sanción de caducidad de la misma, conforme al Art. 1514 del c.c.

La autorización ha de incluir la de la publicidad del programa, que debe hacerse conforme dispone el Art. 13 .

ARTÍCULO 224.- (Contrato de suscripción). El contrato de suscripción será preparado por el Banco en doble ejemplar y contendrá la transcripción del programa y además:

- 1) El nombre, nacionalidad y domicilio del suscriptor;
- 2) El número de las acciones suscritas, su clase y valor;

- 3) Anticipo de pago en dinero cumplido en ese acto y la forma y época en las cuales el suscriptor efectuará los pagos del saldo correspondiente;
- 4) En el caso de aporte de bienes que no sea en dinero, la determinación precisa de estos conforme a las disposiciones de este Título;
- 5) La convocatoria a la junta constitutiva y las reglas a las que se sujetara en su desarrollo y la orden del día. Esta junta se realizará en un plazo no mayor de tres meses de la fecha de vencimiento del período de suscripción;
- 6) La declaración acreditando que el suscriptor conoce y acepta el proyecto de estatutos. El recibo de pago efectuado y una copia del documento se entregarán al suscriptor y el original quedará en poder del Banco, y
- 7) Lugar y fecha de la suscripción.

Conc: c. com. 222-225-226- 817-818-c.c. 518-539-540-Rgto. s.p.a. 19-

Por lo regular, el que norma este Art. es un contrato-formulario arreglado en cuanto a sus condiciones e interpretación a las disposiciones de los arts. 518 del c.c. y 817 del c. com. Como contrato de adhesión, admite algunas estipulaciones particulares, que no afectan a las condiciones esenciales contenidas en la enumeración del Art., consignados en los espacios destinados a ellas, en versión mecanografiada, que prevalecen respecto de las impresas, aún cuando estas no hubiesen sido dejadas expresamente sin efecto. En el, se obliga el suscriptor a pagar el valor de las acciones conforme determinen el programa de fundación, los estatutos que apruebe la asamblea y cuyo proyecto debe declarar que conoce y acepta, o el contrato formulario (inc. 3 del Art.). Se sobrentiende que el anticipo de pago en efectivo, debe cubrir por lo menos el 25% del importe de las acciones suscritas, por aplicación analógica del inc. 3 del Art. 220. Las disposiciones del título sobre las aportaciones de bienes no dinerarios, están detalladas en los arts. 150 y 155

El contrato de suscripción se perfecciona por el acuerdo de voluntades (Art. 521, c.c.) y se acredita mediante el formulario firmado en doble ejemplar, uno para el suscriptor y otro (el original) para el Banco, que además extenderá recibo por el pago efectuado por aquel. Los pagos dinerarios se depositan en cuenta especial en el Banco encargado de la suscripción (Art. 221) y los aportes en bienes, hasta la constitución definitiva de la sociedad, oportunidad en que recién se integran al patrimonio de esta, quedan en fideicomiso en poder del Banco encargado de la suscripción (Art. 226).

Si la sociedad no llega a la constitución definitiva, porque la suscripción no ha tenido éxito, en los supuestos del Art. 227 el suscriptor tiene derecho a la devolución de las sumas de dinero

depositadas y de los bienes dados en fideicomiso, sin ningún descuento ni por razón de gastos durante el proceso previo a la declaración del fracaso de la suscripción. Cuando la suscripción ha tenido más éxito del esperado y ella excede el monto de capital previsto, se procede en la forma que determina el Art. 228, sea aumentando el capital o prorrateando entre los suscriptores el excedente de las acciones suscritas.

Al respecto, la ley no indica claramente a cual capital alude, si al autorizado o al suscrito. Si se considera que la regla del Art. 220, inc. 2) es general, esto es, rige para las sociedades de constitución sucesiva como para las de constitución simultánea, para la aplicación del Art. 228, el exceso ha de tener relación con el capital autorizado declarado en el programa de fundación y no con el suscrito, ya que, por efecto de esas reglas generales, la suscripción tendría que ser convocada por el 50% o algo más del capital autorizado. Y Si la suscripción rebasa ese límite sin sobrepasar el del capital autorizado, no habrá ningún problema y el Art. 228 tendrá aplicación solamente en el supuesto de que el exceso sobrepasa el capital autorizado.

También ha de tenerse en cuenta que el contrato de suscripción, dado su carácter bilateral, es cesible con la conformidad de la otra parte, en este caso, con la del Banco encargado de la suscripción, con arreglo a las determinaciones que pueda contener al respecto el contrato entre los fundadores y el Banco a que se refiere el inc. 7) del Art. 222, y en su defecto según las reglas generales de derecho (arts. 539, 540, c.c. y 818 c. com.). Si la cesión coloca frente a la sociedad a un insolvente, el cedente no queda desvinculado y puede ser compelido al cumplimiento de su obligación.

ARTÍCULO 225.- (Depósito de la suscripción en dinero). Los aportes en dinero deben ser depositados en el Banco designado para recibir las suscripciones.

Conc: c. com. 224-227-228-
Visto en la anot. al Art. 224.

ARTÍCULO 226.- (Aportes de bienes - Fideicomiso). Los aportes de bienes que no fueran en dinero, se integrarán a la sociedad una vez constituida ésta. Entre tanto, serán entregados en fideicomiso al Banco encargado de recibir las suscripciones y aportes.

Conc: c. com. 150-224-227- 1409 y s.-
Visto en la anot. al Art. 224.

ARTÍCULO 227.- (Fracaso de la suscripción-Devolución de aportes). Si venciera el plazo legal o el fijado en el programa para la suscripción de acciones y el capital social mínimo requerido no hubiera sido suscrito o por cualquier otro motivo no se llegara a constituir la sociedad, se tendrá por terminada la promoción de la misma y el Banco restituirá de inmediato a cada interesado las sumas de dinero depositadas y los bienes dados en fideicomiso, sin descuento alguno.

Conc: c.com. 222 - 225 - 226
Visto en la anot. al Art. 224.

ARTÍCULO 228.- (Suscripción en exceso). Si las suscripciones exceden del monto del capital previsto, la junta constitutiva decidirá su aumento hasta el monto de las suscripciones o su reducción a prorrata.

Conc: c.com. 222 - 225
Visto en la anot. al Art. 224

ARTÍCULO 229.- (Convocatorias a junta general constitutiva). Una vez suscrito el capital requerido en el programa, los promotores convocarán a la junta general constitutiva que se celebrará con la presencia del representante del Banco interviniente, la presencia de un funcionario de la Dirección de Sociedades por Acciones y la concurrencia de por lo menos la mitad más una de las acciones suscritas.

Conc: c. com. 230 - 284- 444, 4) - Rgto. s.p.a. 8, c)

Suscrito el capital demandado en el programa de suscripción (Art. 223), la junta general constitutiva de suscriptores o accionistas, debe reunirse dentro de los tres meses siguientes al vencimiento del Período señalado para la suscripción (Art. 224, 5). El quórum de presencia requiere la de las suscriptores que representen la mitad más una de las acciones suscritas y es inexcusable la asistencia de los representantes del Banco encargado del manejo de la suscripción y de la Dirección de sociedades por acciones (Rgto. s.p.a. 8, c).

La constitución definitiva de la sociedad, queda así subordinada a la condición esencial de la completa suscripción del capital solicitado en el programa respectivo. Esta regla se establece, según Vivante, tanto en protección de los accionistas presentes y futuros como de los acreedores sociales, para defenderlos de las lisonjeras perspectivas de un capital imaginario.

Verificados, determinados y resueltos todos los puntos que conforman las atribuciones de la junta general, según la enumeración enunciativa del Art. siguiente (230), que ha de formar parte del orden del día a que se refiere el caso 5) del Art. 224 y cuyas resoluciones se adoptarán con el quórum de votación determinado en el Art. 231: mayoría de los suscriptores presentes que representen no menos de la tercera parte de capital suscrito con derecho a voto, se estima aprobada constitución de la sociedad anónima, la misma que debe ser inscrita en el registro de comercio, previa publicidad, conforme a las disposiciones de los arts. 129 y 132.

Cumplidas todas estas formalidades, se considera a la sociedad de constitución sucesiva o por suscripción pública, definitivamente constituida y existente con personalidad Jurídica y, por consiguiente, apta para entrar a operar en su giro.

ARTÍCULO 230.- (Atribuciones de la junta general constitutiva). Son atribuciones de la junta general constitutiva:

- 1) Comprobar la existencia de los depósitos efectuados en dinero y de las aportaciones en especie;
- 2) Aprobar la valoración de los bienes aportados en especie o determinar la realización de nueva valuación por peritos. Los suscriptores de cuyas aportaciones se trate, no tendrán derecho a voto hasta que se defina la valoración;
- 3) Aprobar o rechazar las gestiones y gastos efectuados por los promotores, previo informe de éstos;
- 4) Aprobar o modificar las ventajas o beneficios que los promotores se hubieran reservado;
- 5) Analizar y aprobar los estatutos;
- 6) Designar los directores, representantes o administradores de la sociedad;
- 7) Nombrar síndicos;
- 8) Designar dos suscriptores para firmar el acta de la junta general; asimismo. se nombrará a los accionistas que suscribirán la escritura pública de constitución social;
- 9) Considerar el plazo establecido para el pago del saldo de las acciones suscritas, y
- 10) Considerar y resolver cualquier otro asunto de interés para la sociedad.

Conc: c. com. 299 - 231 - 234 - 236 -

Visto en la anot. al Art. 229.

ARTÍCULO 231.- (Votación) A los efectos del artículo anterior, cada suscriptor tiene derecho a tantos votos como acciones haya suscrito y pagado el anticipo que le corresponde.

Las decisiones se adoptaran por la mayoría de los suscriptores presentes que representen no menos de la tercera parte del capital suscrito con derecho a voto, sin lugar a estipulación distinta.

Los promotores pueden ser suscriptores, pero no pueden votar sobre el punto 3) del artículo anterior.

Conc: c. com. 230-Lea. 69-
Visto en la anot. al Art. 229.

ARTÍCULO 232.- (Inscripción trámite, recurso y publicidad). Aprobada la constitución de la sociedad anónima por la junta general constitutiva, se procederá conforme a los artículos 129 y 132.

Conc: c. com. 129 - 132 -
Comprendido en la anot. al Art. 299.

ARTÍCULO 233.- (Fundadores). Son fundadores de una sociedad anónima:

- 1) Las personas que otorguen la escritura de constitución de la sociedad cuando se efectúe en acto
- 2) En la formación por suscripción pública, los que firmen el programa.

Conc: c. com. 220-22-237-279-

El Art. se concreta a señalar a quienes se considera fundadores en ambas formas de la constitución: simultanea y sucesiva, sin dar una noción de lo que ha de entenderse por fundadores. Además, el Código hace un empleo indistinto de los términos promotor y fundador: en el Art. 222 habla de promotores; en el Art. 231 in fine, de promotores suscriptores; en este Art. como en el 236, de fundadores, y en el 237 de los promotores y de los fundadores.

Es impropia la sinonimia que se asigna a ambos vocablos. Vivante advierte contra esta torcida igualdad de significado dado a las voces promotor y fundador. Se puede ser promotor sin suscribir ninguna acción, o sea sin participar en la fundación de la sociedad y la calificación de fundador debe reservarse para aquel que concurre a la constitución de la sociedad suscribiendo acciones. Consiguientemente, el fundador es necesariamente accionista originario de la sociedad y puede o no ser promotor, según tome o no parte en la gestión necesaria para la constitución de la sociedad. La equívoca expresión promotores que pueden ser suscriptores del

Art. 231, última fracción, ha de entenderse, entonces, en sentido de que los promotores que suscriben acciones, pasan a ser fundadores propiamente hablando.

Tocante a la figura jurídica atribuida a los fundadores, frente a los acreedores en el Período preliminar de la constitución por suscripción, discrepan los autores. Según Lyon-Caen y Renault, Thaller (cit. de Fernández), actúan como gestores de negocios y según Bolaffio y Malagarriga actúan como tales, pero de los suscriptores, no de la sociedad.

Siburu (cit. de Fernández) los considera negotiorum susceptor. La relación jurídica llamada suscipere negotium es la de la gestión en la que el gestor crea el negocio, diversa de la gestión de negocios, en la que el gestor interviene en un negocio preexistente.

Vivante, les asigna la función de realizar estipulaciones en favor de tercero. Messineo no admite la concepción que hace del fundador un representante sobre la base de gestión de negocio ajeno, puesto que no ha surgido aún el dominus, o sea, la sociedad en cuyo nombre se gestiona el negocio de la constitución sucesiva; tampoco acepta la noción de un contratante a favor de tercero, porque, como se ha visto, el promotor o el fundador no opera a favor de la sociedad (que no existe), sino a fin de que ella se constituya y nazca. Tampoco es un mediador, añade, porque falta una de las partes (la sociedad) entre las cuales se interpondría el mediador. Concluye Messineo, indicando que debe considerarse al promotor o al fundador como el sujeto investido de un oficio de derecho privado, en cuanto obra en nombre propio, si bien en interés de una sociedad a constituir, por virtud de un poder que le reconoce la ley.

ARTÍCULO 234.- (Entrega de fondos a los administradores). A la presentación del certificado de inscripción de la sociedad en el Registro de Comercio, el Banco fiduciario pondrá los fondos y bienes recibidos de los suscriptores a disposición de los administradores de la sociedad.

Conc: c. com. 29-230, 6) -307-

Designados los administradores conforme al inc. 6) del Art. 230, a quienes, constituida definitivamente la sociedad, corresponde la representación y la administración de ella, la entrega prevista por el Art. es una consecuencia necesaria e ineludible de la constitución sucesiva cumplida y completada.

ARTÍCULO 235.- (Entrega de documentación por los promotores). Los promotores están obligados a entregar a los directores o administradores toda la documentación relativa a la organización de la sociedad y la correspondiente a los actos realizados durante la formación de

la misma, debiendo, además, devolverse los documentos pertinentes a los actos no aprobados por la junta de accionistas.

Conc: c. com. 237 -

Es otra consecuencia de la constitución definitiva, como la señalada en el Art. anterior.

ARTÍCULO 236.- (Responsabilidad de los fundadores). Los fundadores responden ilimitada y solidariamente por las obligaciones contraídas para la constitución y formación de la sociedad, inclusive de los gastos y comisiones del Banco fiduciario, aún en el caso de haber fracasado el programa.

Constituida la sociedad, ésta asume las obligaciones contraídas legítimamente por los fundadores, reembolsándoseles los gastos efectuados, previa aprobación de la junta general.

Conc: c. com. 221 - 230, 3) -

Constituida la sociedad, esta asume las obligaciones y los gastos (que debe reembolsar) causados por su constitución. La legitimidad de las obligaciones y los gastos, emana de la aprobación que la junta general acuerde a ellos (Art. 230, 3).

Durante el proceso de constitución y en el supuesto de fracaso de la suscripción, los fundadores o los promotores, responden ante terceros por las obligaciones contraídas y ante el Banco fiduciario por sus comisiones y los gastos que le haya ocasionado el manejo de la suscripción. Son obligaciones solidarias e ilimitadas, cuya totalidad pueden reclamar los acreedores indistintamente de cualesquier promotor o fundador, que responden no sólo con lo que tienen suscrito en la sociedad frustrada, sino con todo su patrimonio personal.

Esta responsabilidad que supone mucho riesgo para quienes concurren como fundadores a la constitución sucesiva, se compensa con los beneficios que la ley permite reconocerles en el acto de constitución (Art. 230, inc. 4), que se acuerdan en las condiciones y en los límites que señala el Art. 237: no más que en las utilidades (Art. 279) y nunca en el capital social, en una proporción no mayor del 10% de aquellas y sólo durante los 10 años siguientes a la constitución de la sociedad, siempre y cuando se haya distribuido previamente a los accionistas un dividendo de por lo menos el 5% del valor pagado de sus acciones.

ARTÍCULO 237.- (Beneficios para promotores y fundadores). Los promotores y los fundadores no pueden recibir ningún beneficio que disminuya el capital social. Cualquier pacto en contrario es nulo.

La retribución que se conceda a los promotores y fundadores de las utilidades anuales, no excederá en ningún caso del diez por ciento, ni podrá extenderse por más de diez años, a partir de la constitución de la sociedad, Esta retribución no podrá cubrirse sino después de pagado a los accionistas un dividendo mínimo del cinco por ciento sobre el valor pagado de sus acciones.

Conc: c. com. 233 -235 -279 -Rgto. s.p.a. 19 -

Las partes de fundador o partes beneficiarias, tienen origen en una concepción francesa (Cañízares), relacionada con la constitución de la Compañía del Canal de Suez (1858), cuyos estatutos atribuían esta clase de títulos a los fundadores. Es principio general que no pueden formar parte del capital y que confieren derecho a una parte de los beneficios sociales (Art. 279).

SECCIÓN III ACCIONES

ARTÍCULO 238.- (Concepto y valor nominal). El capital social esta dividido en acciones de igual valor. Tiene un valor nominal de cien pesos bolivianos o múltiplos de cien.

Conc: c. com. 127, 5) - 239 - 240 -241 - 247 - 256 -261-355-739-741-

JURISPRUDENCIA

"(Las acciones) son títulos que son embargables y pueden ser rematados porque sólo representan los intereses y derechos de los socios" (G.J. N° 545, p. 12).

ARTÍCULO 239.- (Títulos o certificados provisionales). Los títulos pueden representar una o más acciones y ser nominativos o al portador.

Si las acciones no se hubieran pagado en su totalidad, la sociedad emitirá solamente certificados provisionales en forma nominativa. En este caso los certificados al portador son nulos.

Una vez cubierto el importe total de las acciones, los interesados pueden exigir la extensión de los títulos definitivos. En tanto no se cumpla con tal entrega, el certificado provisional será considerado definitivo y negociable.

Precd: D.S. 8 Marzo 1860, arts. 1187 - 1188 -

Conc: c. com. 238-242-247-248-249-251-429-491 -739-

La palabra acción, en su sentido jurídico más lato, evoca la facultad de requerir la intervención del Estado, para la declaración y realización del derecho, a los fines de mantener el orden jurídico (Alsina) o, más brevemente, el derecho de hacer valer en juicio un derecho real o pretendido. La rubrica de la Sección V del Capítulo VII, Título II del Libro Segundo del Código y los arts. 306, 323, 805 y 1419, entre otros, por ejemplo, emplean la palabra acción en este sentido. Más, en el derecho comercial su noción se concreta, principalmente, a designar cada una de las partes que componen el capital de una sociedad. Se dice principalmente, porque se la usa en varios sentidos y la ley la emplea según las exigencias de sus conceptos: unas veces para indicar con la palabra acción cada una de las fracciones en que se divide el capital social (v. gr. los arts. 238, 356, 439); otras, para aludir el conjunto de los derechos y de las obligaciones que derivan para los socios del contrato social (ejemplo: Art. 127, II), y otras para señalar el título con el cual los socios hacen valer su derecho o transmiten ese derecho a terceros (v. gr. arts. 251, 252, 253, 274.- Vivante, Renaud, Cañizares, Rodríguez).

Este uso variado del término acción, hace que ha de considerársele desde un triple punto de vista: como parte del capital social (Art. 238), como título - valor (Art. 239) y como expresión de la calidad de socio (Art. 268).

La representación del capital social por acciones (Art. 238) y la libre cesibilidad de estas (Art. 253), constituyen los caracteres esenciales de la sociedad anónima. Son las particularidades que la distinguen de la sociedad colectiva y de la de responsabilidad limitada, en las que el capital social se representa mediante las participaciones del socio o partes de interés (Art. 181) en la primera y mediante las cuotas o partes sociales (Art. 198), en la segunda. En el tipo social que se examina hay acciones; terminología generalmente consagrada en las legislaciones: en francés action, en italiano azioni, en portugués acao, en alemán aktie, en inglés share, aunque en los Estados Unidos se emplea también el vocablo stock.

Las aportaciones de los socios en las sociedades por acciones, forman el capital social dividido en fracciones o porciones de igual monto y cada una de las cuales recibe la denominación de acción y expresa, precisamente, la medida de la participación de cada socio frente a los

consocios y a la sociedad, estableciendo una correspondiente relación entre socio y sociedad (Messineo).

Sobre su origen histórico, Rodríguez señala que en las primeras sociedades de este tipo, era costumbre extender a los socios una especie de recibos que acreditaban su aportación según estaba registrada en los libros sociales. La costumbre y la conveniencia convirtieron estos recibos en documentos con independencia y valor propios e indispensables para probar la calidad de socios y ejercitar los derechos que de ella emanan. La aparición del endoso y su aplicación a dichos recibos, finalmente, hizo culminar su evolución en los endosos en blanco que generaron las acciones al portador.

Como el capital es una cifra numérica que representa la suma del valor nominal o inicial de las acciones, cada una de estas tiene, como parte del capital, un valor fraccionario de este, expresado en el valor nominal de las mismas. Es un valor abstracto que debe expresarse en el documento que las representa (Art. 247, 5) y 6), que se obtiene dividiendo el capital social por el número de acciones. Además de este valor abstracto o nominal, la acción representa también un valor concreto y real en relación con el patrimonio, que está dividido en tantas partes como acciones existan, cuya entidad se obtiene dividiendo el patrimonio por el número de las acciones. Este valor real o concreto, dice Rodríguez, se refleja en la cotización de las acciones que se adquieren por su valor nominal (a la par), o por encima (sobre la par) o debajo (bajo la par) del mismo, como efecto de las relaciones que se da entre el patrimonio y el capital, que entre otros factores influyen en su valoración.

El Art. 238, además de establecer el valor mínimo de ellas, determina su igualdad: todas las acciones deben tener igual valor. La sociedad es libre de elegir el valor que quiera dar a sus acciones a tiempo de su constitución y ese valor nominal inicial, dado a las acciones que se emiten en ese momento, han de tener las que sean emitidas y ofrecidas al público ulteriormente, salvo un cambio de ese valor nominal, cambio que ha de afectar por igual a las emitidas y a las por emitir (Art. 355: resellado de acciones) .

El Art. 239, incorpora la acción en un título - valor (Art. 491) que recibe ese nombre: acción (Art. 739), con el contenido especificado en el Art. 247. Cabe, entonces, considerar la acción como el título - valor en el que se incorporan los derechos de participación social de los socios (Rodríguez), con las características generales que la ley reconoce al título - valor: incorporación, literalidad, legitimación y autonomía (Art. 491)" aún en su carácter provisional de certificado nominativo en el supuesto señalado por la fracción tercera del Art. 239, que debe tener un

contenido común con las acciones y sólo cumplen una función provisional en el supuesto de la segunda fase de la misma disposición.

JURISPRUDENCIA

"Las acciones son bienes muebles y sus títulos endosados e inscritos, constituyen el justo título que confiere la propiedad y posesión" (G.J. N° 741, p. 8).

ARTÍCULO 240.- (Indivisibilidad de las acciones y condominio) . Las acciones son indivisibles con relación a la sociedad.

En caso de existir varios copropietarios, la sociedad sólo reconoce un representante común para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones sociales, el cual será nombrado por aquellos, o por el juez existiendo desacuerdo. En este caso, se aplicarán las disposiciones del Código Civil en materia de condominio.

Conc: c.c. 158- 172- c. com. 213 -238 - 252- 281 -

La primera parte del Art., se funda en que estando la división del capital en acciones, acordada en el acto constitutivo que fija el valor de cada acción, no puede permitirse que la voluntad unilateral de cada socio modifique ese valor, porque importaría reconocer a esa voluntad unilateral el derecho de modificar a su arbitrio el contrato social, que es un acto colectivo sujeto a formalidades y acuerdos unánimes o mayoritarios, precisa y estrictamente reglados por la ley (v. la anot. al Art. 125).

La razón de la indivisibilidad, esta dada en la segunda fracción del Art. Si una acción da derecho a un voto (arts. 231 y 262), no puede reconocerse sino un titular jurídico y un voto por cada una de ellas. Si una acción es propiedad de varias personas, estas deben unificar su representación para ejercer y cumplir frente a la sociedad, los derechos y obligaciones que esa acción simboliza, aplicándose en las relaciones entre condóminos las disposiciones pertinentes del derecho común.

ARTÍCULO 241.- (Prohibición de emitir acciones bajo la par). Las sociedades anónimas no pueden, en caso alguno, emitir acciones por un precio inferior a su valor nominal.

Puede emitirse acciones con prima autorizada por la junta extraordinaria, conservando su igualdad en cada emisión.

El importe de la prima, descontando los gastos de emisión, constituirá una reserva especial.

Conc: c. com. 238 - 674 -

El valor de emisión, o sea la suma que el suscriptor paga por la acción, puede ser superior al valor nominal, práctica admitida en todos los países y designada como la emisión con prima.

Lo que no se permite, mediante disposición expresa de la ley o interpretación jurisprudencial en la generalidad de los países, es la emisión de acciones a un precio inferior al valor nominal, con excepción del derecho inglés que la admite en las llamadas shares at a discount (cit. de Cañizares), pero bajo severas condiciones restrictivas y vigilancia del Tribunal. No se puede permitir acciones bajo la par, esto es, por un precio inferior a su valor nominal, porque así no se podría constituir íntegramente el capital social (Vivante).

La acción con prima, a diferencia de la acción sin prima que es la que se vende por su valor nominal (o bajo la par si estuviere permitido), es aquella que se entrega al suscriptor por su valor nominal más un plus. Autoriza su utilización este Art. que regula además el destino que ha de darse a la prima obtenida con su venta. La obligación de conservar la igualdad (segunda fase del Art.), importa que la prima ha de ser la misma en todas las emisiones y no diversa para unas y otras emisiones (v. la anot. al Art. 238, sobre este aspecto).

La doctrina, diferencia las acciones con prima de las acciones de prima (Cañizares). Son estas las atribuidas como regalo sin compensación para la sociedad, admitidas en todos los países sólo como compensación a servicios prestados o a prestar a la sociedad, llamadas en el derecho inglés bonus shares, que corresponden a los bonos de fundador y a los de participación regulados en los arts. 279 y 282.

ARTÍCULO 242.- (Emisión de acciones al portador). Se emitirán títulos al portador solamente cuando el valor de las acciones esté pagado en su integridad.

Precd: D.S. 8 Marzo 1860, Art. 1188 -

Conc: c. com. 239 - 254 - 539 -

Explican la prohibición, las características de su transmisibilidad (Art. 539) que hace posible la sustitución de un socio por otro por la simple tradición o traspaso del título (que es bien mueble:

Messineo) a este último. Si la acción no está totalmente cubierta, su circulación producirá indudablemente perjuicio a la sociedad.

ARTÍCULO 243.- (Incumplimiento en el pago de las acciones). Cuando en el contrato de suscripción o en los estatutos conste el plazo en que deben efectuarse los pagos y los montos de éstos y no fueran cubiertos en dicho plazo, el accionista incurre en mora y la sociedad procederá a exigir, ejecutivamente, el cumplimiento del pago, la venta de las acciones o utilizará algún otro medio previsto en la escritura social o en los estatutos.

Precd: D.S. 8 Marzo 1860, Art. 1186 -

Conc: c.c. 341, 4)-p.c. 487, 3)-c. com. 159-252-162-393- 1595-

JURISPRUDENCIA

"El remate de las referidas acciones por falta de pago de cuotas no pudo verificarse sin la autorización judicial respectiva, o por consentimiento de partes, por lo que el Directorio que sin este requisito legal verificó dicho remate, incurre en las responsabilidades de ley" (G.J. N° 612, p. 12).

ARTÍCULO 244.- (Mora en el pago de acciones suscritas). En caso de mora en el pago de acciones suscritas, se suspende automáticamente el ejercicio de los derechos del accionista.

Conc: c. com. 159 - 269- c.c. 341, 4) -

ARTÍCULO 245.- (Venta y aplicación del producto). Son de cuenta del suscriptor moroso las costas del juicio, los gastos de remate o realización y los intereses moratorios, sin perjuicio de su responsabilidad por los daños causados por su incumplimiento.

Conc: c.c. 1465 - p.c. 529 - 531 - c. com. 159 - 162 -

JURISPRUDENCIA

V. el caso único del Art. 238.

ARTÍCULO 246.- (Cancelación de acciones). Si en el plazo de treinta días contados a partir del día en que debía hacerse el pago, no se inicia la acción ejecutiva por el saldo deudor o no hubiera sido posible vender las acciones, se producirá la consiguiente extinción o suspensión, según el

caso, de los derechos del accionista moroso. La sociedad procederá entonces a la reducción del capital social y devolverá al suscriptor el saldo que le quede, previa deducción de los gastos, o bien reducirá en la parte correspondiente a la cantidad no pagada, caso en el cual se entregarán acciones totalmente liberadas sólo por la cuantía a que alcancen sus pagos.

Conc: c. com. 159 - 354 -

El accionista esta obligado a pagar el importe de las acciones que ha suscrito, según determinen el acto constitutivo o los estatutos, cuando la constitución es simultanea (Art. 220) o el contrato de suscripción cuando es sucesiva (Art. 224).

Contra el accionista incumplido, se procede como corresponde, según los casos, al tenor de los arts. 243 a 246, si no se ha previsto expresamente la situación estatutariamente.

La sociedad puede ejecutar al accionista, consiguientemente, como a cualquier deudor. Durante la liquidación o en caso de quiebra, esa facultad corresponde al liquidador (Art. 393) o al sindico o a los acreedores, mediante autoridad del juez (Art. 1595) .

Los estatutos pueden contener sanciones especiales para los suscriptores morosos, además de conceder a los administradores la facultad de hacer vender extrajudicialmente en remate público las acciones, corriendo a cuenta del suscriptor moroso los gastos de remate y los intereses moratorios en su caso, como si se tratara de la ejecución y subasta judiciales. Puede contener el contrato social (o el de suscripción, según los casos), o los estatutos, al efecto, cláusulas penales, que se cumplirán con arreglo a las reglas del derecho común (c.c. Art. 532) y del Art. 801 del Código, tal cual dispone el Art. 243 i.f., conformado al principio general del Art. 454, II) del c.c., por cuya virtud las disposiciones estatutarias tienen carácter contractual.

La cláusula penal, ordinariamente, cubre la demora en el cumplimiento solamente. No excusa al suscriptor moroso del pago de la aportación debida, porque su satisfacción sirve para resarcir no más que los daños causados por su demora (c.c. Art. 533).

La mora del suscriptor incumplido en las previsiones de estos arts., se produce por el solo vencimiento de los plazos por ministerio de la ley, sin necesidad de intimación o requerimiento (Art. 341, 4) del c.c.).

La doctrina justifica teóricamente los procedimientos que se examinan, como una resolución del contrato por incumplimiento del suscriptor, por cuya virtud la sociedad queda en libertad de ejecutar la venta de la acción (Pic y Thaller, cit. de Fernández).

La ejecución forzosa prevista (Art. 243) procede en la morosidad de los suscriptores, sea sucesiva o simultánea la constitución social.

La suspensión de los derechos (Art. 244), no supone una sanción alternativa de la ejecución forzosa, sino complementaria y se produce automáticamente ocurrida la mora, aunque la ejecución forzosa o los otros medios previstos en los estatutos no se hayan aún ejercitado.

Los derechos que dicho Art. 244 declara en suspenso, están enumerados en el Art. 269.

Los gastos de la ejecución (Art. 245), comprenden las costas y los intereses moratorios. En su caso y según haya sido demostrado, procede además el resarcimiento de los daños conforme a las reglas del derecho común.

No caben consideraciones personales respecto del accionista moroso. La sociedad debe accionar ejecutivamente en el plazo que señala el Art. 246 (si no existen otros medios estatutarios).

Si no actúa así, o si producida la ejecución no puede colocarse las acciones impagas del moroso, ha de proceder a la reducción del capital con arreglo a dicho Art. y al 354. Es una reducción obligatoria y lo contrario significaría encubrir una disminución subrepticia del capital social, con quebrantamiento del principio de garantía del capital, norma esencial de este tipo de sociedad.

ARTÍCULO 247.- (Contenido de los títulos o certificados provisionales). Los títulos representativos de las acciones o los certificados provisionales se desprenderán de cuadernos talonarios y contendrán los mismos detalles, que serán:

- 1) Nombre del accionista, en caso de ser nominativo;
- 2) Denominación y domicilio de la sociedad, fecha y lugar de su constitución y duración;
- 3) Fecha de la inscripción en el Registro de Comercio;
- 4) Monto del capital social y del autorizado;
- 5) Valor nominal de cada acción, serie a la que corresponde, sea ordinaria o preferida, número total de acciones en que se divide la serie y derechos que correspondan;
- 6) Número de acciones que representa el título;

- 7) Lugar y fecha de su emisión y número correlativo;
- 8) En los certificados provisionales, la anotación de los pagos que se efectúen, y
- 9) Firmas autógrafas de no menos dos directores o administradores y el síndico.

Conc: c. com. 29-238-239-248-253-261-355-516 -

Los requisitos enumerados son personales y reales. De los primeros, unos conciernen a la sociedad y otros a los socios. Los referidos a la individuación de la sociedad, están consignados en los incs. 2), 3) y 9) del Art. Los relacionados a la de los socios, se señalan en el inc. 1) . Los títulos que no son nominativos deben mencionar que son al portador.

Los requisitos reales, están comprendidos en los incs. 4), 5),

Otras legislaciones, incluyen en el contenido los requisitos funcionales, esto es, los derechos y obligaciones particulares inherentes a las acciones (v. gr. la italiana, Art. 2354, caso 5) del c.c.; la mexicana, Art. 125 c. com.). En alguna medida puede considerarse requisito funcional, pertinente al contenido de los títulos, la enunciación de las condiciones de transmisibilidad del mismo, a que se refiere el Art. 253.

ARTÍCULO 248.- (Responsabilidad por la emisión de títulos y certificados). Los firmantes de los títulos y certificados provisionales serán responsables solidarios por la omisión de requisitos esenciales o por la infracción de disposiciones legales o estatutarias, además del pago de daños y perjuicios a sus tenedores.

Conc: c. com. 239 -247- 507 -

Los requisitos mencionados en el Art. no son únicamente los relativos al contenido de los títulos o certificados, que regla el Art. anterior, sino todos los que la ley establece para su emisión y puesta en circulación. Así, la emisión y venta de acciones antes de la inscripción de la sociedad en el registro de comercio (Art. 133), que le hace adquirir personalidad jurídica, o del contrato de suscripción (Art. 223), son nulas (arts. 223 y 444, 4) e importa una infracción dolosa de la ley, que abre la responsabilidad establecida por este Art., sin perjuicio de la que corresponda penalmente. Estas consecuencias, según Messineo, se explican por el hecho de que no siendo la sociedad, antes de la inscripción, un sujeto jurídico, la circulación de acciones antes de ese momento (o del registro del contrato de suscripción), constituye acto contrario a la buena fe de terceros adquirentes.

ARTÍCULO 249.- (Cupones adheridos). Los títulos de las acciones pueden llevar cupones adheridos, destinados al cobro de dividendos, pudiendo ser aquellos al portador aún cuando las acciones sean nominativas.

Precd: D.S. 8 Marzo 1860, Art. 1182 -

Conc: c. com. 239 - 281 -

ARTÍCULO 250.- (Libro de registro de acciones). Las sociedades anónimas llevarán un registro de acciones con las formalidades de los libros de contabilidad, de libre consulta para los accionistas, que contendrá:

- 1) Nombre, nacionalidad y domicilio del accionista;
- 2) Número, series, clase y demás particularidades de las acciones;
- 3) Nombre del suscriptor y estado del pago de las acciones;
- 4) Si son al portador, los números y si son nominativas, el detalle de las transmisiones con indicación de las fechas y nombre de los adquirentes;
- 5) Gravámenes que se hubieran constituido sobre las acciones;
- 6) Conversión de los títulos con los datos que correspondan a los nuevos, y
- 7) Cualquier otra mención que derive de la situación jurídica de las acciones y de sus eventuales modificaciones.

Conc: c. com. 35-40-253-254-257-293-444 10 g) Rgto. s.p.a. 8, b), c) y d)

Es un registro especial, previsto para este tipo de sociedad, en el Art. 35 y debe ser llevado con las formalidades que señala el Art. 40. Su aplicación tiene relación con las disposiciones consignadas en las concordancias del Art.

JURISPRUDENCIA

"La ley establece la prueba especial para acreditar el dominio de ellas (de las acciones), cual es la inscripción de sus títulos, con las correspondientes anotaciones (que quepan)" (G.J. N° 564, p. 9).

ARTÍCULO 251.- (Inscripción de acciones). La sociedad considera como dueño de las acciones nominativas quien aparezca inscrito como tal en el título y en el registro de las acciones. La negativa injustificada para inscribir a un accionista en el registro, obliga a la sociedad y a sus directores o administradores a responder solidariamente por los daños y perjuicios ocasionados.

Conc: c. com. 239-254-268-

El registro da la calidad de accionista, al titular nominativo de las acciones (Art. 268). Supone un status peculiar, del mismo modo que es un status el del padre en relación con la familia a la que pertenece, o el del ciudadano en lo atinente al Estado de que forma parte (Rodríguez).

Configura un conjunto de derechos y obligaciones para el socio y una garantía patrimonial limitada al importe de las acciones, para los acreedores de este.

Queda así sobrentendido que ha de darse correspondencia inequívoca entre los datos consignados en el título y los contenidos en el registro especial, tanto respecto de su titular cuanto de las vicisitudes experimentadas por la acción desde su existencia; transferencias y vínculos (usufructo, prenda, embargos, etc.)

El registro, para las acciones nominativas asume una importancia que de otra manera no tendría (Messineo) y por eso el Art. atribuye a los directores o administradores la responsabilidad solidaria de los daños que ocasione la negativa injustificada de su inscripción. Esa responsabilidad comprende los daños irrogados al socio titular de las acciones no inscritas, y a terceros, v. gr. acreedores o herederos.

JURISPRUDENCIA

1.- "Los títulos de acciones son embargables" (G.J. N° 545 p. 12). 2.- V. el caso único del Art. anterior.

ARTÍCULO 252.- (Cesión de acciones). El cedente que no haya completado el pago de las acciones responde solidariamente por los pagos a cargo de los cesionarios sucesivos. El cedente que efectúa algún pago es copropietario de las acciones en proporción a los pagos realizados.

Precd: D.S. 8 Marzo 1860, Art. 1185 -

Conc: c. com. 240-243-253-C.C. 540-

ARTÍCULO 253.- (Transmisión de acciones). Será libre la transmisión de acciones; empero, la escritura social puede imponer condiciones a la transmisión de acciones nominativas que, en ningún caso, signifiquen una limitación debiendo dichas condiciones constar en el Título.

Conc: c. com. 247-250-252-254-269-294-434-746-

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 1 del Art. 251.

ARTÍCULO 254.- (Acciones al portador o nominativas). La transmisión de acciones al portador se perfecciona por simple tradición.

La transmisión de acciones nominativas se perfecciona mediante endoso y producirá efectos ante la sociedad y terceros, a partir de su inscripción en el registro de acciones.

Preced: D.S. 8 Marzo 1860, Art. 1187 -

Conc: c. com. 242-250-251 -253-268 -293 - 522 y s.-753-

Los arts. 252, 253 y 254, reglan el fenómeno de la circulación de las acciones, que Messineo explica como el desplazamiento de estas de un patrimonio a otro. La fácil negociabilidad y transferibilidad de la acción, se explica porque ella, en cuanto título o cosa corporal, representa tanto la medida de la participación del socio, cuanto la entidad inmaterial de la cualidad de socio, que es la característica distintiva de la sociedad anónima comparada con las sociedades cuyo capital no está subdividido en acciones.

Las acciones se transmiten con entera libertad. El titular de las nominativas, puede endosarlas y el de las que son al portador entregarlas materialmente, sin que la ley le oponga ninguna clase de limitaciones. Hay transmisión, en cualquier negocio que traslade el dominio de los títulos representativos de las acciones o que pueda tener como consecuencia directa ese traslado: venta, permuta, donación, división y partición, fideicomiso, etc., porque la acción es un bien y su negociabilidad y transmisibilidad es condición inherente a la cualidad de propietario de su titular.

Sin embargo, se dan algunas restricciones legales, particularmente en ciertas situaciones especiales que menciona la propia ley. Por ejemplo, en algunos países, cuando las acciones no están totalmente liberadas (totalmente pagada la suscripción), se exige para la transmisión el consentimiento de los administradores. En el régimen del Código, un efecto similar puede encontrarse en el Art. 242, que prohíbe la emisión de las acciones al portador hasta que no estén totalmente liberadas, o sea, pagadas en su integridad, lo que por consecuencia obsta su circulación o libre disponibilidad. Por eso mismo los certificados al portador son nulos (Art. 239).

Las acciones depositadas como garantía de la gestión de los directores, cuando exige este depósito la ley (Art. 312) o los estatutos, son inalienables mientras la caución no ha sido cancelada. La transmisión de las acciones nominativas requiere, para su perfeccionamiento, la inscripción en el registro de acciones (arts. 250, 4) y 254). La transmisión de las acciones no liberadas, sólo rige respecto de las nominativas, por lo cual únicamente a ellas son aplicables las previsiones del Art. 252, sobre la responsabilidad solidaria del cedente respecto de los pagos pendientes a cargo del cesionario o sobre el derecho de condominio atribuido al cedente por los pagos que hayan hecho en defecto del cesionario. También es una limitación legal a la libre transmisibilidad de las acciones, la prohibición de adquirir por la sociedad anónima las propias acciones (Art. 257).

Como en el derecho comparado, el Art. 253 admite el principio generalmente reconocido de que los estatutos pueden condicionar la transmisibilidad de las acciones, pero que en ningún caso pueden prohibir o restringir de modo absoluto la libertad de transmisión, extremo inadmisibles por contrario a la concepción universal de las sociedades por acciones y a la naturaleza jurídica de las acciones (Cañizares). Las condiciones estatutarias en su caso, deben consignarse en el contenido de los títulos, como requisitos funcionales (v. la anot. al Art. 247).

Para las acciones al portador, rige la regla de la simple tradición, porque el título es bien mueble corporal, al que se aplica el principio del derecho común: en materia de muebles la posesión vale por título (Art. 100, c.c.).

Las nominativas se transmiten mediante endoso, arreglado a las estipulaciones estatutarias o, en su caso, a las disposiciones del Art. 522.

ARTÍCULO 255.- (Derecho preferente). Los accionistas tienen derecho preferente para suscribir nuevas acciones en proporción al número que posean.

La sociedad hará el ofrecimiento mediante avisos en un órgano de prensa de circulación nacional por tres días consecutivos. Los accionistas pueden ejercer su derecho preferente dentro del plazo de treinta días, computados desde la fecha de la última publicación, si los estatutos no prevén un plazo mayor.

Conc: c. com. 256-269, 5) - 343 - 345 -346- 348 -349-403-676-

El Art. atribuye derecho preferente al accionista para suscribir nuevas acciones en proporción al número que posea, en los casos de aumento de capital. Es un derecho reconocido en varias

legislaciones. Algunas de ellas admiten que la asamblea de accionistas pueda suprimirlo, sea al determinar modificaciones estatutarias o al disponer emisiones de nuevas acciones. La reglamentación del Código, no lo permite, como resulta de lo que dispone la fracción tercera del Art. 287, salvo el supuesto de la última fase del mismo, y la garantía de su preservación señalada en el Art. 345.

ARTÍCULO 256.- (Nuevas emisiones). Sólo hay lugar a la emisión de nuevas acciones cuando las precedentes han sido totalmente suscritas.

Conc: c. com. 238 -255-259 - 343 -

ARTÍCULO 257.- (Prohibición de adquirir las propias acciones). Las sociedades anónimas no pueden adquirir sus propias acciones, salvo por adjudicación judicial en pago de créditos a la sociedad.

Estas acciones serán vendidas en el plazo de noventa días a partir de su fecha de adjudicación y, si no fuere posible, se procederá a reducir el capital, quedando dichas acciones sin valor. Mientras pertenezcan a la sociedad, no podrán ser representadas en las juntas de accionistas.

Conc: c. com. 146-250-259 -746-p.c. 532 -

Juzga la doctrina esta prohibición, como el medio indicado para impedir que las adquisiciones de este tipo -que pueden disponer las juntas generales o los administradores sin conocimiento de los socios- sirvan para influir indebidamente sobre las cotizaciones de bolsa o para una encubierta disminución de capital social contraria al principio de la integridad del mismo, si se emplea parte de él al efecto, o para una reducción de utilidades de los socios, distribuibles como dividendos, si se destina a esa adquisición parte o todo de dichas utilidades. En cuanto a la distribución de estas, no ha de olvidarse que las acciones así adquiridas también perciben dividendos y, de permitirse la adquisición prohibida, una parte de esos dividendos retornaría a la sociedad, con perjuicio de los socios.

Esta prohibición es norma imperativa de orden público (Messineo), cuya violación implica causa ilícita en la adquisición (Art. 489, c.c.) que da lugar a nulidad, no a simple anulabilidad (c.c. Art. 549, inc. 3).

La excepción de adjudicación judicial, tiene apoyo en el Art. 532 del p.c., pero con la obligación de su enajenación en el plazo señalado por la segunda fracción del Art., cuyas consecuencias: no

representatividad en las juntas de accionistas mientras se encuentren en poder de la sociedad y reducción del capital en el supuesto de no poder ser colocadas en el plazo previsto, constituyen también reglas de imperativa e inexcusable observancia.

ARTÍCULO 258.- (Otras prohibiciones). Bajo ningún concepto, las sociedades anónimas efectuaran prestamos, anticipos o negociaciones con la garantía de sus propias acciones.

Conc: c. com. 259-Lea. 98-

Messineo, al comentar el Art. 2358 del c.c. italiano, que contiene similar disposición que la de este Art., observa que, con ella, la ley quiere prohibir una operación que, como la que se examina, conduciría a hacer no-efectivo ya, en parte, el capital social y permitiría a los administradores ejercitar influencias indebidas para la formación de las mayorías o favorecer especulaciones sobre las acciones de la sociedad.

Como en el caso del Art. anterior, es una norma imperativa que interesa al orden público y sus consecuencias son las mismas.

ARTÍCULO 259.- (Responsabilidad). Los directores o administradores son, personal y solidariamente, responsables de los daños y perjuicios que causen a la sociedad o a terceros por infracción de los dos artículos anteriores.

Conc: c.c. 984- c.com. 164-256-257-258-321, 1), 2) y 3)-

La previsión del Art. es la consecuencia inevitable de una actuación ilícita, cuyo fundamento se encuentra indudablemente en la teoría general que informa las disposiciones de los arts. 984 del c.c. y 1244 del c. com.

ARTÍCULO 260.- (Normas aplicables). Son aplicables a las acciones las normas sobre títulos - valores de este Código, en cuanto sean compatibles con el presente Título.

Conc: c. com. 281 - 491 y s. -

SECCIÓN IV **CLASE DE ACCIONES**

ARTÍCULO 261.- (Clases de acciones). Las acciones pueden ser ordinarias o preferidas.

La escritura social establecerá los derechos y obligaciones que cada clase de acciones atribuye a sus tenedores con arreglo a las disposiciones de este Código.

Si no se establecen clases de acciones en la escritura social, se entiende que todas son ordinarias.

Conc: c. com. 238-247-261-266-279-336-348-

El Art. señala parte de la clasificación de las acciones: la relativa a determinar su distinción según los derechos que confieren, que las diferencia en dos grandes grupos: el de las acciones ordinarias (también llamadas en otras legislaciones, comunes) y el de las preferidas (también llamadas preferentes o privilegiadas).

Se dice que son comunes u ordinarias, para designar a las que dan a sus titulares los derechos corrientes que la ley atribuye a los accionistas, derechos que están concretados, en general, en el Art. 269, aunque también figuran en otras disposiciones sobre ciertas particularidades: igualdad de valor de las acciones (Art. 238), igualdad de derecho de voto (Art. 272), igualdad en la proporcionalidad de dividendos (Art. 270, 2^a fracción), nulidad de restricciones a la libertad del voto (Art. 275), inalterabilidad de los derechos que la ley acuerda a los accionistas (arts. 278 y 287).

Cuando a algunas acciones se confieren derechos o privilegios, que no tienen las otras y se rompen así las normas de igualdad mencionadas, aparecen las llamadas acciones preferidas, que se las contraponen a las ordinarias, aunque, como bien observa Cañizares, con frecuencia los privilegios o preferencias conllevan algunas desventajas (v. gr. Art. 263), que hacen de ambas categorías de acciones, en ciertos aspectos, privilegiadas con relación a las otras.

La sociedad puede surgir directamente con varias categorías de acciones, provistas de algunos derechos especiales determinados en el acto constitutivo en diversa medida (Vivante), porque con este tipo de combinaciones se procura, frecuentemente, el capital circulante adecuado a los fines sociales. Esta modalidad, puede también utilizarse después de la constitución, conforme se desprende de lo dispuesto en el Art. 287, fracción final. Pero, en todo caso, están limitadas a la proporción del capital suscrito que señala el Art. 266.

Por lo regular, los privilegios acordados a las acciones preferidas, pueden ser de orden económico, admitido en todas las legislaciones, o de orden político, que prohíben varios países. En los arts. siguientes, según corresponda, se examinan sus particularidades.

ARTÍCULO 262 .- (Acciones ordinarias) . Cada acción ordinaria da derecho a un voto en las juntas generales.

Precd: L. 20 Nov. 1895, Art. 1 - L. 19 Nov. 1898 - L. 15 Nov. 1912 -

Conc: c. com. 264-267-272-275 - 296 -

El voto plural corresponde a los privilegios de orden político, mencionados en la anot. al Art. anterior.

El Art. sienta el principio de la igualdad de voto, reiterado en el Art. 267 que prohíbe expresa e inequívocamente el voto múltiple o plural, consistente en atribuir a las acciones privilegiadas número superior de votos que a las acciones ordinarias.

La reacción contra los abusos que ocasionó esta modalidad, determinó su prohibición expresa en la legislación de varios países: Alemania, Bélgica, Francia, España, Italia, Líbano, Honduras, México, entre otros. En el ordenamiento nacional, la L. de 15 de Nov. de 1912, al establecer que la representación (que incluye la emisión de voto) en las sociedades anónimas se rige por el número de acciones, descartó el voto plural o múltiple. Las deficiencias del c. mtl. abrg. sobre este particular y la falta de disposiciones al respecto en el D.S. de 8 de Marzo de 1860, hizo que mediante la L. de 20 de Nov. de 1895, se introdujera un sistema complicado de votación determinado por el número de acciones, sistema que fue derogado por la L. de 19 de Nov. de 1898.

Cabe agregar, como dato ilustrativo, que el voto múltiple o plural, esta permitido en muchos países: Argentina, Canadá, Colombia, Dinamarca, Ecuador, Estados Unidos, Egipto, Gran Bretaña, Holanda, Noruega, Panamá, Perú, Portugal, Suecia Uruguay, Venezuela, entre otros (cit. de Cañízares).

Otra forma de establecer el voto privilegiado, aún en el caso de atribuirse el mismo número de votos a todas y cada una de las acciones, es conferir un valor nominal diferenciado o desigual a las acciones, que se puede dar y se da en las legislaciones que no exigen la igualdad del valor nominal. En el caso del Código, esto no es posible por razón de la determinación del Art. 238, que establece imperativamente la norma de la igualdad del valor nominal de las acciones.

ARTÍCULO 263.- (Acciones preferidas). Las acciones preferidas son las que establecen beneficios preferenciales No votarán en las juntas ordinarias, sino exclusivamente en las extraordinarias, sin perjuicio de asistir con derecho a voz a las asambleas ordinarias.

Conc: c. com. 264-265-266-272- 439-

ARTÍCULO 264.- (Derecho de las acciones preferidas). Se asignará a las acciones preferidas un dividendo no mayor al establecido por los estatutos, antes de fijar dividendos a las acciones ordinarias.

Cuando en algún ejercicio social no se paguen dividendos o sean inferiores al fijado, estos o la diferencia se cubrirán en los años siguientes con la prelación indicada.

En los estatutos puede pactarse que a las acciones preferidas se les fije un dividendo superior al de las acciones ordinarias.

En la liquidación de la sociedad las acciones preferidas se reembolsarán antes que las ordinarias. Las acciones preferidas con dividendos no repartidos por más de tres ejercicios, aunque no sean consecutivos, adquirirán el derecho de voto y los demás derechos de las acciones ordinarias, hasta que desaparezca el adeudo referido.

Los accionistas poseedores de acciones preferidas tienen los derechos que este Código confiere a las minorías para oponerse a las resoluciones de las juntas generales, en aquello que les afecte.

Conc: c. com. 262-263 -277-278 -287, i.f. - 290-291-302-

Los privilegios económicos reconocidos a las acciones preferidas, pueden adoptar múltiples formas y pueden referirse al dividendo o a la cuota de liquidación, o comprender privilegios en ambos aspectos.

El Art. 263, en su primer párrafo, establece el principio general: son preferidas las acciones que establecen beneficios preferenciales.

Se las llama también acciones de voto limitado porque sus titulares carecen del derecho de voto en las juntas ordinarias, mientras lo tienen en las extraordinarias. A esta limitación de voto, que constituye una *diminutio* según Messineo, corresponde un privilegio, que implica una prelación,

preferencia o precedencia en la distribución de utilidades o en el reembolso del capital a la disolución de la sociedad.

Las preferencias relacionadas con el dividendo, regladas en el Art. 264, que deben especificarse en los estatutos y en el acto constitutivo o, si son fijadas con posterioridad a la constitución, en la resolución que determina una nueva emisión de acciones por razón de aumento de capital, generalmente consisten en un porcentaje de su valor nominal, por ejemplo el 5% o el 6%, que deben deducirse de las utilidades antes de fijar los dividendos de las acciones ordinarias, o que pueden ser estatutariamente señaladas en alguna proporción superior de estas. También el privilegio puede consistir en el derecho de percibir dividendos con prioridad a la percepción de las otras acciones, con derecho a acumulación de los mismos o no a los ejercicios siguientes, cuando no han sido pagados oportunamente por no haber habido suficientes beneficios. Puede consistir igualmente en un dividendo de prioridad además del señalado para las ordinarias, concurriendo al efecto con estas al reparto de los beneficios restantes o, finalmente, en una parte determinada de los beneficios sociales.

La preferencia relacionada con la cuota de liquidación, por lo regular, comprende una prioridad en lo que concierne a la distribución de las cuotas de liquidación. Puede también comprender la amortización de acciones (muy frecuente en el derecho angloamericano), con fecha determinada señalada o a opción del accionista transcurrido cierto plazo; la amortización se hace con los beneficios disponibles o procedentes de una emisión de acciones especial destinada a la amortización o mediante un fondo especialmente creado y acumulado al efecto, que en Inglaterra se llama capital redemption reserve fund y en los Estados Unidos sinking fund (cit. de Cañizares y Roob). Este privilegio de amortización, puede considerarse permitido en el Código que, aunque no lo establece expresamente como preferencia, la comprende al establecer en la última fracción del Art. 169 la permisión de crear reservas especiales, que bien pueden destinarse a la amortización de acciones y el determinar en el Art. 265 que las acciones preferidas son redimibles (redeemable shares del derecho inglés) que corresponden a las mencionadas acciones amortizables del sistema angloamericano.

Los privilegios económicos acordados a las acciones preferidas tienen su contrapartida, según la legislación que se examina (también en las de Honduras, México, Italia), del voto limitado, lo cual sólo les permite concurrir con derecho a voto a ciertas deliberaciones (Art. 263). Sin embargo, la falta de distribución de dividendos por más de tres gestiones, continuas o no, confiere a las preferidas los derechos, incluido el de voto, reconocidos a las acciones ordinarias, hasta tanto se regularice el pago de dividendos.

Los derechos que la ley acuerda a los titulares de acciones preferidas (fracción final del Art. 264), están comprendidos en las disposiciones de los arts. 290, 291 y 302 y, específicamente, en los arts. 277, 278 y 287, fracción final.

ARTÍCULO 265.- (Redención y transformación de acciones preferidas)- Las acciones preferidas son redimibles y pueden transformarse en ordinarias, en las condiciones y plazos establecidos a tiempo de su emisión.

Conc: c. com. 263-

Visto en la anot. a los arts. 263 y 264.

ARTÍCULO 266.- (Monto de acciones preferidas). Las acciones preferidas no excederán de la mitad del capital suscrito.

Conc: c. com. 220, 2) - 261 - 263 -

Visto en la anot. al Art. 261.

ARTÍCULO 267.- (Acciones prohibidas). Se prohíbe a las sociedades anónimas, y será nula en su caso, la emisión de acciones de voto plural.

Conc: c. com. 262 -

Visto en la anot. al Art. 262.

SECCIÓN V **ACCIONISTAS**

ARTÍCULO 268.- (Calidad de accionistas). Tiene la; calidad de accionista el inscrito en el registro de accionistas de la sociedad, si las acciones son nominativas, y el tenedor, si son al portador.

Conc: c. com. 162-251-254-278-440-444, 10 g) Rgto. s.p.a. 8 b)-c.c. 100-

La acción no sólo es parte del capital social o el título valor que la representa. Expresa también (v. la anot. al Art. 238), la calidad de socio, es decir, representa el conjunto de derechos que corresponden al socio por su calidad de tal y, en este sentido, puede decirse que la acción da la unidad de participación en la vida social: la influencia de cada socio en la sociedad se mide por

las acciones que posee, una vez que cada acción le atribuye la función de socio, en cuanto es una parte del capital social (Rodríguez).

Para las acciones nominativas, a fin de ostentar legítimamente la calidad de accionista, es indispensable la inscripción en el registro de acciones. Para las acciones al portador, la mera tenencia, es suficiente título por virtud del principio sentado en el Art. 100 del c.c.

Messineo, considera que aunque no este totalmente acertado (en la doctrina), puede afirmarse el concepto de que la calidad de socio confiere al accionista, ciertos poderes de órgano social, en cuanto cumple algunas funciones y ejercita ciertas facultades que la ley le atribuye, habida cuenta que esas funciones son ejercitadas no solamente en interés individual del socio, sino en interés general de la sociedad. Carácter de órgano social, aunque no sea considerado órgano de administración activa, que se configura, por ejemplo, en el hecho de que todo socio puede denunciar los hechos consignados en los supuestos del Art. 329, o demandar del juez la designación de liquidadores (Art. 385). El socio en estos casos ejercita una función por un interés principal y directamente social, aún cuando, de reflejo sirva igualmente el propio interés.

ARTÍCULO 269.- (Derechos del accionista). Son derechos fundamentales del accionista, que serán ejercidos conforme a las disposiciones de este Código y a las prescripciones de los estatutos, los siguientes:

- 1) Intervenir en las juntas generales con derecho a voz y voto;
- 2) Integrar los órganos electivos de administración y fiscalización interna;
- 3) Participar en las utilidades sociales, debiendo observarse igualdad de tratamiento para los accionistas de la misma clase;
- 4) Participar, en las mismas condiciones establecidas en el inciso anterior, en la distribución del haber social, en caso de liquidación;
- 5) Gozar de preferencia para la suscripción de nuevas acciones;
- 6) Impugnar las resoluciones de las juntas generales y del directorio de acuerdo con las disposiciones de este Código. No podrá ejercer este derecho el accionista que sea deudor moroso de la sociedad por cualquier concepto, cuya obligación conste por título fehaciente e incontestable, y
- 7) Negociar libremente sus acciones, salvo lo dispuesto en el artículo 253.

Conc: c.c. 341, 4)-c. com. 244-253-255-270-274-283-293-302-307-440-

El accionista tiene un conjunto de derechos y obligaciones en relación con la sociedad de la que forma parte, derechos y obligaciones que son consecuencia de su cualidad de socio o de accionista y no resultado de vinculaciones o relaciones aisladas o circunstanciales.

La ley le atribuye esos derechos, que llama fundamentales, ligados a su cualidad de socio, que concretan para este una posición inalienable, insuprimible y, por consiguiente, indisponible (Messineo) en el propio exclusivo interés y carácter de accionista, en cierto sentido contrapuesto al de la sociedad que ni la junta general, ni los estatutos, ni la escritura constitutiva pueden derogar (Art. 278).

Son derechos individuales de los accionistas (Messineo) a diferencia de los que proveen a la tutela de las minorías (v. gr. Art. 290), que implican identidad de interés en un grupo de socios, mientras que los derechos enumerados en este Art. se conceden al socio singular, como tal.

Por estas razones, ha de considerarse esos derechos, en opinión de Messineo, figuras taxativas, concepto que no se refiere a la enumeración porque ella no comprende, en realidad, todos los derechos fundamentales de los socios, consignados en las diversas reglas singulares del Código, como se ve en la especificación que luego se hace, adecuada a la reglamentación del Código, según la agrupación que de aquellos propone Rodríguez, en el cuadro siguiente:

Derechos de los accionistas	Patrimoniales	Principales	* Dividendos (inc. 3 y Art. 270). * Cuota de liquidación (inc. 4 y Art. 271). * Aporte limitado (Art. 217).
		Accesorios	* Obtención de los títulos de las acciones (Art. 239). * Canje de acciones (arts. 265 y 355). * Cesión de acciones (inc. 7 y Art. 253). * Obtención de acciones (Bonos) de goce (arts. 279, 282).

Al cuadro anterior ha de agregarse el derecho a la paridad de trato (Messineo), que se afirma

Consecución	Administrativos	<ul style="list-style-type: none"> * Convocatoria (inc. 2 y Art. 291). * Participación en Juntas (inc. 1 y Art. 283). * Redacción del orden del día (Art. 292). * Suscripción de nuevas acciones (inc. 5 y Art. 255). * Voto (inc.1 y arts. 262, 272 y 275).
	Vigilancia	<ul style="list-style-type: none"> * Suspensión de acuerdos (Art. 298). * Impugnación de acuerdos (Art. 302). * Aprobación de balance (incs. 1 y 6 y Art. 285). * Denuncia a los directores (Art. 329).

especialmente en el Art. 238, que declara que las acciones deben tener igual valor y en el Art. 262 que confiere a cada acción un voto, y que, respecto de la participación en los beneficios establece para los; accionistas de la misma clase el inc. 3 del Art.

De los derechos comprendidos en dicho cuadro, que abarca entre otros todos los consignados en la enumeración del Art., tienen relevancia los relativos a los dividendos y cuota de liquidación y al voto, que se examinarán en los arts. pertinentes (270, 271 y 272). Los demás han sido ya examinados o serán considerados, también en su lugar.

Frente a los derechos del socio respecto de la sociedad, existen diversas obligaciones del mismo también respecto de la sociedad. Ellas, están determinadas en varias de las disposiciones ya examinadas y en las que se examinarán más adelante. Pero, en general, puede señalarse como las principales: a) la fundamental de efectuar la aportación prometida o suscrita, para la formación del capital social; b) la subordinación al principio mayoritario; c) la obligación de colaborar a los fines de la obtención de la finalidad social y el deber de lealtad o fidelidad, aunque sea dentro de los límites, necesariamente restringidos, propios de la actividad que el socio de una sociedad por acciones puede realizar.

ARTÍCULO 270.- (Distribución de utilidades y derechos de crédito). El accionista tendrá derecho a pedir que en la junta general, reunida para considerar el balance, se delibere sobre la distribución de las utilidades consignadas en dicho documento.

Las utilidades se distribuyen en proporción al importe pagado de las acciones.

La aprobación de la distribución de utilidades por la junta general de accionistas confiere al accionista un derecho de crédito para cobrar a la sociedad los dividendos que le corresponden.

Los dividendos serán pagados en dinero, salvo que el accionista admita el pago en otros bienes.
Conc: c. com. 142- 143-269-276-352-353 -

El derecho al dividendo, es un derecho fundamental (inc. 3, Art. 269) del accionista, del que este no puede ser privado de un modo absoluto (arts. 145, 5, y 278) pero que puede ser objeto de limitaciones y de restricciones. Así, el derecho no importa que el accionista pretenda todo el beneficio neto, porque es principio general que la sociedad deba y pueda formar reservas legales, estatutarias o voluntarias, tomadas de las utilidades líquidas (Art. 169). Además, el derecho no supone que el accionista tendrá siempre una parte proporcional a su capital en paridad general de trato, porque también se admite universalmente desigualdades en la participación de beneficios (Art. 263, acciones preferidas) y la paridad de trato en este punto, esta limitada a los accionistas de la misma clase.

El dividendo, es el beneficio que periódicamente distribuye la sociedad entre los accionistas, de las utilidades sociales. Se entiende por utilidad social, consignada en el balance, la diferencia positiva entre el activo y el pasivo, supuesto inalterado el capital social y deducido lo que debe destinarse a las reservas (Messineo), de lo que se deduce que el dividendo se abona cuando se ha obtenido realmente utilidades efectivas constantes en balance aprobado, pues que, si por el contrario arroja pérdidas, no hay dividendo que distribuir y, más bien, procederá el reintegro o la reducción del capital (arts. 142, 352 y 353).

El principio de proporcionalidad del dividendo, de que trata la segunda fracción del Art., rige con relación al capital pagado, no al suscrito (v. la anot. al Art. 220), esto es, el dividendo es el beneficio del aporte realmente desembolsado o integrado al patrimonio social. La igualdad en esa proporcionalidad, esta subordinada a la igualdad de acciones de una misma clase (inc. 3, Art. 269).

La determinación de las utilidades (o pérdidas) y la fijación de los dividendos, en su caso, debe hacerse forzosamente todos los años, porque el balance debe ser elaborado y aprobado anualmente y anualmente debe celebrarse la junta ordinaria encargada de proveer las resoluciones y medidas correspondientes (Art. 285).

La aprobación del balance y la distribución de los dividendos consignados en dicho documento, no da a los accionistas directamente derecho al dividendo. Surge, a favor de cada accionista, como derecho de crédito, una vez que la junta de accionistas acuerda la distribución de las utilidades entre los socios. Desde ese momento, cada accionista es acreedor de la sociedad por el dividendo que le corresponde, pudiendo demandar en su caso a la sociedad para su pago y, en caso de quiebra, puede hacer reconocer su crédito en la forma prevista por el Art. 1625.

El pago, en dinero o en otros bienes si así lo admite el accionista, se hace contra presentación de los respectivos cupones (Art. 249).

El dividendo implica un derecho de carácter aleatorio, porque esta subordinado a la existencia de utilidades. Se habla de ese carácter porque en los sistemas que admiten dividendos fijos, es decir, sin carácter aleatorio y estos, por lo regular, afectan al propio capital de la sociedad al ser cargados a los gastos generales. Tiene aplicación generalmente en sociedades que requieren un largo Período de instalación, durante el cual no puede haber utilidades, por lo que se induce la afluencia de capital, garantizando en realidad pago de intereses, en la forma de los mal llamados dividendos constructivos (fijos) como anota con razón Rodríguez. Este tipo de dividendo no está permitido en la reglamentación del Código, por, aplicación de lo que dispone la fracción segunda del Art. Tampoco lo está el dividendo garantizado (Art. 143, 3) permitido en algunas otras legislaciones.

ARTÍCULO 271.- (Cuota parte). Al liquidarse una sociedad los accionistas recibirán su cuota parte del patrimonio, en proporción al valor pagado de sus acciones.

Conc: c. com. 394 -

El Art. atribuye un derecho a los accionistas para obtener una parte del patrimonio resultante, al precederse a la liquidación de la sociedad. La participación en el patrimonio de liquidación es proporcional al valor de las acciones del accionista y su cobro puede estar subordinado a las preferencias que pudieran haberse establecido respecto de la clase de las acciones preferidas, conforme se ha visto al tratar del Art. 264.

En este caso, se considera al accionista acreedor potencial de la sociedad, habida cuenta su derecho a la cuota de liquidación, pero, como bien observa Messineo sólo como expectativa eventual que no hace desaparecer el dato fundamental de que, durante la existencia de la sociedad, el socio tiene solamente derecho de participación, mientras que la propiedad del patrimonio social es de exclusiva pertenencia de la sociedad.

ARTÍCULO 272.- (Restricciones al derecho a voto). Pueden establecerse en los estatutos restricciones al derecho a voto de las acciones preferidas; sin embargo, por ninguna razón se le privará del mismo en las juntas extraordinarias que tengan por finalidad:

- 1) Modificar el plazo de duración de la sociedad;
- 2) Cambiar el objeto de la misma;
- 3) Aprobar su fusión o transformación;
- 4) Autorizar la emisión de bonos o debentures;
- 5) Aprobar la reforma de los estatutos sociales;
- 6) Resolver el aumento o disminución del capital social.

Conc: c. com. 262 - 2633 - 265 -

El derecho de voto es un derecho fundamental inherente a la condición de accionista, para expresar su voluntad en el seno de la asamblea social o junta de accionistas, de manera que conjugada con las voluntades de los demás socios, dice Rodríguez, forja la llamada voluntad colectiva.

El punto de partida de esta materia esta en realidad en el Art. 262, que atribuye el derecho de un voto por cada acción, regla complementada en el Art. 275, que declara nulo todo pacto contrario o restrictivo de la paridad de tratamiento legal en la materia, excepción hecha del Art. 263 (voto limitado de las acciones preferidas).

Por razones didácticas derivadas de la rubrica del Art., se la considerara con la debida extensión en este lugar, conforme se anticipó en la anot. al Art. 269, en atención a su relevancia entre los derechos individuales no-patrimoniales de los socios.

El carácter del derecho de voto, es de consecución (Rodríguez: v. el cuadro inserto en la anot. al Art. 269), porque no tiene contenido patrimonial ninguno y sólo importa un medio por el cual el accionista persigue la obtención de los derechos patrimoniales. En su ejercicio se concreta una

porción de la soberanía social (así sea un solo voto porque el accionista sólo tenga una acción) destinada a concurrir a la formación de la voluntad social.

Con su ejercicio, el socio no despliega una actividad independiente, sino una, que es absorbida en la del cuerpo social del que forma parte. La base fundamental de ese ejercicio es el principio de igualdad de los accionistas (arts. 262, 269, 3 y 275) de una misma clase. Cada acción da derecho a un voto, dice el Art. 262, con propiedad, porque, en realidad, el derecho de voto no corresponde a la acción sino al accionista.

La participación en las juntas de accionistas, por lo regular, implica el ejercicio del derecho de voto. Sin embargo, se dan casos en que participar en una asamblea social, no supone ese ejercicio. Así, el caso de los titulares de las acciones preferidas, que pueden concurrir a las juntas ordinarias con derecho a voz, pero no de voto (Art. 263); los administradores o directores, síndicos y gerentes, que no pueden votar en los asuntos señalados en el Art. 276.

En otros casos, el ejercicio del derecho de voto, queda en suspenso: para los socios morosos en el pago de las acciones suscritas (Art. 244); también para las acciones adquiridas por la misma sociedad emitente (Art. 257).

Para el ejercicio del derecho de voto, también ha de observarse los requisitos exigidos para participar en las juntas de accionistas y la suspensión del registro de transmisiones (arts. 293 y 294).

Finalmente, respecto del ejercicio del derecho de voto, ha de tenerse presente que es un ejercicio atribuido al socio, de tal manera que en los casos de prenda, usufructo, secuestro o embargo, no corresponde ejercitarlo al acreedor, usufructuario o depositario, sino el propietario, al titular de las acciones, a cuyo fin el tenedor debe observar lo dispuesto por el Art. 274. Esto no supone que, necesariamente, el voto ha de ser emitido por el accionista, quien puede valerse de un representante, debidamente autorizado para el efecto (Art. 273).

El Art. en examen, regula concretamente el derecho de voto que confieren las acciones preferidas, conocidas también como acciones de voto limitado y de dividendo preferente (Art. 263). Tienen que estar expresamente autorizadas en el acto constitutivo y en sus estipulaciones estatutarias las restricciones al derecho de voto, limitado a las asambleas extraordinarias (Art. 263), limitación que no puede abarcar los conceptos contenidos en la enumeración del Art., que en este caso ha de considerarse taxativa, y configura un derecho inmodificable a tenor de lo dispuesto por el Art. 278, reiterado en la tercera fracción del Art. 287. El carácter inmodificable

de este derecho conferido por la ley a los titulares de acciones preferidas es absoluto y no puede ser alterado sino por acuerdo de la mayoría de estos, alcanzado en la forma prevista por el Art. 277.

ARTÍCULO 273.- (Representación en juntas generales). Los accionistas pueden ser representados en las juntas generales por otro accionista o por persona extraña a la sociedad. A falta de norma estatutaria que regule la forma de constituir representantes, ésta se hará por escrito.

No pueden ser mandatarios o representantes los directores, administradores, síndicos y demás empleados o dependientes de la sociedad.

Conc: c. com. 307 - 440 - 1237 -

Visto en parte en la anot. al Art. anterior.

Este Art. se limita a establecer que en defecto de regulación estatutaria, la representación aquí autorizada debe conferirse por escrito, de lo cual se infiere que la forma constitutiva de la representación puede consistir en cualquier documento, inclusive una carta poder. Puede ostentar la representación otro socio o persona extraña, con la única exclusión de los órganos sociales señalados nominatim en la fracción final del Art.

ARTÍCULO 274.- (Acciones dadas en prenda, usufructo o embargadas). En los casos de acciones constituidas, en prenda, gravadas con usufructo, secuestradas o embargadas, el derecho de voto será ejercido por el propietario de las acciones.

Para facilitar los derechos del propietario, el acreedor queda obligado a depositar las acciones u optar otro procedimiento que garantice los derechos de aquél.

Conc: c.c. 218 - 232 - 869 - 872 - p.c. 162 - c. com. 269-878-

Respecto de las acciones dadas en prenda, no se advierte dificultad ninguna: el derecho de asistir a las juntas, opinar y votar, corresponde al propietario, que es en realidad el accionista y no el acreedor pignoraticio, que solo inviste sobre ellas un derecho accesorio de garantía (Lyon - Caen y Renault, Pic, cit. de Fernández). Sin embargo, esto no obsta que el propietario otorgue al acreedor poder para representarlo en la junta, con todos sus derechos, en la forma prevista en el Art. anterior.

Respecto de las acciones dadas en usufructo, se ha discutido en la doctrina sobre la regla de aplicación más conveniente a la tutela conciliatoria de los derechos del nudopropietario y del usufructuario, que no es del caso analizar aquí, vista la definitiva disposición del Art., dada en concordancia con el principio general del Art. 232 del c.c. El derecho reconocido al nudopropietario, en este Art. se funda indudablemente en el principio de que el derecho de voto es correlativo a la propiedad del título, la que no puede ser invocada por el usufructuario (Lyon - Caen y Renault, cit. de Fernández). Puede también el nudopropietario conferir su representación al usufructuario, en la misma forma que para el caso del acreedor prendario.

Lo que no tiene explicación viable, es la mención al embargo y menos aún al secuestro. Las acciones son bienes muebles sujetos a registro. El registro es obligatorio para acreditar la calidad de accionista y la titularidad de su dominio cuando son nominativas (arts. 250 y 268) . Consiguientemente, en un caso de ejecución forzosa, para el caso de las acciones es suficiente la anotación preventiva que señala el Art. 157, II) del p.c., que deja en interdicción la libre transmisibilidad de las acciones, con la responsabilidad de la sociedad en caso de inobservancia de los efectos de la anotación, que inclusive, en caso extremo, puede ser constituida en depositaria de las acciones, todo lo cual no impide que el propietario concorra a ejercitar sus derechos de participar en las juntas y votar personalmente o mediante mandatario.

El secuestro judicial, según el Art. 872 del c.c., sólo procede respecto de bienes en litigio y en los casos previstos por el p.c., cuyo Art. 163 no permite el secuestro cuando el demandado tiene título de propiedad, lo que es indiscutible en las acciones nominativas, salvo que se alegue mejor derecho, en un caso de sucesión por ejemplo, para lo cual la anotación preventiva es el procedimiento indicado.

Puede admitirse el embargo y el secuestro, para las acciones al portador, aunque sin olvidar la dificultad de su practicabilidad, dada su fácil transmisibilidad (Art. 254) y la presunción del Art. 100 del c.c. En este solo supuesto puede considerarse correctamente aplicable el Art., en lo pertinente a estos dos medios de ejecución forzosa.

ARTÍCULO 275.- (Disposición nula). Es nula toda disposición estatutaria que restrinja la libertad del voto de los accionistas, salvo lo establecido para las acciones preferidas.

Conc: c. com. 262 - 272 -

Visto en la anot. al Art. 272.

ARTÍCULO 276.- (Prohibición de voto a administradores y síndicos). Los directores o administradores, síndicos y gerentes de la sociedad no pueden votar sobre la aprobación del balance y cuentas relacionadas con su gestión, ni en las resoluciones referentes a su responsabilidad.

En caso de contravención, son responsables de los daños y perjuicios que ocasionen a la sociedad o a terceros.

Conc: c. com. 270-296-321 -322-331 - 362-

En realidad el Art. impone un deber de abstención, porque en los supuestos que sena a aparece indudable una noción de conflicto de intereses, entre la sociedad y los órganos sociales nombrados en la disposición.

ARTÍCULO 277.- (Proposiciones que afectan a determinada clase de acciones). Si hubiera diversas clases de accionistas, cualquier proposición que pudiera perjudicar los derechos de una de ellas deberá ser aprobada por la mayoría absoluta de votos de las acciones pertenecientes a la clase afectada, reunida en junta especial.

Conc: c. com. 264 - 287- 338 -

Visto en parte en la anot. al Art. 272. Cualquiera modificación o alteración de los derechos de una clase de accionistas, debe hacerse con la concurrencia de la mayoría absoluta de la clase a la que interesa o afecta la modificación o la alteración. Es una garantía para los titulares de acciones preferidas con voto limitado, respecto a las facultades de los accionistas de voto común, que son los que controlan por lo regular la sociedad. Sin embargo, tales modificaciones o alteraciones, en caso alguno pueden referirse a los derechos fundamentales que la ley confiere a los accionistas y cualquier acuerdo sobre tales extremos es nulo (Art. 278 y 287).

ARTÍCULO 278.- (Derechos reconocidos por Ley). Ni la escritura constitutiva ni los estatutos pueden desconocer los derechos acordados por Ley a los accionistas.

Conc: c. com. 264-268 -287-

Visto en las anotaciones a los arts. 272 y 277.

SECCIÓN VI **TÍTULOS DE PARTICIPACIÓN**

ARTÍCULO 279.- (Bonos de fundador). Para acreditar la calidad de fundador, referida en el artículo 233, se expedirán bonos de fundador; este sólo tendrá derecho a participar en las utilidades previstas en el título. Estos bonos no dan derecho a intervenir en la administración de la sociedad; no pueden convertirse en acciones ni representar participación en el capital social.

Conc: c. com. 233-237-261 -280-

ARTÍCULO 280.- (Contenido de los bonos de fundador). Los títulos representativos de los bonos de fundador deben contener:

- 1) La mención de bono de fundador, inserta en el texto del documento;
- 2) La denominación de la sociedad, domicilio, duración, capital social, fecha y número de la inscripción en el Registro de Comercio;
- 3) El número del bono e indicación del total de bonos emitidos;
- 4) La participación en las utilidades y el tiempo durante el cual debe ser pagada, y
- 5) Lugar y fecha de emisión y firma de los directores o administradores autorizados.

Conc: c. com. 29-279-

ARTÍCULO 281.- (Normas aplicables a los bonos de fundador). Las disposiciones de los artículos 240, 249 y 260, en lo conducente, se aplicarán a los bonos de fundador.

Conc: c. com. 240-249 -260 -

Los títulos de participación que con el nombre de bonos de fundador, regula la sección a que corresponden estos arts., son los que en el derecho comparado se llaman generalmente partes de fundador, que se atribuyen a quienes han intervenido en la promoción y constitución de la sociedad, como una recompensa a los servicios que han prestado.

Como se sabe, fundadores son los que concurren al otorgamiento de la escritura social en la constitución simultánea o los que firman el programa de suscripción en la de constitución sucesiva (Art. 233).

El Art. no determina inequívocamente cuando se puede resolver esa atribución: si solo a tiempo de la constitución y primera emisión de acciones o también después, durante la vida social, en emisiones posteriores y mediante resolución explícita de las juntas de accionistas. Quizá pueda

considerarse posible hacerlo en cualquier tiempo, a tenor de la interpretación combinada del Art. 279 y del inc. 6) del Art. 286, si la cuestión aparece prevista en los estatutos.

Tiene su origen en una concepción francesa, que se remonta a la fecha de constitución de la Compañía del Canal de Suez (1858), cuyos estatutos establecieron esta clase de títulos en favor de los fundadores.

Según las legislaciones, puede consistir en la entrega de acciones de capital, o bien de utilidades. En la Argentina (Art. 321, c. com.) se permite hasta un máximo del 10% del capital o de los beneficios y por tiempo limitado (10 años). También rige el mismo sistema con porcentaje y plazos limitados, aunque diversos, en España y Grecia (cit. de Cañizares). La generalidad de las legislaciones, con distintas variantes, limitan esta concesión a un porcentaje de los beneficios de la sociedad, según el criterio generalizado también en la doctrina, para no afectar el capital social que, de lo contrario, quedaría disminuido, con perjuicios del valor de las demás acciones, que deberán ser reintegradas con un porcentaje de los beneficios lo que, lógicamente, según observa Fernández, disminuye los dividendos que se distribuyen entre los accionistas. El c.c. italiano no admite las partes de fundador o acciones de premio en favor de los promotores (Messineo) y sólo regula la reserva de beneficios (c.c. 2340). En Alemania y Suiza la ley no menciona estos beneficios, pero, en la práctica, según Cañizares, se admiten los bons de jouissance (bonos de goce) que llenan la misma finalidad. En el derecho inglés las founders shares (cit. de Cañizares), son acciones diferidas (que perciben dividendos después de percibirlo las otras acciones) y se trata de verdaderas acciones, no de títulos diferentes como los bonos.

La amplitud con que la ley permita remunerar a los fundadores, puede dar lugar a abusos, por eso que el Código siguiendo la corriente restrictiva, limita la concesión de estas participaciones a las utilidades, sin que implique derecho a intervenir en la administración de la sociedad ni posibilidad de su conversión en acciones o partes de capital, lo que excluye participación en las cuotas de liquidación. En cuanto al porcentaje y al tiempo de duración, deja la determinación a la voluntad de la sociedad o a la regulación estatutaria (Art. 280 inc. 4). Otras legislaciones, v. gr. la italiana, señalan porcentaje en los beneficios y tiempo de duración limitados, limitación que es de orden público y no puede ser alterada por la voluntad de los socios.

ARTÍCULO 282.- (Bonos de participación). Cuando así lo estipulen la escritura social o los estatutos, podrán emitirse bonos de participación en favor de sus trabajadores. Dichos bonos sólo acuerdan el derecho de participar en las utilidades del ejercicio en las condiciones que establezcan los estatutos. Estos bonos son intransferibles y sus derechos caducan con la extinción de la relación laboral, cualquiera sea la causa.

Conc: Const. 157-c. com. 127, 9) -

Desde luego, ha de considerarse que esta disposición, responde al mandato constitucional (Art. 157) que establece que la ley regulará, entre otros conceptos que detalla, las primas u otros sistemas de participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa.

Están comprendidos entre los títulos de participación, aunque parece dudoso que corresponda atribuirles ese carácter, según observa doctrinalmente Rodríguez. Su emisión solo es posible cuando lo autoriza expresamente el acto constitutivo o los estatutos, sea por disposición inicialmente contenida en estos o por disposición posterior, mediante la modificación de los mismos. o resolución expresa particular (Art. 286, incs. 1 y 3). En la expresión general trabajadores, se comprende a todos cuantos prestan sus servicios en los establecimientos de la sociedad, desde el gerente hasta el último de los empleados o trabajadores y el goce de la participación esta subordinado a las condiciones establecidas estatutariamente, las que pueden determinar su retribución proporcional al salario, o a los años de servicio, o según todas las combinaciones lícitas posibles.

El Art. hace expresa mención a la inalienabilidad de los bonos de participación laboral y a su caducidad automática extinguida la relación de trabajo por cuya virtud existen. Se explica su inalienabilidad habida cuenta su carácter de títulos . que retribuyen actividades del personal y porque su finalidad, consiguientemente, es interesar al mismo en el destino de la actividad social, propósito que quedaría desvirtuado o frustrado si los bonos pudieran ser transferidos a personas que no prestan su trabajo para la sociedad. La inalienabilidad, sin embargo, no comprende el embargo mediante ejecución forzosa que los acreedores del trabajador pueden intentar sobre las utilidades que implica el bono de participación, que no teniendo carácter salarial, no están comprendidas en la inembargabilidad dispuesta por el Art. 179 del p.c.

Cabe observar, finalmente, que el sistema regulado por el Art. no ha tenido arraigo ni en su país de origen (Francia) ni en los que, como México (dato de Rodríguez), lo adoptaron de inmediato, entre otras razones, particularmente por las leyes sociales que obligan a las empresas a atribuir a sus trabajadores una participación en los beneficios directamente y sin la emisión de bonos, mediante primas y otros beneficios.

SECCIÓN VII **JUNTA DE ACCIONISTAS**

ARTÍCULO 283.- (Competencia de las juntas generales). La junta general de accionistas, legalmente convocada y reunida, es el máximo organismo que representa la voluntad social y tiene competencia exclusiva para tratar los asuntos previstos en los artículos 285 y 286.

Se reunirá en el domicilio social y será presidida por el presidente del directorio o por quien deba hacerlo en casos de impedimento, ausencia o inhabilidad, conforme a lo previsto en los estatutos y, en su defecto, por la persona designada por la propia junta.

Las resoluciones de las juntas generales son obligatorias para todos los accionistas, aún para ausentes y disidentes, salvo lo señalado en el artículo 302 y deben ser cumplidas por el directorio.

Conc: c. com. 269, 1) -284 -285 - 286- 300 - 301 -302-Lea. 69 -

Como persona colectiva (c.c. Art. 52, 3), la sociedad anónima esta dotada de órganos, por lo regular colegiados (Messineo). Son ellos: a) la asamblea general de los socios que el Código denomina Junta general de accionistas; b) el directorio de administradores; c) los síndicos, y d) en cuanto a ciertos aspectos, dice Messineo, puede también considerarse órganos a los socios individuales (v. la anot. al Art. 268).

Algunas de las nociones que dan los autores, dicen: Como órgano colegiado, implica una pluralidad que requiere por lo menos el concurso de dos socios, cuya actividad se manifiesta en deliberaciones y es de índole absolutamente particular por que en cierto modo se identifica con la sociedad toda entera (Messineo).

Es la reunión de los socios debidamente convocados, para deliberar sobre los negocios sociales y como un órgano supremo de la sociedad expresa la voluntad social, que se manifiesta, como sucede en todo cuerpo colegiado, con el voto de la mayoría (Vivante).

Es el órgano soberano de las sociedades anónimas (Fernández).

Es la reunión de accionistas legalmente convocada y reunida para expresar la voluntad social en asuntos de su competencia (Rodríguez).

Es el órgano de deliberación de la sociedad, el órgano supremo que expresa la voluntad colectiva de los que la forman (Cañízares).

Algunos autores (Goldschmidt, según Cañizares), niegan que la asamblea sea un órgano de la sociedad y sostienen que es la sociedad misma en su conjunto, pero la corriente doctrinal moderna preponderante sostiene la noción que considera, a la asamblea como órgano de la sociedad (además de los anteriormente mencionados: Gierke, Escarra, Ascarelli, Garrigues, Houpin y Bosvieux; cit. de Cañizares).

La noción que el Art. da de la junta general, se conforma a esta doctrina y presenta una notable coincidencia de conceptos con la definición de Rodríguez, que la propone en función de la legislación mexicana.

Es evidente que tanto la noción de asamblea como su naturaleza jurídica, presentan una definida evolución. La concepción clásica de la sociedad anónima, fundamenta el funcionamiento de esta, sobre la base de derechos y deberes recíprocos de los socios, derivados del contrato social, que concilia la regla de la unanimidad de la concepción contractual de las primeras reglamentaciones, con la permisividad de los acuerdos adoptados por mayoría de votos, lo que presenta una indudable divergencia con la realidad. En la sociedad - anónima moderna, existe un verdadero divorcio entre los accionistas y la gestión social, porque regularmente las grandes masas de accionistas no asisten a las asambleas. Los administradores ya no son mandatarios contractuales de los accionistas, sino que forman un órgano que la ley establece para ejercer una función social, bajo la vigilancia del Estado (Decugis, cit. de Cañizares). Las teorías organicistas germánicas vinculadas en el derecho privado al concepto de corporación han hecho con la noción de órgano una afortunada aportación del derecho público al derecho privado (Majorca, Brunetti, cit. de Cañizares). El órgano en las personas colectivas, constituido por una o varias personas, está autorizado a expresar la voluntad colectiva o a actuar de manera que se asegure la consecución de las finalidades que ella persigue.

Como consecuencia, se ha discutido también la naturaleza Jurídica de los acuerdos de la asamblea. Los autores, los consideran acto complejo, acto simple, acto plurilateral, inclusive como un contrato y la mayoría como la declaración unilateral y única de voluntad de la persona colectiva. Es declaración unilateral y única de voluntad, porque emana de un solo centro de interés, como es la sociedad de la que la asamblea es un órgano. Es acto complejo, porque la voluntad de la asamblea es producto de la suma de una serie de voluntades individuales de los diversos accionistas, que han ejercitado el derecho de voto. Atendida su estructura simple o combinada para Rodríguez, los acuerdos de la asamblea suponen una serie de actos jurídicos realizados por los mismos órganos (convocatoria -orden del día, publicidad- acuerdo), por lo que bien puede hablarse de acto procedimiento. Para Cañizares, dentro de la concepción institucional, es la manifestación del poder de deliberación previsto por la ley, que hace de la

intervención del accionista en la asamblea un acto - función dentro del marco de un estatuto legal.

No es indispensable la presencia de todos los socios, sino sólo la de aquellas mayorías que la ley y los estatutos requieren (Art. 295). Será considerada órgano de la sociedad, solamente la Junta o reunión de accionistas que trate los asuntos sociales en la medida de la competencia que le señala la ley (fracción primera del Art.). Y la calidad de Junta sólo tiene la reunión de accionistas que ha cumplido los trámites legales de convocatoria, porque aquellas en las que no se han observado los requisitos sobre convocatoria y publicidad, pueden ser impugnadas de nulidad (Art. 302), no obstante lo dispuesto por el Art. 299, que admite la reunión sin requisito de convocatoria y que prácticamente es irrealizable porque exige la presencia o representación de la totalidad del capital social, vale decir, de la totalidad de los accionistas.

La obligatoriedad de las decisiones, esta subordinada a los requisitos de convocatoria y reunión legal o estatutaria, actuación dentro de los límites de la competencia legal o estatutaria, existencia de quórum de asistencia y quórum de votación legal o estatutaria.

En el régimen legal abrogado, no existe reglamentación alguna sobre las juntas generales y, en la práctica, ella estaba abandonada a las disposiciones estatutarias. El D.S. de 8 de Marzo de 1860 (Art. 1198) las menciona incidentalmente a propósito de los dividendos; las leyes de 20 de Noviembre de 1895 y 19 de Nov. de 1898, relativas a la emisión y computo de votos en las juntas generales, también mencionan a estas únicamente a este efecto y sólo aluden a formas vigentes anteriores que no estaban reglamentadas y eran indudablemente manifestaciones de la práctica.

Tocante a la denominación, la expresión asamblea de accionistas se usa en los países de lengua francesa, italiana, portuguesa y algunos hispanoamericanos (v. gr. México, Argentina). En España y otros países hispanoamericanos, la designación empleada es junta general. En inglés se dice general meeting y en alemán generalversammlungen (Cañizares).

ARTÍCULO 284.- (Clases de juntas generales). Las juntas generales serán ordinarias y extraordinarias.

Conc: c. com. 229 - 283 - 285 - 286 -

ARTÍCULO 285.- (Junta ordinaria y su competencia). La junta general ordinaria se reunirá con carácter obligatorio, por lo menos una vez al año, para considerar y resolver los siguientes asuntos:

- 1) La memoria anual e informe de los síndicos, el balance general y el estado de resultados, y todo otro asunto relativo a la gestión de la sociedad;
- 2) La distribución de las utilidades o, en su caso, el tratamiento de las pérdidas;
- 3) El nombramiento y remoción de los directores y síndicos y, en su caso, la fijación de su remuneración, y
- 4) Las responsabilidades de los directores y síndicos, si las hubiere.

En los casos de los puntos 1), 2) y 3), la junta será convocada necesariamente dentro de los tres meses del cierre del ejercicio.

Precd D.S. 8 Marzo 1860, Art. 1198 (sólo respecto del inc. 2)

Conc: c. com. 283-284-289-292-295-297-308-335, 5, 6 y 11)-338-347-Rgto. rg. com. 25-26-

ARTÍCULO 286.- (Juntas extraordinarias y su competencia). Las juntas generales extraordinarias considerarán todos los asuntos que no sean de competencia de las juntas ordinarias y, privativamente, los siguientes:

- 1) La modificación de los estatutos. Aprobada la misma, debe correrse el trámite señalado en el artículo 129 debiendo entrar en vigencia a partir de la fecha de inscripción;
- 2) La emisión de nuevas acciones;
- 3) La emisión de bonos o debentures;
- 4) El aumento del capital autorizado y reducción o reintegro del capital;
- 5) La disolución anticipada de la sociedad, su prórroga, transformación o fusión; nombramiento, remoción y retribución de liquidadores, y
- 6) Otros que la Ley, la escritura social o los estatutos señalen.

Conc: c. com. 283-284-289-292-295-297-347-352- 353 - Rgto. rg. com. 27 Rgto. s.p.a. 20-42 -

La generalidad de las legislaciones distinguen entre asamblea ordinaria y asamblea extraordinaria. Algunas reglamentan también la asamblea constitutiva (como el Código, arts. 229 a 232) y las asambleas que lo son únicamente de una determinada categoría de accionistas o especiales (Art. 277).

La distinción entre asamblea ordinaria y extraordinaria se establece, teniendo en cuenta el objeto de las deliberaciones según el sistema francés, que parece el más adecuado, o habida cuenta la época de su celebración según el sistema español, para el cual son ordinarias las que deben reunirse obligatoriamente cada año y extraordinarias todas las demás. En el Código, puede decirse que se adopta una combinación de ambos sistemas.

En Gran Bretaña, se distinguen: a) Statutory meeting, para considerar todo lo relativo a la constitución de la sociedad, aunque con posterioridad a la constitución misma. Igual a lo que en los Estados Unidos se llama Meeting of incorporations, que se ocupa de aprobar los estatutos (by laws) después de la constitución. b) Ordinary general meeting (equivalente al Annual meeting o regular meeting de los Estados Unidos, que se celebra anual y obligatoriamente. c) Extraordinary general meeting, (o Special meeting de los Estados Unidos) que no es la asamblea ordinaria. d) Separate class meeting (en Gran Bretaña y no en los Estados Unidos, según Cañizares), que son asambleas especiales de una categoría de acciones. Estas asambleas también están permitidas en el derecho italiano (c.c. Art. 2376), con el cometido de aprobar las deliberaciones de una asamblea que perjudiquen los derechos de la otra categoría de socios o interesados. Esta clase de junta general, llamada expresamente especial por el Art. 277 del Código y con el mismo cometido de la regulada con el mismo nombre por la disposición legal italiana aquí citada, aunque no parece incluida en la distinción que hace el Art. 284, porque este se concreta a señalar la principal distinción que se hace en la materia, esta admitida en el ordenamiento nacional.

El criterio de distinción del Art. 284 (de idéntica formulación al párrafo final del Art. 2363 del c.c. italiano), según Messineo es de orden material y consiste en que la asamblea extraordinaria es solamente aquella a la que se atribuyen los cometidos de que trata el Art. 286 y algunos otros que taxativamente señalen las normas legales o estatutarias (inc. 6, Art. 286 y Art. 329, v. gr.) y que las otras asambleas, aunque deliberen sobre objetos diversos de los enunciados en el Art. 285 y aún en tiempo diverso del establecido en el, son ordinarias. En otras palabras, el concepto de asamblea ordinaria se determina sobre la base de la materia que señala el Art. 285, además del criterio negativo, por virtud del cual son ordinarias todas las asambleas que no son extraordinarias según el citado Art. 286 y las normas que le son conexas, como las indicadas en el ejemplo anterior (arts. 286, inc. 6 y 329).

Messineo, entiende que la asamblea es siempre ordinaria, salvo que la ley atribuya expresamente a la asamblea extraordinaria la competencia y el cometido de deliberar y teniendo en cuenta diversos requisitos de validez: convocatoria de cada una de ellas, quórum exigido para la regularidad de su instalación y para la validez de las respectivas deliberaciones

(decisiones), para las cuales la asamblea extraordinaria requiere, por lo regular, una mayoría más importante que la asamblea ordinaria, todo lo cual induce a considerar, concluye el autor citado, excepcional la norma que disciplina la asamblea extraordinaria.

Rodríguez aporta una observación oportuna y atendible que se refiere a la indelegabilidad de las facultades que la ley atribuye a las juntas generales, de manera que las decisiones respecto de las materias enumeradas en los arts. 285 y 286 y las que están consignadas en los estatutos como de competencia de las asambleas generales, ordinarias o extraordinarias, deberán tomarse directa y exclusivamente por este órgano social, sin que quepa que el mismo invista a ningún otro órgano de la sociedad o a personas extrañas a la misma, de las facultades de decisión que sólo a él corresponden. Puede agregarse que tampoco procede un desplazamiento de las materias fijadas por la ley o los estatutos de una asamblea ordinaria a una extraordinaria o viceversa.

Respecto al mecanismo de las reuniones: lugar, presidencia, mesa y autoridad interna de los debates, etc., se estará a las disposiciones estatutarias y a las que fija el Art. 283.

Las resoluciones son obligatorias, cuando han sido tomadas por las mayorías que para cada caso señala la ley o, en su defecto, los estatutos, los cuales pueden modificar en más pero no en menos las mayorías establecidas como mínimas por la ley.

En las sociedades anónimas, el principio mayoritario tiene carácter esencial, porque no es concebible otro modo de adoptar acuerdos y decisiones que comprendan los intereses de la pluralidad de personas que las integran. La nota distintiva está en que estas mayorías no son de personas, sino de capitales y en que no rige el principio mayoritario puro: ninguna mayoría de accionistas, accidentalmente reunida, puede disponer de la vida y del destino de la sociedad. Es por eso, dice Rodríguez, que la ley garantiza imperativamente a esta, contra las mayorías transitorias, un quórum de presencia y de asistencia que represente un mínimo de acciones, vale decir, del capital social, y para la adopción de las decisiones precisa también el voto conforme de acciones que representen otro; mínimo, según los casos. No contradicen estas conclusiones, las disposiciones del Art. 299, que regula el caso de las asambleas llamadas totalitarias, que son tales porque están representadas en ellas la totalidad de las acciones o del capital social en el momento de la votación.

JURISPRUDENCIA

1.- "Es de incumbencia de la Junta de accionistas, elegir o renovar directorio, dictar las resoluciones que juzgue oportunas para el buen régimen de la administración, anular todo acto o acuerdo del Directorio que manifiestamente infrinja los estatutos, pronunciarse sobre iniciativas o reclamaciones de los accionistas, etc." (G.J. N° 697, p. 28).

2.- Véase el caso N° 1 del Art. 384.

ARTÍCULO 287.- (Derechos no afectables por Las decisiones de las juntas). Las resoluciones de las juntas generales no podrán afectar los derechos de crédito de los accionistas frente a la sociedad.

Será nula toda cláusula o acto que menoscabe o suprima los derechos conferidos por este Código a las minorías.

Serán también nulos los acuerdos que supriman derechos acordados por Ley a los accionistas.

La junta general, por voto mayoritario, conforme a los artículos 296 y 297 podrá modificar o suprimir los derechos conferidos por los estatutos a una o varias clases de acciones, siempre que los accionistas propietarios de las mismas consientan en la forma que indica el artículo 277.

Conc: c. com. 264-277-278-290-296-297-

El Art. establece límites a la competencia de las juntas generales. No obstante que estas constituyen el órgano supremo o el órgano soberano de la sociedad, el alcance de sus facultades de decisión esta finitamente precisado y no supone, en modo alguno, un poder de decisión absolutamente libre.

Por tal razón la asamblea no puede afectar con sus decisiones derechos de terceros (por aplicación de las reglas generales en este caso) o de los propios socios en su condición de simples acreedores de la sociedad. Menos puede tomar resoluciones por las que se desconozca o modifique los derechos que la ley acuerda a los accionistas, individualmente considerados o como pertenecientes a las minorías o grupos especiales de accionistas (de acciones preferidas, v. gr.).

Las limitaciones dichas, dirigidas a asegurar el interés de los socios, de las minorías, de terceros, en fin, la observancia del ordenamiento legal y convencional de la sociedad, pertenecen, como observa Messineo, al tipo de normas inderogables (fracciones 1ra., 2da. y 3ra. del Art.).

Las modificaciones a que se refiere la fase cuarta del Art., están sometidas a la limitación del Art. 277: acuerdo mayoritario de la clase interesada de accionistas, en junta especial, convocada al efecto.

ARTÍCULO 288.- (Contenido de la convocatoria). La convocatoria a junta general será efectuada mediante avisos publicados en un periódico de amplia circulación nacional e indicara el carácter de la junta, lugar, hora, orden del día de la reunión y los requisitos que deberán cumplirse para participar en ella dichos avisos deberán publicarse durante tres días discontinuos, debiendo el último realizarse cuando menos cinco días y no más de treinta, antes de la reunión.

Conc: c. com. 290 - 292 - 297 -

ARTÍCULO 289.- (Convocatoria por directores o síndicos). Las juntas ordinarias y extraordinarias serán convocadas por el directorio o síndicos en los casos legalmente previstos o cuando, a criterio de cualquiera de ellos sea necesario. En caso de doble convocatoria, valdrá la hecha por el directorio. Los asuntos propuestos por éste y por los síndicos se acumularán en una sola orden del día.

Conc: c. com. 285-286 -292- 335, 6) -

ARTÍCULO 290.- (Derechos de accionistas minoritarios). Los accionistas que representen por lo menos el veinte por ciento del capital social, si los estatutos no fijarán una representación menor, tendrán derecho a solicitar por escrito, en cualquier tiempo, la convocatoria a junta general de accionistas, para tratar exclusivamente los asuntos indicados en su petición.

Si los directores o síndicos rehusaran convocar a junta general o no lo hicieran dentro de los quince días siguientes al de la recepción de la solicitud, ésta se formulará ante la Dirección de Sociedades por Acciones que hará la convocatoria sin mayor trámite. Presidirá la junta, en estos casos, el accionista designado en la misma.

Conc: c.com.264-287-288-292-444, 4) y 9) -Rgto.s.p.a. 20-42-

ARTÍCULO 291.- (Derecho del titular de una sola acción). El derecho señalado en el artículo anterior podrá también ejercerlo incluso el titular de una sola acción, en cualquiera de los siguientes casos:

1) Si durante más de una gestión anual no se hubiera reunido junta general alguna;

2) Si habiéndose celebrado juntas generales, estas no hubieran tratado los asuntos señalados por los incisos 1), 2) y 3) del artículo 285.

Cuando los directores o síndicos rehusaran hacer la convocatoria o no lo hicieran dentro de los quince días siguientes al de la presentación de la solicitud y se acrediten los extremos anteriores mediante prueba preconstituida, la Dirección de Sociedades por Acciones convocará a junta general, previo traslado a los directores o síndicos.

Conc: c. com. 264-444, 4) -Rgto. s.p.a. 21 -

La junta general de accionistas no es un órgano de funcionamiento permanente, sino discontinuo, que se reúne toda vez que sea necesario adoptar acuerdos en las materias de su competencia y cada vez que esa reunión ha de efectuarse, los accionistas deben ser convocados mediante avisos adecuados, con indicación de la fecha, lugar, motivo. La convocatoria es, pues, la cita o llamado que se hace a los accionistas para que concurran a una junta determinada.

Su contenido en parte detallado en el Art. 288: carácter, (si la junta es ordinaria, extraordinaria, constitutiva o especial) lugar, fecha, hora, requisitos de participación, debe precisar esencialmente el orden del día y llevar firma de quien hace la convocatoria. La fecha puede determinarse ad libitum por quien convoca, aunque ha de tenerse en cuenta las disposiciones compulsivas que limitan esa libertad, como las de la última fracción del Art. 283 que señala los casos de convocatoria que necesariamente debe hacerse dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio de una gestión, o las de los plazos establecidos en los supuestos de los arts. 290 y 291.

Requisito inexcusable de la convocatoria es su publicidad, que debe ser debidamente cumplido en la forma y en los plazos que señala el Art. 288, de manera que pueda llegar de un modo efectivo al conocimiento de los convocados.

El derecho de convocar, compete de ordinario al directorio o concejo de administración. También a los síndicos u órganos de vigilancia, para suplir, en su caso, la falta del directorio de administradores o cuando lo consideren necesario o conveniente.

Si ocurre una duplicación de convocatoria, prevalece la del directorio, pero se acumulan en el orden del día los asuntos propuestos en ambas.

La facultad de promover una convocatoria, compete también a las minorías y aún al titular de una sola acción, en los supuestos que detallan los arts. 290 y 291, en tutela de los derechos de aquellos. Se materializa con intervención de la Dirección de sociedades por acciones, cuando los directores o síndicos rehúsan deferir la solicitud de convocatoria de las minorías o del titular de una sola acción. La prueba preconstituida que exige el Art. 291, para justificar la intervención de la nombrada Dirección, es la de carácter documental (p.c. Art. 398) porque ha sido constituida, por mandato de la ley o por la voluntad de las partes, con anterioridad al hecho o acto que se quiere acreditar aunque sin pensar expresamente en él. Puede considerarse para este fin, como prueba de esa índole, las actas de las últimas juntas, las convocatorias últimas, inclusive, en su caso, una certificación de las autoridades administrativas de la sociedad.

Por lo demás, es principio generalmente admitido en todas las legislaciones, que las reuniones en que esta presente o representada la totalidad del capital social, tiene carácter de junta general sin el requisito de una convocatoria regular (Art. 299).

ARTÍCULO 292.- (Orden del día). Los asuntos a someterse a la consideración y resolución de la junta general serán consignados en la orden del día por quien hizo la convocatoria.

Los que tengan derecho a pedir la convocatoria a junta general tendrán también derecho a pedir la inclusión de determinados asuntos en la orden del día.

La orden del día en la convocatoria deberá consignar los asuntos concretos a considerarse y no podrá contener expresiones en términos generales, implícitos o que induzcan a confusión a los accionistas, bajo pena de nulidad.

Es nula toda resolución sobre asuntos no incluidos en la orden del día, salvo lo dispuesto en el artículo 299 y también respecto a la elección de los accionistas para firmar el acta.

Conc: c. com. 285-286-288-289-290-299-301-335, 7) -

El orden del día es, como define Rodríguez, la relación de los asuntos que se someten a la deliberación y aprobación de la junta general. Solamente los asuntos expresamente consignados en dicha relación pueden ser válidamente considerados y resueltos por las asambleas. Esta regla está terminantemente afirmada en la fracción cuarta del Art., que declara nula toda resolución tomada por la junta con infracción de la misma. Están exceptuadas de la sanción de nulidad, las resoluciones que se adoptan en las juntas totalitarias regladas por el Art. 299 y las que designan a los accionistas que deben firmar el acta. También ha de incluirse en la

excepción, por aplicación de las reglas generales, la facultad de deliberar y resolver sobre las cuestiones directamente conexas con todo punto que ha sido incluido en el orden del día.

La fracción tercera del Art., tiene grave importancia. La relación de asuntos consignados en el orden del día, debe ser concretamente indicada y enumerada. No es admisible el uso de términos generales o implícitos, inclusive, y, por ejemplo, la mera referencia genérica al contenido de los arts. 285 o 286, según la clase de junta convocada, en vez de la enumeración concreta e inequívoca de las materias objeto de la deliberación. Por esa misma razón, desde luego, son inadmisibles por ilegítimas las indicaciones en el orden del día, frecuentemente usadas, de asuntos eventuales o varios (Messineo). La restricción de la fracción que se comenta, alcanza aún a asuntos consignados en el orden del día, pero que no son de la competencia de la asamblea convocada. Así, v. gr. si una junta extraordinaria fuere convocada, con orden del día debidamente formulada inclusive, para tratar cuestiones de la incumbencia de una junta ordinaria, contra lo previsto en la primera fracción del Art. 286.

ARTÍCULO 293.- (Requisitos para concurrir a las juntas). Para concurrir a las juntas generales, los propietarios de títulos nominativos deberán estar debidamente registrados en el libro de la sociedad.

Los accionistas con títulos al portador deberán depositar en la sociedad con tres días de anticipación por lo menos, los títulos de sus acciones, o un certificado acreditando que están depositados en una institución bancaria. La sociedad les otorgará los comprobantes de recibo para participar en la reunión.

Los certificados de depósito y los comprobantes de recibo deben especificar la clase, serie y numeración de las acciones o de los títulos. El depositario responde, solidaria e ilimitadamente, de la existencia de las acciones.

Conc: c. com. 250- 254 - 269 - 294 -

ARTÍCULO 294.- (Suspensión del registro de transmisiones). Quedará suspendido el registro de transmisión de acciones desde el día de la última publicación de la convocatoria hasta el posterior al de la realización de la junta.

Conc: c. com. 253 - 293 -

El derecho de intervenir en la junta general requiere el cumplimiento de los requisitos señalados en el Art. 293, que son diversos según se trate de accionistas titulares de acciones nominativas o de acciones al portador. La primera fracción del mencionado Art. 293, concierne a los primeros y los títulos deben estar inscritos en el registro (arts. 250 y 268) al menos cinco días antes del fijado para la realización de la junta. Este plazo antelado, emana de la disposición del Art. 288, segundo Período, que señala que la publicidad del último de los avisos de convocatoria, debe realizarse cuando menos cinco días antes de la reunión, fecha desde la cual y hasta la siguiente de finalizada ella, según el Art. 294, queda en suspenso el registro de transferencias de acciones, de manera que aún cuando aparecieran endosos de transmisiones dentro de ese lapso, quien aparece inscrito en el libro de registro de acciones, sigue siendo accionista y titular del derecho a concurrir a la junta, con lo que la ley evita situaciones contradictorias por las cuales la sociedad no sabría a quien atribuir el derecho de intervención y, particularmente, impide posibles adquisiciones súbitas, dice Messineo, dirigidas a obtener de improviso mayorías como medio para las escaladas.

Para las acciones al portador, los tenedores, que se supone son los propietarios (Art. 100, c.c. y 268 i.f., c. com.), deben depositarlas por lo menos con tres días de anticipación al de la reunión, en la sociedad o en una institución bancaria que proporcionara el correspondiente certificado de depósito, cuya duración ha de considerarse que comprende el tiempo de la reunión.

Los certificados bancarios del depósito o los comprobantes de recibo que extienda la sociedad, deben contener, la clase, serie y numeración de las acciones, a los fines de su control en relación con lo dispuesto por el Art. 250, inc. 4), relativo a la inscripción de esta clase de acciones en el registro. La responsabilidad solidaria e ilimitada de los depositarios, ha de entenderse en relación con los tenedores o titulares de las acciones al portador y lo concerniente a la existencia de las acciones, parece que es más propio considerar que se refiere a la existencia del depósito, esto es, que sea efectivo y no se preste a encubrir transferencias vedadas que entorpecerían la determinación de quienes y cuantos deben ser admitidos como socios en la junta, en representación de unas mismas acciones.

ARTÍCULO 295.- (Quórum en las juntas ordinarias y extraordinarias). Existirá quórum en las juntas ordinarias si estuvieran representadas más de la mitad de las acciones con derecho a voto. Para las extraordinarias, será. necesaria la representación de las dos terceras partes, salvo que los estatutos fijen un número más elevado para formar el quórum.

Conc: c. com. 285-286-297 - 379-

ARTÍCULO 296.- (Votos necesarios). Las resoluciones en las juntas ordinarias se tomarán por la mayoría absoluta de los votos presentes que no se hallen impedidos de emitirse en relación al asunto sometido a decisión, salvo que los estatutos exijan mayor número.

En las extraordinarias, se tomarán las resoluciones por mayoría absoluta de los votos presentes no impedidos de emitirse con relación al asunto sometido a decisión, salvo que los estatutos exijan mayor número.

Las votaciones serán secretas cuando así lo solicite por lo menos el diez por ciento de las acciones presentadas en junta.

Conc: c. com. 262-276-287-298 - 379 -

Estos dos arts. (295 y 296), establecen las reglas generales sobre el quórum de presencia o asistencia y el de votación o deliberación.

El quórum es el número legal exigido para el funcionamiento de la junta general y debe subsistir siempre, durante su desarrollo en salvaguarda del principio de que las deliberaciones deben ser llevadas y las decisiones tomadas con la participación de la mayoría efectiva señalada por la ley o por los estatutos. Estos pueden exigir un número legal mayor que la ley, pero no pueden establecer uno menor.

Los votos presentes impedidos que menciona el Art. 296, son, v. gr., los de los directores, administradores, síndicos y gerentes en materias relacionadas con la aprobación del balance, de las cuentas de su gestión o con sus responsabilidades (Art. 276).

Las acciones con derecho a voto, en las asambleas ordinarias, son las comunes u ordinarias; los titulares de las preferidas pueden concurrir a ellas con voz pero sin voto, por lo cual estas acciones no son computables para la integración del quórum. En las asambleas extraordinarias, si, por cuanto a ellas concurren con derecho a voto los titulares de las acciones preferidas. En este caso ha de entenderse el Art. 295, en sentido de que se exige las dos terceras partes del total de las acciones comunes y preferidas.

El número legal de presencia para las juntas ordinarias es el de la mitad más una de las acciones con derecho a voto y el de votación es la mitad más una de las acciones representadas en la junta. Es decir, si la sociedad tiene un millón de acciones ordinarias se hace quórum de presencia con quinientas mil y una, sin tener en cuenta las preferidas y, supuesto este número legal de

presencia, la mayoría absoluta para tomar decisiones será de doscientas cincuenta mil y dos acciones. En las juntas extraordinarias, el quórum de presencia será de las dos terceras partes de las acciones ordinarias y preferidas, y su mayoría de decisión será de la mitad más una de las que concurran a la junta, que debe pasar de dos tercios.

En las asambleas totalitarias, las decisiones se adoptan por los dos tercios de las acciones con derecho a voto, que son todas, excepto las impedidas. La competencia será determinada según los arts. 285 y 286, para fijar a su tenor y según la materia, cuales son las acciones con derecho a voto.

La votación secreta, según el Art. 286, ha de considerarse excepcional, esto es, cuando lo solicite así por lo menos el porcentaje de acciones representadas en la junta que dicho Art. indica: 10%.

ARTÍCULO 297.- (Segunda convocatoria). La junta ordinaria funcionara. válidamente, en segunda convocatoria, cualquiera sea el número de accionistas presentes con derecho a voto. Esta convocatoria se hará conforme a lo señalado en el artículo 288 pudiendo reducirse a dos el número de publicaciones, la última con tres días de anticipación al verificativo de la reunión, señalando que se trata de una segunda convocatoria.

Las juntas extraordinarias funcionaran válidamente en segunda y posteriores convocatorias, con la concurrencia mínima de un tercio de las acciones con derecho a voto. Las decisiones se tomarán por mayoría absoluta de votos salvo que los estatutos exijan un quórum más elevado a un mayor número de votos.

Conc: c. com. 285-286-287 -288 -295

La segunda convocatoria es consecuencia de que la junta . general, llamada en la primera convocatoria, no ha podido reunirse por falta del quórum de presencia o asistencia. En tal supuesto, la nueva convocatoria se rige por las reglas que da. este Art.

Tocante a las juntas ordinarias, sus normas se explican,: habida cuenta que ellas son indispensables para la marcha de la sociedad, razón por la cual la ley la hace obligatoria siquiera una vez anualmente (Art. 285). Corresponsiéndoles aprobar el balance, distribuir utilidades o deliberar sobre las perdidas, designar o remover a los órganos de administración y vigilancia, no pueden ni deben quedar privadas de acción por la negligencia de algunos accionistas o de la mayoría de ellos. Por eso, la ley autoriza su funcionamiento y la adopción de acuerdos, cualquiera sea el número de asistentes.

Para las asambleas extraordinarias, se mantiene un número legal de asistencia, reducido a la mitad del requerido para la primera convocatoria, cuya mayoría absoluta es válida para tomar decisiones. En todos los casos, los estatutos pueden señalar un número mayor que el legal, pero no menor.

ARTÍCULO 298.- (Aplazamiento de votación). Los accionistas que constituyan el veinticinco por ciento de las acciones presentes con derecho a voto, podrán solicitar un aplazamiento de la votación de cualquier asunto hasta por treinta días, sin necesidad de nueva convocatoria. Este derecho podrá ejercitarse sólo una vez sobre el mismo asunto.

Conc: c. com. 296 - 300 -

Esta disposición ha merecido la censura de la Mesa redonda sobre sociedades comerciales y registro mercantil que, con el auspicio del Colegio de Abogados y las Cámaras de Comercio e Industria de Cochabamba, deliberó sobre el tema y presentó conclusiones en agosto de 1978, en las cuales se observa que el Art. contiene regulaciones que provocaran caos y desorden en las sociedades anónimas, con perjuicio de estas, dado el plazo acordado que puede quitar oportunidad a las decisiones aplazadas, a más de que la contingencia de la falta de quórum en la junta reinstalada, puede hacerla definitivamente inoperante.

En el derecho comparado consultado, se encuentra una disposición que parece ser la fuente de la que aquí se comenta, en el c.c. italiano (Art. 2374) y que para mejor inteligencia del caso, cabe transcribirla:

"Los socios intervinientes que reúnan la tercera parte del capital representado en la asamblea, si declaran que no están suficientemente informados sobre los objetos puestos en deliberación, pueden pedir que la reunión se convoque nuevamente dentro de tres días. Este derecho no puede ejercitarse más que una sola vez para el mismo objeto".

Messineo, limita su comentario sobre este Art. a expresar que la asamblea no puede rechazar legítimamente el aplazamiento. Se ha subrayado el texto legal italiano transcrito para destacar, primero, que la disposición fuente (si así puede llamársela por su identidad con la que se anota aquí), da un fundamento más o menos atendible al pedido de aplazamiento y, segundo, que concede un plazo (un cuarto intermedio puede decirse) que sirva para subsanar la falta de información alegada, pero que no sea utilizado para obstruir las decisiones mayoritarias que bien pueden estar mejor fundadas que el pedido de aplazamiento.

Puede darse como justificación de la disposición italiana -desvirtuada indudablemente en la adopción- la necesidad que los accionistas tienen, para emitir su voto, de una información adecuada respecto de los asuntos sometidos a su decisión en la junta general, extremo oportunamente previsto en otras legislaciones (v. gr. Art. 186 de la Ley general de sociedades mercantiles de México, cit. de Rodríguez) y no debidamente contemplado en el Código (v. la anot. al Art. 300), con la facultad otorgada a los accionistas de informarse en los libros y documentos sociales relacionados con los objetos de la asamblea y que la sociedad debe poner a disposición de los accionistas en las oficinas de su administración. Este sistema de comunicación, según el sistema legislativo citado, se efectúa en el lapso que media entre la publicación de la convocatoria y la celebración de la asamblea.

ARTÍCULO 299.- (Junta sin requisito de convocatoria). La junta podrá reunirse válidamente sin el cumplimiento de los requisitos previstos para la convocatoria, y resolver cualquier asuntos de su competencia, siempre que concurren accionistas que representen la totalidad del capital social. Las resoluciones se adoptarán por dos tercios de las acciones con derecho a voto.

Conc: c. com. 292 -

Además de lo que queda dicho en varias anots. anteriores sobre este Art., cabe agregar, conforme observa Messineo, que este tipo de asambleas es prácticamente irrealizable, cuando el capital social está muy fraccionado y, en general, cuando el número de los accionistas es muy elevado.

ARTÍCULO 300.- (Petición de informes). Todo accionista tiene derecho a pedir en la junta general informes relacionados con los asuntos en discusión.

Conc: c. com. 283 - 298 -

Esta disposición puede servir a los fines de comunicación indicados en la anot. al Art. 298, respecto de la necesidad de información a que tienen derecho los accionistas. Pudo habérsela formulado con más precisión y relacionándola con la disposición del Art. 298, sin establecer el plazo de aplazamiento que este determina, que en realidad puede utilizarse como recurso obstruccionista.

ARTÍCULO 301.- (Actas de las juntas). Las actas de las juntas generales se asentarán en el libro de "Actas" y resumirán las expresiones vertidas en las deliberaciones la forma de las votaciones

y sus resultados, con indicación completa de las resoluciones adoptadas; serán firmadas a más tardar dentro de los cinco días siguientes a la celebración de la junta, por quien la presidió, el secretario y dos representantes de los accionistas elegidos con tal objeto.

De las actas de las juntas extraordinarias, pasadas al libro respectivo, se obtendrá copia legalizada y se inscribirá en el Registro de Comercio, previo conocimiento de la Dirección de Sociedades por Acciones.

Cualquier accionista puede solicitar, a su costa, copia legalizada del acta.

Si no se establece un procedimiento diferente, el acta de las juntas generales indicará la nómina de accionistas o sus representantes y el número de votos que les corresponda.

Conc: c. com. 29 - 35 - 128 - 130 - 283 - 292, i.f. -325-Rgto. rg. com. 32-Rgto. s.p.a. 18-22-

De todo lo tratado y resuelto en una asamblea debe levantarse el acta correspondiente e insertarse en el libro de actas que esta previsto, en general, por el Art. 37 y debe necesariamente, dado su objeto, ser llevado con las formalidades señaladas por el Art. 40. Consiguientemente, son aplicables para este libro las disposiciones relativas a su eficacia probatoria (arts. 62 y 63), a la conservación de los documentos (arts. 52 y 53), así como las que reglan las pesquisas, examen y exhibición de los libros comerciales (arts. 56 a 61).

De los detalles de la regulación contenidos en el Art., que son los que ordinariamente se estila determinar en la materia, cabe un particular examen del punto relativo al registro de las actas de las juntas extraordinarias, mediante copia legalizada de las mismas (fracción 2da. del Art.).

Desde luego, se advierte en la reglamentación pertinente y conexas, incoherencias y contradicciones. Así, según el Art. 286, particularmente los incs. 1, 4 y 5, las modificaciones del acto constitutivo (capital social, duración de la sociedad, etc.) y de los estatutos, competen privativamente a las juntas extraordinarias, de manera que, las actas de las deliberaciones y resoluciones correspondientes, presentadas en meras copias legalizadas no satisfacen los requisitos señalados en los arts. 128 y 130 del Código y en los arts. 32 del Rgto. rg. com. y 18 del Rgto. s.p.a., que exigen la aprobación de la Dirección de sociedades por acciones (Art. 444, incs. 1 y 6) de las modificaciones dichas, su inscripción en el registro de comercio y que los trámites de aprobación e inscripción se hagan con la presentación de los testimonios de las escrituras públicas, en las que ellas deben necesariamente constar, para tener validez y eficacia jurídica. La disposición del Art. 22 del Rgto. s.p.a., que concuerda con la fracción 2º del Art. en este punto y que se refiere a la presentación de la copia legalizada del acta para notificación de la Dirección

de sociedades por acciones, no tiene coherencia con las reglas preceptivas citadas, a las que más bien contradice.

La copia legalizada, según el ordenamiento sustantivo y adjetivo común, de general aplicación en materia de prueba documental y de especial vigencia para todos los negocios comerciales según el Art. 786 del c. com., no es documento conocido ni regulado en el. Consiguientemente, el Art. atribuye carácter de prueba instrumental, a un medio escrito no admitido como tal en las leyes que rigen la materia. Ni el c.c. abrg. (Art. 920) ni la compilación de p.c. abrg. (Art. 177), ni los códigos civil (Art. 1309) y de procedimiento civil (Art. 400) vigentes, mencionan para nada las copias legalizadas. Estas, impuestas seguramente por la práctica para limitados fines (v. gr. copias de leyes, decretos u otras resoluciones administrativas, autenticadas por funcionarios públicos autorizados) aparecen mencionadas en las leyes o reglamentos sobre el uso del papel sellado y timbres, y muestran que han alcanzado una difusión para todos los trámites y asuntos, sin base ni respaldo legal. En efecto, y por ejemplo, la Ley de 27 de Dic. de 1904 y su D. reglamentario de 11 de Feb. de 1905 (caso 5º, Art. 5), o la Ley de 22 de abril de 1941 (caso 17, Art. 4), señalan el tipo de papel sellado en que deben expedirse las copias legalizadas por las autoridades públicas o las autoridades políticas administrativas, eclesiásticas, municipales y militares. Se infiere de ello, en primer lugar, que las merituadas copias, sólo pueden ser expedidas por funcionarios autorizados de la Administración y, en rigor, sólo de cierto tipo de documentos: actos o disposiciones administrativos en sentido estricto: leyes, decretos, resoluciones, órdenes, y nada más. En segundo lugar, las autoridades de las juntas generales de accionistas y las sociedades anónimas, no son ni autoridades de la administración (aquellas) ni oficinas públicas (estas), para expedir copias legalizadas, que, por lo demás, no son documentos idóneos para el registro ordenado.

En la práctica de otras legislaciones (v. gr. la argentina), en casos especiales, como el que se comenta, toda vez que se trata de modificaciones del acto constitutivo (incs. 1, 4 y 5, del Art. 286, particularmente), se abrevian trámites y se hace comparecer a la Junta a un escribano (notario) público, que levanta el acta y la autoriza como funcionario fedatario, con lo cual el acta (sin perjuicio de estar insertada en el libro correspondiente), adquiere el valor de un instrumento público y todas las regulaciones del Código y sus reglamentos, invocados en esta anot., tienen cumplida observancia. Esta modalidad, puede considerarse permitida en el ordenamiento nacional. El Art. 1 de la L. de 5 de Marzo de 1858, dice:

"Los notarios son funcionarios públicos establecidos para autorizar todos los actos y contratos a que las partes quieran dar el carácter de autenticidad, con sujeción a las prescripciones de la ley".

Entre sus prescripciones, la ley, para la válida intervención notarial en el caso que se analiza, dispone la protocolización, que, por lo demás, de todas maneras ha de hacerse para presentar los testimonios que exigen las disposiciones reglamentarias arriba citadas, en los trámites de registro de las modificaciones del acto constitutivo o de los estatutos.

De acuerdo a lo que dispone el Art. 1210 del c.c., las copias legalizadas de que habla este Art., apenas sirven de principio de prueba escrita o de simple indicio, según casos y circunstancias.

ARTÍCULO 302.- (Impugnación de nulidad). Cualquier resolución de la junta que viole las disposiciones de este Código o los estatutos, puede ser impugnada de nulidad por los directores, administradores, síndicos o autoridad administrativa contralora o por cualquier accionista que no hubiese participado en ella, o que habiendo asistido, hubiera hecho constar su disidencia y, en general, cuando la resolución sea contraria al orden público.

Igualmente, puede impugnarse la convocatoria a la reunión que no cumpla los preceptos señalados tanto en este Código como en los estatutos.

La acción deberá dirigirse contra la sociedad, dentro de los sesenta días siguientes a la reunión o de su publicación, con los documentos que amparen la demanda, debiendo tramitarse sumariamente.

Precd: D.L. 28 Abril 1938, Art. 4 -

Conc: c. com. 264-269-283-303-304-305-306-444, 15) y 17) -Rgto.s.p.a. 23

Las decisiones de las asambleas pueden impugnarse en todos los países, cuando infringen la ley o los estatutos; también, según los países, cuando violan derechos propios de los accionistas o implican un abuso de derecho, desviación de poder, fraud on the minority (en fraude de la minoría), etc.

Corresponde al derecho germánico la distinción entre acuerdo válido y acuerdo anulable, asimilado en el nuevo c.c. italiano (Art. 2377) y en la ley de sociedades anónimas española de 1951 (Cañizares). Según tales antecedentes es probable que la regla del Art. se haya adoptado - aunque incompletamente - del precepto italiano.

En relación con las determinaciones del Art. y la finalidad de ellas, en la doctrina se distingue diferentes problemas: validez de la asamblea; validez del acuerdo; validez del voto. Una asamblea puede ser válida o inválida; los acuerdos que adopta pueden ser, a su vez, válidos e

inválidos; los acuerdos adoptados por una asamblea inválida pueden ser nulos o anulables según el grado de invalidez de aquellas; y, por último, un acuerdo puede ser válido a pesar de que uno o más votos de los emitidos para su adopción sean inválidos, en tanto que esos votos no sean necesarios para la adopción del acuerdo.

Sobre estas bases, fijadas por Rodríguez y siguiendo a este, se ofrece un resumen de las causas de nulidad y de anulabilidad, en los puntos que seguidamente se señalan, con indicación de las disposiciones singulares del Código aplicables a cada punto:

Causas de nulidad.

1º) La irregularidad de la sociedad (Art. 134) no invalida la asamblea, que puede adoptar acuerdos válidos. Es una sociedad existente, aunque irregular.

2º) Son nulos los acuerdos que la sociedad no puede adoptar por falta de capacidad para ello, en función de la finalidad u objeto que persigue, según su propio acto constitutivo y sus estatutos (C.C. 54; C. Com. 127, 4 y 218).

3º) La falta de convocatoria o de reunión (efectiva) determina la nulidad de la asamblea y de los acuerdos que en ella se adopten (arts. 283 y 288).

4º) Los acuerdos con objeto imposible o ilícito son nulos (arts. 139 y 140).

5º) También son nulos los acuerdos contrarios a los derechos de terceros o de los socios protegidos por la ley, así como a los derechos especiales de los socios si se adoptan sin su consentimiento (arts. 277, 278 y 287).

Causas de anulabilidad.

1º) Son impugnables los acuerdos adoptados cuando hay defectos en la convocatoria o en la reunión de la asamblea (arts. 288 y 295).

2º) Los acuerdos que invaden ajena competencia (v. gr. la invasión de atribuciones entre juntas ordinarias y extraordinarias, en violación de los arts. 285 y 286).

3º) Los que se tomen en infracción de las normas relativas a la formación de la voluntad social, es decir, del quórum de votación (Art. 296).

4º) En general, todos los acuerdos que infrinjan la ley o los estatutos, que están comprendidos entre los que el Art. genéricamente califica de contrarios al orden público.

La disposición comentada y las que le siguen, que le son correlativas, no diferencian debidamente la nulidad de la impugnabilidad. Respecto de la primera y según los casos del resumen anterior, ha de aplicarse las reglas generales del derecho común, por imperio del

mandato del Art. 786, teniendo en cuenta que este, así se refiera a las normas de los contratos y obligaciones, comprende los actos jurídicos en general como los que motivan esta anotación, por disposición expresa del Art. 451, II, del c.c. Tocante a la impugnabilidad, caben completamente las reglas de este Art. y los siguientes que le son correlativos, que en realidad regulan materias de anulabilidad y su procedimiento.

No porque la mayoría de los socios tenga, a través del dominio de la asamblea, el gobierno de la sociedad, ha de considerarse, dice Messineo, que la minoría este incondicionalmente a merced de ella, cuyos poderes están limitados por la obligatoriedad de la observancia del ordenamiento legal y convencional que rige la sociedad. En este principio reposa la razón de que toda deliberación asamblearia, sea adoptada en junta ordinaria, extraordinaria o especial, pueda ser invalidada. De ahí que el derecho de impugnación se desarrolla como tutela de las minorías, en un doble sentido: contra las mayorías y también contra los administradores que, en definitiva, son expresión de la mayoría. Inclusive, agrega Messineo, aunque parezca paradójico, puede muy bien enunciarse la facultad impugnatoria como de tutela de la mayoría también, particularmente en las grandes sociedades, en las que el fuerte ausentismo de los pequeños accionistas, las maniobras para frustrar las asambleas por falta de quórum, a fin de obtener segundas convocatorias que reúnan solamente accionistas de la confianza de los administradores, frecuentemente pueden convertir a una minoría, o, cuando menos a una mayoría relativa, en el arbitro de la mayoría efectiva, despojada por estar ausente.

Por eso, el presupuesto de la impugnabilidad es y tiene que ser muy amplio. Puede extenderse hasta el caso en que el resultado de la deliberación haya sido efecto del peso de un voto no-válido, por haberlo emitido quien estaba impedido v. gr., o por estar afectado por vicio de voluntad inclusive (Formiggini, cit. de Messineo). Esta consideración, hace infundada la crítica a la expresión de la primera fracción del Art. in fine: contraria al orden público, que por ser considerada muy lata e imprecisa debiera -se dice- ser suprimida.

La expresión criticada (contraria al orden público), no ha de entenderse en el concepto dominante en el derecho administrativo, circunscrito a la idea de orden material, externo, objetivo, porque no es contrario al orden público solamente el desorden o la manifestación material o el propósito de perturbarlo traducido en hechos, conforme advierte Bielsa, y que en la materia que se trata puede manifestarse en deliberaciones o acuerdos dirigidos a infringir las prohibiciones del Art. 140 (actividad ilícita o prohibida). Fundamentalmente, en el caso que se examina, resolución contraria al orden público, ha de entenderse, según señala Messineo, como aquella que va contra los principios fundamentales y de interés general (en este caso interés general social y extra - social), sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico del Estado. Esto

es, la expresión criticada, alude principalmente a las normas que son coactivas por ser de observancia inderogable (Messineo), tales las de derecho público y, a veces, algunas de derecho privado que se llaman entonces de orden público o que interesan al orden público y son, en tal virtud, de observancia inexcusable porque ha de hacerse lo que ellas mandan y como ellas mandan.

La anulabilidad perseguida con la acción de impugnación, esta subordinada a las específicas determinaciones del Código, porque tiene una naturaleza completamente particular. Puede ser promovida por quienes indica el Art., inclusive por un accionista, individualmente. Es juez competente en el caso, el del domicilio de la sociedad (Art. 10 p.c. y 283, 2ª fracción, c. com.) y el procedimiento el señalado por los arts. 317, 2) y 478 y s. del p.c. Si ocurre que existen varias acciones de nulidad o de impugnación planteadas respecto de una misma asamblea, procede la acumulación de autos, para ser resueltas en una misma sentencia. Así lo prevé el c.c. italiano, por ejemplo (Art. 2378).

ARTÍCULO 303.- (Demanda probada). En caso de probarse la demanda, el juez declarará nula y sin efecto alguno la resolución impugnada, pudiendo ordenar la suspensión de la convocatoria hasta que se cumplan los preceptos legales.

Conc: c. com. 302 -

ARTÍCULO 304.- (Responsabilidad de los accionistas). Quienes voten en favor de las resoluciones declaradas posteriormente nulas, responden solidariamente por las consecuencias de las mismas, sin perjuicio de la responsabilidad de los directores y síndicos.

Conc: c. com. 302

ARTÍCULO 305.- (Revocatoria de la resolución impugnada). Revocada por junta posterior la resolución impugnada, no procede la demanda o continuación de la misma, subsistiendo, sin embargo, la responsabilidad por sus efectos o consecuencias directas hasta la fecha de revocación.

Conc: c. com. 302 -

ARTÍCULO 306.- (Fianza para responder del juicio). Para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 302, los accionistas impugnantes constituirán fianza suficiente para responder por los daños y perjuicios que la sociedad sufriera, además de las resultas del juicio.

Conc: c. com. 302-

Las reglas de estos arts. (303 a 306), legislan las consecuencias de la facultad de impugnar. Según Rodríguez, es posible la convalidación de acuerdos impugnables, criterio que parece correcto, habida cuenta los principios generales relativos a la confirmabilidad de los actos anulables (Art. 558, c.c.). La fianza de resultas (iudicatum solvi de los romanos) cubre las costas e inclusive el resarcimiento de los daños y perjuicios que se haya ocasionado con la acción judicialmente desestimada.

SECCIÓN VIII ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN

ARTÍCULO 307.- (Composición del directorio). La administración de toda sociedad anónima estará a cargo de un directorio compuesto por un mínimo de tres miembros, accionistas o no, designados por la junta de accionistas.

Los estatutos pueden señalar un número mayor de directores que no excederá de doce.

Precd: D.S. 8 Marzo 1860, Art. 1193

Conc: c. com. 127, 8)-234-269,2)-273-311-312-313-315- 320-326-327- 334-335-420-429. 4)-

Otro órgano -el más verdadero, dice Messineo- de la sociedad por acciones es el administrador, que, en el derecho comparado, puede ser único o colegiado. A diferencia de lo que ocurre con otros tipos de sociedades, en las anónimas, dado el elevado número de socios que regularmente la componen y vista la conveniencia de evitar una excesiva concentración de poderes administrativos en una sola persona, que no armoniza adecuadamente con el complejo funcionamiento de las grandes empresas modernas, no es frecuente el administrador único y, casi siempre, la administración de estas sociedades se confía a un cuerpo colegiado formado por varias personas.

Las legislaciones varían en cuanto a su organización y denominación. Al cuerpo colegiado se le llama Directorio, Consejo de administración, Junta directiva (en los países de habla española), Board of directors (entre los angloamericanos), Verwaltung o Vorstand (en alemán), Conseil

d'administration (en francés), Consiglio di amministrazione (en italiano), Diretoria (en portugués) . A sus miembros individualmente, se les designa: directores, administradores, gerentes, directors, managers, managing directors, directeurs, direttori, o diretores.

El Código llama directorio al órgano al que incumbe la representación y la administración de la sociedad. Su número, r entre los límites mínimo (3) y máximo (12) que fija el Art., se deja a la determinación estatutaria.

Los poderes de los administradores, dentro de los límites de la administración ordinaria, son todos los que tienden a la consecución del objeto social, subordinados a las determinaciones y limitaciones del acto constitutivo y de los estatutos.

El cometido de los administradores, en buena medida, es de carácter ejecutivo (constituyen algo así como el Poder Ejecutivo de la sociedad, dice Malagarriga), respecto de las decisiones y acuerdos de la junta general, sin que por eso deje de tener un amplio margen de actividad deliberativa autónoma y propia para el debido cumplimiento de su cometido (ejemplo, arts. 325 y 326).

Sobre la naturaleza jurídica de la administración en las sociedades anónimas, en muchas legislaciones (argentina, belga, portuguesa, cubana, peruana, etc., cit. de Cañízares) domina la noción de mandato, que corresponde a la concepción contractual de la sociedad anónima (v. la anot. al Art. 217).

El c.c. italiano (Art. 2393) considera a los directores como mandatarios respecto del grado de diligencia que deben emplear en el desempeño de sus funciones, y Messineo observa difícil asimilar el administrador (de la sociedad anónima) al mandatario.

En otras reglamentaciones (c. com. argentino, Art. 346) figura el vocablo mandato equiparado a la actividad administrativa de la sociedad anónima, noción que, ni con el aditamento necesario (Fernández), es aplicable en el caso que se estudia, porque, como bien se ha dicho, si el mandato supone la existencia de dos contratantes, estos no se dan exactamente en las sociedades por acciones, en las cuales el órgano de la gestión social surge unilateralmente en el mismo instante que se crea la persona colectiva (arts. 220 y 222) y, además, siendo de esencia del mandato que pueda conferirse y no que deba hacerlo, significa que no existe la posibilidad contractual, sino una imperatividad que se opone al mandato (Rodríguez).

En las leyes alemanas, suiza y española (cit. de Cañizares), ya no se califica a los administradores de mandatarios. Es la palabra órgano la que figura en los textos legales modernos. El Código, puede decirse que vacila en adoptar un pronunciamiento, y sus disposiciones autorizan interpretar que no ha dejado del todo la preocupación contractualista. En efecto, mientras el Art. 326 le considera indirectamente órgano, el Art. 314 (representación de la sociedad), refiere sus alcances a la aplicación del Art. 163, que subordina la función administrativa a las disposiciones del contrato o de la ley.

En conclusión, puede sostenerse que la administración de las sociedades anónimas, es un órgano legal, como lo es la junta general de accionistas (Art. 283, primera fracción).

Finalmente, cabe observar con Vivante, que el directorio, aunque deriva sus poderes de la asamblea que lo ha designado, asume en la propia actividad una autoridad propia, que hace que, por ella puede y debe resistir las decisiones de la asamblea que violan la ley o los estatutos y no le vale la absolución que pudiera obtener de la misma para esquivar la responsabilidad civil y penal que le cupiera por la ejecución de semejantes decisiones ilegítimas.

ARTÍCULO 308.- (Designación en forma periódica y revocable). Los directores deben ser designados por la junta general ordinaria, por un período determinado, pudiendo ser reelegidos. Su designación es revocable por la junta general.

Es nula cualquier otra forma de designación.

En los estatutos se regulará la manera de nombrar directores titulares y suplentes.

Cuando existan diversas clases de acciones, los estatutos pueden prever que cada una de ellas elija uno o más directores, normando la forma de elección y remoción.

Precd: D.S. 2 Marzo 1860, Art. 1193, i.f. -

Conc: c. com. 285, 3) - 315 -

Incumbe a la asamblea ordinaria (Art. 285, 3), privativamente, designar a los directores, designación que puede recaer sobre socios o no-socios (Art. 307). Esta era la nota distintiva de esta sociedad respecto de las de tipo personal, y aún lo es en algunas legislaciones. En el Código, ya no, porque inclusive en las colectivas, puede darse un administrador no socio (Art. 175). El director no-socio, no es parte de la sociedad, sino y solamente de un órgano de ella, aunque,

como bien señala Messineo, puede devenir socio, si adquiere acciones de la sociedad para cautelar su gestión (Art. 312).

No hay contradicción entre el Art. 329, que regla la remoción de directores y gerentes comprendidos en los casos del Art. 310 y este y el Art. 285. Dicho Art. 329 se aplica en relación con los impedimentos supervenientes y que reclaman una atención inmediata que sólo puede prestarle una junta extraordinaria y no una ordinaria, sometida a épocas determinadas de funcionamiento.

La nulidad de las designaciones (2ª fracción del Art.), ha de entenderse relacionada con las condiciones fijadas en la fracción primera, esto es, si se hace una designación por tiempo indeterminado (perpetua o superior al fijado por el Art. 315, inc. 2, v. gr.), condicionada a la no reelegibilidad o con carácter irrevocable. Las disposiciones estatutarias, pueden regular la materia, dentro de los requisitos y límites legales.

Al tiempo de la constitución, la designación se hace en el acto constitutivo si aquella es simultánea, o en la junta constitutiva si es sucesiva.

ARTÍCULO 309.- (Capacidad requerida). Para desempeñar el cargo de director se precisara la capacidad requerida para ejercer el comercio.

Conc: c. com. 12 -

ARTÍCULO 310.- (Impedidos y prohibidos para ser directores). No pueden ser directores:

- 1) Los impedidos y prohibidos para ejercer el comercio, conforme dispone el artículo 19;
- 2) Los que tengan conflicto de intereses, asuntos litigiosos o deudas en mora con la sociedad;
- 3) En un mismo directorio, los que tengan entre sí parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, inclusive;
- 4) Los síndicos o personas que ejerzan funciones de fiscalización en la misma;
- 5) Los funcionarios públicos de competencia y jurisdicción en asuntos que se relacionen con el objeto de la sociedad, hasta dos años después del cese de sus funciones;
- 6) Los sentenciados por delitos cometidos en la constitución, funcionamiento y liquidación de sociedades o por otro delito común, hasta cinco años después de haber cumplido la condena impuesta.

Precd: L. 20 Nov. 1895, Art. 4-

Conc: c. com. 19-329-c.p. 6-36-loj. 4-

Estos dos arts. precisan las cualidades mínimas necesarias para desempeñar la función administrativa. No son las únicas y, además, los estatutos pueden detallar otras, supuesto en el cual sus disposiciones son decisivas, mientras no contradigan las de estos arts. Así, el director o administrador en general, debe tener capacidad para ejercer el comercio y no estar inhabilitado para su ejercicio por alguna de las causas enumeradas en el Art. 310, que son causas de inelegibilidad.

La tendencia de las legislaciones, que siguen fórmulas diversas, es reglamentar particularmente el caso de conflicto de intereses (inc. 2), para evitar posibles abusos en perjuicio de la sociedad y, por lo tanto, de los accionistas. Por eso, el precepto en general (Art. 310) es de orden público, inderogable por acuerdos de asamblea (Fernández). Respecto de sus alcances, sin embargo, no se sigue un criterio riguroso. La jurisprudencia argentina (cit. de Malagarriga), por ejemplo, considera que en el caso del director de una compañía aseguradora que celebra un contrato de seguro con otra, sociedad, no tiene aplicación el precepto porque no hay realmente conflicto de intereses y, es más, los intereses no son contrarios sino coincidentes.

La prohibición a los síndicos, reposa en la incompatibilidad que se da entre las funciones de administrar y vigilar d administración.

La inhabilitación especial, reglada por el inc. 6), comprende un plazo mayor que el establecido por el c.p. (Art. 36), que sin embargo ha de aplicarse preferentemente por determinación del Art. 6 del propio c.p., concordante con el 4 de la loj.

Los demás puntos, no requieren mayores explicaciones.

ARTÍCULO 311.- (Ejercicio personal). El ejercicio del cargo de director es personal e indelegable. Los directores no pueden votar por correspondencia. Cada director tiene un voto en las reuniones del directorio. Todo pacto en contrario es nulo.

El otorgamiento de poderes generales o especiales por el directorio, en ningún caso puede significar la modificación de las facultades y atribuciones propias de los directores, como tampoco de sus obligaciones y responsabilidades.

Conc: c. com. 307-317 - 330-

La indelegabilidad que establece el Art., atañe concretamente a la función de director. Debe ejercerse personalmente y quien ha sido elegido para ella no puede delegarla ni por razón de impedimento, supuesto para el cual se elige suplentes juntamente con los titulares (Art. 308). Es una prohibición referida a cada director en particular, porque el directorio como tal, puede delegar algunas de sus atribuciones (v. las anots. a los arts. 327 y 330).

Cada director tiene su voto per capita, sin conexión ninguna con proporcionalidades relativas a las acciones. Las decisiones se adoptan por la mayoría establecida en los estatutos (arts. 315, 4, y 325), porque como en todo órgano colegiado (Art. 307) la actividad de los administradores es colegial. Hay impropiedad en el Art. cuando declara nulo todo pacto de contrario, porque evoca la idea de contrato. Lo que en realidad es nula, es toda estipulación estatutaria o resolución asamblearia que contradiga la preceptuación del Art. La advertencia de la segunda fracción del mismo, deriva del carácter propio del mandato y de la función del mandatario, apoderado al efecto de llenar alguna gestión en representación del mandante, que en este caso es la sociedad, cuyos órganos, al encargar cometidos mediante poder, por necesidad o por conveniencia de los negocios sociales, no pueden conferir más facultades de las que tienen.

ARTÍCULO 312.- (Fianza). Para garantizar las responsabilidades emergentes del desempeño de sus cargos, los directores, antes de ingresar al ejercicio de sus funciones, prestarán la fianza señalada por los estatutos.

Los directores, siendo accionistas, pueden dar en fianza acciones de la propia sociedad, las cuales serán depositadas en una entidad bancaria.

La fianza de los directores será. cancelada un año después de la aprobación de los balances y estados financieros de la última gestión en que hubieran intervenido conforme a Ley.

Conc: c. com. 307- 335, 4) - 342 - 918 -

Lo que realmente establece el Art. es una caución o garantía. La fianza es una caución o garantía personal (dada por persona individual o colectiva, caso último en el cual es comprensible la disposición del Art. 918, señalado en la concordancia).

La ley no señala plazo para la constitución de esta garantía, como lo hacen otras legislaciones (v. gr. la italiana, c.c. Art. 2387), y ha de inferirse que es detalle que se abandona a las estipulaciones estatutarias, pero tiene que ser antes de asumir funciones. Si se considera que la designación de los directores tiene efecto inmediato (Messineo), la constitución de la garantía

también ha de tenerlo. La entidad de la misma se debe fijar en los estatutos por determinación del Art.

ARTÍCULO 313.- (Elección de presidente). Si la elección estuviera encomendada al directorio, sus miembros elegirán al presidente por mayoría absoluta de votos, salvo que los estatutos dispongan un número mayor.

Conc: c. com. 307-314 -

Confiada la administración a un órgano colegiado (Art. 307), compuesto, por lo tanto, de varias personas, el directorio elige su Presidente, por la mayoría establecida en los estatutos o la absoluta en su defecto, en tanto, en cuanto no sea también competencia de la asamblea según los estatutos. También puede el directorio designar de entre sus miembros, uno o más vicepresidentes, secretario, tesorero, inclusive comisiones o comites (Art. 330), con los cometidos designados en los estatutos.

En algunas legislaciones, el Presidente del directorio, es una persona y otra el Presidente de la sociedad. En las sociedades norteamericanas, v. gr., el Chairman of the Board es el presidente del directorio y el Presidente lo es de la sociedad.

ARTÍCULO 314.- (Representación de la sociedad). El presidente del directorio inviste la representación legal de la sociedad. Los estatutos pueden prever la representación conjunta con uno o más directores o gerentes. En ambos casos se aplicará el artículo 163.

Conc: c. com. 163 - 313 -

La noción de representación implica, entre otras cosas, el uso de la firma social, o sea la suscripción de los actos y de las manifestaciones de la voluntad social, especialmente para establecer su eficacia frente a terceros (Messineo). La anot. al Art. 163, anticipa la distinción entre los conceptos administración y representación. Aquella es actividad interna de formulación de la voluntad y de adopción de acuerdos, sin trascender frente a terceros; la representación, en cambio, por el uso de la firma social importa la de producir, crear o extinguir relaciones jurídicas cuyos efectos recaen sobre la sociedad representada.

El acto constitutivo o los estatutos, pueden concentrar en el presidente del directorio, exclusivamente, o acompañado de otro miembro del mismo, la representación de la sociedad. La representación ocasional de la sociedad, para actos determinados y en cada circunstancia, requiere los poderes especiales necesarios, conferidos por la asamblea o por la administración

según el respectivo ámbito de competencia y conforme a las estipulaciones estatutarias. Puede darse en función de las disposiciones de los arts. 327 y 330 (gerencias y comites ejecutivos) o de los arts. 266 de la loj. y 58 del p.c. (representación en procesos y otras actuaciones jurisdiccionales). Estas representaciones ocasionales o para determinados actos y gestiones, pueden conferirse aún a personas distintas de los directores (v. gr. Art. 327). La mayor o menor amplitud de las facultades a encomendarse dependen de las estipulaciones del acto constitutivo o de los estatutos o de los poderes especiales complementarios, una vez que, en general, como señala Rodríguez, las facultades de los representantes de las sociedades anónimas no son típicas, es decir, no tienen un campo de actuación legalmente acotado o preestablecido.

Messineo, observa, con razón, que es impropio hablar aquí de representación legal, porque esta supone una institución jurídica auxiliar de la incapacidad de ejercicio (minoridad, interdicción, v. gr.) mientras la representación de la sociedad anónima implica que quien la inviste, lo hace como órgano propio de ella, creado y destinado para ese fin (v. en la anot. al Art. 307, lo relativo a la naturaleza jurídica de la administración).

JURISPRUDENCIA

1.- "Establecido que los estatutos de la compañía confieren al Directorio facultad para representarla legalmente, judicial y extrajudicialmente y realizar actos i judiciales con personería jurídica suficiente, la Corte " Superior al rechazar la excepción de impersonería opuesta (y justificada) por el demandado, ha violado la ley" (Lab. Jud. 1978, p. 65).

2.- Véase los casos Nos. 1 y 2 del Art. 327.

ARTÍCULO 315.- (Regulación estatutaria). En los estatutos se establecerá:

- 1) El número de componentes titulares del directorio y de los suplentes;
- 2) El período de duración de las funciones de los directores, que no podrá exceder de tres años, salvo lo dispuesto en el artículo 308.
- 3) La periodicidad de las reuniones obligatorias y el modo de convocarlas, y
- 4) La formación del quórum y las mayorías necesarias para la adopción de las resoluciones.

Conc: c. com. 307 - 308 - 342 - 359 -

Es una disposición complementaria de los arts. 307 y 308, cuyas anots. en lo pertinente le son aplicables.

ARTÍCULO 316.- (Nombramiento de directores por la minoría). Los accionistas minoritarios que representen por lo menos el veinte por ciento del capital social con derecho a voto, tienen derecho a designar un tercio de los directores o, en su caso, la proporción inmediatamente inferior a este tercio.

Conc: c. com. 332 -

La composición del directorio expresa la voluntad mayoritaria de los accionistas, manifestada en la asamblea, lo que -observa Messineo- es común a todo organismo de la vida asociada, en la cual la agrupación de fuerzas con intereses idénticos o afines, determina por lo regular, el dominio del gobierno del órgano administrador, aún sin excluir la posibilidad de que, mediante acuerdo, la minoría o las minorías tengan participación en ese gobierno con la implícita finalidad de ejercer la tutela de sus intereses.

Sin embargo, en el caso del Art., esa representación minoritaria no es efecto solamente del acuerdo (que puede estar estipulado en los estatutos), y que supone la voluntad de la mayoría. Aquí no opera, dice Messineo, el principio de derecho constitucional de la representación de las minorías en el consejo de administración o el de la denominada representación proporcional propia de las asambleas políticas, que no tiene ninguna manifestación en el ámbito de las sociedades o de las personas colectivas (de derecho privado) en general.

Aquí rige un principio diverso: el de la tutela de las minorías, con la cual y por medios diversos se asegura su representación e intervención en el ámbito de la administración de la sociedad, porque no se trata del ejercicio de derechos y de poderes políticos, sino de intereses patrimoniales privados que deben ser protegidos contra el superpoder de las mayorías.

ARTÍCULO 317.- (Desempeño de funciones). Los directores están obligados a permanecer en el desempeño de sus funciones hasta que los de nueva elección asuman sus cargos, a no ser que por incapacidad, impedimento o prohibición legal tengan que cesar en sus funciones.

Conc: c. com. 311 - 319 - 342 -

La obligación de no abandonar el cargo hasta que asuman funciones los nuevos directores, supone una remoción normal mediante elección hecha en la junta ordinaria y en la oportunidad y de acuerdo a las previsiones estatutarias. Los supuestos señalados como excepciones no son tales. Son causas independientes de suspensión que, como la circunstancia prevista en el Art.

siguiente (318) y por aplicación de lo dispuesto en los arts. 309 y 310, tienen efecto inmediato y, en su caso, se produce el reemplazo por el suplente correspondiente.

No importa, en este caso, que la duración de la función de director, exceda el límite máximo fijado por la ley (Art. 315, 2). Se trata de una prórroga de hecho, permitida por la ley.

ARTÍCULO 318.- (Cesación de funciones). Los directores cesarán en el desempeño de su cargo en el momento en que la junta general resuelva exigirles judicialmente la responsabilidad en que hubieran incurrido. Serán repuestos en sus cargos cuando la autoridad judicial declare improbadamente la acción ejercitada contra ellos.

Conc: c. com. 342- 323 -

Probada la acción, según las circunstancias, procede la anulación de los actos que causaron la acción de responsabilidad y el resarcimiento de los daños con ellos ocasionados a la sociedad, además del procesamiento penal, si corresponde.

ARTÍCULO 319.- (Renuncia). La renuncia del cargo de director debe ser presentada al directorio, el cual podrá aceptarla siempre que no afecte al normal funcionamiento de la administración, o rechazarla hasta que la próxima junta general se pronuncie al respecto. Entretanto, el director permanecerá en funciones con las responsabilidades inherentes.

Conc: c. com. 317 - 342 -

No hay interés público en que determinado director conserve su cargo, sino en que la sociedad tenga siempre su órgano de administración o administradores en funciones. Tratándose de una función electiva, que implica selección y confianza, no se concibe la función de director como un derecho del elegido (Messineo). Pero tampoco es para el administrador un compromiso indeclinable.

Por tal razón, las disposiciones legales a este respecto, son supletorias y por tanto, absolutamente derogables por el acto constitutivo o por los estatutos, máxime si la elección de directores incluye la de suplentes (arts. 308 y 315, 1), precisamente para que la sociedad siempre tenga su órgano de administración en funcionamiento, que es lo que se reputa de interés general.

Cabe considerar la previsión del Art., como admisión del elemento intuitus personae, que si bien no es propio de las sociedades por acciones en cuanto se refiere a las personas de los socios, puede ser aceptada, según Messineo, habida cuenta la confianza puesta en los administradores o en alguno determinado por parte de la junta, atendida la circunstancia de que frecuentemente, en este tipo de sociedades, el prestigio depende en buena medida de si esta bien o mal administrada o de que los administradores de ella sean unas en lugar de otras personas.

ARTÍCULO 320.- (Funciones remuneradas). Las funciones de los directores, pueden ser remuneradas, salvo que los estatutos dispongan lo contrario. Las remuneraciones serán fijadas por la junta general.

El monto total máximo de las remuneraciones que por todo concepto puedan percibir los miembros del directorio y síndicos, no excederá del veinte por ciento de las ganancias netas del ejercicio correspondiente.

En caso de no existir ganancias o si las mismas son reducidas, la junta general autorizará expresamente el monto de las remuneraciones.

Precd: D.S. 8 Marzo 1860, Art. 1193-
Conc: c. com. 172 - 307 -

Las remuneraciones se fijan en los estatutos, en el acto constitutivo o en las resoluciones de las juntas ordinarias (Art. 285, 3).

Si se establecen en proporción fija, independientemente del resultado del ejercicio social, debe considerarse como gastos sociales (Messineo). Si se establece como participación en las utilidades, en forma de porcentaje sobre lo que arroja el balance, se paga deducido el porcentaje a separar como reserva, por aplicación del Art. 169.

La limitación que señala el Art., respecto del porcentaje que sobre las utilidades netas a que puede alcanzar la remuneración total de administradores y síndicos, ha de considerarse aplicable a la segunda modalidad de las anteriormente señaladas. La expresión por todo concepto" siempre ha de referirse al concepto de remuneración, y no puede incluir el reembolso de gastos de viaje o del costo de gestiones o trámites que realicen por y para la sociedad los directores, que deben cargarse a los gastos sociales.

Si la remuneración esta fijada en los estatutos, la asamblea no puede modificarla, sin modificar estos, con los requisitos necesarios al efecto (Art. 130).

ARTÍCULO 321.- (Casos de responsabilidad). Los directores son responsables, solidaria e ilimitadamente, frente a la sociedad, los accionistas y terceros, en los siguientes casos:

- 1) Por mal desempeño de sus funciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 164;
- 2) Por incumplimiento o violación de las leyes, estatutos, reglamentos o resoluciones de las juntas;
- 3) Por daños que fueran consecuencia de dolo, fraude, culpa grave o abuso de facultades;
- 4) Por toda distribución de utilidades en violación del artículo 168.

Precd: D.S. 8 Marzo 1860, Art. 1194 -

Conc: c. com. 164-259-276-322-323-351-421-

En general, la responsabilidad de los administradores, que en la concepción clásica era la del mandatario, sin perjuicio de la responsabilidad penal por los delitos eventualmente cometidos, en la evolución del derecho de sociedades anónimas tiene cada vez mayor difusión la noción de la responsabilidad legal, que comprende adecuadamente al concepto de órgano legal-y no de una especie de mandato de la noción contractualista- que se reconoce para la administración. Además, téngase en cuenta lo dicho en las anots. a los arts. 164 y 168, respecto de las responsabilidades de los administradores.

Los cometidos y los poderes del órgano de administración, están por lo regular especificados en el acto constitutivo y en los estatutos y, en su caso, en las resoluciones de las asambleas, especialmente en relación al objeto social, porque son inherentes a la representación negocial (Messineo). También hay cometidos o poderes - deberes que derivan de la ley, cuyo ámbito puede restringir el acto constitutivo. Según esos poderes-deberes, mencionados en el Art. 326, y en general, incumbe a los directores cuidar de la ejecución de las decisiones asamblearias y adoptar todas las decisiones que no sean de la competencia de las juntas ordinarias o extraordinarias. El deber de cumplir los acuerdos de las asambleas, sin embargo, tiene un límite que aunque no expresado en la ley, no por eso deja de tener realidad: no se deben cumplir los acuerdos ilegales (Rodríguez); es más, las resoluciones ilegales implican para los administradores el deber de impugnarlas (Art. 302), y el no hacerlo cae dentro de la previsión del inc. 2) de este Art.

Cuando los administradores no dan cumplimiento a los deberes que les imponen la ley y el acto constitutivo (incluidos en el los estatutos) , con la diligencia del mandatario (que es la diligencia prevista en el Art. 164), es decir, si no han atendido y vigilado la marcha general de las gestiones sociales, con diligencia, prudencia y lealtad, o si estando en conocimiento de situaciones perjudiciales, no han hecho lo que podían para impedir las o para atenuar o disminuir sus consecuencias, surge la responsabilidad de los directores, frente a la sociedad, a los accionistas y a terceros.

Sin embargo, en este punto, nótese que la ley exonera de la responsabilidad que establece el Art., al director que expresa su disidencia y la hace constar debidamente en el libro de actas (arts. 323, 2ª fracción y 325).

En la responsabilidad de los directores frente a terceros, cabe tener en cuenta que ella no es de tipo personal frente a los terceros acreedores sociales, por lo que hacen o han hecho en nombre de la sociedad y por los negocios de la misma, como es la de los socios de la sociedad colectiva o de los socios colectivos de la sociedad en comandita simple. La responsabilidad de los directores de la sociedad anónima, frente a terceros, deriva de la inobservancia o de la n(}exacta observancia de los deberes relativos a la conservación de la integridad del patrimonio social, que, según Messineo, pueden presentarse sobre: la realidad de los desembolsos (aportaciones) de los socios para la cuenta de capital social (recuérdese que esta permitido el aporte en bienes que deben colocarse en fideicomiso, arts. 226 y 243); la real existencia de los dividendos pagados (Art. 168); la exacta ejecución de las decisiones asamblearias, incluido el deber de impugnarlas (arts. 302 y 326).

El pago de dividendos sin la previa deducción destinada a la reserva legal y la inobservancia de la obligación de constituir la (Art. 170) o la deliberada infracción de la ley como puede ocurrir en los supuestos del Art. 276, también caben dentro de la ejemplificación anterior.

La ley no gradúa la responsabilidad de los directores, por razón del cargo especial que ejerzan en el directorio (Presidente, Vicepresidente, Secretario, etc.). Todos son solidaria e ilimitadamente (c.c. arts. 433 y 435) responsables, si no resultan exonerados por disidencia expresamente acreditada en el acta correspondiente.

La responsabilidad, penal o civil, según casos y circunstancias, por los supuestos del inc. 3) del Art., se rigen para su aplicación, por las leyes comunes.

En el derecho comparado (Suiza, Colombia, Venezuela, cit . de Cañízares), la idea de que las facultades de los administradores se limiten a los actos que comprenden el objeto social, genera responsabilidad cuando hay extralimitación.

ARTÍCULO 322.- (Responsabilidad solidaria con los directores anteriores). Asimismo, los directores serán responsables solidarios con los que les antecedieron, por las irregularidades en que éstos hubieran incurrido, si conociéndolas no las remediaran, o enmendaran poniéndolas, en todo caso, en conocimiento de los síndicos o de la junta general.

Conc: c. com. 167 - 321 - 323 -

El Art. supone infracción de deberes de leal administración (Art. 164) y autoriza presumir una complicidad implícita que apareja naturalmente la responsabilidad que establece.

ARTÍCULO 323.- (Acción de responsabilidad). La acción de responsabilidad de la sociedad contra los directores y síndicos será incoada con la aprobación previa de la Junta general, la cual nombrara al o los encargados de llevarla adelante. La acción contra los gerentes se entablara previa resolución del directorio.

La acción de responsabilidad no alcanza a los directores disidentes que hubieran hecho constar su disidencia. Prescribe a los tres años de haber fenecido el mandato respectivo.

La responsabilidad de los directores y gerentes frente a la sociedad, se extingue por la aprobación de su gestión, por desistimiento o transacción acordada por junta general siempre que esta responsabilidad no provenga de violación de la Ley.

Conc: c. com. 167-321 -323 - 324-341 -

La acción de responsabilidad de los directores frente a la sociedad, se hace valer mediante los procedimientos ordinarios, en proceso, cuyo ejercicio se encomienda expresamente por la junta general, a quienes han de incoarla y proseguirla. A ese fin se establece representación especial, ya que no pueden hacerlo los propios administradores sometidos a ella. En su caso, decidida la suspensión de los que van a ser procesados, se la encarga a los administradores nuevos que necesariamente serán designados.

Si la acción se dirige contra los gerentes, siendo estos designados por el directorio (Art. 327), las determinaciones que le sean relativas, así como la sustanciación de las actuaciones, corresponden al directorio.

Trátase de directores o de gerentes, la resolución que disponga incoar la acción, importa la suspensión automática del afectado por ella.

La aprobación de la gestión del director responsable, el desistimiento o la transacción, extinguen la acción sólo cuando se trata de infracciones de la regulación interna de la sociedad (acto constitutivo o estatutos). Si la acción emana de la violación de la ley, ella no se extingue (Messineo), y en caso de desistimiento o de aprobación de gestión, no está impedido de ejercerla el tercero - acreedor social, quien, además, en caso de transacción, puede usar la acción pauliana o revocatoria (Art. 1446, c.c.) si concurren los extremos pertinentes para su procedencia. Por lo demás, la acción contra los directores, por parte del tercero- acreedor social (fundada en la disposición de la fracción primera del Art. 321), sólo puede ser ejercitada, dice Messineo, en función de la legislación italiana que comenta, cuando el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de su crédito, criterio que parece aplicable dentro del ordenamiento nacional.

ARTÍCULO 324.- (Quiebra) Si la sociedad se encuentra en estado de quiebra, la acción de responsabilidad podrá ser ejercitada por sus acreedores o por el síndico de la quiebra.

Conc: c. com. 323 - 1563, 6) y 7) -

ARTÍCULO 325.- (Resoluciones del directorio). Las resoluciones del directorio se adoptarán en reuniones convocadas y realizadas en la forma prevista en los estatutos, debiendo labrarse las actas con las formalidades prescritas en el artículo 301.

El presidente o, en su caso, el gerente, cuando lo exijan razones de urgencia, podrán adoptar medidas adecuadas en la gestión de los negocios sociales, con cargo de ratificación por el directorio en su próxima reunión.

Conc: c. com. 301 - 326- 335, 2) -

El directorio, como consejo de administración que es, delibera y adopta decisiones, colegiadamente. Para deliberar, debe ser regularmente convocado, por quien tiene la facultad de hacerlo, con señalamiento del orden del día o materias a tratar; sus reuniones requieren de

quórum válido de presencia, así como sus decisiones exigen el quórum de votación correspondiente.

Todas estas cuestiones, de ordinario, se establecen en los estatutos o, en su defecto, en la reglamentación interna del directorio aprobada por la asamblea. A falta de tales instrumentos, lo que es improbable, la convocatoria la hace el presidente; el quórum de presencia será el de la mitad más uno y las decisiones se adoptarán por mayoría absoluta. La votación no puede hacerse por correspondencia según el Art. 311, disposición que era más propio consignarla en este Art.

Las medidas de urgencia, se justifican para mantener la marcha regular de los negocios sociales. Su ulterior ratificación por el directorio es inexcusable.

ARTÍCULO 326.- (Facultades y obligaciones del directorio). Los estatutos fijarán, además de lo prescrito en este Código, las funciones, atribuciones, deberes y obligaciones del directorio. No puede atribuirse a otro órgano social la administración, gestión y representación de la sociedad.

Conc: c. com. 307 - 325 -

Es un desdoblamiento de la disposición del Art. anterior, que debió formularse conjuntamente con este. Siendo el directorio el órgano designado para la administración y representación de la sociedad (Art. 307) y siendo indelegable la función de director (Art. 311), ni la asamblea ni el directorio pueden atribuir las funciones administrativas o representativas a otro órgano social, v. gr. las juntas o la sindicatura.

ARTÍCULO 327.- (Gerentes). El directorio puede delegar sus funciones ejecutivas de la administración, nombrando gerente o gerentes generales o especiales, que pueden ser directores o no, con facultades y obligaciones expresamente señaladas. El cargo de gerente será remunerado y su mandato revocable en todo tiempo por acuerdo del directorio. Los gerentes responden ante la sociedad y terceros por el desempeño de su cargo, en la misma forma que los directores. Su designación no excluye la responsabilidad propia de los directores.

Conc: c. com. 307 -

El Art. es otra manifestación de la tendencia del derecho comparado moderno, que admite diferenciar la administración concebida como alta dirección amplia y general de los asuntos sociales, de la gestión diaria y efectiva de los negocios sociales, distinción que, por lo demás, ha

existido siempre en la práctica. Así se designa un administrador delegado, un director general, un director técnico, un gerente, o un manager director (en Inglaterra) o un officer (en los Estados Unidos), variedad de denominaciones que corresponde a la costumbre de cada país (Cañízares).

Gerentes, son las personas encargadas de representar y administrar la sociedad, en la esfera de las facultades que se les atribuye expresamente en la delegación manifestada en poderes especiales, conferidos a tenor de las estipulaciones del acto constitutivo o de los estatutos. Pueden ser uno o varios y puede decirse que son administradores subordinados o de segundo grado (Rodríguez).

La duración de sus funciones, no tiene tiempo legalmente limitado; puede ser indefinido, pero siempre revocable en cualquier tiempo. Es un cargo esencialmente retribuido y la responsabilidad por el ejercicio de sus funciones es directa, a pesar de su subordinación a la autoridad y vigilancia de los directores (Malagarriga), lo que no implica que la suya excluya la que corresponde a los directores.

Los gerentes están comprendidos en los impedimentos y prohibiciones que señala el Art: 310, porque así se infiere de la disposición del Art. 329.

Para Messineo, dudosa es la naturaleza de lo que la ley llama delegación de atribuciones (sobre todo si se considera la disposición del Art. 311 que declara función indelegable la de director). Si bien, dice, se trata del mero ejercicio de atribuciones que orgánicamente pertenecen al directorio, como colegio, tanto que este puede ad nutum (a su arbitrio) privar al gerente (o al comite ejecutivo, en el caso del Art. 330) delegado de tal ejercicio y avocarse a su ejercicio, los delegados no pueden invocar el principio relativo a la revocación de la administración, en el sentido de que deba ser mantenido en el cargo, para ser puesto en situación de dar cumplimiento a las obligaciones del mismo (como ocurriría con los directores en el supuesto del Art. 318, in fine). Parece más indicado, concluye que se deba ver una particular figura de otorgamiento de poder (mandato) en el exclusivo interés del dominus (directorio) bajo forma de sustitución.

JURISPRUDENCIA

1.- "El poder otorgado por la institución bancaria nombrada, debe acreditar la fuente de la cual emana la representación invocada para su otorgamiento y debe insertarse en el, el poder que tendrían los mismos otorgantes de parte de los personeros legales del Directorio central, con mención de los Estatutos correspondientes" (Lab. Jud. 1978, p. 81).

2.- "Si el documento base de la ejecución esta firmado por un socio como personero legal de la empresa y el ejecutado no objetó la personería de este en el acto de contraer obligación, tampoco puede objetarla en el acto en que el mismo socio en representación de dicha firma le exige el cumplimiento, con plena capacidad para ello" (Lab. Jud. 1978, p. 110).

ARTÍCULO 328.- (Actos de competencia). Los directores y gerentes no podrán dedicarse por sí o por cuenta de terceros, a negocios que comprendan el objeto de la sociedad o realizar cualquier otro acto competitivo con ésta, salvo autorización expresa de la junta general, bajo pena de incurrir en las responsabilidades señaladas en el artículo 164.

Conc: c. com. 66 - 164 -

El Art. 164, impone lealtad a los administradores, lealtad para con la sociedad cuyos intereses se han confiado a su administración. El supuesto del Art. consiguientemente, importa una manifiesta infidencia, expresada en el ejercicio de actos de patente competencia desleal. Son por tal razón aplicables, en cuanto corresponde, las anots. a los arts. 66, 160, 164, 166 y 167.

ARTÍCULO 329.- (Remoción de impedidos y prohibidos). El director o gerente comprendido en los impedimentos y prohibiciones señalados en el artículo 310 podrán ser removidos del cargo por la Junta Extraordinaria convocada al efecto a pedido del directorio o del síndico, a iniciativa propia o a denuncia fundada de cualquier accionista. La junta se celebrará dentro de los treinta días de la solicitud. Puede resolverse judicialmente la remoción, si esta es denegada.

Conc: c. com. 310 - 342 -

Visto en la anot. al Art. 308.

Adviértase que este artículo no solo es aplicable para los fines del Art. 310, que esta expresamente al efecto, sino también para tramitar la aprobación que la junta general debe dar para los supuestos del Art. 323, por la misma razón expuesta en la anot. citada.

ARTÍCULO 330.- (Comite ejecutivo). El directorio, si así lo prevén los estatutos, puede organizar un comité ejecutivo compuesto por directores para la gestión de determinados negocios ordinarios, ejerciendo vigilancia y control en su funcionamiento, así como el cumplimiento de sus atribuciones legales y estatutarias. La organización del comité no modifica las obligaciones y responsabilidades de los directores.

Conc: c. com. 307 - 311 -

La razón de este Art. se explica por la que se ha dado para el Art. 327, en la primera parte de la anot. respectiva. Sus reglas de ejecución, por claramente inteligibles, no precisan mayor explicación.

Téngase también presente, lo dicho en esa anot. respecto de la naturaleza de la delegación.

ARTÍCULO 331.- (Publicación de la memoria). El directorio de toda sociedad anónima deberá elaborar y publicar anualmente la memoria, previa su consideración y aprobación en junta general. Contendrá el balance general el estado de resultados del ejercicio y toda otra información adicional que deba ser conocida por los accionistas conforme a la reglamentación expedida por la Dirección de Sociedades por Acciones.

La publicación de la memoria debe realizarse dentro de los seis meses siguientes al cierre de cada ejercicio y se enviara obligatoriamente a la Dirección de Sociedades por Acciones y autoridades impositivas competentes debiendo estar a disposición de los accionistas y acreedores de la sociedad cuando la soliciten.

El incumplimiento motivara la suspensión del presidente y gerente por un período hasta de seis meses, en cuyo lapso deberá publicarse la memoria. La Dirección de Sociedades por Acciones aplicara la sanción establecida.

Precd: D.S. 8 Marzo 1860, Art. 1196 - D.R. 25 Marzo 1887, Art. 9 - D. 11 Junio 1921, Art. 2-
Conc: c. com. 46 - 276 - 444, 13) - Rgto. s.p.a. 24 -44-45-

Entre las primeras menciones que se hace a la memoria en la reglamentación de la materia, el Art. 9 del D.R. de 25 de Marzo de 1887, dispone que el balance y la lista de accionistas se publicara anualmente en la respectiva memoria. El Art. 45 del Rgto. s.p.a., reglamenta, por primera vez, el contenido de la memoria que, en buena medida, es el que señala para los balances e inventarios el Art. 46. Pues, excepto los incs. a) y b), sobre la composición del directorio y el número y nacionalidad de los socios, los demás son materia propia de lo que propiamente también constituye un balance.

Vale decir, que lo realmente importante, como en todo el derecho comparado, es el balance que, en la legislación nacional, es el elemento sustancial y constitutivo de la memoria.

La tendencia general de las legislaciones modernas, es reglamentar especialmente el balance de las sociedades por acciones, tanto en lo referente al procedimiento de su elaboración cuanto en lo que concierne a su contenido y presentación. Existen legislaciones que reglamentan imperativamente, su forma y contenido (sistema francés, alemán, italiano, español; cit de Cañizares, al que cabe agregar el sistema patrio) y otras que, inclusive, imponen modelos oficiales de balance a los que deben someterse todas las sociedades anónimas (Uruguay, Colombia, Cuba, cit. de Cañizares y también Argentina).

Para los comerciantes en general, individuales o sociales, el balance, en realidad, es una institución privada (Rodríguez) que responde a la necesidad de que el comerciante, pueda determinar, en cualquier momento, la autentica situación patrimonial de sus negocios, mediante el resumen de sus cuentas. Para las sociedades anónimas, el balance además de atender a esa necesidad privada, sirve a la satisfacción de una conveniente y efectiva vigilancia sobre el cumplimiento de los principios de garantía y de permanencia del capital social y que se hace efectiva precisamente mediante la publicidad, que supone un medio indudablemente serio para el conocimiento de la situación patrimonial de la sociedad. Así, mientras el balance de los comerciantes y de las sociedades que no son anónimas, ha de considerarse como un documento privado, el de las sociedades anónimas esta sujeto a la aprobación administrativa previa a su publicidad general, que es obligatoria. Esta diferencia, puede explicar y justificar, la especial denominación de memoria al balance y documentos conexos que implican la cuenta económica en las sociedades anónimas.

Aplicando entonces a la memoria, los conceptos que Messineo dedica al balance, puede decirse que aquella, como este, es un documento que ha de considerarse instituto jurídico, habida cuenta que. los administradores, en cuanto órganos activos de la sociedad, deben rendir cuenta a la asamblea de su actuación, para merecer, o no, su aprobación. Incluidos todos los datos relativos al estudio de resultados, inventarios, cuenta de ganancias y perdidas, etc., la memoria- o el balance- describe la situación patrimonial de la sociedad y nada añade a lo que resulta de los documentos que le justifican y refleja, en resumen, esa situación patrimonial periódicamente: cada año, esto es, varias veces durante la vida de la sociedad (El D.S. de 8 de Marzo de 1860, establece períodos semestrales y en el derecho comparado hay reglamentaciones que los señalan trimestrales, v. gr. la argentina).

Los detalles del balance -o de la memoria- tanto para los fines contables como jurídicos, deben presentarse con claridad y precisión (según requisito expresamente establecido en algunas legislaciones, v. gr. la italiana, Art. 2423, c.c.), tanto para su fácil apreciación por los profanos o poco enterados sobre materia de balances, cuanto para excluir la aplicación de criterios técnicos

aproximativos y el uso de manipulaciones y de ingeniosidades que se dirijan a ocultar las situaciones o a deformarlas (Messineo).

Por lo demás, respecto de si el balance es un prospecto sintético del inventario, o lo que se entiende por declaración de conceptos o partidas, derivación del inventario, partidas pasivas o partidas activas, y todos los demás detalles técnicos que le son relativos, son cuestiones propias de la especialidad contable, que escapan a la función del jurista. Le basta, para comprender la memoria o el balance, como cuenta patrimonial de la sociedad, conocer que las partidas o conceptos que le integran, han de estar dispuestos en dos columnas contrapuestas, en una de las cuales figura el activo y en la otra el pasivo. Aparecerá utilidad neta, que es la distribuible en dividendos, cuando la diferencia entre utilidad bruta y gastos y pérdidas es favorable (activa); no habrá utilidad, sino pérdida, cuando dicha diferencia no es favorable (es pasiva).

Completan el balance, como materia de la memoria, la relación de los administradores, que debe acompañar a los datos contables, sobre la marcha de la gestión social, que incluye la mención de los criterios por los que los administradores se han guiado en la conducción de los negocios sociales y de cuya adopción son ellos solos responsables, si la gestión resultara desfavorable a la sociedad.

JURISPRUDENCIA

"Ninguna ley prohíbe a los accionistas de una sociedad exigir de los gerentes de ella la publicación de los balances y memorias anuales y puede demandarse ella ante los jueces comunes, porque no es cuestión que versa, entre socios sino sobre el incumplimiento de los deberes del administrador, para que sea librado el caso a resolución del tribunal arbitral" (G.J. N° 667, p. 12).

FISCALIZACIÓN INTERNA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

ARTÍCULO 332.- (Síndicos). La fiscalización interna y permanente de la sociedad anónima estará a cargo de uno o más síndicos, accionistas o no, designados por la junta general convocada para este fin. Pueden ser reelegidos y su designación revocada por la junta general.

Los accionistas minoritarios tienen derecho a designar síndicos en la forma señalada por el artículo 316. No obstante, en caso de ser dos los síndicos, uno de ellos será elegido necesariamente por los accionistas minoritarios, Se elegirá, asimismo, igual número de suplentes.

Precd: D.S. 8 Marzo 1860, Art. 1197 - D.L. 28 Abril 1938 -
Conc: c. com. 316-338 - 339 - 429, 6) -

La sindicatura es otro órgano social, constituido por los síndicos y cuya función es ejercer la fiscalización interna de la sociedad anónima.

Uno de los grandes problemas de la sociedad anónima moderna, es el relativo a su fiscalización, que las legislaciones resuelven de distinto modo, por lo que, en el derecho comparado, se distinguen diversos sistemas que Cañizares, resume en los siguientes:

a) Fiscalización individual de los socios (v. gr. Argentina Uruguay), que se considera contraria al espíritu y organización de la sociedad anónima y que los autores aconsejan interpretarla restrictivamente por lo menos (Malagarriga).

b) Fiscalización administrativa, que supone además de la aprobación previa para su constitución (Art. 130), un contralor ejercitado mediante organismos administrativos especializados. En el ordenamiento nacional, el D.L. de 28 de Abril de 1938 encargó este tipo de fiscalización a los ministerios de Estado según la relación de sus atribuciones con el objeto de la sociedad; ahora es la Dirección de sociedades por acciones, la que la realiza (Art. 443) . En el derecho comparado, es el sistema más difundido, aunque, naturalmente, las facultades del organismo fiscalizador varían según las legislaciones.

c) Fiscalización judicial, que confiere al juez comercial la aprobación de la constitución de estas sociedades y le encarga vigilar sus operaciones (Ecuador). En Gran Bretaña y Alemania, la fiscalización judicial, que es muy pronunciada, se manifiesta durante el funcionamiento de la sociedad. La intervención judicial en el caso de impugnaciones o nulidades, o en las disoluciones o liquidaciones, que existe en una y otra forma y medida en la generalidad de las legislaciones, que Cañizares considera procedimientos de fiscalización judicial, no son propiamente tales. Son cuestiones relacionadas con el ; ejercicio de la potestad judicial (p.c. Art. 1) o con el principio general de la protección jurisdiccional de los derechos (c.c. Art. 1449) .

d) Fiscalización privada o interna, que se realiza por personas designadas al efecto, por los accionistas o por los Tribunales, según las legislaciones, y cuya denominación es varia, como es varia la reglamentación: commissaires (Francia) o comisarios (México, Venezuela, Ecuador, v. gr.); censores, (España,); revisores fiscales (Colombia); controleurs (Suiza); auditors (Gran Bretaña); aufsichtsrat (Alemania); sindaci (Italia); síndicos (Bolivia, Argentina, etc.).

Síndico es palabra derivada del latín *syndicus*, que tiene su origen etimológico en el griego *syndikos*, del *syn* que significa con y *dike* que significa justicia (Malagarriga).

Según Vivante, el síndico ejerce una función personal y continua de vigilancia de toda la administración social, como contralor permanente de esta, delegado por los accionistas que no pueden ejercitar esa función individualmente y a quienes debe rendir cuenta de los resultados de sus funciones en las reuniones periódicas de las asambleas.

Sobre la naturaleza jurídica de esta función, se considera a los síndicos en la doctrina y legislación clásicas, como mandatarios, aunque en aquella no hay uniformidad sobre si lo son de la sociedad o de los accionistas (Fernández). Dentro de las corrientes modernas, ha de convenirse en que la sindicatura constituye uno de los órganos de la sociedad: el encargado de la fiscalización (v. la anot. al Art. 307).

Actúan individual o colegiadamente (Art. 337); en el segundo supuesto bajo la denominación de comisión fiscalizadora y de acuerdo a las estipulaciones que los estatutos contengan al efecto.

Su designación compete a la junta general ordinaria (Art. 285, 3) o a la extraordinaria de acuerdo a la interpretación combinada de los arts. 286, inc. 6) y el que se examina, que habla genéricamente de junta general convocada para este fin.

La razón de la segunda fracción del Art. relativo a la designación de síndicos por la minoría, es la misma que la que explica la disposición del Art. 316, cuya anot. cabe tener en cuenta aquí.

ARTÍCULO 333.- (Requisitos). Para ser síndico se requiere tener capacidad para ejercer el comercio y estar domiciliado en el lugar de la sede social.

Conc: c. com. 12 -

ARTÍCULO 334.- (Impedidos y prohibidos para ser síndicos). No pueden ser síndicos:

- 1) Los impedidos y prohibidos para ejercer el comercio, conforme lo dispuesto en el artículo 19;
- 2) Los directores, gerentes y empleados de la sociedad;
- 3) Los cónyuges de los directores y gerentes, así como los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado y los afines hasta el segundo grado inclusive.

Aparte la capacidad para ejercer el comercio y la residencia en el lugar de la sede social de la sociedad en la cual se ha de ejercer la función fiscalizadora, no se exigen calidades especiales para su desempeño. No se requiere ser accionista necesariamente (Art. 332). Su remuneración que debe fijar la junta general (Art. 285, 3), no depende de la existencia de utilidades (Art. 339). Su función investigadora e informativa puede extenderse a ejercicios anteriores a su designación (Art. 340).

Las incompatibilidades para ejercer la función, señaladas en el Art. 19, son causas de inelegibilidad para la sindicatura; las indicadas en el inc. 2), reposan en la misma razón que las del inc. 4) del Art. 310 (v. la anot. respectiva); las de parentesco mencionadas en el inc. 3) implican relaciones personales afectivas que indudablemente obstarán para que el síndico ejerza minuciosa e imparcialmente sus poderes fiscalizadores y, en su caso, las acciones que le atribuye el Art. 323. La relación de dependencia en que se encuentra el empleado estable de la sociedad (inc. 2) respecto de los directores, importa incompatibilidad, en razón de que el lógico temor de perder el empleo provocara cohibiciones en el correcto desempeño de la función. Por la misma o análoga razón, se considera que la incompatibilidad debe alcanzar al empleado particular del director o al socio de este en otra sociedad, porque son calidades que denotan vínculo de interés y posiblemente de amistad íntima (Fernández) , extensión que puede consignarse en los estatutos.

ARTÍCULO 335.- (Atribuciones y deberes del síndico). El cargo de síndico es personal e indelegable.

Son atribuciones y deberes del síndico, sin perjuicio de lo señalado por este Código o por los estatutos, los siguientes:

- 1) Fiscalizar la administración de la sociedad, sin intervenir en la gestión administrativa;
- 2) Asistir con voz, pero sin voto, a las reuniones del directorio y, en su caso, del comité ejecutivo y concurrir necesariamente a las juntas generales de accionistas, a todas las cuales debe ser citado;
- 3) Examinar los libros, documentos, estados de cuenta y practicar arqueos y verificación de valores toda vez que lo juzgue conveniente. Puede exigir la confección de balances de comprobación;
- 4) Verificar la constitución de fianza para el ejercicio del cargo de director, informando a la junta general sobre irregularidades, sin perjuicio de adoptarlas medidas para corregirlas;

- 5) Revisar el balance general y estados de resultados, debiendo presentar informe escrito a la junta general ordinaria, dictaminando el contenido de los mismos y de la memoria anual;
- 6) Convocar a juntas extraordinarias cuando lo juzgue conveniente, y a juntas ordinarias y especiales cuando omitiera hacerlo el directorio;
- 7) Hacer incluir en la orden del día de cualquier junta los asuntos que estime necesarios;
- 8) Exigir el cumplimiento de las leyes, estatutos, reglamentos y resoluciones de la junta general, por parte de los órganos sociales, conocer los informes de auditoría y, en su caso, concretar la realización de auditorías externas, previa autorización de la junta general;
- 9) Supervigilar la liquidación de la sociedad;
- 10) Atender las denuncias que presenten por escrito los accionistas e informar a la junta sobre las investigaciones que al respecto realice, juntamente con sus conclusiones y sugerencias, y
- 11) Los señalados expresamente por la junta general de accionistas.

Conc: c.com.56-285,1)-289-292-307-312-325-337-340-385-391-394-

Las facultades que la ley confiere a los síndicos, puede configurarse, como la de los directores, como poder- deber, aunque con más acentuado predominio del deber sobre el poder, observa Messineo. La fiscalización encomendada al síndico importa, en general, una doble actividad: control y vigilancia.

El control, de ordinario, importa valoración de los actos del controlado y el síndico puede manifestar su propia opinión, su crítica, su disenso y aún su propia desaprobación. El disenso de la sindicatura en este caso, tiene, según Messineo, un peso negativo mayor que el que puede expresar el director singular disidente (Art. 323, 2ª fracción), porque la responsabilidad de los administradores por el acto desaprobado por el o los síndicos, quedaría agravada por el hecho de ponerlo en ejecución contra esa desaprobación.

La vigilancia, sobre la observancia de la ley, del acto constitutivo y los estatutos, no supone injerencia en la actividad administrativa, sino simple función de constatación de legitimidad, sobre la conformidad de esa actividad con las normas legales, constitutivas y estatutarias a que esta sujeta.

La doble actividad analizada, puede ejercitarla el síndico, o la comisión fiscalizadora, al cumplir el deber que tiene de asistir a las reuniones de directorio o de los comités ejecutivos (Art. 325 y 330) .

Los síndicos no tienen funciones de administración. Su intervención en las reuniones del directorio y en las de los comités ejecutivos, no es participación en la función administrativa, sino, precisamente por razón de su función misma, intervención, o asistencia sin derecho a voto.

ARTÍCULO 336.- (Elección por clases). Cuando existan diversas clases de acciones, los estatutos pueden prever que cada una de ellas elija uno o más síndicos, normando la forma de elección y su remoción.

Conc: c. com. 261 -337 - 338 -

ARTÍCULO 337.- (Sindicatura plural) . Si la sindicatura es plural, ésta actuará como cuerpo colegiado bajo la denominación de "Comisión Fiscalizadora", debiendo los estatutos normar su funcionamiento y organización. La "Comisión Fiscalizadora" llevará un libro de actas. El síndico disidente ejercerá individualmente los deberes y atribuciones del artículo 335.

Conc: c. com. 35-335-336-

La actuación colegiada de la comisión, que ha de constituirse cuando los síndicos son más de uno, supone que debe reunirse periódicamente, reunión a la que todos sus componentes deben asistir, salvo casos de impedimento justificado. Las decisiones para ser validas, deben ser adoptadas por mayoría absoluta. Si hay disidencia, el disidente, lógicamente puede y debe hacer constar en el acta correspondiente su disidencia, a los fines de las responsabilidades consiguientes, una vez que el Art. 341 hace aplicable al caso en estudio, lo dispuesto por el Art. 323, respecto del ejercicio de la acción que en el se regula.

La pluralidad de síndicos, puede resultar también de la elección de síndicos por clases de acciones, según preceptúa el Art. 336. Esta diferenciación no supone la creación de comisiones fiscalizadoras por clases. La comisión fiscalizadora es una sola, compuesta por los síndicos, cuando son varios, sean de una sola o de distintas clases de accionistas.

La obligación de llevar un libro de actas y la de insertar en el lo tratado y acordado en las reuniones del colegio sindical, es inherente a todo cuerpo colegiado.

ARTÍCULO 338.- (Falta de síndico) . El síndico reemplazado por el suplente, en caso de vacancia temporal o definitiva o por impedimento o prohibición legal del titular. De producirse la misma situación con el suplente el directorio, bajo su responsabilidad, convocará de inmediato, a junta general o de la clase que corresponda, en su caso, a fin de efectuar las designaciones correspondientes para completar el período.

Conc: c. com. 277-285-332- 336 -

En el supuesto del Art.: falta de síndico y suplente, como la fiscalización interna no puede quedar en suspenso por tal razón, dada la alta finalidad de la función que supone, se procede en la forma prevista por el Art. La junta que corresponde es la extraordinaria por aplicación del Art. 329, particularmente señalada entre las normas aplicables a la sindicatura por el Art. 342, sobre todo si el hecho no coincide con la reunión de la junta ordinaria, cuando se trata de designar síndico en general, sin tener en cuenta razón de clase de accionistas en particular. Si se trata del síndico que representa a una clase de accionistas, se convoca a asamblea especial, de acuerdo a lo previsto en el Art. 277.

ARTÍCULO 339.- (Remuneración de los síndicos). El cargo de síndico es remunerado y la remuneración la fijará la junta general, sin considerar la existencia de Utilidades del ejercicio.

Conc: c. com. 172- 332 -

Visto en la anot. al Art. 332.

ARTÍCULO 340.- (Extensión de funciones sobre ejercicios anteriores). Los derechos de información e investigación administrativa pueden extenderse a ejercicios anteriores a su designación.

Conc: c. com. 335, 3)

Visto en la anotación al Art. 332.

ARTÍCULO 341.- (Responsabilidad). Los síndicos son, ilimitada y solidariamente, responsables por el incumplimiento de las obligaciones señaladas por la Ley, los estatutos y reglamentos. La acción será ejercitada conforme al artículo 323.

Son también solidariamente responsables con los directores por los actos u omisiones de éstos aunque no se produzca daño.

Conc: c. com. 323 3)-

Téngase presente en lo que sea pertinente, las anots. a los arts. 321 y 323, sobre las responsabilidades de los administradores.

La responsabilidad de los síndicos, dice Messineo, emana de la negligencia en el cumplimiento de sus deberes, individual o colegiadamente considerados, o de la falsedad de sus atestaciones (v. gr. en los informes que deben prestar a las juntas generales: Art. 285, 1), o de no haber mantenido el secreto del cargo, sobre hechos y documentos de que tengan conocimiento por razones de oficio, extremo este último que conlleva sanción penal (c.p. Art. 302).

La responsabilidad solidaria con los directores, por los hechos y las omisiones de estos, supone incumplimiento de sus deberes, que no han ejercitado debidamente ni el control ni la vigilancia que la ley les encarga.

El Art. parece incurrir en un error de apreciación, por deficiente adopción de la norma, al determinar esa responsabilidad aunque no se produzca daño. De acuerdo a los principios generales, la responsabilidad se abre cuando se causa un daño por comisión o por omisión (principio general del Art. 984 del c.c.). Ahora bien, según el Art. 2407 del c.c. italiano (que parece la fuente indudable de la norma en estudio, una vez que, parece también, que en la materia en estudio, se ha seguido en alguna medida las influencias de esa legislación), esa responsabilidad solidaria por los hechos o por las omisiones de los administradores, surge cuando el daño no se habría producido si hubieran vigilado (los síndicos) de conformidad con las obligaciones de su cargo, concepto lógico, claro y fácilmente inteligible, pero que tiene significado absolutamente diverso del que se sostiene en la adopción legislativa, que endilga responsabilidad aunque no haya daño. El precepto italiano se conforma a los principios generales dichos; el del Art. en examen importa una aberración.

La acción de responsabilidad contra los síndicos, está referida a las reglas del Art. 323 y la facultad de intentarla también corresponde, como en el caso de los administradores, a los socios, aún individualmente considerados.

ARTÍCULO 342.- (Normas aplicables). Se aplicará a los síndicos lo dispuesto en los artículos 312, 315, incisos 1) y 2), 317, 318, 319 y 329 entendiéndose que cuando se hace referencia a director o directorio, se debe sustituir por síndico o consejo de vigilancia.

Conc: c. com. 312-315 1) y 2)-317-318-319-329-

Las normas mencionadas se refieren a la obligación de caucionar el cargo, a la determinación estatutaria del número de síndicos titulares y suplentes, a la duración de la función que no excederá de tres años, al deber de desempeñarla hasta su reemplazo salvo cesantía obligada, a

la declinabilidad de cargo (renuncia) y la remoción, aspectos sobre los cuales son aplicables las anots. correspondientes.

SECCIÓN X AUMENTO Y REDUCCIÓN DEL CAPITAL

ARTÍCULO 343.- (Aumento de capital). Por resolución de la junta general extraordinaria, se puede aumentar el capital social hasta el límite del capital autorizado, respetando el derecho preferencial de los accionistas señalado en el artículo 255.

Para el aumento del capital autorizado deberá observarse el artículo 256 y modificarse los estatutos en la parte pertinente, corriendo el trámite señalado en los artículos 130, 131 y 132.

Precd: D.S. 8 Marzo 1860, Art. 1173 -
Conc. c. com. 130- 131 - 132-255-256-344-

Desde luego, recuérdese la distinción que hace la ley (arts. 220 y 343) , entre capital autorizado, capital suscrito y capital pagado (v. la anot. al Art. 220).

Siendo obligatorio que el capital suscrito no sea menor al cincuenta por ciento (50°/n) del capital autorizado, el aumento o los aumentos del capital social (esto es del suscrito, según el Art. 220, inc. 1) , no precisan modificación del acto constitutivo y son suficientes las necesarias resoluciones de la junta general extraordinaria (Art. 286, 2), para disponer nuevas emisiones de acciones dentro de la condición prevista por el Art. 256 (suscripción total previa de las precedentemente emitidas), las mismas que se pueden hacer hasta el montante total del capital autorizado o escriturado, en una o varias emisiones, según las necesidades del giro social. La determinación de capital autorizado, en realidad, permite emisiones sucesivas, que pueden hacerse por series.

Cuando todo el capital autorizado, ha sido cubierto mediante suscripción y se ha convertido así en capital social o suscrito, el aumento de capital escriturado requiere la modificación del acto constitutivo y de los estatutos, sujeta a las formalidades previstas en los arts. 130, 131 y 132. Esta modificación es también de la competencia de la junta extraordinaria (Art. 286, 4) . En este supuesto también rige el Art. 256, que exige que las acciones emitidas antes de la resolución que dispone el aumento, hayan sido totalmente suscritas. La exigencia, para ambos supuestos, reposa en el razonamiento lógico de que si se recurre al aumento de capital, porque la sociedad

lo necesita, es de natural consecuencia que antes de acudir a nuevas fuentes de aportación, se exija el cumplimiento del desembolso de lo suscrito por los que ya son accionistas.

De esta consideración, emana una cuestión que el Código no define con la claridad conveniente. El Art. 256 prohíbe nuevas emisiones de acciones (único modo de aumentar efectivamente el capital), mientras no se hayan suscrito las anteriormente emitidas. Ahora bien, el Art. 220, distingue entre capital (vale decir acciones) suscrito y capital pagado (acciones por las que se ha desembolsado o integrado la suscripción), sobre todo para los efectos de la constitución. Aunque la suscripción supone la obligación de desembolsar el aporte (v. gr. Art. 224, 3), era mejor que el Art. 256 exigiera que las acciones anteriormente suscritas hayan sido totalmente desembolsadas o integradas, para que proceda la autorización de nuevas emisiones destinadas al aumento del capital social, en una u otra de las formas prevenidas en el Art. Así lo determina, por ejemplo, la legislación mexicana, que habla de que las acciones emitidas con anterioridad a la nueva emisión hayan sido desembolsadas, es decir, pagadas (L. Gral. de sociedades mercantiles, Art. 133; cit. de Rodríguez).

El Art. regla lo que en la doctrina se llama aumento voluntario o efectivo (Messineo), en el que el aumento se efectúa a diferencia del aumento nominal, en el que tal aumento se comprueba. El primero tiene lugar, como en los casos del Art., mediante la afluencia de nuevas aportaciones, obtenidas con la emisión y suscripción consiguiente de nuevas acciones. El aumento nominal se limita a una diversa estimación del patrimonio social, sin que haya agregación de nuevas aportaciones, o de nuevas entidades patrimoniales, dice Messineo, a las existentes y sólo importa el aumento del valor nominal de las acciones ya en circulación; resulta de una revaluación del patrimonio social (Art. 142, i.f.). A la distinción aquí anotada, también se alude con los conceptos de aumento real de capital y de aumento contable.

El aumento efectivo de capital, supone, como en la constitución de la sociedad, dos momentos fundamentales: la suscripción de las nuevas acciones y el pago de su importe o aportación efectiva, para lo cual cabe aplicar al caso en examen las normas propias de la fundación de la sociedad, sin prescindir de la distinción entre fundación simultánea y sucesiva, como se vera al examinar los arts. 345 y 350.

La integración o pago de las acciones suscritas por razón del aumento del capital, también puede hacerse en bienes que no sean dinerarios, para lo cual se aplican las reglas pertinentes (Art. 226, en su caso).

ARTÍCULO 344.- (Inscripción). La resolución de aumento de capital autorizado se inscribirá en el Registro de Comercio, conforme señala el artículo 142.

Conc: c. com. 29-142-343-Rgto. rg. com. 32-

ARTÍCULO 345.- (Derecho preferente - Accionistas perjudicados). El accionista a quien la sociedad desconozca el derecho de suscripción preferente establecido en el artículo 255, podrá exigir judicialmente que aquélla cancele las suscripciones que le correspondían y se le entreguen las acciones a que tiene derecho.

Si no fuera posible anular las suscripciones por haberse entregado las acciones, el perjudicado tiene derecho a que la sociedad y los directores, solidariamente, le indemnizen los daños sufridos. La indemnización no será inferior al valor nominal de las acciones a que tenía derecho conforme al artículo 255.

La acción judicial mencionada en este artículo debe ser promovida dentro del término de seis meses a partir del vencimiento del plazo de suscripción y se intentará por el accionista perjudicado o por el síndico.

Conc: c. com. 255 - 346 - 349 -

El derecho preferente que regula el Art. 255 y que se declara eficaz para la suscripción de acciones en todo aumento de capital, por este Art., supone, en realidad, una opción que más que una prelación o preferencia, dice Messineo, es un derecho exclusivo de suscripción, aunque sometido a un plazo para su ejercicio válido (30 días), vencido el cual, caduca.

Este derecho de opción puede quedar limitado o suprimido en los casos de los arts. 349 y 350, una vez que la suscripción pública implica de hecho, exclusión de opciones preferenciales y no puede reconocer otra prelación que la prioridad en las suscripciones, común para los accionistas existentes como para los nuevos.

La razón del derecho de opción reconocido a los antiguos socios en los casos de aumento de capital, puede considerarse como la oportunidad equitativa que les confiere la ley, para que puedan mantener su misma influencia en el seno de la sociedad, adquiriendo nuevas acciones en la proporción de las que ya eran titulares (Rodríguez).

Las regulaciones del Art. relativas a los accionistas perjudicados, rigen, por consiguiente, para los supuestos de un aumento de capital hecho dentro de la forma de la constitución simultánea, en la que la opción dispuesta por el Art. 255 ha de tener rigurosa observancia. Su inobservancia, puede considerarse no solo culposa, sino dolosa, una vez que implica infracción deliberada de la ley, generadora de la responsabilidad señalada en el Art. 321, 2), y cuyas consecuencias se arreglan a las determinaciones de las fracciones 2º y 3º del Art. El plazo señalado en la última fracción del mismo, es de prescripción sujeto a la regla del Art. 1513 del c.c. La entrega de acciones a los nuevos suscriptores, esta sujeta a la condición prevista en el Art. siguiente (346), que es norma complementaria de este Art.

ARTÍCULO 346.- (Entrega de acciones a nuevos suscriptores). La entrega de acciones a los nuevos suscriptores está supeditada al vencimiento del plazo concedido para el ejercicio del derecho preferente de suscripción y a la certificación escrita de los administradores en sentido de no existir solicitud legítima de antiguos accionistas.

Conc: c. com. 255 - 345 -

ARTÍCULO 347.- (Capitalización de reservas y utilidades). En la capitalización de reservas y otros fondos libres, así como en el pago de dividendos con acciones liberadas y en procedimientos similares, se respetará la proporción de cada accionista.

Aprobada la capitalización de utilidades en junta general, ningún accionista, aunque su voto hubiera sido contrario, podrá exigir la entrega en dinero de la parte que le corresponda en las mismas.

Conc: c. com. 169 - 285 - 286 -

Ante todo, cabe dejar establecido que las reservas mencionadas en el Art., son las facultativas (Art. 169, 3º fase) y no la reserva legal, que es intangible (Messineo) para este objeto, según disponen los arts. 169, fracción 2ª, y 170.

Siendo la legal una reserva de capital (v. anot. al Art. 169), ella puede ser empleada sólo para absorber las pérdidas experimentadas como resultado general de los negocios, pero no para pagos diversos ni para ser aplicada a distribuirla entre los accionistas, por ningún concepto ni motivo, menos a título de aumento de capital.

Puede aplicarse a los fines del Art., las reservas facultativas o voluntarias o estatutarias y, en su caso, el excedente de la reserva legal que haya rebasado el límite legal (50% del capital pagado, según el Art. 169). Si los estatutos han previsto expresamente la inversión de las reservas facultativas en otros fines, para su aplicación al aumento del capital será precisa una modificación de los mismos. El excedente en la reserva legal, recibe, así este previsto en los estatutos, el mismo tratamiento que la reserva facultativa, en todos los supuestos.

El pago de dividendos con acciones liberadas, importa entregar acciones integradas (esto es como si el accionista hubiera pagado o desembolsado su valor) a los socios. La capitalización de las reservas facultativas, también se expresa en la entrega de acciones liberadas a los accionistas. En todos los casos, en proporción a las acciones de las que ya son titulares.

Si no concurren causas que autorizan la impugnación a mérito de lo dispuesto por el Art. 302, la aprobación del aumento de capital, en la forma establecida en este Art., es inobjetable y ha de acatarse por todos los accionistas.

ARTÍCULO 348.- (Bonos convertibles en acciones). Los accionistas tendrán también derecho preferente a la suscripción de bonos convertibles en acciones.

Este derecho podrá extenderse a las acciones preferidas, siempre que así lo establezcan los estatutos.

Conc: c. com. 255 -261 - 271 a 276 -

El aumento de capital por este medio, ha de estar previsto y predeterminado en el acto constitutivo (Art. 675), en todas sus manifestaciones. Lo relativo a este tipo de títulos valores, véase en las anots. a los arts. pertinentes (671 a 676).

ARTÍCULO 349.- (Casos de limitación del derecho preferencial). La junta general extraordinaria puede resolver con carácter excepcional, la limitación del derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones, solamente cuando el interés de la sociedad exija el pago de obligaciones preexistentes con acciones liberadas o cuando se trate de aportes de bienes en pago de acciones.

Conc: c. com. 255 - 345 -
Véase la anot. al Art. 345.

ARTÍCULO 350.- (Aumento de capital por suscripción pública). El aumento de capital podrá realizarse por oferta pública de acciones, mediante resolución de la junta general extraordinaria. Requerirá la autorización previa de la Dirección de Sociedades por Acciones para lo cual presentará un programa de suscripción que contenga:

- 1) La denominación de la sociedad, domicilio, objeto, capital autorizado, suscrito y pagado, valor nominal de las acciones, clases, privilegios y series existentes;
- 2) Los nombres de los directores, síndicos y gerentes;
- 3) Los balances y estados de resultados de las tres últimas gestiones;
- 4) El monto y descripción del pasivo, el importe total, plazos, redención y demás características de las obligaciones sociales, y
- 5) La resolución de la junta general de accionistas que autorizó el aumento con detalles sobre el monto de éste, el plazo de la suscripción y la forma de pago de las nuevas acciones: su clase, series, números y privilegios propuestos.

Conc: c. com. 222-351-444, 6) -Rgto. s.p.a. 26-

ARTÍCULO 351.- (Nulidad). Es nula la oferta pública que no cumpla las normas legales. La sociedad, directores y síndicos son, solidaria e ilimitadamente, responsables por las consecuencias sobrevinientes. Cualquier suscriptor podrá demandar la nulidad y exigir el resarcimiento de los daños.

Conc: c. com. 321 - 350 -

Se sigue en general, con las adecuaciones del caso, las normas de la constitución de la sociedad por suscripción pública o de forma sucesiva (Art. 222 y s.). La previa autorización de la Dirección de sociedades por acciones, es requisito necesario. El programa de suscripción debe contener la pormenorización señalada en el Art. 350. Las violaciones de las normas respectivas, dan lugar a la responsabilidad que indica el Art. 351.

ARTÍCULO 352.- (Reducción voluntaria de capital). La reducción del capital social se hará por resolución de la junta general extraordinaria y deberá efectuarse con la autorización de la Dirección de Sociedades por Acciones. Se publicara conforme señala el artículo 142 y se observará, respecto de los acreedores, lo dispuesto en el artículo 143.

Conc: c. com. 142-143-270-286-355-422-Rgto. s.p.a. 4-

Adviértase, en primer término, que respecto de la reducción del capital, la tendencia que se acusa en el derecho comparado es la desconfianza que dicha reducción inspira a las legislaciones, por lo cual muchas de ellas estatuyen medidas de precaución destinadas sobre todo a proteger a los acreedores (Cañizares). Tal la razón de este y de los siguientes arts.

También se distingue la reducción, en efectiva y nominal (Messineo). La primera a la que se refiere el Art. es la facultativa o voluntaria. Depende de la abundancia de capital, que puede presentarse cuando el capital desembolsado (pagado) representa en parte un patrimonio ocioso (Rodríguez), por carecer de posibilidad de inversión o colocación respecto de las necesidades del objeto social.

Precisa acuerdo de la asamblea de accionistas (Art. 286, 4) y aprobación de la Dirección de sociedades por acciones, porque la disminución de capital importa una alteración de los estatutos y del acto constitutivo, que por lo demás no afecta a las demás disposiciones estatutarias. De ahí también la obligatoriedad de su publicidad (Art. 142).

No afecta a los socios, quienes con la reducción pueden quedar liberados de la obligación de desembolsar los adeudos pendientes por las acciones suscritas o pueden ser reembolsados parcialmente, así sea en especie, de las aportaciones hechas, guardando en todos los supuestos las proporciones correspondientes.

Mientras el aumento de capital, es un hecho que indudablemente beneficia a los terceros eventuales acreedores de la sociedad, los que ven acrecentada la garantía patrimonial de sus derechos (c.c., Art. 1335), la reducción no puede ser vista con indiferencia por ellos. Por eso la ley exige que se haya provisto lo que manda el Art. 143 en el supuesto de que se haya producido oposición de los acreedores en el plazo al efecto señalado (30 días a contar de la última publicación prevenida por el Art. 142), y en la cual aquellos hayan demostrado el peligro de insolvencia de la sociedad como resultado de la reducción.

ARTÍCULO 353.- (Reducción por pérdidas). La junta general extraordinaria puede resolver la reducción del capital en el monto de las pérdidas sufridas por la sociedad para restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio sociales, previo cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo anterior.

Conc: c. com. 270-286 - 355 -Rgto. s.p.a. 4 -

ARTÍCULO 354.- (Reducción obligatoria). La reducción del capital es obligatoria cuando las pérdidas superen el cincuenta por ciento del mismo, incluidas las reservas libres. Este hecho deberá comunicarse a la Dirección de Sociedades por Acciones, publicarse conforme señala el artículo 142 y observarse lo dispuesto por el artículo 143.

Si efectuada la reducción del capital, éste resultara insuficiente para cumplir el objeto de la sociedad, se procederá a la disolución y liquidación de la misma.

Precd: D.S. 8 Marzo 1860, Art. 1199 -

Conc: c.com.142-143-204,6)-246-355-378-444- Rgto.s.p.a. 4

La reducción de capital prevista por estos dos arts., es efecto de pérdidas sufridas por la sociedad y se explica por la necesidad de adaptar el capital a la disminución del patrimonio, a fin de establecer la relación de equilibrio entre ambos datos, al objeto de que la garantía patrimonial para los terceros acreedores sociales, que esta representada por el capital, exprese, de acuerdo a la realidad, la efectiva situación patrimonial de la sociedad, razón por la cual, dice Messineo, a esta reducción se llama nominal, y es obligatoria.

En el ordenamiento del Código, la reducción reglada en el Art. 353, cuando la pérdida no llega a la mitad del capital, es facultativa, porque el precepto dice que la junta extraordinaria puede resolver la reducción. En el caso del Art. 354, cuando esa pérdida supera el 50% del capital social, la reducción deviene obligatoria.

Aunque incidentalmente, el Art. 353, distingue el capital social del patrimonio social, distinción que, según la doctrina, debe hacerse con toda claridad.

El patrimonio, dice Messineo, resulta de las inversiones que la sociedad hace del propio capital, en los diversos modos que su objeto y finalidad concreta determinan; de las reservas; de las utilidades no-distribuidas; del capital no-invertido; del incremento del valor de los bienes; de los créditos y, en general, de todas las adquisiciones que la sociedad hace después de constituida. Contraponiéndole al capital inicial, patrimonio, es, pues, el capital transformado o el capital acrecido, sentido en el cual el patrimonio es un modo de ser del capital, de lo que resulta que, a los efectos del derecho (al menos como garantía exclusiva que tienen los acreedores sobre el), capital no es cosa diversa de patrimonio. Pero, la distinción resulta de que el capital, es una expresión de valor monetario, a la que no corresponde necesariamente bienes reales, mientras que el patrimonio se compone de bienes reales y también de créditos.

De estas dos diversas nociones de capital y de patrimonio, resulta concebible, dice Messineo, el que se den frecuentemente dos diferentes valores de estimación de la acción: el valor nominal (Art. 238) que es fijo, toda vez que representa una parte del capital social, y el valor del mercado (de bolsa), que es variable, en cuanto la acción representa una cuota del patrimonio social. De ahí que mientras el monto del capital es constante, invariable, el valor del patrimonio puede variar según las vicisitudes y la consistencia económica de la sociedad, resultando inferior al capital, v. gr. en caso de pérdidas sufridas, o igual al capital (lo que es raro después de constituida la sociedad) o superior al capital.

Un enfoque de la cuestión, aunque diferente en la forma pero coincidente en el fondo, da Rodríguez al observar que, normalmente, capital y patrimonio, coinciden al tiempo en que la sociedad se forma; pero, tan pronto esta inicia sus operaciones, empiezan las diferencias cuantitativas y cualitativas entre ambos. Cualitativas, porque el dinero se convierte siquiera parcialmente, en enseres, mobiliario, mercancías, maquinarias y otros diversos productos, según cual sea la actividad de la sociedad. Cuantitativas, porque bien manejada la sociedad, rendirá beneficios, acumulará reservas e incrementará en general el valor de los bienes y derechos de su patrimonio, que en conjunto pueden ofrecer un valor superior al abstracto señalado como monto del capital. Pero, si la actividad de la sociedad es adversa, esta sufrirá pérdidas que hagan aparecer a su patrimonio con un valor inferior al que representa el capital. El exceso del patrimonio sobre el capital no preocupa, su inferioridad sí; por eso regularmente, en las legislaciones, se dispone que habiendo pérdida de capital, este debe ser reintegrado o reducido (Art. 353).

El equilibrio entre el capital y el patrimonio de que trata el Art. 353, por eso, se manifiesta contablemente en el balance, haciendo figurar el patrimonio en el conjunto de activos, mientras el capital figura en el pasivo, porque constituye una obligación de la sociedad frente a los accionistas.

Se comprende así, por que la ley, según los casos, faculta u obliga a la reducción, cuando se produce la rebaja de la cifra del capital anunciado a los terceros (Rodríguez).

Como en el supuesto del Art. 352, la observancia de los arts. 142 y 143, es inexcusable.

La contingencia prevista en la segunda fracción del Art. 354, es causa de disolución reglada en el Art. 378, caso 5), si no hay reintegro o aumento.

ARTÍCULO. 355.- (Canje o resellado de las acciones). En toda reducción de capital se procederá al canje o resellado de los títulos de las acciones, conforme a la reducción realizada. Las acciones emitidas, a cambio de las anuladas, se depositaran en un Banco. En igual forma, el resellado será necesariamente realizado por intermedio de un Banco.

Conc: c. com. 238-247-352-353 - 354-

CAPÍTULO VI

SOCIEDADES EN COMANDITA POR ACCIONES

ARTÍCULO 356.- (Características). En la sociedad en comandita por acciones los socios gestores responden por las obligaciones sociales como los socios de la sociedad colectiva. Los socios comanditarios limitan su responsabilidad al monto de las acciones que hayan suscrito.

Sólo los aportes de los socios comanditarios se representan por acciones.

Precd: c. mtl. abrg. 244-

Conc: c. com. 126, 5) - 146- 161 -4443 -

Este tipo de sociedad es una forma moderna, conocida particularmente en Francia a fines del siglo XVIII, cuyo Código de comercio de 1807 lo reconoce aunque sin reglamentarlo (Cañízares). La exigencia de la previa autorización gubernamental para las sociedades anónimas, mientras la constitución de las sociedades comanditarias por acciones era libre, provocó durante el primer tercio del siglo XIX la llamada fiebre de las comanditas (Malagarriga).

La libertad de constitución y la falta de reglamentación sin embargo, dio lugar a abusos: muchos capitalistas las formaban con socios colectivos insolventes, para burlar la garantía de la responsabilidad personal e ilimitada de los socios colectivos, que provocó diversos intentos de reglamentación hasta que esta se dio en la ley especial de 1856, lo que terminó con la mencionada fiebre y los capitales volcaron sus preferencias a la sociedad anónima (Cañízares).

El citado código francés, seguido después por el español de 1829 que inspiró a varias legislaciones latinoamericanas, distinguió entre las sociedades por acciones, aquellas en que todo el capital estaba representado por acciones denominándolas anónimas, de las que tenían unos socios colectivos de responsabilidad ilimitada (comanditados) y otros llamados comanditarios cuya responsabilidad estaba limitada a sus aportaciones representadas por acciones.

Este dualismo de la cualidad de los socios (Messineo) es la característica similar a la de la otra variedad de este tipo, la comanditaria simple (arts. 184 a 194), por cuya razón se considera a este tipo una sociedad híbrida, que yuxtapone los elementos de a colectiva y la anónima (Fernández, Cañízares) aproximándose al primer tipo, la comandita simple, y al segundo, la comandita por acciones. De ello resulta, según los autores, que no debe considerarse como la representación de un tipo especial y nuevo de sociedad con perfiles propios y definidos, sino un tipo que constituye la coexistencia de otras dos. La tendencia actual, la considera como sociedad de capitales, con algunas reglas distintas en lo que concierne a los socios colectivos.

Rodríguez, la define como, sociedad mercantil con denominación o razón social de capital fundacional, dividido en acciones, en la que sus socios solo responden con sus aportaciones, salvo uno de ellos, por lo menos, que debe responder solidaria, subsidiaria e ilimitadamente por las deudas sociales.

Hay disparidad de juicios sobre la utilidad práctica y el porvenir de este tipo de sociedad. Hay quienes consideran que es una forma social condenada a desaparecer (Vivante, Rodríguez), como hay quienes destacan su eficacia como consorcio feliz entre el trabajo y el capital (Malagarriga). En la doctrina, se comenta como caso especial, el auge de este tipo social en la práctica argentina, en la cual ha alcanzado, frente a la decadencia que acusa en general, un verdadero renacimiento (Aztiria, Cañízares), particularmente desde la reforma del Código de comercio en 1889.

En la reglamentación del Código, ha de tenerse presente las disposiciones de los arts. 357 y 364, que hacen aplicables a este tipo de sociedad, en todo lo pertinente y todo cuanto no sea opuesto a la reglamentación propia definida en el capítulo en estudio, las normas relativas a las sociedades anónimas y a las comanditarias simples, lo que importa una manifiesta reiteración del carácter dualista de este tipo de sociedad. Estas aplicaciones supletorias, debe considerarse ineludibles, particularmente en lo relativo al capital social y la necesidad de que este pagado siquiera en el porcentaje determinado para las sociedades anónimas, a fin de que pueda empezar el giro social. Por eso se dice en la definición que es una sociedad de capital fundacional.

ARTÍCULO 357.- (Normas aplicables). En todo lo que no se oponga a este Capítulo, son aplicables a este tipo de sociedad las normas relativas a la sociedad anónima.

Conc: c. com. 150-217 y s.- 361 - 364 -

Fuera de las reglas que atañen a la responsabilidad y a los poderes de los administradores (en lo que es más aplicable por el tipo de sociedad y lo dispuesto en el Art. 364, el Art. 188 del Código sobre administración de las comanditarias simples), se aplican a esta clase de sociedades las normas establecidas para las anónimas, en modo especial, dice Vivante en lo que se refiere a las obligaciones de los administradores asambleas generales, acciones, obligaciones, síndicos, disolución y liquidación.

ARTÍCULO 358.- (Denominación) . La denominación de la sociedad deberá incluir las palabras "Sociedad en Comandita por Acciones" o la abreviatura "S.C.A.". Su incumplimiento hará solidaria e ilimitadamente responsables a los administradores y a la sociedad, por los actos que realice en esas condiciones.

Si actúa bajo una razón social, ésta estará formada con los nombres patronímicos de uno o más socios gestores, agregándose "Sociedad en comandita por acciones" o su abreviatura. Por la omisión de lo dispuesto precedentemente se la considerará como sociedad colectiva.

Precd: c. mtl. abrg. 246 -

Conc: c. com. 127, 3) - 173 -

La fundación de la sociedad, se hace conforme a las previsiones del Art. 184, con la sustancial diferencia de que los aportes de los socios comanditarios se representan por acciones.

La sociedad puede usar razón social o denominación, según este Art. y sólo pueden formar parte de la razón social los nombres de los socios comanditarios o colectivos. Son aplicables al punto las consideraciones dichas en la anot. a los arts. 185 y 186.

ARTÍCULO 359.- (Administración). La administración y representación podrán estar a cargo de uno o más socios gestores o de terceros, quienes durarán en sus cargos el tiempo fijado por los estatutos sociales, no siendo aplicables a este caso las limitaciones del artículo 315, inciso 2).

Conc: c. com. 163- 188 - 315, 2) -360- 362 -

A los comanditados o socios gestores corresponde la calidad y función de administradores por su simple calidad de tales, esto es, son administradores natos de la sociedad. Pueden ser designados al efecto también terceros extraños a la sociedad. La caución exigida por el Art. 312 para la administración de las sociedades anónimas, es aplicable a la de estas sociedades (Art. 357).

La disposición del Art. 315, caso 2), relativa al límite máximo de tiempo para las designaciones en funciones directivas, no tienen aplicación aquí. Pueden ser hechas por tiempo indefinido, si los estatutos no señalan un plazo determinado.

No puede designarse administradores irrevocables, según se infiere de lo que dispone el Art. 360, cuya remoción, en su caso, se deja sometida a las regulaciones del Art. 176 y a tal efecto, para el supuesto indicado, dicho Art. 360, extiende a los comanditarios, individualmente considerados y siempre que representen por lo menos un diez por ciento (10%) del capital social, las facultades que reconoce el Art. 176 a los socios colectivos para demandar la remoción.

Los socios comanditados que estén en ejercicio de una función administrativa, no pueden emitir voto en los casos enumerados en el Art. 362, que impone como en el caso del Art. 276, un deber de abstención en situaciones que implican indudable conflicto de intereses.

Por lo demás, los administradores, socios o no, tienen todas las facultades necesarias para la administración de los negocios sociales, según la determinación de los estatutos o, en su defecto, según el objeto de la sociedad y las reglas pertinentes de la reglamentación del Código.

ARTÍCULO 360.- (Remoción del socio administrador). El socio gestor puede ser removido de la administración ajustándose a lo prescrito en el artículo 176, pero el socio comanditario podrá pedirla judicialmente, con justa causa, cuando represente no menos del diez por ciento del capital.

El socio gestor removido de la administración, tiene derecho a retirarse de la sociedad o a transformarse en comanditario si su remoción no se debe a delitos en perjuicio de la sociedad.

Conc: c. com. 176 - 359 -

Además de lo dicho en la anot. al Art. anterior, sobre este Art., cabe señalar que la remoción del socio administrador, puede justificar su retiro de la sociedad o su transformación en socio comanditario, casos en los cuales, ha de suponerse aplicables las determinaciones del Art. 181, porque retiro o cambio de la cualidad de socio comanditado en comanditario, implican una modificación del contrato social.

El derecho de retiro del socio comanditado administrador, por efecto de remoción, se explica por el hecho de que a diferencia del administrador de la sociedad anónima, el de la sociedad en

comandita por acciones, no deriva su nombramiento de la asamblea, sino por lo regular, del acto constitutivo (Art. 188), y por eso su duración es de tiempo indeterminado, porque su nombramiento no depende de una elección asamblearia, sino de su cualidad orgánicas de socio colectivo (Messineo).

La sustitución puede ser también determinada por acuerdo de asamblea y el sustituto puede ser otro socio colectivo, un extraño, e inclusive un socio comanditario, caso en el cual, desde el momento en que acepta la nominación asume la cualidad de socio colectivo, (Art. 188).

La remoción puede producirse también por renuncia del administrador, salvo su responsabilidad hasta el momento de la dimisión.

Finalmente tratándose de un administrador no-socio o extraño, este puede ser relevado ad nutum, aún en oposición a las disposiciones estatutarias, salvado su derecho a las indemnizaciones sociales consiguientes.

ARTÍCULO 361.- (Junta). La Junta estará integrada por ambas clases de socios. La parte de intereses de los socios gestores se considera dividida en fracción del mismo valor de las acciones con el objeto de computar el quórum y los votos. Las fracciones que no alcancen o una acción serán desestimadas.

Conc: c. com. 217 - 363 -

Las juntas generales en las sociedades en comandita, no son el órgano supremo de la sociedad (Rodríguez). Se reduce a órgano de la voluntad de una parte de la sociedad. En efecto, como los comanditarios no pueden participar en la adopción de acuerdos de carácter administrativo (arts. 188 y 364), están prácticamente eliminados de todo acuerdo de asamblea sobre tales extremos.

Para los demás casos, la asamblea general se forma por los accionistas, que lo son todos los comanditarios y los comanditados o colectivos que, para tal fin, forzosamente adquieren esa calidad a los fines del quórum de asistencia y de votación. Las decisiones para ser validamente adoptadas, deben reunir las condiciones de fondo y de forma expuestas en el caso de las sociedades anónimas. Para los fines de la fiscalización interna, puede aplicarse, estatutariamente, la sindicatura adecuando las reglas dadas para la sociedad anónima, como puede aplicarse las regulaciones del Art. 190, dado el carácter dual de este tipo de sociedad.

Las modificaciones del acto constitutivo y de los estatutos, requieren la aprobación de una junta general, mediante el voto dado en la forma prevista por este Art. y por la mayoría que señalen los estatutos.

ARTÍCULO 362.- (Prohibición a los socios administradores). Bajo pena de nulidad, el socio administrador tiene voz, pero no voto, cuando se trate las siguientes materias:

- 1) Su remoción y responsabilidades;
- 2) Elección y remoción de síndicos;
- 3) Aprobación de la gestión administrativa.

Conc: c. com. 276 - 359 -
Véase la anot. al Art. 359.

ARTÍCULO 363.- (Cesión de la parte social de los socios gestores). Para la cesión de la parte del socio gestor será necesaria la autorización de la junta extraordinaria.

Conc: c. com. 361 -

Implica el carácter de intuitus personae que es inherente a la cualidad del socio gestor, colectivo o comanditado, propio esta forma de sociedad, por aplicación de los arts. 181 y 364.

ARTÍCULO 364.- (Otras normas aplicables). Sin perjuicio de los artículos 356 y 357, se aplicara supletoriamente a la sociedad en comandita por acciones el Capítulo III referente a sociedades en comandita simple.

Conc: c. com. 161 - 184 y s. - 357 -

Comprendido en las anots. a los arts. de este capítulo.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso único del Art. 184.

CAPÍTULO VII

ASOCIACIÓN ACCIDENTAL O DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

ARTÍCULO 365.- (Características). Por el contrato de asociación accidental o de cuentas en participación, dos o más personas toman interés en una o más operaciones determinadas y transitorias, a cumplirse mediante aportaciones comunes, llevándose a cabo las operaciones por uno o más o todos los asociados, según se convenga en el contrato.

Este tipo de asociación no tiene personalidad jurídica propia y carece de denominación social.

Precd: c. mtl. abrg. 229 - 288 -

Conc: c. com. 126, 6)-133-134-373-1500, 5)-1596-

JURISPRUDENCIA

"Para establecer la parte que corresponde a cada socio en las utilidades de la firma, no basta que se hubiese acreditado la existencia de la sociedad accidental, sino que debía probarse mediante peritos designados por ambas partes y un dirimidor, si fuese necesario, y no dejar su averiguación para la ejecución de sentencia" (G.J. N° 1602, p. 38).

ARTÍCULO 366.- (Ausencia de formalidades). La asociación accidental o de cuentas en participación no está sometida a los requisitos que regulan la constitución de las sociedades comerciales ni requiere de inscripción en el Registro de Comercio. Su existencia se puede acreditar por todos los medios de prueba.

Precd: c. mtl. 229, 2ª parte-

Conc: c. com. 28-

Este tipo de sociedad (Art. 126, inc. 6), reglamenta el c. mtl. abrg. (arts. 229 y 288) como sociedad no como asociación, cambio término lógico posiblemente inspirado en el sistema legislativo italiano, cuya influencia es evidente en la nueva codificación.

El problema terminológico, en este caso, se remonta a las primeras reglamentaciones codificadas del derecho comparado, que inclusive ha provocado largas controversias sobre la naturaleza jurídica del instituto (sobre si es sociedad, asociación o simplemente contrato, aunque sui generis), que luego se verán.

La doctrina considera que este tipo de sociedad fue conocido y practicado en todo tiempo. Según estudios sobre el Código babilónico de Hammurabi (aproximadamente 2.000 años a. C.) de Szlechter, Bonfanti, Harper (cit. de Cañizares), parece probado que entre sus reglas hay

algunas que norman una sociedad, sin personalidad civil, muy parecida a la sociedad en participación, porque sólo un socio era conocido en las relaciones externas. Se señala la *colonna italiana* y aún antecedentes de las fórmulas jurídicas de la participación contenidas en el *Consolat de Mar* y en *Costumbres de Tortosa*, como sus precedentes medievales. La *colonna* para las empresas marítimas y también para toda clase de negocios en general la *commenda* (que Goldschmidt, Saleilles, Vivante y otros, sólo la consideran antecedente histórico de la sociedad en comandita; v. la anot. al Art. 184) que, según Garrigues (cit. de Cañizares), en realidad tiene dos derivaciones: la sociedad comanditaria, que sólo conserva el nombre y en la que el socio capitalista se manifiesta al exterior como participe del negocio, por una parte y, por la otra, en la que el capitalista permanece oculto o desconocido para terceros, sin responsabilidad, por tanto frente a ellos y en la que, además, el negocio, sin firma social ninguna se muestra externamente como individual del comerciante y que es el antecedente directo de la asociación de cuentas en participación, que conservaría la esencia de la antigua *commenda*.

Se la ha denominado *participatio*, *societas per viam participationis*, *compagnia secreta*. En el antiguo derecho francés (*Ordenanza de 1673*, cit. de Malagarriga), se la llamó *societe anonyme*, expresión que nada tiene que ver con la misma expresión moderna que designa la sociedad por acciones llamada anónima (v. la anot. al Art. 217), pero que ha quedado en el *Canadá francés*. En el derecho alemán y austriaco, se la conoce como sociedad tácita o *stitte gesellschaft*. En Francia, desde el *Código de 1807* *association en participation* y desde la ley de 1921, sociedad. En Bélgica, es la *association momentanée*. En Italia, se conserva la denominación de *associazione in partecipazione*. En Suiza, no se la menciona y se le aplica las reglas de la sociedad simple o civil. En Inglaterra tiene su equivalente en el *sleeping partner* o *dormant partner* (socio durmiente u oculto) que viene a ser un participante. En los Estados Unidos, esa equivalencia aproximada se da en el contrato llamado *joint ventures*. En Portugal se denomina *conta en participacao*. En España, como en Perú, Cuba, Ecuador, de cuentas en participación. En México, Venezuela, asociación en participación. en Guatemala contrato de participación. En Argentina y Uruguay, sociedades accidentales o en participación. Y en el nuevo *Código de Bolivia*, asociación accidental o de cuentas en participación. (cits. de Cañizares).

Así como la terminología difiere según las diversas reglamentaciones locales, la doctrina sobre la naturaleza jurídica de este tipo, que esta formulada y fomentada según esa misma diversidad reglamentaria, también acusa acentuadas diferencias. La cuestión fundamental que se plantea, es la de si es o no una sociedad. Los autores argentinos (excepto Garo) no atribuyen significación a la controversia doctrinal francesa, apoyados en la definición categórica de los preceptos legales que la reglamentan como una verdadera sociedad (Rivarola, Siburu, Malagarriga, Fernández). La discusión de los autores franceses terminó en 1921, cuando una reforma legal del

c. com. calificó como sociedades a las asociaciones en participación. En España la mayor parte de la doctrina, también la reputa sociedad. En Alemania, la generalidad de los autores (según Gilles, cit. de Cañizares) la consideran una institución sui generis. En Italia, mientras pocos autores (Vidari, por ejemplo) sostienen la tesis de la sociedad, prevalece la corriente que no le asigna carácter de sociedad o, dicho en otros términos, como una forma impropia de sociedad (Varoselli, Brunetti, Vivante, Messineo).

Garo, subraya que no puede haber sociedad sin capital, sin domicilio, sin razón social y sin socios en el real sentido del vocablo, lo que intenta redargüir Malagarriga, señalando que desconocer su carácter de sociedad con la afirmación de que no hay socios, envuelve una petición de principio. Cañizares, sostiene la tesis de la sociedad, porque señala que concurren como elementos que la corroboran: a) la agrupación de personas; b) la aportación de los contratantes; c) un objeto común, y d) el reparto de beneficios y pérdidas entre los que la forman.

Messineo, luego de señalar que la contigüedad de este instituto con la disciplina de la sociedad, que en el caso del c.c. italiano-dice-en vez de ser ubicado en el libro de las obligaciones, ha sido desplazado como una especie de apéndice a la regulación de las sociedades, por el nexo que ordinariamente liga a la asociación en participación a una empresa, advierte que no debe llevar a un error de apreciación la afinidad entre los dos fenómenos y, más bien, debe observarse que, con respecto a la sociedad en general, la asociación en participación se destaca más por los caracteres diferenciales que por las afinidades. En efecto, en el aspecto económico y desde el punto de vista jurídico -añade- la cooperación presenta un modo diverso de unión que en la sociedad, en el sentido de que mientras en esta cada socio participa, directamente y a título igual en el negocio, así sea por intermedio del sujeto colectivo sociedad, en la asociación en participación el concurso del asociado se limita al riesgo o resultado del negocio, pero no a la gestión. Tampoco forma la participación una voluntad colectiva o social, ni un patrimonio autónomo, que es propio de la sociedad y, finalmente, además de otras razones diferenciales, no hay reparto de utilidades, sino división de utilidades de pertenencia común. Messineo, señala que no debe excluirse también la asimilación entre asociación en participación y sociedad oculta y la sociedad irregular, que son sociedades y les alcanza la distinción de los caracteres diferenciales anotados supra.

Las características que señala el Art. tienen una notable coincidencia con la doctrina italiana, de la cual cabe extraer la definición que del instituto da Vivante: forma impropia de sociedad, por la cual una persona toma parte en los negocios comerciales de otra, aumentando la potencialidad financiera de aquella con el aporte de sus bienes o de sus obras, para dividir con ella las utilidades y las pérdidas en los negocios, realizados en interés común.

Generalmente, tiene vida breve y envuelve operaciones determinadas; ejemplos: comerciantes que se asocian con otros para comprar a riesgo común mercaderías determinadas en el país de origen, o un empresario de obras públicas que se asocia en la licitación con un capitalista y la conduce a riesgo común, etc.

La nota distintiva de esta forma de actividad social, es el de no estar sometida ni a forma con finalidad constitutiva (Art. 366), ni a publicidad (Art. 132), ni a inscripción en el registro de comercio (Art. 28); no precisa denominación (Art. 127, 3) y no constituye un sujeto de derechos porque carece de personalidad jurídica (Art. 133). Su duración (la ley la declara transitoria), depende de la voluntad de los contratantes.

JURISPRUDENCIA

1.- "La sociedad constituida entre A y B, tiene personalidad distinta e independiente de la sociedad accidental del predicho A y C, cuyos actos no pueden, por lo mismo, ser obligatorios para aquella, y mucho menos los ejercidos por este último (C) sin el carácter de socio o mandatario suyo (de B)" (G.J. N° 645, p. 5).

2.- "Según el Art. 1202 (754) del c.c., concordante con el 288 del c. mtl. (128, c. com.), todas las compañías (sociedades) deben celebrarse por escrito (en el régimen legal vigente actualmente, por aplicación del Art. 1328, I, del c.c. y 786 del c. com.)" (G.J. N° 646, p. 31).

3.- "No están sujetas para su formación a solemnidad ninguna y se contraen por escrito o de palabra y los socios que intentaren cualquier reclamo podrán justificar la existencia del contrato por cualquier genero de prueba que permite el derecho" (G.J. N° 1296, p. 92).

ARTÍCULO 367.- (Derechos y obligaciones frente a terceros). El o los asociados encargados de las operaciones, actuarán en su propio nombre. Los terceros adquieren derechos y asumen obligaciones solamente con respecto de dichos asociados, cuya responsabilidad es solidaria e ilimitada.

Los asociados no encargados de las operaciones carecen de acción directa contra terceros.

Conc: c. com. 135- 173-368-

El asociante (Messineo), es el exclusivo dominus y señor del negocio, como si no existiese un asociado. De ahí por que, siendo la titularidad del negocio del asociante, la responsabilidad frente a terceros acreedores es enteramente suya y las respectivas obligaciones sólo comprometen su patrimonio y, si son varios los asociados, esa responsabilidad es solidaria e ilimitada para ellos. La responsabilidad del asociado, queda circunscrita a su aporte y no tiene acción ninguna contra los terceros que han tratado con el asociante en el negocio de interés común. Esta situación del asociado varia, en el supuesto del artículo siguiente (368). La revelación consentida de los asociados, acarrea para estos responsabilidad similar a la de los asociados, frente a terceros. El sistema adoptado en este punto por el Código es el de la legislación alemana que previene estos recaudos porque el asociado tiene carácter de socio oculto. Igual sistema sigue la legislación argentina. En Francia e Italia, el conocimiento de los asociados por parte de terceros, no altera la responsabilidad que sólo es del asociante. Esta consecuencia en el sistema franco - italiano, se explica y parece más lógica, habida cuenta que el asociante no es un órgano a la manera del administrador de sociedad, ni ostenta representación social ninguna: opera -dice Messineo- nomine proprio, no nomine alieno. Esta característica que esta expresamente reconocida en el Art., resulta contradicha en las consecuencias de la revelación de la identidad de los asociados, previstas por el Art. 368, que no guarda concordancia sistemática con el que le antecede, que es el que aquí se anota.

JURISPRUDENCIA

"Las sociedades accidentales no comprometen a la principal en las ejecuciones que contra aquellas se pueden (intentar)" (G.J. N° 465, p. 5).

ARTÍCULO 368.- (Consentimiento de los asociados). Cuando, contando con el consentimiento de los demás asociados, el o los encargados de las operaciones hacen conocer los nombres de éstos, todos los asociados quedan obligados, ilimitada y solidariamente, frente a terceros.

Conc: c. com. 367 -

ARTÍCULO 369.- (Rendición de cuentas). Todo asociado no encargado de las operaciones tiene derecho a pedir la rendición de cuentas de las mismas. Al término de la asociación accidental o de cuentas en participación, el o los socios encargados de las operaciones serán liquidadores y rendirán cuentas a los demás asociados.

Conc: p.c. 687 - c. com. 384 -

En cuanto a las relaciones internas de los asociados, el contrato es decisivo (Vivante). El asociado esta obligado a efectuar su aporte y el asociante esta obligado a hacer participe en las eventuales utilidades al asociado, todo dentro de los términos, condiciones y límites previstos en el contrato.

El asociante para exigir el cumplimiento de las obligaciones del asociado, tiene todos los medios coactivos que la ley confiere al acreedor. El asociado tiene derecho a la rendición de cuentas, definitiva o periódica, según el contrato; tiene también derecho a la fiscalización, en la forma del control acordada en el contrato o como aplicación del Art. 179, según disponen los arts. siguientes 370 y 371.

ARTÍCULO 370.- (Control de la asociación). Sin perjuicio de que el contrato designe al o los asociados para que ejerzan el control de la gestión, todos los demás tendrán derecho a examinar, inspeccionar, verificar y vigilar las operaciones encomendadas al o los asociados encargados de la operación.

Conc: c. com. 167 -

ARTÍCULO 371.- (Normas supletorias). A falta de disposiciones especiales, son aplicables a la asociación accidental o de cuentas en participación, las normas de la sociedad colectiva, en todo cuanto no sean contrarias a las de este Capítulo.

Conc: c. com. 173 y s. -

CAPÍTULO VIII

RESOLUCIÓN PARCIAL Y DISOLUCIÓN

SECCIÓN I **RESOLUCIÓN PARCIAL**

ARTÍCULO 372.- (Causas contractuales). El contrato constitutivo puede prever causales de resolución parcial no contempladas en este Título, siempre que no vulneren los derechos de los socios reconocidos en este Código.

Conc: c. com. 127, 12) - c.c. 454, II) -

El Código, en este capítulo, regula dos situaciones diversas: a) la resolución parcial del contrato social (Sección I); b) la disolución total de la sociedad en los casos enumerados en el Art. 378 de la sección II.

Las legislaciones, regulan causas de disolución de las cuales unas son comunes a todos los tipos de sociedad y otras están previstas para determinados tipos, regulaciones que se fundan por lo regular en la distinción esencial entre sociedades de personas y las de capitales y que, de ordinario, son tratadas al normar cada tipo de sociedad. En alguna medida, el Código no es ajeno a esa sistemática, como se advierte por las particulares disposiciones de algunas de sus normas, como los arts. 181 respecto de las colectivas, 194 respecto de las comanditarias simples, 209 y 212 respecto de las de responsabilidad limitada, 354 sobre las sociedades anónimas y 357 sobre las comanditarias por acciones.

En general, a las sociedades por acciones se aplican todas las causa de disolución comunes a todos los tipos de sociedades, en tanto no tengan relación con situaciones personales de los socios, como la muerte, la quiebra o la interdicción de alguno de ellos, su retiro voluntario o su exclusión por causas justificadas.

Por eso, en algunas reglamentaciones, por disolución se entiende la total, que es la verdadera disolución de la sociedad porque representa su extinción, y la situación que afecta, particularmente a uno o algunos de los socios, es llamada por algunos autores (Garrigues, Mantilla Molina, Rodríguez, Cañizares) y el Código hondureño (Art. 311 y s.) disolución parcial, que otros códigos (español, uruguayo, peruano, argentino) denominan rescisión parcial (siempre que no se modifique la razón social, c. com. argentino, Art. 419) o disolución limitadamente a un socio (c.c. italiano, arts. 2284 a 2290, sobre sociedades simples), lo que otras legislaciones (alemana, suiza, venezolana, mexicana, panameña) sin referirse ni a disolución ni a rescisión tratan simplemente como la exclusión o separación de un socio.

El Código, ha introducido la figura de la resolución que, como el concepto de rescisión, evoca la naturaleza contractual de la sociedad según la noción que de ella da el Art. 125 (v. la anot. al Art. 217 relativamente a la aplicación de este concepto a la sociedad anónima) . En la técnica terminológica, parece mejor empleada la expresión resolución, que opera ex lege, es decir, por ministerio de la ley, que el vocablo rescisión, que requiere consentimiento mutuo y previo de las partes (c.c. Art. 519). Este Art., por eso y en realidad, a lo que se refiere es a causales se rescisión parcial, que ya están contractualmente predeterminadas en el acto constitutivo.

Si bien en la sección no se dice si la separación del socio, cuyo nombre compone la razón social, produce disolución y no solamente resolución parcial, como lo hace v. gr. el c. com. argentino (Art. 419), parece que cabe admitir que produce disolución y no solamente resolución por aplicación del Art. 474, relativo a la extinción del nombre comercial, cuando el socio cuyo nombre compone ese nombre comercial (razón social), ha establecido en el acto constitutivo que su muerte o su separación de la sociedad importara el retiro de su nombre de la razón social. El cambio de razón social, así se use el aditamento de sucesores de, previsto en el Art. 174, implica modificación constitutiva que supone la disolución de la sociedad modificada, según parece derivarse, además, de la aplicación del Art. 471 al caso aquí propuesto.

Sólo están comprendidas en esta sección las sociedades mencionadas en los arts. 373 y 374: colectivas, comanditarias simples y accidentales o de cuentas en participación v, en algunos casos, expresamente determinados, las de responsabilidad limitada y las comanditarias por acciones.

La ineficacia de los pactos del acto constitutivo sobre causales de resolución no previstos en el Título, que vulneran los derechos que el Código reconoce a los socios, se funda en que los derechos declarados a que alude, son de orden público (ejemplos: arts. 181, 193, 287).

Cabe destacar en estas consideraciones generales sobre la disolución en general (por resolución parcial o por disolución total), la breve interpretación histórica que de las etapas de su proceso evolutivo ofrece Rodríguez, al señalar que las disposiciones relativas a la disolución de las sociedades comerciales, enseñan una relación dramática entre dos principios contrapuestos: el de la disolución por la voluntad y por motivos estrictamente personales y el del mantenimiento de la empresa por encima de las contingencias de los socios y de la voluntad individual de cada uno de e los, el primero netamente consagrado en la sistemática romanista, el segundo expresamente reconocido en las modernas legislaciones. La evolución muestra tres etapas: en la primera se permite el pacto de continuación de los herederos; en la segunda la exclusión de los incapaces como base del mantenimiento de la empresa, y, en la tercera, el reconocimiento legal del principio de conservación de la empresa, en función del valor objetivo de la misma. Esta concepción de las causas de resolución y disolución, esta incorporada al sistema normativo del Código.

Por lo demás, ha de tenerse presente que si la sociedad esta constituida sólo por dos socios, es obvio que la resolución parcial produce necesariamente la disolución total (Fernández), salvo en el caso de muerte de uno de ellos si esta previsto que la sociedad continuara con sus herederos (Art. 373).

ARTÍCULO 373.- (Muerte de un socio). En la sociedad colectiva, comandita simple y asociación accidental o de cuentas en participación, la muerte de un socio resuelve parcialmente el contrato. Sin embargo, en las sociedades colectivas y en comandita simple, puede estipularse que la sociedad continúe con los herederos del socio fallecido si éstos tienen capacidad para ejercer el comercio.

En la sociedad en comandita puede condicionarse la incorporación de los herederos a la transformación de su parte en comanditaria.

En la sociedad de responsabilidad limitada se aplicará lo dispuesto en el artículo 212.

Preced: c. mtl. abrg. 266, 3) - 268 -

Conc: c. com. 173 - 184 - 212 - 365 -

El Art. regula uno de los eventos que no implican necesariamente la disolución del vínculo social entre todos los socios, sino su modificación por efecto de la desaparición de uno de ellos y que es propio de las sociedades personales.

Si el contrato social establece que la sociedad continuara con los herederos del socio fallecido, la estipulación es perfectamente válida para las partes y es ley para ellas y sus sucesores (arts. 519 y 524, c.c.), sin perjuicio del derecho de los herederos de aceptar o no la herencia (c.c. Art. 1025). Se discute, según las particularidades de cada legislación social, si procede un convenio subsiguiente entre socios sobrevivientes y herederos del fallecido para la continuación de la sociedad. Para la doctrina argentina, según las determinaciones de su Código civil, la estipulación obliga a los socios sobrevivientes, pero no a los herederos que son libres de aceptarla o no. Para la doctrina francesa predominante (Pic, cit. de Fernández), la cláusula obliga por igual a socios sobrevivientes y herederos del fallecido. No parece que haya mucho fundamento para promover una definición categórica en la materia, si se considera que el heredero que no desea continuar en la sociedad, tienen los medios de eludir esa continuación, transmitiendo o cediendo su parte.

También es válida y de eficacia incontrovertible la cláusula del contrato social que disponga que la sociedad se disuelve totalmente, por causa de muerte de uno de los socios.

Véase, además, la anot. al Art. 212.

JURISPRUDENCIA

"La menor tiene participación en la mencionada sociedad comercial, hasta el balance de 30 de junio de 1903 (que comprende las operaciones pendientes a tiempo del fallecimiento del causante, incluidas las complementarias a ellas), conforme al Art. 268 del c. mtl. (373, c. com.)" (G.J. N° 820, p. 41).

ARTÍCULO 374.- (Exclusión de socios). En todas las sociedades mencionadas en el artículo anterior, cualquier socio puede ser excluido si media justa causa.

Existirá justa causa cuando el socio:

- 1) Incurra en grave incumplimiento de sus obligaciones;
- 2) Cometa actos fraudulentos o dolosos contra la sociedad;
- 3) Use, en su provecho personal, la firma o el patrimonio social, sin autorización;
- 4) Sea declarado en quiebra, pierda SU capacidad o esté inhabilitado para ejercer el comercio, excepto si se trata de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada.

Estas causas también son aplicables a los socios gestores de las sociedades en comandita por acciones.

Conc: c. com. 19-141-160-173-183-184-195-365-375-376-377-

Además de las sociedades colectivas, comanditarias simples y la asociación accidental o de cuentas en participación, están mencionadas las de responsabilidad limitada y comanditaria por acciones, puesto que cabe considerar que están incluidas en la expresión todas las sociedades mencionadas en el Art. anterior, con la expresa excepción en lo tocante al inc. 4) respecto de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada únicamente y de los socios comanditarios (o accionistas) de las sociedades en comandita por acciones, de acuerdo a lo que dispone el Art. in fine.

Los incs. 1), 2) y 3) del artículo importan que el socio pasible de exclusión, ha violado obligaciones de fidelidad a la sociedad, particularmente en los actos fraudulentos o dolosos que implican intención delictiva, sancionada penalmente, de irrogar perjuicios a la sociedad en provecho propio o de terceros, en los que la causal se justifica por si misma.

Respecto del inc. 4) las causas de inhabilidad en general, están determinadas en el Art. 19.

Aunque el Art. no lo comprende, también el perecimiento de la cosa que el socio se había obligado a aportar en propiedad a la sociedad, ocurrido antes de que la propiedad o dominio pase a la sociedad, puede dar lugar a la exclusión (Art. 150, primera parte, y Art. 159), aún en las sociedades anónimas en los casos y formas señalados en el Art. 246.

ARTÍCULO 375.- (Efectos de la exclusión). La exclusión produce los siguientes efectos:

- 1) El socio excluido tiene derecho a recibir en dinero el valor que represente su parte de interés, cuotas y beneficio que le correspondan a la fecha de su exclusión;
- 2) Respecto a las operaciones pendientes, el socio excluido participa en los beneficios y soporta las pérdidas de esas operaciones;
- 3) La sociedad puede retener, hasta la liquidación de las operaciones en curso, la parte del socio excluido;
- 4) En el caso de aportes de uso de un bien, la restitución de su valor se pagará en dinero si éste es indispensable a la sociedad, y
- 5) Frente a terceros, el socio excluido responde por las obligaciones sociales hasta el momento de la inscripción, en el registro de Comercio, de la modificación correspondiente al contrato social.

Conc: c. com. 29 - 274 -

En todos los casos en que la relación social se resuelva en cuanto a un socio, este tiene derecho a la liquidación de su cuota, que se hace según la situación patrimonial de la sociedad a la fecha de exclusión y debe pagarse en dinero y no en especie, lo que se explica más como salvaguarda del patrimonio social (Messineo).

Respecto de las operaciones en curso, a cuya parte de utilidades tiene derecho el excluido, la retención de que trata el inc. 3) sólo alcanza al importe de esas utilidades, si las hay, relacionadas con las operaciones en curso y no a todo el interés del socio, que debe liquidarse sin esperar los resultados de las operaciones pendientes.

Desde luego, esto tiene excepción en el caso de quiebra, evento en el cual el excluido no tiene derecho a retirar suma ninguna y debe hacerlo el síndico de la quiebra (arts. 1563, 1) y 1591).

Como la exclusión supone modificación del acto constitutivo, esta debe ser inscrita en el registro de comercio (arts. 29, 4) c. com. y 32 Rgto. rg. com.), para que surta efectos contra terceros y

mientras no sea inscrita no afecta los derechos de estos. La inscripción es inexcusable para que el socio excluido quede liberado frente a terceros, aún en el supuesto de que los otros socios consientan en asumir la parte o la cuota del excluido, supuesto en el cual la modificación no alcanza al capital social, porque la devolución del interés de aquel no ha disminuido el patrimonio social, sino que se ha distribuido entre los socios restantes, quienes acrecen su interés en la proporción en que han contribuido a la devolución.

ARTÍCULO 376.- (Necesidad de decisión judicial). La exclusión de un socio y, en su caso, su suspensión provisional, se solicitará por los representantes de la sociedad o por cualquier socio bajo su responsabilidad personal. El juez procederá sumariamente.

La exclusión solicitada por uno de los socios se substanciará con citación de todos los demás.

Conc: c. com. 374- 1480-p.c. 317, 2) - 478 -

En primer término, cabe indicar que el Art. no obsta que la exclusión se haga por acuerdo de los socios y el que deba ser excluido, mediante una modificación directa del acto escriturado, particularmente en los casos en que no haya responsabilidad de resarcir daños, como ocurriría en el evento de la comisión de actos fraudulentos o dolosos contra la sociedad, que necesariamente precisará averiguación y sanción judicial de los hechos (Art. 374, 2). Pero no puede someterse la exclusión a la decisión arbitral (Art. 1480).

En cuanto al procedimiento, se supone que precederá un acuerdo deliberado de los socios, exceptuado el que ha de ser excluido, sobre cuya base los representantes sociales, actuarán judicialmente por la vía que señalan los arts. 317, 2) y 478 del p.c. Cuando no hay acuerdo deliberado previo de los socios y actúa uno solo de ellos, bajo responsabilidad personal propia, los demás socios deben ser citados dentro del procedimiento judicial.

La acción no ejercitada en el plazo que señala el Art. siguiente, 377, caduca conforme al Art. 1514 del c.c.

ARTÍCULO 377.- (Extinción del derecho de exclusión).

El derecho a pedir la exclusión se extingue si no se ejerce dentro de los noventa días siguientes a la fecha en que se conoció la causa de la exclusión.

Conc: c. com.- 374 - c.c. 1514 -

Visto en la anot. al Art. anterior.

SECCIÓN II DISOLUCIÓN

ARTÍCULO 378.- (Causas de disolución). La sociedad se disuelve por las siguientes causas:

- 1) Acuerdo de los socios;
- 2) Vencimiento del término, salvo prórroga o renovación;
- 3) Cumplimiento de la condición a la cual se supeditó su existencia;
- 4) Obtención del objeto para el cual se constituyó o por la imposibilidad sobreviniente de lograr el mismo;
- 5) Pérdida del capital, conforme se haya estipulado en el contrato constitutivo. En las sociedades anónimas se aplicará lo dispuesto en el artículo 354. La disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro o su aumento;
- 6) Declaratoria de quiebra, salvo la celebración de convenio preventivo o resolutorio;
- 7) Elusión, conforme prescribe el artículo 405;
- 8) Reducción del número de socios a uno solo, y, en las sociedades anónimas, a menos de tres, siempre que no se incorporen nuevos socios en el término de tres meses. Durante ese lapso el socio único o los socios restantes de la sociedad anónima serán, ilimitada y solidariamente, responsables por las obligaciones sociales contraídas;
- 9) Causas previstas en el contrato constitutivo.

Precd: c. mtl. abrg. 266 - 267 - D.S. 8 Marzo 1860, Art. 1199-

Conc: c. com. 81, 3) -127, 7) y 12) -196-210-216-354-380-383-405-1317, 7)-Rgto. rg. com. 32-

Así como la constitución representa el nacimiento de la sociedad, porque crea el vínculo social, su disolución y liquidación (en general, fenómenos inseparables de un mismo hecho, excepto en caso de fusión), implican la extinción de la misma y dan fin a ese vínculo social (Cañizares).

El fenómeno jurídico de la extinción de las sociedades, es complejo: afecta tanto a las relaciones contractuales de los socios, como a una trama de vínculos jurídicos con terceros que la ley protege. Supone una terminación que no es tan sencilla como la de cualquier otro contrato que ha agotado sus efectos en las relaciones recíprocas de los contratantes. La aparición de una causa de disolución, no significa que la sociedad se extingue inmediatamente. Apenas es, como dice Rodríguez, el punto de partida de la situación de disolución que debe desembocar en la etapa de liquidación. Partiendo de esa promoción, se puede dar como noción del instituto la que

propone el autor citado: se llama estado de disolución la situación de la sociedad que pierde su capacidad jurídica para el cumplimiento del fin para el que se creó y solo subsiste para la resolución de los vínculos establecidos por la sociedad con: terceros, por aquella con los socios y por estos entre sí.

Las causas de disolución que señala el Art., como las que pueda establecer la voluntad de los socios en el acto constitutivo (inc. 9), al producirse causan la conclusión del vínculo social para todos los socios, sin excepción, a diferencia de lo que ocurre con la resolución parcial.

El acuerdo de los socios ha de tomarse observando lo que disponen el contrato social y la ley, esto es, con el cumplimiento de los requisitos necesarios para su validez: convocatoria, deliberación, decisión, según la clase de sociedad de que se trate. En principio, se acepta que la disolución de una sociedad pueden pedirla los socios, como pueden decidir su continuidad (Art. 379). Pero, anota Cañizares, no siempre puede disolverse por un acuerdo mayoritario (Art. 383), como también por consideraciones de protección a socios y terceros se impone la disolución incluso contra la voluntad de todos sus socios (ejemplos: arts. 354 in fine y 1596).

El transcurso del tiempo fijo determinado en la escritura social produce la disolución automática, ipso jure, de la sociedad. No hay necesidad de acuerdo alguno de los socios, por la razón simple de que ese acuerdo ya está preconstituido en el contrato de fundación o mediante la adhesión al mismo en los casos de adquisición derivada de la calidad de socio. Inclusive se juzga innecesaria la inscripción en el registro (Art. 32 Rgto. rg. com.), porque la de la escritura constitutiva es ya un dato conocido y público, aún para terceros.

El cumplimiento de la condición a que está subordinada la existencia de la sociedad, así como la finalidad consumada o imposible (incs. 3 y 4), no determinan una disolución automática, porque son problemas de hecho y requieren su inscripción.

La pérdida de capital, si no ha sido reintegrado o aumentado, es causa de disolución para todos los tipos de sociedad, con la particular regulación para las sociedades anónimas vista al tratar el Art. 354.

A la quiebra de la sociedad sigue la disolución ope legis (Messineo), esto es, sin necesidad de deliberación alguna de los socios sobre el particular. Al procedimiento de liquidación sustituye el de la quiebra. Fernández, observa con razón, que no obstante el categórico texto legal, la declaración de quiebra de la sociedad no provoca su disolución, sino simplemente su estado de liquidación solo para cancelar su pasivo frente a terceros. La sociedad subsiste, dice, y tanto es

así que puede celebrar concordato (convenio resolutorio; arts. 1644-1649), en cualquier estado del proceso y aún iniciada la liquidación, habida cuenta que la finalidad del convenio resolutorio (concordato) supone precisamente el retorno a la normalidad, la reanudación de actividades, no para liquidar los bienes sino para reintegrarse a la vida económica, solución que se funda en razones de conveniencia general y no exclusivamente en el interés del deudor y acreedores, porque un concordato que solo tuviera por objeto liquidar de todos modos la sociedad, no concilia con la finalidad de salvaguardar la conveniencia económica de asegurar la continuación de la empresa, de que expresamente hablan muchos preceptos, v. gr. el Art. 1531, caso 1).

La indicación del convenio preventivo, como salvedad de la disolución por quiebra, es impertinente. Es un procedimiento por cesación de pagos (arts. 1487 y 1501) anterior a la quiebra.

Esto es, si funciona el convenio preventivo, no hay declaratoria de quiebra y, por consiguiente, disolución. Frustrado el convenio concursal preventivo, se declara la quiebra y ya no hay posibilidad de convenio preventivo, sino de convenio resolutorio.

Por la fusión, las sociedades fusionadas se extinguen, esto es, se disuelven, aunque sin llegar al estado de liquidación (v. la anot. al Art. 405), porque pierden su personalidad jurídica.

La reducción del número de socios a uno en todas las sociedades o a dos en las anónimas (el inc. habla de menos de tres, esto es, dos), es causa de disolución, porque el caso importa una lógica aplicación de la doctrina contractual (Cañizares). Esta concentración de las acciones en una sola mano, puede producirse por la adquisición del paquete accionario en su unidad o también por medio de adquisiciones graduales en el mercado de partes alícuotas hasta reunir en una sola mano la totalidad de las acciones. Con este fenómeno, la persona sola (o los dos socios en las anónimas), concentra en sí los poderes de la asamblea y los poderes de los administradores.

La ley se ocupa de este caso, al solo objeto de establecer en que modo incide esa reunión sobre la responsabilidad del socio único o de los accionistas restantes en la sociedad anónima, en cuanto a las obligaciones de la sociedad, esto es, solamente a ciertos efectos meramente externos (Messineo).

Este principio no rige en todas las legislaciones y cada día se aplica menos en las sociedades anónimas. Cañizares, señala la diversidad siguiente: a) provoca la disolución en Francia, Bélgica, Portugal, Dinamarca, Finlandia, Noruega, Colombia, México, Brasil; b) es válida la sociedad unipersonal sin otras responsabilidades que las derivadas del derecho común en Suiza, España,

Holanda, Suecia y en las legislaciones locales de los Estados Unidos; c) esta permitido el funcionamiento de la sociedad unipersonal, pero con responsabilidad del socio único prevista especialmente en la ley, en Gran Bretaña; en Italia, respecto de las sociedades por acciones (c.c. Art. 2362) porque respecto de las sociedades simples (civiles) la disolución se opera si no se reconstituye la pluralidad en el plazo de seis meses (c.c. Art. 2272).

La reglamentación del Código, ubica al país en el tercer grupo, por su similaridad con la de la sociedad simple italiana: plazo para reconstituir la pluralidad.

Las causas previstas en el contrato constitutivo, están subordinadas al principio del Art. 454, II, del c.c.

JURISPRUDENCIA

1.- "La sociedad mercantil se disuelve por las causales expresadas en el Art. 266 (378) del c. com., exigiendo el Art. 273 y s. (384) del mismo código, como condición previa e indispensable para la liquidación de las sociedades, su disolución" (G.J. N° 170, p. 815).

2.- "La escritura pública con la que se disuelve la sociedad mercantil que tenían establecida el actor y el demandado, determina los derechos y obligaciones de estos y debe ejecutarse conforme a la regla del Art. 725 (519) del c.c." (G.J. N° 748, p. 22).

3.- Véase el caso N° 1 del Art. 394.

ARTÍCULO 379.- (Prórroga de la sociedad). La prórroga de la sociedad será acordada por unanimidad de los socios, salvo pacto en contrario y lo dispuesto para las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada.

La prórroga como su inscripción debe acordarse y solicitarse antes del vencimiento del plazo de duración de la sociedad.

Conc: c. com. 127 7)-209-295-296-444, 1) -Rgto. rg. com. 32-Rgto. s.p.a. 8, b) -

La prórroga o ampliación (y también la disminución) del plazo de duración, puede ser adoptada de acuerdo con las normas previstas en el acto constitutivo o en los estatutos.

Puede darse la prórroga en los supuestos de los incs. 2), 3) y 4) del Art. anterior. El acuerdo se toma por unanimidad, salvo estipulación constitutiva contraria. Para las sociedades , de responsabilidad limitada y anónimas, rigen los arts. 209, 295 y 296, que regulan el quórum de

asistencia y votación. El acuerdo de prórroga debe adoptarse antes de que el plazo previsto expire, porque si este se hubiera cumplido, la disolución ya operó ipso jure sus efectos y ningún socio podría ser obligado, dice Rodríguez, a aceptar la decisión mayoritaria. El acuerdo posterior al vencimiento, importa la constitución de una nueva sociedad, tanto desde el punto de vista formal como del fiscal.

La continuación de hecho de las operaciones de la sociedad, vencido el plazo sin que se haya acordado prórroga, importa que la sociedad deviene irregular, porque el vencimiento del plazo la ha extinguido y para su funcionamiento ulterior no está regularmente constituida a tenor del Art. 134, cuyas regulaciones se le aplican.

La prórroga es una modificación y como tal sujeta a las formas y solemnidades previstas, según el tipo de sociedad, incluida la inscripción en el registro, que como el acuerdo de prórroga, debe efectuarse antes del vencimiento.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 1 del Art. 381.

ARTÍCULO 380.- (Disolución declarada judicialmente). La disolución declarada judicialmente tendrá efecto retroactivo al día en que se produjo la causa motivadora.

Conc: c. com. 378 -

La declaración judicial a cuyos efectos se refiere este Art., se da en diversas situaciones. Ejemplificativamente, puede señalarse las relativas a la anulación del acto constitutivo (Art. 133), a la comprobación de la existencia de la sociedad (Art. 136), a la nulidad de las sociedades atípicas (Art. 137), a la anulación de la constitución social por vicios del consentimiento (Art. 138), a las actividades ilícitas (Art. 140), a la concentración de cuotas o acciones contrarias a la pluralidad (arts. 210 y 378, 8), etc.

ARTÍCULO 381.- (Efecto respecto a terceros). La disolución surte efecto respecto a terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro de Comercio y, en caso de sociedades por acciones, desde la publicación.

Conc: c. com. 29 - 132 - Rgto. rg. com. 32 -

La publicación de la disolución, es uno de los requisitos sin cuyo cumplimiento no se puede ordenar su inscripción en el registro (Rgto. Art. 32) y el Art. 132 exige la publicación de la disolución a todas l(l)s sociedades en general. Consiguientemente, la diferenciación que el Art. deja inferir entre sociedades personales y de acciones, no tiene asidero.

El objeto de todo registro es, fundamentalmente, llenar la función de publicidad, que hace conocido o, cuando menos, cognoscible, por la generalidad de los terceros y para la tutela de sus derechos, el acto jurídico sujeto a inscripción en el.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "En las sociedades colectivas disueltas, tiene personería la sociedad o persona que la sucede" (G.J. N° 740, p. 31).
- 2.- "Las estipulaciones contenidas en una escritura de disolución y liquidación de una empresa, no tienen efecto sino entre las partes contratantes, como prescribe el Art. 756 (523) del c.c. y no pueden dañar a un tercero, sobre todo cuando los derechos de este se apoyan en otros documentos anteriores" (G.J. N° 778, p. 11).
- 3.- Véase el caso N° 2 del Art. 378.

ARTÍCULO 382.- (Facultades de los administradores). Acordada la disolución, declarada judicialmente o producida alguna causal probada para proceder a la misma, los administradores tomaran las medidas necesarias para iniciar la liquidación de la sociedad, siendo responsables, solidaria e ilimitadamente, respecto de terceros y ante los socios por cualquier operación ajena a tal fin, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos.

Conc: c. com. 184 - 384 - 1317, 7) -

Aunque es cuestión debatida en la doctrina sobre si la disolución extingue o no extingue la sociedad, en el rigor de los principios y en la realidad, según Lyon - Caen y Renault, Pic y otros (cit. de Fernández), la sociedad debe considerarse extinguida con la disolución ya que su personalidad jurídica subsiste al sólo fin de la liquidación, situación que debe hacerse pública con el aditamento en liquidación (Art. 384 y 390) y que importa una positiva (o extintiva) restricción de la esfera de acción de la sociedad de que se trate, habida cuenta que la personalidad jurídica (Art. 133) se reconoce a las sociedades en función del objeto para el cual se constituyen (Rodríguez). Nótese que el Art. 1317, 7) declara extinguido el derecho de utilizar el crédito bancario para las sociedades disueltas, mientras según el Art. 397 la cancelación de la inscripción en el registro, determina (recién) la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad y, por

consiguiente, de ella misma. Por eso el Art. determina que disuelta la sociedad, declarada judicialmente su disolución o producida alguna causal que la hace inevitable (vencimiento de plazo, cumplimiento de la condición o del objeto, quiebra, v. gr.), no queda sino iniciar la liquidación y toda operación ajena a este único fin queda totalmente vedada con las consecuencias que señala el Art. para los responsables.

Si disuelta la sociedad, en vez de entrar en liquidación conforme a las normas legales pertinentes, continua sus operaciones se convierte en una sociedad irregular, con las consecuencias previstas en el Art. 134 frente a terceros y frente a los

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 1 del Art. 384.

ARTÍCULO 383.- (Regla de interpretación). Frente a la duda en la existencia de una causal de disolución se estará en favor de la subsistencia de la sociedad.

Conc: c. com. 378 -

Mencionado en la anot. al Art. 378.

CAPÍTULO IX LIQUIDACIÓN

ARTÍCULO 384.- (Liquidación y personalidad jurídica). Disuelta la sociedad, se procederá a su liquidación.

La sociedad en liquidación mantiene su personalidad jurídica para este solo fin.

Durante la liquidación son aplicables las normas pertinentes al tipo de sociedad de que se trate.

Precd: c. mtl. abrg. 273 -

Conc: c. com. 58-369-382-391 - 1317, 7) - 1491 -

La liquidación de la sociedad sigue a su disolución y en el concepto doctrinal predominante supone el conjunto de operaciones necesarias para concluir los negocios pendientes de la sociedad disuelta: cobrar lo que se le adeuda, pagar las deudas sociales, vender todo el activo y

transformarle en dinero y obtenido así el activo neto, repartirle o distribuirle entre los socios. Este criterio, que es el que informa las disposiciones de este capítulo, es el más amplio pero el menos jurídico según Fernández, para quien el concepto propio y restringido de liquidación no debe comprender la partición, porque las operaciones de liquidación y partición son perfectamente definidas y distintas.

Evidentemente, el amplio proceso que ahora se examina, se descompone en dos etapas distintas (Rodríguez). La primera, destinada a transformar el activo en dinero o, cuando menos, fijar el activo neto, satisfacer las deudas y hechas efectivas las acreencias sociales, etapa que es la de la liquidación en sentido estricto, y la segunda dedicada a la aplicación de ese activo neto a los socios en la forma que corresponda, etapa que es la de la repartición o distribución.

La liquidación se practica, desde luego, de acuerdo con las disposiciones estatutarias o del acto constitutivo, según los casos (Art. 127, 12), o en conformidad con el acuerdo de los socios concluido a tiempo de resolver la disolución, o en su defecto según las normas supletorias de la ley, aunque bien entendido que los derechos de los acreedores, el interés público, así como las reglas imperativas que la propia ley establece, están por encima de las normas convencionales antes mencionadas, que siempre están subordinadas a los límites impuestos por la ley y a la realización de los intereses dignos de protección jurídica, según el principio general contenido en el Art. 454, II del c.c.

Respecto de las fracciones 2ª y 3ª del Art., Rodríguez da una cabal interpretación: la liquidación no supone cambio fundamental alguno en la estructura de la sociedad. La única modificación que se produce afecta a la finalidad de la misma. La finalidad ordinaria u objeto social, desaparece como meta a conseguir y es substituida por el propósito de liquidación. No hay ni comunidad, ni ente social nuevo, ni ficción legal, conceptos alrededor de los cuales versa la discusión doctrinal mencionada en el Art. 382. La personalidad jurídica se mantiene, aunque taxativamente confinada al proceso de desintegración de la sociedad, que no puede realizarse caótica ni desordenadamente con perjuicio de terceros y de socios, por lo cual se practica a tenor de las normas prefijadas por los socios impuestas por la ley. Para lo que tenga que deliberarse o resolverse en ese proceso de desintegración, rigen por eso las normas correspondientes a cada tipo de sociedad.

La liquidación no es obligatoria, dice Vivante: los socios pueden acordar no dañar con la división el patrimonio social, mediante la fusión o la cesión en bloque de todo el patrimonio social, acuerdo que en las sociedades colectivas y comanditarias simples requiere unanimidad. La opinión del ilustre profesor reposa en que la liquidación está instituida en el interés de los socios,

en antítesis a la realización (liquidación) judicial que tiene lugar en la quiebra y que se hace en interés de los acreedores, quienes en la liquidación de la sociedad no tienen injerencia en la gestión liquidadora de una sociedad que paga sus créditos normalmente.

Un dato histórico de interés (Vivante) enseña que la liquidación fue codificada, sobre la base de la experiencia jurisprudencial francesa, por primera vez en el Código de comercio español de 1829, cuya reglamentación se difundió en otras legislaciones, entre ellas el c. mtl. abrg.

Disposiciones especiales rigen la liquidación de instituciones de crédito y de entidades aseguradoras. El Art. 1386, asegura un tratamiento especial y de excepción para los depósitos en cuentas de ahorro y ahorro para vivienda, que se examina en su lugar. La Ley de entidades aseguradoras (Art. 156), establece privilegios en favor de los beneficiarios de seguros de vida y de otras ramas del seguro, además de un régimen de liquidación propio (Lea arts. 139 a 162), al que las reglas del c. com. se aplican supletoriamente en todo lo conducente.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "La liquidación de las sociedades anónimas, no basta por si sola para cancelar las obligaciones contraídas a nombre de estas, hallándose sujetos los directores y administradores a la responsabilidad establecida por los arts. 273 y 274 del c. mtl. (384 y 385 del c. com.) sin que los estatutos especiales de las compañías lleguen a modificar o destruir los derechos de las extrañas a la sociedad" (G.J. N° 646, p. 34).
- 2.- "Las disposiciones del c. mtl. (c. com.) relativas a los modos de liquidación y distribución del haber social, rigen para el caso en que la respectiva escritura de constitución no los determina" (G.J. N° 1269, p. 7).
- 3.- Véase el caso N° 1 del Art. 378.

ARTÍCULO 385.- (Nombramiento de liquidadores). La liquidación de la sociedad estará a cargo del órgano administrativo, salvo pacto en contrario.

En su caso, el o los liquidadores serán nombrados por simple mayoría de votos dentro de los treinta días de dispuesta la liquidación. De no designarse a los liquidadores si éstos no asumen el cargo, el juez los nombrará a solicitud de cualquier socio.

El nombramiento y remoción de liquidadores, será inscrito en el Registro de Comercio.

Precd: c. mtl. abrg. 274 -

Conc: c. com. 29 - 127, 12) -

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 1 del Art. anterior.

ARTÍCULO 386.- (Remoción de los liquidadores). La mayoría requerida para nombrar liquidadores podrá, asimismo, revocarlos. Los síndicos o cualquier socio, pueden demandar su remoción por justa causa.

Conc: c. com. 335, 9) -

Si la designación de liquidadores o la forma de hacerla no están previstas en la escritura constitutiva o en los estatutos, se encargan de la liquidación los administradores, si el pacto social no lo prohíbe. Si las designaciones no están previstas y concurre esta prohibición, el nombramiento de uno o varios liquidadores se hace, dentro del plazo señalado en el Art. 385, por los socios reunidos en las sociedades colectivas y comanditarias simples y en junta general en las demás. El quórum de votación, para todos los casos, es el de la mayoría simple, lo que supone, en este aspecto, una derogación de las reglas particulares de cada tipo de sociedad.

Por cualquiera circunstancia que impida esta forma de designación, el nombramiento se demanda al juez por cualquier socio. El juez competente es el de Partido del domicilio social (Art. 122, 5) de la loj. y 2, c. com.). No parece existir ningún inconveniente, como bien señala Rodríguez, que pueda nombrarse liquidador a una sociedad comercial o persona colectiva.

La mayoría para la remoción (Art. 386), por consiguiente, es también la simple. La causa justa para su procedencia, puede encontrarse, por aplicación analógica de reglas, en las disposiciones relativas a la administración según el tipo de sociedad, en los arts. 176, i.f., 188, 203, 329 y 360, una vez que las obligaciones y las responsabilidades que les incumben, según el Art. siguiente (387) son las correspondientes a los administradores. Causa justa, propia para el cargo de liquidador, es además la que señala el Art. 388 i.f. El derecho de revocación, mediando causa justificada y reuniendo la mayoría señalada por la ley o decisión judicial en su caso, puede aplicarse incluso a los liquidadores nombrados por autoridad judicial.

ARTÍCULO 387.- (Obligaciones y responsabilidades de los liquidadores). Los liquidadores asumen las obligaciones y responsabilidades señaladas para los administradores, sin perjuicio de todo lo dispuesto expresamente en este Capítulo.

Conc: c. com. 163- 164- 388- 389-410-

Las cualidades necesarias para el desempeño, dependen de los estatutos y, en su defecto, ha de aplicarse analógicamente también las relativas a la administración, incluidas la necesidad de la calidad de comerciante y la obligación de caucionar el cometido (arts. 309 y 312), habida cuenta la atribución de obligaciones y responsabilidades propias de la administración que este Art. les asigna. El Art. 276 del c. mtl. abrg., establece la obligación de prestar caución para los liquidadores no-administradores, porque estos ya la prestaron para asumir la administración.

En síntesis, puede decirse que la situación jurídica del liquidador es, *mutatis mutandis*, la del administrador (Fernández), porque evidentemente tiene ese carácter respecto de la sociedad en liquidación y, en consecuencia, le son aplicables los mismos preceptos y principios que rigen para los administradores, con la diferencia que implica el concepto básico de que maneja la liquidación de una sociedad disuelta, concepto que excluye toda facultad o acto que no sea necesario para la liquidación, pero que comprende otros que no podría realizar el administrador de una sociedad no disuelta, como la venta de los bienes que constituyen su capital, incluso los inmuebles.

ARTÍCULO 388.- (Inventario y balance). Los liquidadores levantarán un inventario completo y elaborarán un balance de liquidación, documentos que se pondrán en conocimiento y a disposición de los socios, dentro de los treinta días de asumido el cargo. El plazo señalado puede ampliarse hasta ciento veinte días por acuerdo de simple mayoría. Su incumplimiento es causal de remoción y hace a los liquidadores responsables por los daños y perjuicios.

Preced: c. mtl. abrg. 275 -

Conc: c. com. 50 - 387

Entre los primeros actos de los liquidadores, esta la ocupación (Rodríguez), que comprende todos los bienes muebles e inmuebles que forman parte de los negocios sociales y se extiende a los bienes, libros y papeles de la sociedad.

El inventario y balance debe practicarse con la asistencia o supervigilancia de los encargados de la fiscalización, según el tipo de sociedad. En las sociedades anónimas, de los síndicos (Art. 335, 9). La obligación de formar inventario y balance, es absoluta, esto es, incumbe aún al administrador nombrado liquidador que, en aquel carácter, hubiera hecho inventario y balance

antes de la disolución, no sólo porque la ley no hace distinción al respecto, sino, sobre todo (Fernández), porque debe darse a la liquidación una base segura.

ARTÍCULO 389.- (Facultades de los liquidadores) . La representación de la sociedad durante la liquidación estará a cargo de los liquidadores con todas las facultades para celebrar los actos necesarios con el objeto de realizar el activo y cancelar el pasivo.

Según las normas que correspondan al tipo de sociedad, los liquidadores se sujetarán a las instrucciones de los socios.

El incumplimiento de ellas hace responsables a los liquidadores por los daños y perjuicios ocasionados.

Conc: c. com. 163 - 164 - 387 -

Los liquidadores son los representantes legales de la sociedad que se liquida. Esa representación, implica el uso de la firma social (Art. 390), pero siempre al solo objeto de la liquidación: realizar el activo y cancelar el pasivo, que no asigna más facultad que la de liquidar y de contraer las obligaciones que sean consecuencia natural e inmediata de la liquidación, facultad que se explica en el hecho de que los liquidadores actúan en el interés de la sociedad, a la que administran en la etapa de liquidación, y no en el de los socios ni en el de los acreedores de estos ni en el de los acreedores de aquella (Rodríguez).

Sobre las instrucciones de los socios, que menciona la segunda fracción del Art., esta dicho lo que corresponde en la anot. al Art. 384 in fine. La responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones, además de consecuencia de los principios generales, lo es de la regla particular del Art. 387.

ARTÍCULO 390.- (Aditamento a la razón social o de nominación). Los liquidadores actuaran empleando la razón social o denominación de la sociedad con el aditamento "en liquidación". La omisión los hace solidaria e ilimitadamente responsables.

Conc: c. com. 127, 3) -

El aditamento que señala el Art., para que los liquidadores mantengan en su actuación el uso de la razón social o denominación de la sociedad, fija implícita e inequívocamente la causa y el efecto esenciales de la liquidación: la disolución como causa y como efecto la desaparición de

los administradores ordinarios y la transformación de la actividad ordinaria de la sociedad en una actividad de liquidación. Es una norma de publicidad en garantía de los socios y de terceros, complementaria de la prevista en el Art. 384, i.f., respecto de la inscripción obligatoria en el registro del nombramiento o remoción de los liquidadores.

La omisión, no impide, sin embargo, el efecto que al estado de liquidación atribuye la ley y ella sólo origina la responsabilidad personal, solidaria e ilimitada, de los liquidadores y no de la sociedad.

ARTÍCULO 391.- (Información a los socios). Los liquidadores deben informar periódicamente a los socios sobre el estado de la liquidación y, cuando menos, cada tres meses. En las sociedades por acciones esta información será presentada a los síndicos.

Se elaborarán balances periódicos mientras continúe la liquidación.

Precd: c. mtl. abrg. 277

Conc: c. com. 335, 9) - 384 -

El estado de liquidación no supone la suspensión de los derechos de los socios, en lo que hace a la fiscalización y control de la situación de la sociedad. Con mayor razón, en esta etapa, los socios deben estar debida y continuamente informados del proceso de liquidación. El objeto de despejar toda duda sobre el particular, llena este Art.

ARTÍCULO 392.- (Participación y distribución). Ningún socio podrá recibir el haber que le corresponda, mientras no queden extinguidas las obligaciones de la sociedad o están suficientemente garantizadas las pendientes.

Todo acuerdo de distribución se publicará en la forma señalada para la reducción de capital y tendrá los mismos efectos.

Precd: c. mtl. abrg. 283 -

Conc: c. com. 142-394-395- 1386- 1596-

La tarea de los liquidadores consiste en dejar un patrimonio neto, libre de obligaciones y acreencias, de compromisos, gravámenes o reclamaciones. Para ello no sólo han de satisfacer estrictamente las obligaciones sociales pendientes, sino también cobrar lo que se debe a la sociedad, a cuyo fin tienen la facultad de exigir el cumplimiento de las obligaciones en favor de

ella, entre las cuales están sin duda ninguna las aportaciones pendientes de pago por parte de los socios (Art. 393) y los dividendos a que tenga derecho la sociedad como socia de otra.

Dejar extinguidas las obligaciones sociales, en su más amplio sentido, supone cumplir todas las obligaciones y poner fin a todas las relaciones jurídicas pendientes, tratándose de cualquier contrato o negocio jurídico vinculante, que por cualquier motivo reata todavía a tiempo de la liquidación a la sociedad que ha de desaparecer. En resumen, supone dar cumplimiento a todas las obligaciones de dar, hacer o no hacer, para lograr la liberación del patrimonio, al objeto de su distribución entre los socios (Rodríguez).

Sin embargo, puede ocurrir que algunas obligaciones deban quedar pendientes, extremo previsto en la primera fracción del Art. in fine. Sería el caso, v. gr. de los acreedores con créditos de plazo no vencido que tienen el beneficio del término establecido a su favor (Art. 313, c.c.). El supuesto hace evidente que los liquidadores no pueden obligar a los titulares de esos créditos la aceptación del pago y lo que procede es dejar pendientes esas obligaciones, pero, como dice el Art., suficientemente garantizadas.

La publicidad de la distribución, tiende a proteger los derechos de terceros de buena fe y evitarles engaños. Por lo demás, la prohibición de distribuir sus haberes a los socios, antes de cumplidas las condiciones fijadas en el Art., que debió concretarse a la materia de ellas, tiene su ubicación propia en el Art. 395.

JURISPRUDENCIA

"Mientras termine la operación de liquidación y entretanto que no se extingan los créditos sociales, no pueden pagarse las deudas particulares de los socios" (G.J. N° 711, p. 27).

ARTÍCULO 393.- (Obligaciones de los socios o accionistas). Los liquidadores deberán exigir de los socios los aportes pendientes que no hubieran satisfecho o la parte de las acciones suscritas y no pagadas. Asimismo, están obligados a exigir a los socios, según el tipo de sociedad de que se trate y conforme el contrato constitutivo, las contribuciones que les corresponda si los fondos sociales no llegan a cubrir las deudas.

Conc: c. com. 159-243-

A lo dicho sobre este Art. en la anot. al anterior, cabe agregar que, en primer término, los liquidadores deben pedir a los socios la integración de sus aportes, si a tiempo de la liquidación

existieren saldos pendientes de desembolso, y la devolución de los fondos sociales que hubieren sido retirados o percibidos por los socios indebidamente. Para este fin, no hay necesidad de demostrar que esos fondos hacen falta para cubrir el pasivo (Fernández, Malagarriga). La integración y la devolución mencionadas se hacen exigibles de inmediato, por el solo efecto de la liquidación y, en su caso, mediante la acción judicial correspondiente, así hubieren plazos no vencidos, particularmente cuando hace falta dinero para cubrir las: obligaciones del pasivo.

Si aún así quedare pasivo insoluto, los liquidadores están autorizados a exigir a los socios de responsabilidad ilimitada únicamente, los fondos necesarios, demostrada la insuficiencia de los fondos sociales para el efecto.

Para este caso, el procedimiento contra todos los socios se hará simultáneamente para los que se encuentren en igualdad de condiciones, o en forma proporcional si se trata de un porcentaje (Fernández).

ARTÍCULO 394.- (Balance final y distribución). Extinguido el pasivo social, los liquidadores elaboraran el balance final y un proyecto de distribución del patrimonio, los que serán sometidos a la aprobación de los socios.

La impugnación deberá ser hecha en el término de quince días y, en su caso, la acción judicial deberá promoverse en el término de los sesenta días siguientes.

En las sociedades por acciones el balance final y el proyecto de distribución serán suscritos también por los síndicos, y sometidos a junta general extraordinaria celebrada con las formalidades legales. Los accionistas disidentes o ausentes podrán impugnar judicialmente el balance y la distribución dentro de los términos señalados anteriormente, computables desde la fecha de la junta que los aprobó.

Precd: c. mtl. abrg. 211 -

Conc: c. com. 271 - 335 - 392 - 395

La facultad que este Art. atribuye a los socios, incumbe al interés personal de cada socio y no al de la sociedad o de la administración (Fernández) y, por esa razón, la conformidad o disconformidad con el balance final y el proyecto de distribución, son individuales, sin que tenga influencia alguna la decisión mayoritaria para coartar la acción de los disidentes minoritarios o individuales.

El socio que no aprobare la liquidación o la forma de distribución, tiene los plazos señalados en el Art. para impugnarlas ante los liquidadores (15 días) o mediante acción judicial (60 días), plazos que corren para cada socio separadamente porque no se trata de un término común, excepto para las sociedades por acciones, para cuyos socios los plazos corren desde la fecha de la aprobación de la junta general, por expresa disposición del Art. in fine.

La jurisprudencia argentina (cit. de Fernández), no comprende dentro de estos breves plazos de prescripción, la facultad de pedir rectificación de errores de cuenta resultantes de fraudes descubiertos posteriormente, que estarían sometidos a los plazos de prescripción comunes, interpretación que sin duda tiene el apoyo de los principios generales.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "No habiéndose realizado aún el objeto que se propuso la sociedad y subsistiendo el pacto que la constituyó, carece de fundamento la demanda para la devolución del capital aportado" (G.J. N° 643, p. 8).
- 2.- "El gerente de una sociedad colectiva que hizo pagos durante la vigencia de la sociedad, si después se disuelve esta, haciéndose cargo del pasivo dicho gerente, no puede repetir contra su antiguo consocio" (G.J. N° 748, p. 22).
- 3.- "Si se hizo balance por los socios o mandatarios para la división de una masa social, hubo materia cierta de contrato, sin que tampoco pueda alegarse error ni dolo, si se examinaron y consintieron las cuentas" (G.J. N° 750, p. 21).

ARTÍCULO 395.- (Distribución). Aprobado el balance final y el proyecto de distribución, se los inscribirá en el Registro de Comercio y se procederá a su ejecución.

Conc: c. com. 29 - 292 - 294 - 396 - Rgto. s.p.a. 32 -

La inscripción en el registro de comercio para el caso de las sociedades por acciones, esta sometida a la aprobación previa de la liquidación por parte de la Dirección de sociedades por acciones (Rgto. s.p.a., Art. 32), que exige la presentación del instrumento legal de designación de liquidadores, inventario y balance de liquidación y la aprobación de la junta general extraordinaria del balance final y del proyecto de distribución.

Si la aprobación es denegada, los liquidadores tienen abiertos los recursos que franquea el Art. 444, in fine, o corrigen los errores que puedan justificar la negativa. En una u otra hipótesis, no parece que la negativa de aprobación pudiera afectar a los plazos de prescripción señalados en

el Art. anterior, ya que ellos están referidos a la aprobación que los socios y no la Dirección de sociedades por acciones deban prestar al balance final y al proyecto de distribución. Sin embargo, en el supuesto de que se introdujeran enmiendas en el balance final y en el proyecto de distribución, a raíz de la resolución desestimatoria de la Dirección de sociedades por acciones, ellas tienen que ser sometidas a la aprobación de los socios en la forma establecida, según los casos, por el Art. 394 y los plazos de impugnación vuelven a correr desde la aprobación de las enmiendas.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 2 del Art. anterior.

ARTÍCULO 396.- (Depósito de las sumas no cobradas). Las sumas que no fueran cobradas por los socios o accionistas serán depositadas en un banco a nombre de los mismos, dentro de los sesenta días de la aprobación del balance final y proyecto de distribución. El valor de las acciones al portador se depositará bajo el número y serie de los títulos correspondientes.

Conc: c. com. 395 -

ARTÍCULO 397.- (Cancelación de inscripción) . Los liquidadores tramitarán la cancelación de la inscripción de la sociedad en el Registro de Comercio, tan pronto termine la liquidación, extinguiéndose, desde ese momento, la personalidad jurídica de la sociedad.

Conc: c. com. 29 - 52 - 53 - 133 -

Liquidada la sociedad, cancelada su inscripción en el registro de comercio y extinguida la personalidad jurídica de la sociedad, es obligación de los liquidadores conservar durante cinco años cuando menos, los libros y los papeles de la sociedad extinguida (arts . 52 y 53) .

TRANSFORMACIÓN

ARTÍCULO 398.- (Concepto) . Una sociedad puede transformarse adoptando cualquier otro tipo previsto en este Código.

Con la transformación no se disuelve la sociedad ni se alteran sus derechos y obligaciones.

Precd: L. 12 Marzo 1941, Art. 15 -

Conc: c.com.126-399-400-1317,7)-1600,5)-Rgto.rg.com.32-Rgto.s.p.a. 33 c.c. 752

La transformación de sociedades es un fenómeno jurídico, dice Rodríguez, del cambio de forma de una sociedad mercantil, por el cual una sociedad deja la forma que tiene para asumir cualquiera de las otras permitidas por la ley (Art. 126).

Las primeras codificaciones, o no la reglamentan o no la mencionan, como es el caso del c. mtl. abrg. Su reglamentación va extendiéndose en los últimos tiempos. En la legislación nacional, la L. de 12 de Marzo de 1941 (Art. 15) la introduce solo en función de las sociedades de responsabilidad limitada, dentro del principio, de general vigencia, del respeto de los derechos de terceros. El Código hondureño de 1950 y la Ley mexicana de 1934 (sobre sociedades comerciales) la regulan según las normas que establecen sobre la fusión. El Código de las Obligaciones suizo y una ley alemana de 1937, la regulan en ciertos casos. La ley española de 1951 también, pero con algunas restricciones. En el derecho inglés, para designar esta transformación, se emplea el vocablo conversión. El c.c. italiano (arts. 2498 y s.) la regula en una sección particular.

Si bien la expresión transformación de sociedades, comprende diversas manifestaciones jurídicas, v. gr. la de sociedades civiles en comerciales (c.c. Art. 752), la del objeto social o la de la estructura y organización de la sociedad y aún la de una sociedad en una empresa individual, en un sentido estricto, que es el que se emplea ordinariamente y el que implica las regulaciones en estudio, la transformación consiste en el cambio de la forma social en las sociedades comerciales, esto es, en convertir una sociedad de un tipo determinado en otro de diferente tipo, v. gr. una sociedad anónima en sociedad limitada, una colectiva en comanditaria por acciones, etc.

Se ha discutido si la transformación representa la creación de una nueva sociedad. Actualmente, la tendencia general afirma que no supone esa creación. Se la considera como un mero cambio de vestidura jurídica, una simple modificación externa de la sociedad que no afecta a su esencia ni a su personalidad jurídica, sin que sea necesaria la disolución de la sociedad y la fundación de otra (Garrigues, Mezger, cit. de Cañizares). Es el principio que sigue y establece el Art. en examen, porque no es su efecto hacer desaparecer la identidad de la sociedad ni existe sucesión, habida cuenta que la sociedad conserva los derechos y las obligaciones anteriores a la transformación. Es una novación de la subjetividad diferenciada en el Art. 126, para decirlo con la definición de Berto (cit. de Messineo).

ARTÍCULO 399.- (Responsabilidad anterior de los socios). La responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios. existente bajo el tipo anterior de sociedad, no se modifica con la transformación, salvo que los acreedores la consientan. El consentimiento se presume:

- 1) Si el acreedor, luego de notificado personalmente, no se opone a la transformación dentro de los treinta días siguientes, y
- 2) Si el acreedor contrata con la sociedad después de haberse producido la transformación.

Conc: c. com. 398 - 400 - 402 - c.c. 1318, II) -

La cuestión principal que emana de la transformación, relativa a la eficacia de la misma frente a terceros con créditos anteriores a la transformación, cuando esta elimina la responsabilidad ilimitada existente hasta su adopción, esta resuelta en este Art. que no libera a los socios de la responsabilidad indicada por efecto de la transformación y la declara subsistente, a menos que los acreedores hayan dado su consentimiento, el mismo que se presume en los dos supuestos que señala el Art.; el primero que es un caso propio de silencio relevante (Messineo), que en sustancia significa que la ley atribuye imperativamente a algunos comportamientos un significado vinculado a ciertos efectos, y el segundo que es un caso típico de consentimiento tácito, resultante del hecho positivo concluyente y también unívoco (Messineo), que hace incompatible el comportamiento del sujeto con una voluntad diversa.

La presunción del Art. en ambos supuestos es iuris et de iure, con los efectos que le atribuye el Art. 1318, II) del c.c.

ARTÍCULO 400.- (Responsabilidad ilimitada de los socios). La responsabilidad ilimitada asumida por los socios bajo el nuevo tipo de sociedad, se extiende a las obligaciones sociales anteriores a la transformación.

Conc: c. com. 398 - 399 -

La transformación para los socios, supone una aceptación expresa de sus consecuencias. Es la razón de la exigencia de unanimidad (Art. 401, 1) o de la permisión de separación a los socios disidentes o ausentes, cuando dicha unanimidad no es requerida, para el efecto, por el acto constitutivo (Art. 402).

Para los terceros acreedores, la transformación en el supuesto del Art. importa un beneficio, puesto que a la responsabilidad directa de la sociedad, que queda firme, se añade la responsabilidad personal ilimitada de los socios.

ARTÍCULO 401.- (Requisitos). En la transformación deberán llenarse los siguientes requisitos:

- 1) Acuerdo unánime de los socios, salvo estipulación distinta en el contrato de sociedad o lo dispuesto para ciertos tipos de sociedad;
- 2) Elaboración de un balance especial que será aprobado por los socios y puesto a disposición de los acreedores en la sede social, durante treinta días a partir de su notificación personal;
- 3) Publicación del instrumento de transformación en la forma señalada en el artículo 132;
- 4) Escritura pública de transformación otorgada por los órganos competentes de la sociedad y por los nuevos otorgantes, si los hubiera, con especificación de los socios que puedan retirarse, capital que representan e inclusión de una copia firmada del balance especial, debiendo cumplirse con las formalidades correspondientes al nuevo tipo de sociedad, y
- 5) Inscripción en el Registro de Comercio de todos los actos y documentos pertinentes a la transformación.

Conc: c. com. 29- 127- 132-404- 409 -

La aplicación del requisito comprendido en el inc. 1), varía según la sociedad de que se trate. Las sociedades de personas (colectiva, comanditaria simple), requieren un acuerdo unánime (aplicación del Art. 181); las anónimas un acuerdo de la junta extraordinaria en las condiciones previstas en sus estatutos (Art. 286, 5); las de responsabilidad limitada la mayoría de los dos tercios (Art. 209), porque la transformación importa una modificación que debe ser escriturada (inc. 4 del Art.). Las sociedades anónimas y las comanditarias por acciones, precisan además la aprobación de la Dirección de sociedades por acciones, que se tramita con la documentación prevista en el Art. 33 del Rgto. pertinente.

Los demás requisitos enumerados en el Art. rigen para todas las sociedades.

Si una sociedad irregular, asume una de las formas o tipos previstos en el Art. 126, no hay transformación, sino simplemente regularización, que hace surgir una sociedad nueva; en cambio la sociedad que se transforma mantiene su propia identidad (Messineo).

ARTÍCULO 402.- (Receso de socios). Cuando la transformación no requiera de acuerdo unánime, los socios disidentes o ausentes tienen derecho a separarse de la sociedad. Sin embargo, la separación no afecta su responsabilidad hacia terceros por obligaciones contraídas hasta que la transformación quede inscrita en el Registro de Comercio. La separación no puede hacerse efectiva mientras los acreedores no hayan aceptado la transformación.

Conc: c. com. 29-399-407-411-

Es una medida de protección acordada en salvaguarda de las minorías inconformes contra los acuerdos de la mayoría. Tiene lugar en las condiciones y con los efectos que el Art. señala con suficiente precisión que excusa mayores explicaciones.

ARTÍCULO 403.- (Derecho preferente de los socios). La transformación no afecta el derecho preferente de los socios en la adquisición de las partes de interés o cuotas de los socios que se separan, salvo pacto en contrario.

Conc: c. com. 215 - 255 - 411 -

Es otra de las aplicaciones del derecho preferente que se ha examinado ya en las anots. a los arts. 215 y 255, derecho que en caso de transformación no queda afectado en absoluto, salvo pacto en contrario que, según el tipo de sociedad, debe constar en el acuerdo de la

transformación o debe contar con la aprobación de los accionistas interesados, expresada en junta especial, con arreglo a lo dispuesto por el Art. 287, in fine.

ARTÍCULO 404.- (Revocación). El acuerdo para la transformación de una sociedad puede ser dejado sin efecto si no se hubiera publicado y no exista perjuicio para los socios y terceros.

Para la revocatoria de la transformación se requiere el acuerdo unánime de los socios, salvo estipulación distinta en el contrato de sociedad o lo dispuesto para ciertos tipos de sociedad.

Conc: c. com. 401, 1) y 3) -

Publicada la transformación no procede la revocación. Es un dato fácilmente demostrable. En cambio lo relativo al perjuicio para los socios y terceros es un hecho cuya apreciación, en su caso, depende de las circunstancias que considerara el juez, si los propios socios no alcanzan un acuerdo. En el supuesto de desacuerdo de los socios sobre la revocación, la decisión puede ser atribuida a la Dirección de sociedades por acciones, en el caso de las sociedades de este tipo, con arreglo a la facultad que consigna el Art. 444, 15), siempre y cuando la transformación no haya sido publicada aún, extremo en el cual simplemente no procede la revocación.

CAPÍTULO XI FUSIÓN

ARTÍCULO 405.- (Concepto). Existe fusión cuando dos o más sociedades se disuelven, sin liquidarse, para constituir una nueva, o cuando una de ellas incorpora a otra u otras que se disuelven sin liquidarse.

La nueva sociedad creada o la incorporante, adquirirá los derechos y obligaciones de las disueltas al producirse la transferencia total de sus respectivos patrimonios, como consecuencia del convenio definitivo de fusión.

Conc: c. com. 378, 7) -406-407- 1600, 5)

La fusión es la reunión en una sola sociedad de dos o más sociedades distintas (Cañízares). Implica que se funden sus elementos patrimoniales y personales para formar una sola (Malagarriga). Es uno de los medios de la concentración de empresas, manifestación del fenómeno económico más amplio de la concentración de capitales y de fuerzas económicas que caracteriza al capitalismo moderno.

Según una clasificación empírica de las formas de concentración, recogida por Rodríguez, existe concentración interior de las empresas, mediante crecimiento o ampliación: agencias y sucursales. Importa problemas de cantidad y tratase de una concentración vertical u horizontal, soto existe un titular jurídico y económico. No es una manifestación típica de las sociedades comerciales, sino que es propia del comercio en general.

La concentración exterior, o segundo aspecto de la gran distinción aludida, presenta tres modalidades: a) creación de un solo sujeto jurídico con desaparición de alguno o algunos titulares jurídicos, que es el caso de fusión de sociedades o empresas, materia de este capítulo; b) sin desaparición de titulares jurídicos, que es el caso de las agrupaciones de empresas: Cartel, Trust, Konzern, Holding; c) con creación de un nuevo titular jurídico: sociedad de sociedades, que representa el problema de las sociedades madres y filiales o se manifiesta con la constitución de un mandatario común de las sociedades concertadas o de un órgano que las represente ante terceros para realizar las finalidades comunes (Cañizares).

Adaptando al Art. en examen la doctrina expuesta por Rodríguez, puede definirse la fusión desde el punto de vista jurídico, como la unión jurídica de varias sociedades para organizar jurídicamente una entidad unitaria que sustituye a una pluralidad de organizaciones sociales.

El Art. considera fusión, la que es propiamente tal y la absorción. La doctrina las distingue. La fusión propiamente dicha, no debe confundirse con la absorción, llamada también anexión e incorporación, conforme señala Fernández. Si bien ambas situaciones presentan similitudes respecto de la sociedad absorbida, difieren en forma fundamental para la sociedad absorbente, para la cual se trata sólo de una mera modificación de su acto constitutivo, generalmente concebida como ampliación de capital, sin afectar su personalidad jurídica, mientras en la fusión, en cambio, se disuelve y desaparece, conforme observa, con arreglo a la más autorizada doctrina, Vivante, para quien no hay fusión sin disolución (de todas las sociedades fusionadas: senza scioglimento non vi é fusione,: dice inequívocamente).

Algunas legislaciones (v. gr. la italiana y la mexicana), reglamentan la fusión, atribuyéndole, como el Art. en estudio, dos formas o procedimientos: la fusión por integración que implica la creación de una nueva sociedad y la desaparición de las que se integran en ella, y la fusión por incorporación, en la que las absorbidas o anexadas se incorporan a la subsistente o incorporante, como la llama el Art.

Se señala en la doctrina (Rodríguez) , como motivos de la fusión: a) los de carácter técnico que inducen a complementar las actividades de ciertas empresas; b) los económicos, dirigidos a suprimir la concurrencia; c) los financieros, relacionados con la identidad de capitales e intereses, y d) los legales, resultado de la imposición de la ley por consecuencia de la relación que guardan entre si ciertas actividades.

Por su naturaleza jurídica, fusión es una disolución. Por su forma, disolución sin liquidación; por su causa, disolución voluntaria, comprendida genéricamente en el inc. 1) del Art. 378 v con carácter particular en el inc. 7) del mismo Art.

La disolución no comprende la liquidación ni de las sociedades que se extinguen ni de la que subsiste, porque lo contrario dejaría sin sentido ni razón de ser la segunda fracción del Art., que atribuye a la nueva sociedad creada o a la subsistente, los derechos y obligaciones de las disueltas con el traspaso de sus respectivos patrimonios, lo que es incompatible anota Rodríguez con la noción de liquidación. Resulta de ello que es erróneo considerar que la fusión supone la liquidación de las sociedades.

En la fusión pueden participar cualquier número y cual quiera clase de sociedades. No existen restricciones sobre este punto, como no las hay por razón de heterogeneidad u homogeneidad, atendidas su objeto o finalidad o la forma de su constitución.

No parece que la legislación nueva permita la agrupación de sociedades o la formación de sociedad de sociedades. Si bien esta permitida la participación de las sociedades en ciertos tipos de organización social, ella esta sometida a condiciones y limitaciones precisas (arts. 146 y 147). La fusión, en sus dos formas, tampoco puede interpretarse como procedimiento utilizable para ambas expresiones de la concentración exterior (v. supra, en esta anot., los casos b y c de dicha concentración).

Tampoco parece considerada expresamente por la legislación, la situación especial que en la doctrina (Malagarriga) y en la práctica se relaciona con el llamado desdoblamiento o fraccionamiento de sociedades, que en algunos países derivan de decisiones judiciales en aplicación de las reglamentaciones anti- trust o anti - monopolio en general, o de acuerdos voluntarios que acuden a este procedimiento para eludir, o tratar de hacerlo, la aplicación represiva de esas reglamentaciones o para escapar o intentar escapar al rigor de disposiciones de carácter fiscal.

JURISPRUDENCIA

Descargado desde el sitio www.bolivianland.net

1.- "La refundición de una empresa minera en una sociedad nueva, no implica que aquella sea habilitadora de esta para tener preferencia de crédito sobre una acreencia hipotecaria" (G.J. N° 696, p. 22).

2.- "Una sociedad colectiva que se subroga en los derechos de otra tiene personería para representar a esta en calidad de actora" (G.J. N° 738, p. 22).

ARTÍCULO 406.- (Requisitos preliminares). Para proceder a la fusión deben cumplirse los siguientes requisitos:

1) Compromiso de fusión suscrito por los representantes de las sociedades, aprobado por la mayoría de votos necesarios que se requieran para la modificación del contrato constitutivo de sociedad, y

2) Preparación de balances especiales, a la fecha del acuerdo, por cada una de las sociedades participantes en la fusión. Dichos balances deben ser puestos a disposición de los socios y acreedores. Estos últimos pueden oponerse a la fusión acordada, si antes no son debidamente garantizados sus derechos. Cualquier discrepancia en cuanto a esas garantías, las resolverá el juez sumariante.

Conc: c. com. 405 - 407 –

ARTÍCULO 407.- (Acuerdo definitivo). Cumplidos los requisitos preliminares, el acuerdo definitivo de fusión deberá contener:

1) Las resoluciones aprobatorias de las sociedades participantes;

2) La nómina de los socios que se acojan al derecho de retiro y capital que representan los mismos;

3) La nómina de los acreedores que formulen su oposición y el monto de sus créditos;

4) Las cláusulas para la ejecución del acuerdo que, además, debe observar el cumplimiento de las normas de disolución de cada sociedad. Se incluirá clara y concretamente las participaciones que corresponden a los socios de las sociedades que se disuelven y sus características, y

5) La inclusión de los balances especiales.

Conc: c. com. 402-405-406-408 -412-

El proceso de la fusión, comprende dos etapas: a) actos preparatorios o acuerdo de fusión, y b) contrato de fusión o acuerdo definitivo (la terminología empleada en las rubricas o titulillos de los artículos en examen -406 y 407- carece de precisión y propiedad).

Los actos preparatorios comprenden: 1) el acuerdo de cada una de las sociedades interesadas en la fusión, adoptado por las mayorías previstas para la modificación del acto constitutivo, según el tipo de sociedad; 2) balance ad hoc (para el caso) a la fecha del acuerdo de cada una de las sociedades participantes; 3) compromiso de fusión suscrito entre los representantes de las mismas.

Los balances deben ser puestos en conocimiento de socios y acreedores de las sociedades participantes en la fusión. De producirse discrepancias entre la sociedad interesada y sus acreedores, respecto de las garantías previstas en el Art. 406, la decisión esta atribuida al juez competente, quien debe resolverlas sumariamente, a tenor de lo dispuesto por los arts. 317, 2) y 487 del p.c.

El proceso de fusión, arranca con la adopción de todos los requisitos preparatorios indicados precedentemente, cumplidos debidamente los cuales, se procede a otorgar el acuerdo definitivo según el Art. y que en realidad es un contrato de fusión, en el que las sociedades participantes la establecen, formulando su voluntad por conducto de sus representantes sobre la base de los acuerdos sociales previamente adoptados en el proceso preparatorio. Es el autónomo acto ulterior, análogo al acto constitutivo de sociedad denominado acto de fusión (Messineo). Los aspectos relacionados en la enumeración del Art. 407, deben formar necesariamente parte del contenido del acto de fusión, el cual es de los que siempre implican modificación de los estatutos, cuando se trata de fusión por integración, porque al suponer la desaparición de las sociedades participantes, implica la abreviación de su plazo de duración, el cambio de capital y del número de participaciones o acciones. En la fusión por absorción, estas consecuencias se aplican sin atenuantes a las sociedades absorbidas y para la sociedad absorbente o incorporante, la modificación supone la de la cuantía del capital social, del número -y puede ser también de la cuantía- de las acciones y de otros datos que necesariamente envuelven rectificaciones estatutarias.

ARTÍCULO 408.- (Constitución de la nueva sociedad). La nueva sociedad se constituirá de acuerdo con las normas legales que le corresponda según su tipo. Para el caso de la sociedad incorporante, se procederá a la reforma estatutaria conforme a las normas legales pertinentes.

Conc: c. com. 127 - 407 -

La fusión, desde luego, requiere escritura pública. No parece que el acto de fusión deba ser otorgado en una escritura y la constitución de la nueva sociedad en otra, como deja inferir este Art. Importaría una duplicación de actuaciones, inscripciones, publicaciones y gastos, inconveniente. Concretada la fusión en el acto o contrato de fusión, como consecuencia de el, en el mismo instrumento se desarrolla la constitución de la nueva sociedad, que incluirá las bases y estipulaciones de las modificaciones estatutarias.

Los diversos efectos de la fusión, que pueden tratarse separadamente, según se refieran a la etapa preparatoria o al acuerdo definitivo, o a la fusión por integración o por incorporación, merecen una explicación unitaria, para la mejor comprensión de sus diferenciadas manifestaciones.

Los efectos de la etapa preparatoria, respecto de los socios implican una medida extraordinaria, contra la cual los disidentes tienen el derecho de veto como medio de defensa en las sociedades que requieren unanimidad para las modificaciones y, para las demás y en general, del de separación o receso contra las decisiones mayoritarias. Respecto de los acreedores, puede significar el peligro de quebranto por la desaparición de las garantías que el patrimonio de la sociedad fusionada implica y por la presencia de los acreedores de las sociedades participantes, que han de venir a concurrir con ellos en el cobro de sus créditos sobre unos mismos bienes. Esta es la razón por la cual se autoriza su oposición y se previene la necesidad de garantizarles sus derechos, en el Art. 406.

Efectuada la fusión, los diversos efectos de ella, son:

Para las sociedades fusionadas, la extinción por disolución, aunque no se llega al estado de liquidación; la pérdida de la personalidad jurídica; su patrimonio pasa a la sociedad nueva o a la absorbente; el nombre comercial puede ser usado por la sociedad nueva o aún por la absorbente, caso en el cual si se trata de razón social, ha de emplearse el aditamento sucesores de, por aplicación de los arts. 174 y 472.

Para la sociedad incorporante, cuando se trata de absorción, esta ocupa el lugar de las fusionadas y se encontrara con un mayor patrimonio y todo el activo y pasivo de las anexadas a su cargo. La absorción del activo comprende los bienes y los créditos de, que son titulares las sociedades anexadas. La del pasivo hace de las deudas de las fusionadas, deudas de la sociedad incorporante. Esta traslación de activo y pasivo, se opera ipso iure (Rodríguez) sin que se requiera contratos singulares de cesión ni se precise notificaciones particulares, puesto que supone un fenómeno de sucesión universal.

Para la sociedad nueva, en el caso de integración, aquella debe constituirse según las normas correspondientes a la clase de sociedad de que se trate. Puede inicialmente surgir con un pasivo procedente de las sociedades fusionadas, si el activo no le hubiera extinguido.

Para los socios de las sociedades nuevas que se conviertan en socios de la sociedad nueva o de la incorporante, el derecho de recibir sus participaciones sociales o acciones en la cuantía convenida (inc. 4, Art. 407), que les confiere la situación jurídica de los socios que se incorporan a una sociedad ya existente, por adquisición de las antiguas participaciones o acciones.

Para los acreedores, importa un problema de substitución de su deudor, por su consentimiento tácito -si es que no fue expresamente emitido- cuando no usaron de su derecho de oposición oportunamente. Su derecho al crédito como las acciones procesales que la ley les reconoce, son exigibles y ejercitables contra la nueva sociedad o la incorporante, aún tratándose de la prosecución de litigios pendientes con las sociedades fusionadas.

Véase además la anot. al Art. 432.

ARTÍCULO 409.- (Inscripción). El acuerdo definitivo de fusión se inscribirá en el Registro de Comercio y se publicará conforme lo señalado en el artículo 401, incisos 3) y 5).

Conc: c. com. 29-401, 3) y 5) -Rgto. rg. com. 32-

No sólo el acuerdo definitivo debe ser publicado y registrado, sino también el nuevo acto constitutivo, todo lo cual supone una sola actuación, según se ha observado en la anot. al Art. anterior.

ARTÍCULO 410.- (Administración durante la fusión). Los administradores de la nueva sociedad o de la incorporante serán representantes de las sociedades disueltas, con las responsabilidades de los liquidadores, sin perjuicio de los correspondientes a su cargo.

Conc: c. com. 387 -

La administración de las sociedades fusionadas que por la fusión van a extinguirse, se supone que esta a cargo de sus propios representantes y administradores, hasta el otorgamiento del contrato de fusión o acuerdo definitivo, cuando menos, una vez que la etapa preparatoria no supone aún ningún traspaso, sino sólo un compromiso de efectuarlo llenadas las condiciones requeridas por la ley. En realidad debieran estarlo hasta la inscripción de la constitución de la

nueva sociedad o del acuerdo definitivo para el caso de la absorción, dejando las cuestiones de administración y representación a la supervigilancia que ha podido o puede convenirse en el compromiso de fusión.

De ahí que el Art. -cuya fuente de inspiración no se conoce- parece una incrustación impertinente, que además incorpora al instituto la mezcla de un elemento incompatible con la fusión, cual es la de las facultades de liquidadores atribuidas a los administradores, en un proceso en el que expresamente la ley habla de disolución sin liquidación (v. la anot. al Art. 405).

ARTÍCULO 411.- (Receso de socios y derecho preferente). Son aplicables a la fusión los artículos 402 y 403.

Conc: c. com. 402 - 403 -

Véase las anots. a los arts. mencionados en la concordancia.

ARTÍCULO 412.- (Revocación). El compromiso de fusión puede ser dejado sin efecto en tanto no se suscriba el acuerdo definitivo y no exista perjuicio a las sociedades, los socios y terceros.

Conc: c. com. 407-

Es aplicable a este Art. lo dicho en la anot. Art. 407.

CAPÍTULO XII

SOCIEDAD CONSTITUIDA EN EL EXTRANJERO

ARTÍCULO 413.- (Ley aplicable). La sociedad constituida en el extranjero conforme a las leyes del lugar de su constitución, se rige por esas disposiciones en cuanto a su forma y existencia legal. Para desarrollar actividades en Bolivia se le reconocerá capacidad jurídica, quedando sujeta a las normas de este Código y demás leyes de la República.

Precd: L. 13 Nov. 1886, Art. 4) -

Conc: Const. 24-135-c. com. 5, 2)-414-418-747-

Extensamente considerada la cuestión de la nacionalidad de las sociedades, en la anot. al Art. 133, sólo queda referirse aquí a la reglamentación del capítulo que se examina.

Este Art. y los dos siguientes (414 y 415), contemplan con notoria falta de sistema y coherencia, las tres modalidades que puede ofrecer la actuación en la República de sociedades constituidas

en el extranjero: a) sociedades que no tienen asiento, sucursal ni representación establecida en la República y que realizan en ella actos aislados de comercio (Art. 415); b) sociedades que tienen establecidas en la República, sucursales u otra especie de representación social, sin regla singular concreta que le concierna, pero a la que puede aplicarse tanto este Art. 413, como el 415, atendida su alusión a la habitualidad; c) las constituidas en el extranjero para ejercer la actividad de su objeto principal en la República (Art. 314).

Con arreglo a las modalidades normadas por el Art., puede distinguirse entre ejercicio habitual de actos de comercio y ejercicio ocasional o aislado de los mismos por parte de las sociedades constituidas en el extranjero. La habitualidad esta referida a aquellas sociedades consignadas en los puntos b) y c) de la anterior distinción y ella -la habitualidad- en una u otra de las formas dichas esta sometida a las leyes de la República que regulan el ejercicio del comercio. Las ocasionales no lo están.

JURISPRUDENCIA

1.- "Según los arts. 18 y 110 (24 y 135) de la Constitución Política del Estado, todas las empresas establecidas en el país, para explotación, aprovechamientos o negocios con capital extranjero, cualquiera que sea su procedencia, se consideraran nacionales y están sometidas a las leyes de la República, lo mismo que los súbditos extranjeros en cuanto a la propiedad están en la misma condición que los bolivianos, sin que pueda alegar en ningún caso situación de excepción" (G.J. N° 1193, p. 4).

2.- "La nota de cargo girada contra accionistas extranjeros de empresas mineras domiciliadas en la República para que paguen los impuestos sobre dividendos, se conforme a lo dispuesto por el Art. 21 (27) de la Constitución Política" (G.J. N° 1241, p. 2).

ARTÍCULO 414.- (Sociedad con objeto principal en la República). La sociedad constituida en el extranjero que tenga en el país el objeto principal de su explotación comercial o industrial, se reputa como sociedad local a los efectos de esa explotación, de su funcionamiento, control fiscalización y liquidación de sus negocios en Bolivia y, en su caso, para la cancelación de su personalidad jurídica.

Preced: L. 13 Nov. 1886, Art. 2- D. 11 Sept. 1877, Art. 1 -

Conc: Const. 135 - c. com. 413 -

ARTÍCULO 415.- (Actos aislados). La sociedad constituida en el extranjero puede realizar actos aislados u ocasionales en la República, pero no puede ejercer habitualmente actos de comercio sin antes cumplir con los requisitos exigidos por las leyes bolivianas.

Precd: L. 13 Nov. 1886, Art. 5 -

Conc: c. com. 5 -416 - 421 -

El Art. 414, para los efectos que señala: explotación, funcionamiento, control y fiscalización, liquidación y cancelación, en su caso, de su personalidad jurídica (dentro de Bolivia se entiende), declara local a la sociedad constituida en el extranjero, con meticulosa circunspección, en tanto que la Constitución Política (Art. 135) con categórica claridad reputa nacionales y, por lo tanto, sometidas a la soberanía, a las leyes y a las autoridades de la República, a todas las empresas establecidas para explotaciones, aprovechamientos o negocios en el país.

La razón de estas disposiciones estriba en el propósito de evitar que algunas sociedades- inclusive las de origen y capital nacional- se constituyan y organicen en el extranjero con el fin de eludir o de resistir las leyes bolivianas.

La segunda parte del Art. 415, relativo a la habitualidad en el ejercicio del comercio, alude indudablemente a las sociedades constituidas en el extranjero, que sin tener el objeto principal de su giro en la República, constituyen, sucursales u otro tipo de representación social para comerciar en el país, a cuyo objeto deben someterse a las prescripciones del Código y de las leyes correlativas que sean pertinentes.

JURISPRUDENCIA

Véase los casos del Art. 413.

ARTÍCULO 416.- (Requisitos para el ejercicio habitual de actos de comercio). La sociedad constituida en el extranjero para su inscripción en el Registro de Comercio y el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, deberá:

1) Protocolizar, previa orden judicial, en una notaria del lugar designado para su domicilio en la República, el contrato constitutivo de sociedad, sus modificaciones, sus estatutos y reglamentos que acrediten su existencia legal en el país de origen, así como la autorización legal o resolución del órgano administrativo competente de la sociedad para establecer sucursal o representación permanente en el país, con la designación de la persona o personas que tengan la representación de la sociedad, con poderes amplios y suficientes para realizar todos los actos comprendidos en

el objeto social, los mismos que tendrán la representación judicial y extrajudicial de la sociedad para todos los efectos legales;

2) Establecer sucursal o representación permanente, fijando domicilio en un lugar del territorio de la República, y

3) Acreditar que el capital asignado para sus operaciones en Bolivia ha sido íntegramente cubierto, sin perjuicio del mínimo necesario señalado por las leyes para cierto tipo de actividades y otras garantías previas a su funcionamiento.

Precd: L. 13 Nov. 1886, Art. 8-D. 11 Sept. 1877- D.R. 26 Dic. 1873, Art. 1 -

Conc: c.com.29-127,3)-142-417-423- Rgto.s.p.a. 35- Rgto.rg.com. 31,6)-

La inscripción en el registro de comercio, es indispensable según los arts. 5 y 28, requisito sin el cual estas sociedades no pueden ejercer habitualmente el comercio en la República. A tal fin debe llenarse los requisitos detallados en el Art., con la advertencia de que, tratándose de sociedades anónimas o comanditarias por acciones constituidas en el extranjero, que pretendan establecerse en la República, deben tramitar el reconocimiento de su capacidad jurídica ante la Dirección de sociedades por acciones, con la documentación prevista en el Art. 35 del Rgto. pertinente. Además, todos los tipos de sociedad, deben tramitar su inscripción en el Registro de comercio con la documentación señalada en el inc. 6) del Art. 31 del Rgto. rg. com.

JURISPRUDENCIA

1.- "Según el Art. 47 (24) del c.c., el domicilio de las personas se determina por el lugar donde tienen su principal establecimiento, refiriéndose únicamente a los establecimientos situados en el país, y no refiriéndose a los ubicados en el extranjero, no se puede alegar esta circunstancia" (G.J. N° 445, p. 738).

2.- "Por lo dispuesto en el Art. 8o del D. de 11 de Sept. del 77 (Art. 416, caso 2, c. com.), las sociedades anónimas constituidas en el exterior, si no trasladasen su Directorio a la República, deben constituir en ella un representante o gerente que responda ante los tribunales y autoridades, por todas las obligaciones que contrajeren en la nación" (G.J. N° 554, p. 8).

3.- "Las sociedades extranjeras deben constituir segundo domicilio en la República; si no lo hacen, las obligaciones de sus gestores son personales" (G.J. N° 730, p. 20).

4.- Véase el caso N° 2 del Art. 130.

ARTÍCULO 417.- (Autenticación de documentos). Los documentos otorgados en el exterior deben ser autenticados por los funcionarios competentes del país de origen y legalizados por las autoridades diplomáticas o consulares de Bolivia acreditadas en ese país

Conc: c. com. 416, 1) -423 - Tdo. Mvo. Art. 4 -

La documentación procedente del extranjero, tiene que estar legalizada. La legalización consiste en la autenticación que el agente diplomático o consular de la República,- acreditado ante el Gobierno del Estado de donde procede la documentación, presta a esta, y cuya firma debe, a su vez ser legalizada en el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Para los países signatarios del Tratado de Montevideo, rige el Art. 4 del Tratado de Derecho procesal internacional de 11 de Enero de 1889, vigente para la República y para la Argentina, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay.

ARTÍCULO 418.- (Sociedad de tipo no previsto). La sociedad constituida en el extranjero bajo un tipo no previsto en este Título, pedirá al juez que señale el tipo al que más se asimila, con el objeto de cumplir las formalidades de inscripción, publicidad y otras que le corresponda.

Conc: c. com. 126-413 -

Si la asimilación no es posible, habría que entender que el caso cae en la nulidad prevista en el Art. 137 y que la sociedad extranjera, para operar en Bolivia, tiene que reconstituirse en la República, dentro de las estipulaciones del Art. 126. Sin embargo, a pesar de todo, las sociedades extranjeras; de tipo no previsto, parecen tener resignada aceptación a tenor de lo que dispone la primera fracción i.f. del Art. 420.

ARTÍCULO 419.- (Contabilidad). Toda sociedad constituida en el extranjero que realice actos de comercio en el país en forma habitual, está obligada a llevar la contabilidad completa y separada de todas sus operaciones efectuadas en la República y someterse a las disposiciones de este Código, respecto a la contabilidad, papeles y registro de los comerciantes.

Precd: D. 11 Junio 1921

Conc: c. com. 36 y s.

ARTÍCULO 420.- (Representantes). El o los representantes de la sociedad constituida en el extranjero, tienen las mismas responsabilidades que la Ley señala para los administradores. Si son de tipo no previsto tienen la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas.

La designación de representantes se inscribirá en el Registro de Comercio y surtirá todos los efectos legales, mientras no se inscriba una nueva designación.

Precd: D. 11 Sept. 1877, Art. 3 -

Conc: c. com. 29 - 163 -307 y s.-

Estos dos arts. (419 y 420) simbolizan la superfluencia inútil del acopio reiterativo de preceptos, si se advierte que el reconocimiento de capacidad jurídica, para que las sociedades constituidas en el extranjero puedan desarrollar sus actividades comerciales en Bolivia, importa que quedan sujetas a las normas de este Código y demás leyes de la República (Art. 413), lo que, hasta por elemental inferencia, incluye las relativas a la obligación de llevar contabilidad, acreditar la representación correspondiente, hacer las inscripciones en los registros respectivos, etc.

ARTÍCULO 421.- (Citación y emplazamiento en juicio). La citación y emplazamiento en juicio de una sociedad constituida en el extranjero puede cumplirse validamente en la República:

- 1) En la persona del apoderado que intervino en el acto o contrato, origen del litigio, cuando se trate de un acto aislado;
- 2) En la persona del representante permanente cuando se trate de sucursal o representación para el ejercicio habitual de actos de comercio.

Quienes actúen a nombre y representación de sociedades extranjeras sin observar las normas de este Capítulo, responderán personal, solidaria e ilimitadamente, frente a terceros por las obligaciones contraídas.

Precd: D. 25 Marzo 1887, Art. 2 -

Conc: c.c. 57-467- p.c. 56-127, II)- c.com. 321,2)-415-

Aunque se puede considerar suficientes las disposiciones del derecho común señaladas en la concordancia, para normar los supuestos previstos en este Art., tiene pertinencia esta regulación respecto a la particularización de actos aislados y actos habituales.

ARTÍCULO 422.- (Disminución de capital). El capital asignado por la sociedad constituida en el extranjero para la explotación de sus negocios en el país, no puede reducirse sino con sujeción a lo prescrito en este Título con relación a las garantías de los acreedores establecidas en el país.

Conc: c. com. 352 y s. -

Disposición superflua como la de los arts. 419 y 420, porque repite una regulación que ya establece el Art. 413.

ARTÍCULO 423.- (Constitución de sociedad). La sociedad constituida en el extranjero, para constituir nueva sociedad en la República, debe acreditar que está organizada y habilitada legalmente de acuerdo con las leyes de su país de origen, mediante los documentos autenticados y debidamente legalizados en la forma señalada por este Capítulo.

Conc: c. com. 127 - 416 - 417 -

Si la sociedad extranjera ha de actuar mediante sucursal, o directamente como sociedad constituida en el extranjero que pretende ejercer actos de comercio habitualmente en la República, se aplican las disposiciones del capítulo. Si se pretende constituir o constituirse como nueva sociedad en la República, no tiene relevancia ninguna la exigencia de la documentación legalizada propia de una sociedad constituida en el extranjero. Si se pretende constituir una sociedad nueva en la República, ha de hacerse como en el caso de cualquier otra sociedad constituida en el país. Otra cosa es que existan fundadores o promotores en el extranjero, quienes si no pueden actuar al efecto personalmente, lo harán mediante representante, cuyos poderes son los únicos documentos que deberán estar legalizados si han sido conferidos en el exterior, todo conforme a las reglas generales del derecho común y a las especiales de este Código. El Art., en lugar de propender a que las constituciones sociales de este tipo, se hagan, como debe ser, directamente en la República, parecería concebido para facilitar esas constituciones en el extranjero.

CAPÍTULO XIII

SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA

ARTÍCULO 424.- (Características) . Son sociedades de economía mixta las formadas entre el Estado, prefecturas, municipalidades, corporaciones, empresas públicas u otras entidades dependientes del Estado y el capital privado, para la explotación de empresas que tengan por finalidad el interés colectivo o la implantación, el fomento o el desarrollo de actividades industriales, comerciales o de servicios.

Conc: Const. 145-c. com. 125-443 -

En la economía moderna, el Estado y los entes públicos realizan actividades comerciales e industriales, que tradicionalmente estaban reservadas a la iniciativa privada y adoptan inclusive organización empresarial, así pertenezca exclusivamente al Estado. Paralelamente, diversos servicios públicos de incumbencia propia del Estado evolucionan, en cuanto a la forma de su explotación, a tipos de organización privada con personalidad jurídica independiente y distinta de la del Estado o del ente público que los crean.

Si bien *sensu lato*, la materia pertenece al campo del derecho administrativo, en el derecho nacional como en el comparado se advierte que entre las empresas privadas y las empresas públicas, coexisten otras denominadas de economía mixta y que son el resultado de la llamada interpenetración del derecho público y el derecho privado, que simboliza una especie de transacción (Malagarriga) entre dos ordenes económicos y dos concepciones jurídicas diferentes. Entonces, cuando en tales actividades, mixtas o públicas, se adopta para realizarlas forma de sociedades comerciales, su consideración y tratamiento caen en el ámbito de aplicación del Código, o pertenecen netamente al derecho administrativo si se organizan de otro modo, esto es, sin adoptar la forma de una sociedad comercial.

Se acentúa así, dice Messineo, una especie de combinación, en virtud de la cual la entidad pública se sirve de un mecanismo técnico- jurídico privatístico con fines publicísticos.

Según la definición de Passow (en la que se han inspirado muchas otras, según Cañizares), en esta sociedad el capital se aporta de una parte por particulares y de otra por administraciones públicas y la administración se ejercita de común acuerdo por personas privadas y por representantes de las administraciones públicas interesadas, debiéndose formalizar simultáneamente ambas condiciones. Ripert (cit. de Cañizares), agrega que tal participación en el capital y en la gestión deben tener carácter esencial y figurar como obligatoria en los estatutos porque no habría sociedad si la colaboración del ente público se limitara a conceder subvenciones u otorgar ventajas para la explotación o si participara en los beneficios, sea como contrapartida de la subvención o ventaja acordada o como titular de los dividendos por algunas acciones que el ente público pudiera tener en alguna sociedad. Ducouloux (cit. *ibidem*), señala, por su parte, que al ente público participante se le atribuye, de ordinario, prerrogativas especiales en lo que concierne a la gestión social (ejemplos: arts. Const. 145 y c. com. 430, i.f.).

Aunque lo dominante en la institución es la colaboración financiera de los particulares o administrados con la Administración pública que actúa como accionista, esta, dice Bielsa, no se reduce a ser un simple accionista, actitud exclusivamente particular que implicaría abandono de su misión jurisdiccional, en lo que respecta a la prestación de servicios públicos, por lo que la

Administración pública no renuncia-ni puede hacerlo-al poder de contralor, que es manifestación de potestad administrativa, es decir, que es un contralor distinto de aquel que ejerce el mero accionista, según el derecho común.

Entre las definiciones legales, la de la legislación argentina (D. N° 15349 de 28 de Mayo de 1946, más tarde sección XII de la Ley 12962), denomina sociedad de economía mixta a la que forma el Estado nacional, los estados provinciales, las municipalidades o las entidades administrativas autárquicas dentro de sus facultades legales por una parte, y los capitales privados por otra, para la explotación de empresas que tengan por finalidad la satisfacción de necesidades de orden colectivo o la implantación, el fomento o el desarrollo de las actividades económicas. Definición que parece haber inspirado la del Art., además de - estar más prolijamente elaborada y mejor encuadrada a las finalidades previstas en el precepto constitucional indicado en la concordancia (Art. 145).

La terminología de economía mixta, inicialmente empleada por el autor alemán Freund (cit. de Cañizares), se ha generalizado entre los autores y las legislaciones, a pesar de que se han propuesto otras calificaciones: semipública (que aunque no ha tenido éxito quizá sería la más adecuada, dice Cañizares), pública mixta, económica mixta, público - privada, colectiva público - privada, etc.

En cuanto a su origen, hay quienes le señalan en las compañías de las Indias Orientales. Los autores argentinos (Malagarriga) en la organización de su Banco Nacional de 1826, que asociaba al Estado y a los particulares, y los belgas en su sociedad de ferrocarriles vecinales de 1884, en que el Estado, provincias y municipios habían suscrito el 99% de las acciones y los particulares el 1%. Según Staat (cit. de Cañizares), la primera sociedad de economía mixta fue la de Electricidad de Estrasburgo (1895) y según Passow y Cheron (cit. ibidem), la que realmente funciono y dio gran importancia al instituto fue una compañía de electricidad de Essen, fundada en 1901. A partir de la guerra general de 1914- 1918, se difundió extraordinariamente, especialmente en Francia, Alemania, Italia y Bélgica.

Su difusión obedece al influjo de las ideas socialistas y al apremio de las crisis económicas en la evolución del régimen capitalista y aparece como la fórmula híbrida mixta de transacción entre el capitalismo liberal y el socialismo (Cañizares). Fórmula considerada feliz porque-se dice-permite al Estado y sus órganos ejercitar actividades comerciales e industriales, con mayor eficacia y amplitud que las empresas privadas y con mejor consideración del interés público que debe predominar sobre los intereses privados, aunque no se oculta que la exposición de las ventajas de una gestión más ágil y competente de los servicios públicos, en el aspecto político

parece arbitrada como el medio feliz de consolidar el capitalismo contra los peligros de una transición completa al régimen colectivista.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "El Lloyd Aéreo Boliviano es una empresa anónima, mientras no sea alterada su constitución y el hecho de que el Estado tenga la mayoría de sus acciones no la convierte en un organismo oficial" (G.J. N° 1295, p. 112).
- 2.- "Y.P.F.B. es una entidad autónoma, con autonomía y personería jurídica propias" (G.J. N° 1269, p. 251).
- 3.- "El Lloyd Aéreo Boliviano es una empresa con autonomía y personería jurídica propias, sin que por el hecho de que el Estado posea la mayoría de sus acciones pueda ser considerada como organismo oficial" (G.J. N° 1353, p. 88).

ARTÍCULO 425.- (Persona de derecho privado). Las sociedades de economía mixta son personas de derecho privado y, salvo las disposiciones especiales establecidas en el presente Capítulo, estarán sujetas a las normas que rigen la constitución y el desenvolvimiento de las sociedades anónimas.

Conc: c.c. 52, 3) -c. com. 133 -217 y s. -437 -Rgto. s.p.a. 36-

Inicialmente estas sociedades, tenían una configuración jurídica variable (Bielsa) . Pasado el período que podría llamarse de ensayo de aplicación de las normas combinadas, se las considera, en general, principalmente privadas. La presencia del Estado o del ente público como accionista, así tenga la mayoría de las acciones, no altera el carácter de la sociedad que le atribuye este Art., en estricta concordancia con el 52, 3) del c.c., en el sentido de publicizarla; como tampoco el hecho de participación en una sociedad, implica actividad comercial que pueda considerarse propia de la entidad pública, según observa con buen criterio Messineo.

A reserva de las disposiciones especiales del capítulo, el Art., como la legislación argentina en la que parece estar inspirado, declara a estas sociedades sometidas a las reglas dadas para las anónimas.

JURISPRUDENCIA

Véase los casos del Art. anterior.

ARTÍCULO 426.- (Denominación). La sociedad de economía mixta, en su denominación, deberá necesariamente llevar, seguida de "Sociedad Anónima" o sus iniciales "S.A.", la palabra "Mixta" o su abreviatura "S.A.M."

Conc: c. com. 218 -

Véase la anot. del Art. citado en la concordancia.

ARTÍCULO 427.- (Número de socios). Toda sociedad de economía mixta podrá constituirse con dos o más socios.

Conc: c. com. 220, 1) -

Si no hay pluralidad de socios, no hay sociedad y, en el caso, por la propia definición contenida en el Art. 424, conforme con la doctrina contractual, ab initio concurren dos partes o dos socios, por lo menos.

ARTÍCULO 428.- (Requisitos para la constitución). Para la constitución de una sociedad de economía mixta se deben cumplir, obligatoriamente, los siguientes requisitos:

- 1) Propuesta de los promotores al Ministerio del ramo o al organismo dependiente del Estado con el cual se desee formar sociedad o de éstos al capital privado;
- 2) Suscripción de un convenio entre el interés privado y la entidad del sector público para la formación de la sociedad, con proyectos aprobados de la escritura de constitución y estatutos;
- 3) Decreto Supremo que autorice la formación de la sociedad, apruebe el proyecto de contrato de constitución y estatutos y ordene su protocolización en, la notaría respectiva y, luego, reconozca su personalidad jurídica, señalando el capital, porcentaje y participación del sector público y los privilegios que gozará la sociedad, siempre que se los otorguen;
- 4) Depósito en un Banco del capital pagado, y
- 5) Inscripción en el Registro de Comercio como sociedad de economía mixta.

Conc: c. com. 29- 127-433 -Rgto. s.p.a. 36 -

Los requisitos establecidos en este Art., deben considerarse en relación inmediata con los que señala el Rgto. s.p.a. (Art. 36) para el mismo objeto, con la advertencia de que es notoria cierta falta de secuencia y concordancia entre las disposiciones de ambos preceptos.

Incumbe, en general, a la Dirección de sociedades por acciones intervenir en la constitución de las sociedades anónimas y de economía mixta (Art. 443), mediante el contralor y vigilancia de su constitución, aprobación de sus estatutos, etc., y según el Art. 130, le corresponde aprobar la escritura constitutiva de las sociedades anónimas, sin cuyo requisito no pueden estas inscribirse en el registro y, por consiguiente, no adquieren interín personalidad jurídica. Se ha comentado esto como un cambio que implica mejor distribución de funciones administrativas, quitándole esa facultad al titular del Poder Ejecutivo, que según el D.S. de 8 de Marzo de 1860 (Art. 1174) daba existencia legal a las sociedades anónimas mediante un Decreto Supremo (v. la anot. al Art. 130).

Ahora, no obstante la creación y reglamentación adecuada de la Dirección de sociedades por acciones, el inc. 3) de este Art., establece que se autorizara la formación de la sociedad de economía mixta mediante Decreto Supremo, acto administrativo de competencia privativa del titular del Poder Ejecutivo (Const. Art. 96, 1), el cual, además de contener esa autorización, dispensa aprobaciones del contrato de constitución, de los estatutos, reconocimiento de personalidad jurídica y otros aspectos, que corresponden a las atribuciones de la Dirección de sociedades por acciones, la cual, si el Poder Ejecutivo ha hecho ya lo que a ella le corresponde hacer, no tiene para qué intervenir en el asunto y duplicar tramitaciones con las señaladas en el Art. 36 del Rgto. que regula su funcionamiento.

La discordancia y la falta de secuencia señaladas, proviene sin duda de que se ha asimilado mal, las reglas de la legislación argentina, que parece ser la fuente probable de las disposiciones del capítulo, y en la cual las sociedades mixtas, como las anónimas, para constituirse precisan, entre otros requisitos, de la autorización del Poder Ejecutivo (Art. 318, 4), c. com. argentino).

Era suficiente, limitar el requisito del inc. 3) a la previa autorización mediante Decreto Supremo para la formación de la sociedad y para que la Administración o el ente público concurren a esa formación, señalando en el las condiciones básicas de esa concurrencia. Lo demás debió dejarse para la actuación de la Dirección del ramo, como esta reglamentado para todas las sociedades por acciones. Parece indudable la conveniencia de una reformulación del requisito comentado, en función de la concordancia necesaria del ordenamiento reglamentario.

Por razón de lo dicho, la suscripción del convenio a que se refiere el inc. 2) debe ser consecuencia o efecto, no causa, del Decreto de autorización de formación (inc. 3), para que la reglamentación tenga el orden lógico que las mismas gestiones y actuaciones deben tener.

Las demás condiciones, son propias de este tipo de sociedad. Véase, además, la anot. al Art. 430.

ARTÍCULO 429.- (Estatutos). Los estatutos deben contener disposiciones sobre las siguientes materias:

- 1) Lo preceptuado en el artículo 127 y demás disposiciones pertinentes del presente Título;
- 2) Las acciones deben emitirse, necesariamente, en series, correspondiendo una de estas al sector público. Las acciones estatales serán nominativas y transferibles sólo mediante Decreto Supremo.
- 3) Las otras series de acciones corresponderán a aportes de capital privado, serán nominativas y transferibles en las condiciones señaladas en este Título para las acciones de las sociedades anónimas;
- 4) El número de directores que serán nombrados por cada una de las series de acciones, así como la forma de designación del presidente. Cuando no se establezca el número de directores que corresponda a cada serie de acciones, se presume que la representación del directorio es proporcional a los aportes. Los directores representantes de las acciones correspondientes al capital privado, serán nombrados y removidos conforme a lo dispuesto en la Sección VIII, Capítulo V de este Título. Los directores de las acciones del sector público pueden ser removidos por sus mandantes en cualquier momento. El cargo de director de la serie de las acciones privadas es personal y no puede ejercerse por delegación y, el de la serie correspondiente al sector público, se ejerce por designación;
- 5) El movimiento de los fondos debe canalizarse mediante cuentas corrientes bancarias con la intervención de un representante de cada sector, y
- 6) Tanto el sector público como el privado tienen derecho a nombrar cada uno un síndico o representante en el organismo de fiscalización interna de la sociedad.

Conc: c. com. 127-239-307 y s.-332-440-441 -

El Art. comprende regulaciones estimadas imprescindibles para el correcto y buen funcionamiento de la sociedad, que necesariamente deben estar estipuladas en los estatutos. La designación de los directores representantes del sector privado, esta sujeta a las disposiciones pertinentes a los directores de sociedades anónimas (arts. 307 y s.). Estas prevenciones minuciosas, responden a alguna corriente doctrinal (Lapie, cit. de Malagarriga) que indica la conveniencia de asegurar respecto de estas sociedades, normas protectoras de los intereses de las personas públicas accionistas, que vale decir del Estado, aunque no falta la observación de que, en realidad y en términos generales, no es el Estado, precisamente, quien, en casos tales, requiere normas protectoras, sino los intereses privados a los cuales aquel se

asocia. Puntos de vista que, en uno u otro sentido, no dejan de reflejar evidencias que deben tenerse en cuenta.

Ni el capítulo ni este Art. contiene disposición ninguna relativa a la quiebra de estas sociedades. El silencio de la ley dejaría inferir que, en tal supuesto, se aplican las reglas generales. Sin embargo, la legislación argentina (Art. 11 del D. 15349 de 1946), contiene la excepcional disposición de que estas sociedades no podrán ser declaradas en quiebra.

Teniendo en cuenta que, por lo regular, estas sociedades se organizan para la atención y satisfacción de servicios públicos y especialmente para el desarrollo de la producción que reviste un interés nacional, para las cuales no existen iniciativas exclusivamente privadas o es insuficiente para ellas el capital privado, puede admitirse, por la interpretación combinada de los arts. 435 y 1692, que la quiebra en estos casos esta sometida a dichas disposiciones, lo que más que norma protectora de los intereses de la entidad pública accionista, importa norma protectora de la utilidad nacional.

ARTÍCULO 430.- (Aportes estatales). El aporte con el que participe el Estado deberá fijarse en negociaciones directas con la parte privada, cuyo acuerdo deberá ser aprobado y autorizado mediante Ley expresa, pudiendo hacerse efectivo por:

- 1) Aportes de carácter patrimonial, en dinero, en bienes, muebles o inmuebles o en una combinación de éstos;
- 2) Concesión de privilegios de exclusividad en su explotación;
- 3) Liberaciones arancelarias, tratamiento preferencial o concesiones de excepción en materia tributaria, protección fiscal o compensación de riesgos;
- 4) Estudios, proyectos o cualquier tipo de aporte tecnológico;
- 5) Concesión para la explotación de un servicio de carácter público;
- 6) Recursos naturales susceptibles de explotación.

Los aportes que no fueren en dinero serán valorados; previamente, para la correspondiente emisión de acciones.

Cuando en la escritura constitutiva de estas sociedades se establezca el propósito de mantener la prevalencia del sector público señalada en este artículo, cualquier enajenación de acciones que importa la pérdida de la situación mayoritaria debe ser autorizada por disposición legal.

Los estatutos contendrán las normas necesarias para impedir que, por nuevas emisiones, se altere esa mayoría. Precd: c. mtl. abrg. 230 -

Conc: Const. 59, 2), 6) y 7)-96, 6)-141-144-c. com. 127, 6)-150-431-432-433-442-

El Art. introduce otro requisito de constitución para estas sociedades, omitido en la enumeración del Art. 428, pero de mayor relevancia jurídica.

Se refiere a la necesidad de ley expresa para determinar y atribuir el aporte público, que comprenda bienes y cierto tipo de garantías de interés en función de "la realización e incremento de obras públicas y de necesidad social", cuya disposición y atribución mediante ley, incumbe al Congreso con arreglo a la interpretación combinada de los arts. de la Constitución señalados en la concordancia. Como requisito, esta ley, igual que el decreto exigido por el Art. 428, 3), debe preceder a la suscripción del convenio que menciona el inc. 2) del mismo.

Tocante al aporte público, concretamente considerado, caben algunas observaciones:

a) Su entidad no siempre ha de ser resultado de las negociaciones con el sector privado; puede ser una imposición de la ley o del decreto, según casos y circunstancias.

b) La relación entre los aportes público y privado, que originalmente confería una proporción que debía respetarse en las negociaciones y convenio respectivos, del 51% para el sector público, ha sido modificado por D.L. N° 15184 de 15 Dic. de 1977 con el texto (primera fase del Art.) que se comenta, el mismo que deja inferir que puede reconocerse mayor proporción al sector privado, si en las negociaciones y en el convenio así se acuerda, lo cual deja sin asidero las previsiones de la última fracción del Art., relativas al forzado mantenimiento de la prevalencia del sector público, que tenían concordancia lógica con la disposición original del texto antes mencionado.

c) Sobre los aportes que pueden consistir en dinero, en títulos o en especie, sea que se integren en propiedad o en usufructo reservándose la nuda propiedad de los mismos, nada cabe observar respecto de su evaluación previa que no presenta mayores inconvenientes. La observación no parece fácilmente vadeable, cuando se trata de las otras formas de aporte que menciona el Art., particularmente aquellas que el inc. 3) indica, y que no se sabe exactamente cómo serán valoradas, porque ni el Art. 158 ni este que aquí se anota, dan una pauta siquiera aproximada. Viterbo (cit. de Malagarriga) pregunta, ¿cómo ha de valuarse las concesiones de privilegios, la excención de impuestos, la protección fiscal, etc., para que figuren en el capital? ¿Y que garantía

supone para terceros un capital que incluye aportes de esta clase? Es evidente que en el punto, como ha ocurrido con el del decreto argentino probable fuente de este capítulo, no se ha reparado en que en otras legislaciones (v. gr. la de Francia, cit. de Malagarriga) se distingue participación de aporte. Se aporta un capital en dinero o en cosas que no son dinero, pero que son fácilmente valuables en el. Se participa, cuando se garantiza, por ejemplo, la emisión de obligaciones de la sociedad.

ARTÍCULO 431.- (Aporte privado). El aporte de capital privado puede ser en dinero, en bienes o valores depositados en un Banco o en estudios, proyectos y aportes tecnológicos.

El convenio, el Decreto Supremo de autorización y la escritura pública de constitución de la sociedad, deben especificar claramente el aporte tecnológico, bienes o valores y el número de acciones que corresponderá al capital privado por este aporte.

Conc: c. com. 127, 6) - 150-430-432-

El aporte de estudios, proyectos y aportes tecnológicos (tanto por parte del sector público, inc. 4, Art. 430, como del sector privado), pueden en alguna medida ser valorados sin las dificultades observadas para el aporte público comprendido en el inc. 3 del Art. anterior. Pero, quien integra o desembolsa el dinero que representa la valuación?

El interrogante emana de que dentro del principio general de la garantía del capital (Rodríguez: capital determinado) rige el de la realidad del capital social, que supone una cifra de valores realmente entregados a la sociedad o realmente comprometidos. Si a este tipo de aportes del sector público se acuerda un valor X, quiere decir que el sector privado debe desembolsar su importe, o, en el caso inverso, el sector público debe integrar ese valor, porque no se puede hacer figurar una valuación sin integración efectiva de su importe, o sin el compromiso de hacerla efectiva, porque sería una simple ilusión contable, con preterición de los principios mencionados.

O, se aplica la regla del Art. 156 (segunda fase), que excluye del capital social el valor de esta clase de aportaciones, que pueden ser comprendidas en la genérica de trabajo o industria.

Por lo regular, la concurrencia tecnológica, no es objeto de aportación, en el sentido que en las sociedades por acciones tiene esta expresión, sino de participación o regalía, que no emana del capital sino de lo que produce este: de las utilidades.

ARTÍCULO 432.- (Utilización de aportes). Los aportes no pueden ser utilizados por la nueva sociedad sin la previa y correspondiente entrega de los títulos de acciones.

Conc: c. com. 430 - 431 -

Es una disposición que no tiene razón comprensible dentro de este capítulo. Como habla de la nueva sociedad, puede conjeturarse que un error de compaginación, ha desplazado esta disposición a este capítulo del correspondiente a la fusión, en el cual parece tener ubicación propia.

ARTÍCULO 433.- (Determinación de la participación estatal). La participación del sector estatal debe estar claramente determinada en el convenio, Decreto Supremo, escritura de constitución y estatutos y dependerá del tipo de actividad que deba realizar la sociedad. Asimismo, se debe establecer si la explotación se refiere a recursos naturales renovables o no, y si los aportes privados son de origen nacional o extranjero.

Conc: c. com. 428 - 430 --

ARTÍCULO 434.- (Transferencia recíproca de acciones). La escritura de constitución puede establecer las condiciones, modalidad y forma de pago para la transferencia de las acciones del sector privado al Estado o viceversa, cuando así lo acuerden ambos sectores en el correspondiente convenio de formación de la sociedad. Transferidas las acciones en favor del sector estatal, la sociedad se convierte en empresa pública. Si la transferencia se efectuara en favor del sector privado, la sociedad continuará como sociedad anónima privada, sujeta a las prescripciones legales que rigen este tipo de sociedad.

Conc: c.c. 519 - c. com. 217 y s. - 253 - 435 -

La escritura de constitución puede prever estas transferencias, si la ley expresa y el decreto de que habla los arts. 430 y 428, 3), respectivamente, las han comprendido en la autorización que deben otorgar.

ARTÍCULO 435.- (Servicios públicos). Tratándose de sociedades que explotan servicios públicos, venciendo el tiempo de duración de la sociedad, salvo prórroga o renovación, el Estado puede tomar para sí las acciones en poder de los participantes en las condiciones estipuladas e el convenio, y transformar la sociedad mixta en una empresa pública, que continuará con la prestación del servicio.

Conc: c. com. 434-1692-

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 1 del Art. 424.

ARTÍCULO 436.- (Peritaje). Para los casos de redención, liquidación, rescate o cualquier otra transferencia de acciones entre el capital privado y el Estado o viceversa, a falta de estipulación expresa en el convenio, ambas partes nombrarán peritos que avalúen las acciones y si estos no se pusieran de acuerdo sobre el precio, se designara un dirimidor que será nombrado por el juez competente. Evacuado el informe del dirimidor, que no será susceptible de recurso alguno, el Estado o el sector privado, según el caso, depositarán el valor de las acciones en un Banco y los tenedores procederán a su transferencia, previo pago con el dinero depositado, salvo que se convenga pagos diferidos.

Conc: c.c. 519 - c. com. 1472 -

ARTÍCULO 437.- (Límite de responsabilidad). La responsabilidad de ambos sectores está limitada a los aportes efectuados y compromisos contraídos.

Conc: c. com. 217 - 425 -

ARTÍCULO 438.- (Inversiones en otras sociedades). Las sociedades de economía mixta, por decisión de sus juntas de accionistas, pueden efectuar, a su vez, inversiones en otras empresas o adquirir acciones de otras sociedades así como realizar estudios de factibilidad, organizar y establecer en el país nuevas sociedades para la instalación de otras actividades afines a su objeto. En este caso, las nuevas sociedades pueden constituirse en cualquiera de los tipos de sociedad por acciones o de responsabilidad limitada y no necesariamente como sociedades anónimas de economía mixta.

Conc: c. com. 146 -

ARTÍCULO 439.- (Emisión, de acciones preferidas y bonos). Las sociedades de economía mixta, previa autorización del órgano administrativo competente, pueden emitir acciones preferidas o bonos de obligación, señalando las condiciones, plazo, valor y otras que tendrán tales emisiones.

Conc: c. com. 263-642-742-746-

ARTÍCULO 440.- (Representación estatal). Para las juntas generales de accionistas, la entidad propietaria del sector público designara delegados que representen sus acciones en las juntas, con plenas facultades, voz y voto, debiendo acreditar con el certificado correspondiente el número, valor y serie de las acciones que representan.

Conc: c. com. 268 -269- 273 -

ARTÍCULO 441.- (Presupuesto). Durante el mes de noviembre de cada año la administración o gerencia presentara a consideración del directorio, un presupuesto de ingresos y egresos, estimando los resultados de la próxima gestión.

Conc: c. com. 429 -

ARTÍCULO 442.- (Tributación). Este tipo de sociedad queda sujeto al cumplimiento de las obligaciones tributarias y a todas las disposiciones que rigen el funcionamiento de las sociedades anónimas, con la sola excepción de las modalidades señaladas en este Capítulo y las facultades o liberalidades que pudiera otorgarle expresamente el Estado.

Conc: c.tb. 18-22-c. com. 217 y s.-430, 3) -

CAPÍTULO XIV

DIRECCIÓN DE SOCIEDADES POR ACCIONES

ARTÍCULO 443.- (Objeto y dependencia). La Dirección de Sociedades por Acciones es el órgano administrativo encargado de vigilar y controlar la constitución, funcionamiento y liquidación de las sociedades por acciones y de economía mixta, cuidando que las mismas se sujeten a las normas de este Código y sus propios estatutos, así como a las leyes que le sean aplicables.

La Dirección de Sociedades por Acciones, con jurisdicción en todo el territorio de la República, ejercerá control sobre toda sociedad por acciones y de economía mixta, con excepción de los Bancos, entidades de crédito, de seguros y otras sometidas a fiscalización del órgano administrativo especializado, conforme a las disposiciones legales pertinentes.

La Dirección de Sociedades por Acciones depende del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

Precd: D.S. 30 Junio 1942-

Conc: c. com. 130-131-217-356-424-447-Rgto. s.p.a. 2-3-

ARTÍCULO 444.- (Atribuciones y Recursos). Son atribuciones de la Dirección de Sociedades por Acciones:

- 1) Aprobar los estatutos de las sociedades anónimas y comanditarias por acciones, así como sus modificaciones, requiriendo el cumplimiento de los requisitos legales señalados en este Código y las normas de la materia;
- 2) Cuidar que el objeto de toda sociedad por acciones no sea contrario a la Ley ni al interés público;
- 3) Autorizar la inscripción de las sociedades por acciones en el Registro de Comercio, previa comprobación de haberse llenado los requisitos legales y fiscales en la constitución de la sociedad solicitante, conforme lo dispuesto en los artículos 130 y 131;
- 4) Intervenir en todos los actos señalados en los artículos 222, 223, 229, 290 y 291;
- 5) Controlar mediante inspecciones periódicas o exigiendo la presentación de documentos, el incumplimiento de las disposiciones del presente código y estatutos sociales;
- 6) Conocer las resoluciones de las juntas generales relativas tanto a la constitución o el aumento de capital por suscripción pública de acciones, como a la emisión de bonos o debentures, informando de la situación de la sociedad al órgano administrativo competente encargado del control de la oferta pública de títulos-valores;
- 7) Pedir al órgano administrativo que ejerza el control de la oferta pública de títulos-valores, el retiro de la circulación de las acciones o bonos de sociedades en situación irregular o no constituidas legalmente y que puedan comprometer los intereses de los inversionistas;
- 8) Hacer conocer a las juntas generales de accionistas las infracciones de los órganos de dirección y administración, exigiendo su enmienda o rectificación;
- 9) Convocar a juntas generales, conforme señala el artículo 290, cuando no se hayan realizado las ordinarias previstas en los estatutos;
- 10) Realizar inspecciones especiales, cuando así lo requiera el interés social de los accionistas o de tenedores de bonos, pudiendo examinar la contabilidad y demás documentos a fin de determinar:
 - a) Si la sociedad viene cumpliendo su objeto y lo hace dentro de los términos del contrato social;
 - b) Si la contabilidad se ajusta a las normas legales y a la técnica contable adecuada;
 - c) Si los activos sociales son reales y si se hallan debidamente respaldados por la documentación necesaria, así como protegidos adecuadamente;

- d) Si los dividendos corresponden, realmente, a las utilidades líquidas de cada ejercicio y si la distribución se ha practicado conforme a la resolución de la junta general;
 - e) Si se han constituido las reservas previstas por Ley y los estatutos;
 - f) Si existen pérdidas que determinen su disolución conforme a este Título o los estatutos, y
 - g) Si los libros de actas y de registros de acciones se llevan y conservan conforme a Ley.
- 11) Concurrir, mediante un funcionario debidamente autorizado, a toda junta general en los casos previstos en este Título o cuando así se estime prudente en orden al interés general de los accionistas y terceros acreedores;
 - 12) Exigir la presentación de memorias anuales y balances en las fechas previstas, pudiendo recabar toda la información complementaria, datos y antecedentes que permitan conocer su situación económico - financiera;
 - 13) Fijar normas generales para la elaboración de los balances tipo, conforme al ramo de actividad y exigir el cumplimiento del requisito de la publicidad señalada en el artículo 331;
 - 14) Precautelar los intereses del público y de los suscriptores de acciones para el caso en que las sociedades por acciones no lleguen a constituirse legalmente y deban restituir las sumas recibidas como aportes por los promotores o administradores;
 - 15) Proteger los derechos de los accionistas y conocer las denuncias sobre irregularidades en las convocatorias a juntas generales, cómputo de votos y otras de interés social semejante;
 - 16) Imponer sanciones por transgresión a las órdenes e instrucciones impartidas;
 - 17) Investigar las denuncias presentadas por personas interesadas legalmente en una sociedad por acciones, sobre irregularidad o violaciones de la Ley o sus estatutos. Con el resultado de la investigación dispondrá las medidas pertinentes o recurrirá al ministerio público para los fines consiguientes;
 - 18) Previo el correspondiente proceso administrativo, suspender la autorización de funcionamiento de las sociedades por acciones que reiteradamente violen normas legales o estatutarias, cuando no fueran subsanadas dentro de los plazos fijados por Ley;
 - 19) Elaborar estadísticas de interés general, publicando datos relativos a las sociedades por acciones.

Contra las resoluciones definitivas que pronuncie la Dirección de Sociedades por Acciones, cabe el recurso de apelación dentro de tercero día para ante el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y contra éstas se abre el recurso de casación para ante la Corte Suprema de Justicia, recurso que se interpondrá en el término de ocho días.

Precd: D.L. 28 Abril 1938-

Conc: c. com. 29-48-57, 2)-130-131-222-223-229-268-290-291- 331-350- 354-379-446-645, 9) - 677-Rgto. rg. com. 12, j)-32, c) -36-Rgto. s.p.a. 4-8-14-18-41-43-48-

ARTÍCULO 445.- (Prohibiciones). Los funcionarios de la Dirección de Sociedades por Acciones no pueden, directa o indirectamente, conservar o adquirir derechos o acciones en las mismas, bajo pena de destitución, previo proceso administrativo.

Todo funcionario o empleado de la Dirección de Sociedades por Acciones debe guardar la más estricta reserva sobre las informaciones obtenidas en el desempeño de sus labores, estándole prohibido revelar los secretos comerciales que lleguen a su conocimiento, bajo pena de destitución, sin perjuicio de responder por los daños.

La Dirección de Sociedades por Acciones puede proporcionar informaciones a solicitud de parte interesada y con orden judicial.

Conc: Const. 16-c.c. 984- c.p. 302- p.p. 1-3- c.com. 19, 4)-

ARTÍCULO 446.- (Información pública necesaria). No son objeto de reserva comercial y pueden publicarse:

- 1) La memoria anual de las sociedades por acciones;
- 2) El balance condensado y estado resumido de resultados;
- 3) Los dividendos acordados, y
- 4) La composición del directorio, representantes legales, personal ejecutivo y demás funcionarios.

Conc: 444, 1) y 2)-331-

ARTÍCULO 447.- (Reglamento). La organización y funcionamiento de la Dirección de Sociedades por Acciones será objeto de reglamentación.

Conc: c. com. 443 -

La fiscalización administrativa de las sociedades por acciones, durante su funcionamiento, desde su constitución hasta su extinción, esta sometida al organismo administrativo especializado, que es la Dirección de sociedades por acciones, instituido regulado por este capítulo, cuya reglamentación esta contenida en el D.S. N° 15195 de 20 de Diciembre de 1977, infra.

Este tipo de fiscalización, en el derecho comparado, existe no sólo en los países con régimen de autorización previa administrativa, que en el ordenamiento nacional se denomina aprobación (arts. 130 y 131), para constituir la sociedad, sino también en aquellos en que la constitución no esta sometida a ninguna intervención administrativa. Las modalidades son diversas propias de las peculiaridades de cada legislación.

El Código organiza y regula sistemáticamente la materia, mientras en el c. mtl. abrg. no existen reglas que merezcan identificarlas como propias del instituto. El citado código abrg., en su Art. 247, conforme con el sistema del Código español de 1829, su fuente, encarga al Juzgado mercantil respectivo el examen y aprobación de las escrituras de la constitución de las sociedades por acciones, requisito sin el cual -dice- no podrán operar dichas sociedades. Sin embargo, los Juzgados mercantiles, fueron sustituidos -aún antes de su completa organización- por los Consulados de comercio (D. de 14 de Febrero de 1843) y los Juzgados especiales de comercio, en su jurisdicción y competencia, fueron reemplazados por los Jueces ordinarios, concretándose a la tramitación de las causas según los procedimientos comunes.

Así prácticamente, aparte la autorización gubernamental previa, establecida para las sociedades anónimas por el D.S. de 8 de Marzo de 1860, el funcionamiento de estas sociedades carecía de una fiscalización administrativa propiamente dicha (excepto lo relativo a las disposiciones sobre domicilio, representación, directorios, libros, utilidades, que se citan y anotan como precedentes de las disposiciones pertinentes), hasta la promulgación de los DD.SS. de 28 de Abril de 1938 y 30 de Junio de 1942, que se indican como precedentes de los arts. 444 y 443, respectivamente. El primero de estos coloca las sociedades anónimas bajo el inmediato control y vigilancia del Poder Ejecutivo, a través del Ministerio a cuyas atribuciones correspondan su naturaleza u objeto. El segundo, instituye la Intendencia de Sociedades anónimas, como dependencia de la Superintendencia de Bancos, destinada exclusivamente al control del pago de los impuestos fiscales, por parte de las sociedades fiscalizadas.

En rigor la organización de este ente administrativo, constituye la iniciación de una fiscalización debidamente sistematizada, que sin duda satisface una necesidad evidentemente sentida.

LIBRO SEGUNDO
DE LOS BIENES MERCANTILES, MERCADO DE VALORES Y OTROS

TÍTULO I
DE LA EMPRESA MERCANTIL Y SUS ELEMENTOS

CAPÍTULO I
EMPRESA MERCANTIL

ARTÍCULO 448.- (Concepto de empresa y establecimiento). Se entiende por empresa mercantil a la organización de elementos materiales e inmateriales para la producción e intercambio de bienes o servicios.

Una empresa podrá realizar su actividad a través de uno o más establecimientos de comercio. Se entiende por establecimiento el conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa.

Conc: c. com. 6, 8), 9) y 11 a 19) - 11 -

Además de las ideas generales expuestas en la anot. al Art 11, cabe concretar conceptos sobre el tema de este Art.

Los datos empíricos, enseñan la empresa como el conjunto de cosas que sirven al comerciante para su comercio (Carnelutti, cit. de Rodríguez). El concepto económico la considera organización destinada a producir bienes o servicios con independencia financiera de todo otro organismo (James, cit. ibidem).

Sobre el concepto jurídico, se dan diversas teorías y, entre las principales, se tiene:

a) La patrimonial, que la estima un patrimonio separado o conjunto de bienes destinados a un determinado fin, distinto para ciertos aspectos del resto del patrimonio (Enneccerus, Becker y otros, cit. de Rodríguez).

b) La de la personalidad, que la conceptúa persona, sin asidero posible en el ordenamiento nacional a tenor del principio que sienta el Art. 74 del c.c., los bienes son las cosas materiales e inmateriales que pueden ser objeto de derechos.

c) La de la universalidad (de hecho), que considera la empresa una universitas o pluralidad de objetos de derecho que constituyen un conjunto al que el ordenamiento jurídico le presta un tratamiento unitario adecuado (Thaller, Wieland, Vivante y otros), teoría que, a pesar de las críticas de que ha sido objeto, se difunde con más éxito según Cañizares, y parece ser la que, según Rodríguez, mejor explica los fenómenos derivados del reconocimiento de la empresa como unidad jurídica, cuyo fundamento reposa en el principio del valor objetivo y de la conservación del destino económico de los bienes y de los organismos funcionales ligados a su razón de ser (Casanova, cit. de Rodríguez).

Messineo, considera empresa el desenvolvimiento profesional de una actividad económica organizada para un determinado fin, o sea una forma particular de desenvolvimiento de actividad, por parte de un sujeto; como concepto dinámico de una fuerza que opera, sirviéndose de determinados medios, es un *quid inmateriale* y no puede ser definida optando entre la categoría de los sujetos y la categoría de los objetos, para asignarla a la una o a la otra, de la cual alternativa escapa porque es un *tertium genus*. Aclara el citado autor, que este concepto subjetivo, que no lleva propósito de atribuir a la empresa cualidad de sujeto, es un *modus dicendi* para mencionar al empresario, de cuya noción empresa es lo abstracto, porque la ley italiana, en función de la cual expone la disertación que se resume, no define la empresa y considera que su concepto esta implícitamente incluido en el de empresario, en cuanto titular de la empresa. El concepto que da el Art., puede considerarse correspondiente al de la teoría universalista, porque expresa unidad de trato dentro del principio de conservación, al establecer la unidad del destino de la empresa y el de sus elementos, aún en las transmisiones que de ellas se efectúen (Art. 450).

Puede adoptarse, por consecuencia de este examen, como definición de empresa, por su coincidencia con el concepto que da el Art., la de un proyecto mexicano de Código de comercio de 1929 (cit. de Rodríguez): conjunto de elementos materiales y valores incorpóreos cuya existencia y coordinación constituye la universalidad característica por medio de la cual se ejerce un comercio o una industria.

Como la empresa comercial constituye un organismo determinado, principalmente por su función técnica que puede ser comercial o industrial, terrestre, marítima (o aérea), dice Vivante, tiene diversas manifestaciones según el objeto de su ejercicio: es una tienda, un edificio, un banco o una agencia esto es, un establecimiento. El Art. no da un concepto exacto de este; lo confunde con el de empresa, cuando llama a esta organización de elementos materiales e inmateriales y a aquel conjunto de bienes organizados que, en definitiva son esos mismos elementos materiales o inmateriales que forman esa organización llamada empresa, elementos

entre los que esta implícitamente comprendido el establecimiento según la enumeración del Art. siguiente (449), particularmente en los incs 1, 2, 4 y 6 del mismo. Confusión que no queda despejada por el tenor del inc. 1) del Art. 11, cuya expresión empresas o establecimientos deja entender que son una misma cosa y, en consecuencia, que la conjunción o, no ha sido empleada para denotar disyuntiva o alternativa, sino, más bien, una idea de equivalencia.

Establecimiento es el asiento material de la empresa, el lugar geográfico en el que permanentemente se desenvuelven sus negocios, noción que evoca la del domicilio del comerciante, pues si la empresa tiene un establecimiento, el titular de la empresa tiene un domicilio (Rodríguez). El domicilio de las personas individuales está en el lugar en que reside con propósito de establecimiento (c.c. art. 24) y el de las personas colectivas en el lugar de residencia de su administración o por lo menos de sus representantes (v. gr. art. 416, particularmente incs. 1) y 2).

Establecimiento, literalmente entendido, es el acto de establecerse y por eso del comerciante que en determinado lugar empieza sus negocios, se dice que se establece y la expresión, jurídicamente utilizada, designa: 1) el asiento de la empresa o punto geográfico permanente en el que se centra la dirección del negocio, y 2) el negocio ejercido en un determinado lugar (Pisko, cit. de Rodríguez).

Es así como ha de entenderse establecimiento, como lugar o entidad municipal relacionado, por ejemplo, con el lugar de inscripción en el registro de comercio (Rgto., art. 50), con la publicidad de la apertura o cierre del establecimiento (Rgto. rg. com. art. 3, A, 10), con la competencia judicial común (p.c. art. 10, 1 y c. com. art. 2), con el lugar de cumplimiento de las obligaciones (c.c. art. 310 y c. com. art. 786), con la declaración de quiebra y de suspensión de pagos (c. com. art. 1492).;

En síntesis, el establecimiento es uno de los elementos de la empresa.

JURISPRUDENCIA

"Un contrato celebrado para fomentar un establecimiento industrial, es netamente comercial, por lo cual es de preferente (de exclusiva, parece el concepto indicado) aplicación al caso las prescripciones del c. mtl. (c. com.)" (G.J. N° 1223, p. 44).

ARTÍCULO 449.- (Elementos de la empresa). Los elementos componentes de la empresa son los siguientes:

- 1) Los bienes inmuebles, instalaciones o mobiliario, maquinaria, herramientas e implementos de trabajo;
- 2) El derecho a impedir la desviación de la clientela y la fama comercial;
- 3) El nombre comercial, marcas y signos distintos;
- 4) La cesión de los contratos de arrendamiento del local, con autorización del propietario si éste fuera alquilado;
- 5) Los contratos de trabajo de empleados y obreros en los términos establecidos en los respectivos contratos y la Ley;
- 6) Las mercaderías en almacén o en proceso de elaboración y los demás bienes en depósito, tránsito y prenda;
- 7) Las patentes de invención y secretos de fabricación así como los dibujos y modelos industriales, y
- 8) Los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias, excluyendo los personales del titular.

Todo contrato celebrado sobre una empresa mercantil que no expresa los elementos que la componen presupone todos los elementos antes enumerados.

Conc: c. com. 450-456-457-460 -

Al conjunto de los elementos componentes de la empresa, cuya coordinación es la causa de esta, se denomina, ya comúnmente en español aunque deriva de la doctrina italiana, aviamiento, según Rodríguez (v. la anot. al art. 11). Con arreglo a este criterio, la coordinación de los múltiples elementos de la empresa no es el resultado de esta, sino que la empresa lo es por efecto de la debida coordinación de aquellos.

En la clasificación de los elementos que enumera el art. que son de diversa naturaleza, se distinguen elementos materiales, inmateriales y personales (Rodríguez). Son elementos materiales, los inmuebles y muebles que se utilizan o producen en la empresa, como en su o sus establecimientos (incs. 1 y 6) y los dibujos y modelos mencionados en el inc. 7). Son inmateriales, los derechos de crédito y los que integran la propiedad incorpórea, como la fama comercial, el nombre comercial, marcas, patentes, avisos (incs. 2, 3, 4, 7, 8). Son personales (según Rodríguez; en la anot. al art. 11 se ha preferido llamarlos de relaciones jurídicas; v. la anot. respectiva), los derivados de la prestación de servicios a la empresa (contratos de trabajo) o de cosas o servicios que proporciona (clientela), consignados en los incs. 2 y 5, que también pueden ser incluidos entre los elementos inmateriales.

Algunos de éstos elementos que integran la empresa, por su peculiar figura jurídica, son regulados particularmente en los capítulos siguientes de este Título.

JURISPRUDENCIA

"Los locales (tiendas) de abarrotes (considerados muebles por su naturaleza sirven únicamente de prenda y no de hipoteca por ser susceptible de ella solamente los inmuebles" (G.J. N° 1300, p. 62).

ARTÍCULO 450.- (Preservación de la unidad de la empresa). En caso de enajenación de la empresa por cualquier título, se preferirá la que se realice en bloque o unidad económica; de no ser posible, se efectuará en forma separada de sus distintos elementos. La calificación será hecha por el respectivo órgano administrativo de control.

En la misma forma se procederá en caso de liquidación voluntaria o forzosa de la empresa.
Conc: c. com. 449-456-457-900-Rgto. s.p.a. 4, j) -46-

La disposición rige para las empresas mercantiles, esto es dentro del ámbito de aplicación del Código (art. 1). Las que no tengan ese carácter, están sometidas a la disposición legal especial que las rige o a las regulaciones del derecho administrativo si se trata de empresas públicas.

Para las empresas constituidas por sociedades anónimas o de economía mixta, el organismo encargado del control es la Dirección de sociedades por acciones, que actúa, según casos y circunstancias, a mérito de este art. y de las disposiciones reglamentarias señaladas en la concordancia.

La misma preservación está contemplada en el art. 900, para los casos de hipoteca.

ARTÍCULO 451.- (Subrogación). El adquirente de una empresa se subroga de todos los derechos y obligaciones que se hayan adquirido y contratado, hasta el momento de la transferencia en ejercicio de la actividad propia de aquella, salvo que fueran personales del enajenante.

Conc: c.c. 326, 5) - c. com. 454

Es un caso de subrogación legal, conformado a la regla general del derecho común (c.c. art. 326, 5). La adjetivación legal, no alude a la conformidad con la ley sensu lato, sino a la noción

restringida de la subrogación que no siendo convencional, se opera ministerio legis, cuando concurren las condiciones previstas por la ley y sin necesidad del consentimiento explícito o sobrentendido de las partes.

La excepción de los derechos personales, tiene lugar si el enajenante titular de la empresa, es una persona individual, y se considera derechos personales los extrapatrimoniales atinentes al estado de las personas, que no tienen relación con el caso y algunos comprendidos entre los patrimoniales como los relativos a los bienes inembargables (pensiones alimenticias, patrimonio familiar) de dudosa aplicación en el supuesto del art., o a los que implican la apreciación de un interés moral, como la revocación de una donación por ingratitud.

JURISPRUDENCIA

1.- "Los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor a acepción de los que son exclusivamente personales" (G.J. N° 231, p. 1301).

2.- "La subrogación de los derechos está subordinada a lo que dispone el art. 842 (326) del c.c." (G.J. N° p. 18).

ARTÍCULO 452.- (Cesación de la responsabilidad del enajenante). La responsabilidad del enajenante frente a terceros, cesará con el previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 1) Que se haya dado aviso a los acreedores acerca de la transferencia en un periódico de amplia circulación nacional y en uno que circule en el lugar del domicilio de la empresa, por tres días consecutivos;
- 2) Que se haya hecho conocer a los acreedores directamente, por carta certificada u otro medio de comunicación, y
- 3) Que dentro del término de treinta días a partir de la última publicación, no se hayan opuesto los acreedores a aceptar al adquirente como deudor.

El acreedor afectado hará inscribir su oposición en el Registro de Comercio dentro del término indicado en el inciso tercero.

Conc: c. com. 29, 7) -453-454-C.C. 1335 -

ARTÍCULO 453.- (Derecho a exigir garantías). La oposición a que se refiere la última parte del artículo anterior da derecho al acreedor a exigir garantías suficientes para el pago de sus créditos

y si ellas no se prestan en tiempo oportuno, las obligaciones se hacen exigibles aún en el caso de no haber vencido los plazos pactados.

Este derecho se ejercerá dentro de los dos meses siguientes a la fecha de oposición.

Conc: c.c. 315-c. com. 452-892- 896- 899- 900-

Estos dos arts. rigen para los llamados acreedores quirografarios, por aplicación del art. 1335 del c.c., que establece el principio de la genérica garantía patrimonial de los derechos, y que como tales carecen de causa legítima de preferencia o del derecho de persecución sobre la empresa o alguno de sus elementos, como ocurre cuando hay hipoteca o prenda sin desplazamiento, casos en los cuales son aplicables las disposiciones indicadas en la concordancia del art. 453.

El derecho de exigir garantías suficientes, reconocido al acreedor, en las condiciones fijadas por ambos arts., responde al principio general del art. 315 del c.c. y 806 del c. com., que declaran vencidos los términos pendientes para el deudor que cae en insolvencia o disminuye o no da las garantías necesarias a su acreedor. Los dos plazos acordados a los acreedores para la inscripción de su oposición (art. 452 i. f.) y la demanda de garantías suficientes (art. 453 i.f.) son plazos de caducidad que se regulan por lo dispuesto en el art. 1514 del c.c.

ARTÍCULO 454.- (Arrendamiento o usufructo). En caso de arrendamiento o usufructo de la empresa se aplicaran los artículos 451 y 452.

Conc: c.c. 231 - 723 -c. com. 451 -452- 459 -458 -455-

Quiere decir que el usufructuario y el arrendatario se subrogan en lo adquirido y contratado por el titular hasta el momento en que este les entrega la gestión de la empresa, por una parte y, por otra, que el titular de la empresa antes de entregar la gestión de ella al usufructuario o al arrendatario debe observar lo prevenido en el art. 452, para salvaguarda de los derechos de terceros acreedores (quirografarios).

Tocante al arrendamiento, el instituto aplicable es sin duda el del arrendamiento de cosas productivas (art. 723, c.c.), porque es al que se adecua la explotación de un establecimiento mercantil mediante locación.

ARTÍCULO 455.- (Cesión de créditos). La cesión de los créditos de una empresa surte efectos respecto de terceros desde el momento de la inscripción en el Registro de Comercio sin

necesidad del aviso al deudor. Sin embargo, el deudor queda liberado si paga de buena fe al cedente.

Las mismas disposiciones son aplicables al usufructo o arrendamiento de la empresa en caso de ser extensivo a sus créditos.

Conc: c. com. 29-454-c.c. 384-391 -

La disposición se conforma a los principios generales del derecho común, contenidos en las disposiciones concordantes del c.c.

La segunda fracción del art., por su imprecisa formulación, no ofrece la claridad necesaria para la debida inteligencia de sus disposiciones. Parece referirse a los créditos que el usufructuario o el arrendatario pudieran tener respecto de la empresa, como parece comprender los créditos que la empresa tuviera respecto del usufructuario y del arrendatario, si se atiende a la consecuencia lógica que debe darse entre dicha fracción y la determinación inicial del art. Si se considera que el precepto determina que se aplican sus disposiciones al usufructo como al arrendamiento, aún en el caso de que ellos comprendan los créditos de la empresa, no concilia la interpretación con la situación de usufructuario y arrendatario, que en sus respectivas relaciones con la empresa no invisten precisamente status de deudor, salvo por razón de obligaciones derivadas del usufructo (v. gr. arts. 235 y 238, c.c.) o del arrendamiento (v. gr. arts. 701 y 727, c.c.) -cosa diversa por cierto- que serían los únicos créditos cesibles conforme a la regla del art., pero no los créditos sobre los que se estableció el usufructo o el arrendamiento, sin alterar derechos protegidos por el art. 519 del c.c., mediante un acto unilateral del titular de esos créditos gravados y en perjuicio de los titulares del gravamen.

ARTÍCULO 456.- (Embargo). Los elementos esenciales que integran la empresa mercantil, según lo establecido en el artículo 449, no pueden ser disgregados por las acciones judiciales promovidas por los acreedores del titular. En esta virtud, no se puede practicar embargo aislado de los elementos esenciales sino que éste debe abarcar la empresa en conjunto, nombrándose un depositario quien a la vez ejercerá funciones de interventor, cuya remuneración corre por cuenta de la empresa, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 498 del Código de Procedimiento Civil.

Conc: p.c. 164 - 172 - 179 - 498, II) - 499 - c. com. 449-450-457-

La empresa es un bien mercantil (art. 11), productor de rentas y frutos, que cumple una función económica y social, cuyo regular funcionamiento no puede ni debe ser interrumpido. En los supuestos del art., por razón de litigio, por eso, la ley concilia la protección de los derechos del acreedor con la conveniencia del interés general y para la observancia de las finalidades del art. 450, establece la intervención como modalidad del embargo, adecuada a las peculiaridades del establecimiento mercantil y sus elementos componentes. Nótese en la jurisprudencia inserida infra, la evolución del tratamiento legal en la materia.

JURISPRUDENCIA

1.- "En materia de comercio, se traba el embargo sólo a instancia de parte a mérito de instrumento con fuerza ejecutiva y sólo sobre las mercaderías y bienes muebles del deudor" (G.J. N° 51, p. 471).

2.- "Las empresas no son embargables y los acreedores sólo pueden nombrar uno o más interventores, que serán depositarios de las utilidades de ellas" (G.J. N° 1314, p. 108).

ARTÍCULO 457.- (Paralización de actividades). La paralización de actividades de una empresa por más de un año, sin justificativo alguno, determina la pérdida del carácter de tal y sus elementos dejan de constituir una unidad económica.

Conc: c. com. 449 - 450 - 456 -

ARTÍCULO 458.- (Limitación de competencia). La transferencia de una empresa obliga al enajenante a que durante los tres años siguientes se abstenga de instalar otra que, por sus características, pudiera significar una competencia desleal, salvo pacto en contrario.

Lo anterior es aplicable al usufructo o al arrendamiento de una empresa, por el tiempo de su duración.

Conc: c.c. 454, II) -519-c. com. 69, 8) -454 - 459-

Es una obligación impuesta por la ley, que puede ser establecida también en el contrato de transferencia o de locación o en el acto constitutivo del usufructo, como puede ser derogada por el acuerdo de las partes, en todos los casos señalados por el art.: transferencia, arrendamiento y usufructo.

La asimilación a la competencia desleal, corresponde a la que señala el caso 8) del art. 69.

ARTÍCULO 459.- (Usufructuario o arrendatario). El usufructuario o el arrendatario explotara la empresa sin alterar su objeto, organización e inversiones y atenderá normalmente la provisión de los artículos o mercaderías. La diferencia entre las existencias según balances e inventarios que se efectuarán al comienzo y al final del usufructo o arrendamiento, se liquidará en dinero, de acuerdo a los precios pactados o vigentes al día de su conclusión. A falta de estipulación sobre el precio de las existencias se recurrirá a peritaje.

Conc: c.c. 221-231-723-1540-c. com. 29, 7)-454-458 - Rgto.rg.com. 3, 12) - 35

Aunque no es corriente en la práctica, según observa Fernández, el usufructo de un establecimiento comercial, porque de alguna manera afecta la continuidad de su gestión o los métodos de explotación convenientes para su desarrollo, desde el punto de vista jurídico es perfectamente factible constituirlo, razón por la que la ley lo regula (art. 231, c. c.).

Se ha discutido en la doctrina sobre las posibilidades y conveniencia de constituirlo, debate que no corresponde analizar aquí. Sólo debe advertirse que sus efectos siempre se establecen refiriéndolos a la empresa en su conjunto y no separadamente a los elementos que la componen: maquinarias, mercaderías, marcas, patentes, etc. La unidad de la empresa (art. 450) así lo exige, aún cuando el usufructo se proyecte sobre sus elementos componentes.

Como derecho real y como gravamen el usufructo debe ser registrado (arts. 1540 c.c. y 3, 12) y 35 Rgto. rg. com.)

Además de que, para su ejercicio, requiere que el usufructuario sea puesto en posesión del bien, razón que justifica como primera obligación del usufructuario respetar en ese ejercicio de su derecho, como condición inherente a este, el destino económico del bien que usufructúa de acuerdo al principio: *salva rerum substantia* (c.c. art. 221).

Reconocida y legalmente protegida la unidad económica y jurídica de la empresa y a pesar de las modificaciones que se operan en algunos de los elementos que la integran, como v. gr. las mercaderías, es factible darla en arrendamiento como cualquier otro bien material o inmaterial susceptible de producir su goce sin consumir su substancia. Es un caso análogo al de la entrega de la empresa en usufructo, al que corresponde adecuadamente las regulaciones de los arts. 723 a 731 del c.c., sobre arrendamiento de cosas productivas. Debe también ser inscrito en los registros correspondientes (arts. 1540 c.c. y 35 Rgto. rg. com.).

JURISPRUDENCIA

"El usufructo concluye por el abuso del usufructuario previo fallo de los Tribunales de Justicia" (G.J. N° 665, p. 6).

CAPÍTULO II LOCAL

ARTÍCULO 46o.- (Notificación de cambio de local). Para proceder al cambio de local de una empresa, se notificará a todos los acreedores mediante publicación en un diario del domicilio legal.

La omisión de este requisito Sin que se haya inscrito el cambio en el Registro de Comercio, dará lugar a que se consideren las deudas de plazo vencido, pudiendo el deudor subsanar su omisión hasta antes de pronunciarse sentencia, oponiendo la notificación como excepción perentoria a la acción correspondiente, caso contrario será exigible de inmediato el pago del crédito, siempre que, provenga del giro de la empresa.

Conc: c.c. 315 - c. com. 29, 6) - 449, 4) - 462 - Rgto. rg. com. 3, 10) - 13 -

El capítulo no regula propiamente lo relativo al local de la empresa o local comercial, sino algunos efectos de su cambio.

El local es el lugar donde la empresa asienta su establecimiento. Si la empresa o el comerciante tienen varios negocios distintos, cada uno tiene su establecimiento y su local, o pueden tener un establecimiento con varios locales accesorios, que no tienen independencia jurídica y económica respecto de aquél: fabricas, almacenes, expendios, etc., o finalmente un establecimiento principal y otros auxiliares, con independencia jurídica y económica, que son las sucursales (Wieland, cit. de Rodríguez).

Como por lo común los establecimientos comerciales funcionan en locales arrendados, se conoce en el derecho comparado la llamada propiedad comercial que supone ciertas medidas de protección contra los desalojos arbitrarios e injustificados, que frecuentemente pueden ocasionar la pérdida de clientela y hasta la extinción de la empresa.

El registro debe hacerse conforme determinan las disposiciones pertinentes indicadas en la concordancia, acreditando al efecto la publicación ordenada en el art. Su omisión produce la caducidad de los términos, por aplicación de la regla general del art. 315 del c.c. La excepción acordada al deudor, supone tanto la publicación como el registro, para que pueda ser considerada válida.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso único del art. 449.

ARTÍCULO 461.- (Operaciones por cambio de local). Si como efecto del cambio de local o por el traslado a otra plaza comercial se produjera menoscabo o detrimento notable y permanentes del activo de la empresa, comprobados judicialmente, los acreedores podrán dar por vencidos sus créditos, pudiendo ejecutar sus acciones dentro de los sesenta días siguientes al de la inscripción del cambio o traslado en el Registro de Comercio.

Conc: c.c. 315 - c. com. 29- 786 -

El menoscabo o detrimento notable y permanente del activo de la empresa, importa que el empresario se vuelve insolvente y ha disminuido, por el hecho propio del cambio de local, la garantía patrimonial de los acreedores.

Puede ser enervada la acción de los acreedores, si el empresario deudor ofrece garantías suficientes, conforme a la regla del art. 315 del c.c.

JURISPRUDENCIA

"El traslado de un negocio a otro lugar, importa despido en materia social" (G.J. N° 1251, p. 133).

ARTÍCULO 462.- (Vencimiento del Pasivo por Clausura). La Decisión Judicial, pasada en autoridad de cosa juzgada, que ordene la clausura definitiva de un establecimiento comercial, tiene como efecto considerar de plazo vencido todo su pasivo.

Conc: c.c. 315-c. tb. 87, 4) -c. com. 460-

Si una empresa puede tener uno o varios establecimientos (art. 448), la clausura, para que este art. produzca sus efectos, ha de afectar a todos los establecimientos, lo que importa decir, a la

empresa misma. La decisión judicial, puede tener diversas causas, por ejemplo, impedimento o prohibición para que el empresario pueda ejercer el comercio (art. 19, inc. 1), irregularidad de la sociedad (art. 134 y 136), sociedades de tipo no autorizado (art. 137), disolución de sociedades por actividad ilícita o prohibida (art. 140), reducción obligatoria de capital (art. 354), etc.

El c. tb. (art. 87, 4), establece la sanción de clausura temporal, que si es más o menos prolongada, puede tener para los acreedores, iguales o peores consecuencias que las previstas en el art. anterior, razón suficiente para considerar autorizada también, en tales supuestos, la caducidad de los términos.

CAPÍTULO III PROPIEDAD INDUSTRIAL

ARTÍCULO 463.- (Modalidades). Se reconocen como modalidades de la propiedad industrial y, por lo tanto patentables, las siguientes:

- 1) Toda nueva invención si es susceptible de aplicación industrial, incluyendo las de perfeccionamiento, confirmación, precaucionales o de introducción;
- 2) Los modelos y dibujos industriales, los modelos de novedad y los de utilidad;
- 3) Las marcas o signos distintivos de fábrica en general, incluyendo las de comercio, las agrícolas y de servicios;
- 4) Los nombres, enseñas, avisos, rótulos y estilos comerciales, así como la denominación de origen;
- 5) Cualquier otra forma de propiedad industrial reconocida por Ley.

No son patentables los principios y descubrimientos de carácter puramente científico.

Precd: L. 12 Dic. 1916-L. 15 Enero 1918-

Conc: c. com. 11-470-475-483-485-Tdo. Mvo. 4-

Entre los elementos inmateriales o incorpóreos que componen la empresa y los bienes mercantiles (arts. 449 y 11), está la llamada propiedad industrial, sobre la cual este capítulo da regulaciones generales, dejando a los siguientes las de orden particular, respecto de las modalidades que presenta.

Los autores llaman bienes inmateriales (Ghiron, Vivante, Messineo, Cañizares, etc.), a los que a diferencia de los bienes materiales o corporales, no tienen existencia física y no son susceptibles

de ocupación material, aunque pueden ser objeto de derechos de contenido patrimonial. Bien inmaterial, es la cosa no-perceptible con los sentidos, pero cognoscible con el pensamiento, diverso radicalmente de los bienes corporales que son perceptibles por medio del tacto o, en general, con los sentidos, y que los romanos llamaban tangibles: es quae tangi possunt (Messineo).

Se ha negado a la propiedad industrial, por su temporalidad, carácter de propiedad (Kohler, cit. de Rodríguez), posición que la moderna doctrina ha superado al reconocer la propiedad que recae sobre bienes inmateriales o ideas en cuanto son porciones del pensamiento desprendidos de su fuente, en la gráfica expresión de Carnelutti (cit. de Rodríguez).

La de los derechos intelectuales (propiedad industrial, artística o literaria) no es historia tan moderna, sólo aparecida con el proceso industrial y la idea de sacar provecho de su explotación. Cañizares, da información de que hay antecedentes probables entre los griegos y ciertos entre los romanos, de la protección de algunas marcas, aunque no tenían ni la función ni la reglamentación legal que tienen actualmente. En la Edad media, dice, se utilizaron marcas que indicaban la referencia de una persona, representando inclusive una presunción de propiedad: las corporativas y las individuales para cada miembro de las mismas. La absoluta libertad de comercio impuesta por la Revolución francesa, hizo desaparecer esas marcas como a las corporaciones, hasta que las reclamaciones de los diversos sectores de la industria, contra los abusos de la competencia sin límites, dieron lugar a la promulgación en diversos países, al promediar el siglo XIX, de reglamentaciones protectoras de las marcas contra las usurpaciones e imitaciones.

La historia de las patentes, es moderna, en cuanto representa un monopolio de reproducción de la invención, cuyos medios evidentemente no eran apenas conocidos en los tiempos antiguos y medievales. Sin embargo, Cañizares señala antecedentes de patentes concedidas por Eduardo III de Inglaterra en 1336 a algunos tejedores y relojeros, sistema que se difunde a partir del siglo XVI, con privilegios concedidos para la fabricación de jabón (1563) y para procedimientos de desecación (1571), mediante littera patentes, que da origen al nombre de patente, empleado en los países de common law (patent) y en los germánicos y en los hispánicos, llamado brevet en Francia y brevetti industriali en Italia (Vellard, Cañizares). En 1623, el Parlamento inglés, sanciona el Statute of Monopolies, que se cita generalmente como la primera reglamentación de las patentes de invención.

Por lo que se refiere a la propiedad literaria, no existió en la antigüedad, en el sentido moderno que tiene. Se señala como la primera reglamentación general que consagra el derecho exclusivo

del autor, de reproducir su obra literaria durante un período determinado, a una ley inglesa de 1709, durante el gobierno de la Reina Ana (Act 8 Anne, cit. de Cañizares).

Acerca de la naturaleza jurídica de los derechos intelectuales, una glosa resumida de las teorías extensamente expuestas por Cañizares, presenta:

a) Es un derecho de propiedad común, según la Asamblea revolucionaria francesa, para la cual siendo el hombre propietario de su cuerpo, lo es de su actividad y su pensamiento.

b) Es propiedad incorporeal, derivada de la noción de las cosas in action, que no tienen existencia física ni son materialmente transmisibles y que está suficientemente comprendida en la noción moderna de la propiedad, que abarca nuevas formas además de las clásicas (Josserand, Torrente, cit. de Cañizares).

c) Los derechos intelectuales, constituyen una categoría además de las clásicas constituidas por los derechos reales y los personales (Picard, cit. ibidem).

d) Es un derecho sobre bienes inmateriales, que derivan de la actividad humana representada por el trabajo y un valor económico que contribuyen al progreso humano (Kohler, cit. ibidem).

e) Es un derecho de monopolio, derivado de un privilegio especial, cuyo mecanismo jurídico crea una noción que debe reemplazar a las teorías de los derechos inmateriales y del derecho de propiedad (Casanova, cit. ibidem).

f) Es un derecho de clientela, porque si se busca cual es la utilidad económica de éstos derechos intelectuales, resulta que todos tienden a la conquista de la clientela (Roubier, cit. ibidem).

g) Es una manifestación de la personalidad del derecho, porque todos los derechos son resultantes de relaciones entre dos personas y se resuelven como un derecho de la persona al que corresponde una obligación universal de no hacer (Michas, cit. ibidem).

h) Es un derecho real de usufructo, de una cosa que no pertenece a nadie (Bartin, cit. ibidem).

Muchas de estas teorías se confunden unas con otras, porque se reducen a una diversidad de enfoque. Se puede concluir que éstos derechos tienen un fundamento filosófico y moral, por cuanto parece justo, concluye Cañizares, que el autor y el inventor tenga derecho sobre su idea y su obra.

Además de los bienes de la llamada propiedad inmaterial cuya relación acaba de hacerse, en los últimos tiempos ha tomado notable incremento la investigación científica que permite adquirir al empresario un conjunto de conocimientos técnicos y que no siempre son objeto de protección patentable, excepto en algunos países en que son objeto de protección similar a la que se concede a las patentes.

Estos conocimientos como las marcas y las patentes, pueden ser objeto de actos jurídicos, es decir, pueden ser materia de comercio, como parte de la propiedad inmaterial y ser transmitidos por su propietario a otros empresarios.

Es lo que se conoce con la expresión inglesa Know How, o sea, saber como (hacer las cosas).

La importancia que ha adquirido, particularmente después de la segunda guerra general del siglo (1939- 1945), en los llamados contratos de asistencia técnica, ha convertido a los países con escasa investigación científica y técnica en importadores obligados de conocimientos técnicos o Know How, con el desembolso de considerables pagos de regalías a los vendedores: los países altamente industrializados. Muchos países ya han regulado estas transferencias de tecnología. Por ejemplo, México, mediante su ley sobre Propiedad Industrial de 31 de Dic. de 1942, actualizada en la ley de Invenciones y Marcas de 10 de Febrero de 1976 (cit. de Rodríguez).

El Código, no dice nada concreto sobre el particular, salvo que se acepte considerar el caso como comprendido en la muy ambigua y genérica disposición del inc. 5) del art.

ARTÍCULO 464.- (Adquisición y mantenimiento de derechos). Los derechos sobre la propiedad industrial se adquieren y se mantienen cumpliendo los requisitos de fondo y forma señalados por las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

Precd: L. 12 Dic. 1916, art. 23-L. 15 Enero 1918, art. 4-

Conc: c. com. 468 - 470 - 475 - 484 -

Los requisitos de forma y de fondo están determinados en las leyes indicadas entre los precedentes, según las cuales el derecho de explotar un invento se acredita por el título otorgado por el Gobierno bajo el nombre de Patente de invención y el titular de una marca que ha sido registrada tiene derecho a su empleo exclusivo.

Los Tratados de Montevideo de 16 de Enero de 1889, sobre marcas de comercio y patentes de invención, rigen la materia para la Argentina, Perú, Paraguay, Uruguay y Bolivia.

ARTÍCULO 465.- (Libertad de comercio, inscripción y publicidad). Los derechos de propiedad industrial son susceptibles de libre comercio en su calidad de bienes muebles incorpóreos, salvo las limitaciones previstas en las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

Las enajenaciones, transferencias, donaciones y otros actos jurídicos celebrados con relación a éstos bienes o derechos, para surtir sus efectos legales respecto de terceros, deben inscribirse en el Registro de Propiedad Industrial y en los que le fueren pertinentes.

Precd: L. 12 Dic. 1916, arts. 9 - 37 - 40- D.S. 30 Mayo 1939-

Conc: c.c. 584-655-c. com. 472-480 - 487-488 -Tdo. Mvo. (marcas) art. 2 - (patentes) art. 5 - L. 15 Enero 1918, arts. 26-27-64-

El registro de las patentes de invención se lleva en el Ministerio de Industria, en el que estas se inscriben siguiendo un número de orden. Para las marcas, en el mismo Ministerio, se lleva un libro de inscripciones por orden numérico, otro para las transferencias y otro para los nombres y enseñas.

ARTÍCULO 466.- (Término de duración de la concesión). El término máximo de duración de la patente no podrá exceder de los plazos señalados por la Ley respectiva.

Precd: L. 12 Dic. 1916, art. 59-L. 15 Enero 1918, arts. 9- 18-19-

Conc: c. com. 484 -

El plazo señalado por las leyes respectivas, es el de 15 años improrrogables para las patentes de invención y el de 10 años para las marcas, renovables por períodos iguales, indefinidamente, pero con la obligación de tramitar la renovación dentro de los tres meses anteriores a la fecha de fenecimiento, bajo sanción de caducidad.

ARTÍCULO 467.- (Acción penal e indemnizatoria). El titular de una patente puede formular acciones, penal e indemnizatoria, contra el usurpador, por los perjuicios causados.

Precd: L. 12 Dic. 1916, arts. 72 a 80- L. 15 Enero 1918, arts. 47 a 56-

Conc: c.p. 193-345-363-c. com. 473-481 -489-Tdo. Mvo. (marcas) art. 4- (patentes) art. 6-

Las leyes indicadas en los precedentes y en las concordancias, establecen las penalidades, la jurisdicción y los procedimientos (que son los comunes) para los casos de falsificaciones, infracciones, imitaciones y uso ilegítimo de las patentes y las marcas. En el orden internacional, según los Tratados mencionados en las concordancias, todos éstos hechos punibles, se persiguen y juzgan en el país signatario dentro de cuya jurisdicción han sido ellos perpetrados.

ARTÍCULO 468.- (Aplicación de los convenios internacionales). Los extranjeros domiciliados en el país pueden, ante las autoridades judiciales o administrativas, acogerse a cualquier ventaja resultante de los convenios internacionales suscritos y ratificados por Bolivia en materia de propiedad industrial.

Conc: c. com. 464-

Es una disposición que no tiene sentido, porque deja inferir que el ordenamiento jurídico nacional estableciere algún tipo de discriminación para el elemento extranjero, lo que no corresponde a la realidad. El art. 6o de la Constitución Política, concorde con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 10 de Diciembre de 1948 (art. 2), que es ley de la República, a mérito de lo dispuesto por el art. 59, atrib. 12 de la misma Constitución, consagra y garantiza el principio de la igualdad ante la ley.

ARTÍCULO 469.- (Normas aplicables). En todo lo no previsto en este Capítulo se aplicarán las normas de la Ley de Propiedad Industrial y de Marcas de Fábrica.

Conc: Leyes de 12 Dic. 1916 y 15 Enero 1918-

CAPÍTULO IV **NOMBRE COMERCIAL**

ARTÍCULO 470.- (Derecho al nombre comercial). Adquiere el derecho al uso del nombre comercial, la persona que primero lo inscriba en los Registros correspondientes.

El derecho al uso del nombre comercial comprende, además, el nombre del comerciante individual o la razón social o denominación adoptada legalmente por una sociedad, siempre y cuando se cumplan por el adquirente con los requisitos establecidos por este Código para la transmisión de una empresa mercantil.

Precd: L. 15 Enero 1918, arts. 38 -42 -43 -

Conc: c. com. 11-463-464-471 -474-

El régimen jurídico del nombre es análogo al de la marca Según :a ley (15 Enero 1918, art. 38) es una propiedad de uso exclusivo. El Código, lo comprende entre los bienes mercantiles (art. 11), por tanto, objeto del derecho de propiedad. En el régimen de la citada ley (art. 43) el registro no es obligatorio sino opcional; según el Código es indispensable y está sujeto a la carga de inscripción (art. 29, 11) c. com. y 13 Rgto. rg. com.).

El uso del signo distintivo (*signum mercatoris*) en el comercio, es anterior a la utilización de la escritura, con cuya difusión se suscribió con el nombre personal del comerciante (Rodríguez). Vivante, al tratar de la evolución de la enseña o rótulo, cita reglamentaciones estatutarias, comentadas por Bartolo y otros glosadores. Se desdobra en la evolución de su uso en el nombre comercial propiamente dicho, que individualiza y distingue al titular del comercio y a su establecimiento, la enseña referida a un establecimiento determinado y la marca a sus productos o mercaderías. Se puede usar el nombre como enseña y como marca, si así ha sido registrado.

Está reglamentado en todas las legislaciones; v. gr. como *nom commercial* en Francia, *ditta* en Italia, *firma* en Alemania, *bussines name* (con significación más amplia que el vocablo *trade - name*) en Inglaterra y los países de *common law* (Cañizares).

Nombre comercial, es aquél bajo el cual, un individuo o una sociedad, ejerce un comercio o una industria y comprende el nombre de la persona individual, la razón social, la denominación dada a la persona colectiva (sociedades), la enseña, la sigla y aún la denominación de fantasía. La Jurisprudencia francesa (cit. de Cañizares) la define como la denominación bajo la cual es conocido o explotado un establecimiento comercial. Es indispensable para individualizar al comerciante y su establecimiento, distinguiendo a este de los demás. Así como no puede concebirse una marca sin un establecimiento comercial cuyos productos distingue, no cabe imaginar un establecimiento sin nombre comercial (Fernández).

El derecho al nombre no se discute en la doctrina moderna, pero sobre su naturaleza jurídica se han dado diversas teorías, que se enuncian seguidamente, resumiendo las exposiciones y citas de Cañizares:

a) Es un interés que responde a la necesidad de identificación y no un derecho de propiedad, porque no es un bien (Carnelutti);

- b) Es un derecho de individualización y no de propiedad (Casanova, Ferrara).
- c) Es un derecho y una obligación dentro de una situación jurídica de derecho público, al igual que la designación de las personas (individuales) en el orden civil (Planiol, Olshausen).
- d) Es un derecho de la personalidad, porque está vinculado a un elemento de esta; doctrina extendida en Alemania, donde el carácter personal de la firma se presta a su aplicación (Bluntschli, Brunetti, Langle).
- e) Es un derecho accesorio de la hacienda (empresa) y no es objeto de un derecho autónomo (Rotondi).
- f) Es un bien incorporeal objeto del derecho de propiedad; teoría que es la más difundida entre los autores y las legislaciones (Fadda y Bensa, Ripert, Garrigues, Scarra, Valeri, etc.).
- g) Es un derecho inmaterial o intelectual distinto de los derechos personales y de los reales (Picard, Kohler).
- h) Es un derecho de utilización, simplemente vecino del de propiedad por su semejante configuración (Ascarelli).
- i) No es un bien sometido a un régimen de posesión, sino un valor que constituye fuente de beneficios como medio de fijación de la clientela en el campo de la concurrencia económica (Roubier).

Admitida la evolución de la antigua y estrecha concepción del derecho de propiedad, con su noción clásica de propiedad sobre bienes corporales, parece indudable que puede considerarse el nombre comercial como propiedad incorporeal, que, como tal, puede transmitirse según las legislaciones, conjuntamente con la empresa o separadamente.

El nombre comercial, como individuación de una actividad o de un establecimiento comerciales, es distinto del nombre patronímico de la persona individual, el cual del punto de vista civil (c.c. art. 9) es un atributo de la personalidad y no una cosa, mientras que aquél es un bien y, como tal, objeto de derecho (Messineo). En el derecho comercial el nombre patronímico del comerciante (razón social) se convierte en nombre del establecimiento comercial, al que individualiza-jurídicamente, de atributo de la personalidad pasa a ser designación individualizante y distintiva de una empresa y elemento del mismo (art. 449, 3) , con valor económico o contenido patrimonial (Planiol y Ripert).

Comprende, como se ha anticipado ya, el nombre patronímico del comerciante individual, empleado en forma idéntica de su uso en los actos de la vida civil sin agregado ninguno, o con algún aditamento generalmente antepuesto: establecimiento, casa, fábrica, o indicativo del giro del negocio: librería, almacén, etc. Para el comerciante social, el nombre comercial se expresa en la razón social o en la denominación, con arreglo a los tipos de sociedad, según se ha examinado ya donde corresponde (v. gr. arts. 174, 186, 197, 218, 426). Además, todos los comerciantes, individuales o sociedades de cualquier tipo, pueden adoptar independientemente de la razón social o denominación, una denominación de fantasía (v. gr: El Paraíso de los Niños) que se rige por los mismos principios y preceptos, cuando ha sido registrada y, de ordinario, alude una novedad o una especialidad sin constituir referencias comunes o necesarias o contrarias a las buenas costumbres.

También está generalizado universalmente, el uso de la sigla, designación cómodamente reducida, por lo común, a las iniciales de los vocablos que integran el nombre in extenso: Y.P.F.B., L.A.B., o sus primeras sílabas: Comibol, Coboce, etc. Expresión abreviada, eufónica y gráfica (Fernández) de la denominación de la empresa o firma, sujeta a la misma reglamentación legal del nombre comercial.

El emblema, es una figura o diseño, una letra o un monograma, que contribuye con la denominación o sirve por sí sola, para distinguir la empresa. No es una abreviación del nombre, pero es análogo a esta para los fines de la protección jurídica y por lo común se le registra como marca.

La enseña (art. 38, L. 1918), es otro signo que puede acompañar a la denominación o quedar separado de ella. Individualiza generalmente el o los establecimientos de la empresa. Se dice que es denominativa cuando contiene un nombre o una calificación, emblemática cuando contiene una figura y, mixta cuando combina ambos elementos. De ordinario consiste en dibujos y leyendas, en colores o en relieve, en forma de cartel, avisos, artefactos luminosos o grabados, colocados al frente del edificio en que está ubicado el establecimiento, en el interior del negocio o en cualquier otro lugar como propaganda: en automotores, naves, catálogos, facturas, membretes, etc. Es, como dice Pouillet (cit. de Fernández) la bandera del establecimiento, que es a este lo que la marca a la mercadería.

ARTÍCULO 471.- (Formación). El nombre comercial se forma libremente; sin embargo, no puede incluir el de otro comerciante que no sea titular de la empresa, ni puede usarse nombre que pueda inducir a confusión por su semejanza con el de otra empresa del mismo ramo o actividad.

Preced: L. 15 Enero 1918, art. 39-

Conc: c. com. 470-

La única limitación a la elección libre del nombre, puede señalarse en la que concierne al respeto del orden público y las buenas costumbres y a la licitud de la actividad (aplicación de los arts. 139 y 140). La exclusividad de su empleo (art. 472) se funda en la anterioridad o pre-uso respecto de otros. Prevención o prioridad que emana del hecho de haberlo adoptado antes que otros y que es el fundamento para impedir su uso por otros, tratándose de una homonimia o analogía que induzca a confusiones.

En el derecho comparado, se puede señalar someramente algunos sistemas: el angloamericano, de absoluta libertad para la elección del nombre sin otra limitación que la relativa a su uso en fraude de terceros; el alemán, en el que obligatoriamente debe formarse con el apellido y por lo menos un nombre de pila escrito in extenso, del comerciante, con aditamentos rigurosamente reglamentados; el francés, que admite el empleo del nombre del comerciante, de su seudónimo o de una denominación de fantasía; el suizo, muy semejante al alemán; el italiano, en el que de cualquier modo que se forme debe contener por lo menos el apellido o la sigla del empresario (c.c. art. 2565).

ARTÍCULO 472.- (Uso y transmisión). El titular de un nombre comercial tiene derecho al uso exclusivo del mismo en el campo de su propia actividad, y transmitirlo conforme a Ley.

Preced: L. 15 Enero 1918, art. 26-

Conc: c. com. 465 -

Algunas legislaciones, sólo permiten la transmisión del nombre juntamente con la empresa a la cual distingue (en Alemania, según Cañizares, en la Argentina según la jurisprudencia y la interpretación doctrinal: Fernández; en Italia, c.c. art. 2565; en Venezuela, art. 30 c. com., etc.).

El Código, omite una definición categórica al respecto. La facultad que reconoce para transmitirlo conforme a ley, no parece determinante para saber si se puede transmitir el nombre comercial separadamente del conjunto de la empresa o no.

El art. 174 (3ra. fracción), permite el uso de la razón social, con el aditamento sucesores de, al adquirente a quien se ha transmitido los derechos y obligaciones de la empresa colectiva titular de esa razón social. Habría que entender de dicha disposición que la transferencia de la razón

social (nombre i comercial) sólo cabe si se hace conjuntamente con la empresa, comprendida en la locución derechos y obligaciones. Sin embargo, si se considera la permisión del art. 450, para enajenar separadamente los distintos elementos de la empresa, cuando ha sido imposible preservar la unidad de esta transfiriéndola en bloque, parece lo correcto deducir que el nombre comercial es separadamente enajenable. Es, además, la consecuencia lógica de que la ley consigna el nombre comercial entre los bienes mercantiles (art. 11), esto es, objetos del derecho de propiedad, transmisibles, por lo tanto, como tales, conjuntamente con la empresa de que forman parte o aisladamente en su caso.

ARTÍCULO 473.- (Violación de derechos). Quien imite o usurpe el nombre comercial ajeno responde de los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de la sanción penal correspondiente.

Precd: L. 15 Enero 1918, arts. 43-44-45-

Conc: c. com. 69-467-c.p. 236-237-

La protección del derecho exclusivo se concreta en el resarcimiento de los daños (c.c. art. 984) en la vía civil. En la penal, según casos y circunstancias, si se trata de una usurpación, puede considerarse como apropiación indebida de valor ajeno bajo la sanción del art. 345 del c.p.; si se trata de una imitación, cabe inferir que es una manifestación de competencia desleal (art. 69, 1), punible con arreglo a los arts. 236 y 237 del c.p., por aplicación del art. 66 del Código (v. las anots. a los arts. 66 y 69). Cabe también la aplicación del art. 193 del c.p. relativo a las falsificaciones y aplicaciones indebidas de marcas y contraseñas.

Por lo que dispone el art. 470, la protección legal de los nombres comerciales, está reservada a los que han sido inscritos en el registro. La inscripción da derecho a la acción civil de resarcimiento de daños y en la vía penal hace presumir el dolo del usurpador o imitador, según disponen los arts. 44 y 45 de la L. de 15 de Enero de 1918.

ARTÍCULO 474.- (Extinción del derecho). El derecho al nombre comercial se extingue con la empresa o establecimiento a que se aplica.

Precd: L. 15 Enero 1918, art. 42-

Conc: c. com. 470-

La duración del registro del nombre comercial, no está definida en el Código. De la L. de 15 de Enero de 1918, que asimila su régimen legal al de las marcas (art. 38), se infiere que el mismo debe ser renovado periódicamente como en el caso de las marcas. Más, como el capítulo reglamenta la materia independientemente de las marcas, cabe considerar que la duración es indefinida y no requiere renovaciones, al igual de la inscripción de la empresa a la que distingue (arts. 29, incs. 4) y 6) c. com. y 13 Rgto. rg. com.).

La extinción de la empresa o del establecimiento, extingue el uso del nombre comercial, cuando no ha sido transferido. Adviértase que ese uso puede continuar en el supuesto del art. 174, fracción 3, aún cuando la transferencia haya extinguido la empresa y así sea con un aditamento alusivo a la extinción.

También en caso de enajenación separada permitida por el art. 450 (v. la anot. al art. 472).

El derecho a su uso, por extinción de la empresa o establecimiento o por transferencia de esta, se extingue, entonces, para el titular que creó e inscribió primero el nombre comercial, porque en caso de transmisión, ese derecho pasa al adquirente o nuevo titular.

CAPÍTULO V MARCAS

ARTÍCULO 475.- (Derecho al uso). El derecho al uso exclusivo de una marca o signo distintivo, se adquiere previo cumplimiento de los requisitos señalados por disposiciones legales sobre la materia y su inscripción en el registro correspondiente.

Precd: L. 15 Enero 1918, arts. 1 - 4 - 8 - D.S. 30 Mayo 1939-

Conc: c. com. 11-463-464-476-477-479-482- Tdo. Mvo. 1 -

La marca es el signo que se usa para distinguir en el mercado, los productos o los servicios de una empresa (Mascarenas, Cañízares). O bien, la señal externa usada por el comerciante para distinguir los productos que elabora, vende o distribuye o los servicios que presta (Rodríguez) o también: la contraseña distintiva que a diferencia de la denominación, de la sigla, del emblema y de la enseña, sirve para distinguir, no la, empresa o el establecimiento, sino el producto de su actividad (Messineo).

Se han dado intentos para una definición internacional de la marca, v. gr. en el Congreso de París (1900) de la Asociación Internacional para la protección de la propiedad industrial (1' A.I.P.P.I.)

en el que se propuso, sin éxito, la siguiente: cualquier signo distintivo de los productos de una fábrica, de una explotación o de una casa de comercio.

El Código no da una definición. La ley de 1918, dice: marca es todo signo, emblema o denominación característica y peculiar, con que se quiere especializar los artefactos de una fábrica, los objetos de un comercio, los productos de la tierra y de las industrias agrícola, forestal, ganadera y extractiva.

Cuando se menciona productos y servicios, en las nociones dadas supra, se deja entender con el primer vocablo la designación de toda cosa susceptible de circular en el mercado, sea de la naturaleza, de la industria, de la artesanía, de la agricultura, de la ganadería, esto es, cualquier producto; con el segundo vocablo, la prestación por una empresa a una clientela, de ciertas actividades: trabajo, alquiler, guarda, información, transporte, hospedaje, seguros, operaciones bancarias, difusiones radiofónicas o televisadas, espectáculos, diversiones y toda otra actividad económica con finalidad lucrativa, excluida la fabricación o venta de productos.

Por su objeto, es un verdadero pabellón de la mercancía (Fernández); colector de clientela y fuente de riqueza para el comerciante o industrial y garantía de procedencia y de calidad de las mercaderías para el consumidor, por lo que su protección legal atiende al interés de su titular como al del público.

Su origen es antiguo. En la más remota época de la civilización, se encuentra el uso de marcar con el nombre o con un emblema los productos del arte y de la industria, sea para resguardar el mérito de su autor o para facilitar su difusión, según observa Vivante. En Grecia y Roma se marcaban estatuas, monedas, mercancías, y en el medievo la marca colectiva de la corporación, como la individual del maestro que adoptaba al ingresar a aquélla, servía más que para prevenir el interés privado de la competencia de los demás, como la certificación autorizada para acreditar que los productos habían sido elaborados con arreglo a las reglamentaciones estatutarias de las corporaciones, lo que ya configura un régimen de protección para el titular de la marca y para los consumidores, contra los engaños y usurpaciones (Ramella, cit. de Rodríguez).

La exclusividad de uso de la marca, implica un derecho de contenido patrimonial. En la determinación de su naturaleza jurídica, también existen discrepancias, particularmente sobre si es un derecho real de propiedad o uno de los llamados derechos intelectuales, como categoría diversa de las que comprenden la clásica distinción entre derechos reales y personales, punto que ya ha sido considerado con la extensión debida al tratar el nombre comercial (v. la anot. al

art. 470). En la moderna doctrina italiana, según Messineo, se discute sobre si el bien protegido por la marca es una idea, esto es, la figura o el signo inserto en la marca u otra cosa, y señala que aunque la mayoría admite la primera opinión, una corriente más reciente (Auketta), sostiene que el bien protegido sería la tutela de la organización y funcionamiento de la empresa que haya señalado, con determinada marca, los propios productos, y los servicios cabe agregar.

La marca se dice que es general o especial, según distinga todos los productos o separadamente cada producto de determinada empresa.

La ley de marcas (art. 6), reconoce el derecho de registrar marcas especiales a los sindicatos y asociaciones gremiales, en beneficio de sus adherentes, quienes deben usarlas juntamente con la marca individual propia.

ARTÍCULO 476.- (Marcas no registradas). El uso de una marca no registrada legalmente no otorga derecho sobre la misma.

Precd: L. 15 Enero 1918, art. 9-
Conc c. com. 475-

La protección legal de la marca, está condicionada a su inscripción en el registro especial correspondiente (L. 1918, art. 9), el mismo que está a cargo de la oficina de la propiedad industrial, dependiente del Ministerio de Industria y Comercio (Ley 1918, art. 63), a cuya responsabilidad incumbe la observancia de las formalidades requeridas tanto para las inscripciones como para las renovaciones (L. 1918, arts. 12 a 19).

Cabe aquí indicar que el límite territorial del registro de marcas que se efectúa en un Estado y consiguientemente de la protección que implica, corresponde al de la soberanía territorial de ese Estado. El límite temporal, se determina en la reglamentación local correspondiente. En el ordenamiento nacional es de 10 años, renovable mediante prórrogas por iguales períodos, sin limitación. Este límite varía en el derecho comparado entre cinco y veinte años. Con excepción de Rusia, que deja señalar el límite temporal al interesado en su solicitud y de Bélgica y Yugoslavia en que la inscripción se hace por tiempo ilimitado, en los demás países el límite temporal varía entre el máximo de 20 y mínimo de cinco años, según se ha indicado antes.

JURISPRUDENCIA

"Toda persona a quien se concede en uno de los Estados signatarios del Tratado de Montevideo de 16 de Enero de 1889, el derecho de usar exclusivamente una marca de comercio o fábrica, goza de igual privilegio en los demás Estados (signatarios)" (G.J. N° 1269, p. 251).

ARTÍCULO 477.- (Desuso de marcas). La marca no utilizada puede ser cancelada a solicitud de cualquier comerciante con interés propio, siempre que ella hubiera estado sin uso por más de cinco años ininterrumpidos, salvo lo convenido en tratados internacionales y de reciprocidad. El procedimiento para su cancelación se sujetará a las disposiciones legales sobre la materia.

Precd: L. 15 Enero 1918, arts. 18 - 19-

Conc: c. com. 475 -

Las disposiciones legales sobre la materia (señaladas en los precedentes), no regulan el desuso de la marca. Confieren la protección legal de la marca registrada por un lapso de 10 años, a cuyo vencimiento, sin que se haya obtenido la renovación correspondiente, el registro caduca de pleno derecho.

Según esas disposiciones (L. 1918, art. 11), el derecho de uso exclusivo de la marca se extingue: a) por caducidad a falta de renovación tramitada dentro del término legalmente establecido (L. 1918, art. 19); b) por nulidad del registro, en casos de oposición (L. 19 18, art. 20) o por falsas designaciones en su contenido con relación al producto, lugar o país de origen o expendio (L. 1918, art. 11, 4), y c) por cancelación, solicitada por el titular del derecho.

El no uso, como causa de extinción, ha sido introducido al ordenamiento nacional, con este art., tomado seguramente de la legislación mexicana (arts. 204 L. propiedad industrial de 1942 y 1 17 y 140 L. de invenciones y marcas de 1976, cits. de Cañizares y Rodríguez), que declara caduco, sin posibilidad de renovación, el registro de la marca que no se ha usado por más de cinco años consecutivos. La caducidad por el no - uso, es consecuencia de la obligatoriedad de su empleo, extremo que depende del sistema de cada legislación, como v. gr., las de los Estados Unidos. Inglaterra, Australia, Cuba, Suiza, Honduras, Brasil. En las legislaciones que regulan el uso de la marca, dada la finalidad que persigue y la función que llena, como de orden voluntario, la caducidad por el no-uso, no tiene razón de ser, si se considera además que el registro es temporal.

La legislación nacional sobre la materia, en general, sigue el sistema del uso voluntario. Esa es la consecuencia lógica de la disposición contenida en el art. anterior. La L. de 1918, se encuadra en el mismo sistema, excepto para el caso de los productos químicos y farmacéuticos, cuyas

marcas son de registro obligatorio, con indicación en ellas o en sus marbetes de la fórmula de sus componentes, cuando se trata de específicos medicinales (art. 7).

Entre las convenciones internacionales aludidas en el art., ha de tenerse en cuenta el Tratado de Montevideo de 1889, que rige para Bolivia, Argentina, Uruguay, Perú y Paraguay. Otros acuerdos alcanzados en la Convención Interamericana de Washington de 1929 y sus precedentes, no rigen para el país, que no los ha ratificado. En el orden general, rige el convenio de París de 20 de Marzo de 1883, con ulteriores revisiones y arreglos diversos. Los países que lo han suscrito o que se han adherido forman la Unión para la protección de la propiedad industrial, según cuyas informaciones registradas en "La Propriete Industrielle", (1961, cit. de Cañizares) y según las publicaciones nacionales oficiales y particulares (hasta 1973) consultadas, respecto de los tratados y convenciones vigentes para la República, Bolivia no aparece entre los países a los cuales se aplica el Convenio de París.

ARTÍCULO 478.- (Signos distintivos). Puede usarse como marca cualquier medio material, signo, emblema, dibujo o nombre que por sus caracteres especiales distingan un producto o mercadería de los similares de su clase o especie, siempre que los mismos cumplan con los requisitos legales pertinentes.

Precd: L. 15 Enero 1918, arts. 1 (2- parte)-2-3-

Conc: c. com. 479 - 482 -

La marca puede estar constituida por una o más palabras, por una frase, un lema, una figura, un signo o un emblema. El art. 1, fracción 2-, de la L. de 1918, menciona: los nombres y denominaciones bajo una forma distintiva, las palabras o títulos de fantasía, números o letras en dibujo especial o formando combinaciones, los marbetes, rótulos, emblemas, monogramas, cubiertas, franjas, timbres, sellos, grabados, escudos cifras, divisas, estampados y relieves, filigranas, viñetas, envases, recipientes o cualquier otro signo típico análogo. El nombre, la denominación o la enseña de la empresa y aún el nombre propio del comerciante individual, puede usarse como marca, registrada como tal.

El requisito esencial para su elección es que sea un quid novi (Messineo) o una novedad en sentido de que deba servir para diferenciarse de las preexistentes (L. 1918, art. 2, inc. 7).

El art. 2 de la L. de 1918, enumera todo aquello que no puede registrarse ni usarse como marca: 1) las letras, palabras, nombres o distintivos del Estado; 2) las armas, escudos o banderas nacionales y extranjeras, salvo autorización especial 3) los términos y locuciones que hayan

pasado al uso corriente y general, determinando un producto, con relación al mismo (v. gr. analgésico, antiséptico, fibra, vermouth); 4) los dibujos o expresiones inmorales u ofensivos a personas o instituciones; 5) los retratos y nombres propios de las personas, sin su permiso o el de sus herederos hasta el 4º grado inclusive; 6) la forma o el color usual de los productos; 7) los signos, denominaciones, dibujos y demás enumerados en el art. 1, que no presenten carácter de novedad con relación al producto a distinguirse; 8) las marcas que por el uso general se hayan incorporado al dominio público.

Igualmente no puede usarse como marcas, las que ofrecen parecido con otras anteriormente registradas y que, así, provoquen confusiones, quedando comprendidas en la prohibición las simples variaciones de letras o detalles, pero conservando semejanza en el conjunto (L. 1918, art. 3).

ARTÍCULO 479.- (Marcas de uso simultaneo). En la producción, bajo determinados procedimientos y formulas que aseguren la calidad uniforme de productos, está permitido, si así conviene, el uso simultaneo de una marca colectiva.

Precd: L. 15 Enero 1918, arts. 12, 6) -32

Conc: c. com. 475 - 478 -

La marca colectiva, es el signo que emplean los miembros de una colectividad para distinguir sus productos de los otros productos que circulan en el mercado (Mascareñas, Cañizares). Es una especie particular de marca, destinada a distinguir y garantizar el origen, la naturaleza o la cualidad de determinados productos o mercaderías (Messineo) fabricados o puestos en circulación por productores que emplean unos mismos procedimientos y fórmulas. Quien adquiere un producto con la marca colectiva, sabe que adquiere uno de cierta calidad o de cierto gusto de determinadas características.

Su uso, no excluye el de la marca individual al mismo tiempo (L. 1918, art. 6).

Cabe, para la mejor comprensión de la razón del art., señalar las diferencias que Mascareñas y Cañizares anotan entre la marca individual y la colectiva:

a) El titular de la individual es una persona-individual o colectiva- o varias personas en régimen de copropiedad. El titular de la marca colectiva es una comunidad comercial.

b) El uso de la primera se hace por el titular o por quien está autorizado por él; el de la segunda no se hace por la colectividad, sino por los miembros de la misma.

c) El titular de la primera es un industrial o un comerciante, mientras de la segunda los titulares son los miembros de la colectividad y no está como tal.

d) Las marcas individuales pueden ser objeto de cesión, de prenda, de embargo, mientras las colectivas no, porque los miembros de la colectividad sólo tienen un derecho derivado de ser miembros de esta, y el uso de la marca colectiva, dadas las funciones que llena, es un uso referido al interés general de los miembros de la colectividad. Aún en el caso de transferencia de la empresa de uno de los miembros de la colectividad, el adquirente de ella no puede usar de la marca colectiva a menos que ingrese y sea aceptado en la colectividad.

ARTÍCULO 48o.- (Transmisión). El propietario de una marca puede autorizar el uso de ella a terceras personas, pero éstas no pueden a su vez, cederlas nuevamente a ningún título, salvo pacto en contrario.

Precd: L. 15 Enero 1918, arts. 26-27 - 28

Conc: c. com. 465 - Tdo.Mov. 3 -

No hay relación de consecuencia lógica entre la rubrica y el texto del art., que reduce la transmisión a una licencia de uso otorgado por el titular a un tercero.

El derecho sobre la marca puede ser transferido, mediante sucesión hereditaria o por acto entre vivos, oneroso o gratuito (Messineo). En el derecho comparado, unas legislaciones admiten la transferencia de la marca limitada, esto es, condicionada a la de la empresa o establecimiento cuya actividad distingue (Alemania, Gran Bretaña, Suiza, Bélgica, Holanda, Estados Unidos, Argentina). Otras la permiten aún aisladamente, sin necesidad de que se transfiera necesariamente al mismo tiempo la empresa o el establecimiento mercantil.

Dentro de este segundo sistema, la L. de 1918 (arts. 26, 27 y 28), admite el principio general de la transmisión de las marcas en las formas que establece la legislación común, debiendo inscribirse la transferencia en el registro especial correspondiente para que tenga eficacia frente a terceros (c. com. art. 465, L. 1918, art. 28). La transferencia del establecimiento comprende la de las marcas, salvo pacto expreso en contrario.

ARTÍCULO 481.- (Uso indebido o imitación), El propietario de una marca puede denunciar el uso indebido o la imitación de la misma y solicitar la prohibición de su uso, así como demandar el resarcimiento de los daños, sin perjuicio de la acción penal correspondiente.

Precd: L. 15 Enero 1918, arts. 47 y s. -

Conc: c.p. 193-c. com. 69-467-Tdo. Mvo. 4-

Las penalidades y el procedimiento administrativo para la represión en las falsificaciones e imitaciones de marcas, están pormenorizadamente regulados en los capítulos X y XI de la L. de 1918. La acción penal, en los casos que corresponda, se sustancia ante la jurisdicción y con los procedimientos comunes. La acción civil puede entablarse no sólo para hacer cesar la usurpación o imitación, sino para exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados. La reincidencia está penada con la duplicación de las penas. La simple tentativa, no está penada, pero da lugar a la destrucción de los elementos o instrumentos destinados a la falsificación, además del pago de los gastos y costas ocasionados. Ambas acciones, la civil y la penal, prescriben a los tres años desde que se cometió o repitió el delito o desde el día en que el titular tuvo conocimiento del hecho por primera vez. La interrupción de la prescripción se produce por las mismas causas determinadas para el derecho común.

ARTÍCULO 482.- (Otros signos distintivos). Son aplicables las anteriores disposiciones a los dibujos, diseños, emblemas, lemas, etiquetas, rótulos y demás signos distintivos.

Precd: L. 15 Enero 1918, art. 1 -

Conc: c. com. 475 - 478 -

CAPÍTULO VI PATENTES DE INVENCION

ARTÍCULO 483.- (Obtención de la patente). La patente puede ser obtenida por el inventor, por sus herederos o por el cesionario de los respectivos derechos.

Precd: L. 12 Dic. 1916, art. 1 -

Conc: c. com. 11 - 463 -

El capítulo carece de una formulación ordenadamente relacionada, propia de una regulación codificada e inicia sus disposiciones con el art., que debió situarse formando una sola regla con el art. 486, determinados que hayan sido el concepto y el objeto del derecho que se reglamenta

(arts. 485 y 484, formulados también deficientemente). Razones didácticas obligan, por eso, a encuadrar esta anot. a un orden más lógico que el del articulado, el que se mencionara cuando corresponda.

La aludida L. de 12 de Dic. de 1916 (art. 484), contiene la reglamentación especial de la materia. Declara el derecho de propiedad que implica toda invención o descubrimiento industrial (art. 1), señala luego lo que ha de considerarse invención o descubrimiento (art. 2) y seguidamente lo que no es patentable bajo su régimen (art. 3). El capítulo II (arts. 4 a 20), regula la manera de adquirir los privilegios; el cap. III (arts.

21 a 22), las oposiciones; el cap. IV (arts. 23 a 38) el registro de las patentes; el cap. V (arts. 39 a 45) el efecto de los privilegios; el cap. VI (arts. 46 a 50) las patentes industriales; el cap. VII (arts. 51 a 59) la explotación y duración de los privilegios; el cap. VIII (arts. 60 a 62) la expropiación de los privilegios; el cap. IX (arts. 63 a 71) la caducidad y nulidad de los privilegios; el cap. X (arts. 72 a 80) las falsificaciones e infracciones; el cap. XI (arts. 81 a 86) la Oficina de propiedad industrial, y el cap. XII (arts. 87 a 90) las disposiciones generales.

En concepto de Mascareñas y Cañizares, la patente de invención es una concesión del Estado, que confiere un derecho de monopolio de explotación industrial del objeto de una invención, susceptible de ser explotada industrialmente. Deriva de ellos que la naturaleza de este instituto no ha de considerarse como referida al derecho del inventor, sino al del titular de la patente. El concepto dado y la consecuencia señalada, comprenden el objeto de los arts. 484 (derecho de explotación) y 483 (derecho del titular del registro).

El derecho comparado, distingue tres sistemas en la atribución del derecho a la patente. La legislación anglosajona la atribuye al verdadero y primer inventor-true and first inventor-esto es, se tiene en cuenta el hecho de la invención y la prioridad inventiva y esta se determina por las fechas respectivas de la concepción y de la mise au point (puesta a punto). En este sistema, la patente no puede ser otorgada a una persona colectiva, porque la invención se considera siempre obra de una persona individual, a menos que actúe en nombre del inventor y a título de mandataria, así fuera la cesionaria de la explotación. En otros países se otorga la patente al inventor, aún cuando no sea el primero; si son varios los inventores de un mismo invento, se reconoce el derecho al primero que solicite la patente (Dinamarca, Finlandia, Egipto, México, cit. de Cañizares). En el tercer sistema, es titular del derecho el primer solicitante, sin otra condición. Es a este sistema al que corresponde la legislación nacional (art. 484). La prioridad de la solicitud resulta del cargo de la Oficina de propiedad industrial, que lleva un registro especial de las presentaciones, con indicación de fecha y hora (L. 1916, art. 16).

El derecho del inventor, desconocido entre los romanos, es relativamente reciente. Tiene sus primeras manifestaciones en los privilegios reales ingleses, concedidos para obtener ingresos para la Corona y cuyo abuso dio lugar a la reglamentación parlamentaria de 1623 (v. la anot. al art. 463). Al promediar el siglo XIX se crean oficinas de patentes y se generaliza la reglamentación en la legislación comparada, que incluye el derecho de transmisión. Cabe subrayar, que en los orígenes de su reglamentación en la legislación comparada, fue objeto de preceptuación constitucional. El art. 8 de la Constitución de los Estados Unidos y el art. 17 de la Constitución argentina reconocen y garantizan los derechos del inventor. Las Constituciones nacionales de 1826, 1831, 1834, 1839, 1851 y 1868, contienen disposiciones similares.

Sobre su naturaleza jurídica, tiene aplicación al caso lo expuesto respecto de la propiedad industrial, el nombre comercial y las marcas (arts. 463, 470 y 475).

La tutela de este derecho comprende su explotación industrial y el comercio de los productos que protege la patente. Su materia implica la exigencia de la novedad, sin cuyo requisito la ley no autoriza patentarlo. Puede ser un nuevo producto, un nuevo método o proceso de fabricación o la mejora o perfeccionamiento de productos y procedimientos conocidos (arts. 2, L. 1916 y 484 c. com.).

No son patentables (art. 3, L. 1916): la invención o procedimiento que cae en el dominio público; el simple uso de sustancias o fuerzas naturales recién descubiertas; el descubrimiento científico puramente especulativo; los planes de créditos; lo que sea contrario a la ley, la seguridad pública, las buenas costumbres o la moral; los productos químicos y composiciones farmacéuticas o terapéuticas, sin perjuicio de poder patentarse los nuevos procedimientos para producirlos o sus nuevas aplicaciones industriales.

El derecho de patentar corresponde a las personas nombradas en el art. 483, que mantiene la disposición del art. 1 de la L. de 1916 y el invento patentado es propiedad exclusiva de su autor, aunque este lo haya efectuado dentro de su labor de trabajador o empleado dependiente de una empresa (art. 485). Esta disposición del Código, establece la excepción para el caso de que ese trabajo dependiente, se relacione precisamente con investigaciones de la empresa en el campo perteneciente al invento. Es frecuente que el personal de industrias e incluso de talleres, con gran formación técnica o en tareas de simples obreros, realice inventos de mayor o menor trascendencia dentro del ámbito de la especialidad de la industria en que trabaja, como puede el empleado de una industria realizar invenciones que no tengan relación ninguna con el ramo de su empleo o con la técnica del mismo. En estos supuestos rige la regla del art. 485 del Código y 1 de la L. de 1816. La excepción del art. 485 se explica por el constante avance de la tecnología

que obliga a los empresarios a organizar secciones y contratar y capacitar personal técnico con el único objeto de realizar investigaciones y los trabajos conducentes a nuevos descubrimientos, a nuevos inventos. Esto es, según la exacta apreciación de Cañizares, la investigación de empresa. Parece lógico que en este caso, el empleador sea el titular del derecho, sin perjuicio de que, si así se estipula en el contrato de trabajo, el autor real del invento pueda tener su participación en la explotación.

La patente puede tener una de estas tres formas: a) precaucional; b) de invención; c) certificación de perfeccionamiento o adición.

La de precaución (caveat o provisional specification, en el derecho angloamericano), otorga una protección provisional de corta duración (un año, prorrogable por otro por una sola vez, arts. 31 y 32, L. 1916), que permite al interesado ganar prioridad hasta ultimar los detalles del invento y evitar así que un tercero pueda adelantársele en tramitar la patente por el mismo invento. Casi no es utilizado porque, de ordinario, puede facilitar las usurpaciones de los derechos que se quiere proteger.

La de invención (patente propiamente dicha, principal o definitiva) es la que es objeto de las regulaciones de este capítulo y de la L. de 1916 (arts. 23, 24 y 25). Implica la explotación obligatoria del objeto que protege, bajo sanción de caducidad si no se la implanta o pone en práctica dentro de los dos años de otorgada la concesión, salvo prórroga concedida previa justificación (arts. 42, 51, 52, L. 1916).

La de perfeccionamiento o adición (art. 26, L. 1916, que también se llama certificado de adición en otras legislaciones), cubre un perfeccionamiento o complemento, una mejora del invento primitivo o bajo patente propiamente dicha. Fenece juntamente con esta, como cosa accesoría con la principal.

El límite territorial de la patente es el del Estado que otorga la concesión y su límite temporal, que es vario según las legislaciones, en Bolivia es de 15 años, computable desde el auto de concesión. Es improrrogable y sólo puede ser limitado (esto es, reducido) por el propio inventor (art. 59, L. 1916).

ARTÍCULO 484.- (Derecho exclusivo de explotación). Quien haya obtenido y registrado una patente de invención conforme a Ley, tiene derecho exclusivo a su explotación por el tiempo determinado por aquella.

Las normas que regulan las patentes de invención comprenden los descubrimientos, así como las mejoras o perfeccionamiento de un invento.

Precd: L. 12 Dic. 1916, arts. 1 -39-59-

Conc: c. com. 464-466-486-Tdo. Mvo. 1 -2-

ARTÍCULO 485.- (Derecho de invención). Quien realice un invento tiene derecho a ser reconocido como su inventor, aunque lo hubiera efectuado o desarrollado, dentro de su labor diaria en calidad de trabajador dependiente, salvo que hubiera sido contratado como investigador en el campo perteneciente al invento.

Precd: L. 12 Dic. 1916, art. 2-

Conc: c. com. 463, 1) -

ARTÍCULO 486.- (Patentes conjuntas). Las patentes de invención pueden ser obtenidas y registradas a nombre de dos o más personas conjuntamente, si así lo solicitan.

Precd: L. 12 Dic. 1916, art. 25 -

Conc: c. com. 484 -

El privilegio se garantizara por una sola patente, dice el precedente legislativo.

ARTÍCULO 487.- (Licencia de explotación). El titular de una patente de invención tiene derecho a otorgar licencias convencionales para la explotación industrial o comercial de su invento, una vez llenados los requisitos legales de la materia y su inscripción en el Registro de Patentes.

Precd: L. 12 Dic. 1916, arts. 40 - 42 -

Conc: c. com. 465 - 488 -

La licencia, ampliamente practicada en esta materia, consiste en conceder el derecho de utilizar la patente para su explotación económica y puede o no tener carácter de exclusividad. En la duda respecto de si el derecho del titular de la licencia es real (de uso) o personal (arrendamiento mobiliario), Messineo se inclina a admitir lo segundo, porque no le parece aplicable el principio del art. 250 del c.c. que sólo comprende en la medida de la intensidad del uso, las necesidades personales del usuario y, en su caso, las de su familia, elemento ajeno en absoluto en el caso de una licencia de explotación de patente.

ARTÍCULO 488.- (Cesión de derechos). Los derechos que otorgan una patente de invención pueden cederse en todo o en parte, previo el cumplimiento de los requisitos legales de la materia y su inscripción en el Registro de Patentes.

Precd: L. 12 Dic. 1916, arts. 37-40-41-

Conc: c. com. 465-487-

Como derecho comprendido en las determinaciones del art. 465, es enajenable. Entre las condiciones señaladas para la transferencia, el art. 41 de la L. de 1916 exige escritura pública, que debe ser registrada en el libro correspondiente de la oficina de propiedad industrial, además de su inscripción en el registro de comercio.

La transmisión puede hacerse por acto entre vivos (venta, donación, permuta, aporte en sociedades, etc.), o por disposición de ultima voluntad (herencia, legado), total o parcialmente, esto es, con limitaciones en cuanto al derecho transmitido (usufructo o locación), todo según las reglas del derecho común. Inclusive puede ser objeto de hipoteca, por aplicación del art. 1362, 4) del c.c. y 899 del c. com., una vez que se trata de muebles sujetos a registro y el art. 465 lo define entre los bienes muebles incorpóreos. Es un caso de hipoteca mobiliaria (c.c. art. 1395, 5).

ARTÍCULO 489.- (Uso indebido). El propietario de una patente de invención así como el de una licencia de explotación, tienen acción legal para impedir que otros las usen sin autorización y obtener el resarcimiento de daños, sin perjuicio de la acción penal correspondiente.

Precd: L. 12 Dic. 1916, arts. 72 y s.-

Conc: c. com. 69 - 467- Tdo. Mvo. 6 -

El uso indebido puede manifestarse en falsificaciones o alteraciones de la patente industrial, el uso de patente falsificada o alterada, la falsificación, despacho, exposición, empleo industrial o introducción en la República de objetos en fraude de una patente válida y vigente. Los arts. 72 y s. de la L. de 1916, establecen las sanciones penales, sin perjuicio de la aplicación del Código penal para los casos no previstos en la ley especial. La competencia de los jueces y el procedimiento para los procesos en esta materia, son los que determina la legislación ordinaria.

La protección legal alcanza a todas las formas de patentes: de precaución, de invención y de adición (v. la anot. al art. 483). Las invenciones no patentadas no tienen esta protección.

CAPÍTULO VII

DERECHO DE AUTOR

ARTÍCULO 490. - (Ley especial). Los derechos de autor quedan protegidos y normados por las leyes respectivas.

Preced: L. 13 Nov. 1909-

Conc: c. com. 1216- 1226 - 1235

La ley citada como precedente, es la que norma y protege este derecho. La protección está subordinada a la inscripción en el registro de la propiedad intelectual, dependiente del Ministerio de Educación, y al depósito legal de algunos ejemplares. Dura la vida del autor y 30 años después en favor de sus herederos. Comprende a los autores de obras científicas, artísticas y literarias, a los traductores, a los editores que hacen la edición de una obra inédita, a los herederos en vista del título de dominio, a los autores de mapas, planos, diseños científicos, a los compositores de música, pintores, escultores, etc.

TÍTULO II DE LOS TÍTULOS - VALORES

CAPÍTULO I GENERALIDADES

ARTÍCULO 491. - (Concepto). Título-valor es el documento necesario para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo consignado en el mismo.

Pueden ser de contenido crediticio, de participación o representativos de mercaderías.

Conc: c. com. 11-238-260-500-502-512-601-642-682-690-712-717-724-739-741-864-1324-1444-

La palabra título tiene en la legislación una polisemia varia y multiforme. Enuncia: a) el asunto o materia de una obra científica o literaria o de cualquier impreso (L. 13 Nov. 1909, art. 15); b) el instrumento o documento dado para ejercer, un empleo, dignidad o profesión (arts. 94, 15), Const., 13 loj., y 11 y 1296 c.c.); c) cada una de las partes principales en que se dividen las leyes, reglamentos o se subdividen los Libros de que constan (La Constitución y los Códigos); d) el carácter oneroso o de liberalidad de un acto jurídico o la universalidad o particularidad de una sucesión o legado (arts. 517, 562, 1) y 1113, c.c.); e) el origen o fundamento de un derecho o de una obligación (arts. 25 y 96, 24), Const., 100, 134 y 290 c.c., y 163, 487, 596, 612, 682, p.c.); f) el

documento que acredita o prueba ese derecho u obligación (arts. 1540, 1542 c.c., 487 p.c. y 239 y 247 c. com.).

En la legislación comercial, tiene un sentido especialísimo, derivado de la acepción indicada en el apartado e) de la relación precedente y representativo, en general, de un crédito con valor comercial. Se le usa con la calificación agregada del término de crédito o con el sustantivo valor, con el que forma la palabra compuesta títulos - valores, que son el objeto de la reglamentación contenida en este y el siguiente Título.

La expresión títulos de crédito, subsistente todavía en muchas legislaciones, aún recientes como el c.c. italiano de 1942 v. gr., no expresa correctamente el contenido que la ley le asigna, dice Rodríguez, porque constriñe el ámbito de su función a una sola de sus manifestaciones, relacionada con un contenido crediticio, que supone el derecho a una prestación en dinero u otra cosa cierta, noción que, por lo demás y a pesar de la observación, según la definición del art. parecería comprender el contenido crediticio, de participación o representativo de mercaderías de que este habla.

Sin embargo, según Messineo, el diverso contenido hace inadecuado el término título de crédito y señala que es preferible, por más comprensiva, la terminología papel - valor, en la cual el término papel alude al documento y el término valor al diverso derecho siempre de contenido patrimonial que, en cada caso, puede concretarse en el. Se explica la preferencia del término papel, por su más próxima coincidencia que la voz título con el término medieval de cartula y con el cual se designaba el documento denominado guarentigiato (garantía, salvaguarda, protección), que reunía ciertas prerrogativas para asegurar y facilitar la consecución de una prestación pecuniaria. Es una manifestación de la doctrina italiana que en el derecho cartolare, distingue el derecho resultante del título, del que emerge de las relaciones ajenas al mismo (derecho extracartolare).

Introdujo la expresión título - valor en el uso lingüístico castellano, Ribó, y la ley de quiebras de 1942 y el anteproyecto de c. com. mexicanos (cits. de Rodríguez), empezaron a aplicarla a la reglamentación positiva.

Su formación como figura genérico, es una innovación de la legislación suiza, seguida después por el c.c. italiano de 1942 (Messineo); que consagra el título de crédito como categoría jurídica, al igual del contrato, de la servidumbre, del acto ilícito y similares. El art. 11, trata de el como de un bien mercantil y los arts. 239 y 247 lo regulan en su carácter de documento (v. las anots. respectivas).

La definición que da el art., como la que da la ley de Títulos y Operaciones de Crédito mexicana (art. 5, cit. de Rodríguez), es la que propone Vivante, quien en su Tratado, dice: es el documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo mencionado en él. El autor de la definición, explica que el derecho mencionado en el título, es literal, porque el existe según el tenor del documento; que el derecho es autónomo, porque su poseedor de buena fe ejercita un derecho; propio, que no puede ser restringido o destruido por las relaciones entre los precedentes poseedores y el deudor, y, final mente, que es un documento necesario para ejercitar el derecho, porque el acreedor debe exhibirlo para ejercitar todo derecho, sea principal, sea accesorio; explicación con la cual Vivante corrige la de Savigny, de quien arranca la concepción de los títulos - valores y que en la doctrina general, ha tenido interesantes aportaciones de Brunner, Jacobi, Ascarelli, Messineo y otros.

Messineo, señala el título - valor como subcaso, aunque provisto de notas peculiares y sujeto a disciplinas propias, de la figura contemplada genéricamente por los arts. 955 y 956 del c.c. (promesa unilateral) y, en general, le considera como una promesa unilateral del deudor, de efectuar una prestación, esto es, que encierra la asunción de una obligación hecha mediante un negocio jurídico unilateral, vinculante e irrevocable, aunque no-recepticio en el sentido de que no va (como el recepticio) dirigido a un destinatario determinado, de lo cual depende su eficacia, porque pueden tener interés en el más de uno, si bien cada uno con exclusión de otros.

La legitimación, mencionada en el concepto dado por el art., significa que el tenedor del título para ser considerado su legítimo portador, o legitimado en la terminología técnica, debe estar investido de la posesión del mismo con arreglo a las reglas que rigen su circulación, con prescindencia de que sea o no el propietario o titular del derecho en el consignado, reglas de circulación que varían según la clase de título, cual se vera en su lugar. Legitimación y titularidad, entonces, pueden o no coincidir. Así, el titular puede probar su derecho y reivindicar el título de quien sólo es tenedor legitimado, como en el caso del acreedor que recibió el documento en garantía, cuestión que es de derecho común según observan Vivante, Fernández y otros. (v- el art. 514).

Aunque es obvio, Fernández advierte que no debe confundirse el título-valor con el papel moneda: el primero es constitutivo de un derecho de crédito; el segundo, de un valor actual y concreto; la diferencia se manifiesta particularmente en los efectos de uno y otro en relación con la extinción de las obligaciones: la aceptación del papel moneda es obligatoria para el acreedor (c.c. art. 404), no así el título-valor (c.c. art. 307).

El Título en examen, de acuerdo a la doctrina y legislación modernas, regula en este capítulo los títulos - valores, genéricamente, en consideración de los caracteres y principios que les son comunes, para luego ocuparse en los capítulos siguientes de ellos, separada y particularmente, según sean nominativos, a la orden, al portador o según pertenezcan a alguna de sus especies: letras de cambio, pagarés, cheques, etc.

JURISPRUDENCIA

"Lo dispuesto por el art. 471 (504) del p.c., que autoriza pedir la retención en manos de un tercero de valores o bienes pertenecientes al deudor, no tiene aplicación respecto de documentos de carácter mercantil, que están sometidos por las leyes a un régimen especial" (G.J. Nº 1221, p. 92).

ARTÍCULO 492.- (Menciones y requisitos). Los documentos y los actos indicados en este Título sólo producirán los efectos previstos cuando contengan las menciones y llenen los requisitos señalados por el presente Código, salvo que por la misma Ley estén implícitos.

La omisión de tales menciones y requisitos no afecta a la validez del negocio jurídico que dio origen al título-valor

Conc: c. com. 513-516-520-592-600-684-689-719-738-

El título-valor debe poseer todos sus requisitos esenciales para que, en su caso, pueda tener eficacia judicialmente ejecutiva. Téngase presente que el título - valor apareja acción ejecutiva (p.c. art. 487, 3). Para tal extremo figura entre los títulos ejecutivos, cuyo carácter debe ser debida y previamente calificado de oficio por el juez, para emitir la intimación de pago y expedir mandamiento de embargo (p.c. art. 491).

La omisión de esos requisitos esenciales, justifica una excepción de falta de fuerza ejecutiva del título - valor (p.c. a 507, 3) y el titular, pierde la eficacia de los efectos de la autonomía del título - valor y debe acudir a otra vía para la consecución de su derecho, cuya validez juntamente con la del negocio jurídico que dio origen al título, no se pierde por la invalidez del título - valor respecto de su calidad ejecutiva.

ARTÍCULO 493.- (Requisitos comunes). Además de lo dispuesto para cada título - valor en particular, estos deben llenar los siguientes requisitos:

1) Nombre del título-valor de que se trate; 2) Lugar y fecha de emisión o expedición; 3) La mención del derecho consignado en el título; 4) Lugar y fecha para el ejercicio del derecho, y 5) Firma de quien lo emite o expide.

En los títulos en serie, la firma autógrafa podrá ser sustituida, bajo la responsabilidad del emisor del título, por un facsímil que puede ser impreso, previa autorización del órgano administrativo que ejerza su control.

Conc: c. com. 444, 7)-494-495-498-516-520-541-592-645-692-713-719-779 y s.-Rgto. s.p.a. 4-

Por su naturaleza, esto es, orgánicamente (Messineo) está destinado a la circulación, es decir, al desplazamiento de tenedor (poseedor) a tenedor. Implica un documento constitutivo (no se trata de un simple documento probatorio), que contiene en él el derecho que representa (crédito, participación o representación de mercaderías), en conexión permanente del derecho y del documento, lo que la doctrina llama fenómeno de incorporación del derecho en el título. Por eso, además de los requisitos particulares para cada especie, en general todo título - valor debe llenar los requisitos señalados en el art., los cuales, cuando están debidamente observados en la emisión de los mismos, traen las consecuencias siguientes:

- 1) El tenedor adquiere el derecho que emana del documento, con la adquisición del derecho sobre el documento conformada a las normas de su circulación (arts. 497 y 514).
- 2) La transferencia del documento, transmite necesariamente el derecho principal en el consignado y todos los derechos accesorios que le son relativos (arts. 501 y 528).
- 3) Sin la presentación del documento no puede obtenerse el cumplimiento de la prestación (art. 497).
- 4) La destrucción del documento puede importar la pérdida del derecho a la prestación que representa (c.c. art. 381, c. com. art. 725).
- 5) La prenda, el secuestro, el embargo y todo otro vínculo sobre el crédito, no tiene efecto, sino afecta también a la tenencia del título (c.c. art. 1414, c. com. 502). La mera notificación del vínculo al tenedor del título - valor y al suscriptor, no hace operante dicho vínculo, y el suscriptor no está obligado a respetarlo, si no está afectado el título (Messineo).

El órgano administrativo encargado del control en la materia, a que se refiere la última parte del art. es la Comisión Nacional de Valores (arts. 779 a 785). Esta, en el cumplimiento de sus atribuciones relativas al contralor de todo lo concerniente a los títulos - valores, debe atender, inclusive, las incitativas que la Dirección de sociedades por acciones efectúe en observancia del cometido que le asigna el art. 444, 7).

La última fracción del art. al hablar de títulos en serie, alude a la distinción que se hace de ellos, en relación al modo de su emisión (Messineo). Se dice títulos en serie, a aquellos que son emitidos en masa o en múltiples unidades, general mente por razón de una operación única pero compleja, como en los casos de constitución de sociedades por acciones (arts. 220, 222); aumento de capital (art. 350); bonos o debentures (art. 642); mutuo (art. 972). Cada título va señalado por un número progresivo correspondiente a una determinada serie, de lo que deriva su nombre y aunque surgen con igual valor inicial, ese valor puede cambiar por las vicisitudes del mercado. En oposición a estos, se denominan títulos singulares, a aquellos que se emiten por razón de una relación determinada entre dos determinados sujetos. Cada uno de ellos tiene su individualidad en relación a la persona del tomador, a su importe, a su vencimiento: letras de cambio, cheques, pagarés, certificados de depósito, bonos de prenda, etc.

ARTÍCULO 494.- (Omisión del lugar y fecha de cumplimiento). Si se omite el lugar de cumplimiento o el de ejercicio del derecho, se tendrá como tal el domicilio del creador del título; y si se hubieran señalado varios lugares, entre ellos podrá elegir el tenedor. Sin embargo, cuando el título sea representativo de mercaderías, también podrá ejercerse la acción derivada del mismo, en el lugar en que estas deban ser entregadas.

Si no se menciona la fecha o el lugar de creación del título, se tendrá como tales la fecha y el lugar de su entrega. Conc: c. com. 493 - 542 -

ARTÍCULO 495.- (Omisiones subsanables). Si en el título se dejan espacios en blanco no esenciales a su naturaleza, cualquier tenedor legítimo podrá llenarlos antes de presentar el título para ejercer el derecho que en él se consigne, siempre que no se altere el acuerdo entre el creador y el primer tomador.

Conc: c. com. 493-

Desde luego ha de tenerse presente, que la falta de menciones o requisitos legalmente exigidos, no siempre determina la nulidad de los documentos, lo que se ve con el detenimiento que corresponde al tratar de cada una de las especies de títulos - valores.

En el caso del art., se plantea el problema de los llamados títulos en blanco, es decir, de aquellos que carecen de algunas menciones o requisitos exigidos por la ley. La doctrina (según Rodríguez) distingue al efecto entre títulos abstractos y causales.

Tocante a los primeros, no existe una exigencia legal de un orden cronológico en la formulación de los requisitos y es suficiente que ellos estén debidamente cubiertos en el momento en que vaya a ejercitarse los derechos que confieren, principio válido particularmente para la letra de cambio, el cheque y el pagaré. El mismo texto legal, sólo tiene en cuenta para este fin, los títulos aceptables que generalmente dan origen a una prestación en dinero y no a los que constituyen representación de mercaderías o participaciones, cuando se refiere a los espacios no esenciales a la naturaleza del título-valor. Y el mismo texto legal señala que la persona que en su oportunidad; debe llenar los espacios en blanco, no es el emisor sino cualquier tenedor legítimo del documento.

La alteración del acuerdo original, entre el creador y el primer tenedor, en realidad, no invalida la ejecución del documento, en su caso, y no es oponible particularmente a los tenedores de buena fe incluidas las consecuencias que señala el art. 504. Sólo le queda al perjudicado las acciones que restablezcan su derecho según lo originalmente acordado, entre las cuales está la vía ordinaria autorizada por el art. 490 del p.c.

En los títulos causales (acciones de sociedades, títulos de capitalización, debentures, cédulas hipotecarias, etc.), no cabe imaginar que puedan entrar en la circulación incompletos de sus requisitos esenciales.

Hay un requisito que, tratándose de títulos nominados o innominados, jamás puede faltar y que no es subsanable en la forma prevista por el art.: la firma del emisor, según las expresas determinaciones de la ley, (art. 498).

ARTÍCULO 496.- (Diferencia de valor en su expresión). En todo título se debe expresar en letras y números el importe representado. En caso de diferencia entre una y otra valdrá el importe escrito en letras. Si la cantidad estuviere varias veces en número o en letras, en caso de diferencia, valdrá el importe menor. Cuando el importe sea impreso con máquinas protectoras de seguridad, éste tendrá preferencia sobre los demás.

Conc: c. com. 500-504-

La literalidad es uno de los caracteres, por definición, de la naturaleza del título-valor (v. la anot. al art. 491), por cuya virtud el derecho derivado de el, al conformar sus modalidades y alcances da efectos decisivos a un elemento objetivo, como es el texto del documento. Por tal razón, como aplicación del principio que rige la definición del instituto, expresamente consagrado en el art. 500, el que aquí se examina señala lo que se ha de tomar por términos literales del documento, en los supuestos que indica en relación con el importe que representa.

ARTÍCULO 497.- (Ejercicio del derecho y pago del título). El tenedor de un título - valor tiene la obligación de exhibirlo para hacer valer el derecho consignado en el mismo. Si el título es pagado debe ser entregado a quien lo pague, salvo que el pago sea parcial o sólo de los derechos accesorios. En este caso, se anotará el pago parcial en el título y el tenedor extenderá por separado el recibo correspondiente. El título conservará su eficacia por la parte no pagada.

Conc: c. com. 510-511-566-700-703-738-
Comprendido en la anot. al art. 493.

ARTÍCULO 498.- (Eficacia del título-valor). Toda obligación consignada en un título-valor deriva su eficacia de una firma puesta en el mismo y de su entrega al tomador o beneficiario legítimo.

Conc: c. com. 493, 5) i.f.-507- 508 - 509 -522, 4) -523-600-687-729-1324-
Comprendido en la anot. al art. 495.

JURISPRUDENCIA

"No procede solvendo (intimación de pago) por un documento de transporte de mercaderías, que no indica el peso de estas, número, calidad, marca y precio de porte" (G.J. Nº 659, A.S. de 18 Sept. 1903, cit. de Oropeza).

ARTÍCULO 499.- (Autonomía de la obligación). Todo suscriptor de un título - valor se obliga autónomamente Las circunstancias que invaliden la obligación de alguno o algunos de los suscriptores, no afectan las obligaciones de las demás personas que los suscriban.

Conc: c. com. 505-526- 729-741 -793 -

La autonomía de que trata este art., no se refiere ni afecta a la autonomía propia del título - valor, en lo que hace a la relación fundamental, según su definición (v. la anot. al art. 491) y que implica

la incomunicabilidad de las excepciones personales que pudieran oponerse a los sucesivos tenedores del título - valor.

La que regula este art., establece la incomunicabilidad de las excepciones personales que pudieran oponerse a alguno o algunos de los suscriptores, cuando son varios, precisamente para dar plena efectividad a la responsabilidad solidaria de todos ellos, respecto de la obligación que representa el título valor, establecida por el art. 505, que no ha de considerarse contradictorio con el art. en examen, sino concordante y complementario.

ARTÍCULO 500.- (Obligatoriedad del tenor literal). El que suscribe un título quedará obligado en los términos literales del mismo, a menos que firme con salvedades compatibles con su esencia.

Conc: c. com. 491 -496- 515 - 714-741 -

Comprendido en la anot. al art. 491.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso único del art. 548.

ARTÍCULO 501.- (Efecto jurídico de la transmisión). La transmisión de un título implica no sólo el del derecho principal consignado, sino también de los derechos accesorios.

Conc: c. com. 517 - 1404 - 1457 -

Es una aplicación del principio general *accessorium sequitur principale*. Los derechos accesorios, en la especie, no se limitan sólo a los de garantía, generalmente consignados como tales; comprende todos los derechos cartulares (Messineo), o sea los resultantes del título que no consisten en el derecho a la prestación misma o derecho principal, esto es, los derechos a los cupones (art. 249), los de reposición (arts. 724, 725 y s.), los derechos a los premios u otras utilidades aleatorias producidas por el título, etc. (v. la anot. al art. 493).

ARTÍCULO 502.- (Secuestro o gravámenes). Para que surta la acción reivindicatoria, el secuestro o algún gravamen sobre los derechos consignados en el título - valor o sobre las mercaderías por él representadas, será necesario que comprenda materialmente el título mismo.

Conc: c. com. 491 -

Comprendido en la anot. al art. 493.

ARTÍCULO 503.- (Cambio de la forma de circulación). El tenedor de un título-valor no puede cambiar su forma de circulación sin el consentimiento del creador del título.

Conc: c. com. 514-

La regulación legal preestablece, respecto de cada especie de título - valor, reglas de circulación taxativa (v. gr. arts. 624. 626), o una dualidad o pluralidad de formas de circulación por ejemplo, cobrar, depositar, endosar, empeñar, etc. Son esas formas de circulación y particularmente las que están taxativamente establecidas, las que no pueden ser variadas sin el consentimiento y acuerdo del creador del título.

ARTÍCULO 504.- (Efectos en caso de alteración del texto). En caso de alteración del texto de un título-valor, los suscriptores anteriores se obligan conforme al texto original, y los posteriores conforme al alterado.

Cuando no se pueda comprobar si la firma del creador del título ha sido puesta antes o después de la alteración, se presume que lo fue antes.

Conc: c. com. 496-

Comprendido en la anot. al art. 495.

JURISPRUDENCIA

"Si bien es cierto que la suma de dólares 10.461,28, mencionada en números en la demanda como cantidad consignada en la letra de cambio contiene un borrón, ese hecho no constituye motivo de nulidad, tanto porque no se ha probado que alguna de las partes la hubiera alterado, cuanto porque esa cantidad es la misma por la que se giro y aceptó la aludida letra de cambio, cual convence la abundante prueba de cargo y de descargo acompañada por las partes" (G.J. Nº 1599, p. 108).

ARTÍCULO 505.- (Solidaridad de los que suscriben un título). Cuando dos o más personas suscriban un título-valor en una misma calidad, se obligaran solidariamente. El pago del título por uno de los suscriptores obligados, no confiere a quien paga, respecto de los demás que firmaron el mismo acto, sino los derechos y las acciones que competen al deudor solidario contra los demás coobligados, sin perjuicio de las acciones contra las otras partes.

Conc: c. com. 499-508-734-786- 788 -c.c. 435 -440-
Comprendido en la anot. al art. 499.

Esta solidaridad es de un carácter estricto, derivado, según Rodríguez, de las severas ordenanzas medievales que establecían procedimientos de ejecución expeditiva para las obligaciones cambiarias contraídas. El rigor cambialis tiene su más neta expresión en la exigencia del pago de las letras, v. gr., en el día de su cumplimiento, sin plazos de gracia ni de cortesía (rigor material: art. 515) y en el establecimiento de una firme solidaridad dispuesta por este art. (rigor formal).

Su efecto trascendente y particular, es que permite la demanda por salto (Rodríguez), es decir, el acreedor tenedor del título demanda al deudor cambiario que mejor le convenga, sin tener que seguir el orden de circulación del documento (art. 585).

En el caso concreto del art., que más se refiere a la solidaridad de quienes han firmado conjuntamente un solo acto (cobradores, coendosantes, coavalistas), cabe establecer algunas diferencias con la de los que suscriben diversos actos (librador, endosante, avalista, etc.). En el segundo caso, el firmante que deviene obligado a efectuar el pago, puede ejercer la acción directa contra el obligado principal aceptante, y la acción de regreso contra los obligados anteriores y sus avalistas. Los cofirmantes de un mismo acto (supuesto primero), además de estar facultados para ejercer dichas acciones, tienen la acción de repetición entre ellos, en los términos establecidos en el derecho común. En cuanto a la prescripción, la interrupción respecto de un deudor cambiario no la interrumpe respecto de los demás, excepto para el caso de los cofirmantes de un mismo acto, cuya solidaridad se examina con este art., en el que la interrupción de la prescripción respecto de uno de ellos produce sus efectos respecto de los demás (art. 591).

ARTÍCULO 506.- (Suscripción de títulos por representación). La representación para obligarse en un título valor se otorgará mediante poder especial ante notario público, con facultad expresa para ello.

Conc: c. com. 508-1238-c.c. 809-810-Rgto. rg. com. 13-

El mandato notariado y especial expreso, que demanda este art. para los fines que señala, importa una garantía de legitimidad de interés público.

El poder debe ser inscrito en el registro de comercio y, según el art., faculta al apoderado otorgar o suscribir, esto es, emitir un título - valor o realizar cualquiera otra clase de declaración cambiaria (endoso, aceptación, aval, etc.). Las personas encargadas del uso de la firma social, cuando se actúa en representación de las sociedades mercantiles, no requieren el poder especial de que trata este art., bastando el simple hecho de su designación para acreditar el apoderamiento para los fines de este art. La interpretación alcanza a los factores de comerciantes individuales.

ARTÍCULO 507.- (Suscripción por administradores o gerentes). Los administradores o gerentes de sociedades, por el solo hecho de su nombramiento, se reputan autorizados para suscribir títulos - valores a nombre de las entidades que administran. Los límites de esta autorización serán señalados por los Estatutos o poderes respectivos, debidamente registrados.

Conc: c. com. 77 - 163 - 248 - 498 -
Véase las anots. a los arts. 248 y 506.

ARTÍCULO 508.- (Suscripción de títulos sin poder). Las personas que careciendo de facultades para hacerlo, firmaran títulos a nombre de otros, responden como si hubieran obrado en nombre propio. La misma disposición se aplica cuando el representante hubiera excedido sus poderes. En caso de haber pagado adquiere los mismos derechos que corresponderían al representado aparente.

La ratificación expresa o tácita de la suscripción transferirá a quien la hace las obligaciones del suscriptor, a partir de la fecha de suscripción.

Es tácita la ratificación que resulte de actos que, necesariamente, impliquen la aceptación del acto mismo o de sus consecuencias. La ratificación expresa puede hacerse en el mismo título o en documento aparte.

Conc: c. com. 75-498-505 - 506-509-

Esta disposición ha de ser considerada de aplicación rigurosa tratándose de letras de cambio, cheques y pagarés, en los cuales, cualquiera firma, aunque no sea la del emisor, hace valida la obligación en virtud de la autonomía de las firmas establecida en el art. 499 y por el concepto de integración del derecho en el documento que supone la noción esencial de que el derecho consignado en el mismo, sólo puede hacerse mediante el propio documento (art. 491), vínculo

que también se expresa en el art. 497, cuando exige que el tenedor de un título - valor tiene la obligación de exhibirlo para ejercitar el derecho que en el se consigna.

Respecto de los demás títulos, opina Rodríguez, con buen criterio, que la firma precisa del emisor debe estimarse como de exigencia indispensable. Tales las razones que justifican la inatendibilidad de la excepción mencionada en el precepto siguiente.

ARTÍCULO 509.- (Excepción por falta de representación). Quien haya dado lugar con hechos positivos o con omisiones graves a que se considere, conforme a los usos del comercio, que un tercero está autorizado para suscribir títulos a su nombre, no podrá oponer la excepción de falta de representación el suscriptor.

Conc: c. com. 75-87-508-807-

La invalidez de una firma, y aún la del emisor, no supone la invalidez simple y llana del documento, dada la autonomía de las obligaciones cambiarias; pero, si permite la oponibilidad de la excepción correspondiente, que puede invocarse frente al tenedor. Ahora bien, como todos los actos cambiarios pueden hacerse mediante representante, cualquiera persona puede autorizar a otra para que en su nombre y por su cuenta emita una declaración cambiaria y, para los fines de la representación, en esta materia, son de aplicación las disposiciones generales correspondientes a todas las obligaciones, con las modificaciones que según los casos introduce la legislación comercial. Entre ellas, para el supuesto del art. que se examina, esta la que exige que la representación debe hacerse constar en la antefirma, ya que por virtud del principio de la literalidad (art. 500), la falta de indicación del carácter de representante haría que este resultare obligado personalmente, como se ha visto en el art. precedente.

Cuando no se señala esa constancia de representación en el título, o se la hace sin legitimidad para ello, esto es, falsamente, al amparo aparente de la conformidad del supuesto representado, que con sus hechos u omisiones, deja admitir que el suscriptor está autorizado para representarlo en la suscripción del título, no puede excepcionarse frente al tenedor del título alegando falta de representatividad en el suscriptor, así probara esa carencia de personería.

ARTÍCULO 510.- (Títulos dados en pago). Los títulos - valores dados en pago se presumen recibidos bajo la condición "salvo buen cobro", cualquiera sea el motivo de la entrega.

Conc: c.c. 308-c. com. 157-497-

Es una aplicación del principio general contenido en el art. 308 del c.c., según el cual se considera extinguida la obligación que se pretende cumplir con la cesión del crédito o entrega del título - valor (que es un título de crédito), cuando este ha sido cobrado.

ARTÍCULO 511.- (Títulos representativos de mercaderías). El tenedor legítimo de títulos representativos de mercaderías tiene el derecho exclusivo de disponer de ellas.

También le dará derecho, en caso de rechazo del título por el principal obligado, a ejercer la acción de restitución del valor fijado en el título para las mercaderías.

Conc: c. com. 497-

ARTÍCULO 512.- (Documentos no equiparables a títulos-valores). Las disposiciones de este Título no se aplican a los boletos, fichas contraseñas u otros documentos no destinados a circular y que sirvan exclusivamente para identificar a quien tiene derecho para exigir la prestación correspondiente.

Conc: c. com. 491 -

ARTÍCULO 513.- (Títulos creados en el extranjero). Los títulos - valores creados en el extranjero son considerados como tales si llenan los requisitos mínimos establecidos en su Ley de origen y cuando además se cumplan las formalidades legales que se exijan al efecto dentro del territorio nacional.

Conc: c. com. 492-

ARTÍCULO 514.- (Tenedor legítimo). Se considera tenedor legítimo del título a quien lo posea conforme a la norma de su circulación

Conc: c. com. 503 - 1287- 1462 -
Comprendido en - la anot. al art. 493

ARTÍCULO 515.- (Plazos de gracia). En los títulos valores no se admiten plazos de gracia, legales ni judiciales.

Conc: c.c. 311, i.f.- 900 -p.c. 516, II) - c. com. 500-
Comprendido en la anot. al art. 505.

Las concordancias con las disposiciones del c.c. y del p.c. indicadas, sirven para demostrar el rigor material, que la ley establece para el cumplimiento de las obligaciones amparadas en los títulos - valores.

CAPÍTULO II

TÍTULOS NOMINATIVOS

ARTÍCULO 516.- (Títulos nominativos). El título - valor será nominativo, cuando en él o en la norma que rige su creación, se exija la inscripción del tenedor en el registro que llevará el creador del título. Sólo será reconocido como tenedor legítimo quien figure, a la vez, en el documento y en el registro correspondiente.

Conc: c. aé. 152 -c. com. 11 - 247, 1)-492-493 -643-701-726-753-1011-1367- 446-Lea. 13-

Título-valor nominativo, es aquel en que figura el nombre del tomador, sujeto determinado, individual o colectivo. Es una característica que importa un elemento documental necesario, común al título a la orden, porque ambos, cuyas diferencias se anotarán después, son títulos al nombre (Vivante, Fernández, Messineo, Rodriguez).

Un segundo elemento documental, también necesario, es la intestación conforme en el registro del creador o emitente del título. Este es requisito sine qua non, para que el tomador o el adquirente ulterior queden legitimados, para el ejercicio del derecho cartular y del cual deriva la diferencia entre títulos nominativos y a la orden.

Tal diferencia radica en el hecho de que mientras el título a la orden tiene completa liberalidad a los fines de su circulación, mediante endoso, el título nominativo está sometido para ese efecto al freno de la correspondiente registración, así se permita el uso del endoso para su circulación (art. 518; Vivante). Dicho registro supone una doble operación, consistente en la anotación conforme en el título que está en poder del tenedor y en el registro que lleva el emitente. De las intestaciones y de la conformidad de estas, resulta la voluntad del enajenante de transferir el título a la persona en ellas indicada (Messineo).

Esta transferencia regulada (transfert, en francés; traslazione, en italiano), que exige la identificación circunstanciada de las generales del adquirente, fundamentalmente nombre y apellido de la persona individual, de la razón social, nombre comercial o denominación de la

sociedad u otro sujeto colectivo, sirve para defender al titular contra el peligro de perder el derecho con la pérdida del título (Vivante).

Por lo demás, observados los requisitos para la eficacia de la transmisión, esta puede hacerse por cualesquiera de las causas que el derecho reconoce con efecto traslativo: compraventa, donación, herencia, adjudicación, sentencia judicial, etc.

La forma de la transferencia puede consistir en una subrogación, mediante el doble registro anteriormente explicado, o en una transformación, mediante el libramiento de un nuevo título de igual contenido a nombre del nuevo titular, que implica el retiro de la circulación del título transferido o transformado. El nuevo libramiento debe igualmente intestarse en el registro del emitente.

El título nominativo puede ser convertido en título a la orden (Vivante) y el título al portador y el nominativo son recíprocamente convertibles en la legislación italiana (Messineo) a petición y costa del tenedor, a menos que la convertibilidad haya sido excluida por el emitente. El Código no contiene disposición concreta sobre el particular.

ARTÍCULO 517.- (Anotación del título). El creador del título no puede negar la anotación en su registro de la transmisión del título, salvo justa causa u orden judicial en contrario.

Conc: c. com. 501 -518 -

ARTÍCULO 518.- (Transmisión de un título). La transmisión de un título nominativo por endoso dará derecho al endosatario para obtener la inscripción mencionada en el artículo anterior. El creador del título puede exigir que la firma del endosante sea autenticada por cualquier medio legal.

Conc: c. com. 517 - 522 -

Para Messineo, la razón práctica que ha determinado la adopción del endoso para la transferencia del título nominativo, esta en el propósito de facilitar la transferencia del título nominativo, como medio más fácil de lo que pueda ser la traslación (transfert), particularmente en las operaciones de bolsa facilidad que resulta aparente, por la necesidad de asegurar la eficacia de la transmisión frente al emitente, según las reglas propias de la circulación dadas para esta clase de títulos La legislación italiana, permite que el endoso sea autenticado por un notario o un agente de cambio, lo que coloca directamente al endosatario en condición de exigir al emitente el registro de la transferencia.

ARTÍCULO 519.- (Aplicación de otras reglas). Serán aplicables a los títulos nominativos, en lo conducente, las disposiciones relativas a los títulos a la orden.

Conc: c. com. 520 -

CAPÍTULO III

TÍTULOS A LA ORDEN

SECCIÓN I

TÍTULOS A LA ORDEN

ARTÍCULO 520.- (Título a la orden). Los títulos-valores expedidos a favor de determinada persona, en los cuales se expresa "a la orden" o que "son negociables", serán a la orden y se transmitirán por endoso y entrega del título, sin necesidad de registro por parte del creador.

Conc: c. aé. 152-c. com. 492-493-519-522-603-627-639-643-701-727-

Son títulos a la orden, aquellos que emitidos a nombre de una persona, individual o colectiva determinada, están entregados a la disposición de esta, que goza de completa liberalidad para disponer su circulación mediante endoso, el mismo que no está sujeto a ninguna limitación como ocurre con los títulos nominativos (art. 518).

La cualidad de título a la orden, puede estar identificada mediante la inserción de la cláusula a la orden, como puede resultar sobreentendida, cual ocurre en aquellos títulos que por disposición de la ley son constitucionalmente a la orden (Messineo), tales, v. gr. la letra de cambio, que es el tipo de los títulos a la orden, el cheque, el certificado de depósito, etc.

Para este tipo de títulos, legitimado es el tenedor del título munido de una serie ininterrumpida de endosos. Si bien el endoso es suficiente para transmitir el título, dado el carácter necesario de este (arts. 491 y 497), es indispensable la tradición material del mismo.

Por lo común, dice Fernández, son títulos individuales (letra de cambio, cheque, pagaré, carta de porte, certificado de depósito, warrant, etc.), y unitarios, sin perjuicio de que algunos autoricen al tenedor a obtener su fraccionamiento (warrant, carta de porte). Pueden ser abstractos (letra de cambio pagaré), o causales (carta de porte).

La abstracción, no supone ausencia de causa (Rodríguez) sino simplemente desligamiento de causa y obligación, que la ley determina por diversos motivos y consideraciones y por cuyo efecto, el ejercicio del derecho no está subordinado a las excepciones que podrían derivarse de la invocación de la causa. La causalidad (agobiante tema de la teoría general de las obligaciones), con referencia a los títulos - valores, estaría representada (como elemento subyacente de la relación jurídica), por la convención en virtud de la cual, las personas que intervienen en la relación fundamental, acuerdan la emisión de un título - valor como consecuencia de esa relación fundamental, convención que la doctrina llama convención ejecutiva o pactum de cambiando (Wieland, La Lumia, cits. de Rodríguez). La causalidad puede dejar sujetos a las excepciones ex causa a los sucesivos tenedores, cuya invocación es posible si la causa ha sido mencionada en el título.

ARTÍCULO 521.- (Transmisión por medio distinto del endoso). La transmisión de un título a la orden por medio distinto al endoso, subroga al adquirente de todos los derechos que el título confiera, pero lo sujeta a todas las excepciones personales que el obligado habría podido oponer al autor de la transmisión antes de ésta. El adquirente tiene derecho a exigir la entrega del título.

El adquirente que justifique que se ha transmitido un título a la orden por medio distinto del endoso, puede solicitar del juez, en la vía voluntaria, que haga constar la transmisión en el título o en hoja adherida a él. La constancia que ponga el juez se tendrá como endoso.

Conc: c.c. 384 - c. com. 820 -

La transferencia del derecho, en esta clase de títulos, puede también efectuarse por otros modos regidos por el derecho común, diversos del endoso y la tradición, como la cesión, la sucesión, etc.

En todas las transmisiones por medio diverso del endoso que se gana con o sin la voluntad del titular (inter vivos, mortis causa ab intestato), para adquirir la necesaria legitimación se requiere la necesaria declaración de la autoridad judicial, según los supuestos y con los efectos señalados en el art., que tiene una completa coincidencia con las determinaciones de los arts. 27 y 28 de la L. de Títulos y Operaciones de Crédito mexicana.

SECCIÓN II ENDOSOS

ARTÍCULO 522.- (Requisitos formales en el endoso). El endoso debe constar en el título o en hoja adherida al mismo, en caso de no ser posible hacerlo en el documento, y deberá llenar los siguientes requisitos:

- 1) Nombre del endosatario;
- 2) Clase de endoso;
- 3) Lugar y fecha del endoso, y
- 4) Firma del endosante.

Precd: c. mtl. abrg. 380-381-

Conc: c. com. 254-498-518-520-523-524-525 531-

El endoso es un acto jurídico unilateral de naturaleza cambiaria, que contiene una orden de pago emitida por el primer tomador o titular o por el precedente endosatario y transfiere la titularidad del derecho abstracto, literal, original y autónomo que consigna. Su función principal es transferir la legitimidad derivada del título al endosatario, pero su carácter es accesorio porque presupone un título a la orden ya creado y circulante.

Además de la función traslativa, por lo regular, particularmente en los títulos cambiables y los documentos a el equiparados, el endoso cumple también una función simultanea, constitutiva, porque no sólo transfiere el título sino que constituye al endosante en garante del pago (art. 526).

Los autores franceses reclaman para Francia el origen del endoso (del francés *endossement*), aunque según su etimología latina, proviene de *indosare*, de *in* y *dorso*: las Ordenanzas de Bilbao prescribían que el endoso de la letra de cambio se ha de firmar a la espalda de ella, (Rodriguez). Los italianos citan un endoso de 1560 (Cusumano en *Storia dei Banchi della Sicilia*, cit. de Malagarriga). La primera reglamentación legal del endoso, está contenida en la Ordenanza francesa de 1673.

Sobre su naturaleza jurídica, la discusión doctrinal presenta dos grupos de teorías: contractualistas o causalistas, que vinculan el título con el contrato en cuya virtud se emite, y unilateralistas, fundados en el principio de la abstracción (explicado en la anot. al art. 520).

Entre sus caracteres, debe considerarse (Rodriguez): Es un acto escrito y accesorio. No puede existir un endoso que no conste por escrito, como no puede existir un título - valor oral. La razón de la accesoriedad está dada supra.

Es por lo regular un acto cambiario no recepticio, cuyo concepto está explicado en la anot. al art. 491.

Debe constar en el documento, para que tenga eficacia valida. Cuando esto no es posible se utiliza una hoja (de papel) adherida al título, (llamada también en otras legislaciones coda, allonge, foglia de allungamento, es decir añadidura, y en la antigua doctrina española, coleta o manga; cit. de Rodriguez) que no se considera un documento extraño, sino parte integrante del título al que va adherido.

No puede ser condicionado. Es general el carácter incondicional de las declaraciones cambiarias (Rodriguez). Debe ser puro y simple y cualesquiera condiciones incluidas en el, se consideran no puestas y como nulo el que se extienda parcialmente (art. 525). Este carácter o requisito, que debió incluirse en este art. (cuya rubrica como la del 525 es requisito del endoso), aparece en otra disposición, por las deficiencias de ordenación sistemática que presenta el Código.

De los requisitos enumerados en el art., el cuarto, relativo a la firma del endosante, es el esencial y determinante de la traslación de la titularidad (v. la anot. al art. 495, i.f.). La firma del endosante da existencia al acto jurídico que supone el endoso (art. 498) y cuando se hace en hoja adherida al título, la firma debe coexistir con las referencias de individuación precisas relativas al título al que corresponda. Faltando esos requisitos en ambos supuestos, la consecuencia es la que señala el art. 523 in fine: inexistencia del endoso. La omisión de los demás requisitos, produce los efectos que enumera el citado art. 523 (infra).

El art. no menciona la entrega del título, como elemento integrante del endoso y necesario para el perfeccionamiento de su transmisión, conforme resulta del art. 520, que suple el silencio del que se examina. De la interpretación combinada de estos arts. 520 y 522, el endoso está integrado por un acto formal o cláusula de endoso y un acto material o entrega del documento. y sólo la realización de ambos elementos confiere efectos validos e idóneos a la transmisión cambiaria del documento.

JURISPRUDENCIA

"El endoso es transferencia de crédito hecha expresamente(cuando) en la diligencia (se declara) haber recibido el valor por capital e intereses (y Constituye) verdadera subrogación" (G.J. Nº 727, p. 12).

ARTÍCULO 523.- (Efectos de La omisión de requisitos). La omisión de los requisitos indicados en el artículo anterior, produce los siguientes efectos:

- 1) Si se omite el nombre del endosatario, se entenderá como endoso en blanco;
- 2) Si se omite la clase de endoso, se presume que el título fue transmitido en propiedad, sin que admita prueba en contrario en perjuicio de terceros de buena fe;
- 3) Si se omite el lugar, se presume que el título fue endosado en el domicilio del endosante, y
- 4) Si se omite la fecha, se presume que el endoso se hizo el día en que el endosante adquirió el título.

Es inexistente el endoso cuando falta la firma del endosante. Igualmente, no surte efecto el endoso si aparece en papel separado sin las referencias del título al que corresponda.

Precd: c. mtl. abrg. 382 a 385 -

Conc: c. com. 498 -522 - 524- 531 -

Las consecuencias que señala el art. por la omisión de los requisitos enumerados en el anterior se explican por si solas. La relativa a la firma del endosante, está comprendida en la anot. al art. anterior. Las que atañen a la omisión del endosatario y a las clases de endoso, se examinan en los arts. pertinentes, infra.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "El endoso no altera la naturaleza de la obligación contraída y el endosado asume los mismos derechos y acciones del endosante" (G.J. N° 727, p. 12).
- 2.- "El endoso que omite los requisitos previstos por el art. 382 del c. mtl. (523 c. com.), se entiende simple comisión de cobranza que da acción y derecho al tenedor de la letra para demandar su pago" (G.J. N° 1274, p. 15)

ARTÍCULO 524.- (Endoso en blanco). El endoso en blanco se considera valido con la sola firma del endosante En este caso, el tenedor legítimo podrá llenar el endoso en blanco, con su nombre o transmitir el título sin completar el endoso.

El endoso al portador produce los mismos efectos del endoso en blanco.

Precd: c. mtl. abrg. 385 -

Conc: c. com. 522 - 523 -

Todo endoso, contiene de ordinario el nombre del endosatario. La omisión del nombre del endosatario no inválida el endoso y en contraposición al endoso llamado pleno (que reúne todos los requisitos formales) se lo denomina endoso en blanco, al que esta asimilado según la generalidad de las legislaciones el endoso al portador. Es un endoso completo y produce todos los efectos del pleno (Messineo) y en la práctica puede circular como un título al portador, si el tenedor lo transfiere sin llenar el endoso en blanco con su nombre y así sucesivamente hasta que alguno de los tenedores llena con su nombre el endoso, quien para transferirlo debe extender un nuevo; endoso pleno o en blanco.

Es una modalidad que ha impuesto la práctica y que no ha podido ser erradicada, a pesar de algunas reglamentaciones que la prohibían, como las Ordenanzas de Bilbao, el c. mtl. abrg. (art. 385) y otras legislaciones que han modificado sus regulaciones al respecto (v. gr. la francesa, la española, la argentina).

Si bien se señala entre sus ventajas, la de facilitar la circulación del título a la orden sin convertirla en una letra al portador, como la de permitirle al tenedor transmitirla sin comprometerse cambiariamente (art. 526), también se anota (Fernández) que presenta el inconveniente de facilitar la transmisión de títulos confiados a un tercero o de los robados o extraviados, así como el de las dificultades para la acción de regreso (en las letras de cambio), porque no aparecen consignados los nombres de los que han negociado con el documento sin endosatario determinado.

ARTÍCULO 525.- (Requisitos del endoso). El endoso debe ser puro y simple. Toda condición a la que se subordine el mismo se tendrá por no puesta. El endoso parcial será nulo.

Conc: c. com. 522- 526 -

Comprendido en la anot. al art. 522.

ARTÍCULO 526.- (Responsabilidad del endosante). El endosante contrae obligación autónoma de pagar, en su caso, el importe del título frente a todos los tenedores posteriores a él, salvo que se consignen las palabras "sin responsabilidad" u otras equivalentes, en cuyo caso se entiende que el endosante transmite su derecho de propiedad del título, pero sin garantizarlo en modo alguno.

Precd: c. mtl. abrg. 380-

Conc: c. com. 499-525-537-577-716-1287-

El art. contiene un efecto negativo del endoso (Messineo), cuando en el se consigna la frase sin responsabilidad. Con ella, el endosante no asume frente al endosatario y a los causahabientes de este, responsabilidad por incumplimiento del principal obligado en la prestación de la obligación que representa el título. Es decir, no se contrae por este medio la responsabilidad de regreso. De ello resulta que, como indica Rodríguez, la responsabilidad del endosante en la vía regresiva no es esencial en ningún caso. Ella no existe en el endoso de títulos diversos de la letra de cambio, del cheque y del pagaré y de estos puede excluirse con la inserción sin responsabilidad u otra expresión equivalente, según el art.

Por esta característica, esta forma de endoso es considerada irregular, cuyo concepto abarca a aquellos endosos que presentan alguna irregularidad en la función de transmisión, en la legitimación o en la garantía, en oposición al endoso llamado regular, que constituye el supuesto normal, por lo que se le llama endoso pleno, completo o nominativo.

Fernández, considera que la cláusula sin garantía, desnaturaliza el endoso al quitarle uno de sus caracteres esenciales: el de la garantía del endosante, apartándole del rigor cambiario en detrimento de la normal circulación del título y que, a menos que exista una disposición legal expresa (como en el caso del art. en estudio), la cláusula debe considerarse no escrita (por aplicación del principio contenido en el art. 525) para que el endoso conserve plena validez. Por lo demás, el art. guarda conformidad con las tendencias de la legislación comparada y con las convenciones internacionales como la Ley uniforme concerniente a la letra de cambio y el pagaré a la orden, de Ginebra de 1930 (cit. del propio Fernández), cuyo art. 15, sienta el principio que aquí se anota.

ARTÍCULO 527.- (Clase de endoso). El endoso puede hacerse en propiedad, en cobranza o en garantía.

Conc: c. com. 528-529- 530-

ARTÍCULO 528.- (Endoso en propiedad). El endoso que contenga las palabras "páguese a la orden de" o simplemente "páguese a", se entiende que es en propiedad y transmite además del dominio del título, todos los derechos consignados en él.

Conc: c. com. 527 -

El art. se refiere al endoso llamado completo, también denominado regular, pleno, perfecto, incondicional y propio (Fernández, Malagarriga). Transmite el título - valor con pleno efecto cambiario. Si no tiene algunas de las indicaciones a que se refieren los arts. 529 y 530 (en cobranza o en garantía), se considera que el endoso es de esta clase, lo que no admite prueba en contrario en perjuicio de terceros según el art. 523, 2), que establece al efecto una presunción iure et de iure, con la eficacia que le atribuye el art. 1318, II) del c.c.

JURISPRUDENCIA

1.- "El endoso transfiere la propiedad sobre el documento endosado, por cuyo efecto, este pertenece legalmente al endosatario" (Lab. Jud. 1973, p. 128).

2.- "Del estudio minucioso del proceso resulta que en la letra de cambio de fs... la nota de subrogación puesta al reverso en favor de..., no lleva una firma autorizada de un funcionario del Banco del Estado, siendo nula tal subrogación " (G.J. N° 1598, p. 54).

ARTÍCULO 529.- (Endoso en cobranza). El endoso que contenga la expresión "en cobranza" o "al cobro" u otra equivalente, no transmite la propiedad del título, pero faculta al endosatario para presentar el documento a la aceptación, para cobrarlo judicial o extrajudicialmente, para endosarlo en cobranza y para hacerlo protestar, en su caso. El endosatario tiene los derechos y obligaciones de un mandatario.

El mandato que confiere este endoso no termina con la muerte o incapacidad sobrevinientes del endosante.

El endosante puede revocar el mandato contenido en el endoso. En este caso, debe poner en conocimiento del deudor la revocatoria, cuando ésta no conste en el título o en un proceso judicial en que se pretenda hacer efectivo dicho título.

Es válido el pago que efectúe el deudor al endosatario ignorando la revocación. En tal caso, los obligados sólo podrán oponer al tenedor del título las excepciones que tendrían contra el endosante.

Conc: c.c. 827, 4) - 833 - c. com. 527 - 530 - 1237 -1245-1246-

JURISPRUDENCIA

- 1.- "El simple endoso de un pagaré no constituye transferencia del crédito, sino sólo comisión de cobranza conservando el endosante su calidad de acreedor principal" (G.J. Nº 590, p. 2).
- 2.- Véase el caso Nº 2 del art. 523.

ARTÍCULO 530.- (Endoso en garantía). El endoso "en garantía", "en prenda", u otra equivalente, constituye un derecho prendario sobre el título y confiere al endosatario, además de sus derechos de acreedor prendario, las facultades que confiere el endoso en cobranza.

No pueden oponerse al endosatario en garantía las excepciones personales que tuvieran contra el endosante.

Conc: c. com. 527-529-882-1329-C.C. 1414-

Estos dos arts. (529 y 530) regulan el llamado endoso incompleto o irregular, porque no reúne los mismos requisitos que el endoso completo o regular a que se refiere el art. 528 y en ambos casos (en cobranza y en garantía) vale como simple mandato al objeto de autorizar al tenedor para exigir la aceptación, el pago, formalizar el protesto en su caso, ejecutar judicialmente en su mérito y en suma ejercitar todos los actos necesarios para cobrar el documento, incluidos nuevos endosos.

El endoso en cobranza, también es llamado de apoderamiento o en procuración, porque como ya se ha dicho, es un mandato especial de acuerdo a las propias regulaciones del art. con particularidades propias. que, en algunos aspectos, deroga el derecho común respecto del mandato como en el de su no extinción por causa de muerte o incapacidad supervinientes del endosante y la notificación obligatoria de la revocación al deudor cuando no consta en el título mismo.

Tiene en ambos casos (en cobranza y en garantía), la forma que reviste el aspecto exterior de un endoso regular o pleno. Su irregularidad emana de las cláusulas que señalan los arts. examinados: en cobranza o al cobro y en garantía o en prenda. Las expresiones equivalentes, según las diversas legislaciones y practicas, son por poder, por apoderamiento, por mi cuenta, para su cobro, en procuración, para caja, y todas las análogas que se puedan concebir.

Los efectos de ambas formas de endoso son los mismos, más los derechos de la prenda en el caso del endoso en garantía o en prenda.

ARTÍCULO 531.- (Endoso posterior al vencimiento). El endoso hecho después del vencimiento o del protesto del título sólo surtirá los efectos de cesión.

Preced: c. mtl. abrg. 456 -

Conc: c. com. 522-523-820-c.c. 384-

Sistema preferible es el de la Ley uniforme de Ginebra de 1930 (art. 20), citada en la anot. al art. 526, que aplica la regla en examen, al título protestado o que tiene vencido el plazo para efectuar el protesto, porque mientras no se realiza este o no transcurre el término para labrarlo, el título no debe verse afectado en su circulación cambiaria (Fernández).

La forma de esta transmisión es la del endoso, pero los efectos son los de la cesión. La solución legal se aplica porque con el vencimiento o el protesto, termina la existencia normal del título, como documento abstracto, de circulación cambiaria, generador de obligaciones y derechos peculiares, autónomos, diversos para cada uno de los firmantes. Según algunos autores (Bonelli, Navarrini, Messineo), el último endosatario o cesionario puede ejercitar los derechos del tenedor en la época del vencimiento (o del protesto), como causahabiente del derecho derivado de su antecesor, en cuyo lugar y grado se coloca y posee acción cambiaria, ejecutiva, contra el librador, aceptante, endosantes, avalistas, etc., anteriores al evento del vencimiento o protesto. Vivante (y también Ramella, Gallavresi, Rocco, cits. de Fernández), si bien reconoce que el efecto de la cesión no altera la naturaleza del crédito cedido y que el endosatario posterior al vencimiento adquiere todos los derechos de su endosante, considera que el título pierde su fuerza ejecutiva y que, por lo tanto, el endosatario de título vencido o protestado carece de acción ejecutiva contra el deudor. En la legislación nacional, esta consecuencia es principio conocido y practicado ya con el c. mtl. abrg. (art. 456, letras perjudicadas). Los derechos del endosatario de título vencido son sólo los del cesionario, conformados a las reglas del derecho común (c.c. art. 384 y s.).

ARTÍCULO 532.- (Continuidad de los endosos). Para que el tenedor de un título pueda considerarse como legítimo, la serie de endosos anteriores, debe ser ininterrumpida.

Conc: c. com. 533 -538 -

La legitimación del tenedor de un título, está subordinada a que los endosos precedentes al que le otorga la titularidad del mismo presenten una serie ininterrumpida.

Puede ocurrir un endoso falso, que afecta la adquisición del título por parte de los tenedores sucesivos. Como el endoso falso ha de considerarse inexistente, si los endosos son varios el endoso falso rompe la serie continua de los endosos, determinando una discontinuidad o interrupción en esa serie (Messineo).

El endoso falso, es diverso del endoso fraudulento (Fernández), que no han de ser confundidos. Este, sin ser falso, es el que efectúa dolosamente quien carece de facultades para endosar el título, como el que recibe uno con endoso en cobranza en depósito, en garantía, etc., y abusando de la apariencia de titular del mismo, lo transmite a terceros, cuestión diversa con diversas consecuencias inclusive penales, pero que no afecta al derecho de los tenedores de buena fe.

ARTÍCULO 533.- (Obligación del que paga). El que paga un título no puede exigir que se compruebe la autenticidad de los endosos, pero debe identificar a la persona que presente el título como último tenedor y verificar la continuidad de los endosos.

Conc: c. com. 532 -

Autorizar la comprobación de autenticidad de los endosos, importaría desconocer los caracteres propios del título que la propia ley establece, particularmente el de su calidad de acto cambiario no-recepticio (v. la anot. al art. 522). La identificación personal del tenedor, como la continuidad de los endosos, no afectan esos caracteres y, más bien, son manifestaciones de elemental previsión que favorecen la circulación cambiaria regular.

ARTÍCULO 534.- (Endoso en nombre de otro). Cuando el endosante de un título actúe en calidad de representante, mandatario o apoderado debe acreditar tal calidad.

Conc: c.c. 816-c. com. 1238 -

El mandato para endosar títulos - valores, tiene que ser especial y expreso, razón en que se funda la previsión del art.

ARTÍCULO 535.- (Bancos que reciben títulos para abono en Cuenta). Los Bancos que reciban títulos para abono en cuenta del tenedor que los entregue, pueden cobrar dichos títulos aún cuando no estén endosados a su favor. Los Bancos, en estos casos, deben anotar en el título la calidad con que actúan y firmar recibo en el propio título o en hoja adherida al mismo.

Conc: c. com. 1346-

Es una modalidad propia de la cuenta corriente bancaria.

ARTÍCULO 536.- (Endoso entre Bancos). Los endosos entre Bancos pueden hacerse con el sello del endosante.

Conc: c. com. 1302 -

ARTÍCULO 537.- (Transmisión a obligados). Los títulos pueden transmitirse en favor de alguno de los obligados, por recibo del importe del título extendido en el mismo documento o en hoja adherida a él. La transmisión por recibo produce efectos de endoso "sin responsabilidad".

Conc: c. com. 526 -

Un título-valor puede volver al poder de un obligado cambiario mediante estas anotaciones de recibo, que dejan sin eficacia garantizadora los endosos y anotaciones de recibo intermedias (Rodríguez).

Se considera una cesión del título, mediante acto extracambiario, según Messineo, con efectos propios de la cesión, porque no es un derecho autónomo, sino un derecho derivado, es decir, el que corresponde al cedente. En efecto, dice Rodríguez, si el obligado endosatario o cesionario intentara cobrarlo de cualquier obligado anterior a la última adquisición, pero posterior a la primera, vería oponérsele la excepción de estar el obligado a hacer el pago.

ARTÍCULO 538.- (Tacha de endosos posteriores). El tenedor legítimo de un título puede tachar los endosos posteriores a aquel en que él sea endosatario, pero no los endosos anteriores, o endosar el título sin tachar dichos endosos.

Conc: c. com. 532 -

Deben ser tachados todos o ninguno de los endosos indicados en el art., porque admitir que se tachen algunos equivale a aceptar como autorizada la ruptura de la cadena o continuidad de los endosos.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso único del art. 250.

CAPÍTULO IV

TÍTULOS AL PORTADOR

ARTÍCULO 539.- (Transmisión). Son títulos al portador los que no están expedidos a favor de persona determinada, contengan o no la expresión al portador. La simple exhibición del título legitima al portador y su transmisión se efectúa por la simple tradición.

Conc: c. aér. 152- c. com. 242- 543 - 600, 5) - 643 -701-1011-

Títulos - valores al portador, son los que se emiten sin indicación de nombre determinado alguno como librado, que deben hacerse efectivos a quienquiera que los presente y que es transmisible por su simple tradición o entrega material.

Su calificación de título al portador, esto es, al que posee o lo porta, depende, dice Messineo, del elemento negativo caracterizado por la ausencia del nombre de la persona a la cual el título es librado o a la que el mismo puede llegar por efecto de la circulación. No figura en su texto ni el primero ni los sucesivos tenedores y de sus transmisiones no queda constancia ninguna en el documento. Cualquier poseedor esta legitimado, por el solo hecho de su tenencia, para el ejercicio del derecho consignado en el.

No es esencial la constancia de la cláusula al portador y es suficiente para considerar que un título es de esta clase, la no existencia de hecho y con arreglo a la naturaleza del título, de una persona nombrada como tenedor especificado.

Es común destacar en su definición la simple entrega como característica esencial de este título, la que, según observa Rodríguez con buen criterio, es no más que una consecuencia de su fuerza legitimadora peculiar. Si sólo se atendiera a la forma de la transmisibilidad, para definir su esencialidad, se llegaría a aceptar que títulos esencialmente a la orden, como la letra de cambio, podrían reputarse como títulos al portador en determinados casos (letras en blanco, endosos en blanco). La nota primera y más característica del título al portador es su fuerza legitimadora que le es propia, por lo que debe ser hecho efectivo a quien lo presente y la nota de su transmisibilidad por simple tradición está relegada a segundo lugar orden que es el que precisamente señala el artículo. La entrega del título es necesaria para que tenga lugar la transferencia (Messineo).

ARTÍCULO 540.- (Títulos al portador). Los títulos al portador que contengan la obligación de pagar dinero solo pueden expedirse en los casos expresamente autorizados por Ley. Los títulos creados en contravención a este artículo no surten efectos como títulos-valores.

Conc: c. com. 543 -595-

Entre los casos expresamente autorizados por la ley a que se refiere este art. y, en general, como ejemplos de títulos valores al portador, puede mencionarse: acciones de sociedades (art. 242), obligaciones de sociedades (debentures o bonos art. 643) , extendidos al portador; el cheque bancario al portador (art. 600, 5); el certificado de depósito o los bonos de prenda al portador (art. 701).

CAPÍTULO V

DISTINTAS ESPECIES DE TÍTULOS - VALORES

SECCIÓN I

LETRA DE CAMBIO Y SU EXPEDICIÓN

ARTÍCULO 541.- (Contenido). La letra de cambio debe contener:

- 1) La mención de ser letra de cambio inserta en su texto;
- 2) El lugar, el día, mes y año en que se expida;
- 3) La orden incondicional al girado de pagar una suma determinada de dinero;
- 4) El nombre de la persona a quien debe hacerse el pago;
- 5) El nombre del girado, dirección y lugar de pago;
- 6) Fecha de pago o forma de vencimiento, y
- 7) La firma del girador, seguida de su propio nombre y domicilio.

La letra que omita alguno de los requisitos enumerados en este artículo no produce efectos de letra de cambio, salvo en los casos señalados en este

Precd: c. mtl. abrg. 362-365-

Conc: c. com. 11-493-544-545-546-547-553-554-573-584-711-723-1325-

Según el concepto que da Vivante de la letra de cambio, es un título de crédito y, por consiguiente, como los otros de su genero un documento necesario para el ejercicio del derecho literal y autónomo en el contenido.

Para Fernández, es un título de crédito abstracto, constitutivo del derecho del tenedor legitimado para obtener el pago de una suma de dinero en determinado momento.

Para Messineo, es un documento que contiene la orden del liberador que lo suscribe, dirigida al librado o girado, de pagar una determinada suma de dinero a un tercero (tomador o beneficiario), o bien a un ulterior sujeto en virtud de orden del tomador (endoso), y así sucesivamente.

Además de los caracteres generales, comunes a todo título valor, Vivante señala los caracteres especiales siguientes:

a) Es un título formal, con un contenido escrito determinado por ley, a cuya observancia está condicionada su existencia y validez;

b) Es un título completo por si mismo, esto es, que se basta por si solo, pues si contuviera alguna relación con otro documento, sea para completar, sea para modificar el derecho que de el resulta, perdería su carácter de letra de cambio; la ambigüedad de sus requisitos esenciales escritos sobre el título le quita su carácter de título-valor.

c) Es abstracto el derecho que atribuye al que le adquiere en el proceso de su circulación, independiente del negocio jurídico que generó su emisión;

d) Atribuye el derecho de exigir una suma de dinero en un lugar y a un vencimiento determinado;

e) El derecho a la prestación consignada en el no puede estar subordinado a contraprestación ninguna; el protesto y los actos que debe cumplir el acreedor para conservar su crédito, son condiciones propias del ejercicio de su derecho y no obligaciones o contraprestaciones e, inclusive, si quiere renunciar a su derecho, está dispensado también de cumplir esos actos sin que nadie pueda constreñirlo a cumplirlos.

Precisados así sus caracteres, a los que corresponden los requisitos señalados en el art., Vivante ofrece esta definición de la letra de cambio: título de crédito formal y completo, que contiene la obligación de pagar sin contraprestación una suma (de dinero) determinada a su vencimiento en el lugar en el señalado.

Sobre su origen, los investigadores que estudian la letra de cambio en la antigüedad, señalan datos asirios, griegos y romanos sobre transacciones cambiarias que reúnen ciertos caracteres

de la letra de cambio (Lenormand, Bernardakis, cit de Malagarriga). La opinión- preponderante, se inclina a admitir que su uso se difunde a principios del siglo XIII. Durant (El Renacimiento), comentando las actividades de las ochenta casas bancarias de Florencia entre los siglos XIII y XIV (v. gr. Bardi, Peruzzi, Strozzi, Medici) refiere que estas libraban corrientemente lettere de pagamenti Messineo, señala que la letra de cambio en sus orígenes (Edad media) era el instrumento del llamado cambio trayecticio, medio practico para evitar el desplazamiento material de dinero de lugar a lugar. Según Malagarriga, el documento más remoto que se aproxima claramente a la letra de cambio actual, es uno fechado en Milán el 9 de Marzo de 1395, que dice:

"Pagad por esta primera letra, a nueve días de Octubre, a Lucas Goro, libras 45, son por el valor aquí por Maffio Remmo al tiempo marcado, y lo ponéis a mi cuenta y que Dios os guarde".

La determinación de la naturaleza jurídica de la letra de cambio, ha producido una variedad d/e teorías y, en casos, contradictorias, por lo que, algunos autores, las consideran sin eficacia práctica y sin otro significado que el de las especulaciones dogmáticas. Una simple enunciación ilustrativa, dará suficiente idea de las dimensiones que su formulación ha alcanzado.

Entre las teorías francesas antiguas, figuran las de la cesión (Boistel), del mandato (Pothier, Lyon-Caen y Renault) y de la delegación (Thaller). Entre las contemporáneas, la teoría de la promesa unilateral, abstracta y literal (Lecour, Capitant), la de la estipulación por otro (Worms), la teoría múltiple que distingue la naturaleza de la cambial según la relación que se da entre librador y girado, entre tomador- aceptante, entre endosante y endosatario, etc. (Lescot).

Entre las teorías alemanas e italianas, que Fernández las expone conjuntamente, en razón de que formuladas por los juristas alemanes han sido reelaboradas, magistralmente dice, por los juristas italianos, se tiene: la del acto formal (Liebe), la de la apariencia jurídica o de la voluntad aparente (Jacobi, Bolaffio, Mossa), la del contrato abstracto (Thol), la del acto unilateral de voluntad (Einert) y sus subteorías de la creación (Kuntze, Messineo), de la emisión (Kohler, Rocco) y de la personificación del título (Bekker), la teoría de la incorporación (Savigny), la de la propiedad (Ascarelli), la mixta o de la doble fuente (Goldschmidt, Vivante).

Si bien es corriente que el emitente de una cambial, lo haga por virtud de una obligación anterior (v. gr. compraventa, en pago de cuyo precio, total o parcial, se entrega una letra), puede también obedecer a una liberalidad (donación manual, art. 669 c.c.) o ser suscrita de favor para facilitar las operaciones de alguien a quien se quiere cooperar, razones que pueden también manifestarse en la circulación ulterior de la letra entre endosante y endosatario, librador y

girador, obligado cambiario y su avalista, la relación jurídica determinante de la creación, emisión, aceptación, endoso o garantía de la letra de cambio, que constituye la relación fundamental, es ajena en absoluto a las relaciones cambiarias o cartulares, como se ha venido indicando desde que se ha iniciado el examen de los títulos - valores. La evolución del derecho cambiario, como señalan los autores que se sigue en estas anotaciones (Vivante, Messineo, Rodríguez, Malagarriga, Fernández), se manifiesta en una autonomía completa de las relaciones cartulares respecto de las relaciones extracartulares que pueden haberlas generado y de las que prescinden totalmente para determinar los derechos y obligaciones propios de la naturaleza de la letra de cambio.

Habida cuenta estas características esenciales y atendida la dificultad de encontrar en la doctrina una teoría que satisfaga completamente la elucidación del tema, Fernández, considera que ha de aceptarse como naturaleza jurídica del instituto, la que señala la ley que atendiendo las necesidades reales de la vida económica y financiera la reglamenta en interés de su circulación y en protección de los terceros de buena fe e impone obligaciones rigurosas a quienes firman una letra de cambio, con prescindencia de toda causa y de toda voluntad y sin cuidarse de las figuras clásicas: basta con que la letra sea auténtica. La objeción de que se elude la solución del problema, con el recurso antijurídico de remitir a la ley, la explicación jurídica del fenómeno que reglamenta, no parece tan fundada si se considera que la ley también es fuente de las obligaciones.

El carácter del documento, que debe contener los requisitos fijados en el art., para tener la eficacia propia de la cambial, es constitutivo, no meramente probatorio, porque su redacción en la forma prevista por la ley es esencial para la existencia del derecho, cuya suerte está vinculada a la del documento.

El lugar de emisión, tiene importancia determinante para la validez de la letra, su omisión la invalida (última fracción del art.). En el derecho internacional (v. gr. Tdo. Mvo. art. 26), tiene importancia para determinar si en la forma de su emisión y vicisitudes, se han observado las reglas del lugar en que ellas se producen.

La precisión de la fecha, tiene importancia para determinar, en su caso, la capacidad del librador, si estaba concursado y, sobre todo, para conocer el vencimiento cuando se gira a días o meses de la fecha. Es un requisito esencial que debe figurar en el mismo documento, y sin fecha no hay letra de cambio (Fernández), aún cuando estén llenados los demás requisitos que el art. exige. Si en la letra se ha consignado una fecha imposible: 30 de Febrero, 31 de Septiembre, 34 de Octubre, o cuando consigna una anterior a la de su emisión, la letra se considera inexistente y,

por tanto inválida (Vivante). Si se deja la fecha en blanco, se presume autorizado al tenedor para llenarla en cualquier momento antes del vencimiento (art. 495). La fecha inserta en el documento no puede ser desconocida porque es requisito la indicación de la fecha, no su veracidad. La solución genérica del art. 494 in fine, no parece aplicable a la letra de cambio, si se considera la naturaleza propia de la especie letra de cambio.

La indicación de la suma a pagar, es requisito esencial. Debe ser en dinero y precisa. Las diferencias del valor consignado en letras y en números, no la invalida; se aplica el art. 496. La precisión supone que debe indicarse la moneda, cuya omisión quita valor cambiario a la letra (Vidari, Malagarrigas como cuando, por ejemplo, se dice: páguese la suma de la cuenta mil o de cincuenta mil billetes, sin más indicación cuando debiera decirse cincuenta mil pesos bolivianos o peso argentinos, según el lugar de pago que figura en la emisión. La ambigüedad en la indicación es subsanable, v. gr. una letra en pesos emitida en Bolivia para pagarse en el Perú (cuya moneda tiene otra denominación: sol) se interpretara lógicamente como girada en pesos bolivianos. Cuando se emplea denominación similar en diferentes países, sin precisar la nacionalidad, se considera referida a la del país donde la letra ha de pagarse: si se gira en francos (a secas) para su pago en Bélgica, no se ha de pretender cobrar francos franceses suizos, y debe pagarse en francos belgas.

Respecto del inc. 4), surge la cuestión de si puede girarse una letra en blanco (instituto de origen italiano según Messineo), es decir, sin indicar el nombre del tomador o beneficiario, esto es, la persona a quien debe hacerse el pago. El supuesto equivale a autorizar que la letra prácticamente pueda circular como si fuera redactada al portador (Fernández), ya que se transmite con la simple entrega. La posibilidad tiene asidero en la previsión del art. 495 (v. la anot. respectivas mientras la prohibición del art. 543 (infra) se refiere al giro de letras al portador, no a las que puedan girarse en blanco respecto del tomador, que en el momento de cobrarla necesariamente debe ser llenada.

La indicación del nombre del girado y su dirección, es requisito esencial y su omisión hace inexistente la letra. Girado es la persona a quien el girador o librador da orden de pagar la letra; una vez que ha aceptado se llama girado - aceptante (en la práctica, simplemente aceptante). El girado puede ser una persona individual o colectiva, en el segundo caso se señala la razón social o la denominación, según doctrina uniforme. Algunos autores tratan de la letra con el nombre del girado en blanco, lo que importa autorizar al endosante para insertarlo: la solución generalmente admitida, se inclina por reconocer validez al documento no como letra de cambio, sino como pagaré a la orden (Williams, cit. de Fernández), que es la solución que para el caso,

que puede considerarse incluido en las previsiones del art. 495, da la última fracción del art. en examen.

En la omisión del lugar de pago, se aplican las reglas de los arts. 494 (supra) y 542 (infra).

La fecha o época del pago, no es esencial. Si se la omite la letra es pagadera a la vista, que es como ha de entenderse para el caso en examen, la disposición del art. 494, in fine si no se menciona la fecha de cumplimiento, se tendrá como tal la de su entrega, además del art. 544, in fine, que expresamente señala que se considerara pagadera a la vista, la letra que no tenga vencimiento indicado.

La forma de vencimiento, debe ser cierta y precisa, establecida necesariamente en alguna de las cuatro formas señaladas por el art. 544 (infra), y única porque el ordenamiento nacional no admite, como el derecho inglés (Spinelli, cit. de Fernández), v. gr. vencimientos parciales escalonados.

La fecha de vencimiento es inmodificable para el girado: o acepta pagar en la fecha ordenada por el librador o niega su aceptación (art. 556: incondicionalidad de la aceptación).

Finalmente, la firma, obviamente, es el requisito esencial de primera magnitud. Sin la firma del librador no se concibe una letra de cambio. No se requiere que sea personal, puede serlo de su representante o apoderado, siempre que actúe dentro de sus facultades que deben constar en poder especial. La firma debe ser manuscrita y la permisión del art. 493 in fine, no tiene aplicación en las letras de cambio.

La ley no menciona la enunciación de valor recibido, valor en cuenta o valor entendido, que aún se exige en algunas legislaciones (v. gr. la argentina) y que uniformemente la doctrina moderna la considera innecesaria para la validez de la letra. Además, se estima que es una exigencia contraria al carácter abstracto de la cambial, porque da lugar a la causa (valor recibido) por cuya virtud se emite (Fernández).

En la práctica puede expedirse simultáneamente en varios ejemplares, con número de orden o expedirse como primera, para emitir antes del vencimiento otros ejemplares. Algunas legislaciones reglamentan el caso expresamente (en el c. mtl. abrg., el art. 359), pero, en general, no tiene relevancia para la validez de la letra.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Las letras como documentos de crédito, facilitan toda clase de transacciones económicas, tengan valor comercial o civil según las leyes vigentes" (G.J. N° 1292, p. 24).
- 2.- "Falta causa y consiguientemente validez a la letra de cambio proveniente de una deuda contraída en juego de azar, porque es una obligación con causa ilícita" (G.J. N° 1308, p. 66).
- 3.- Véase los casos Nos. 1 del art. 9 y 2 del art. 523.

ARTÍCULO 542.- (Lugar de expedición - Omisión del lugar de pago). La letra de cambio puede girarse de una plaza comercial a otra o en una misma plaza.

Si en la letra se omite el lugar del pago, se tendrá por tal el del domicilio o residencia habitual del girado.

Preced: c. mtl. abrg. 349 -

Conc: c. com. 494 -

Ya no es obligatorio que la letra de cambio se gire de plaza a plaza, como lo era antes por virtud del art. 349 del c. mtl. abrg., en cuyo supuesto era indispensable conocer aquella en que se libraba. En la práctica se simulaba ese conocimiento, extremo que podía fundar excepciones y litigios. Téngase en cuenta lo dispuesto por el art. 554.

ARTÍCULO 543.- (Letra al portador). La letra girada al portador no produce efectos de letra de cambio.

Conc: c. com. 539 -540-

Esta exclusión, más que a razones de orden jurídico y económico, responde a la doctrina tradicional europea, diversa en este punto de la práctica angloamericana que admite las letras al portador. No es correcto equipararlas a la moneda de papel para justificar la prohibición; tampoco la débil garantía que puede ofrecer la explica, porque es una cuestión que debe dejarse librada al criterio de los propios interesados que podrán o no recibirlas según les convenga, según casos y circunstancias (Lyon Caen y Renault, Malagarriga, Fernández).

ARTÍCULO 544.- (Modalidades de giro de las letras). La letra de cambio puede ser girada:

- 1) A la vista;
- 2) A días o meses vista;
- 3) A días o meses fecha;

4) A fecha fija.

Se considera pagadera a la vista la letra de cambio cuyo vencimiento no está indicado en su texto o contenga formas de vencimiento distintas a las señaladas.

Si se señala el vencimiento para principios, mediados o fines de mes, se entiende por estos términos los días primero, quince y último del mes correspondiente.

Las expresiones de "una semana", "dos semanas" o "medio mes", se entienden, no como una o dos semanas enteras, sino como plazo de ocho o de quince días efectivos, respectivamente.

La letra de cambio girada a uno o varios meses fecha o vista, vence el día correspondiente al de su expedición o a presentación del mes en que deba efectuarse el pago. Si este mes no tuviera día correspondiente, la letra vence el día último de dicho mes.

Precd: c. mtl. abrg. 370- 371 a 375 -

Conc: c.c. 1486 a 1489 - c. com. 541, 6) - 545 - 550 -551-552-599-

A lo dicho sobre la materia al tratar el inc. 6) del art. 541, cabe agregar que el vencimiento ha de expresarse en la letra, porque el consignado en documento separado carece de valor cambiario (Vivante). Debe estar consignado en forma: precisa. Es determinado cuando se señala la fecha fija; determinable cuando se señala a tantos días o meses fecha; indeterminable cuando el día del pago no está fijada en el momento de la emisión, como es el caso de las letras a la vista o a días o meses vista. Pero, aún el vencimiento indeterminable es preciso, no impreciso como sería el caso del vencimiento que se deja librado a la realización de un evento incierto o a fecha ignorada, como el día del nacimiento, el día del matrimonio o de la muerte de determinada persona.

Debe fijarse el vencimiento en un día, no en un lapso que pueda comprender varios días o meses, dentro del cual pudiera el girado efectuar el pago (Vivante, Fernández) y debe ser único, lo que excluye los vencimientos parciales o escalonados (v. anot. al art. 541).

Por lo demás, los supuestos que señala el art. son perfectamente comprensibles, con la advertencia de que en el caso de que el mes no tuviera día correspondiente, en las letras libradas a uno o varios meses fecha (ultima fracción del art.) la letra vence el día último de dicho mes, extremo sólo aplicable al mes de Febrero, sea o no bisiesto el año. Para la computación de los plazos ha de tenerse en cuenta, la concordancia de esta disposición con las de los arts. 1486 a

1489 del c.c. sobre computación del tiempo. Esta fracción final del art. no altera las consecuencias sobre la fecha imposible señaladas en la anot. al art. 541.

ARTÍCULO 545.- (Vencimiento). El vencimiento de una letra a días o meses vista, se determina por la fecha de aceptación; la girada a días o meses fecha, por la fecha de su giro.

Precd: c. mtl. abrg. 372 - 373 -

Conc: c. com. 541 - 544 -

Los plazos por días se computan desde el día siguiente al del comienzo, según el art. 1488 del c.c., que es la ley de fondo y se aplica al caso. Esto es, si la aceptación en las giradas a días o meses vista o la fecha de emisión de la girada a días o meses fecha, es el 5 de determinado mes, el plazo empieza a computarse desde el día 6.

Si el vencimiento se señala a uno o más meses y medio, o uno o más meses y tantos días, fecha o vista (caso no previsto en el Código, pero si en otras legislaciones, v. gr. art. 41 de la ley cambiaria italiana), se computa primero los meses enteros y después el medio mes o los días (Vivante, Messineo, Fernández), porque si se computara comenzando por los días y siguiendo con los meses, el resultado sería diverso. Por ejemplo: en una letra girada el 20 de Febrero a un mes y diez días, computando primero el mes vence el 30 de marzo y si se comienza el cómputo con los días, vence el 1 o 2 de Abril, según que sea o no año bisiesto.

ARTÍCULO 546.- (Letra de cambio a la orden del mismo girador). Las letras de cambio pueden girarse a la orden del mismo girador. En este caso adquiere además la calidad de tenedor.

Precd: c. mtl. abrg. 353 -

Conc: c. com. 541-

Importa la acumulación del carácter de librador y de librado o girado en una misma persona, cuya utilidad esta, según Messineo, en la posibilidad de girar sobre una propia filial o por la filial sobre el establecimiento principal. Es cuestión discutida en la doctrina. Unos autores la aceptan y consideran que hay letra de cambio (Persil, Ascarelli); otros conceptúan que si bien el documento es valido no es letra de cambio sino pagaré, porque el suscriptor se obliga directamente hacia el tomador (Lyon-Caen y Renault, Vidari, cit. de Fernández). Las legislaciones también están divididas. Siguen el primer criterio las de Panamá, Venezuela, y el Código según este art. en examen. Sigue el segundo, la ley inglesa. Fernández, con buen criterio, observa que la discusión doctrinal y la diversidad legislativa sobre si es letra de cambio o pagaré,

el supuesto del art., carece de importancia habida cuenta que los pagarés a 13, orden están sujetos a las disposiciones relativas a la letra de cambio (arts. 596 y 599).

ARTÍCULO 547.- (Lugar para el pago). El girador puede señalar como domicilio o residencia, cualquier lugar determinado para el pago de la letra; quien pague allí, se entenderá que lo hace por cuenta del principal obligado.

Si en la letra se señalan varios lugares para el pago, el tenedor podrá exigirla en cualesquiera de ellos.

Conc: c. com. 541, 5) -554-573-

La indicación del lugar de pago en la letra de cambio es requisito de la misma, según el inc. 5) del art. 541. Pero no es esencial y omitido dicho requisito, se aplica el art. 542, que en el supuesto, resulta lugar de pago el del domicilio del girado.

En la práctica, se menciona el lugar del pago, con la cláusula pagadera en... Cuando el librador señala varios lugares para el efecto alternativamente, el tenedor elige uno de ellos, según doctrina uniforme. Si el señalamiento se hace en forma conjunta, el pago puede exigirse y efectuarse el protesto, en su caso, en cualquiera de los lugares señalados, también a elección del tenedor según el art. Se ha discutido sobre el punto. Algunos consideran cuando la indicación es conjunta que el protesto debe hacerse en todos los lugares (Thol, cit. de Fernández); otros que debe prevaler el lugar indicado en primer lugar (Borsari, cit. ibidem); hay quienes estiman que la letra con pluralidad de lugares de pago es nula (Berstein, Staub, cit. ibidem). Vivante, hace una discriminación: si la elección corresponde al acreedor, es válida la letra (caso del art. en examen), en el supuesto contrario la letra sería nula. Esta permisión contenida en el art., para que el girador pueda señalar uno o varios lugares como domicilio para el pago, importa lo que en la doctrina se llaman letras domiciliadas (v. la anot. al art. 554).

ARTÍCULO 548.- (Responsabilidad del girador). El girador es responsable de la aceptación y del pago de la letra. Toda cláusula que lo exima de esta responsabilidad, se tendrá por no escrita.

Precd: c. mtl. abr£. 352- 358 -

Conc: c. com. 550-564- 577-641 -

Por el hecho de girar la letra, el librador asume la responsabilidad que señala el art. Por la falta de aceptación, no puede exonerarse de la responsabilidad con la cláusula sin garantía por la

aceptación, permitida en otras legislaciones (v. gr. Ley cambiaria italiana, art. 13), porque el art. no contiene excepción al respecto y expresamente determina la responsabilidad por falta de aceptación como de pago.

La responsabilidad por falta de pago, es una disposición imperativa y ninguna otra le permite exonerarse de ella, por lo que se considera inadmisibles y como no escrita o no puesta toda cláusula dirigida a tal exoneración. El uso de cualquiera cláusula de exoneración de la responsabilidad del librador (v. gr. sin garantía) es incompatible con la naturaleza de la letra de cambio y con el rigor cambiario y hasta con la esencia de la obligación del librador (Fernández). El libramiento de la letra implica orgánicamente que el librador prometa y garantice el pago, aunque sea no por obra de el sino del girado, responsabilidad que, siendo de garantía, es de regreso (art. 581), una vez que por ley (art. 550) el obligado principal es el girado (Messineo).

JURISPRUDENCIA

"Es de la responsabilidad del librador (girador) de una letra de cambio efectuar la provisión oportuna de fondos" (Lab. Jud. 1972, p. 102).

ARTÍCULO 549.- (Documentos contra aceptación o pago). La inserción de cláusulas "documentos contra aceptación " o "documentos contra pago" o de sus abreviaciones D/a. o D/p. en el texto de una letra de cambio a la que se acompañen documentos, obligará al tenedor de la letra a no entregar los documentos sino mediante la aceptación o pago de la misma.

Las "aceptaciones negociables", "aceptaciones comerciales" o "aceptaciones bancarias", se rigen por las disposiciones de este Título.

Conc: c. com. 550-564-

SECCIÓN II

ACEPTACIÓN

ARTÍCULO 550.- (Efectos de la aceptación). Por el hecho de la aceptación, el girado se convierte en principal obligado y debe pagar la letra a su vencimiento sin necesidad de previo aviso, aún cuando el girador hubiera fallecido, quebrado o declarado interdicto, y carecerá de acción cambiaria contra este y los demás firmantes de la letra.

Las letras expedidas a la vista no necesitan de aceptación.

Precd: c. mtl. abrg. 388-392-

Conc: c. com. 544, 1) -548-549 -555 - 556- 557-572-574-596-702-718-1340-

La aceptación es el acto por el cual el librado o girado declara con su firma, que admite el mandato que se le impone en la letra de pagarla al vencimiento, según una antigua definición española, actualizada por Rodríguez. Por la aceptación, el librado que hasta ese momento no es un obligado cambiario, se convierte en los términos del derecho cambiario en el obligado principal de la misma. La firma del aceptante, constituye al sujeto pasivo de la obligación principal; sin ella, aún estando completa la letra a los fines del art. 541, no surge el obligado principal de la obligación cambiaria (Angeloni, Messineo).

Es un acto jurídico unilateral de naturaleza cambiaria, necesariamente escrito, que debe constar en el documento, que obliga al aceptante a pagar en los términos precisos y rígidos que la ley señala. Rodríguez, agrega una característica a la aceptación: su accesoriedad, atendido el hecho de que presupuesto esencial para que ella se produzca es la previa existencia de la letra, la cual aún sin aceptación crea ciertas obligaciones cambiarias e incluso puede ser pagada por el propio librado sin previa aceptación (en las letras emitidas a la vista no se requiere aceptación, según el art. in fine), y finalmente la falta de aceptación no impide el ejercicio de varias acciones cambiarias típicas. Sin embargo, la práctica también enseña que muchas empiezan con la aceptación por cantidad y fecha dadas, pero con los demás requisitos en blanco, lo que muestra que la accesoriedad de la aceptación no es una característica definida de la letra de cambio. Messineo, por el contrario, indica el de la aceptación, como el momento culminante, por cuya virtud, de orden de pago del girador, la letra, se transforma en promesa de pago del girado-aceptante y observa que sin la aceptación la letra no sería utilizable como tal y carecería de algunas prerrogativas cambiarias, lo que no concilia con un carácter accesorio.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Al aceptante de una letra de cambio, la única excepción que se le puede admitir es la de falsedad de la letra" (G.J. N° 1297, p. 50).
- 2.- "Las letras aceptadas como garantía contra fallas de una determinada actuación funcionaria (gestión de caja en negocio comercial), no importan obligación subsistente ni ejecutable, cuando no se ha dado la circunstancia prevista bajo cuya condición se suscribieron" (Lab. Jud. 1976, p. 121).
- 3.- "Los tribunales de grado han declarado probada la demanda, con estricta sujeción a la ley y valorando la prueba con la facultad privativa que ella les confiere, de que el Banco demandado

recibió la letra de cambio cuestionada y que no la devolvió directa ni indirectamente a la firma actora, lo que importa que se retiene hasta el presente ilegalmente el documento que le fue confiado para que llene el requisito del endoso" (G.J. N° 1599, p. 107).

4.- "Conforme al art. 392 del c. mtl. abrg. aplicable por lo dispuesto en el art. 5° de las disposiciones transitorias del c. com. vigente, el aceptante de una letra de cambio está obligado a pagarla a su vencimiento sin que pueda admitírsele otra excepción que la falsedad de la letra, como tiene establecido la uniforme jurisprudencia nacional" (Lab. Jud. 1978, p. 108).

ARTÍCULO 551.- (Término de presentación para aceptación de letras a días o meses vista). Las letras giradas a días o meses vista, serán presentadas para su aceptación dentro del año que siga a la fecha de la letra.

Cualesquiera de los obligados puede reducir el plazo de presentación para su aceptación, si lo consigna así en la letra. En la misma forma, el girador puede además ampliar el plazo y aún prohibir la presentación de la letra antes de determinada fecha.

La letra no presentada en los plazos anteriores no abre la acción cambiaria.

Precd: c. mtl. abrg. 386 -

Conc: c. com. 544 - 570 -

Según el art., la obligación de presentación en los casos a que se refiere el mismo, emana de la ley o de la convención voluntaria de las partes. En el primer caso, la presentación debe hacerse dentro del año siguiente a la fecha de la letra. La razón de la disposición radica en que tratándose de letras a días o meses vista, su vencimiento se fija a partir de la aceptación (art. 545), que tiene su punto de arranque justamente en el momento de la presentación, sea que se la acepte, sea que se rehúse la aceptación (art. 554, i.f., que en algunas practicas foráneas se estila hacerlo insertando la frase visto pero no aceptada: Rodriguez) o que se levante el protesto.

La determinación de plazo convencional o voluntaria para la presentación, excluye la presentación dentro del plazo señalado por la ley (un año), que debe hacerse en el que substituye a este, fijado por el librador, que es el único que puede ampliar el plazo legal, o por cualquier obligado, incluido el librador, que puede designar un plazo menor al legal. El plazo así señalado, obliga a quien lo establece y a los obligados ulteriores.

La falta de presentación en el plazo legal o en el señalado por alguno de los obligados, hace perder la acción cambiaria del tenedor contra todos los obligados o contra el obligado que modificó el plazo legal y los posteriores a el.

ARTÍCULO 552.- (Término de presentación para aceptación de letras a fecha fija o días o meses fecha). La fecha de presentación para aceptación de letras giradas a fecha fija o días o meses fecha es potestativa; pero el girador, si así lo indica en el documento, puede convertirla en obligatoria y señalar un plazo para que la aceptación se haga efectiva.

El girador puede asimismo prohibir la presentación antes de una época determinada, si lo consigna así en la letra. Cuando sea potestativa la presentación de la letra el tenedor podrá hacerla a más tardar el último día anterior al del vencimiento.

Precd: c. mtl. abrg. 379-

Conc: c. com. 544-570--

La presentación en los supuestos del art. es siempre obligatoria. Fije o no una fecha determinada el librador para el efecto, o la prohíba antes de cierta época, la presentación ha de hacerse de todas maneras a más tardar el último día hábil anterior al del vencimiento (2ª fracción del art. i.f.). Lo que realmente es potestativa es la facultad del librador para señalar o no un plazo para la presentación y, en su defecto, la del tenedor que pueda hacerla efectiva cuando le plazca, pero hasta un día antes del vencimiento, perdiendo la acción cambiaria si así no lo hace, por aplicación extensiva y analógica de la consecuencia de falta de presentación en los plazos debidos que señala el art. anterior, porque alguna consecuencia ha de tener si el tenedor no observa la obligación legal de presentar este tipo de letras para su aceptación siquiera un día antes de su vencimiento. Lo contrario, haría de la norma un precepto inútil y carente de razón, porque la aceptación tiene que ser hecha antes del vencimiento y una aceptación posterior es un contrasentido (Rodríguez).

ARTÍCULO 553.- (Lugar de presentación para su aceptación). La letra debe ser presentada para su aceptación en el lugar y dirección designados en ella. A falta de indicación de lugar la presentación se hará en el establecimiento o en la residencia del girado. Si se señalaran varios lugares el tenedor puede escoger validamente cualquiera de ellos.

Conc: c. com. 541, 5) -

El art. habla de lugar y dirección. El primero equivale a la localidad (ciudad, población, municipio), en la que el girado tiene su domicilio (local, vivienda u oficina sito en esa localidad), que es al que se refiere el art. cuando habla de dirección.

Faltando indicación del lugar, de la dirección, o de ambos elementos, la presentación se hace en el domicilio o la residencia del girado, para cuya determinación ha de tenerse en cuenta las

disposiciones de los arts. 24 y 55 del c.c., relativos al domicilio de las personas individuales y colectivas. La indicación de varios lugares, que puede ocurrir conforme prevé el supuesto del párrafo II del art. 55 del c.c., deja a elección del tenedor uno de esos lugares para la presentación.

Por consecuencia de dichas reglas, una presentación hecha al girado en lugar diverso del debido, es presentación mal hecha, que puede fundar una excepción justificada.

JURISPRUDENCIA

"La letra de cambio debe ser presentada para su aceptación a la persona contra la que ha sido girada" (G.J. Nº 1616, p. 35)

ARTÍCULO 554.- (Indicación del lugar de pago). El girado, en el momento de aceptar la letra, puede señalar una dirección dentro de la misma plaza comercial donde deberá serle presentada para su pago.

Conc: c. com. 541, 5) -573-547-

Este art. tiene estrecha relación con el 547. Ambos tratan de lo que la doctrina llama letras domiciliadas, que son aquellas en las que se designa una dirección distinta de la señalada para el librado y que incluso puede ser una localidad diversa de la de este (art. 547).

De acuerdo a estas dos disposiciones, la domiciliación puede ser hecha por el girador (art. 547), quien puede señalar para el pago el lugar o la residencia específica, así fuere de un tercero, en el mismo lugar del domicilio del girado o en otro. Se dice que este tipo es de domiciliación completa (Rodríguez), cuando se señala el nombre del titular del domicilio y la dirección del mismo, y simple o incompleta, cuando solamente consta el domicilio o la dirección. La facultad reconocida al girador, puede también manifestarse en la indicación para el efecto, de su propio domicilio o dirección.

La domiciliación hecha por el girado o aceptante, a tiempo de la aceptación, a que se refiere este art., sólo puede hacerse en la misma plaza comercial donde deberá serle presentada la letra para su pago. Esta facultad reconocida al girado, tiene su importancia práctica, dice Rodríguez, porque regularmente los comerciantes para no mantener fondos en cantidad considerable en sus establecimientos o domicilios, se sirven del servicio de caja de instituciones bancarias que,

en determinadas condiciones, hacen efectivos los documentos que su cliente presenta o hace presentar para su pago.

Ahora bien, si el girador ha señalado domiciliación completa, esto es, persona y dirección, para el pago y a su vez el girado señala domiciliación en el lugar designado por el girador, la ley no dice en cual domicilio se hará el pago. Dadas las razones practicas de la facultad reconocida al girado, ha de entenderse que el pago se hará en el lugar designado por el girador, pero en la dirección que en esa plaza haya señalado el girado. Esta indicación puede hacerla el girado aún respecto de una letra domiciliada por el girador en lugar diverso al de su residencia o domicilio.

ARTÍCULO 555.- (Constancia de la aceptación). La aceptación se hará constar en la letra misma mediante la palabra "acepto" u otra equivalente, la fecha y la firma del girado. La sola firma es suficiente para que la letra se tenga también por aceptada.

Si se omite indicar la fecha de aceptación el mismo tenedor puede consignarla.

El girado debe aceptar o rehusar la aceptación de la letra, en el mismo momento en el cual el tenedor la presente con este objeto, y no puede retenerla en su poder bajo ningún motivo.

Precd: c. mtl. abrg. 387 - 388-

Conc: c. com. 550-569-722-

Es regla universal del derecho cambiario que la aceptación conste en el mismo título y constituye una aplicación del concepto de completividad de la cambial (Fernández, v. la anot. al art. 541, punto b, de los caracteres de la letra de cambio). Una aceptación hecha fuera de la letra, carece de valor para generar obligación cambiaria alguna, y apenas puede considerarse obligación de derecho común.

La palabra acepto o aceptada, no importa ya una fórmula sacramental, como en el c. mtl. abrg. (art. 388; v. el caso de jurisprudencia N° 2 infra) y puede emplearse cualquier expresión equivalente: conforme, pagaré, visto, etc., e inclusive puede no usarse ninguna, ya que, según el mismo precepto (primera fracción i.f.) la aposición de la sola firma, sin otra indicación, ni el de la fecha que puede ser consignada por el tenedor, es suficiente para que la letra se tenga por aceptada.

La firma debe ser autógrafa o manuscrita. Tratándose de casas de comercio, además de la del representante autorizado, el sello de la firma o razón social. El uso del facsímil permitido para la

emisión de títulos en serie (art. 493, in fine), previa autorización del organismo administrativo competente, no tiene aplicación para las letras de cambio.

El art. no establece en que parte de la letra debe ser estampada la aceptación, como lo señala para el aval (art. 559) y como lo hacen otras legislaciones (v. gr. la suiza), que la exigen en el anverso. La práctica ha impuesto que se la haga en el anverso, para evitar confusiones con los endosos que regularmente van al reverso. Pero, hecha en forma inequívoca, puede también aparecer en el reverso. En la legislación italiana (art. 30, Ley cambiaria), para que la sola firma (sin otro detalle ni de fecha) constituya aceptación, debe ser estampada en el anverso.

El art. no señala la consecuencia que emana de la retención indebida de la letra por el girado, en inobservancia de su preceptuación contenida en su fracción tercera. Otras legislaciones (v. gr. la argentina, art. 644, c. com.), hacen responsable al girado de su pago como si la hubiera aceptado. En la doctrina argentina se discute los alcances de esta consecuencia. Para unos no tiene efectos cambiariamente, sino extracambiarios sujetos al derecho común (Obarrio, Fernández); para otros sí los tiene (Malagarriga).

La sección que se examina, no contiene disposición con. creta respecto de la aceptación cuando hay pluralidad de girados, o sea cuando en una misma letra aparecen varios librados. El c. com. argentino (art. 655, 2ª parte) establece que si los nombres de los girados, siendo varios, están ligados por la conjunción y, la aceptación debe ser dada por todos y en caso de estar separados los nombres por la conjunción (alternativa) o, el primero será considerado como girado y los otros en su defecto, a quienes deberá requerirse la aceptación en el orden establecido en la letra.

La solución que da la regla de derecho comparada señalada, puede aplicarse, si en la práctica se presenta un caso semejante, por razones lógicas conformes con los principios generales de derecho.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "No tiene fuerza ejecutiva la letra aceptada sólo mediante impresiones digitales, porque estas no pueden substituir la firma y rubrica, del obligado, una vez que requieren previa comprobación por los medios legales (técnico - legales, más bien); no pudiendo entretanto justificar un solvendo (intimación de pago)" (G.J. Nº 1203, p. 12).
- 2.- "Las letras de cambio que no llevan necesariamente la palabra sacramental acepto carecen de fuerza ejecutiva, porque son nulas según el art. 388 del c. mtl." (Lab. Jud. 1978, p. 53).

ARTÍCULO 556.- (Incondicionalidad de la aceptación). La aceptación es incondicional pero puede limitarse a cantidad menor a la expresada en la letra.

Cualquier otra modalidad introducida por el aceptante equivale a negativa de aceptación pero aquel queda obligado conforme a los términos de la declaración que haya suscrito.

Precd: c. mtl. abrg. 391

Conc: c. com. 550 - 580 -

La aceptación debe ser incondicionada. Todo lo que puede hacer el girado (además de domiciliar la letra para los fines del pago, según el art. 554), es limitar su aceptación a cantidad menor, o sea a una parte de la cantidad en ella consignada. Esto supone una aceptación parcial válida, que circunscribe la obligación que el girado asume (Messineo). La parte no cubierta puede ser objeto de protesto (art. 569).

Aparte los casos indicados, que son los previstos por la ley, la aceptación como declaración cambiaria no admite más condiciones. Toda otra modalidad condicionante, se estima negativa de aceptación, pero deja obligado al girado, cambiariamente en los términos de la declaración que efectúa.

La incondicionalidad impuesta en el art., implica la exclusión de condiciones, en el sentido más amplio y propio, como modalidades que aparten o tiendan a apartar la aceptación de los límites precisos que resultan del texto de la cambial.

Puede hacerse una aceptación por mayor cantidad de la indicada en la letra, caso en el cual esta vale por el importe que consigna el libramiento, no la aceptación (Rodríguez).

ARTÍCULO 557.- (Inalterabilidad de la obligación del aceptante). La obligación del aceptante no se alterará por quiebra, interdicción o muerte del girador aún en el caso de que haya acontecido antes de la aceptación.

Precd: c. mtl. abrg. 392 -

Conc: c. com. 550 -

El art. alude sólo a una consecuencia de la irrevocabilidad de la aceptación. Al efecto, puede señalarse dos sistemas: a) el que no admite retractación una vez firmada la aceptación (c. com. argentino art. 639), así no se haya devuelto aún la letra y, b) el que admite la retractación

mediante tacha de la aceptación antes de restituir el título, seguido por la Ley uniforme de Ginebra de 1930 y algunas legislaciones (v. gr. la italiana, art. 34 Ley cambiaria y art. 100 de la Ley de títulos y operaciones de crédito mexicana).

Ha de considerarse que el Código no admite la retractación, por aplicación del principio general contenido en el art. 498, sobre la eficacia del título - valor.

SECCIÓN III

AVAL

ARTÍCULO 558.- (Concepto). Mediante el aval se puede garantizar en todo o en parte el pago de una letra de cambio. Esta garantía puede otorgarla un tercero o cualquier endosante de la letra, excepto el girador.

Precd: c. mtl. abrg. 409 -

Conc: c. com. 599-902-

Según los principios predominantes del derecho cambiario que informan el sistema del Código, y aún cuando se le asigna como fundamento una función de garantía, el aval es un acto jurídico unilateral, abstracto, completo, de naturaleza cambiaria y de estructura propia, que obliga en forma autónoma, distinta y personal a quien le otorga (avalista) por el pago de la obligación cartular.

El aval está admitido en la legislación general. Las leyes inglesas y estadounidenses, reglamentan un instituto análogo, aunque no exactamente igual, denominado security (Fernández). En cuanto al origen de la palabra, Malagarriga anota la diferencia que se da en las opiniones vertidas sobre el particular. Para Littre significa metafóricamente abajo por el lugar en que generalmente se ubica la firma del avalista (debajo de la del aceptante); para Couder no es más que una unión apocopada de a valer y para Lyon - Caen y Renault, deriva de ad valorem.

Es un instituto del derecho cambiario con características propias, que no se confunden con las de análogos institutos del derecho común, en cuyas figuras clásicas, como la fianza, no encuadra, ni con el agregado de sui generis que algunos autores utilizan (Lyon - Caen y Renault, Dalloz, Vidari, cit. de Fernández). La doctrina alemana e italiana predominante (Thol, Kuntze, Bolaffio, Bonelli, cits. de Fernández y Malagarriga, y también Messineo), conceptúan el aval conforme a la noción dada al empezar esta anot., que se ha formulado combinando los conceptos de los autores que siguen esa doctrina.

Se dan notas distintivas acentuadas entre fianza y aval. La fianza se otorga en favor de determinada persona en consideración de motivaciones subjetivas (art. 916, c.c.), el aval es objetivamente garantía del pago de todo o parte de la letra, aún independientemente de que la obligación garantizada resulte nula por cualquier causa (c. com. art. 561), mientras la fianza no tiene eficacia sino cuando la obligación principal es legítima y válida (c.c. art. 918). La fianza supone un solo vínculo con dos deudores (c.c. art. 925), el aval implica dos vínculos obligatorios. El fiador se libera si se extingue la obligación principal (c.c. art. 939), el avalista no (c. com. art. 561).

Igualmente no hay asimilación posible con la fianza mercantil, con la cual la diferencia esencial radica en que, si bien esta es solidaria, el fiador está autorizado para exigir demanda previa contra el deudor si así se ha pactado (art. 906, c. com.), mientras que el avalista puede ser demandado al pago sin previa acción contra el avalado (art. 561, c. com.).

Rodríguez, señala que tampoco puede equipararse al avalista con el coobligado cambiario; si uno de estos paga, sólo tiene contra sus coobligados una acción no cambiaria para obtener un pago proporcional (art. 505 y c.c. art. 440), mientras que el avalista que paga, para reembolsarse tiene la facultad de ejercer todas las acciones cambiarias derivadas de la letra habida cuenta lo dispuesto por el art. 563, que lo considera como tenedor cambiario de la letra.

La accesoriedad del aval es solamente formal, en el sentido de que sea formalmente válida, mientras la fianza es sustancialmente accesorio, dice Messineo, por lo que esta no goza del régimen privilegiado de la obligación cartular (documental), que gobierna básica y particularmente el aval.

El aval puede ser otorgado por un tercero o por cualquier endosante. Pero no por el girador dice el art., y ha de agregarse ni por el aceptante (Vivante), porque tanto girador como girado - aceptante, están ya obligados como tales respecto de todos aquellos hacia los cuales podrían obligarse con el aval, El endosante, puede dar aval por un endosante anterior, por el librador o por el aceptante; agrava su situación, pero no aumenta en realidad las garantías para el portador o tenedor (Fernández), que con o sin tal aval (del endosante), ya posee acción cambiaria contra el endosante.

ARTÍCULO 559.- (Forma de hacer constar el aval). El aval debe constar en el anverso de la letra misma o en hoja adherida a ella y se expresará escribiendo "por aval" u otra expresión equivalente, con la firma del avalista. La sola firma puesta en la letra, cuando no se le pueda atribuir otro significado, se entiende por aval.

Precd: c. mtl. abrg. 410-

Conc: c. com. 599-902- 1438 -

No es una exigencia ad probationem, sino ad solemnitatem, la del art. No existe aval si no consta por escrito. Debe constar en el anverso del documento si se otorga en la misma letra, o en otra hoja adherida a ella, que no es documento extraño o separado sino parte integrante del título al que va adherido, como en el caso de los endosos (v. anot. al art. 522).

Como el c. mtl. abrg. (art. 410), otras legislaciones (v. gr. la argentina, c. com. art. 680; la ecuatoriana, la uruguaya, cit. de Fernández), permiten extenderlo en documento separado, según las costumbres comerciales locales que prefieren ese sistema para no afectar la circulación de la letra, porque se supone que el aval revela poca confianza en la solvencia del avalado.

El uso de la palabra aval no es fórmula taxativa. Se puede acudir a otra expresión equivalente: fiador, garante, vale por \$..., y se entenderá que se trata de aval. Si se ha omitido la locución respectiva, la mera firma, puesta en el anverso de la letra únicamente (lo que excluye el papel adherido), se entiende por aval. Si aparece en la letra la firma del librado sin más indicación, hay aceptación; la firma de un tenedor sin más indicación importará endoso, y una firma sin indicación aclaratoria, de quien no aparece antes en la letra, se reputara aval. Es lo que quiere significar el art. en la locución cuando no se le puede atribuir otro significado.

También debe expresar el aval por cuenta de quien se otorga. Puede darse, por el girado, por el girador, por el endosante e inclusive por otro avalista (Messineo). Si no se ha expresado quien es el avalado, se considera dado para todos los obligados al pago: librador, aceptante y todos los firmantes posteriores: endosantes y sus eventuales avalistas (art. 562).

Puede firmarse el aval en el mismo momento de la creación de la letra por el librador o de la aceptación por el librado o en el momento del endoso. La validez del aval no depende del momento en que se le pone, sino del hecho de ponerle y del modo cómo se haga (Messineo).

En cuanto al lugar, no hay exigencia específica de la ley. Por lo regular, cuando se avala una firma determinada, el aval se coloca inmediatamente debajo de ella, se supone que ha sido dado en el mismo lugar, pero esa proximidad no importa que, para los fines del art. 562, se haya dado el aval por la persona cuya firma le antecede, porque esa determinación tiene que ser expresa.

ARTÍCULO 560.- (Alcance del aval). El aval sin especificación de cantidad se presume que garantiza el pago del importe total de la letra.

Precd: c. mtl. abrg. 411 -

Conc: c. com. 562-599-907-

Este art. permite limitar el aval, en cuanto a la cuantía y el 562 lo hace en cuanto a las personas. El c. mtl. abrg. (art. 411), como otras legislaciones (c. com. argentino art. 682), admiten además limitaciones en cuanto a tiempo y caso (modalidades condicionales), que las tendencias legislativas modernas rechazan porque contradicen el principio de la incondicionalidad de las obligaciones cambiarias (art. 556).

Si no hay especificación de cantidad, el aval es absoluto, esto es, impone la obligación de pagar el importe total de la letra. La limitación o aval parcial, por consiguiente, ha de ser expreso, señalando la cantidad por la cual se presta el aval, así como si no se señala expresamente las personas que se avala, se entiende otorgado para todos los obligados (art. 562).

ARTÍCULO 561.- (Obligación del avalista). El aval es siempre solidario y el avalista queda obligado en los términos que corresponderían formalmente al avalado, y su obligación es válida aún cuando la de este último sea nula por cualquier causa.

Precd: c. mtl. abrg. 410-

Conc: c.c. 435-c. com. 574-581 -589-906- 1316- 1438-

En realidad, la obligación que genera el aval, es, como se ha dicho, autónoma (independiente dice el art. 410 del c. mtl. abrg.) como toda otra obligación cambiaria (Messineo), por- -que el avalista asume una obligación cambiaria directa frente a cualquier tenedor legítimo de la letra y es por eso que se la declara solidaria (Rodríguez) con el sentido que señala el art. 435 del c.c., por cuya virtud el tenedor no tiene que proceder previamente contra el avalado, sino que puede dirigirse directamente contra el avalista, como puede dirigirse simultáneamente contra avalista y avalado, en virtud del vínculo solidario que les une.

La consecuencia de su autonomía, que la hace obligación válida, así no lo sea la del avalado, en realidad, supone una obligación independiente más que solidaria (v. la anot. al art. 558).

JURISPRUDENCIA

"La obligación del aval es independiente y puede perseguirse por separado, conforme dispone el art. 410 del c. mtl (561 del c. com.)" (G.J. N° 1315, p. 64).

ARTÍCULO 562.- (Indicación de la persona avalada). El aval que no mencione la persona avalada en caso de existir varios aceptantes, se presume que garantiza a todas y cada una de las personas obligadas al pago.

Preced: c. mtl. abrg. 411 -

Conc: c.c. 1318, II) - c. com. 560 - 599 -

Comprendido en las anots. a los arts. 559 y 560. La presunción que establece el art. es iuris et de iure, con la eficacia que señala el art. 1318, II) del c.c.

ARTÍCULO 563.- (Derecho del avalista). El avalista que pague adquiere los derechos de la letra contra la persona garantizada y contra los que sean responsables respecto de esta última por virtud de la letra.

Conc: c.c. 326, 3) - c. com. 599- 912 -

Se supone la existencia de un tenedor legítimo en vía directa, si era avalista del aceptante, y en vía de regreso si era avalista de cualquier endosante, del librador o de otro avalista de estos. Más, la facultad que confiere el art. al avalista, es procedente contra el avalado y los demás coobligados anteriores, no contra los posteriores, que pueden excepcionarse oponiendo al avalista su propia responsabilidad.

Si el avalista es del aceptante, sólo contra este puede repetir lo pagado. Para el ejercicio de sus acciones, al avalista le basta la posesión de la letra protestada. Todas las complicaciones que se suscitan en otras legislaciones, respecto del alcance del derecho del avalista que paga y de las características de la subrogación en los derechos del avalado, no tienen cabida en la actual reglamentación (como en el derecho mexicano, según anota Rodríguez), que expresamente, mediante el art. en examen, confiere al avalista que paga la posición de cualquier tenedor legítimo de la letra.

Siendo varios los avalistas, las relaciones entre ellos se sujetan al tipo de obligaciones que hayan asumido. Tratándose de coavalistas, el que haya sido obligado al pago, no tiene acción cambiaria de regreso contra los otros, sino la de simple repetición proporcional según el derecho común. En el caso del avalista de otro avalista, la relación entre ambos, es la que se da entre

avalista y avalado, sin que el avalista-avalado que paga, pueda accionar contra su avalista, puesto que este sólo garantizó que aquel (o cualquiera de los obligados anteriores) pagara la letra.

Independientemente de las consecuencias de orden cambiario examinadas, el avalista que paga la letra, puede tener acción extracambiaria frente al avalado (Messineo), cuando no ha sido absorbida por la acción cambiaria ejercitada con efecto positivo, que nace del hecho de haber asumido el avalista la deuda del aval y que, de ordinario, cuando se procede así con referencia a la relación fundamental entre avalista y avalado, cabe aprovechar el más largo término de prescripción (c.c. art. 1507), cuando se deja correr infructuosamente el que conceden para accionar cambiariamente contra el avalado u otro deudor, los arts. 589 y 590.

SECCIÓN IV

PAGO

ARTÍCULO 564.- (Término para la presentación). La letra de cambio pagadera a día fijo o a días o meses fecha o vista, debe ser pagada el día de su vencimiento. En caso de no pagarse, se la entregará al notario el tercer día hábil siguiente a la fecha de su vencimiento para su protesto.

De no indicar dirección, la letra debe presentarse para su pago en el establecimiento o residencia del girado.

La presentación de una letra a través de un Banco a la cámara de compensación, equivale a la presentación para el pago.

Precd: c. mtl. abrg. 376 -

Conc: c. com. 548-549-569-570-574-599-727-

El pago como prestación de dinero, que es propia del carácter de la letra de cambio, como orden de pago de suma determinada de dinero, (v. la anot. al art. 541), extingue la obligación cambiaria.

El pago se dice que es normal, cuando se hace por el librado-aceptante o no-al ser requerido para ello por el tenedor el día del vencimiento. Se dice que es anormal el hecho por persona distinta del librado; el realizado por este después del vencimiento, y el efectuado a persona que no sea el tenedor legítimo del documento. El pago anormal es voluntario, cuando es efectuado espontáneamente; forzoso, cuando es resultado de una ejecución judicial (Rodríguez).

La letra, para su pago, debe ser presentada oportunamente. Esa oportunidad, para las letras mencionadas en el art. se determina precisamente por el día del vencimiento. Está exceptuada de la presentación, por no estar mencionada en el art. la letra a la vista, la cual presentada para la vista, es presentada implícitamente también para el pago (Messineo), conforme disponen expresamente los arts. 544 (2ª fase) y 565. Pero; en este caso, esa presentación debe hacerse dentro del año siguiente a la fecha de la letra o dentro del que indique el girador que está autorizado a ampliar ese plazo legal (art. 565).

La presentación de la letra, al par que un poder es una carga para el tenedor (Messineo), en el sentido de que el deudor no está obligado a pagarla mientras no le sea presentada o exhibida, porque la letra de cambio, como todo título-valor es título de presentación y el tenedor está obligado a exhibirla (art. 497).

La presentación para el pago, no supone entrega de la letra, que se produce sólo cuando el pago se ha efectuado, caso en el cual la letra debe ser restituida, como recibo de finiquito a quien la paga (Messineo).

La presentación se la hace por el tenedor, por un apoderado debidamente facultado, inclusive por un notario de fe pública o mediante la cámara de compensación a través de un Banco. En la cámara de compensación tiene lugar el llamado riscontro en el derecho italiano (Messineo), esto es, comparación, cotejo, compulsión o verificación, por cuya virtud una letra, entrando en el mecanismo conjunto de la cámara, se paga por compensación, en lugar de pagarse mediante desembolso de numerario.

La presentación se hace en la dirección y lugar señalados en la letra y, en su defecto, en el establecimiento o residencia del girado. Ha de tenerse presente, las posibilidades previstas en los arts. 547 y 554.

JURISPRUDENCIA

Véase los casos Nos. 1 y 2 del art. 570.

ARTÍCULO 565.- (Letra a la vista). Las letras giradas a la vista deben pagarse a su sola presentación. La presentación para su pago debe hacerse dentro del año siguiente a la fecha de la letra. El girador podrá ampliar el plazo o prohibir la presentación antes de determinada fecha, pero dentro del plazo señalado.

Precd: c. mtl. abrg. 371-

Conc: c. com. 570 -

Comprendido en la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 566.- (Pago parcial). Después de vencida una letra, el tenedor no podrá rehusar un pago parcial del valor de la misma; en cuyo caso anotará en la misma letra el importe recibido y deberá protestarla por el saldo.

Precd: c. mtl. abrg. 403 -

Conc: c.c. 305, l)-c. com. 497-569-580-599-

Las nuevas corrientes legislativas admiten el pago parcial, 3 antes generalmente no permitido salvo consentimiento expreso del acreedor (v. gr. c. mtl. abrg. art. 403). Más que admitirlo, en realidad, obligan al acreedor a recibirlo y produce una liberación parcial del girado, hasta la concurrencia de lo pagado.

La evolución legislativa en el caso de la letra de cambio, se explica atendidos los gravámenes a que está sometido el deudor, razón por la cual la ley procura facilitar (favor debitoris) por todos los medios posibles su liberación, así sea parcial (Messineo).

De acuerdo al texto legal, la admisión obligatoria del pago parcial favorece a todos los obligados, pues aquel no hace discriminación entre estos, como ocurre en otras legislaciones que al único que favorecen es al librado (Rodríguez).

ARTÍCULO 567.- (Pago antes del vencimiento). El tenedor no podrá ser obligado a recibir el pago antes del vencimiento de la letra.

El girado que pague antes del vencimiento es responsable de la validez del pago, si resultara no haber pagado a persona legítima, bajo su exclusiva cuenta y riesgo.

Si el girado paga antes del vencimiento y se produce la quiebra del mismo, el tenedor de la letra restituirá a la masa común el importe recibido del quebrado.

Precd: c. mtl. abrg. 400 - 401 - 402 -

Conc: c.c. 313-c. com. 578-599-1198-1600, 2)

El art. se funda, desde luego, en que es factible la determinación del plazo en favor del acreedor (c.c. art. 313). En el derecho comercial, en las obligaciones cambiarias el término está establecido en favor de ambos sujetos de la obligación: acreedor y deudor. Por esa virtud el tenedor no está obligado a aceptar un pago anticipado al vencimiento y no cae por eso en mora (c.c. arts. 327 y 328) y el girado que lo hace, lo hace a su propio riesgo. Puede ocurrir que antes del vencimiento, la legítima tenencia de la letra este en discusión y si el apresuramiento del obligado hace que el importe de ella sea recibido por quien no es poseedor legitimado de la letra, por efecto de este art. será obligado a reiterar el pago al tenedor legítimo, sin perjuicio, es claro, de sus derechos por vía extracambiaria contra el que recibió el pago indebidamente.

La disposición de la 3º fracción del art., es consecuencia de los efectos de la quiebra sobre las relaciones Jurídicas anteriores del quebrado (art. 1600, 2).

ARTÍCULO 568.- (Pago por consignación). Si, vencida la letra, ésta no es presentada para su cobro, el girado o cualquier obligado en ella, después de transcurrido el plazo para el protesto, podrá depositar su importe en un Banco autorizado a la orden y riesgo del tenedor, y consignar el certificado de depósito ante autoridad Judicial con jurisdicción en el lugar del pago. El depósito Judicial producirá efectos de pago.

Conc: c.c. 328-p.c. 708-c. com. 570- 599-

La falta de presentación de la letra por parte del acreedor, en tiempo oportuno, hace que este incurra en mora. El art. para ese caso señala un procedimiento singularmente simplificado de liberación (Messineo), en comparación con el procedimiento común para las deudas ordinarias (no cambiarias) aunque sean pecuniarias, ya que el obligado puede proceder al depósito sin la carga de acompañarlo con la oferta real de la suma, como es regla general en el derecho común (c.c. art. 330). Es otra manifestación de la tendencia de la ley a procurar la liberación del obligado (favor debitoris: v. la anot. al art. 566).

JURISPRUDENCIA

"La consignación cuando ha sido legítimamente hecha, extingue la obligación " (G.J. Nº 1616, p. 94).

SECCIÓN V

PROTESTO

ARTÍCULO 569.- (Objeto). El protesto tiene por objeto establecer, fehacientemente, que una letra fue presentada en tiempo oportuno y que el obligado dejó total o parcialmente de aceptarla o pagarla. Salvo disposición legal expresa, ningún otro acto puede suplir el protesto.

El protesto se practicara con la intervención de un notario de fe pública y, por su omisión, no hay lugar a la acción ejecutiva, salvo que en la letra se hubiera expresado "sin protesto" o "retorno sin gastos" a que se refiere el artículo 579.

Precd: c. mtl. abrg. 413 - 414 - 419 -

Conc: p.c. 487, 3) - c.com. 555-564-566-571-575-579-598-599-704-705-1340-

Cuando una letra de cambio no es aceptada o no es pagada, queda disminuida en el contenido esencial de la obligación de la que es título. Para evitar los daños que de tal disminución se derivan para el tenedor, la ley organiza un procedimiento adecuado (Rodríguez): el protesto y la intervención.

El protesto es un acto autentico, público y solemne, que comprende una declaración de certeza (Messineo), necesario e insustituible para comprobar la falta de aceptación o de pago a fin de hacer viables las acciones y recursos de naturaleza cambiaria que la ley reconoce al acreedor. Constituyen excepción los casos expresamente señalados en el art. 579. También la no-necesidad de protesto por falta de pago, dispuesta por el art. 571 para las letras protestadas por falta de aceptación. En cuanto a la aceptación, están excusadas de protesto las letras a la vista, que solo son protestables por falta de pago

Tiene una doble función: probatoria, con carácter de título ejecutivo (p.c. art. 487, 3), del derecho o crédito que implica la tenencia de la letra, por una parte y, por otra, conservatoria de los derechos del tenedor, particularmente en lo relativo a la eficacia de las acciones que derivan de las obligaciones cambiarias incumplidas y protestadas.

El protesto por falta de aceptación o aceptación parcial, se hace antes del vencimiento; el protesto por falta de pago o por pago parcial, se hace después del vencimiento (art. 570).

El lugar donde ha de hacerse el protesto, es el señalado en la letra para el cumplimiento de las obligaciones o el ejercicio de los derechos consignados en la misma letra (art. 573), teniendo en cuenta las posibilidades previstas en los arts. 547 y 554.

La tendencia moderna de la legislación comparada, es simplificar la constancia de falta de aceptación o de pago, mediante la economía de trámites, tiempo y gastos, v. gr. la ley cambiaria italiana de 1933 (art. 72), que permite sustituir el protesto ante notario por una declaración firmada por la persona requerida para la aceptación o el pago. En la nueva reglamentación, cumple función similar a dicho sistema, la determinación del art. 579, que excusa al tenedor de formalizar el protesto ante notario, cuando se gira o se endosa una letra con la cláusula sin protesto o retorno sin gasto u otra expresión equivalente.

Es un acto inexcusable, importa una condición sine qua non, a la que esta subordinado el ejercicio de las acciones regladas por la sección VI del capítulo en examen. Suplen el protesto reglado por el art. para otros títulos-valores, la constancia bancaria de haber sido presentado un cheque en tiempo oportuno y la causa de su no-pago (art. 615) y la de los Almacenes generales, tratándose de bonos de prenda (art. 704).

El protesto implica presentación de la letra (v. anot. al art. 564). Consiste fundamentalmente en requerir solemnemente la aceptación o el pago (Rodríguez). Por eso debe suspenderse su levantamiento, cuando el librado requerido acepta o paga, si, además, abona los gastos de la diligencia (art. 576, primera fase).

El protesto por falta de aceptación, produce los efectos consignados en el art. 582. El de la falta de pago, los consignados en el mismo art. y en el 583.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "El protesto por falta de aceptación o de pago, según el art. 419 del c. mtl. (569 del c. com.), se formalizará en acta ante escribano (notario)" (G.J. N° 1338, p. 14).
- 2.- "El protesto que no se práctica conforme a lo dispuesto por los arts. 420 y 421 del c. mtl. (575 y 573 del c. com.) o con violación de los mismos, deja sin fuerza ejecutiva a la letra de cambio" (G.J. N° 1338, p. 14).
- 3.- "El protesto practicado por un funcionario extranjero fuera de la República, carece de valor legal por no estar debidamente autenticado en la forma prescrita por los arts. 21, 22, 23 y 28 del D.S. N° 7458 de 30 de Dic. de 1965" (Lab. Jud. 1973, p. 128).
- 4.- "No tienen fuerza probatoria ninguna las letras de cambio que no han sido protestadas por falta de pago" (Lab. Jud. 1973, p. 159).
- 5.- Véase los casos Nos. único del art. 580- 8 del art 581; 1 del art. 582 y 4 del art. 588.

ARTÍCULO 570.- (Plazo para el protesto). El protesto por falta de aceptación de una letra deberá efectuarse en los plazos fijados para su presentación o antes de la fecha de vencimiento.

El protesto por falta de pago de una letra pagadera a fecha fija o a días o meses fecha o vista, se efectuará en el curso del tercer día hábil siguiente a la fecha de su vencimiento.

Precd: c. mtl. abrg. 415 -

Conc: c. com. 551-552-564-565-568-59 g -791-
Comprendido en la anot. al art. 569.

Las letras expedidas a la vista no precisan aceptación (art 550) y, consiguientemente, no requieren protesto por tal razón Para las letras a días o meses vista, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto por el art. 551 (v. la anot. respectiva).

Si presentada la letra para su aceptación, no es aceptada o lo es parcialmente, el protesto por lo que corresponda se práctica producida la negativa. En cambio, el protesto por falta de pago se efectúa en el curso del tercer día hábil siguiente a la fecha del vencimiento, tratándose de letras a fecha fija o a días o meses fecha o vista, según este art. que reitera lo dispuesto al efecto por el art. 564. Tratándose de las letras a la vista, quiere decir que el protesto se hace una vez presentada y rehusado el pago, sin esperar ese lapso de tres días, una vez que la ley la excluye de dichas disposiciones.

Aunque obvia, la expresión al tercer día hábil del vencimiento, relativa al diligenciamiento del protesto, exige una aclaración: no importa el transcurso de tres días hábiles siguientes al vencimiento, como se interpreta equívocamente con frecuencia. Ello implicaría admitir que una letra vencida en día viernes, v. gr., debería ser protestada el martes siguiente, visto que los tres días hábiles siguientes, excluido el domingo que es feriado, son sábado, lunes, martes, razonamiento que sería aplicable también a todo vencimiento que en esos tres días incluya algún feriado intermedio, que no sea domingo.

El transcurso del plazo corre ininterrumpidamente (sin tenerse en cuenta los feriados o días inhábiles intermedios), según el art. 141 del p.c., aplicable por disposición del art. 3 del Cgo. En el ejemplo dado supra, el protesto debe hacerse el día lunes. Otra cosa es que la diligencia del protesto ha de levantarse en día hábil, que es lo que esencialmente señala la expresión del artículo que se comenta. Si el vencimiento se produce un día jueves, el tercer día hábil siguiente al vencimiento, es el lunes y no el domingo, porque las diligencias judiciales han de celebrarse en los días hábiles según el art. 143 del p.c., y siendo el domingo, tercer día del vencimiento, inhábil para diligenciar el protesto, este se levantara el siguiente día hábil, esto es, el lunes.

Respecto de otros feriados no dominicales ha de tenerse en cuenta la misma consideración (art. 791).

JURISPRUDENCIA

1.- "La letra de cambio de fs..., base de la ejecución, fue; librada en la ciudad de Potosí el 8 de Marzo de 1976, con vencimiento al 18 de Abril del mismo año y el acta de protesto de fs... fue labrada en fecha 9 de Abril de 1976, o sea antes de su vencimiento, previsto por el art. 376 del c. mtl. (564 c. com.), resultando de consiguiente, que la referida letra de cambio carece de validez" (Lab. Jud. 1977, p. 223).

2.- "La letra de cambio protestada antes de su vencimiento carece de validez legal" (G.J. N° 1614, p. 183).

ARTÍCULO 571.- (El protesto por falta de aceptación hace innecesario el de pago). Si la letra fuera protestada por falta de aceptación, no será necesario protestarla por falta de pago.

Precd: c. mtl. abrg. 418 -

Conc: c. com. 569 - 572 -

Comprendido en la anot. al art. 569.

No implica dispensa de presentar la letra para su pago. El tenedor de la letra de cambio protestada por falta de aceptación, debe presentar a para su pago si a la fecha del vencimiento la conserva en su poder.

ARTÍCULO 572.- (Protesto de letra a la vista). La letra a la vista sólo se protesta por falta de pago.

Conc: c. com. 550-571-

Comprendido en la anot. al art. 569.

ARTÍCULO 573.- (Lugar donde se hace el protesto). El protesto se hará en el lugar señalado para el cumplimiento de las obligaciones o del ejercicio de los derechos consignados en la letra.

Precd: c. mtl. abrg. 421 -

Conc: c. com. 541 -547-554 -574- 599 -

Comprendido en la anot. al art. 569.

ARTÍCULO 574.- (Ausencia de la persona contra la cual se hace el protesto). Si la persona contra quien haya de efectuarse el protesto no se encuentra presente, así lo hará constar el notario que lo practique y la diligencia se hará en presencia de sus familiares, dependientes o de algún vecino, no pudiendo suspenderse de ningún modo

Precd: c. mtl. abrg. 421 - 422 - 423 -

Conc: c. com. 550-561 - 564 -573 - 599 -

Ningún impedimento, incapacidad, enfermedad, ausencia, etc. del obligado puede excusar la carga del protesto. Todas las circunstancias a que se refiere el art. deben hacerse constar en el protesto. Si el o los obligados no pueden ser habidos, porque no se puede dar con la residencia de ellos, o esta no es conocida, o no coincide con la señalada en la letra, o simplemente se ha girado la letra con el nombre y lugar del girado sin precisar una dirección, o se ha indicado varios lugares sin determinar dirección (v. gr. el caso del art. 547, 2ª parte), el protesto se hace en una localidad cualquiera, siempre que sea en el lugar del pago. Es el protesto denominado al aire libre (Messineo).

ARTÍCULO 575.- (Formalización del protesto). El protesto por falta de aceptación o de pago se hará en acta en la cual se exprese:

- 1) La reproducción literal de la letra, con su aceptación, endoso, aval y cualquier otra indicación que; ella contenga;
- 2) El requerimiento al girado o aceptante para aceptar o pagar la letra, con indicación de si esa persona estuvo o no presente;
- 3) Los motivos de la negativa para la aceptación o el pago;
- 4) La firma de la persona con quien se entienda la diligencia o la indicación de la imposibilidad para firmar o de su negativa, y
- 5) La indicación del lugar, fecha y hora en que se practique el protesto y la firma del notario.

El notario debe hacer constar en la letra o en hoja adherida a ella, bajo su firma, que la letra fue protestada por falta de aceptación o de pago, con indicación de la fecha y número del acta respectiva y franquear testimonio del acta de protesto con las formalidades legales.

Precd: c. mtl. abrg. 420- 425 - D.S. 30 Dic. 1965 -

Conc: c. com. 569 - 576 - 599 -

El protesto debe hacerse en un solo acto, bajo pena de nulidad según Messineo aunque la ley cambiaria italiana no contiene disposición expresa al respecto. Sin embargo, la consecuencia que expone el citado autor, tiene fundamento, si se considera que un protesto que aparece en parte en un acto y en parte en otro, no puede tener valor ninguno; pues, si se trata de varios obligados en una sola letra, v. gr., el protesto ha de ser único para todos. Las diligencias de protesto que enumera el art. deben extenderse progresivamente, en el orden con que el determina que se evacuen.

Si siendo varios los obligados, debe acudirse a diversas direcciones, el notario deberá hacer constar las interrupciones sucesivas del levantamiento del acta para trasladarse a los lugares pertinentes, para mantener el carácter único del protesto.

Cualquiera omisión o una actuación negligente del notario, que importe perjuicio para el interesado en el protesto, es de su responsabilidad, conforme dispone la segunda parte del art. siguiente (576), cuya ubicación estaba precisamente en el art. que se examina.

Intervienen en el protesto: la parte activa, por cuya cuenta se levanta el protesto, sea el tenedor legítimo de la letra, su representante (sindico, albacea, tutor, apoderado cambiario o no cambiario) tratándose de protesto por falta de pago y el tenedor material de la letra tratándose de protesto por aceptación. La parte pasiva es aquella contra quien se levanta el protesto que, generalmente, es el librado o, si no se encuentra presente, alguna de las personas mencionadas en el art. anterior (574).

El autor del protesto es forzosamente un notario de fe pública y, en su defecto, en los lugares donde no hay notario, o cuando se halle legalmente impedido, el Juez Instructor o el de Mínima cuantía, y en defecto de estos un corregidor o autoridad política, actuando unos y otros con dos testigos hábiles, por aplicación extensiva y analógica: eadem est ratio, del art. 3 de la Ley del Notariado.

JURISPRUDENCIA

1.- "El acta de protesto debe extenderse según las determinaciones del art. 420 del c. mtl. (575, c. com.), debiendo elaborarse primeramente el acta original y luego su testimonio, ya que al hacerlo inversamente se contraria lo prescrito por el art. 425 (575 i.f.) del citado Código" (G.J. Nº 1319, p. 41).

2.- "Que del examen analítico de la letra ejecutada y del acta de protesto que es su complemento inseparable, se tiene que mientras aquella aparece girada a la orden de X, este hace constar que

Ja letra esta girada a la orden de la misma firma giradora Z, verdad jurídica que habiendo sido establecida en el proceso no puede observarse la falta de endoso de la letra por X en favor de Z, por ser esta la dueña legítima de la letra cuestionada, sin que el ejecutado hubiese opuesto como excepción perentoria la falsedad material e intelectual del acta de protesto dentro del término legal pertinente, sino después de ejecutoriada la sentencia, lo que hace infundado el recurso" (G.J. N° 1597, p. 70).

3.- "La letra de cambio carece de fuerza ejecutiva si en el acta del protesto no figura la firma de uno de los testigos instrumentales" (Lab. Jud. 1978, p. 111).

4.- Véase el caso N° 2 del art. 569.

ARTÍCULO 576.- (Pago a requerimiento del notario). Si, al requerimiento del notario, el girado satisface el importe de la letra, más los intereses moratorios, se suspenderá el protesto, debiendo, además, cubrirse los derechos y gastos notariales.

El notario que intervenga en el protesto es responsable de los daños y perjuicios originados por su negligencia u omisión.

Preced: c. mtl. abrg. 426 -

Conc: c. com. 575 - 599 -

Comprendido en las anots. a los arts. 569 y 575.

ARTÍCULO 577.- (Aviso de rechazo). El tenedor de la letra cuya aceptación o pago se hubiera rehusado, debe dar aviso de tal circunstancia a su endosante o al girador de la misma, cuya dirección conste en ella, dentro de los dos días siguientes a la fecha del protesto. Cada endosante, a su vez, dentro del mismo término, debe informar al endosante que le precede y, así sucesivamente, hasta llegar al girador.

El que omita dar aviso en los términos indicados en este artículo no pierde la acción ejecutiva de regreso, pero es responsable por su negligencia, si hubiera causado algún perjuicio, sin exceder el valor de la letra.

Conc: c. com. 526- 548 - 599 -

Todo protesto debe ser notificado lo más puntualmente posible a todos los obligados con quienes no se entendió la diligencia del mismo, a fin de que estén prevenidos ante el posible ejercicio en su contra de las acciones cambiarias, inclusive para efectuar el pago, incluidos los gastos del protesto, sin esperar la citación con la acción correspondiente.

La omisión de la notificación en la forma establecida por el art. acarrea la responsabilidad dispuesta en el.

ARTÍCULO 578.- (Protesto por quiebra del girado). Si la persona a cuyo cargo se giró la letra se constituye o es declarada en quiebra o concursada por sus acreedores, la letra puede protestarse por falta de pago incluso antes de su vencimiento. Protestado el documento, el tenedor podrá exigir el pago a los obligados de la misma.

Conc: c.c. 315 - c. com. 567 - 599 -

De acuerdo a las reglas generales del derecho común, el supuesto importa un caso en el que el plazo, que se considera establecido, por lo regular, en favor del deudor, se reputa vencido automáticamente, por razones obvias tratándose de la quiebra del obligado.

JURISPRUDENCIA

"El deudor que ha quebrado, o cuando las garantías que ha dado a su acreedor, han disminuido, no puede reclamar el beneficio del término y, por consiguiente, se consideran como vencidos los plazos, por aplicación del art. 779 (315) del c.c." (G.J. N° 1236, p. 64).

ARTÍCULO 579.- (Sin protesto). El girador o el endosante pueden por medio de la expresión "sin protesto" o "retorno sin gastos", u otra equivalente, dispensar al tenedor de formalizar el protesto por falta de aceptación o de pago.

Aún en estas condiciones la letra de cambio es un título que tiene fuerza ejecutiva, como señala el artículo 587, para el ejercicio de la acción ejecutiva de regreso.

Si tal expresión hubiera sido insertada por el girador, produce sus efectos con relación a todos los endosantes; si hubiera sido insertada por uno de los endosantes produce sus efectos sólo respecto de éste y de los endosantes posteriores.

Conc: c. com. 569 - 587 - 588

Comprendido en la anot. al art. 569.

Importa una exclusión voluntaria o pactada de la obligatoriedad del protesto, discutida dentro de las reglamentaciones que no la mencionan, cuando la cláusula es insertada en la práctica. Incluida explícitamente en las reglas que rigen la materia, toda discusión queda eliminada.

La cláusula, observa Rodríguez, no dispensa al tenedor de la presentación de una letra para su aceptación o para su pago, ni, en su caso, de dar el aviso de la falta de aceptación o de pago a los obligados en vía de regreso, como se previene por el protesto en el art. 577. Para la aplicación del art. a este respecto, la prueba de la falta de presentación oportuna incumbe al que la invoca contra el tenedor. Si a pesar de la cláusula, el tenedor hace el protesto, los gastos corren por su cuenta.

SECCIÓN VI **ACCIONES EMERGENTES DE LA FALTA DE ACEPTACIÓN O PAGO**

ARTÍCULO 580.- (Ejercicio. de la acción ejecutiva). La acción ejecutiva se puede ejercitar:

- 1) Por falta de aceptación o de aceptación parcial;
- 2) Por falta de pago o de pago parcial.

Precd: c. mtl. abrg. 430-431 -

Conc: p.c. 487, 3) - c. com. 556 - 566 - 599 -

JURISPRUDENCIA

"La falta de pago de letras de cambio giradas y aceptadas que da lugar a su protesto si a su vencimiento no han sido pagadas (no es hecho penalmente punible), ya que como echo reglado por el c. com. y las leyes civiles, sólo da lugar a ejercitar la acción ejecutiva, con apoyo de lo dispuesto por el 430 del c. mtl. (580, c. com.) y caso 4º del 434 (3º, 487) del p.c." (G.J. Nº 1351, p. 76).

ARTÍCULO 581.- (Acción ejecutiva). La acción ejecutiva es directa cuando se ejercita contra el aceptante o sus avalistas, y de regreso cuando se ejercita contra el girador o los endosantes.

Conc: p.c. 487, 3)-c. com. 561-582-583-585-588-598-599-709-1316-

La acción cambiaria ejecutiva a que se refiere el art., supone un proceso de ejecución, reglado por el Título I del Libro III del Código de procedimiento civil, que implica una serie de procedimientos con autonomía propia y sin las dilaciones de un proceso de conocimiento

(ordinario). Mientras en el proceso de conocimiento se persigue una declaración sobre una pretensión contestada (contradicha), en el proceso de ejecución se busca la solución (pago) de una pretensión insatisfecha (Allorio, cit. de Alsina).

Cabe señalar como antecedentes históricos del instituto en el derecho nacional, los siguientes: Implantada inicialmente en favor de los mercaderes de Sevilla mediante pragmática de 1396, por Enrique III, ampliada en todo el reino en 1480 por Fernando e Isabel, la acción cambiaria ejecutiva alcanza su forma definitiva con la pragmática de Carlos III (de 2 de Junio de 1782, cit. de Malagarriga), que dispone que toda letra de cambio aceptada es ejecutiva como instrumento público y fue completada por Carlos IV en 1802, autorizando accionar contra los endosantes y el librador sin otro requisito que el protesto debidamente formalizado. El Código español de 1829 y su derivado el c. mtl. abrg. (art. 431), significan un retroceso al exigir reconocimiento previo de firmas para accionar ejecutivamente en la materia, exigencia que la nueva reglamentación deroga expresamente (art. 587).

Se dice que la acción cambiaria es directa, cuando el titular de una letra de cambio, demanda el cobro judicial de esta contra el aceptante o sus avalistas, y de regreso, cuando se la dirige contra el girador o los endosantes, por el obligado que haya tenido que efectuar el pago a un tenedor posterior.

El carácter común de ambas acciones cambiarias, como el de todo proceso de ejecución, es el fundarse exclusivamente sobre documentos: letra de cambio, declaraciones estampadas en ella, eventuales documentos accesorios como las hojas de prolongación adheridas, el acta de protesto. Es un proceso documental (Messineo).

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Una letra protestada constituye título para demandar ejecutivamente su pago" (G.J. N° 643, p. 11).
- 2.- "Una letra mercantil como instrumento de ejecución pero perjudicada porque se omitió su protesto, pierde totalmente su fuerza ejecutiva" (G.J. N° 1202, p. 39).
- 3.- "Para que proceda la acción ejecutiva sobre letras de cambio, es condición indispensable que estas hayan sido aceptadas y protestadas" (G.J. N° 1221, p. 69).
- 4.- "La falta de pago de letras giradas y aceptadas que dan lugar a la protesta de ellas por su falta de pago a su vencimiento, sólo da lugar a ejercitar la acción ejecutiva, con apoyo de lo dispuesto por el art. 430 del c. mtl. (580 c. com.) y caso 4° del art. 434 (3°, 487) del p.c." (G.J. N° 1351, p. 76).

- 5.- "No tiene fuerza ejecutiva la letra de cambio protestada por falta de aceptación que se considera como instrumento perjudicado" (G.J. N° 1355, p. 22).
- 6.- "Aparejada una letra de cambio a una demanda, es innecesario y oficioso averiguar el origen de la obligación y sólo corresponde examinar el protesto y los demás requisitos propios de este documento para determinar la procedencia o improcedencia de la acción ejecutiva" (Lab. Jud. 1973, p. 79).
- 7.- "La falta de inscripción del documento en la Renta o de pago de impuestos fiscales, es subsanable y no invalida la fuerza ejecutiva del documento" (Lab. Jud. 1973, p. 137).
- 8.- "La letra de cambio debidamente protestada, constituye un título perfecto al tenor del art. 487, caso 3° del p.c., sin que sea atendible el argumento de que la letra corresponde al distrito de La Paz, una vez que las letras pueden ser adquiridas en cualquier punto de la República y utilizadas también en cualquier plaza" (Lab. Jud. 1978, p. 62).
- 9.- "Los tribunales de instancia que, faltando a la obligación ineludible que les impone el art. 491 del p.c., de examinar cuidadosamente el título ejecutivo acompañado, expiden una intimación de pago sobre la base de un acta de protesto nula por disposición de la ley incurren en la nulidad prevista por el art. 251, parágrafo I, del p.c." (Lab. Jud. 1978, p. 120).
- 10.- Véase los casos Nos. 1, 555; único del art. 587- 4 del art. 588, y 1 del art. 598.

ARTÍCULO 582.- (Objeto de la acción directa). Mediante la acción ejecutiva, el tenedor del título puede reclamar el pago:

- 1) Del importe de la letra o, en su caso, de la parte no aceptada o no pagada;
- 2) De los intereses moratorios a la tasa legal correspondiente, desde el día de su vencimiento;
- 3) De los gastos de protesto y de los demás gastos legítimos, y
- 4) En su caso, de las comisiones y recargos por transferencia de fondos entre la plaza en que debía haberse pagado la letra y la plaza en que se la haga efectiva.

Precd: c. mtl. abrg. 428 -

Conc: c. com. 581 - 584 - 589 - 599 -

Es perfectamente comprensible la enumeración del art. La cuestión del importe no precisa aclaración. Los intereses moratorios corresponden al vencimiento de la letra y se aplican conforme dispone el art. 798 con las limitaciones determinadas por el art. 1303. El inc. 2) habla de tasa legal, y ha de entenderse que en materia comercial se aplican las reglas propias a la especie y no la tasa legal del derecho común (art. 414, c.c.), porque así se deduce del precepto del art. 415 del c.c. que excluye de las reglas generales la tasa del interés bancario y sobre

créditos especiales. De todos modos, ha de estarse a lo que la interpretación de la jurisprudencia indique, una vez que la disposición no parece lo suficientemente clara.

Los gastos de protesto, tampoco precisan aclaración.

El caso 4) comprende el importe que, muchas veces, el tenedor debe pagar para conseguir el cobro en plaza diversa de la señalada en la letra para el efecto. En algunas legislaciones (Rodríguez) comprende también la diferencia en menos del valor del dinero en la plaza en que se paga, en relación con el que tuviere en el momento del vencimiento en aquella en que debió ser pagada.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Tratándose de actos de comercio, como son las letras de cambio, se ha hecho la condenación de intereses legales desde el día del protesto, en observancia del art. 428 del c. mtl. (582, 2, c. com.), porque son de preferente aplicación las reglas particulares que rigen el comercio" (G.J. N° 798, p. 4).
- 2.- "El ejecutado queda obligado al pago de las costas cuando no paga la obligación perseguida dentro de los tres días siguientes a la notificación con el solvendo (intimación de pago) , pero no hay lugar a tal condenación si ocurre lo contrario o es revocado el auto de solvendo" (Lab. Jud. 1977, p. 211).
- 3.- "El interés legal fijado para casos de disputa ante los tribunales es del 6% anual (L. 4 Nov. 1840 y art. 414 c.c. de 1975)" (Lab. Jud. 1977, p. 215).
- 4.- "El examen de los documentos que sirven de base para la ejecución, tiende a determinar si reúnen los requisitos para que proceda el auto de intimación y el juez, al declarar en vista de los antecedentes no haber lugar a dictar dicho auto, salvando los derechos del imperante para que los haga valer en la vía correspondiente, actúa con la facultad privativa que le concede la ley" (G.J. N° 1612, p. 36).
- 5.- "Es facultad privativa de los jueces y tribunales de grado calificar si el instrumento materia del juicio tiene la suficiente fuerza ejecutiva para expedir o no el solvendo" (G.J. N° 1615, p. 44).
- 6.- "Los tribunales de instancia faltan a la ineludible obligación que les impone el art. 491 del p.c., cuando no examinan cuidadosamente el título ejecutivo acompañado y ordenan una intimación de pago sobre la base de un acta de protesto nula" (Lab. Jud. 1978, p. 120).

ARTÍCULO 583.- (Objeto de la acción de regreso). El obligado en vía de regreso que pague la letra, podrá exigir por medio de la acción ejecutiva:

- 1) El reembolso de lo pagado, menos las costas a que hubiera dado lugar;
- 2) Los intereses moratorios sobre el monto pagado, desde la fecha del pago calculados a la tasa legal correspondiente;
- 3) Los gastos de cobranza y los demás gastos legítimos, y
- 4) En su caso, las comisiones y recargos por transferencia de fondos entre la plaza en que debía haberse pagado la letra y la plaza en que se la haga efectiva.

Conc: c. com. 581-590-599-641-710-1328-

A la explicación dada para el art. anterior, que se aplica también a este, ha de agregarse que la excepción respecto de las costas a que hubiere sido condenado el que paga la letra y actúa con la acción regresiva (inc. 1, i.f.), no es objeto de reembolso, porque supone una condena por un hecho personal, cual es el de haber ocasionado los gastos de una ejecución forzosa. Naturalmente que, tanto para el objeto de este art. como del anterior, el accionante tiene derecho a las costas propias de la ejecución que efectúa, conforme a lo dispuesto por el art. 512 del p.c., porque en todo proceso de ejecución, las costas se imponen siempre a la parte vencida.

La acción regresiva cambiaria, cuyo objeto determina este art. tiene dos vías: la judicial, examinada en las anots. al art. 581 y a este, y la extrajudicial a que se refiere el art. 586 (v. la anot. respectiva).

JURISPRUDENCIA

- 1.- "El librador (girador en la terminología del código vigente) esta en la obligación de reembolsarlas con intereses, en los casos de protesto" (G.J. N° 784, p. 42).
- 2.- Véase el caso N° 2 del art. anterior.

ARTÍCULO 584.- (Excepciones que se pueden oponer). Contra la acción ejecutiva sólo se pueden oponer las siguientes excepciones:

- 1) No haber sido el demandado quien suscribió la letra;
- 2) Falta de personería en el ejecutante o en el ejecutado o en sus representantes por falta de capacidad o de representación suficiente;
- 3) Omisión de los requisitos que la letra debe contener y que la Ley no supla expresamente;
- 4) La alteración del texto de la letra, sin perjuicio de lo dispuesto respecto de los firmantes posteriores a la alteración;

- 5) Las fundadas en quitas o en el pago total o parcial, siempre que conste en la letra o en documento aparte referido a la letra;
- 6) Las fundadas en la consignación del importe de la letra conforme a Ley o en el depósito del importe hecho en los términos de este Título;
- 7) Las fundadas en la cancelación judicial de la letra o en orden judicial de suspender su pago;
- 8) Las prescripciones o caducidad y las basadas en la falta de requisitos necesarios para el ejercicio de la acción;
- 9) La incompetencia o falta de jurisdicción del juez.

Conc: c. com. 541, i.f. - 582 -

La excepción cambiaria, supone una razón válida para no pagar y no la imposibilidad de pagar o la voluntad deliberada e injustificada de no hacerlo (Messineo).

La enumeración del art., que en este caso tiene carácter taxativo, por aplicación del principio excusa consentur omnia quoe lex enumerando non inclusit, es consecuencia del carácter abstracto de la letra, cuya eficacia es totalmente ajena al negocio jurídico que le dio origen, como del principio de la autonomía de los derechos y obligaciones de cada uno de los firmantes respecto de los demás. Así las excepciones de orden causal están excluidas, una vez que, además, la acción ejecutiva cambiaria, como todo proceso de ejecución, es sumaria y de defensas limitadas, circunscritas por lo tanto, a las que versan sobre el título que sirve de base al proceso.

El inc. 1) incluye la excepción de la falsedad de la firma del ejecutado, que puede presentarse en un supuesto de homonimia o directamente de una falsificación. Nadie responde cambiariamente por una firma falsa, salvo su propia responsabilidad (no cambiaria) por la propia culpa y por la de sus dependientes, porque no puede resultar obligación cambiaria sino de una firma autentica suscrita en el título (Vivante).

El excepcionante solo puede alegar esta excepción por si (principio de la autonomía). Ninguno de ellos puede hacer valer contra el tenedor demandante, la falsificación de la firma de los otros obligados. El abuso de la firma en blanco, no entra en esta excepción, porque es una cuestión extracambiaria, regida por el derecho común, ya que en el derecho cambiario esta permitido llenar la letra entregada con firma en blanco.

El inc. 2) importa una excepción valida, porque tiende a evitar, mediante su corrección oportuna, la prosecución de un proceso condenado a nulidad inevitable.

El inc. 3) implica un caso de inhabilidad del título (inc. 5, art. 507, p.c.), por omisión de los requisitos señalados por el art. 541, no salvados o no salvables por la ley, que quitan a la letra de cambio efectos de tal.

El inc. 4) se refiere a las alteraciones y sus efectos que están reglados por el art. 504 (v. la anot. al art. 495). En este punto, ha de distinguirse las alteraciones del contenido esencial: de la fecha, de la cantidad, del vencimiento, del tomador, que hace perder toda fuerza cambiaria a la letra (Vivante) y las alteraciones del contenido no esencial, v. gr. la indicación de un domiciliatario (art. 547), o del término de presentación; la letra es valida, pero cada obligado cambiario responde según los límites que la obligación tenía al tiempo en el que estampó su firma (Vivante, conforme con la regla del art. 504).

El pago parcial (inc. 5), debe constar en la forma prevista por el art. 566. Sin embargo, como bien observa Fernández, el pago parcial no funda propiamente una excepción, sino la modificación del monto que deba pagarse por virtud de la ejecución, que se alega para que se tenga en cuenta en momento de la sentencia o de la liquidación, porque aún acreditado el pago parcial, la ejecución debe proseguir por el saldo.

La excepción de consignación (inc. 6), ha de ajustarse a las previsiones del art. 568.

La cancelación judicial de la letra (inc. 7), supone una sentencia que ha declarado nula o ineficaz la letra, no importa por que causa y que ha de darse en un proceso de conocimiento en acción extracambiaria según las reglas del derecho común. La orden judicial de suspender el pago, puede ser resultado de un auto de procesamiento (art. 222, p.p.) en proceso penal, por aplicación del precepto contenido en el art. 1289, II) del c.c., o puede ser efecto de una retención judicialmente ordenada (p.c. art. 504).

La excepción de prescripción (inc. 8), ha de conformarse a las determinaciones de los arts. 589 y 590, según se trate de la acción directa o de la regresiva, y la de caducidad a lo establecido en el art. 588. La falta de requisitos necesarios para el ejercicio de la acción, importa simplemente la falta de fuerza ejecutiva que señala el caso 30 del art. 507 del p.c.

La excepción del inc. 9), (incompetencia o falta de jurisdicción del juez), es admisible, tanto más cuanto aún de oficio el propio juez puede reconocer su incompetencia por aplicación del art. 491 del p.c.

Es obvio el fundamento de la excepción de pago total, pero ha de advertirse que siendo cada una de las obligaciones cambiarias, original, distinta y personal (principio de la autonomía), el ejecutado sólo podrá oponer al tenedor ejecutante el pago efectuado a el y no a otro de los firmantes, que carece de toda eficacia como excepción y sólo puede fundar una acción de repetición contra el que recibió el pago, con arreglo a la reglamentación común.

Como el pago total de una letra requiere, por lo regular, su entrega, esta debe exigirse por quien paga para no tener que reiterar el pago, conforme al principio de que quien paga mal paga dos veces. Por eso, el pago total debe acreditarse en forma concluyente, con documentos tan fehacientes como la misma letra, cuando no se tiene esta para oponerla. En general, cualquier recibo o finiquito, como documento público (o privado reconocido), que haga referencia concreta a la letra (fecha, cantidad, librador y librado), puede servir a los fines de esta excepción.

JURISPRUDENCIA

Inc. 1)

1.- "Esta permitido al aceptante de una letra excepcionarse alegando la falsedad de la misma, pero sujeta a la condición de que la excepción sea probada, de conformidad con lo dispuesto por el art. 160 (375) del 5 p.c., extremo que en la especie no se ha cumplido ;, dentro del término en que la excepción debe ser probada, que es fatal, quedando salvados los derechos del ejecutado para la vía ordinaria" (G.J. Nº 1591, p. 127).

2.- Véase el caso Nº 4 del art. 550.

Inc. 2)

3.- "Una sociedad colectiva que se subroga en los derechos de otra tiene personería para representar a esta en calidad de actora" (G.J. Nº 738, p. 32).

4.- "La acción ejecutiva se ha iniciado sin presentar los documentos necesarios que confieran la representación de la entidad acreedora, omisión que el juzgador debió examinar a tiempo de dictar el solvendo y también en sentencia, por cuanto afecta al derecho para proponer la demanda" (G.J. Nº 1590, p. 20).

5.- "La letra base de la ejecución esta firmada por la mandante del actor en su calidad de representante de la firma giradora, sin que haya sido observada su personería por el ejecutado a tiempo de aceptar la letra, lo que importa que no puede objetarla ahora que se ejecuta su pago" (G.J. Nº 1599, p. 102).

6.- "Las disposiciones especiales y concretas que reglan la acción ejecutiva, son leyes de excepción, por lo que el art. 438 (491) del p.c. obliga a los jueces al examen previo de la legitimidad de la persona y la fuerza ejecutiva del instrumento, para, con su resultado, dar o no paso al solvendo (intimación de pago), abarcando esta facultad a los tribunales de segunda instancia que en su defecto tienen potestad para proceder a su rectificación " (G.J. N° 1607, p. 32).-

7.- "La falta de personería que puede subsanarse en cualquier estado, como se lo ha hecho en la especie, con el poder de fs..., hace inconsistente la excepción del ejecutado sobre impersonería" (G.J. N° 1615, p. 24).

Inc. 3)

8.- "La Corte al calificar de simple garantía la letra de cambio de fs..., para concluir en que dicho documento carece de fuerza ejecutiva, ha violado el art. 441 (507) del p.c., dado que contra el auto de solvendo (intimación de pago) solamente pueden oponerse las excepciones de impersonería, de incompetencia, y de falta de fuerza ejecutiva en el documento, entendiéndose por falta de fuerza ejecutiva en el caso de las letras de cambio -a objeto de aplicar dicha disposición legal- los defectos formales de la misma" (G.J. N° 1599, p. 102).

9.- Véase el caso N° 8 del art. 581.

Inc. 5)

10.- "La excepción de pago mediante transacción suscrita entre el gerente de la ejecutante y el ejecutado, sobre las letras base de la acción, debió de haberse opuesto dentro del término legal fijado para el efecto, siendo inadmisibles su consideración posterior si ha sido alegada extemporáneamente" (G.J. 1602, p. 58).

11.- "No habiéndose estipulado en el contrato que corre a fs..., que la falta de pago de una sola o de varias letras, dará lugar a la ejecución por el total de la deuda, sino que el vendedor se reserva el derecho de recoger el vehículo de donde fuere, en caso de no cancelarse tres letras consecutivas, el auto recurrido ha dado justa aplicación a la ley al negar el auto de solvendo (por el total de la obligación)" (G.J. N° 1602, p. 80).

12.- "La excepción de pago, justificada sólo en parte (pago parcial) no da lugar a la extinción de la obligación (y por consiguiente no enerva la acción ejecutiva)" (Lab. Jud. 1977, p. 211).

Inc. 7)

13.- "La ley permite decretar la retención por un tercero de las sumas o efectos pertenecientes al deudor, en el concepto indudable de que esas sumas o efectos se encuentran en poder ajeno, por cuanto no es posible retener sino lo que ya se tiene o posee" (G.J. N-º 463,

14.- "La retención judicialmente ordenada no puede considerarse como excepción de pago" (G.J. Nº 623, p. 10).

15.- "La retención de dinero ejecutada en manos de tercero supone que este tenga efectivamente alguna cantidad" (G.J. Nº 621, p. 12).

Inc. 8)

16.- "La prescripción de la acción alegada, es una excepción perentoria" (G.J. Nº 360, p. 1465).

17.- "La excepción de prescripción no puede ser considerada si su justificación no es completa" (G.J. Nº 1190, n 2

Inc. 9)

18.- "No hay falta de jurisdicción en el juez civil aunque este pendiente un juicio criminal sobre la falsedad del instrumento en que se funda la ejecución " (G.J. Nº 747, P- 14).

ARTÍCULO 585.- (Facultad de dirigir la acción contra todos o uno cualquiera de los obligados). El tenedor del título puede ejercitar la acción ejecutiva contra los obligados, o contra uno o algunos de ellos, sin perder, en este caso, la acción contra los otros y sin obligación de seguir el orden de las firmas en la letra.

El mismo derecho tendrá todo obligado que haya pagado la letra en contra de los firmantes anteriores.

Conc: c. com. 581 - 599-

Es lo que se llama la acción regresiva por salto (Rodríguez), que se puede ejercer contra el librador o contra cualesquier de los endosantes y sus avalistas, si la acción la intenta el último tenedor de la letra; y contra el librador y los endosantes que preceden y sus avalistas, si el que ejerce la acción regresiva cambiaria es un endosatario que, a su vez, pagó en la vía de regreso.

JURISPRUDENCIA

"Según el art. 430 del c. mtl. (580-585, c. com.), el tenedor de una letra de cambio esta facultado para entablar la acción respectiva en forma independiente o en conjunto, al girador, aceptante o avalista" (G.J. N° 1616, p. 45).

ARTÍCULO 586.- (Cobro extrajudicial). El tenedor de la letra protestada por falta de pago, así como el obligado en vía de regreso que la hubiere pagado, puede cobrar, en la siguiente forma, lo que por ella le deben los demás firmantes:

- 1) Cargándoles en cuenta o pidiéndoles el abono del importe de la letra e intereses, comisiones y gastos legítimos, o
- 2) Girando una nueva letra a su cargo y a la vista, a favor de sí mismo o de un tercero, por el valor de la letra, con intereses, comisiones y gastos legítimos.

En ambos casos, el aviso o letra de cambio correspondiente deben ir acompañados de la letra de cambio original, de la respectiva anotación de recibo, del testimonio del acta de protesto y de la cuenta de los gastos accesorios y legales, con los comprobantes necesarios.

Preced: c. mtl. abrg. 445 - 452 -

Conc: c. com. 599 -

Además de la acción ejecutiva, la ley establece un sistema de cobro extrajudicial regulado en este art. y que en el c. mtl. abrg. y en otras legislaciones se denomina resaca o recambio. Se entiende por recambio, dice Fernández, tanto el contrato que el tenedor de la letra acuerda con un tercero para girar la resaca (retraite, en francés; rivalsa, en italiano), a los fines de reembolsarse el importe de la letra protestada, cuanto el precio del nuevo cambio que dicho tenedor debe abonar.

Desde luego, según se ve de la última fracción del art., el hecho de librar una resaca no libera al tenedor de la obligación que le impone el art. 577, de dar aviso del protesto a la persona de quien recibió la letra.

La resaca es una nueva letra, sometida al mismo régimen legal de la letra protestada; quien la libra, asume el rol de librador, el obligado cambiario a cuyo cargo se gira el de girado y el tercero que suministra el valor, que por lo regular puede ser un Banco, el de tomador. La deuda del girado hacia el librado, configura la provisión de fondos y si el girado no paga, el tenedor debe protestar la letra.

La alternativa que señala el inc. 1) del art., importa que existe relación de cuenta corriente entre el obligado y el tenedor que pagó la letra.

Como la letra no pagada esta protestada, si no da resultado alguna de estas alternativas, se supone que se mantiene el derecho a la acción ejecutiva, en tanto no haya prescrito.

ARTÍCULO 587.- (Acción ejecutivo sin necesidad de reconocimiento de firmas). En las letras de cambio, para seguir la acción ejecutiva de cobro, no es necesario el reconocimiento de firmas y rubricas de obligado alguno, aún en el caso del girador.

Precd: c. mtl. abrg. 431 -

Conc: c. com. 579 - 598 - 599 -

Comprendido en las anots. a los arts. 569 y 581..

JURISPRUDENCIA

"Aunque según el art. 431 del c. mtl. (587 del c. com.), no es necesaria la diligencia de reconocimiento de firma del obligado (aceptante) en una letra de cambio, siendo bastante para su ejecución el protesto notarial, debe considerarse como excepción a esa regla la objeción de falsedad de ella, en cuyo evento se interrumpe la acción ejecutiva hasta que sea previamente reconocida (o comprobada) la "firma" (G.J. N° 1296, p. 33).

ARTÍCULO 588.- (Caducidad de la acción ejecutiva). La acción ejecutiva de regreso del tenedor de la letra caduca:

- 1) Por no haber sido presentada la letra en tiempo oportuno para su aceptación o para su pago, y
- 2) Por no haberse efectuado el protesto en los plazos establecidos por este Título salvo lo dispuesto en el artículo 579.

En estos casos, el tenedor puede demandar el pago de; la letra en la vía correspondiente.

Precd: c. mtl. abrg. 453 a 459 -

Conc: c. com. 579 - 599 - 581 - 641 -

La falta de protesto levantado oportunamente, implica para el tenedor que no ha observado las reglas pertinentes y en los plazos correspondientes al efecto, la caducidad de la acción ejecutiva. Esa inobservancia perjudica la letra. El c. mtl. abrg. y otras legislaciones, dedican varias disposiciones a las letras perjudicadas, que son las que caen en la caducidad de la acción ejecutiva cambiaria establecida por este art..

No supone la pérdida del derecho al crédito, que puede ser perseguido en la vía ordinaria, mediante acciones comunes, no cambiarias.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "El tenedor de una letra perjudicada, aunque no sea comerciante por lo dispuesto en el D.L. de 8 de Agosto de 1842 (c. com. art. 6, caso 5º), pierde todo derecho contra el aceptante y endosante, pudiendo tan solo repetir contra el librador, si este no hizo provisión de fondos en manos del que debió pagar" (G.J. Nº 748, p. 5)
- 2.- "Las letras de cambio no aceptadas, tienen fuerza ejecutiva contra el que las giró previo reconocimiento aunque se trate de personas que no ejercen el comercio" (G.J. Nº 751, p. 5).
- 3.- "Las letras de cambio perjudicadas (no protestadas) conforme al art. 454 del c. mtl. (sin equivalente en el c. com.), pierden, con respecto al tenedor, todos los derechos que le competían contra el endosante (y contra el aceptante) conservando exclusivamente los que le corresponden contra el librador mientras este no probase haber hecho provisión de fondos en tiempo oportuno" (G.J. Nº 757, A.S. 17 Julio 1903, cit. de Oropeza).
- 4.- "Carece de fuerza ejecutiva la letra de cambio no protestada" (G.J. Nº 1205, p. 36).
- 5.- "Es inatendible la prueba testifical de descargo para destruir un contrato mercantil y el documento cobrable por un monto superior a \$ 250, como es el que representa la letra perjudicada de fs... por la suma de \$us. 1.189,98" (G.J. Nº 1615, p. 151).
- 6.- Véase el caso único del art. 599.

ARTÍCULO 589.- (Prescripción de la acción ejecutiva directa). La acción ejecutiva directa contra el aceptante o el avalista, prescribe a los tres años a partir del día del vencimiento de la letra.

Precd: c. mtl. abrg. 485 -

Conc: c.c. 1492- 1507-c. com. 582-599-

JURISPRUDENCIA

- 1.- "La prescripción (que se opera en el término señalado por ley) hace perder su fuerza ejecutiva a la letra de cambio según el art. 485 del c. mtl. (589 y 590 del c. com.)" (G.J. N° 1351, p. 50).
- 2.- "El art. 485 del c. mtl. (589, c. com.), dispone clara y terminantemente que toda acción sobre títulos - valores queda extinguida si no se la ejercita después de su vencimiento en el plazo al efecto señalado, sin que haya contradicción con el art. 486 (cuyo equivalente para e efecto ha de encontrarse en el art. 786 del c. com), que se refiere a la prescripción de las cosas y acciones mercantiles en general, mientras aquel se refiere concretamente a la extinción de las acciones sobre valores de comercio endosables, como son las letras de cambio" (G.J. N° 1599, p. 87).
- 3.- "Las acciones procedentes de contrato sobre valores comerciales endosables que no se ejecuten dentro del plazo (señalado por la ley) siguiente al vencimiento de las mismas, quedan extinguidas" (Lab. Jud. 1978, p. 79).
- 4.- "Establecido que la letra de cambio motivo de este juicio había vencido en fecha 10 de Febrero de 1964, según el acta de protesto de fs... y comprobante de fs..., al tenor del art. 485 del c. mtl. (c. com. 589), que señala el plazo de 4 años (ahora, 3) para la prescripción, la acción ejecutiva en el caso de autos quedó extinguida en 1968, o sea, cuatro años antes de la fecha de iniciación de la demanda" (G.J. N° 1599, p. 108).

ARTÍCULO 590.- (Prescripción de la acción ejecutiva de regreso). La acción ejecutiva de regreso del tenedor prescribe en un año, contado a partir de la fecha de protesto y si fuera sin protesto, desde la fecha de vencimiento.

Precd: c. mtl. abrg. 485 -

Conc: c.c. 1492- 1507-c. com. 583-599-

Téngase en cuenta que la prescripción señalada por este art. y por el anterior, afecta a la acción ejecutiva cambiaria. Pérdida la oportunidad de la acción ejecutiva cambiaria, por el transcurso de estos plazos, sin que el interesado la haya intentado, la prescripción de la acción ordinaria extracambiaria se produce de acuerdo a las reglas generales del derecho común (por aplicación del precepto general del art. 786 del Código). La misma consecuencia, ha de considerarse pertinente para la prescripción de la acción ordinaria en el caso de las letras caídas en caducidad (perjudicadas).

JURISPRUDENCIA

Véase los casos del art. anterior.

ARTÍCULO 591. (Causas de interrupción de la prescripción). Las causas que interrumpen la prescripción respecto de uno de los deudores cambiarios no la interrumpen respecto de los otros, salvo el caso de firmantes de un mismo acto que, por ello, resulten obligados solidariamente.

Preced: c. mtl. abrg. 486 -

Conc: c.c. 446- 1504 - 1506 - c. com. 599- 641 -

Disposición conforme con los principios generales.

CAPÍTULO VI

PAGARÉ

ARTÍCULO 592.- (Contenido del pagaré). El pagaré debe contener:

- 1) La mención de ser pagaré, inserta en el texto del documento;
- 2) La promesa incondicional de pagar una suma determinada de dinero;
- 3) El nombre de la persona a cuya orden debe hacerse el pago;
- 4) Fecha de vencimiento o la forma de determinarla y el lugar de pago;
- 5) El lugar y fecha de suscripción del documento, y
- 6) La firma del suscriptor o deudor.

Preced: c. mtl. abrg. 463 - 468 - 469 -

Conc: c. com. 11-492-493-593-595- 1325-

El pagaré es un título - valor por el cual el suscriptor o librador promete incondicionalmente pagar cierta suma de dinero a determinada persona o a su orden, a la vista o en el plazo especificado en el mismo.

Su naturaleza y régimen, son en general, los de la letra de cambio, con la que esta estrechamente emparentada, lo que explica que muchos autores les examinen conjuntamente y que la ley declare extensivas al pagaré, explícitamente o en lo que no sea incompatible, las disposiciones relativas a la letra de cambio (arts. 596, 598 y 599). Entre los autores y prácticos se distingue la cambial en letras (de cambio) y la directa o propia, con estructura de la promesa directa unilateral obligatoria (Messineo).

Es, consiguientemente, un título abstracto, literal, formal, completo y necesario, transmisible por endoso, por cuya virtud cada endosatario, hasta el tenedor actual, inviste un derecho

original, distinto y autónomo y cada una de las obligaciones que contiene o puede contener el título, es abstracta, literal, diversa y autónoma.

Difiere de la letra de cambio, en que en esta, el librador o firmante se obliga a hacer pagar por un tercero: el girado, quien al aceptar se denomina aceptante y adquiere una obligación directa, mientras que en el pagaré, el suscriptor se obligaría, a pagar él, asumiendo de ese modo el papel de librador-aceptante, por lo que su situación cambiaría esta equiparada a la del aceptante de la letra de cambio (art. 596), lo que no se discute y ha sido generalmente consagrado (Vivante, Rodríguez, Malagarriga, Fernández).

Su uso tiene origen contemporáneo al de la letra de cambio y se extendió para burlar las prohibiciones de la usura por el derecho canónico, desapareciendo un tiempo cuando este admitió la exceptio usuraria e pravitatis (excepción de usura), hasta que el c. com. francés de 1807 le reglamenta, ejemplo seguido después por otras legislaciones (Supino y de Semo, cit. de Malagarriga), con variaciones en su denominación: vales billetes o pagarés cambiarios o a la orden. El c. mtl. abrg. lo regula bajo la denominación de vates o pagarés mercantiles (arts. 467 a 473), distinguiendo entre los librados a la orden o a domicilio, según si ha de pagarse en la residencia del deudor o en otro lugar (Rebolledo).

Sobre su forma, puede decirse que rige amplia libertad en cuanto a la redacción del documento, porque no hay precepto que determine la conformidad material del mismo. Sin embargo, debe cuidarse la observancia de los requisitos de su contenido, establecidos en este art., para la válida eficacia del pagaré.

Estos requisitos se relacionan con el documento en sí, con la obligación incorporada en él y con las personas que intervienen en su emisión.

La mención de ser pagaré, tiene importancia para excluir toda duda respecto de la naturaleza jurídica del documento que se emite, que se recibe o que se transmite. La fecha y el lugar de suscripción cumplen el mismo papel que en la letra de cambio o en el cheque. (incs. 1 y 5).

La precisa indicación de que se trata de una promesa incondicional de pagar suma determinada de dinero, en una época cierta o determinable y en un lugar señalado (incs. 2 y 4), se explica, porque tocante a la época de pago, la fijación de la fecha de vencimiento del pagaré es indispensable para su existencia válida y, a ese fin, la ley no reconoce en su otorgamiento más que dos modalidades precisas para señalar la época del pago: días o meses vista y a fecha fija (art. 593), lo que excluye la emisión de pagarés a la vista (aplicación del principio: exclusiva

consentur omnia quoe lex enumerando no inclusit). Por lo demás, en lo pertinente, cabe para este aspecto lo anotado al art. 541 sobre los requisitos de contenido de las letras de cambio. Sobre la falta de fecha de vencimiento y de indicación del lugar de pago, v. el art. 594, infra.

Las personas que intervienen en el giro del pagaré (incs.. 3 y 6), como ya se ha anotado anteriormente, son dos: el que promete el pago (girador) y el tomador o beneficiario a quien se hace la promesa. La emisión del pagaré se considera siempre emitido a la orden, una vez que están prohibidos los pagarés al portador (art. 595). En el supuesto de que se convenga entre partes o que sea condición puesta por el emitente, para evitar su transmisión por endoso, se puede consignar en el texto la cláusula no negociable o no endosable (art. 500). Si no hay más relación que entre emitente y tomador y no interviene ni avalista, el pagaré es una cambial seca (Messineo). Por lo demás, en lo relativo a la circulación (endosos) y garantías (avales), se aplican las reglas dadas para la letra de cambio (art. 599).

JURISPRUDENCIA

1.- "El pagaré mercantil es un documento que expide una persona que ejerce giro comercial, que se obliga a pagar a otra que ejerce la misma profesión, cierta cantidad" (Lab. Jud. 1978, p. 71).

2.- Véase los casos Nos. 1 del art. 529; 1 del art. 598, y 3 del art. 803.

ARTÍCULO 593.- (Modalidades de otorgamiento). El pagaré se puede otorgar:

- 1) A días o meses fecha;
- 2) A fecha fija.

Conc: c. com. 592 - 595, 1) -
Comprendido en la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 594.- (Establecimiento de intereses). En el pagaré pueden establecerse intereses; éstos corren a partir de su fecha si no se estipula otra cosa.

Conc: c.c. 908 - c. com. 798 -

A diferencia de la letra de cambio, en la que no se admite cláusula de intereses, en el pagaré puede insertarse dicha cláusula validamente ajustada a lo pactado, haciendo referencia en el pagaré a los que devenga la cantidad principal desde la fecha de la suscripción, o bien a los que

hayan de pagarse a partir del vencimiento (intereses moratorios), e indicación del tipo que puede ser el mismo para ambas situaciones, o diverso.

ARTÍCULO 595.- (Pagaré nulo y salvedades). Es nulo el pagaré otorgado al portador o en blanco. Igualmente, el expedido con la omisión de los requisitos señalados en el artículo 592, excepto en los casos siguientes:

- 1) Si el pagaré no menciona forma o fecha de vencimiento se considera pagadero a su presentación;
- 2) Si no se indica lugar de pago se entiende como tal el de su expedición y, al mismo tiempo se presume el domicilio del deudor.

Precd: c. mtl. abrg. 473 -

Conc: c. com. 543 - 592 - 593 -

Un título - valor en blanco, particularmente en lo relativo al tomador, prácticamente es como un título girado al portador (v. la anot. al inc. 4) del art. 541). Siendo esencial la cláusula a la orden (art. 592, inc. 3), es lógica la consecuencia de nulidad para los pagarés emitidos al portador o en blanco que señala este art. La omisión de los requisitos relativos a la fecha de vencimiento y al lugar de pago, se salva por las normas supletorias señaladas en los incs. 1) y 2) del art. En el primer caso, el pagaré se paga a su presentación, esto es, a la vista, modalidad admitida sólo como consecuencia de una omisión que la ley suple, pero que no ha de interpretarse como autorización para emitir pagarés a la vista (v. la anot. al art. 592). En cuanto al segundo caso, la norma no es muy clara, una vez que la presunción que contiene -que es *iuris tantum*- confunde más que aclara la situación, como puede resultar del supuesto de que el girador haya expedido el pagaré en lugar diverso de su domicilio. La solución indicada habría sido señalar ambos lugares, alternativamente, a elección del tomador para el caso de omisión del lugar de pago.

ARTÍCULO 596.- (El suscriptor se equipara al aceptante de una letra de cambio). El suscriptor de un pagaré tiene la calidad de aceptante de una letra de cambio.

Precd: c. mtl. abrg. 462 - 468 -

Conc: c. com. 550 - 597 -

Comprendido en la anot. al art. 592.

El girador tiene una posición jurídica mixta. Por un lado tiene las obligaciones propias del girador de una letra: esencialmente responde del pago del título en todo caso y circunstancia. Por el

otro, como sucede con la letra girada a cargo del propio girador (art. 546), que se considera aceptada por este, el suscriptor o librador del pagaré tiene todas las obligaciones del aceptante de una letra.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 1 del art. 529.

ARTÍCULO 597.- (No necesita de aceptación alguna). El pagaré para producir efectos no necesita de aceptación alguna.

Precd: c. mtl. abrg. 462 -

Conc: c. com. 596 -

Es consecuencia lógica de lo que dispone el art. anterior.

ARTÍCULO 598.- (Protesto). El pagaré debe ser protestado por falta de pago de acuerdo con las normas dictadas para las letras de cambio. Llenado este requisito, tiene fuerza ejecutiva contra los obligados y avalistas, sin necesidad de reconocimiento de firmas.

Precd: c. mtl. abrg. 464 - 468 -

Conc: c. com. 569 - 581 - 587 -

Tienen aplicación al art. las anots. a los arts. señalados en la concordancia y sus correlativos. El protesto es necesario para la eficacia ejecutiva del título. La acción directa afecta al suscriptor y sus avalistas. La materia se rige en todo por las disposiciones dadas para la letra de cambio.

JURISPRUDENCIA

1.- "Los pagarés firmados por una cooperativa cuyos fines no persiguen lucro, no revisten carácter mercantil, por lo cual su reconocimiento es necesario para que revistan fuerza ejecutiva conforme al inc. 2) del art. 487 del p.c." (Lab. Jud. 1978, p. 66).

2.- Véase el caso N° 3 del art. 803.

ARTÍCULO 599.- (Disposiciones aplicables al pagaré). Son aplicables al pagaré, mientras no sean incompatibles con la naturaleza de este capítulo, las disposiciones previstas en los artículos

544 último párrafo, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 566, 567, 568, 569, 570 segundo párrafo, 573 574, 575, 576, 577, 578, 580 inciso 2), 581, 582, 583, 585, 586 587, 588, 589, 590 y 591.

Conc: p.c. 487 - c. com. Todos los arts. mencionados en la disposición -

Las anots. a los arts. mencionados en este art., son aplicables a él.

JURISPRUDENCIA

"La citación para el reconocimiento de un pagaré interrumpe la prescripción liberatoria" (G.J. N° 707, p. 37).

CAPÍTULO VII

CHEQUE

SECCIÓN I **GENERALIDADES**

ARTÍCULO 600.- (Contenido). El cheque debe contener:

- 1) El número y serie impresos. En su defecto, la clave o signo de identificación o caracteres magnéticos;
- 2) El lugar y fecha de su expedición;
- 3) Orden incondicional de pagar a la vista una determinada suma de dinero;
- 4) El nombre y domicilio del banco girado;
- 5) La indicación de si es a la orden de determinada persona o al portador, y
- 6) Firma autógrafa del girador.

Precd: L. 5 Dic. 1912 - art. 2 -

Conc: c. com. 11 -492 - 498 - 539 - 601 - 620 - 621, 3) - 634

La función del cheque y su importancia económica y jurídica, sólo pueden comprenderse, anota Rodríguez, en relación con los depósitos bancarios a la vista, que representan capitales necesarios para sus titulares que, por razones de comodidad y seguridad (inconveniencia del manipuleo de dinero), los depositan en instituciones de crédito, para disponer de ellos a la vista, esto es, en el momento en que los exijan. Algunos autores, por eso, estiman que su estudio debe incluirse en el de la cuenta corriente bancaria (arts. 1346 y s.), del cual el cheque sería mero

elemento (Rivarola, cit. de Fernández), cuando en realidad e inversamente, se observa, la cuenta corriente bancaria constituye elemento intrínseco, interno y fundamental del cheque, sin que tampoco ello importe que el estudio de dicho contrato deba subordinarse al del cheque (Mossa, Fernández), solución esta última que es la que sigue el Código.

Desde el punto de vista estructural se asimila a la letra de cambio, que también presenta tres partes: librador, girado y tomador u ordenatario, aunque los poderes y los deberes de cada uno de ellos, son, en gran parte, diversos en uno y otro título - valor (Messineo). La diferencia es de consideración (Vivante, Fernández), habida cuenta, sobre todo, la función económica que a cada uno de ellos se asigna; mientras la letra de cambio es un instrumento de crédito, el cheque es un instrumento de pago, diferencia que no existe para Messineo porque, más bien, se da otra característica común entre la letra y el cheque: ambos se entregan pro solvendo y no pro soluto, es decir, para pagar, como lo expresa un peculiar adagio alemán que cita a propósito: cheque no es pago (Anweisung keine Zahlung).

La diferencia fundamental con la letra de cambio, está en que el girado del cheque es solamente un encargado del librador para pagar, como si fuera su cajero (algunos autores, por eso, cuando hablan del cheque lo asocian a la idea del contrato de caja). El girado del cheque no está obligado a pagar ni se convierte en obligado principal, a diferencia del girado en la letra.

De esa diferencia esencial, derivan otras, como la de que el cheque se libra, por lo regular, para el pago de una deuda y es un mandato para cobrar (así se lo recibe por razón de liberalidades), en tanto que la letra, como el pagaré inclusive, aún siendo a la vista, son instrumentos de crédito. Mientras la letra no presupone necesariamente una relación de provisión (que la nueva reglamentación ya ni la considera) de la que ; dependa la posibilidad de girar letras, el cheque tiene como presupuesto legal para entrar en circulación una relación de provisión, dentro de cuyos límites únicamente se puede librarle. En la letra, por lo regular, el girado es deudor del girador, en el cheque el girado necesariamente debe ser una entidad bancaria o afín. La facultad de emisión de cheques implica además una relación contractual (cuenta corriente) que permita su uso.

En resumen: ambos, como títulos - valores, son de negociabilidad cambiaria, de lo cual derivan las semejanzas. Que su función económica es diversa, resulta de la propia legislación que establece, de acuerdo a las exigencias propias de cada instituto, normas especiales para su régimen.

Aunque se pretende encontrar antecedentes históricos del cheque en la antigüedad (Grecia y Roma, según Supino y de Semo, cit. de Malagarriga), parece evidente que el origen del cheque es menos remoto que el de la letra de cambio. Según la doctrina belga. Sir Tomas Gresham, banquero de Isabel I de Inglaterra, habría aplicado esa forma de retiro de fondos que conoció en los usos comerciales de Amberes. Según la generalidad de los autores, su origen como su nombre es inglés. La prohibición mediante ley de 1792 de los goldsmith's notes (derivados de unas notas de depósito que daba la familia de orfebres Goldsmith), que se habían convertido en títulos representativos de dinero depositado en poder de banqueros, que estos entregaban a los depositantes y eran pagaderos al portador y a la vista, dio origen a que los banqueros, para escapar a la mencionada prohibición, entregaran talonarios de formularios en blanco a sus clientes, para que los llenaran indicando cantidad y la persona (o al portador)) según desearan, a fin de que sean pagados a la vista.

Las primeras leyes reglamentarias sobre cheque son inglesas (1852 y 1856, cit. de Fernández). Pero, la primera ley orgánica sobre cheques, es la francesa de 23 de Mayo de 1865, desde cuando se generaliza su reglamentación, entre otros, en el c. com. italiano de 1882 (asegno bancario), en el c. com. español de 1885 (tos mandatos de pago llamados cheques). En el ordenamiento nacional, la Ley de 5 de Diciembre de 1912.

La naturaleza jurídica del cheque, es la misma que la de los títulos - valores hasta aquí estudiados, particularmente la letra de cambio, y como esta el cheque es un título de crédito de naturaleza cambiaria que implica derechos y obligaciones cartulares, abstractos, originales y autónomos, siéndole, por tanto, aplicable todo cuanto se ha dicho sobre la naturaleza jurídica de los títulos - valores ya examinados.

No es fácil encontrar una definición que satisfaga a todos y que pueda servir para diversas legislaciones. La ley inglesa define el cheque como la letra de cambio a la vista girada sobre un banquero, lo que hace del cheque una subespecie de la cambial. Resumidas, algunas definiciones, dicen: Orden incondicional dada a un instituto de crédito de pagar a la vista una cantidad de dinero a cuenta de una provisión previa (Rodríguez). Orden incondicional librada sobre un banquero que tiene fondos disponibles del librador, para pagar al tenedor y a la vista una suma de dinero (Fernández). Vivante, más lacónicamente, dice: es una orden de pago dada por un cliente sobre un banquero, que se ha obligado a hacer un servicio de caja.

El art. 1 de la Ley de 5 de Diciembre de 1912 da esta definición: "Orden de pago, a la vista, que permite al librador retirar en su provecho o en el de un tercero todo o parte de los fondos que

tenga disponibles en poder del librado, sea por depósito a su orden en cuenta corriente, por saldos de este a su favor o por crédito concedido en descubierto.

La emisión válida del cheque, supone el cumplimiento de las condiciones previstas por la ley, de las cuales unas son previas (prerequisitos), otras son de forma relativas al contenido del título y otras relativas a la capacidad del librador.

Cuando la ley habla de fondos disponibles, sumas a disposición, fondos del librador, crédito en descubierto, implica que hay provisión de fondos (art. 602), que quiere decir, que el librador tenga en poder del librado una cantidad de dinero que ella sea disponible, lo que importa exigibilidad, con anterioridad al giro. Además, es preciso que el Banco haya autorizado este giro, mediante el correspondiente contrato de cuenta corriente (art. 1347). La autorización, comprende la entrega de formularios especialmente destinados al efecto, que el Banco librado debe entregar al titular de la cuenta o librador, quien puede emitir sus órdenes de pago únicamente en esos formularios (art. 601, in fine).

La capacidad requerida al librador o cuenta-correntista, es la capacidad para contratar, exigida concordantemente por los arts. 1347, 2a fase, del c. com. y los arts. 483 y 484 del c.c.

El art. señala los requisitos de forma.

No se indica la mención de ser cheque como requisito, porque su expedición en formularios especiales a cargo de un Banco (art. 601) ya la comprende, así como los signos de identificación que precisa el inc. 1).

El lugar de expedición (inc. 2), tiene importancia, desde luego, para determinar el plazo de presentación para su pago, según la alternativa que señala el art. 607. Además, sirve para determinar su validez o invalidez, para lo que la ley del lugar de emisión rige los requisitos de forma (aplicación del principio general locus regit actum).

La indicación de la fecha (inc. 2), también es importante para los fines del art. 607. Además sirve para determinar si en ese momento existía la provisión de fondos, aparte cuestiones relacionadas con la capacidad del librador y las consecuencias en caso de quiebra, previstas por los arts. 1600 y 1601. Vencidos los plazos del art. 607, en giros normales o en caso de cheques antedatados, es preciso su revalidación (art. 610). En caso de cheques posdatados, el pago se hace a la presentación del cheque, así no haya llegado su fecha (art. 606). Estas disposiciones,

tienden a imponer, en lo posible, el principio de que la fecha de emisión del cheque, sea auténtica y, por lo menos, restrinjen el abuso de su inautenticidad.

La incondicionalidad de la orden de pagar (inc. 3), no supone la inclusión de una fórmula o cláusula correlativa en el texto del cheque; se cumple con la no inclusión en el mismo de esas formulas o cláusulas que impliquen condiciones. La cantidad de dinero a pagarse ha de ser fija y sin discriminaciones de conceptos, v. gr., capital o intereses, que se tienen por no puestas; las diferencias de cantidad entre la versión en números o en letras, se arreglan según las determinaciones del art. 496; la época del pago es a la vista, esto es, a la presentación y toda mención contraria se reputa no escrita (art. 606).

El inc. 4) se refiere a la denominación de la institución bancaria o de depósito y su dirección" que generalmente se consigna impreso en los formularios a que se refiere el art. 610, porque sólo puede haber un girado en un cheque, lo que no se altera cuando el cheque debe ser cobrado -lo que es posible- en diversos lugares (cobro de un cheque en diversas sucursales de una misma plaza o en diversas plazas).

La indicación del beneficiario (inc. 5), puede ser nominativa o al portador, según se gire o no a favor de determinada persona. Siendo nominativo el giro, se entiende que su transmisibilidad es de ordinario a la orden; el cheque al portador puede llevar consignada esta cláusula o simplemente puede omitir el nombre del beneficiario (o emplear alguna expresión equivalente, v. gr., en los Bancos norteamericanos cash, esto es, en efectivo).

La firma del girador (inc. 6), ha de ser manuscrita, y generalmente esta registrada en el Banco; puede o no llevar para aclarar la firma el nombre del girador estampado mediante cualquier sistema mecánico de reproducción (sello o impresión en el mismo formulario, v. gr.).

La inobservancia de los requisitos examinados, por parte del girador, autoriza el rechazo del pago del cheque (art. 620 2) y el pago de un cheque a pesar de no reunir los requisitos señalados, hace responsable al Banco girado (art. 621, incs. 3 y 4).

JURISPRUDENCIA

1.- "El cheque esta considerado para las obligaciones mercantiles como orden de pago de una cantidad determinada de dinero, sin que sea necesario, atenta su forma especial, que en su extensión se observen los requisitos de que trata el art. 212 del c. mtl. (787, c. com.)" (G.J. N° 817, p. 35).

- 2.- "El cheque es un documento que debe ser abonado a la vista o a su presentación (dentro del término legal previsto)" (G.J. N° 817, p. 35).
- 3.- Véase el caso único del art. siguiente.

ARTÍCULO 601.- (Expedición en formularios). Los cheques sólo pueden ser expedidos en formularios a cargo de un Banco autorizado y se entregarán al titular de la cuenta bajo recibo.

El documento que en forma de cheque se expida en contravención de este artículo, no produce efectos de título - valor.

Los cheques pueden ser impresos en maquinas especiales, siempre que contengan los datos necesarios para su validez.

Precd: L. 5 Dic. 1912, art. 3 -

Conc: c. com. 491 -600-620, 2) - 621, 4) -

Comprendido en la anot. al art. 600.

JURISPRUDENCIA

"Siendo el cheque, como título-valor que es, un documento que contiene derechos autónomos y literales y cuyo ejercicio esta subordinado a su presentación, debe ser presentado (para su pago) en original, no pudiendo ser reemplazado, para su cobranza, con un testimonio y mucho menos con una fotocopia" (Lab. Jud. 1973, p. 128).

ARTÍCULO 602.- (Fondos disponibles). El girador debe tener, necesariamente, fondos depositados y disponibles en el Banco girado o haber recibido de éste autorización para girar cheques en virtud de una apertura de crédito.

Precd: L. 5 Dic. 1912. art. 1

Conc: c. com. 605 - 620, 1) - 629 - 1309

Comprendido en la anot. al art. 600.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 1 del art. 640.

ARTÍCULO 603.- (Limitación de la negociabilidad). El girador o cualquier tenedor puede limitar la negociabilidad del cheque estampando en el mismo la expresión "no negociable" o "intransferible", en cuyo caso estos cheques y los no negociables por disposición de la Ley, sólo pueden ser endosados para su cobro a un Banco.

Preced: L. 5 Dic. 1912, arts. 15 - 16 - 17 -

Conc: c. com. 520-604-623-626-627-639-727-

La limitación a la negociabilidad del cheque puede determinarla el girado o cualquier endosante, con la inclusión de la cláusula que señala el art. Sólo los cheques nominativos pueden ser motivo de esta limitación.

La ley establece la limitación de la no negociabilidad, expresamente, v. gr.: el cheque expedido en favor del girado (art. 604), el cheque cruzado (art. 623), el cheque para abono en cuenta (art. 626), el cheque de caja (art. 627), el cheque con talón para recibo (art. 639).

La no negociabilidad implica que no pueden ser endosados, excepto una vez, a la institución de crédito correspondiente, para su cobro, su abono. etc.

ARTÍCULO 604.- (Cheques girados o endosados a favor de Bancos). El cheque expedido o endosado a favor del Banco girado, no es negociable.

Conc: c. com. 603 -

Comprendido en la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 605.- (Responsabilidad del girador). El girador es responsable del pago del cheque, toda cláusula que lo exima de esta responsabilidad, se tendrá por no escrita.

Conc: c. com. 602 - 614 - 619 -

Esta responsabilidad del girador por el pago del cheque, se materializa en vía de regreso (Messineo). Ella no se excusa en ningún caso ni circunstancia, inclusive en el supuesto de Un cheque certificado; la obligación cambiaria de pagar que nace a cargo del girado, no excluye la obligación del girador, dice Rodríguez, particularmente si el girador revocara el cheque certificado antes de que transcurra el plazo de presentación, contra lo previsto por el art. 631 (v. la anotación al art. 609).

SECCIÓN II PRESENTACIÓN Y PAGOS

ARTÍCULO 606.- (Principio general). El cheque es Pagadero a la vista. Cualquier anotación en contrario se tendrá por no escrita.

El cheque postdatado es pagadero a su presentación, aún antes de que llegue su fecha y el Banco no puede rechazar el pago por esta causa, bajo su responsabilidad Conforme al artículo 611.

Precd: L. 5 Dic. 1912, art. 6 -

Conc: c. com. 611 - 727 -

Comprendido en la anot. al art. 600.

A diferencia de la letra de cambio que tiene múltiples maneras de vencimiento (art. 544), el cheque vence, por definición (Messineo), de un solo modo: es pagadero a la vista, o sea, sin aplazamiento de pago. El pago debe ser inmediato a la petición del mismo. El momento del vencimiento emana de la presentación que provoca la vista del cheque.

La legislación y la doctrina concuerdan en que los cheques postdatados deben pagarse a su presentación, aunque esta sea anterior a la fecha que aparece señalada para su pago en el documento, porque lo contrario importaría desvirtuar el principio de que los cheques son pagaderos a la vista y de que toda mención contraria al pago a la vista se tendrá como no escrita. La presentación del cheque para su pago, es prueba de que el ha sido librado antes de la fecha indicada en el título, y se da fe a ese hecho, no a la fecha escrita en aquel (Messineo). Una de las consecuencias es que si el girador no tiene fondos disponibles en el día de la presentación, se considera el cheque emitido en descubierto para todos los efectos legales.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso único del art. 601.

ARTÍCULO 607.- (Término para la presentación). Los cheques deben presentarse para su pago:

1) Dentro de los treinta días corridos a partir de su fecha, si fueran expedidos en el territorio nacional;

2) Dentro de los tres meses, si fueran expedidos en el exterior para su pago en el territorio nacional.

Precd: L. 5 Dic. 1912, art. 7 -

Conc: c. com. 610 - 616 - 727 - 728 -

Comprendido en la anot. al art. 600.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 2 del art. 600.

ARTÍCULO 608.- (Presentación en cámara de compensación). La presentación de un cheque en cámara de compensación, surte los mismos efectos que la hecha directamente al girado.

Conc: c. com. 609 -

Véase la anot. al art. 564.

La cámara de compensación simplifica el pago de los cheques, porque hace posible que se reduzcan al mínimo los pagos que deben efectuarse en dinero efectivo, pues sin ella, para que se hagan efectivos los cheques se hace necesario que cada beneficiario comparezca ante el respectivo Banco girado, que deberá desembolsar el importe en moneda.

La idea de extinguir deudas por medio de la compensación y su práctica consagrada en el derecho, son antiquísimas. En el mundo económico se ha manifestado en los establecimientos constituidos por banqueros, comerciantes o empresas industriales, para liquidar sus créditos y deudas, compensándolas hasta la concurrencia de la menor y pagando únicamente el saldo. Es discutido su origen. Los autores franceses, le señalan en la Cámara de Lyon que en el siglo XVII efectuaba compensaciones de documentos cambiarios entre los comerciantes concurrentes a las ferias periódicas de esa ciudad; los autores italianos le señalan en las Stanza del pubblici pagamenti de Liorna (siglo XVIII). Sin embargo, se reconoce que con el mecanismo y funciones actuales, es una institución de origen inglés, creada primeramente en Londres (1755) y Edimburgo (1760), que se desarrolla después a través de la Railway Clearing House (1842) para liquidaciones y compensaciones entre las empresas ferroviarias y de los Stocks Exchange Clearing House, con la misma finalidad entre agentes de Bolsa (Cits. de Fernández).

Aunque es materia técnica, propia de otra especialidad, cabe dar una idea ligera de su mecanismo: cada Banco envía los cheques en su poder; se comunican entre si los cheques a

cargo de sus respectivos Bancos, que deben informar en tiempo breve si son corrientes y se efectúa la compensación con los cheques regulares. Sin perjuicio de la contabilidad que cada Banco lleva respecto de cada uno de los otros, sobre las sumas deudoras y acreedoras y el saldo, la compensación en la Cámara se efectúa mediante operaciones contables, suponiendo la existencia de una cuenta corriente entre cada Banco y la entidad central, representada por uno de ellos o por la Cámara, la cual recibe los cheques y mediante un sencillo balance de débito y crédito los compensa, determinando los saldos a su favor y en su contra, acreditando o debitando su importe a cada Banco. La operación así es más rápida y precisa que si se efectuaran directamente entre los Bancos y no es necesario que los saldos deudores se paguen diariamente, lo que se cumple con medios contables.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 4 del art. 589.

ARTÍCULO 609.- (Pago total o pago parcial). El Banco girado debe exigir, al pagar el cheque, que le sea entregado cancelado por el tenedor. El Banco girado está en la obligación de cubrir el importe de los cheques hasta el agotamiento del saldo disponible, salvo disposición judicial o administrativa que lo libere de tal obligación.

Si los fondos disponibles no fueran suficientes para cubrir el importe total del cheque, el Banco debe ofrecer al tenedor el pago parcial, el saldo disponible. Empero el tenedor puede rechazar dicho pago.

Conc: c. com. 608 - 612 - 620, 1) -

La presentación del cheque implica exigencia de cobro y, por consiguiente, que el librado debe efectuar el pago del mismo. Sin embargo, como anota Rodríguez, el librado no tiene obligación cambiaria de pagar el cheque, aunque si puede aparecer comprometido al pago del mismo con el girador, con obligación extracambiaria, por virtud del depósito o la apertura de crédito, dentro del contrato de cuenta corriente, razón por la cual autorizó el giro a su cargo de esta clase de títulos valores. Por eso, frente al tenedor del cheque no tiene obligación de pagar y en caso de falta de pago, el tenedor nunca puede dirigirse en contra del Banco librado, sino contra el girador, conforme lo establece el art. 605 (v. la anot. respectiva).

Esto se comprende, dice Messineo, habida cuenta que el girado, en cuanto actúa como simple mandatario del cliente, autorizado a pagar, no asume ninguna obligación propia frente al tomador o al endosatario.

El cheque debe ser pagado por su importe total, es decir, el pago debe cubrir la cantidad indicada en el mientras haya provisión de fondos disponible. No se puede obligar al tenedor a recibir un pago parcial, que esta autorizado a rechazarlo, a diferencia de lo que ocurre con la letra de cambio, en la que el tenedor es obligado a recibirlo (art. 566). El art. parece inspirado en la Ley uniforme de Ginebra concerniente al cheque (art. 34) aunque con la variante relativa a lo rehusable del pago parcial.

El pago ha de hacerse en la moneda acordada en el contrato de cuenta corriente, el giro de un cheque en moneda diversa a ella, exime al Banco de responsabilidad por su no pago.

Presentado el cheque, aunque el girador este debidamente autorizado para su giro y tenga provisión de fondos, el girado esta autorizado a no efectuar el pago, cuando se da alguno de los casos previstos en el art. 620, en varios de los cuales puede darse la disposición judicial o administrativa aludida en el art.

ARTÍCULO 610.- (Pago de cheques revalidados). El cheque no presentado en los términos del artículo 607 requiere para su pago de la revalidación efectuada por el girador en el mismo cheque, cuya validez será de un período igual al de la presentación.

Precd: L. 5 Dic. 1912, art. 8 -

Conc: c. com. 607 -

Comprendido en la anot. al art. 600.

ARTÍCULO 611.- (Negación de pago sin justa causa). Cuando sin justa causa el Banco girado se niegue a pagar un cheque o no haga el ofrecimiento de pago parcial previsto en el artículo 609, resarcirá al tenedor los daños y perjuicios ocasionados a éste.

Precd: L. 5 Dic. 1912, art. 10 -

Conc: c. com. 606 - 609 -

El resarcimiento de daños al tenedor por parte del girado, establecido en este art. para el supuesto que menciona, contradice uno de los principios básicos en materia de cheques, tenazmente defendido por los banqueros, según Fernández, que es el relativo a la completa

libertad y desvinculación del Banco girado con relación al tenedor. La situación legal del Banco frente al tenedor, dice el autor citado, es la del girado no aceptante de una letra de cambio: el tenedor por el mero hecho de serlo, no puede compelerle al pago y carece de todo derecho cambiario o extracambiario contra el mismo y, consiguientemente, de toda acción; solamente puede accionar, basándose en el derecho común y en las vinculaciones de derecho fundamentales entre girado y librador, subrogándose como acreedor en los derechos de este.

Por lo demás, las legislaciones abren en estos casos responsabilidad al librador por los daños que cause una negativa injustificada del librado, al que el tenedor no puede compelerle al pago, ya que sus derechos están a salvo contra el librador (art. 605). Y el girado es responsable ante el girador en caso de negativa injustificada de pago, responsabilidad que además corresponde definirla según el derecho común.

No se sabe cual sea la fuente doctrinal o legislativa de este art. La reglamentación de su precedente, la L. de 5 de Dic. de 1912 (art. 10), conforme con los principios básicos mencionados al empezar esta anotación, dice: "cuando el librado se niegue a pagar un cheque sin causa legítima, responderá al librador por los daños e intereses que cause su negativa, pero el tenedor no podrá compeler al librado al inmediato pago, quedando sus derechos a salvo contra el librador".

En la buena doctrina, el único caso en que el librado puede ser compelido al pago por el tenedor, es el del cheque certificado (art. 630), con las consecuencias de resarcimiento de daños, en el supuesto de una negativa de pago.

Es una excepción a la regla general que se ha expuesto.

ARTÍCULO 612.- (Aceptación de pago parcial). Si el tenedor admite el pago parcial del cheque, firmara recibo por la cantidad cobrada. El Banco en este caso anotará tal circunstancia en el reverso del propio cheque, el cual quedará en poder del tenedor para los efectos legales consiguientes.

Conc: c. com. 609 -

Los efectos legales consiguientes, aludidos en el art., son los de protesto, a los fines de los arts. 615 y 616, para cuyo objeto la ley dispone que el cheque, con la anotación del pago parcial respectivo, quede en poder del tenedor.

ARTÍCULO 613.- (Prohibición de revocar u oponerse al pago de un cheque). Mientras no haya transcurrido el plazo legal para la presentación del cheque, el girador no puede revocarlo ni oponerse a su pago, salvo lo dispuesto sobre cancelación o reposición de títulos - valores o por alguna de las causas comprendidas en el inciso 4) del artículo 620, o por orden judicial.

Conc: c. com. 620, 4) - 724 y s. - p.c. 504 -

Se discute si corresponde hablar o no de revocabilidad, ya que ni conceptuando el giro de un cheque como mandato (doctrina superada en general, pero vigente en Inglaterra), cabe sostener la tesis de la revocabilidad, puesto que ha sido otorgado en beneficio del supuesto mandatario (beneficiario o tenedor) según principio general de derecho (c.c. art. 829, I, 2).

En la doctrina más reciente se impone la irrevocabilidad. Se distingue tres corrientes en la legislación: a) la inglesa, seguida en Perú, Costa Rica, Nicaragua, cuyas leyes admiten la revocabilidad, sin limitación en el tiempo ni en los motivos. En los Estados Unidos, no hay ley explícita, pero la doctrina admite la revocabilidad; b) se la admite solo con posterioridad al plazo establecido por la ley para la presentación a los fines de su cobro, en la corriente que sigue el estatuto uniforme de Ginebra de 1931: Alemania, Italia, Austria, Japón, México, etc.; c) se la admite en casos determinados, extravío del cheque o quiebra del tenedor, hurto, robo, en Francia, Ecuador; d) hay legislaciones que guardan silencio al respecto: Estados Unidos, Suiza, España, Colombia (cits. de Fernández).

El Código, como se ve, sigue eclécticamente los sistemas indicados en los puntos b) y c) y declara irrevocable el cheque durante el lapso legal para su presentación, excepto en los supuestos que menciona y que se examinan en su lugar.

ARTÍCULO 614.- (Muerte o incapacidad del girador). La muerte o incapacidad sobrevinientes del girador no son causas para que el Banco rehuse pagar el cheque.

Conc: c. com. 605 - 617 - 620, 5) -

Dentro del amplio concepto moderno y de la teoría de la doble autorización, que ha substituido con ventaja la teoría del mandato, en cuanto a las relaciones extracartulares relativas a la emisión del cheque y que consiste en la dada al tenedor para que cobre, por una parte y, por la otra, la dada al girador para que pague, la generalidad de las legislaciones y la Ley uniforme de Ginebra de 1931 aceptan y regulan que la muerte o la interdicción sobrevenidas a la emisión del cheque, no afectan sus efectos. Están conformes con esta solución la generalidad de los autores franceses, que fundan su conformidad en que por el libramiento del cheque se produce una

transmisión de la provisión de fondos al tenedor, que adquiere derecho de propiedad sobre la misma (en el monto que representa el cheque, desde luego), y también por otros autores que comentan sus legislaciones nacionales: Mossa, Canstein, Conrad, Franchi, Ramella, Vivante, Messineo, Malagarriga, Fernández, etc.

Las leyes inglesa y argentina (c. com. argentino art. 808, 2), disponen el no pago del cheque por causa de muerte o incapacidad sobrevenida del girador.

La solución seguida por el Código, esta bien fundada en la mejor doctrina, no sólo desde el punto de vista de las relaciones de derecho entre librador y girado, sino del más amplio de la fe pública, de los intereses de terceros de buena fe, de la función económica y jurídica del cheque y la conveniencia general en la difusión de su uso, que sólo puede conseguirse rodeándolo de las mayores seguridades de pago (Fernández).

ARTÍCULO 615.- (Protesto). La constancia puesta por el Banco en el cheque de haber sido presentado en tiempo y no pagado total o parcialmente, surte efectos de protesto. La constancia se anotará en el mismo cheque o en hoja adherida a él, señalando los motivos de la negativa del pago, la fecha y hora de presentación.

Precd: L. 5 Dic. 1912, art. 10

Conc: p.c. 487, 3) - c. com. 616 -

El régimen del protesto establecido por la L. de 1912, ha sido modificado por este art., con sentido práctico. Esta indudablemente inspirado en la Ley uniforme de Ginebra de 1931 (art. 40), que permite substituir el protesto auténtico (hecho ante notario) por una declaración del girado fechada y escrita sobre el cheque con la indicación del día de la presentación o por la declaración fechada de la respectiva Cámara compensadora. La citada ley internacional exige únicamente que el protesto o la declaración equivalente, sea hecha antes de la expiración del plazo para la presentación, lo que en la disposición del art. esta previsto en la frase la constancia puesta por el Banco en el cheque de haber sido presentado en tiempo y complementada en el art. siguiente (616). que quita la fuerza ejecutiva propia del título - valor al cheque no presentado o no protestado dentro de los términos señalados en los arts. 607 y 615.

SECCIÓN III **ACCIONES DERIVADAS DEL CHEQUE**

ARTÍCULO 616.- (Pérdida de la calidad de título - valor del cheque). El cheque no presentado o no protestado dentro de los términos señalados en los artículos 607 y 615, pierde su condición de título-valor, salvándose los derechos del tenedor en la vía legal correspondiente.

Conc: c. com. 607 - 615 -

Lo que en realidad dispone el art. es la caducidad de la acción ejecutiva, efecto y expresión que con más propiedad señala el art. 588 para la letra de cambio.

ARTÍCULO 617.- (Acción ejecutiva contra endosante o contra herederos o representantes del girador). El endosatario podrá ejercer acción ejecutiva contra el o los endosantes inmediatos anteriores, cuando presentado el cheque al Banco no hubieran fondos en la cuenta o ellos fueran insuficientes. Asimismo, el tenedor o endosatario de un cheque no pagado a su presentación por iguales causas, habiendo fallecido el girador o sobrevenido su interdicción, puede también ejercer acción ejecutiva contra los herederos o representantes del fallecido o interdicto.

Conc: c. com. 614 - 618 -

El cheque como título ejecutivo, tiene valor solamente en las relaciones de regreso, en cuanto no pudiéndose accionar en proceso de cognición (conocimiento) contra el girado, tampoco se puede accionar contra el en vía ejecutiva (Messineo), lo que confirma la inexistencia de una acción cartular directa nacida del cheque bancario, consecuencia que resulta clara de lo dispuesto en el art. 641.

La acción contra los herederos o representantes del girador fallecido o incapacitado, es consecuencia lógica de la regla del art. 614, que declara que la muerte o incapacidad sobrevenida del girador no afecta a los efectos de la emisión del cheque.

ARTÍCULO 618.- (Término de prescripción de la acción ejecutiva). La acción ejecutiva referida en el artículo anterior, prescribe a los seis meses a contar de la fecha en que el endosatario pague el cheque o desde la fecha de presentación al Banco, según sea el caso.

Conc: c. com. 617- c.c. 1492 - 1507 -

En el plazo señalado prescribe la acción ejecutiva cambiaria. La de la acción ordinaria extracambiaria, prescribe según las reglas del derecho común, como en el caso de las letras de cambio (v. los arts. 589 y 590).

ARTÍCULO 619.- (Falta de pago imputable al girador). El girador de un cheque presentado en tiempo y no pagado por causa imputable al propio girador resarcirá al tenedor de los daños y perjuicios ocasionados por ello, independientemente del pago del importe del cheque.

Conc: c. com. 605-c.c. 984-

Es consecuencia del principio general que sobre la materia consigna el art. 605, dentro del cual debió insertarse esta disposición que, además del pago del importe del cheque, atribuye al girador la responsabilidad de los daños y perjuicios que ocasione con el no pago del cheque, por un acto o causa imputable al mismo. Es también una consecuencia del principio general contenido en el art. 984 del c.c., cuando esa causa imputable al girador no tiene justificación en la ley (v. gr. casos del inc. 4, del art. 620).

ARTÍCULO 620.- (Casos en que el Banco debe rechazar el pago del cheque). El Banco girado debe rechazar el pago de un cheque en los siguientes casos:

- 1) Cuando no hubieran fondos disponibles en la cuenta o no hubiera autorizado expresamente al cuentacorrentista para girar cheques en virtud de concesión de un crédito, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 609;
- 2) Si el cheque no reúne los requisitos señalados en los artículos 600 y 601, salvo las omisiones subsanables;
- 3) Si el cheque estuviera tachado, borrado, interlineado o alterado en cualquiera de sus enunciaciones o si mediara cualquier circunstancia que hiciera dudosa su autenticidad;
- 4) Cuando el girador o el beneficiario del cheque notifiquen oportunamente y por escrito al Banco, bajo su responsabilidad, que no se pague el cheque por haber mediado violencia al girarlo, al transmitirlo o por haber sido sustraído o extraviado, bajo protesta de cumplir con las formalidades de los artículos relativos a la cancelación y reposición;
- 5) Cuando tuviera conocimiento de la muerte o declaración de incapacidad del girador y el cheque llevase fecha posterior a esos hechos;
- 6) Desde su notificación por autoridad judicial competente o tuviera noticia cierta de la declaración de quiebra, concurso de acreedores o cesación de pagos del girador.

Precd: L. 5 Dic. 1912, art. 9 -

Conc: c.p. 204-205-c. com. 600-601-602-609-613-614-621, 5) -622-640-

Girar un cheque sin la provisión de fondos o sin la autorización de sobregiro, que implica su libramiento (art. 602) , además de justificar el rechazo del girado (inc. 1), constituye delito sancionado por los arts. 204 y 205 del c.p., según casos y circunstancias previstos en estas disposiciones y en las del art. 640 del c. com., que se examina en su lugar. Igual comentario cabe para el inc. 2), cuando la emisión del cheque contiene omisiones insubsanables respecto de los requisitos exigidos para su giro en los arts. 600 y 601. Se admiten como omisiones o irregularidades subsanables, por ejemplo, si se incluye una cláusula condicional (art. 600, 3) que se considera no puesta; la contradicción entre las cantidades consignadas en números y en letras en el texto: se paga la escrita en letras, y si apareciere escrita en letras dos veces, la de menor cuantía (art. 496); la falta de nombre del beneficiario, hace que se considere el cheque como girado al portador. La falta de los otros requisitos determinados por ley, se estima insubsanable y hace nulo el cheque.

La razón del (inc. 3) es obvia. En los supuestos que menciona, enunciativa no limitativamente, el cheque deja de ser regular. Además de negarse a pagar para no caer en la responsabilidad que señalan los incs. 1) y 2) del art. siguiente (621), el girado debe dar aviso a su cliente en casos de notoria y manifiesta falsificación o adulteración a los fines del art. 122 del p.p., ya que no está autorizado a detener el cheque como lo permiten otras reglamentaciones.

El inc. 4) no es propiamente un caso de revocabilidad, aunque así lo considera el art. 613 (v. la anot. respectiva). No lo es porque según el sentido técnico del vocablo revocabilidad, implicaría la facultad del girador de dejar sin efecto la autorización de pago que supone el cheque, dada al Banco, reservándose los motivos o razones determinantes (Fernández); por eso es que en el mandato la revocabilidad depende de la voluntad del mandante, cosa que no ocurre en el caso, una vez que el girador está obligado a especificar las causas que le inducen a instruir el no - pago, bajo protesta -que es una obligación- de cumplir con las formalidades señaladas para la cancelación y reposición de títulos - valores (arts. 724 a 738). La falsificación, el robo o el extravío del cheque o la violencia ejercitada para su emisión, no son causas de revocar la orden de pago que contiene el cheque, porque en la falsificación y la violencia, propiamente, no se ha dado la orden por quien deba darla y en el caso del hurto o del extravío, el circunstancial tenedor no es el autorizado legítimo para efectuar el cobro. Entonces, sólo se trata de que la ley reconoce en estos casos, un derecho elemental, de detener el pago, cuando por las circunstancias mencionadas, el cheque se encuentra en poder de una persona que no es su tenedor legítimo. Si el aviso menciona falsificación, hurto o robo, el girado además de no estar autorizado a juzgar la veracidad del mismo, debe no sólo abstenerse de hacer el pago, sino que debe tomar las precauciones debidas, para cooperar a los servicios de seguridad correspondientes en la detención del tenedor ilegítimo, si se presentara a efectuar el cobro. Si el girador o el beneficiario

usan indebidamente esta facultad, no mediando ninguna causa justificada que la respalde, incurrirán en las responsabilidades consiguientes (art. 619).

El inc. 5) es por demás obvio. Supone una suplantación de la persona del titular de la cuenta y la falsificación de su firma. La declaración de incapacidad, implica interdicción declarada en los términos que señalan los arts. 343 del c.f. y 5, 2) del c.c.

El inc. 6) se explica por si solo y cabe dentro de las previsiones de los arts. 1600 y 1601 del Código y 504 del p.c.

ARTÍCULO 621.- (Responsabilidad del Banco en el pago de un cheque). El Banco responde de las consecuencias del pago de un cheque, en los siguientes casos:

- 1) Cuando la firma del girador fuese notoriamente falsificada;
- 2) Cuando estuviera visiblemente alterada, haciéndose dudosa su autenticidad;
- 3) Cuando el cheque no reuniera los requisitos señalados en el artículo 600;
- 4) Cuando el cheque no correspondiera a los talonarios o formularios proporcionados al girador de conformidad a lo dispuesto en el artículo 601;
- 5) Cuando habiendo recibido aviso oportuno del titular y por escrito pagara cheques extraviados o robados.

Precd: L. 5 Dic. 1912, art. 11 (primera parte) -

Conc: c. com. 600-601 -620, 4) -

Determinar la responsabilidad del pago en materia de cheques falsificados o adulterados y la consecuencia de si ella debe recaer sobre el librador o el girado, no ha sido de fácil solución y, desde el punto de vista dogmático y legislativo, se sostiene diversos sistemas (Fernández): a) debe soportar el daño el Banco girado, salvo culpa del girador; b) a la inversa, debe soportarlo el librador, salvo culpa del girador, y c) deben soportarlo en conjunto, salvo culpa exclusiva (o también mayor culpa) de uno de ellos. Establecida, en principio, la responsabilidad del girado, la del librador o la de ambos, ella sólo se desvía o excluye cuando media culpa de la otra parte. En las conferencias previas y en las que dieron por resultado la Ley uniforme de Ginebra de 1931, no se alcanzó una solución uniforme, excepto en el sentido de abandonar la cuestión a las legislaciones nacionales.

Respecto de los cuatro primeros incisos, la justificación de la responsabilidad del girado, emana del mínimo de obligaciones que supone la de cumplir la autorización del girador y pagar validamente, las cuales Rodríguez resume así:

1º) Comprobar la autenticidad de la firma del girador, la cual es base indispensable para la válida existencia del cheque; comprobación que supone el cotejo o verificación de la firma estampada en el cheque con la de identificación registrada que el Banco debe conservar en su archivo.

2º) Comprobar la validez del cheque, esto es, determinar no sólo si el cheque llena los requisitos de forma indispensables (arts. 600 y 601) para su consideración como tal, sino la ausencia de alteraciones, raspaduras, enmiendas notorias que autoricen dudar de su autenticidad.

3º) Comprobar la legitimación del cobrador, o sea, examinar, según se trate de un cheque nominativo o al portador, de cheque cruzado, de un cheque para abono en cuenta, etc., si la persona que presenta al cobro el cheque está legítimamente autorizado para ello.

4º) Sin embargo y a pesar de las comprobaciones anteriores, de las que resulten que la firma del girador es auténtica, que el cheque llena satisfactoriamente los requisitos objetivos para su validez y que el tenedor está autorizado para su cobro, corresponde al Banco abstenerse de pagar si ha recibido aviso para no hacerlo, en la forma prevista por el inc. 4) del art. anterior.

El pago hecho con infracción de una de las normas anteriormente anotadas, no libera al Banco, que puede verse obligado a efectuar un segundo pago.

ARTÍCULO 622.- (Responsabilidad del cuentacorrentista en el pago de un cheque). El titular de la cuenta responde de los perjuicios ocasionados, en los siguientes casos:

- 1) Si su firma fuese falsificada en algunos de los cheques pertenecientes a los formularios o chequeras proporcionados por el Banco y la falsificación no fuese visiblemente manifiesta;
- 2) Si la cantidad fuera alterada y esta no sea notoria a simple vista, por haber dado lugar a ello por su propia culpa o descuido;
- 3) Si el cheque fuera firmado por dependiente o persona que use su firma y cuya facultad hubiera sido revocada sin darse aviso oportuno al Banco;
- 4) Si habiendo perdido o sufrido robo de los formularios o chequeras proporcionados por el Banco, no hubiera dado aviso oportuno a éste.

El girador que maliciosamente arguya la pérdida o robo de los cheques para evitar el pago de los legítimamente expedidos, será sancionado conforme a Ley Penal.

Precd: L. 5 Dic. 1912, art. 11 (2ª parte) -
Conc: c.p. 205-339-c. com. 620, 4) -621

Puede decirse que el art. constituye la excepción del anterior. Aunque la firma del girador sea falsa, o aunque el texto del cheque este alterado en cuanto a la cantidad, en forma no perceptible a simple vista de cualquiera, el Banco paga validamente y la responsabilidad se desplaza al girador, si la culpa de la falsificación o de la alteración es de el o de sus dependientes y esta culpa se presume, cuando el cheque aparece extendido en uno de los formularios proporcionados por el Banco al girador. Excepción que, a su vez, tiene otra, que devuelve la cuestión a la regla general examinada en el art. anterior: no se presume la culpa del cliente, o de sus dependientes, en la alteración del texto o en la falsificación de la firma, cuando estas son notorias o tan burdamente imitadas que podrían ser advertidas a simple vista por cualquiera persona y mucho más por el Banco, que tiene obligación de vigilancia.

Los incs. 3) y 4) son obvios y la responsabilidad y culpa son exclusivamente del girador o titular de la cuenta corriente.

Las leyes penales correspondientes a los supuestos de la última fracción del art., son las contenidas en los arts. 205 y 339 del c.p., relativos a la contraorden injustificada para impedir el pago de un cheque y a la destrucción de las cosas propias para defraudar.

SECCIÓN IV CHEQUES ESPECIALES

ARTÍCULO 623.- (Cheque cruzado). El cheque que el girador o tenedor crucen con dos líneas paralelas diagonales trazadas en el anverso, sólo podrá ser cobrado por un Banco y se llama cheque cruzado.

Precd: L. 5 Dic. 1912, art. 15 -
Conc: c. com. 603 -624 - 625 - 628 -

ARTÍCULO 624.- (Cruzamiento especial y general). Si entre líneas del cruzamiento aparece el nombre del Banco que debe cobrarlo, el cruzamiento será especial y el cheque sólo podrá ser cobrado por ese Banco. Será general si, entre líneas, no aparece el nombre de un Banco. En este caso, el cheque podrá ser cobrado por cualquier Banco.

Precd: L. 5 Dic. 1912, art. 16 -
Conc: c. com. 623 - 625 -

ARTÍCULO 625.- (Prohibición de borrar). No se podrá borrar o tachar el cruzamiento ni el nombre del Banco inserto en él. Los cambios o supresiones que se hicieran contra lo dispuesto en este artículo se tendrán por no puestos.

Conc: c. com. 623 - 624 -

La sección se ocupa de las figuras particulares de cheques cuya disponibilidad esta sometida a reglas particulares, determinadas por la ley e inalterables por el interés particular.

En que consiste el cruzamiento de cheques y sus dos formas, esta explicado en los arts. aquí examinados. Como concepto, puede indicarse que representa una garantía de que el título solamente será cobrado por intermedio de un Banco, que se supone conoce al beneficiario del mismo, con lo que se persigue la finalidad de impedir que un cheque pueda ser cobrado por persona no autorizada para ello.

El crossed, nació en Inglaterra; introducido por la práctica fue legalmente reglamentado (leyes de 1856 y 1858) y tomó tal difusión en el país de su origen, que los Bancos, al cliente que solicita libreta de cheques, le remiten cheques cruzados si no tienen indicación expresa en contrario (Fernández).

En cuanto a su naturaleza jurídica, respecto del Banco que debe efectuar el cobro, es la de una autorización otorgada por el autor del cruzamiento a favor de un banquero indeterminado, si es general, o del banquero expresamente designado, si es especial. Thaller y Valery (cit. de Fernández), entienden que la situación del Banco que se encarga del cobro es análoga a la del *adjectus solutionis gratia* del derecho romano, que implica una estipulación (o delegación) para percibir la suma debida por el promitente. Bouteron, por su parte (cit. *ibidem*), considera al tenedor de un cheque cruzado en la situación de un incapaz, que posee el derecho al cobro pero que no puede ejercitarlo sino por intermedio de un Banco o del Banco designado, cuyo derecho (el del Banco) para hacer el cobro emana de la ley. La propiedad del cheque pertenece al tenedor legítimo del mismo, esto es, a la persona a quien haya entregado el girador o a quien se haya endosado legalmente; el Banco que lo recibe para ponerlo al cobro tiene la posición jurídica de un apoderado, de un representante para el cobro y la obligación de su presentación al cobro por conducto de un Banco no altera la regla de que la propiedad del cheque corresponde a su titular

legítimo y, por eso, si ocurre la quiebra del Banco encargado, por ejemplo, los cheques cruzados deben ser devueltos a sus legítimos dueños (Rodríguez).

El autor del cruzamiento, puede ser el girador o cualquier endosante o avalista o el tenedor, según la doctrina y la legislación comparada. Como por tenedor ha de entenderse los tenedores sucesivos, que cuando endosan el cheque adquieren el carácter de endosantes, estos están incluidos en el precepto y, por las mismas razones que para los endosantes, dice Fernández, ha de considerarse que los avalistas pueden cruzar un cheque y no están por tanto excluidos del precepto.

La doctrina admite sin discrepancia (Fernández) que pueden ser cruzados los cheques de toda especie, nominativos, a la orden o al portador. Puede cruzarse un cheque abierto, es decir, originalmente sin cruzamiento (en uno de los endosos) y un cheque cruzado en general puede serlo nuevamente en especial. Algunas legislaciones (v. gr. la argentina, c. com. arts. 824 y 825), lo reglamentan expresamente.

El cruzamiento no puede ser borrado, tachado ni modificado, ni por su autor (girador o endosante) ni por los endosantes sucesivos o el tenedor. Esta disposición (art. 625) consagra la irrevocabilidad del cruzamiento, que es una consecuencia de la irrevocabilidad del cheque (art. 613). Así como no se puede revocar el cheque, no se puede revocar el cruzamiento para convertirlo en un cheque abierto (no cruzado) si el cruzamiento es general o especial, o en un cheque cruzado en general si esta cruzado especialmente, porque ello afectaría a todos los firmantes del cheque y al tenedor, privándoles, dice Fernández, de un factor de seguridad.

En cuanto a la transmisibilidad, el cruzamiento no supone limitación a la negociabilidad del cheque. Desde luego, esa consecuencia resulta del mismo art. 623, que autoriza efectuarlo al girador o cualquier tenedor (endosatarios convertidos en endosantes a tiempo de transmitirlos). La transmisión por endoso, si el cheque es a la orden, o mediante simple tradición si es al portador, sólo afecta la situación de los endosatarios y del tenedor, que adquieren un derecho derivado en vez de uno originario o autónomo, según doctrina uniforme (v. gr. Bouteron, Thaller, Chalmers, Lyon - Caen y Renault, Barclay Valery, Fernández).

ARTÍCULO 626.- (Cheques para abono en cuenta). El girador o el tenedor pueden impedir el pago del cheque en efectivo insertando en el texto la expresión "para abono en cuenta" u otra equivalente. En este caso, el Banco sólo abonará el importe del cheque en la cuenta que lleve o abra el tenedor. La expresión no puede ser suprimida ni borrada. Si el tenedor no tuviera cuenta y el Banco rehusara abrirla, negará el pago del cheque.

Conc: c. com. 603-628 -

Tipo de cheque originalmente ideado en Alemania, para generalizar los pagos mediante asientos de contabilidad (Fernández). Es el cheque de virement del derecho francés (Messineo). Sirve la finalidad perseguida con el cruzamiento del derecho inglés: asegurar su cobro al legítimo tenedor, evitando las consecuencias del extravío o robo del cheque.

No puede ser pagado en efectivo, sino mediante abono en una cuenta corriente. Es un pago contable y el Banco debe acreditarle de inmediato, porque el presentante puede, y ello es corriente, girar sobre su cuenta una vez hecho el depósito y retirar su importe, lo que no desnaturaliza la operación para abono en cuenta: ambas son operaciones diversas y sucesivas, aunque la segunda tenga lugar inmediatamente después de cumplida la primera.

La cláusula puede ser puesta por el girador o por un endosante. Consignada ella, no puede suprimirse y no es endosable. La fórmula de la cláusula para abono en cuenta, es la de la legislación mexicana. En la legislación comparada, las expresiones equivalentes corrientes son: únicamente para giro, para acreditar, para cargar en cuenta, para la cuenta de XX, etc.

La negativa en el supuesto del art. in fine, deja abierta al legítimo tenedor la acción de regreso, si ha intentado sin éxito su reposición (art. 727, 1), que procede no sólo cuando se formula en términos absolutos el rechazo del cheque por las causas ya examinadas, sino también, como en el caso que se examina aquí, cuando la forma de acreditarlo que se propone quien no es cliente del Banco no es aceptado por este (Mossa, cit. de Fernández).

ARTÍCULO 627.- (Cheques de caja). Sólo los Bancos pueden expedir "cheques de caja", que no son negociables, a cargo de sus propias dependencias, los mismos que serán en favor de persona determinada. Estos cheques pueden ser depositados en cuenta bancaria.

Conc: c. com. 520 - 603 -

Son los cheques para contabilidad que se giran, como expresa el art. por un Banco a cargo de sus propias dependencias, cualquiera sea el carácter de la operación: crédito en cuenta, transferencia, compensación, etc. (Fernández). Sólo puede ser objeto de depósito en cuenta corriente.

Regularmente sirve para realizar una compensación por el Banco con quien tiene su cuenta corriente con el. Es la cláusula Nur zur verrechnung del derecho alemán, introducida en una ley de 1883 siguiendo doctrina expuesta por Barklay (Malagarriga).

ARTÍCULO 628.- (Responsabilidad del Banco). El Banco que pague un cheque en forma distinta a la prescrita en los artículos 623 y 626 será responsable del pago irregular.

Precd: L. 5 Dic. 1912, art. 16-

Conc: c. com. 62 - 626 -

Este art. debió ser ubicado como un inc. del art. 621.

ARTÍCULO 629. (Cheque certificado). El girador de un cheque puede exigir que el Banco girado certifique la existencia de fondos disponibles para el pago del cheque. Las expresiones "certificado", "visado", "visto bueno" u otra equivalente, suscritas por el Banco, se tendrán por certificación.

La certificación no puede ser parcial ni extenderse en cheques al portador.

Conc: c. com. 602-630-

ARTÍCULO 630.- (Responsabilidad por la certificación). La certificación hace responsable al Banco girado frente al tenedor, de que durante el plazo de presentación el cheque será pagado a su presentación oportuna.

Conc: c. com. 629-631 -

ARTÍCULO 631.- (Irrevocabilidad del cheque certificado). El Banco mantendrá apartada de la cuenta, la cantidad correspondiente al cheque certificado. El girador no puede revocar el cheque certificado antes de que transcurra el plazo de presentación.

Conc: c. com. 630-

Se llama cheque certificado, esto es, con fondo garantizado, cuando el girado hace constar la existencia de fondos disponibles (art. 602), en los límites del importe concreto del cheque, con lo que queda obligado, bajo responsabilidad, a no apartarlos de la finalidad del pago del mismo y a no permitir el retiro de ese importe por parte del girador (Messineo). La certificación es

incondicional y total (art. 629), en el sentido de que ha de certificarse por todo su importe o no hay certificación (Rodríguez).

Además de las expresiones usuales para el efecto, que señala el art. y que regularmente se estampan en el mismo cheque, sin perjuicio de que puede hacerse también en hoja adherida, algunas legislaciones autorizan el uso de la palabra acepto, lo que ha dado lugar a diferencias doctrinales y legislativas sobre la necesidad de aceptación en el cheque, que algunas legislaciones la prohíben expresamente por considerarla contraria a la verdadera naturaleza y función del cheque.

La expresión acepto (además de otras) se usa en los Estados Unidos, en México y algunos países más, como equivalente de visto, bueno, certificado, que deriva de la legislación local en que tiene su origen (Estados Unidos, que no conoce ni práctica el cruzamiento). La primera ley norteamericana dada sobre el particular es la Negotiable Instruments Law, del Estado de Nueva York (19 de Mayo de 1897), luego generalizada. Cuando el portador de un cheque-dice- lo hace aceptar o certificar... el Banco (girado) no es responsable respecto del tenedor a menos y hasta lo que acepte y certifique.

Su existencia no es resultado de la creación teórica y racional, sino de la aplicación del sentido práctico ideado para dar plena seguridad en el cobro y, por eso, su importancia y utilidad son evidentes, porque llenan una verdadera necesidad en el mundo de las transacciones y su empleo aumenta la difusión del cheque, con beneficio general.

La certificación, no importa una substancial diferenciación con el cheque corriente, ni convierte a este en instrumento de crédito como la cambial. Conserva su naturaleza de orden incondicional de pago, con el agregado de que su cobro está garantizado porque la provisión de fondos está acreditada con anterioridad a su presentación; su función sigue siendo la de un medio de pago.

Nótese bien que el cheque continúa siendo tal, no obstante la certificación (así se la equipare a la aceptación de la cambial en algunas doctrinas) y su finalidad es sólo dar plena seguridad del pago (Fernández).

No pueden certificarse los cheques al portador, porque si ello fuere permitido, los cheques certificados al portador circularían como billetes de Banco fuera de su función propia. Tampoco son certificables los cheques de caja y los de viajero (Rodríguez), habida cuenta que consistiendo la certificación en la obligación del girado de pagar el cheque y estando expedido el de caja por

un Banco a su propio cargo, el Banco esta ya obligado a pagarlo en su calidad de girador; en el cheque de viajero oculte exactamente lo mismo y, por eso, en ambos casos, la certificación resulta innecesaria.

En lo que se refiere a la cuenta del girador, la certificación funciona como un pago hecho y debe cargarse inmediatamente a su cuenta a tiempo de emitir la certificación, aún cuando no se haya hecho la presentación para el pago (art. 631). De no actuar así el Banco girado, corre el riesgo de que el girador disponga del importe mediante otro cheque y de la responsabilidad prevista por el art. 630. La reserva es obligatoria por el tiempo concedido para la presentación.

La certificación no afecta la negociabilidad del cheque, según Fernández, pero Rodríguez advierte que un cheque certificado no puede ser endosado (lo que afecta su negociabilidad), por la misma razón que se prohíbe la certificación de cheques al portador, porque si fuera permitido su endoso, sena susceptible de circulación similar a la de la moneda papel, lo que desvirtúa su función. No esta expresamente previsto el caso en el Código, pero dadas las razones dichas y la ubicación del art. en la sección, que implica especial tratamiento respecto de algunos cheques, parece lógica la observación de Rodríguez y es la que cabe aplicar al caso.

La irrevocabilidad no esta debidamente reglada. Si la certificación ha sido tramitada por el girador, lo que suele ocurrir, la disposición del art. 631 in fine, es incontrovertible. Si la certificación ha sido tramitada por un tenedor (lo que se hace para depositar y acreditar en la cuenta propia en el mismo o en otro Banco y disponer también de inmediato de su importe), no parece haber razón de impedir la suspensión de pago en los supuestos, particularmente de los arts. 613 y 620, 4).

ARTÍCULO 632.- (Cheques de viajero). Los "cheques de viajero" deben ser expedidos únicamente por los Bancos autorizados al efecto y a su cargo. Serán pagaderos por su establecimiento principal, por las sucursales o los corresponsales del girador en el país o en el exterior.

Conc: c. com. 633 -635 -

ARTÍCULO 633.- (Negociación de cheques de viajero). El beneficiario de un cheque de viajero deberá firmar al recibirlo, y nuevamente al negociarlo en presencia del que pague, en el espacio del título al efecto destinado. El que pague o reciba el cheque debe verificar la autenticidad de la firma del tenedor, cotejándola con la firma puesta ante el Banco girador.

Conc: c. com. 632 - 635 -

ARTÍCULO 634.- (Disposiciones aplicables al cheque de viajero). Son aplicables al cheque de viajero, en lo conducente, las disposiciones de este Capítulo.

Conc: c. com. 600 y s. -

ARTÍCULO 635.- (Lista de las oficinas donde pueden cobrarse). El girador entregara al beneficiario una lista de los corresponsales o sucursales donde el cheque puede ser cobrado.

Conc: c. com. 632 - 633 -

ARTÍCULO 636.- (Responsabilidad en caso de no pago). La falta de pago del cheque de viajero da lugar a la acción ejecutiva por el tenedor para exigir al Banco, además de la devolución de su importe, una indemnización de daños y perjuicios.

Conc: c. com. 637 - 638 -

ARTÍCULO 637.- (Corresponsal como avalista del girador). El corresponsal que ponga en circulación los cheques de viajero adquiere la calidad de avalista del girador.

Conc: c. com. 636 - 638 -

ARTÍCULO 638.- (Término de prescripción de acciones). Prescriben en diez años las acciones contra el Banco que expida cheques de viajero Las acciones contra el corresponsal que ponga en circulación los cheques prescriben en cinco años.

Conc: c. com. 636 - 637 - c.c. 1507 -

Los cheques de viajero o cheques turísticos como los llama la ley italiana de cheques de 1933 (que es la que Messineo comenta en su Manual, sobre la materia), deriva de los traveller's cheks estadounidenses y de los assegni circolari italianos.

Son emitidos por un Banco a su propio cargo, para que sean pagados en diversos lugares, aún del extranjero. Su especialidad consiste precisamente en la multiplicidad de lugares de cobro, aún cuando sólo existe un girado, que es el propio Banco que los emite.

Sus principales características, son: a) el Banco que los emite es, a la vez, girador y girado; b) la pluralidad de lugares para su cobro; c) son necesariamente nominativos; d) se expiden por importes fijos, cuya determinación depende de la legislación local respectiva; v. gr. \$b. 10, 20, 50, 100.

El medio de legitimación a que esta subordinado su pago, que pone en práctica esta especie de cheque, es singularmente ingenioso (Messineo): consiste en que el tomador estampa en el momento de la emisión y en presencia del librador (o su agente), con el objeto de identificación de su persona, su firma sobre el cheque en un ángulo destinado al efecto y que, en el momento del pago, ponga una segunda firma, que el Banco girado (o el pagador) tiene la obligación de confrontar con la primera, para comprobar la conformidad de las dos y, por ese medio, la identidad del legitimado, todo lo cual hace fácil la legitimación y ahorra los problemas de la identificación. El peligro de que un indebido tenedor del cheque, hábil imitador de firmas o que se haya entrenado para imitar la auténtica o primera firma, se sortea con la exigencia, en su caso, de la identificación ordinaria (documentación personal).

Por lo demás, la reglamentación de los arts. examinados sobre el particular, es la que se considera pertinente y esta conformada a la práctica, conocida ya antes de esta reglamentación. Los plazos de prescripción (art. 638), son los que la ley determina para este caso particular, de acuerdo al principio del art. 1507 del c.c.

ARTÍCULO 639.- (Cheques con talón para recibo). Los cheques con talón para recibo llevan adherido un talón que debe ser firmado por el tenedor al cobrar el título.

Los cheques con talón para recibo no son negociables.

Conc: c. com. 520 - 603 -

ACCIONES Y SANCIONES PENALES

ARTÍCULO 640.- (Sanciones al girador). Incurrir en las sanciones previstas en el Código Penal quien expide cheques sabiendo que el girado no los pagara en el plazo de presentación por alguna de las siguientes causas:

- 1) No haber sido autorizado para girar cheques;
- 2) Falta o insuficiencia de fondos en la cuenta;

- 3) Haber dispuesto de los fondos después de haber girado cheques y antes de que transcurra el plazo para la presentación;
- 4) Si la cuenta estuviera clausurada o cerrada;
- 5) Si el giro de los cheques se hiciera con omisiones insubsanables por el tenedor, a menos que demuestre que no hubo intención de causar daño.

Asimismo, se aplicará las disposiciones del Código Penal a quien utilice el cheque como documento de garantía, sabiendo que no existen fondos para su pago.

Precd: D.S. N° 241 de 13 de Agosto de 1943 -

Conc: c.p. 204-205-c. com. 620-641-1353-1359-

Cualesquier de los supuestos enumerados en el art., constituye delito, sujeto a proceso y sanción penal, de acuerdo a las disposiciones de los arts. 204 y 205 del c.p. y eventualmente del art. 335 del mismo cuerpo legal (estafa), todo según casos y circunstancias.

Girar un cheque contra una cuenta clausurada o cerrada, o sin estar autorizado para hacerlo, importa indudable intención y voluntad fraudulenta, que caen en la sanción del art. 335 del c.p. También en los casos de un cheque emitido como documento de crédito o en garantía, en los que, además, el cheque es nulo por determinación del art. 204 in fine del c.p.

Cabe advertir que en todos estos casos, la configuración del delito requiere que el cheque sea presentado en tiempo y no pagado por alguna de las circunstancias dichas en el art.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Cuando se gira cheques sin provisión de fondos o sin la autorización bancaria de sobregiro, debe considerarse en cada caso particular si el hecho presenta o no los caracteres de estafa (para la debida aplicación de las sanciones penales)" (G.J. N° 1288, p. 57).
- 2.- "En el hecho de girar un cheque como garantía de una operación de préstamo, con fecha adelantada, con el consentimiento y el concurso del acreedor, no existe el delito de estafa al tenor de lo previsto en el art. 637 (335) del c.p." (G.J. N° 1288, p. 67)
- 3.- "El cheque girado como garantía de un préstamo, consentida por el acreedor, no supone la comisión del delito de estafa y sólo se trata de una garantía no cubierta que debe ser satisfecha mediante la acción civil correspondiente a iniciativa del acreedor" (G.J. N° 1289 P- 99).

- 4.- "Girar un cheque con conocimiento de que la cuenta corriente esta clausurada, importa incurrir en el delito de estafa con fraude y engaño sancionado por el art. 637 (331) del c.p., sin que el protesto por falta de pago sirva a destruir la existencia del delito" (G.J. N° 1297, p. 103).
- 5.- "El cheque girado en blanco, constituye una simple garantía y no supone idea alguna delictuosa porque no concurren las características de la estafa al tenor del art. 637 (325) del c.p." (G.J. N° 1298, p. 119)
- 6.- "Comete delito de estafa quien gira cheques sin fondos y sin fecha garantizando deudas" (G.J. N° 1340, P. 98).
- 7.- "El giro de cheques en descubierto constituye delito de estafa cuando concurren las circunstancias del art. 335 del c.p." (Lab. Jud. 1973, p. 138).
- 8.- "El art. 204 del c.p. vigente configura el giro de cheques en descubierto como delito, distinto al de estafa previsto por el 335 del mismo, aunque prevé el caso de que pueda cometerse también estafa con el giro de cheques sin provisión de fondos, cuando se emplean las condiciones dolosas que señala dicho art." (G.J. N° 1587, p. 168).
- 9.- "Establecido que el cheque que cursa en el proceso no es un simple documento de garantía, sino, por el contrario, un cheque comercial girado en pago de una mercadería, resulta que concurren los elementos constitutivos del delito de estafa, porque dicho cheque ha sido Utilizado como medio para sonsacar mercadería" (G.J. N° 1590, p. 133).
- 10.- "El giro de cheques sin tener fondos en poder del librado no siempre constituye delito de estafa" (G.J. N° 1612, p. 131)

ARTÍCULO 641. (Disposiciones aplicables al cheque). Son aplicables ~~EL~~ cheque, en lo conducente, los artículos 548, 583, 588 y 591.

Conc: c. com- 548-583-588 - 591 -640-

La referencia al art. 548 es superflua, porque el art. 605 establece la misma responsabilidad concretamente para el giro de cheques. El art. 583 es el relativo a la acción de regreso, que es la propia para los cheques (v. la anot. al art. 617). El art. 588 se refiere a la caducidad de la acción ejecutiva para las letras perjudicadas; Y el art. 616 lo establece como pérdida de la acción ejecutiva para el cheque, lo que hace innecesaria la referencia, además de que la excepción del art. 588, inc. 2) relativa al art. 579 para las letras de cambio, no se adecua a la naturaleza propia del cheque. El art. 591, en cuanto a la interrupción de la prescripción, puede tener aplicación al caso.

CAPÍTULO VIII

BONOS, CEDULAS HIPOTECARIAS Y OTROS TÍTULOS

SECCIÓN I BONOS O DEBENTURES

ARTÍCULO 642. (Concepto). Los bonos o debentures son títulos - valores que incorporan una parte alícuota de un crédito colectivo constituido a cargo de la sociedad o entidad emisora.

Conc: c. com. 11-439-491-739-741-1439-Lea. 31-

Las sociedades por acciones y los órganos autónomos de la Administración pública, pueden emitir títulos distintos de las acciones, que sin formar parte del capital confieren el derecho a percibir un interés y al reembolso de su valor.

Se trata de una operación financiera que merece una particular atención por su importancia económica y su disciplina jurídica: la emisión de obligaciones, operación que no modifica ni la estructura ni el capital de la sociedad, pero transforma su patrimonio con un aumento en la disponibilidad y un recrudescimiento de las deudas (Vivante).

Por lo regular, se la ha reglado como capítulo propio de las sociedades por acciones (v. gr. el c.c. italiano de 1942 y la ley argentina 8875 de 23 de Febrero de 1912 incorporada a su c. com.).

Debenture, es vocablo inglés derivado del latín (debentur = obligación de pagar), usado en Inglaterra, según Cañizares, durante siglos en el sentido de reconocimiento de deuda, adoptado en la legislación y práctica de varios países (v. gr. la Argentina, Uruguay, Brasil). En los Estados Unidos se usa el término bonds (bonos) y debentures se emplea para designar obligaciones a corto plazo y sin garantías especiales (Robb). En los países latinos es más común la denominación obligación y al titular de ella se le llama obligacionista (en Italia, según Messineo; en México, según Rodríguez).

Las empresas o las administraciones públicas autónomas, recurren a esta operación financiera, cuando requieren capitales superiores a los recursos normales con que cuentan. También puede ocurrir que la marcha floreciente de los negocios aconseje nuevas inversiones que aumenten las ganancias o que el resultado de operaciones desfavorables que ocasionan pérdidas exija nuevas aportaciones de capital para continuar actividades. Cuando no se intenta la solución del aumento de capital, porque no se quiere el ingreso de nuevos socios que pueden después disputar la dirección social, en una vinculación que ha de durar lo que la vida de la sociedad o por otras razones, se busca y se obtiene la solución mediante un empréstito o crédito colectivo a

través de la emisión de obligaciones, que aunque a largo plazo y a pesar del inconveniente de pagar intereses, representa la ventaja de que los tenedores debenturistas u obligacionistas, no intervienen sino de modo muy relativo en la vida de la sociedad y en una relación temporal que desaparecerá amortizadas que sean las obligaciones.

Sobre la naturaleza jurídica de la operación, la doctrina alemana, que admite la existencia de créditos contra si mismo, la considera una venta que la sociedad emisora hace de créditos sobre ella misma. Los autores franceses la tratan como préstamo colectivo, fundados en el concepto de que la colectividad de tenedores constituye una sociedad virtual, que hace el préstamo a la sociedad emisora de los títulos o bonos. Este sistema es el de la ley francesa de 1935 (cit. de Fernández) que parece haber influido en la reglamentación del capítulo, si se considera además de lo que dispone este art., que habla de crédito colectivo, las reglas de los arts. 654 a 657 y 660 y 661, relativos a la función de los tenedores. Sin embargo, la construcción del concepto, si bien puede considerarse cómoda, *docendi causa*, no sirve para explicar un fenómeno formal, perfectamente definido en la misma finalidad que la ley le atribuye, que no requiere para ser explicado el empleo de ficciones inexactas e innecesarias, a que siempre recurre la tendencia clásica de explicar instituciones, fenómenos y situaciones netamente procesales comparándolas o asimilándolas a las instituciones y figuras del derecho material o sustancial, civil o comercial (Fernández).

Según Rodríguez, la naturaleza jurídica de la obligación (bono o debenture) es la del título de participación, porque además de los derechos de percibir los intereses en las fechas acordadas y a la restitución del importe fraccionario del crédito que le corresponde, el tenedor tiene una serie de derechos que atañen a la vida de la sociedad (los establecidos por los arts. citados supra, v. gr.), y por eso la obligación (bono o debenture) no puede quedar reducida a formar parte del grupo de títulos - valores de contenido puramente crediticio, sino que ha de incluirse precisamente en los títulos de participación, que son los que confieren derechos y obligaciones relativos a la vida y funcionamiento de una sociedad mercantil.

Entre las definiciones que se han dado, cabe mencionar las siguientes, que expresan en buena medida el concepto general que deriva de las consideraciones anteriormente hechas. Según Fernández, debentures son los títulos negociables, emitidos por entidades legalmente autorizadas, en forma de empréstito, generalmente a largo plazo, con interés y amortización determinados y con o sin garantía.

Para Rodríguez, es el título-valor en el que se incorporan los derechos y obligaciones del tenedor, como expresión fraccionaria de un crédito colectivo concedido a la sociedad.

Es característica esencial el hecho de que constituye parte fraccionaria de un crédito colectivo, o sea, que implica la existencia de un crédito fraccionado en partes iguales, cada una de las cuales puede ser suscrita y desembolsada por una persona distinta.

ARTÍCULO 643.- (Títulos nominativos, a la orden o al portador). Los bonos pueden ser nominativos, a la orden o al portador y tienen igual valor nominal que será de cien pesos bolivianos o múltiplos de cien.

Los bonos pueden emitirse en moneda extranjera, reunidos los requisitos legales que rigen la materia.

Conc: c. com. 516 - 520- 536 -

Los bonos nominativos se emiten a favor de persona determinada y se transmiten mediante anotación en su texto y en el registro de obligaciones que llevara la entidad emisora (art. 516), los que son a la orden deben ser emitidos con esa cláusula y se transmiten por endoso (art. 520); los que son al portador, constando la cláusula respectiva se transmiten por la simple tradición del documento (art. 539).

Su valor nominal, es el mismo que para las cuotas y acciones de las sociedades limitadas (art. 198), anónimas (art. 238) o comanditarias por acciones (art. 357). Los requisitos legales que rigen la materia, en lo relativo a los bonos que se emitan en moneda extranjera, son los concernientes a la política de cambios o divisas que rija en el momento de la autorización.

La Dirección de sociedades por acciones, debe conocer e informar a la Comisión Nacional de Valores, todo lo relativo a la emisión de bonos que hagan las sociedades por acciones y de economía mixta, a la cual corresponde también determinar la conveniencia de las emisiones que haga el Estado o las entidades y empresas del mismo (arts. 444, incs. 6) y 7), 782, inc. 10) y 785).

ARTÍCULO 644.- (Títulos representativos de bonos). Los bonos pueden emitirse en series diferentes; pero dentro de cada serie confieren a sus tenedores iguales derechos. El acto de creación que contraríe este precepto es nulo y cualquier tenedor puede demandar la declaración de nulidad.

Pueden expedirse títulos representativos de varios bonos. Los bonos se emiten por orden de serie. El bono puede llevar adheridos cupones. En cada cupón se indicara el título al cual

pertenece, su número, valor y fecha de exigibilidad. No pueden emitirse nuevas series mientras la anterior no esté totalmente colocada.

Conc: c. com. 669-671-

El bono como la acción consta en un título negociable; es indivisible y es un bien mueble. Esa es la semejanza aparente. La diferencia en lo que atañe al derecho que representan, es esencial: la acción, es el título en que se incorporan los derechos y obligaciones inherentes a la calidad de socio; el bono, es el título en que se incorporan los derechos y obligaciones del acreedor fraccionario del empréstito colectivo concedido a la sociedad. Este concepto básico permite distinguir entre la acción y el bono y el accionista y el debenturista, a través de las particularidades siguientes: a) la acción representa una parte del capital, el bono una fracción de un crédito a cargo de la sociedad; b) el bono siempre tiene preferencia respecto de la acción sobre el activo social; c) el bono produce un interés fijo tenga o no ganancias la sociedad, mientras la acción sólo un dividendo variable y aleatorio porque esta ligado a la suerte de los negocios de la sociedad; d) los debenturistas no pueden intervenir en la gestión social, salvo la intervención mediante un representante con funciones de mero control; en cambio los accionistas tienen voz y voto en las asambleas y el gobierno de la sociedad de acuerdo a sus estatutos; e) la amortización del bono por sorteo y a la par, como pago de una deuda, es lo común; la amortización de las acciones puede efectuarse excepcionalmente en algunas sociedades; f) la amortización extingue la obligación o bono; la de la acción puede dejarla subsistente como acción de disfrute, con derecho a beneficios sociales posteriores. (Fernández).

Los títulos de las obligaciones o bonos, pueden distinguirse también según el sujeto emisor, la designación del titular y la garantía que contienen. En el primer caso se dice que son comunes o privados (art. 741) a los emitidos por las sociedades anónimas o de economía mixta, porque son personas de derecho privado (art. 425); son públicos los que emiten el Estado y las entidades y empresas del Estado (arts. 742 y 785).

Según la designación del titular, son nominativos, a la orden y al portador (v. el art. 643 y su anot.).

Por razón de la garantía, pueden ser bonos sin garantía o con garantía, en este segundo caso con garantía especial o general (flotante), cuestión que se examina en el art. siguiente (inc. 8).

ARTÍCULO 645.- (Contenido). Los bonos contendrán:

- 1) La palabra "bono" y la fecha de su expedición;
- 2) El nombre de la sociedad o entidad emisora, su objeto y su domicilio;
- 3) El monto del capital suscrito, el pagado y la reserva legal de la sociedad, así como un resumen del activo y pasivo, según el resultado de la auditoría que deberá practicarse precisamente para proceder a la emisión de los bonos;
- 4) El importe de la emisión, con expresión del número y valor nominal de los bonos, así como la serie y número;
- 5) El tipo de interés;
- 6) La indicación de la cantidad efectivamente recibida por la sociedad creadora, en los casos en que la emisión se coloque bajo la par o mediante el pago de comisiones;
- 7) La forma, el lugar y plazo para amortizar el capital y pagar los intereses;
- 8) Las garantías específicas que se constituyan, así como los datos de su inscripción en el registro correspondiente;
- 9) El número, fecha y notaría en la cual se hubieran protocolizado los documentos que autoricen la emisión de los bonos y. el balance general consolidado y sus anexos y la providencia de la Dirección de Sociedades por Acciones que hubiera otorgado el permiso, y
- 10) Las demás indicaciones que, en concepto de la autoridad administrativa fiscalizadora, fueren indispensables y convenientes.

Los bonos llevarán la firma de los representantes legales de la sociedad emisora o de las personas autorizadas para el efecto, ya sea autógrafa o puesta por medio de facsímil que garantice la autenticidad del documento, a juicio de la autoridad administrativa fiscalizadora.

Conc: c. com. 54, 3) -444, 6) y 7) -493-646-647-651-653-658-678-Rgto. s.p.a. 4, 1) -Rgto. rg. com. 13-

El art. al señalar el contenido obligatorio de los bonos o debentures, en realidad, señala los requisitos comunes para todos ellos, cualquiera que sea el sujeto emisor o la garantía de que gocen, requisitos que Rodríguez resume y distingue en el cuadro siguiente:

Personales	Entidad emisora, nombre, objeto y domicilio de la sociedad (inc. 2). Nombre del tenedor si es nominativo o a la l orden (art. 643). Firma de los administradores autorizados (fracción final del art.).
------------	---

	Firma del representante común de los tenedores (art. 655).
Reales	Capital pagado, activo y pasivo según resumen de auditoría ad hoc (inc. 3). Cuantía, número y valor de los bonos (incs. 4 y 6). Interés (inc. 5).
Funcionales	Fecha, lugar, forma de pago de los intereses, de las amortizaciones o pago de los bonos (inc. 7). Garantías (inc. 8). Otras indicaciones (incs. 9 y 10). Lugar y fecha de la emisión (inc. 1).

El inc. 2) esta en relación con lo dispuesto por la 2º fase del art. 648, que prohíbe el cambio de objeto, domicilio o denominación del emisor, sin el consentimiento de la colectividad acreedora.

El inc. 3) cumple la finalidad, en primer término, de facilitar al tenedor o ulterior adquirente (endosatario v. gr.) una información adecuada sobre la situación económico - financiera del emisor, que le permita juzgar sobre la seguridad que tiene la colocación de su dinero. Además, sirve para justificar el valor total de la emisión (art. 647) como también para precisar el límite inmodificable del capital por reducción, excepto en proporción al reembolso de títulos que estaban en circulación (art. 648).

El inc. 4), llena la finalidad, en relación inmediata con lo dispuesto por el inc. 3), de subordinación a la limitación impuesta por el art. 647, que no permite una emisión o emisiones que excedan el monto del capital social (que implica capital suscrito según el art. 220) y reservas libres (que ha de suponerse son las especiales o voluntarias a que se refiere el art. 169, una vez que la reserva legal tiene una función y finalidad específica; v. la anot. al art. 169), deducidas las utilidades

repartibles que consigne el balance labrado para la creación de los títulos, salvo la excepción que señala el mismo art. 648 y que se considera en su lugar.

Hay legislaciones (v. gr. la italiana, portuguesa, mexicana) que reglamentan el criterio de la limitación de las emisiones. Otras reglamentaciones (como la argentina v. gr.) consagran una libertad absoluta de emisión, sin establecer ninguna relación determinada entre el importe total de ella y el capital realizado o existente.

El inc. en examen, establece el límite con referencia al capital social que, para las sociedades por acciones, equivale al capital suscrito (art. 220), que no es el pagado o desembolsado (que sólo alcanza al 25% del suscrito al constituirse la sociedad). El derecho mexicano, refiere la limitación al activo neto, lo que, según Rodríguez, implica que ella no está dada en relación con el capital desembolsado (pagado) sino con el patrimonio efectivo.

El tipo de interés (inc. 5), debe ser expresamente señalado, de modo que en este punto no tiene aplicación el art. 798. ¿Cuál es la tasa permitida? No lo señala específicamente la ley. En su silencio podría considerarse que no puede exceder la tasa que señala el art. 409 del c.c. para las convencionales (3% mensual), lo que evidentemente parece exagerado para el tipo de negociaciones que se examina. Fernández, estima que no deben exceder la tasa legal (que según el art. 414 del c.c. es del 6% anual y rige solamente a falta de convención). Por lo que dispone el art. 646, ha de entenderse que el interés puede ser superior al de la tasa legal. Cabe admitir que, en su caso, la Comisión Nacional de Valores, que fiscaliza la observancia de las normas relativas al mercado de valores (art. 781), puede intervenir para precisar una tasa correcta, según casos y circunstancias.

El interés convenido, que es el consignado en el título, importa uno de los derechos de los suscriptores o tenedores de bonos. Su cobro puede hacerse mediante cupones, anexos al título y que pueden emitirse al portador aún en el caso de bonos nominativos o a la orden (art. 669) y la acción para dicho cobro prescribe a los cinco años (art. 670), conforme al plazo general del derecho común (c.c. art. 1507).

Del inc. 6), se infiere que está permitido emitir títulos bajo la par. La emisión que se efectúa por el valor nominal del título se dice que es a la par y la que se hace por menos de su valor, se dice que es bajo la par, caso último en que también en la doctrina se dice que son obligaciones o debentures a prima, la cual resulta de la diferencia que se da entre el valor de emisión y el de reembolso, que importa un mayor beneficio para el adquirente. El interés nominal, dice Fernández, es menor que el interés real, que ha de calcularse sobre la suma desembolsada por

el suscriptor, cuyo verdadero beneficio se determina agregando al interés real el importe de la prima. Esta, para la doctrina, no es otra cosa que un suplemento de interés, suplemento que resulta de la colocación bajo la par.

Cuando se trata de bonos convertibles en acciones, que cambian el status del debenturista en el de accionista (art. 671), no está permitido colocarlos bajo la par (art. 674), por la misma razón que no se permite emitir acciones bajo la par (v. en la anot. al art. 241, la que da Vivante).

Las comisiones por lo regular, se determinan mediante porcentajes reconocidos a los agentes colocadores, a cargo de la entidad emisora.

El inc. 7) se refiere al reembolso, que es otro de los derechos del suscriptor. Se hace a la par o con primas o premios para los bonos que producen interés superior al de la tasa legal y que son amortizados mediante sorteos (art. 646). El reembolso, por lo regular, se efectúa mediante amortizaciones periódicas (anuales o semestrales), que pueden cobrarse, como los intereses, mediante cupones, particularmente cuando los títulos representan varios o muchos bonos (art. 644, 2ª parte), amortizaciones que después de cierto número de años llevan al reembolso total. En el sorteo, se amortiza totalmente cierto número de títulos. Cuando el interés que producen los títulos sorteados es superior al legal, pueden hacerse por suma superior al valor nominal o con primas o premios. Si ese interés no es superior a la tasa legal, la emisión de títulos para este tipo de sorteo, puede ser anulada a demanda de cualquier tenedor o suscriptor (art. 646).

La amortización mediante sorteo, da al reembolso del bono, y con el al cobro de la prima en su caso, un carácter aleatorio en lo que hace al tiempo en que se efectúa desde el punto de vista del suscriptor, pero para la sociedad emisora la situación es la misma, una vez que para atender la erogación que implica cada sorteo destina un porcentaje determinado a la amortización total de los títulos beneficiarios del mismo, en lugar de dedicarlo a todos los debenturistas como amortización parcial. Todo sorteo, para la retención o reembolso de títulos, además, ha de celebrarse por ante notario público, con la asistencia de los administradores de la entidad emisora y del representante de los debenturistas (art. 662).

El inc. 8) menciona las garantías y la especificación de su inscripción en los registros correspondientes, cuando son especiales y están sometidos a registro, que deben formar parte del contenido del título. Su constitución, desde luego, a tenor de las menciones aisladamente reiteradas en varias disposiciones del capítulo (el inc. en examen y los arts. 650, 651, 3º, 653 y 678), depende exclusivamente de la decisión unilateral de la sociedad emisora, como la creación misma de los títulos que es resultado de una declaración unilateral de su voluntad (art. 650). La

ley no determina las formas que pueden ostentar esas garantías; se concreta a señalar algunas normas para el caso de que ellas sean especificadas, en la cual especificación, a contrario de la noción de la general y común garantía patrimonial de los derechos (art. 1335, c.c.) ha de considerarse comprendidas las hipotecarias o prendarias.

Como en el derecho comparado, los debentures que se emiten sin garantía, constituyen, entonces, a sus titulares en simples acreedores quirografarios de la sociedad emisora, que carecen de todo privilegio, porque la inexistencia de garantía importa la inexistencia de privilegio (Fernández), aunque a diferencia de un acreedor quirografario singular, gozan de las ventajas de la unidad de representación que les asegura la ley (art. 654), el derecho de controlar por medio de ella la marcha de los negocios (arts. 659 y 661) y de las acciones colectivas que poseen (arts. 655, 656, 660).

La garantía especial, se constituye mediante hipoteca sobre uno o varios inmuebles o muebles (arts. 898, 900) de la sociedad emisora (y también puede ser de un tercero) o mediante prenda (por lo regular sin desplazamiento, que es susceptible de registro), cuya constitución, registro, efectos, etc., se reglan por las disposiciones pertinentes del Código y del derecho común. Todo bien que se constituya en garantía específica de la emisión, debe además asegurarse contra incendio y otros riesgos a los que se considere estuviere expuesto, obligatoriamente (art. 653), lo que constituye una seguridad tanto para los debenturistas como para la propia sociedad emisora.

Otras legislaciones (v. gr. la argentina, Ley 8875, tomada del derecho inglés), permiten la garantía flotante, en general análoga a la garantía de las hipotecas generales que conocen otras reglamentaciones (v. gr. la francesa y en el derecho patrio el c.c. abrg., art. 1463), pero es ajena al ordenamiento nacional vigente (art. 1363, c.c.). Consiste en constituir hipoteca o prenda, en su caso, sobre el producto de una ejecución forzosa de todos los bienes (inmuebles, muebles, derechos) que componen el activo de la sociedad. Se dice que es flotante, porque la sociedad deudora conserva la absoluta y libre propiedad, administración y disposición de sus bienes como si no existiera gravamen ninguno (salvo caso de dolo: Fernández), y el privilegio de los debenturistas se ejercita sobre el producto de la ejecución forzosa, si llega el caso, tal como se hiciera en una liquidación, poniendo al día (amortización e intereses) el servicio de los debentures.

El inc. 9) concierne a las solemnidades a que debe sujetarse la creación de obligaciones o bonos (art. 651), que como todo acto mercantil, además de constar ad solemnitatem en documento

público, esta sujeto a registro y debe ser inscrito en éste (arts. 29 c. com. y 13 Rgto. reg. com.) previa autorización de la Dirección de sociedades por acciones (Rgto. s.p.a. art. 4, inc. i).

La autoridad mencionada en el inc. 10) esta constituida por la nombrada Dirección de sociedades por acciones y por la Comisión Nacional de Valores, que intervienen en la emisión de bonos, según sus atribuciones (art. 444, 6) y 7) y 781, respectivamente).

Sobre la ultima fracción del art., es aplicable lo dicho en la anot. al art. 493, in fine.

ARTÍCULO 646.- (Amortizaciones). No puede establecerse que los títulos sean amortizados mediante sorteos por una suma superior a su valor nominal o por primas o premios, sino cuando el interés que produzca sea superior al interés legal. La emisión de los títulos en contravención a este precepto será anulable y cualquier tenedor podrá pedir su nulidad.

Conc: c. com. 645, 7) -

Comprendido en la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 647.- (Valor total de la emisión). El valor total de la emisión o emisiones no debe exceder del monto del capital social y reservas libres con deducción de las utilidades repartibles consignadas en el balance practicado previamente al acto de creación, a menos que los bonos se hayan creado para destinar su importe a la adquisición de bienes de capital por la sociedad. En este caso, la suma excedente del capital social y reservas libres puede ser hasta las tres cuartas partes del valor de los bienes.

Conc: c. com. 645, 4) -

Comprendido en la anot. al art. 645.

La única excepción a la regla de que la emisión no exceda el monto del capital social, que parece tomada del derecho mexicano (L. de títulos y operaciones de crédito, art. 212, I), es la relativa a que su importe represente el valor o el precio de bienes de capital, cuya adquisición o fabricación puede tener contratada la sociedad, lo que supone provechosas nuevas inversiones que indudablemente darán resultados benéficos, para la sociedad y para los suscriptores. Detalle pormenorizado de la adquisición debe figurar en el acta que autoriza la creación de los bonos (art. 651. 4).

ARTÍCULO 648.- (Prohibición de reducir el capital. Excepciones). La sociedad emisora no puede reducir su capital sino en proporción al reembolso que haga de los títulos en circulación.

Tampoco puede cambiar su objeto, su domicilio o su denominación sin el consentimiento de la asamblea general de tenedores de bonos.

Conc: c. com. 645, 3) - 657 -
Comprendido en la anot. al art. 645.

ARTÍCULO 649.- (Publicación de balance). La sociedad emisora deberá publicar anualmente su balance, revisado por auditor, dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio correspondiente. La publicación se hará en un diario de circulación nacional.

Si se omite la publicación, cualquier tenedor puede exigirla y, si no se la hace dentro del mes siguiente al requerimiento, podrá dar por vencidos los títulos que le correspondan.

Conc: c. com. 656 -

Es una exigencia legal precisa y concreta, destinada a poner en conocimiento de la colectividad acreedora la situación patrimonial periódica de la sociedad deudora. La forma de su publicidad, de mayor difusión que la memoria de las sociedades por acciones (art. 331), revela la importancia que la ley asigna a este medio de control general (v. la anot. al art. 331). La consecuencia de su omisión, es severa, porque la ley protege los intereses de la masa acreedora, contra toda manifestación que afecte a su buena fe.

ARTÍCULO 650.- (Creación de títulos por voluntad unilateral de la sociedad). La creación de los títulos se hará por declaración unilateral de la voluntad de la sociedad emisora, que constará en los documentos correspondientes, los cuales deben ser inscritos en el Registro de Comercio como en los que corresponda según las garantías específicas constituidas.

Conc: c. com. 29 - 651 -
Comprendido en la anot. al art. 645.

ARTÍCULO 651.- (Contenido del acta). El acta de la junta general extraordinaria que autorice la creación de bonos contendrá los siguientes requisitos:

- 1) Los datos referidos por los incisos 1) al 10) del artículo 645;
- 2) La inserción del balance practicado para la creación de los bonos;
- 3) La especificación, cuando corresponda, de las garantías constituidas;
- 4) En su caso la indicación pormenorizada de los bienes a adquirirse con el importe de la colocación de los títulos, y

5) La designación de los representantes encargados de suscribir los títulos a nombre de la sociedad emisora.

Conc: c. com. 645-650-652-Rgto. rg. com. 13-

El art. establece el mecanismo previo para la emisión de los bonos. Antes de emitir los títulos debe establecerse en la forma precisa y minuciosa que determina el art. todo lo relativo a las condiciones del préstamo colectivo y la creación de los títulos, incluso la garantía específica que se ofrezca, si ella fuere acordada.

La creación de los títulos o la colocación del empréstito colectivo, en las sociedades por acciones, es objeto de previa resolución de la junta general extraordinaria, convocada al efecto (art. 286, 3) y que funcionara validamente con el quórum de asistencia y de voto regulados en los arts. 295 y 296. El acta de esa resolución, con el contenido especificado en el art. es el documento que, juntamente con las autorizaciones de la Dirección de sociedades por acciones y de la Comisión Nacional de Valores, debe ser protocolizada (art. 645, 9) en la notaria pública y registrada en el registro de comercio (Rgto. art. 13).

En otras legislaciones, en lugar del acta, se procede a suscribir un contrato entre la emisora y el representante de los debenturistas (fideicomisario) y la suscripción del bono importa para el debenturista la adhesión al contrato o su ratificación (L. argentina 8875). El Código, legisla la materia como declaración unilateral de la voluntad de la sociedad emisora (art. 650), que corresponde a las corrientes modernas del instituto. La aceptación de las condiciones fijadas en el acta, de que trata este art., por parte del suscriptor, deriva también como en el sistema del contrato previo, del sólo hecho de adquirir el bono.

La emisión de los títulos, se hace cumplidos todos estos trámites y su colocación se hace mediante oferta pública (art. 652). Sin embargo, protocolizada y registrada el acta y antes de que los debentures se emitan y sean puestos en oferta pública, la sociedad puede desistir de la operación. No hay disposición expresa, pero es una consecuencia lógica de los derechos de la sociedad que como ha resuelto crear bonos, puede antes de colocarlos, resolver suspender la operación.

Mientras no se coloque un debenture, no hay empréstito (Fernández).

ARTÍCULO 652.- (Ofrecimiento de venta al público). Si los títulos se ofrecen en venta al público, los anuncios o la propaganda correspondiente contendrá los datos citados por el artículo

anterior, previo el cumplimiento de los requisitos señalados en el Título III referente a la "Oferta Pública".

Conc: c. com. 651 - 740 - 743 -

La oferta pública esta definida en el art. 740 y puede ser hecha directamente o por intermediarios (art. 747). Los requisitos consisten, principalmente, en la autorización de la Comisión Nacional de Valores (art. 746) y la autorización especial supeditada al tratamiento recíproco tratándose de sociedades extranjeras (art. 747).

ARTÍCULO 653.- (Seguro contra incendio y otros riesgos). Los bienes que constituyan la garantía específica de los bonos deberán asegurarse contra incendio y otros riesgos a los que estén expuestos, por una suma no inferior al valor de tales bienes.

Conc c. com. 645, 8)

Comprendido en la anot. al art. 645.

ARTÍCULO 654.- (Designación del representante común de los tenedores de bonos). Los adquirentes de bonos se reunirán en asamblea convocada por los representantes de la sociedad emisora, con el objeto de designar por simple mayoría al representante común de los tenedores de bonos, que podrá recaer en una entidad bancaria estableciendo tanto el monto de su remuneración como la constancia de su aceptación del cargo. El representante deberá cerciorarse, en su caso, de la existencia y el valor de los bienes que constituyan las garantías específicas y comprobar los datos contables manifestados por la sociedad.

Conc: c. com. 655-647-658-665-668-680-

Previamente, cabe advertir que las disposiciones del capítulo regulan tres grupos de derechos, que la ley reconoce al debenturista:

a) Derechos que corresponden personal e individualmente a cada uno de ellos frente a la sociedad, algunos implícitos (por estar imbibidos en la calificación de acreedor: Rodriguez), otros explícitamente reglados. Así: el derecho de la entrega del título que acredita su status de debenturista; el de cobrar intereses y amortizaciones en las fechas de su vencimiento; el de accionar la nulidad en los casos que la ley señala. Algunos de estos derechos se consigna expresamente en los arts. 646, 665, 669.

b) Derechos del debenturista en cuanto miembro de la colectividad acreedora, como el de participar en las asambleas, emitir su voto en ellas, el de ser representado en ellas conforme a las reglas generales, el de concurrir a la elección de un representante y a su remoción, el de ser objeto de un trato igualitario y el de impugnar los acuerdos que quebrantaren los derechos individuales. Son relativos a esta enunciación los arts. 654, 655, 657, 659, 660.

c) Derechos que competen al debenturista frente a la sociedad, pero que son ejercitados por el representante común, que son los que han merecido en el capítulo, varias disposiciones concretas, empezando por el art. que aquí se anota.

Habida cuenta que el empréstito se subdivide en una considerable cantidad de títulos, de escaso valor en relación con el total, lo que supone una multitud de tenedores, la ley organiza la manera de hacer efectiva, eficaz y unitariamente, la acción de contralor y fiscalización que haga posible una conveniente relación entre la sociedad emisora y los debenturistas y efectiva la protección de los intereses de estos.

Son todos los debenturistas los que quedan comprendidos en la disposición del art., con prescindencia de su presencia efectiva y de su conformidad, porque la agrupación que constituyen, es de orden legal y no voluntario y tiene carácter permanente.

El representante común actúa frente a la sociedad deudora y a terceros, como mandatario de la agrupación (art. 655). Es una imposición de la ley de la que nadie puede sustraerse ni objetar. Su remuneración corre a cargo de la entidad deudora, que debe señalarla o, en caso de desacuerdo, por autoridad del juez (668).

Cuando el representante acciona como personero de la agrupación contra la sociedad deudora, si existieran acciones individuales de los tenedores ejercitadas en uso de sus derechos personales (v. letra a, supra) estas últimas se acumulan a la acción colectiva ejercitada por el representante de la agrupación (art. 656), naturalmente cuando haya identidad de objeto en las causas individuales y la colectiva.

El representante, puede renunciar y puede ser removido con causa o sin ella, libremente por determinación de la asamblea de tenedores (art. 654). Tratándose de valores bancarios, no es necesario designar representante común de los tenedores, a menos que estos deseen hacerlo, lo que puede ser en cualquier tiempo (art. 680).

La ley no determina ninguna inhabilidad para la designación de representante cuando ella recaiga sobre una persona individual, como lo hacen otras legislaciones (v. gr. la argentina, L. 8875, art. 15) que consideran inhabilitados a los obligados por los debentures o sus representantes, a los que por contrato tienen participación en las ganancias o pérdidas de la sociedad deudora, excepto los accionistas que no poseen más que un vigésimo de las acciones emitidas. Aunque de difícil comprobación la inhabilidad, demostrado el hecho puede autorizar una remoción y si aquella es sobrevenida, la remoción puede ser demandada al juez. Evidentemente, en los supuestos dados como causa de inhabilitación, existe incompatibilidad entre la situación del obligado por los debentures y la de representante de los debenturistas. Es una omisión de la ley, que puede ser salvada, en la práctica, en las oportunidades de la elección.

ARTÍCULO 655.- (Representación de los tenedores de bonos). El representante común actuará como mandatario del conjunto de tenedores de bonos y representará a estos frente a la sociedad creadora y, cuando corresponda, frente a terceros.

Conc: c. com. 654 - 659 - 668 - 680 -
Comprendido en la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 656.- (Ejercicio de acciones). Cada tenedor puede ejercer individualmente las acciones que le corresponda, pero el juicio colectivo que el representante común pudiera iniciar atraerá a todos los juicios iniciados por separado.

Conc: c. com. 649 - 670 -
Comprendido en la anot. al art. 654.

ARTÍCULO 657.- (Asamblea general). Los tenedores de bonos podrán reunirse en asamblea general cuando sean convocados por la sociedad deudora, por el representante común o solicitada por un grupo no menor al veinticinco por ciento del conjunto de tenedores de títulos, computado por capitales.

Conc: c. com. 648 - 654 - 660 - 661 -

La asamblea esta formada por todos los adquirentes (art. 654), tenedores o debenturistas, sin distinción ninguna, ni por razón de serie ni otras. Por eso el art. habla de los tenedores de bonos que podrán reunirse en asamblea. La convocatoria puede ser hecha en alguna de las formas previstas en el art.

No puede decirse que la colectividad de tenedores reunida en asamblea, lo hace como sociedad o como asociación. Simplemente se trata de una actuación conjunta determinada por la ley, que se expresa en la designación y actuación de un representante común y en la fijación de la voluntad mayoritaria mediante los procedimientos adecuados a las peculiaridades de la agrupación.

Atendidas esas características, se puede adaptar a la regulación que aquí se anota, la definición de Rodríguez, diciendo que la asamblea es la colectividad de tenedores de bonos, reunida para tomar decisiones sobre asuntos que la ley asigna a su competencia.

La regulación no da pauta sobre quórum de asistencia y de voto. Ha de admitirse que se reunirá con el número de asistentes y que las decisiones se adoptaran con la mayoría simple de ellos. Tampoco señala la materia de la competencia de la asamblea, aparte la designación y remoción del representante común (arts. 654 y 658) y su intervención en el supuesto del art. 648, i.f. Ha de admitirse también que la materia de la competencia de la asamblea podrá determinarse fundamentalmente en relación con la salvaguarda de los intereses de los tenedores y con las vicisitudes de la relación jurídica con la sociedad deudora.

Asuntos de importancia como la posibilidad de modificar las condiciones del empréstito (base de los bonos) o la eventualidad de una administración controlada, que tendrían relación estrecha con el interés de los debenturistas, no están consignados en el capítulo que, en general, ha eludido en la especie definiciones precisas, que otras reglamentaciones contemplan con más cuidado, y esta dedicado a múltiples disposiciones superfluas.

Los administradores de la sociedad deudora están obligados a informar a la asamblea de tenedores de bonos (art. 661), siempre que sean requeridos al efecto y, en silencio de la ley, se supone para dar noticias de la marcha de los negocios de la sociedad emisora de los títulos.

ARTÍCULO 658.- (Remoción del representante). La asamblea podrá remover libremente al representante común.

Conc: c. com. 654 -

Comprendido en la anot. al art. 654.

ARTÍCULO 659.- (Derecho de voz del representante común). El representante común tendrá el derecho de asistir con voz a las asambleas de la sociedad deudora y deberá ser convocado a ellas.

Conc: c. com. 655 -

El representante cumple una función discretamente fiscalizadora, tanto a través de la facultad contenida en este art., como en las comprobaciones que le encomienda el art. 654, in fine. Su intervención en las asambleas de la sociedad deudora, cuando no sean atendidas sus observaciones en resguardo de los intereses de sus representados, dentro de las condiciones definidas en el acta de creación de los bonos (art. 651), puede fundar la acción correspondiente contra la sociedad deudora.

ARTÍCULO 660.- (Tenedores de bonos pueden dar por vencidos sus títulos). Si la asamblea adopta, por mayoría, acuerdos que quebranten los derechos individuales de los tenedores de bonos, la minoría disidente podrá dar por vencidos sus títulos.

Conc: c. com. 657 -

El art. implica una manifestación de la tutela de las minorías, examinada en la anot. al art. 302 (v. dicha anot.). La consecuencia por demás grave para la sociedad deudora, se explica porque tiende al resguardo evidente de los derechos individuales de los tenedores, reconocidos por ley, que no pueden ser quebrantados, por consiguiente, por ninguna resolución de los tenedores, así fuere mayoría.

ARTÍCULO 661.- (Obligación de los administradores de informar). Los administradores de la sociedad deudora tienen la obligación de asistir e informar, si fueren requeridos para ello, a la asamblea de tenedores de bonos.

Conc: c. com. 657 -

Comprendido en la anot. al art. 657.

ARTÍCULO 662.- (Redención de títulos por sorteo). Cuando los títulos fueran redimibles por sorteo, éste se celebrará ante notario público, con asistencia de los administradores de la sociedad deudora y del representante común de los tenedores de bonos.

Conc: c. com. 663 - 665 -

Comprendido en la anot. al art. 645.

ARTÍCULO 663.- (Publicación del resultado del sorteo). Los resultados del sorteo deben publicarse en un diario de circulación nacional.

Conc: c. com. 662 - 664 -
Comprendido en la anot. al art. 645.

ARTÍCULO 664.- (Contenido de la publicación). En la publicación se indicará la fecha señalada para el pago, que será después de los quince días siguientes a la misma.

Conc: c. com. 663 - 667 - 681 -
Comprendido en la anot. al art. 645.

La publicación del resultado del sorteo y la determinación de su contenido, pudo haberse reglado en un solo art., para evitar tanto dispendio de singularización de normas. Ambos arts. (663 y 664) tienen importancia para los efectos del conocimiento de la fecha de su exigibilidad, las consecuencias de su no cobro e inclusive la prescripción de las acciones para el cobro (arts. 667 y 681).

ARTÍCULO 665.- (Depósito en un Banco del importe de los títulos sorteados). La sociedad deudora debe depositar en un Banco el importe de los títulos sorteados y los intereses causados, a más tardar un día antes del señalado para el pago. Si el representante común es un Banco, el depósito se lo hará en éste.

Conc: c. com. 654-662-666-667-670-

Así se pone a disposición de los interesados el importe de sus títulos, totalmente amortizados mediante el sorteo. Sus efectos, relativamente a la vigencia de los intereses (art. 666), como al retiro del depósito de los importes no cobrados por parte de la sociedad emisora (art. 667), son normales. En el segundo caso, no supone que el tenedor pierda el derecho al cobro, que puede exigirlo directamente de la sociedad deudora, para lo que tiene dos años (art. 681). Ha de suponerse que el retiro responde al fin de no dejar ociosos fondos con los que la empresa puede atender parte de sus actividades. Sin embargo, ello implica que los intereses deben empezar a correr nuevamente desde el momento del retiro de los fondos por la empresa deudora, porque de otro modo estaría enriqueciéndose ilegítimamente con capital ajeno, lo que implica, ciertas obligaciones por aplicación del principio contenido en el art. 961 del c.c., adaptado a la materia comercial en la regla del art. 792.

ARTÍCULO 666.- (Efectos del depósito). Efectuado el depósito, los títulos sorteados dejarán de devengar intereses, desde la fecha señalada para su cobro.

Conc: c. com. 665 -
Comprendido en la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 667.- (Efecto si los tenedores no cobran el importe de los títulos). Si los tenedores no se hubiesen presentado a cobrar el importe de los títulos, la sociedad deudora podrá retirar sus depósitos después de noventa días del señalado para el pago.

Conc: c. com. 664 - 665 -
Comprendido en la anot. al art. 665.

ARTÍCULO 668.- (Retribución del representante). La retribución del representante común estará a cargo de la sociedad deudora, cuando ésta haya aprobado la remuneración fijada; en caso de desacuerdo será fijada por el juez.

Conc: c. com. 654 - 655 -
Comprendido en la anot. al art. 654.

ARTÍCULO 669.- (Cupones para el cobro de intereses). Para incorporar el derecho al cobro de los intereses se anexarán cupones, los cuales podrán ser al portador aún en el caso que los bonos tengan otra forma de circulación.

Conc: c. com. 644 -
Comprendido en la anot. al art. 645.

Los cupones son títulos - valores accesorios, ya que su validez depende de la existencia de los bonos como títulos principales (Rodríguez). Serán al portador forzosamente si los títulos principales tienen ese carácter. En los títulos nominativos y a la orden, no es obligatorio que los cupones tengan el mismo carácter y pueden serlo al portador.

ARTÍCULO 670.- (Prescripción de intereses). Las acciones para el cobro de los intereses prescriben en cinco años.

Conc: c.c. 1492 - 1507 - c. com. 656 - 665 -
Comprendido en la anot. al art. 645.

ARTÍCULO 671.- (Bonos convertibles en acciones). Pueden crearse bonos que confieran a sus tenedores el derecho de convertirlos en acciones de la sociedad.

Conc: c. com. 348-644-672-674-675-676-

Un tipo de obligaciones o debentures difundidos en muchos países, es el de los bonos convertibles, esto es, aquellos a los que en el acto de creación se confiere el derecho de ser convertidos en acciones. Es un instituto derivado de la práctica estadounidense, en la que se le llama convertible bond y tiene varias formas, cuyas particularidades y especiales apreciaciones escapan a los límites concretos de la forma regulada en el capítulo que es el objeto de esta anotación.

Es un tipo de bono al cual es conexo un derecho de opción (Messineo), que permite al tenedor (el bondholder del derecho estadounidense), elegir entre el reembolso y la conversión del bono en una acción de valor nominal equivalente al de la obligación; derecho a opción que debe ser ejercitado dentro de un plazo determinado (art. 672). Hecha la opción dentro del plazo indicado en el título y según las bases señaladas en el mismo, el debenturista al convertirse en accionista, se transforma de acreedor de la sociedad en participante de ella.

Entre las razones que abonan esta práctica, según Messineo, esta la que se relaciona con la desvalorización monetaria que, por lo regular, implica para el debenturista el reembolso de una cantidad de dinero con menor poder adquisitivo que en el momento de la suscripción y cuyos efectos negativos puede sortear optando por la atribución de la acción, que viene a ser suscrita al precio de emisión del bono, mientras que, como puede ocurrir frecuentemente, el valor de mercado de la acción en el momento del ejercicio de la opción sea superior al nominal. Pero también, desde el punto de vista económico este tipo de emisión lleva sus riesgos, que generalmente consisten en dejar sin ejecutar en todo o en parte el aumento de capital social de la sociedad deudora, que es consecuencia inevitable de la conversión y que debe preverse, para su caso, en el acto constitutivo y en los estatutos (art. 675), cuando el tenedor no ejercita la opción porque en el momento de la elección la cotización de la acción es, por cualesquiera razones, inferior al valor nominal del bono.

Este tipo de bonos, no se puede en caso alguno colocar bajo la par, lo que está permitido para los que no lo son (art. 645, 6). La razón está en que no se puede emitir acciones bajo la par, porque ello afectaría a la integración efectiva del capital (v. la anot. al art. 241). La prohibición para los bonos convertibles, está dada en el art. 674, que bien pudo reducirse a un segundo párrafo de este art., ya que su formulación no requería de una norma singular autónoma.

ARTÍCULO 672.- (Plazo para el derecho de conversión). Los títulos de los bonos convertibles, además de los requisitos generales que deben contener, indicaran el plazo dentro del cual sus titulares pueden ejercitar el derecho de conversión y las bases para la misma.

Conc: c. com. 348 - 671 - 673 -
Comprendido en la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 673.- (Prohibición para modificar condiciones y bases). Durante el plazo en que pueda ejercitarse el derecho de conversión la sociedad creadora no podrá modificar las condiciones o bases para que dicha conversión se realice.

Conc: c. com. 348 - 672 -

Es una garantía de seguridad que la ley ofrece al inversionista, que impide se sorprenda a este con manipulaciones que pueden responder a propósitos especulativos. Es una disposición imperativa que no puede ser eludida ni en el acto de creación, autorizando una modificación de este tipo dentro del plazo señalado para la opción.

ARTÍCULO 674.- (No podrán colocarse bajo la par). Los bonos convertibles no podrán colocarse bajo la par.

Conc: c. com. 241 -348 - 671 -
Comprendido en las anots. a los arts. 645 y 671.

ARTÍCULO 675.- (Aumento del capital social). El capital social se aumentará en la medida en que los bonos sean convertidos en acciones. Así deberá preverse en la escritura social correspondiente.

Conc: 127, 6) - 348 - 671 -
Comprendido en la anot. al art. 671.

ARTÍCULO 676.- (Preferencia de los accionistas). Los accionistas tienen preferencia para suscribir los bonos convertibles. Durante treinta días a partir de la fecha de aviso, los accionistas pueden ejercitar su preferencia para la suscripción.

Conc: c. com. 255 - 348 - 671 -

Es un derecho consagrado en favor de los socios, conformado al principio general sentado en el art. 255. Vencido el plazo que el art. señala sin que se haya utilizado el derecho preferente, la preferencia caduca.

ARTÍCULO 677.- (Bonos bancarios). La creación de bonos bancarios debe ser autorizada por el organismo fiscalizador competente.

Conc: c. com. 444, 6) y 7) -782- 1370- 1437- 1439-

Los organismos fiscalizadores competentes, según el ordenamiento del Código, son la Dirección de sociedades por acciones y la Comisión Nacional de Valores, una vez que según el art. 1439, los Bancos, en la emisión de los bonos bancarios y en lo conducente, están sujetos a las disposiciones que regulan los bonos emitidos por las sociedades anónimas, que son las que se examinan en este capítulo.

ARTÍCULO 678.- (Banco depositario). Si se establecen garantías específicas, los bienes que constituyen la cobertura serán cuidadosamente determinados y podrán permanecer en poder del Banco deudor, el cual tendrá respecto de ellos el carácter de depositario.

Conc: c. com. 645, 8) - 679 - 872 -

La ambigüedad con que el capítulo se refiere a las garantías específicas, toda vez que las menciona, no facilita la cabal comprensión de sus disposiciones. Las garantías específicas pueden consistir, por ejemplo, en hipoteca, prenda sin desplazamiento y también una prenda de crédito, que exige la entrega del documento o título (c.c. art. 1414 y c. com. art. 882). Ha de considerarse que el art. se refiere a la garantía prendaria constituida sobre títulos - valores, de los mismos que el propio Banco deudor responde como depositario, además de que debe observar las obligaciones consiguientes, en el supuesto de su vencimiento según el art. siguiente (679).

ARTÍCULO 679.- (Vencimiento de títulos). Si se vencieran los títulos - valores que constituyan la cobertura de los valores bancarios, el Banco deudor los hará efectivos y los sustituirá por otros equivalentes.

Conc: c. com. 678

Comprendido en la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 680.- (Representación). Tratándose de valores bancarios no es necesaria la designación del representante común de los tenedores, pero éstos podrán designarlo en cualquier tiempo.

Conc: c. com. 654 - 655 -

ARTÍCULO 681.- (Prescripción). Las acciones para el cobro de los bonos prescriben en diez años a contar de la fecha de su exigibilidad.

Conc: c.c. 1492-1507-c. com. 664-786-

SECCIÓN II **CEDULAS HIPOTECARIAS**

ARTÍCULO 682.- (Cédulas hipotecarias). Quien tenga poder de disposición sobre un inmueble puede, por declaración unilateral de voluntad y con la intervención de un Banco especialmente autorizado, constituir crédito hipotecario sobre dicho bien con la creación de cédulas hipotecarias que incorporen una parte alícuota del crédito correspondiente.

Precd: L. Gral. de Bancos, 11 Julio 1928, arts. 12 - 13 174-206 y s.-

Conc: c. com. 11-491-901- 1440- 1441-

Aunque por las características de los títulos - valores, parecería que solo las sociedades por acciones, en el ámbito del derecho privado, pudieran emitir obligaciones o bonos, las cédulas hipotecarias como caso excepcional, muestran que ello es posible para un acreditado por una institución de crédito autorizada al efecto.

Se caracteriza la cedula hipotecaria por ser una obligación, por estar emitida por instituciones crediticias debidamente autorizadas, por la existencia de una garantía específica típica del crédito territorial (hipoteca, pues nunca son obligaciones comunes o quirografarias), y por el amplio margen que existe entre el volumen de las obligaciones que se emitan y el capital social del Banco, que actúa siempre como fideicomisario de la operación (art. 683). Como obligaciones que son, cada cedula representa una parte fraccionaria del crédito colectivo que sus tomadores conceden al emisor y, en cuanto títulos - valores, reúnen las características propias de los mismos (arts. 491, 492, 493), y su creación, como observa Rodríguez, resulta de una declaración unilateral de voluntad (como los bonos, art. 650).

Según el concepto generalmente contenido en las modernas corrientes legislativas (Rodríguez), las cédulas hipotecarias son obligaciones emitidas por una institución de crédito hipotecario, con la garantía de una hipoteca constituida por el acreditado, que es el aludido en el art. con la frase quien tenga poder de disposición sobre un inmueble, que cuando precisa obtener un crédito acude a un Banco hipotecario, que le proporciona el dinero que requiere. Tal dinero, no es del Banco ni le entrega sin garantías: suministra el dinero que ha obtenido u obtiene de sus clientes para el fin de invertirlo, lo que hace, en el caso, una vez que el acreditado haya dado garantía suficiente, que esta representada por hipotecas constituidas a favor de las personas que proporcionan el dinero (art. 901), quienes, además, tienen una garantía complementaria de máxima significación en la fianza del Banco, que lo compromete solidariamente con el acreditado (art. 683).

El Banco entrega el dinero al acreditado contra la entrega que este hace de los títulos - valores que suscribe, que son las cédulas hipotecarias, en las que se literalizan sus obligaciones como deudor hipotecario (arts. 491, 500) y que el Banco coloca entre sus clientes. Cada tenedor del título - valor, tiene incorporado en el sus derechos de acreedor hipotecario, el cual, si quiere recuperar su capital antes del vencimiento, no tiene que esperar que la fecha de este llegue; puede transmitirlo por endoso o por simple tradición, según se trate de documentos nominativos o al portador y al transmitir su calidad de acreedor fraccionario, rescata su dinero.

Su naturaleza jurídica es la de una autentica obligación, esto es, la expresión de un crédito colectivo, dividido en fracciones iguales, cada una de las cuales esta representada por una cédula.

El precedente legislativo del instituto, se encuentra en la Ley General de Bancos de 11 de Julio de 1928, cuyo capítulo XIII (particularmente en los arts. citados en la concordancia) dedicado a los bancos hipotecarios y a las secciones hipotecarios de los bancos comerciales comunes, contiene una reglamentación detallada sobre este tipo de operaciones bancarias.

La emisión debe ser autorizada por la Comisión Nacional de Valores (art. 782, 10). La institución que interviene en la emisión, debe comprobar la estimación de los bienes ofrecidos para la hipoteca, la titulación y registro correspondiente. La posición jurídica del Banco que interviene en la emisión, que en realidad es el instituto emisor en la práctica, tiene una triple manifestación, dice Rodríguez: como emisor o, por lo menos, como fiador solidario (art. 683); como representante común de los tenedores o acreedores cedularios (art. 686), y como acreditante del particular que suscribe las cédulas (art. 682). Como emisor o fiador, responde solidariamente

del principal, de los intereses y de los demás derechos que implica la cédula (arts. 683 y 687); como representante común de los tenedores, esta obligado, como mandatario, a ejecutar todos los actos que corresponda a aquellos como acreedores (v. gr. art. 686) y como acreditante del deudor hipotecario le proporciona el dinero a este, entrega de la cual se reembolsa al colocar las cedulas en el público.

Véase el art. 901 y su anot.

ARTÍCULO 683.- (El Banco tendrá el carácter de fiador). El Banco que intervenga en la operación tendrá el carácter de fiador solidario de las células.

Conc: c.c. 925, II, 2) -c. com. 685-903 -906- 917 -
Comprendido en la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 684.- (Contenido). La cédula hipotecaria contendrá:

- 1) Las palabras "cédula hipotecaria" y la fecha de su expedición;
- 2) El nombre del Banco que la emita;
- 3) El importe de su emisión, con expresión del número y valor nominal de la cédula, así como la serie y número;
- 4) El tipo de interés y el modo de su redención;
- 5) La fecha de su vencimiento;
- 6) La garantía específica, y
- 7) Las demás referencias que sean necesarias para su identificación.

Conc: c. com. 492 -

Sus requisitos, en general, son comunes con los de todos los títulos - valores y particularmente con los de los bonos o debentures. Similitud que también puede señalarse respecto de sus caracteres, pero cabe establecer la diferencia esencial que a pesar de esas similitudes las distingue de los bonos: los bonos pueden ser emitidos por una sociedad anónima, sin garantía o con la garantía general de su patrimonio, las cedulas sólo pueden ser emitidas cuando la operación esta garantizada específicamente con una hipoteca especial.

ARTÍCULO 685.- (Acción ejecutiva). El tenedor de la cédula tendrá acción ejecutiva contra el deudor principal o contra el Banco, al ser exigible la misma.

Precd: L. Gral. Bancos 1928, art. 209 -
Conc: p.c. 487, 3) - c. com. 683 -

Es consecuencia lógica de la solidaridad impuesta por la ley en el art. 683, supra.

ARTÍCULO 686.- (Banco depositario). El Banco se considera como depositario de las cantidades entregadas por los deudores del crédito para el pago de las cédulas. Transcurrido el plazo de prescripción el Banco entregará al Estado las cantidades no cobradas.

Conc: c. com. 688-869-c.c. 858, 1) - 859-
Comprendido en la anot. al art. 682.

ARTÍCULO 687.- (Bancos autorizados para emitir cedulas hipotecarias). Los Bancos autorizados a emitir cédulas hipotecarias por su cuenta, emergentes de créditos hipotecarios directos concedidos a sus clientes y sin garantía específica en el título, garantizan sus obligaciones respecto a los- tenedores de cédulas hipotecarias con su propio patrimonio, y, subsidiariamente, con las garantías hipotecarias a su favor.

Precd: L. Gral. de Bancos de 1928, art. 206 -
Conc: c. com. 498- 1440- 1441 -

Según el precedente legislativo, todo banco hipotecario, que es el autorizado para el efecto a tenor de lo dispuesto por el art., puede emitir letras hipotecarias por su cuenta, hasta el monto no amortizado de sus prestamos garantizados con hipotecas sobre bienes raíces. Si el Banco emisor mantuviera en circulación en cualquier tiempo una cantidad de las cedulas hipotecarias mayor que la antes mencionada, más su dinero en caja y los depósitos acreditados a su favor en otros Bancos, será pasible de sanciones, las mismas que no son aplicables respecto del exceso proveniente de cedulas vencidas y sorteadas que no se hubiesen cobrado por los interesados.

ARTÍCULO 688.- (Prescripción). Las acciones para el cobro de las cedulas hipotecarias prescriben en diez años a contar de la fecha de su exigibilidad.

Conc: c.c. 1492 - 1507 - c. com. 686 - 786 -

SECCIÓN III **CERTIFICADO DE DEPÓSITO Y BONO DE PRENDA (WARRANT)**

ARTÍCULO 689.- (Certificado de depósito y bono de prenda). Como consecuencia del depósito de mercaderías, los Almacenes Generales de Depósito, debidamente autorizados, pueden expedir certificados de depósito y formularios de bonos de prenda.

Conc: c. com. 492 - 692 - 695 - 739 - 869 - 1189 -1191-1320-

Entre los títulos - valores, los representativos de mercaderías (art. 690), cumplen en el comercio actual la importante función de facilitar las operaciones mercantiles sobre mercaderías y bienes, sin necesidad de que estos sean desplazados materialmente y en el ámbito del crédito sobre mercaderías sin que se requiera una movilización material de los mismos. Permiten transacciones comerciales de toda entidad, mediante la transmisión en propiedad o en prenda de mercaderías, sin que sea preciso su desplazamiento físico sino el solo traspaso de los documentos que los representan, con absoluta seguridad jurídica y económica y sin que importe que las mercaderías se hallen almacenadas a millares de kilómetros o en curso de ruta de un punto a otro del mundo.

La característica básica de todos los títulos - valores representativos de mercaderías, consiste en la incorporación al título valor del dominio sobre las mercaderías o bienes amparados por el, por cuya virtud la tenencia del título equivale a la tenencia material de dichos bienes o mercaderías y la disposición del título vale tanto como la disposición de ellos mismos. Por eso se ha dicho que estos títulos - valores no solo incorporan un derecho, sino, en la medida legalmente determinada, incorporan el dominio real sobre la cosa, o que tratándose de documentos en los que se describe la mercadería, esta puede ser dispuesta por el tenedor del título como si la tuviera en su poder (Rodríguez).

Aunque algunos autores creen encontrar su origen en los fondacos (almacenes) italianos, que desaparecieron sin dejar rastros en la vida comercial de Italia (Malagarriga), es generalmente admitido que la movilización de las mercaderías almacenadas mediante la emisión de títulos negociables es una creación inglesa. De Inglaterra pasó a Holanda, Alemania, Francia, y su práctica se difundió en el siglo XIX. En la terminología relativa a la materia, se emplea dock-warrant en Inglaterra, Warenpapiere o Traditionspapiere en Alemania, titoti rappresentativi di merci (y también de tradizioni) en Italia, y con análoga denominación que la italiana título representativo de mercaderías en los derechos español, mexicano y en el boliviano (art. 690), además de las que emplea la sección: certificado de depósito y warrant.

Acerca de su naturaleza jurídica, se discutió sobre si debían ser considerados como títulos - valores o no. Bolaffio (cit. de Rodríguez) señala que su finalidad reducida a anticipar la

transmisión de ciertas mercaderías y a transferir su disponibilidad, es diversa de los títulos-valores. Otras objeciones ponen de relieve que los títulos de tradición conceden un ius in re, en tanto que los títulos - valores dan un ius ad rem, y otras indican que mientras los títulos - valores son abstractos, los de tradición son causales (sobre este último punto v. la anot. al art. 541). Todas las observaciones anotadas, están prácticamente resueltas en las modernas reglamentaciones que, como la del Código, insertan la materia, sin atender mayores observaciones, entre los títulos - valores, cuyo carácter y naturaleza se reconoce a los llamados de tradición o representativos de mercaderías. Por otra parte, las objeciones mencionadas han sido desvirtuadas, recordando que las funciones traslativa y crediticia, no solo no eran incompatibles sino que la primera podía cumplirse en atención a la segunda; también que el jus in re y el jus ad rem no eran incompatibles, sino que eran perfectamente coordinables, y, finalmente, que si bien es cierto que los títulos de tradición son causales, debe advertirse que los títulos - valores no son necesariamente abstractos (Rodríguez).

Habida cuenta el contrato de que emanan, estos títulos pueden distinguirse entre los de depósito, como el certificado de depósito, materia de la sección en examen; el bono de prenda, también parte del instituto que regla la sección; y títulos de transporte y de despacho como el conocimiento de embarque o carta de porte (arts. 712 a 716) y la factura cambiaria (arts. 717 a 723).

El certificado de depósito, es un título-valor expedido por un almacén general de depósito (art. 1189) que certifica la recepción de las mercaderías en el mencionadas, por cuya virtud el tenedor legítimo tiene el dominio de las mismas. No se agrega a la definición dada, como hacen algunos autores, la facultad de disposición, porque ella esta comprendida en el carácter esencial del dominio por definición.

Como título - valor, incorpora en el certificado según su tenor literal (art. 500), el contenido y los alcances del derecho del titular y del emisor del título y por su transmisión el adquirente tiene un derecho autónomo, que implica que las excepciones oponibles a su predecesor jurídico no pueden serle opuestas a el.

Tiene que estar emitido por un almacén general de depósito autorizado, conforme a los requisitos legales pertinentes (art. 1189), de lo que se deriva que los almacenes no autorizados (que los hay y puede haberlos), sólo pueden expedir recibos, constancias o certificados que no son títulos de crédito, ni tienen por tanto la eficacia jurídica de los que se examina aquí.

La exigencia de que el almacén depositario debe estar debidamente autorizado al efecto, puede explicarse por el hecho de que los depósitos que en el se efectúan, están, como indica Messineo, preordenados a la ulterior fase o posibilidad de consentir la negociación de las mercaderías depositadas o de darlas en prenda, en uno y otro caso, como se sabe, sin necesidad de efectuar la entrega de la mercadería al comprador o al acreedor prendario.

ARTÍCULO 690.- (Calidad de título representativo de mercaderías). El certificado de depósito tiene la calidad de título representativo de las mercaderías amparadas por él.

Conc: c. com. 11 - 491 -

Según la definición que se ha dado del certificado de depósito en la anot. al art. anterior, es elemento de la misma, de lo cual deriva que el certificado sólo puede ser expedido con posterioridad a la recepción de las mercaderías en el almacén general de depósito, ya que, como observa Rodríguez, solo de esta manera puede ser un título representativo.

ARTÍCULO 691.- (Crédito prendario sobre las mercaderías amparadas). El bono de prenda incorpora un crédito prendario sobre las mercaderías amparadas por el certificado de depósito.

Conc: c. com. 878 -

El bono de prenda se emite siempre en conexión con un certificado de depósito, al que debe ir adherido y del que se desprende en el momento de su emisión; por eso, el art. 698, determina las anotaciones que deben hacerse en el bono respecto de los datos del crédito y la inscripción en el certificado de la constancia de la negociación (art. 698). Además, son otras características de la accesoriedad del bono: a) el plazo del vencimiento del crédito prendario no puede exceder al del depósito acreditado en el certificado (art. 693); b) la continua referencia al certificado de depósito en el texto del bono, como entre otras, por ejemplo, los datos adicionales que según el art. 694 debe contener el bono; c) su coexistencia en el libro talonario del que deben desprenderse el certificado y el bono (art. 696); d) la obligación del tenedor de exhibir tanto el certificado como el bono, juntos, para disponer de las mercaderías amparadas por aquel, o la subsidiaria, respecto del bono, de entregar al almacén el importe del crédito prendario, para que este lo mantenga a disposición del tenedor del bono, cuando el mismo haya sido negociado separadamente, requisito sin el cual no puede hacer el retiro de las mercaderías (art. 700).

El bono de prenda (warrant), acredita la recepción de una cantidad de dinero por el titular del certificado y la dación en prenda de las mercaderías (o de parte de ellas) que el representa. Esto

es, el titular del certificado obtiene un crédito del que ha de constituirse en titular del bono, crédito que tiene la garantía prendaria representada por las mercaderías amparadas por el certificado.

Por virtud de dichas consideraciones, puede adaptarse la definición que propone Rodríguez, diciendo que el bono es un título - valor accesorio a un certificado de depósito, que acredita la recepción de una cantidad por el titular del certificado y la entrega en prenda por este de los bienes o mercaderías que dicho documento representa.

Como tal (título - valor), reúne las condiciones generales de incorporación, de titularidad, de legitimación y de autonomía. La incorporación, expresamente mencionada en el art., comprende dos relaciones jurídicas fundamentales: la concesión del crédito que el tomador del bono hace en favor del titular del certificado y la constitución de la prenda que este hace en favor de aquel.

ARTÍCULO 692.- (Contenido). Además de los requisitos señalados en el artículo 493, el certificado de depósito y el bono de prenda deben contener:

- 1) Las palabras "Certificado de depósito" y "Bono de prenda", respectivamente;
- 2) Descripción pormenorizada de las mercaderías depositadas, con todos los datos necesarios para su identificación, en su caso, de que se trata de mercaderías genéricamente designadas;
- 3) La constancia de haberse constituido el depósito;
- 4) El plazo del depósito;
- 5) El monto de las prestaciones en favor del Estado o del Almacén, a cuyo pago esté supeditada la entrega de las mercaderías o las bases o tarifas para calcular el monto de dichas prestaciones;
- 6) Riesgos amparados, el importe del seguro y el nombre de la compañía aseguradora;
- 7) El importe, tipo de interés y fecha de vencimiento del crédito que al bono de prenda se incorpore. Este dato se anotará en el certificado al ser negociado el bono por primera vez, y
- 8) Los demás requisitos exigidos por los reglamentos respectivos.

Conc: c. com. 493-689-693-694-696-697-698-1191-1192-1196-

Con arreglo a las disposiciones del art. y de las del 493 que le es relativo, los requisitos del contenido del certificado de depósito y del bono accesorio, puede distribuirse en cuatro grupos:

a) Requisitos personales: nombre o firma social del almacén emisor, firma de las personas autorizadas para suscribir tales documentos (art. 493) y mención del nombre del depositante, cuando no se trate de certificados al portador (art. 701).

b) Requisitos formales, que atañen al documento mismo: indicación de que es un certificado de depósito y un bono de prenda (inc. 1) exigencia legal que, como en el caso de la letra de cambio (art. 541) del pagaré (art. 592) o de la factura cambiaria (art. 719), por ejemplo, tiene por objeto una precisa individuación del título para evitar confusiones inconvenientes; lugar y fecha de la emisión del documento (art. 493), que puntualizan localmente la situación de las mercaderías y el momento de la constitución del depósito; número del título o documento (inc. 8) para distinguir exactamente los diversos depósitos y de cantidades similares de mercaderías de la misma naturaleza, que en el mismo día y en el mismo almacén puede hacer una misma persona, lo que constituye puede decirse un dato de identificación del mismo título.

c) Requisitos reales, relativos a la mercadería y al depósito: la clase de mercadería de que se trate, con la precisión de su carácter individual o genérico (inc. 2); la indicación de adeudos fiscales y prestaciones en favor del almacén (por transportes, almacenaje, maniobra de las mercaderías o bienes objeto del certificado, etc.), o las bases para determinarlos (inc. 5); existencia de seguros e individuación precisa del asegurador (inc. 6); el importe y tipo de interés del crédito que al bono de prenda se incorpore, que debe anotarse en el bono y en el certificado al ser negociado el bono por primera vez (inc. 7).

La exigencia de la determinación individual o genérica de la mercadería, tiene su importancia obvia. Si se trata de mercaderías ciertas y determinadas, particularmente cuando la determinación es individualizadora, el almacén general de depósito queda obligado a restituir las mismas mercaderías a las que el certificado se refiere. Si la determinación es genérica la restitución queda cumplida con la devolución de otros tantos bienes de la misma especie y calidad de los que fueron depositados.

d) Requisitos funcionales: la constancia de haberse constituido el depósito (inc. 3) para los efectos de la incorporación (arts. 690 y 691); el plazo del depósito (inc. 4) y el del vencimiento del crédito que al bono de prenda se incorpore (inc. 7). Véase además la anot. al art. 698.

ARTÍCULO 693.- (Vencimiento del plazo). El vencimiento del crédito prendario no puede exceder al plazo del depósito.

Conc: c. com. 692, 4) y 7) -

Comprendido en la anot. al art. 691.

ARTÍCULO 694.- (Datos adicionales en el bono de prenda). El bono de prenda contendrá además:

- 1) La indicación de haberse hecho en el certificado la anotación de la primera negociación del bono, y
- 2) Las firmas del tenedor del certificado que negocie el bono por primera vez y de la institución que haya intervenido en la negociación.

Conc: c. com. 692 -

El bono, como indica el art. 692, reproduce los datos contenidos en el certificado y debe llevar, además según este art., la declaración de haberse anotado en el certificado de depósito la primera negociación del bono y la entrega de este, con motivo de esa primera negociación del documento, declaración que debe ser firmada por el titular del certificado y por el almacén depositario.

Además, de acuerdo a las reglas generales, debe contener adicionalmente: el nombre del acreedor prendario o la indicación de ser al portador (art. 701). Véase también las anots. a los arts. 691 y 699.

La anotación del primer endoso, que acredita que el bono de prenda o warrant ha sido negociado, con el detalle del importe, tipo de interés, fecha de vencimiento (art. 692, 7) y la indicación de haberse hecho en el certificado esa anot. (inc. 1 de este art.) es el medio de publicidad que establece la ley en resguardo de los derechos de terceros adquirentes. Así, si posteriormente se negocia el certificado de depósito, el adquirente conocerá con exactitud los derechos que gravitan sobre las mercaderías amparadas por el certificado.

ARTÍCULO 695.- (Requerimiento del depositante). El certificado y, en su caso, el formulario de bono, se entregarán por el Almacén a requerimiento del depositante, corriendo por cuenta de éste los gastos legítimos.

Conc: c. com. 689-

Si el depósito en los almacenes generales del ramo, supone la expedición, esto es, entrega al depositante, del certificado, como constancia de que el depósito se ha constituido (se ha hecho, art. 689), este art. es absolutamente superfluo. Sin embargo, cabe conjeturar que el art. fue

destinado a prevenir la entrega de duplicados, en el supuesto de reposición por deterioro o extravíos (arts. 724 y s.) y que su formulación aparece impropia para el efecto por errata dactilográfica o de edición.

ARTÍCULO 696.- (Libro talonario). El certificado y el bono se desprenderán de libros talonarios.

Conc: c. com. 692 -

El bono se desprende del certificado cuyos datos y enumeración debe reproducir (art. 692) y ambos han de desprenderse a su vez de talonarios, cual indica el art. El bono se emite siempre con el certificado. Si se quiere dividir la mercadería para tener varios bonos fraccionarios, se reemplaza el certificado de depósito original por otros tantos con sus respectivos bonos, cuantos lotes quiera constituir el titular del certificado original (art. 1202). Véase además las anots. a los arts. 691 y 698.

ARTÍCULO 697.- (Constancias de los intereses). Si no se hiciera constar en el bono el interés pactado, se entenderá que su importe se ha descontado.

Conc: c. com. 692, 7) -

Esto quiere decir que, en la especie, no se puede pretender interés legal, que, por regla general, rige cuando no se ha señalado alguno convencionalmente (c.c. art. 414). Implica una derogación del principio general de derecho común, para el caso.

ARTÍCULO 698.- (Anotación en el bono de los datos relativos al crédito). Al realizarse la primera negociación, se anotarán en el bono los datos relativos al crédito, y se inscribirá en el certificado la constancia de la negociación del bono.

Conc: c. com. 692, 7) - 699 -

Comprendido en la anot. del art. 691. Es, por lo demás, una formulación redundante. Según la reglamentación de la sección en estudio, certificado de depósito y bono de prenda, son documentos que han de emitirse conjuntamente. Puede decirse, como observa Rodríguez, que este título - valor es un documento doble: el certificado de depósito y e] bono de prenda adjunto, el primero destinado a servir de título para la transmisión de las mercaderías que ampara, el segundo para su entrega en calidad de garantía prendaria. Por eso el certificado de depósito no es susceptible de emisión independiente respecto de la de] bono de prenda, a menos que se

trate de un certificado de depósito no - negociable. De ahí que, el art. 692 precisa conjuntamente el contenido del certificado de depósito y del bono de prenda y por eso mismo el art. 696, dispone que ambos se desprenderán de libros talonarios.

ARTÍCULO 699.- (Obligación de aviso al Almacén). La institución que intervenga en la negociación avisará, bajo su responsabilidad, al Almacén creador del certificado, para que éste anote los datos relativos al bono de prenda en los talonarios correspondientes.

Conc: c. com. 698 -

Esta disposición debió figurar como otro requisito adicional del bono de prenda, en forma de un tercer inc. del art. 694.

ARTÍCULO 700.- (Exhibición de los títulos). Para disponer de las mercaderías el tenedor del certificado debe exhibir juntos dicho título y el bono de prenda. Si éste se hubiese negociado y circulase separadamente, el tenedor del certificado sólo podrá recoger las mercaderías si entrega al Almacén el importe del crédito prendario, para que el Almacén lo mantenga a disposición del tenedor del bono.

Conc: c. com. 497 -
Comprendido en la anot. al art. 691.

Además, téngase en cuenta lo dicho para el art. 497, en la anot. al art. 493: sin la presentación del documento no puede obtenerse el cumplimiento de la prestación. La razón es simple. La constitución de la prenda requiere la entrega material de los bienes pignorados al acreedor o a un tercero que tendrá las cosas en nombre de aquel (c.c. art. 1403). Con la emisión del bono, el acreedor ante la ley tiene la misma posición jurídica de quien recibe las cosas materialmente entregadas y para recuperar su acreencia tiene no sólo que exhibir el título, sino devolverlo cancelado, una vez que ha sido pagado.

ARTÍCULO 701.- (Nominativos, a la orden o al portador). Tanto el certificado como el bono pueden ser nominativos, a la orden o al portador.

Conc: c. com. 516 - 520- 539 -
Comprendido en las anots. a los arts. 692 y 694.

Las anots. a los arts. citados en la concordancia, también tienen aplicación, en lo pertinente, para esta disposición.

ARTÍCULO 702.- (Situación jurídica del deudor prendario y de los Almacenes Generales). El tenedor del certificado que haya constituido el crédito prendario al negociar el bono por primera vez, tendrá la misma calidad que el aceptante de una letra de cambio.

Conc: c. com. 550-

Esa situación jurídica supone que, como en la letra de cambio por efecto de la aceptación, en el certificado de depósito, el titular de este, por el hecho de negociar el bono de prenda por primera vez, constituyendo un crédito prendario, se convierte en los términos del derecho cambiario, en el obligado principal, frente al adquirente o tomador del bono de prenda.

ARTÍCULO 703.- (Presentación del bono). El bono de prenda deberá presentarse para su cobro ante el Almacén correspondiente.

Conc: c. com. 497 -

El ejercicio del derecho que atribuye el bono de prenda al tenedor y la facultad de exigir el cumplimiento de la obligación en él incorporada, requiere la presentación del título, porque, como es sabido, la prenda de créditos no tiene efecto ninguno, sino afecta a la tenencia del título (c.c. art. 1414 y c. com. art. 502), por cuya razón, quien reclama el cumplimiento de una obligación prendaria en los almacenes generales de depósito, debe inexcusablemente presentar el bono correspondiente. Véase la anot. al art. 493.

ARTÍCULO 704.- (Falta de provisión y protesto). Si el deudor no hubiese hecho provisión oportuna al almacén, éste deberá poner en el bono la anotación de falta de pago. Tal anotación surtirá efectos de protesto.

Conc: c. com. 569-615-705-707-710, 1) -

ARTÍCULO 705.- (Protesto por ante notario). Si el Almacén se niega a poner la anotación deberá hacerse el protesto en la forma prevista para las letras de cambio.

Conc: c. com. 569-704-707- 710, 1) -

El art. 704, establece para el protesto del bono de prenda el sistema instituido para el protesto del cheque (art. 615), porque es un procedimiento practico que se adecua a la especie del título. Si ocurre que el almacén niega la anotación de falta de pago, el tenedor tiene abierta la vía del protesto auténtico en la forma prevista para la letra de cambio (art. 569).

Ahora bien, en el primer supuesto (art. 704), la anotación a cargo del almacén de la falta de pago, por no haberse hecho la provisión oportuna respectiva, tiene que ser hecha antes del vencimiento, a cuyo fin la presentación ha de hacerse en tiempo oportuno, pena de caducidad de la acción de regreso (art. 710, 1). En el segundo supuesto (art. 705), esto es, necesidad de un protesto autentico por negativa de la anotación a cargo del almacén, el mismo debe hacerse en la forma y en el plazo señalados para la letra de cambio por los arts. 569 y 570, con la misma consecuencia señalada en el art. 710, 1), en su defecto.

ARTÍCULO 706.- (Petición de subasta). El tenedor del bono debidamente anotado o protestado podrá, dentro de los ocho días que sigan a la anotación o al protesto, exigir del Almacén que proceda a la subasta de los bienes depositados.

Conc: c. com. 704-705-707-710, 2) -

El art. tiene aplicación en el supuesto de que el titular del certificado de depósito, no haya hecho la provisión oportuna al almacén del importe del bono de prenda. El bono anotado por falta de pago en el almacén o protestado ante notario, es suficiente requisito para que el almacén proceda, a pedido del tenedor en el plazo que señala el art., al remate de los bienes depositados que garantizan el crédito prendario del titular del bono. Si el interesado, deja transcurrir el término indicado, sin gestionar ante el almacén la subasta, cae en la caducidad de esta facultad, prevista por el art. 710, 2).

La formulación del art. no es lo suficientemente clara. La subasta se la pide al administrador del almacén, según otras legislaciones (L. argentina 9643, art. 17, v. gr.), lo que excluye intervención judicial. Ahora bien, ha de suponerse, también, que en caso de negativa del almacén, el interesado tiene abierta la vía ejecutiva judicial, además de la correspondiente por la responsabilidad del almacén que se negare a actuar según dispone la ley. Tampoco el art. da idea de la forma en que el interesado pueda munirse de las constancias necesarias, para su caso, de haber hecho la demanda de subasta en tiempo oportuno y de la negativa del almacén, si esta se produjera. A falta de la reglamentación que anuncia el art. 1204 y que aún no ha sido dada, para seguridad de los derechos del tenedor del bono, en los supuestos que se han planteado, puede considerarse viable una notificación notarial (c.c. art. 571, II) como acto equivalente a la intimación judicial, aludida en el art. 340 del c.c.

ARTÍCULO 707.- (Realización de la subasta y aplicación de su producto). El Almacén subastará los bienes y su producto se aplicará al pago en el siguiente orden:

- 1) Gastos de la subasta;
- 2) Impuestos, derechos arancelarios y otros tributos que graven las cosas depositadas;
- 3) Créditos que provengan del contrato de depósito, y
- 4) Crédito incorporado al bono de prenda.

El remanente se conservara por el Almacén a disposición del tenedor del certificado de depósito.

Conc: c. com. 706 - 708 -

El producido de la subasta, efectuada esta, será distribuido por el almacén, en el orden indicado en el art. El art. no dice nada respecto de la posibilidad de una oposición a la distribución de ese producto, como lo hacen otras legislaciones (v. gr. la argentina, L. de Warrants 9643, art. 19), oposición que implica orden judicial para detener la distribución en tanto se resuelva aquella. Parece que el supuesto, puede considerarse en el ordenamiento nacional no-viable por aplicación de lo dispuesto en el párrafo final del art. 1199, que declara inoponible cualquier excepción a los tenedores de bonos de prenda y consiguientemente a la percepción del producido de la subasta, por consecuencia.

ARTÍCULO 708.- (Cobro y aplicación del seguro en caso de siniestro). En caso de pérdida o daño de las mercaderías por siniestro, el Almacén cobrara el importe del seguro y los aplicara en los términos del artículo anterior.

Conc: c. com. 707- 1196-

Es una consecuencia lógica indiscutible, cuando el seguro ha sido constituido por el titular del certificado de depósito, que aprovecha al tenedor del bono de prenda, que es accesorio de aquel. Y también en el supuesto de que el Almacén haya constituido el seguro, que implica una obligación legal para el (art. 1196), cuando no lo ha hecho el titular del certificado de depósito. No importa una concesión graciosa al depositante que, como es usual en la práctica comparada, el almacén, aún no habiendo reglamentación concreta, carga en la tasa o tarifa, el porcentaje correspondiente al seguro, de lo que resulta que el interesado contribuye a la constitución del mismo, haciendo lógica la disposición del art. sea que el seguro haya sido constituido por el interesado o por el almacén.

ARTÍCULO 709.- (Acción ejecutiva del tenedor del bono por el saldo impago). El Almacén anotará en el bono las cantidades pagadas. Por el saldo impago el tenedor tendrá acción ejecutiva contra el tenedor del certificado que haya constituido el crédito prendario y contra los endosantes y avalistas del bono de prenda.

Conc: p.c. 487 - c. com. 581 -

El saldo impago, si alguno resulta de la distribución de lo producido por la subasta o por la indemnización del seguro, determinado en los dos artículos precedentes, es un crédito simplemente quirografario y para su cobro el tenedor del bono tiene la acción ejecutiva, contra el tenedor del certificado de depósito que tiene la misma posición jurídica del aceptante de la letra de cambio (art. 702) y contra los endosantes en vía de regreso, siempre que hubiera solicitado dentro del plazo señalado por el art. 706 la subasta que este establece, previo el protesto practicado en alguna de las formas señaladas en los arts. 704 y 705.

ARTÍCULO 710.- (Caducidad de las acciones de regreso). La acción ejecutiva de regreso del tenedor del bono de prenda caduca en los siguientes casos:

- 1) Por falta de presentación y, en su caso, de la anotación de falta de pago o de protesto oportuno;
- 2) Por no exigir al Almacén, en el término legal, la subasta de los bienes depositados.

Conc: c. com. 583 - 704 - 705 - 706 -

Se supone, por la equiparación que la ley hace del titular del certificado de depósito que negocia el bono de prenda con el aceptante de la letra de cambio (art. 702), que el tenedor tiene acción directa contra aquel (art. 581) y que la acción de regreso se ejercita contra los endosantes precedentes. En efecto, la demanda de subasta al almacén, equivale a la acción directa contra el principal deudor, titular del certificado de depósito y negociador del bono de prenda. La acción de regreso contra los endosantes sólo en el caso de que de la subasta resulte saldo insatisfecho. Pues, en ningún caso puede suponerse que lo sea sobre el total principal del crédito, ya que el bono de prenda no ha podido emitirse sino contra depósito de alguna mercadería. Es por eso que el art. declara la caducidad de las acciones ejecutivas de regreso contra los endosantes, en los dos supuestos que enumera.

Ahora bien, la pérdida de la acción ejecutiva, no implica la pérdida de toda acción contra el deudor. Como en el caso de la letra de cambio, cuyas normas de regulación se aplican en lo conducente al bono de prenda, por disposición expresa del art. siguiente (711), el tenedor puede demandar el pago en la vía correspondiente (art. 588, i.f.) que es la ordinaria.

ARTÍCULO 711.- (Aplicación de normas relativas a la letra de cambio). Se aplican al bono de prenda, en lo conducente, las disposiciones relativas a la letra de cambio.

Conc: c. com. 541 y s.- 1198 -
Comprendido en la anot. al art. anterior.

SECCIÓN IV **CARTA DE PORTE Y CONOCIMIENTO DE EMBARQUE**

ARTÍCULO 712.- (Carácter). Los transportadores que exploten rutas de transporte deben extender a los remitentes o cargadores carta de porte o conocimiento de embarque, que tendrán el carácter de títulos representativos de las mercaderías objeto de transporte.

Precd: c. mtl. abrg. 174 -
Conc: L.Gral.ff.cc. 1910, art. 54 - c. aé. 149-150 c.com. 491-948-963-964-

Por lo regular, la carta de porte es el título-valor relativo al transporte terrestre, mientras el conocimiento de embarque es el que gobierna el transporte por agua (marítimo, fluvial, lacustre). El transporte aéreo, utiliza también las cartas de porte como título legal que acredita el contrato de transporte de mercaderías (arts. 149 y 150 del c. aé.). La sección se ocupa de los documentos mencionados en su rubrica, únicamente en su carácter de títulos - valores, dejando lo concerniente al contrato de transporte de cosas, para su lugar (arts. 946 y 971).

Estos títulos - valores, son documentos expedidos por el transportador por los que declara haber recibido determinadas mercancías para su transporte, prometiendo entregarlas después de haberlo efectuado. Por definición de la ley (según el art. en examen), son títulos representativos de las mercaderías recibidas para su transporte. Ese carácter señalado expresamente por la ley, y que conforma el concepto esencial de la definición dada, destaca tanto el aspecto recepticio de los títulos - valores en examen, como el promisorio del transporte y ulterior entrega.

La emisión de estos títulos - valores, es obligatoria. El art. dice que los transportadores deben extenderlos. Generalmente se emiten con varias copias, para el cargador o remitente, para el

transportador mismo y para su agente de transporte (capitán de nave o aeronave, conductor de automotores o ferrocarril), y para el consignatario. Este último ejemplar es el que tiene carácter de título - valor. Puede extenderse duplicados, a solicitud de cualquier interesado, pero debe mencionarse ese carácter (art. 964).

El art. siguiente (713), determina el contenido de esta especie de títulos - valores, que fundamentalmente sirve para decidir todas las contestaciones entre cargador y transportador(Rgto. ff.cc., art. 161).

ARTÍCULO 713.- (Contenido). La carta de porte o conocimiento de embarque debe contener, además de los requisitos establecidos en el artículo 493, los siguientes:

- 1) Nombre y domicilio del transportador;
- 2) El nombre y domicilio del remitente o cargador;
- 3) El nombre y domicilio de la persona a cuya orden se extiende;
- 4) El número de orden correspondiente al título;
- 5) La descripción pormenorizada de las mercaderías a transportarse;
- 6) La indicación de los fletes y demás gastos del transporte, de las tarifas aplicables y la de haber sido pagados los fletes o ser éstos por cobrar;
- 7) La mención de los lugares de salida y de destino;
- 8) La indicación del medio de transporte, y
- 9) Si el transporte fuera por vehículo determinado, los datos necesarios para su identificación.

Precd: c. mtl. abrg. 175 -

Conc: c. aé. 151- c. com. 493-715-948-964

JURISPRUDENCIA

1.- "La redacción de las cartas de porte con las calidades que señala el art. 175 del c. mtl. (713, c. com.), no interesando al orden público o a las buenas costumbres, puede hacerse en la forma y por las condiciones que acuerden las partes, quedando estas sujetas a las obligaciones que contraten conforme al art. 725 (519) del c.c." (G.J. N° 556, p. 14).

2.- Véase el caso único del art. 498.

ARTÍCULO 714.- (Inexistencia de cláusula restrictiva). Se considera como no escrita cualquier cláusula restrictiva de la obligación del transportador de entregar las mercaderías en el lugar de destino, así como aquellas que lo liberen de responsabilidad.

Preced: c. mtl. abrg. 178 -.

Conc: c. com. 500-947 - Rgto. ff.cc. 20 Julio-1911, art. 162

Ninguna cláusula que afecte la literalidad del título (art. 500) puede ser admitida y en el caso de ser incluida, se la tiene por inexistente. Menos las restrictivas de la responsabilidad del transportador que liberen o traten de liberar a este, en todo o en parte, de su obligación de responder de las cosas o mercaderías que recibe para su transporte, responsabilidad que dura el lapso comprendido entre el momento de recepción de ellas hasta el de su entrega al consignatario en el lugar, forma y tiempo estipulados en la carta de porte (Rgto. ff.cc. art. 162) o en el conocimiento de embarque. Las cláusulas restrictivas o liberatorias de esta responsabilidad se tienen por no puestas. Sin embargo, la regla tiene su excepción en las observaciones permitidas al transportador, cuya constancia debe acreditarse en el título mismo en forma nítidamente legible y con participación del remitente, según se señala en el art. 948 y que se examina en su lugar.

ARTÍCULO 715.- (Datos adicionales cuando medie lapso entre recibo y embarque). Si mediara un lapso entre el recibo de las mercaderías y su embarque, el título deberá contener además:

- 1) La mención de ser recibidos para embarque;
- 2) La indicación del lugar donde habría de guardarse las mercaderías mientras el embarque se realice, y
- 3) El plazo fijo para el embarque.

Conc: c. com. 713 -

Como es sabido, la nota característica de las cartas de porte y de los conocimientos de embarque, como títulos representativos de mercaderías en viaje, consiste en que son elaborados y expedidos después de la recepción de las mercaderías. El documento que contiene la cláusula para embarcar, que es lo que realmente regula este art., se despacha antes del embarque de las mercaderías, al recibo de las mismas, y generalmente no especifica el vehículo determinado, a que se refiere el inc. 9) del art. 713. Es una modalidad que tiene interés a los efectos del contrato C.I.F. y del crédito bancario confirmado, sobre todo en el conocimiento para embarcar (received for shipment), que esta desplazando día a día al conocimiento ordinario, porque responde a las necesidades normales de las grandes empresas de navegación, que prestan servicios regulares y que reciben mercaderías antes de que el barco este listo en puerto (Rodríguez).

ARTÍCULO 716.- (Responsabilidad del endosante). El endosante responde de la existencia de las mercaderías en el momento del endoso.

Conc: c. com. 526 -

Según el principio general del art. 526, el endosante contrae obligación autónoma de pagar, en su caso, el importe del título frente a todos los tenedores posteriores a él. En la materia de la sección que se examina, esa obligación se configura en que el endosante está obligado a demostrar, en su caso, que las mercaderías amparadas por el título - valor que regula la sección, existían en el momento de efectuarse el endoso, debiendo responder por ellas en caso contrario.

SECCIÓN V **FACTURA CAMBIARIA**

ARTÍCULO 717.- (Concepto). Factura cambiaria es el título - valor que en la compra - venta de mercaderías a plazo, el vendedor podrá librar y entregar o remitir al comprador, para que éste la devuelva debidamente aceptada.

No puede librarse factura cambiaria que no corresponda a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador.

Conc: c. com. 11 -491 -722- 739 - 1325 -

La factura cambiaria es un título - valor de contenido crediticio, que incorpora un derecho de crédito sobre una prestación en dinero de plazo futuro y que no devenga intereses durante el lapso que falta para su vencimiento. Este concepto, aparece en la reglamentación del Código, formulado fraccionadamente en este art. y en el 1325 (documentos descontables).

No ha de repetirse aquí lo dicho sobre los caracteres, naturaleza jurídica y demás particularidades de los títulos - valores de su género, como las letras de cambio principalmente, aspectos sobre los cuales, cabe remitirse a las anots. pertinentes en las disposiciones relativas a dichos documentos.

Desde luego, conforme determina el art. 723, infra, son aplicables en lo conducente, a esta especie de título - valor crediticio, las reglas concernientes a la letra de cambio, que es el título - tipo de los de su naturaleza.

Su característica peculiar, consiste en la condición indispensable de una venta efectiva de mercaderías, que además deben ser entregadas real y materialmente al comprador, para que el título pueda ser emitido. La aceptación de la factura cambiaria, en ese sentido, importa prácticamente el pago de la mercadería comprada y recibida.

ARTÍCULO 718.- (Efecto de la aceptación). Una vez que la factura cambiaria sea aceptada por el comprador se considera, frente a terceros de buena fe, que el contrato de compra - venta ha sido debidamente ejecutado en la forma expuesta en la misma, quedando el comprador obligado a su pago en el plazo estipulado.

Conc: c. com. 550 - 721-

Aceptada la factura cambiaria por el comprador, la compraventa queda perfeccionada, con la cosa entregada y el precio pagado, aunque su desembolso sea de plazo futuro, porque tratándose de un documento negociable, la factura cambiaria aceptada vale perfectamente como pago. No cabe aquí aplicar la regla del art. 839 sobre ventas a plazos con reserva de propiedad, aplicable sólo a cierto tipo de bienes y mercaderías. Es decir, la venta amparada por una factura cambiaria, no admite la cláusula de reserva de propiedad, porque su aplicación tiene más relación respecto de mercaderías y productos no singularizables (genéricos) y fungibles.

El efecto de la aceptación, para terceros, tiene la misma eficacia y las mismas consecuencias que la aceptación de una letra de cambio.

ARTÍCULO 719.- (Contenido). La factura cambiaria de compra-venta debe contener, además de los requisitos establecidos en el artículo 493, los siguientes datos

- 1) La mención de ser "factura cambiaria de compra - venta";
- 2) El número de orden del título;
- 3) El nombre y domicilio del comprador;
- 4) La denominación y características principales que identifiquen las mercaderías vendidas y la constancia de su entrega real y material;
- 5) Precio unitario y el valor total de las mismas, y
- 6) La expresión en letras, en sitio visible, de que es asimilable en sus efectos a la letra de cambio.

La omisión de cualquiera de estos requisitos no inválida el negocio jurídico que dio origen a la factura cambiaria, pero, ésta pierde su calidad de título-valor.

Conc: c. com. 492, i.f.-493-720- 722, 4) -

Además de los requisitos generales propios de los títulos valores, establecidos en el art. 493, la factura cambiaria ha de contener los determinados en este art. Su omisión como expresa la última fracción del mismo, no inválida el negocio jurídico que le dio origen, pero sí le quita eficacia de título valor y se convierte en un documento ordinario no-negociable, y sin fuerza ejecutiva. Tal disposición se conforma así al principio general del art. 492, relativo a la subordinación de la eficacia de los títulos - valores a la estricta observancia de los requisitos establecidos para su emisión, con la misma consecuencia prevista en el art. que se examina para el supuesto contrario.

Además, en las relaciones entre el vendedor y el comprador de la mercadería a que se refiere la factura cambiaria, la omisión de cualesquiera de las formalidades previstas para el contenido de ella, puede justificar la negativa de la aceptación por parte del comprador (art. 722, 4).

Si se ha convenido el reembolso del crédito en cuotas, ha de agregarse a las condiciones que conforma el contenido de la factura cambiaria, la indicación precisa del número de las cuotas, la fecha de vencimiento de cada una de ellas y la cantidad que debe abonarse con cada cuota, según dispone el art. siguiente (720). También la omisión de estas indicaciones, puede determinar el rechazo de la aceptación.

ARTÍCULO 720.- (Pago por Cuotas). Cuando el pago se hubiera convenido por cuotas, la factura contendrá además:

1) El número de cuotas; 2) La fecha de vencimiento de las mismas, y 3) La cantidad a pagar en cada cuota.

Los pagos parciales deberán constar en las facturas, las cuales indicarán, asimismo, la fecha de su efectivización debiendo el tenedor extender al deudor los recibos correspondientes.

Conc: c. com. 719 -

La constancia del pago de cada cuota debe asentarse en la factura, con señalamiento de la fecha en que ha sido hecho, además de extender al comprador el recibo necesario para su descargo, en cualquier caso.

ARTÍCULO 721.- (Falta de aceptación). La no devolución de las facturas cambiarias en un plazo de cinco días a partir de la fecha de su recibo, se entenderá como falta de aceptación.

Conc: c. com. 718 - 723 -

Como las facturas cambiarias están sujetas, en lo conducente, a la reglamentación que gobierna las letras de cambio, cabe el protesto por falta de aceptación (art. 569) con las consecuencias que le son inherentes (art. 580, inc. 1). Ahora bien, lo que falta precisar es cómo se hace el protesto, en el supuesto del art., para fundar la acción ejecutiva propia de su naturaleza y que el art. establece expresamente para este título. Desde luego, ha de tratarse de un protesto autentico, diligenciado por notario. Puede admitirse que este actúe con una copia y, a tiempo de requerir la aceptación del obligado, dejar establecido que el original le fue oportunamente entregado y que no devolvió dentro del plazo señalado por el art. O, simplemente, ha de estarse a la constancia producida por el vendedor, que puede acreditarla mediante el comprobante de recepción de la mercadería, para que proceda la acción ejecutiva por falta de aceptación autorizada por el art. 580, 1), aplicable al caso por razón del art. 723. Es cuestión que aclarara seguramente la jurisprudencia.

ARTÍCULO 722.- (Casos en que puede negar la aceptación el comprador). El comprador podrá negarse a aceptar la factura en los siguientes casos:

- 1) Avería, extravío o no recibo de las mercaderías cuando éstas no son transportadas por su cuenta y riesgo;
- 2) Defectos o vicios en la cantidad o calidad de las mercaderías;
- 3) Cuando la factura cambiaria no contenga el negocio jurídico convenido;
- 4) Omisión de cualesquiera de los requisitos que dan a la factura cambiaria su calidad de título-valor.

Conc: c. com. 555 - 717 - 719, i.f. -

La aceptación se acredita en la forma determinada por el art. 555 para las letras de cambio. Es suficiente inclusive la sola firma del comprador puesta en la factura, para que se repute otorgada la aceptación.

La no aceptación puede inferirse del transcurso del plazo señalado por el art. anterior, sin que el comprador haya devuelto la factura al vendedor, sea sin firmarla (rechazo tácito) sea con alguna observación relativa a los supuestos que señala este art. (rechazo expreso).

El inc. 1) no es alegable cuando el transporte de la mercadería comprada ha sido convenido por cuenta y riesgo del comprador.

Los incs. 2) y 4) son obvios. El 3) importa que se altera el carácter abstracto propio de los títulos-valores, y se asigna a la factura cambiaria un carácter causal. Ello, sin embargo, no cambia la naturaleza de título - valor de la factura cambiaria, porque, como se ha señalado en la anot. al art. 689 al tratar de los certificados de depósito y bonos de prenda, los títulos - valores no son necesariamente abstractos.

ARTÍCULO 723.- (Aplicación de las normas relativas a la letra de cambio). La factura cambiaria tiene fuerza ejecutiva y a ésta se aplicaran, en lo conducente, las normas relativas a la letra de cambio.

Conc: p.c. 487, 3) -c. com. 541 y s.- 721 -

Comprendido en las anots. a los arts. 717 y 721 -

CAPÍTULO IX

REPOSICIÓN, CANCELACIÓN Y REIVINDICACIÓN DE TÍTULOS - VALORES

ARTÍCULO 724.- (Reposición por deterioro). Si un título-valor se deteriora o destruye en parte, subsistiendo empero en él los datos esenciales para su identificación, el tenedor tendrá derecho a que le sea repuesto a su costa, si inutiliza la firma o el documento primitivo en su presencia. Igualmente, tendrá derecho a que los demás firmantes estampen sus firmas en el nuevo ejemplar, siempre que en su presencia se inutilicen las firmas de ellos.

Si alguno de los firmantes se negara a firmar el nuevo ejemplar emitido, el tenedor podrá recurrir a la autoridad competente, presentando ambos ejemplares, para que en presencia de las partes se realice el acto, o para que el juez anote la constancia de rebeldía del signatario que se niegue.

El signatario se podrá negar a cumplir la orden judicial, si se compromete a entablar la acción de nulidad correspondiente, dentro de un plazo no mayor de treinta días, señalado por el juez.

Precd: c. mtl. abrg. 406 - 408

Conc: c. com. 491 -613-725-732-

El Código regula en este capítulo, con carácter general para todos los títulos - valores, la reposición, cancelación y reivindicación de los mismos, cuando han sido o han resultado destruidos, extraviados o robados o presentan omisiones en los datos esenciales pertinentes a su debida individuación. Otras legislaciones, particularizan estas reglas, según el tipo de los títulos - valores, habida cuenta que en algunos casos las peculiaridades distintivas no siempre admiten el tratamiento indicado y conveniente a través de las regulaciones generales. Que esto es así, se desprende del mismo hecho, por ejemplo, de que además de los requisitos de contenido genéricamente precisados en el art. 493 para todos los títulos - valores, cada especie es objeto de la particular reglamentación para el efecto, según sus específicas características (arts. 541, 592, 600, 645, 684, 692, 713 y 719).

Del concepto de incorporación y de los efectos que implica, reiteradamente mencionado en las disposiciones del Título en examen, cuando se refieren al derecho consignado en el título (v. gr. arts. 491 y 497), deriva la primera y esencial conclusión de que la tenencia del título - valor, es la condición indispensable para el ejercicio del derecho que confiere o representa. De esta conclusión, deriva, a su vez, la importancia definitoria que reviste la desposesión de su titular, que le priva de la posibilidad de ejercer los derechos consignados en el título.

El art., se refiere a deterioros más o menos graves de un título, que pueden consistir en mutilación o destrucción parcial, pero que no afectan las menciones y requisitos esenciales del documento. Es un simple caso de reposición, que debe efectuarse en la forma que prescribe el art., siendo necesaria la intervención del Juez, sólo en el supuesto de la negativa de alguno de los firmantes del documento deteriorado, quien en el caso de negarse a cumplir la orden judicial, esta obligado a accionar la nulidad del documento, en el plazo que señala el art. determinado por el Juez, con las consecuencias correspondientes a su desobediencia o a la desestimación de la nulidad mediante la sentencia respectiva, según casos y circunstancias.

ARTÍCULO 725.- (Títulos sin los datos necesarios o extraviados). Los títulos - valores en que falten los datos esenciales para su identificación y los que se hayan extraviado, robado o destruido totalmente, podrán ser repuestos en la forma indicada en los artículos siguientes o declarados sin ningún valor.

También podrán ser reivindicados de las personas que los hubieran hallado o sustraído y de las que los adquirieron conociendo o debiendo conocer el vicio del derecho de quien se los transmitió.

Conc: c. com. 724 - 726 y s. -

En la anot. al art. anterior, se ha hablado de las consecuencias que supone la desposesión para el titular de un título-valor. Aquí cabe agregar que la escisión entre la titularidad y la tenencia, puede ser voluntaria e involuntaria (Rodríguez).

La desposesión voluntaria, ocurre por motivos que responden a la voluntad del desposeído y se presenta en los casos en que el titular del título - valor, da la posesión del mismo a otra persona por virtud de un negocio jurídico y, como tal, voluntariamente estipulado. Por ejemplo, en los casos de depósito (art. 874), comisión (arts. 1260 y 1287), usufructo (c.c. 218 y 231 y c. com. 502), etc. Si surgen, en estos casos, conflictos entre el poseedor directo (titular de los títulos) y el poseedor derivado (depositario, comisionista, usufructuario), ellos se resuelven de acuerdo con las reglas concernientes al negocio jurídico de que se trate. Es un caso de pérdida voluntaria, que no entra en las previsiones de la reglamentación que se examina, salvo que por efecto del conflicto que pudiera suscitarse entre titular y precario poseedor, derivara en una acción reivindicatoria que esta subordinada al resultado del conflicto sobre el negocio jurídico que dio lugar a la desposesión.

El art., aparte lo relativo a la falta de datos esenciales necesarios para la individuación del título - valor, se refiere a la pérdida involuntaria de la posesión del mismo, que ocurre contra la voluntad expresa del titular de poseer o retener para si el documento a causa de su pérdida, de su robo o de su total destrucción, supuestos en los cuales el conflicto se plantea entre el titular del documento y el tenedor material del mismo, particularmente en los casos de pérdida o de robo, para los cuales el art. autoriza la acción reivindicatoria contra los que hayan encontrado el documento o lo hayan sustraído, si el mismo se encuentra aún en poder de ellos, o contra los que lo adquirieron no obstante el vicio de derecho del transferidor que deben conocer según la calidad del título, cuestión esta última que no rige para los títulos al portador (art. 728).

La reivindicación de los títulos cuya emisión o transmisión deben inscribirse en algún registro, es sin duda fácilmente probable y el adquirente puede inclusive aparecer complicado en las sanciones penales consiguientes, si la tenencia del ilegítimo transferidor proviene de hurto o robo. También incurre en culpabilidad punible, quien adquiere el título extraviado o robado, después de hechas las publicaciones ordenadas, (v. gr. en los arts. 726 y 727, 3). El adquirente puede ser pasible, según casos y circunstancias, de la pena establecida para la receptación (c.p. art. 172) y el transferidor, si se trata de disposición de títulos extraviados hallados por el, de las penas establecidas para la apropiación indebida (c.p. arts. 345 a 349).

La acción reivindicatoria, supone la vía del interdicto de recuperar la posesión, proceso especial reglado por los arts. 607 y s. del p.c.

ARTÍCULO 726.- (Reposición de títulos nominativos). Los títulos nominativos pueden ser repuestos por el emisor sin necesidad de autorización judicial, siempre que lo solicite aquel a cuyo nombre están registrados.

Con carácter previo a la reposición, el emisor deberá publicar un aviso por tres veces consecutivas en un diario de circulación nacional con todas las características necesarias para identificar los títulos - valores respectivos, indicando claramente su reposición. No procede la reposición hasta transcurridos treinta días de la fecha de la última publicación.

Si durante los treinta días indicados en el inciso anterior, alguien se opusiera a la reposición presentando el título-valor que se presume perdido, éste sólo podrá realizarse si se ordena judicialmente.

Conc: c. com. 516-725-727 - 1372-

Recuérdese que la titularidad de los títulos nominativos, esta sujeta a su inscripción en el registro especial que debe llevar el creador del título y que sólo se reconoce como tenedor legítimo a quien figura, a la vez, en el documento y en el registro correspondiente. Esa es la razón que hace innecesaria la intervención judicial (primera fracción del art.) para obtener la reposición.

La publicación obligatoria y previa de la reposición, en los términos y condiciones fijados por la fracción segunda del art., y que debe ser hecha por el emisor del título, tiende a prevenir la salvaguarda de los supuestos de los arts. 517 y 518, relativos a la anotación del título sin intervención del transmisor.

La reposición se hace si pasado el plazo que señala la fracción segunda in fine, no se presenta oposición y si esta se presenta, la reposición sólo puede ser hecha previamente definida la cuestión judicialmente.

La oposición puede fundarse, entre otras razones, en las de los citados arts. 517 y 518, cuando después de la transmisión el titular transferidor pretendiera una reposición, alegando cualquiera causa, aprovechando que el adquirente o endosatario no haya tramitado aún la anotación del título.

ARTÍCULO 727.- (Reposición de títulos valores a la orden). También pueden reponerse por el emisor, sin necesidad de autorización judicial, los títulos - valores siguientes:

- 1) Los cheques no negociables, a solicitud del beneficiario;
- 2) Los cheques a la orden, a solicitud del primer beneficiario, siempre que haya transcurrido el plazo indicado en el artículo 607. Antes de transcurrido dicho plazo, solamente pueden reponerse, sin autorización judicial, en las condiciones determinadas en el inciso que sigue;
- 3) Los títulos a la orden, a solicitud del primer beneficiario, previa publicación de los avisos señalados en el inciso segundo del artículo anterior, siempre que hayan transcurrido treinta días después de la última publicación. Si durante ese lapso alguien se opusiera a la reposición presentando el título que se presume perdido, ésta sólo podrá realizarse si se - ordena judicialmente.

Cuando se trate de reponer una letra de cambio o un cheque, el girador queda obligado a dar aviso oportuno al girado para que se abstenga de pagar el título sustituido La falta de este aviso hace responsable al girador por el valor del título pagado.

Precd: c. mtl. abrg. 406-

Conc: c. com. 520-564-603-606-607-726-

La espera de que transcurra el plazo que señala el art. 607 para el cobro de cheques, no excluye que se den los avisos y ordenes de suspensión de pago en los supuestos del art. 620 4), que es cosa diversa, aunque relativa, a la reglada en este art. Si se presenta al cobro el tenedor circunstancial, que no es el autorizado legítimo para hacerlo, se produce la retención del título hasta que se defina la situación que motivó el aviso de suspensión de pago y luego se procede a la reposición. Si dicho tenedor no se presenta en ese plazo, se procede a ella, porque el tenedor circunstancial ya no podrá efectuar el cobro, porque para hacerlo validamente tendría que obtener su revalidación (art. 610), la que no puede darse obviamente en favor del tenedor circunstancial en caso de pérdida, robo, hurto o violencia (art. 620, 4).

La falta de aviso oportuno al girado, que hace responsable al girador por el valor del título pagado, a que se refiere la ultima fase del art., ha de entenderse referida al supuesto de que el tenedor circunstancial se haya presentado al cobro del título, dentro del plazo para hacerlo. Si vencido ese plazo se ha sustituido el título extraviado o sustraído, el pago de este -haya o no aviso- no puede ser de responsabilidad del girador, sino del girado que no exigió la revalidación (en el caso de los cheques) ordenada por la ley. En el caso de las letras de cambio, el aviso para detener el pago es necesario y la retención del documento extraviado o sustraído, puede lograrse aún a tiempo del protesto, si el tenedor circunstancial se presenta a efectuarlo, mediante aviso oportuno a los notarios de la localidad.

Los demás títulos a la orden (incluidas las letras de cambio) se reponen previas las diligencias de publicidad dispuestas por el inc. 3).

ARTÍCULO 728.- (Reposición de títulos-valores al portador). Los cheques al portador podrán reponerse una vez transcurrido el plazo señalado en el artículo 607. Los demás títulos - valores al portador podrán reponerse mediante autorización judicial, probada la existencia del derecho.

Conc: c. com. 607 - 735, 3) -

Si bien la transmisibilidad por simple tradición, configura una ventaja apreciada en los títulos al portador, también implica peligros serios, difícilmente controlables, derivados de su posible desposesión, por pérdida, sustracción o destrucción.

En el caso de estos títulos, ha de partirse, desde luego, del principio contenido en el art. 539: la simple exhibición del título legítima al tenedor (portador) y su transmisión se efectúa por la simple tradición. Luego, en materia de cheques, la reposición esta subordinada al transcurso del plazo señalado en el art. 607, sin que haya sido presentado al cobro. Si se presenta al cobro dentro de ese plazo y ha existido el aviso oportuno dispuesto por el art. 620, 4) procede la acción judicial correspondiente sobre la existencia o inexistencia del derecho a su tenencia y cobro, con cuyo resultado se repone (o no) el cheque a favor del verdadero beneficiario.

Para los demás títulos, la reposición exige previa resolución judicial, como en el caso de los cheques en el segundo supuesto anteriormente dicho.

Sin embargo, la cuestión es compleja. Según la segunda fracción del art. 725, de estricta aplicación para el caso que se examina, la reivindicación de los títulos al portador procede cuando su posesión se pierde por robo o extravío y están obligados a su restitución-o a la devolución del dinero obtenido por su cobro o transmisión, subsidiariamente- quienes los hubieren hallado o substraído o quienes los adquirieron de estos conociendo o debiendo conocer la causa viciosa o ilícita de la posesión del transmisor. Resulta que frente al principio de que la posesión equivale a tenencia que por si misma legítima (aplicación del principio general: la posesión vale por título, art. 100, c.c.) la reivindicación del derecho a la titularidad (cuestión previa para que proceda la reposición) sólo puede fundarse en una pérdida de la posesión por robo o extravío (excepción a la regla general citada del art. 100 del c.c.: salvo prueba contraria de la existencia de buena fe en esa posesión). Se presenta, pues, un conflicto entre posesión y propiedad del título del crédito, es decir entre la posesión, pero legitimada por lo menos en

apariencia, del tenedor actual del documento y la titularidad jurídica del dueño desposeído por la pérdida o la sustracción. Como existe el interés del propietario del título en invocar su calidad de tal, en este caso, dice Messineo, la posesión del título no es eficaz frente a quien tiene sobre el título un derecho jurídico. La acción se dirige contra el que haya hallado (o encontrado), si retiene el título extraviado en su poder, no obstante la obligación de entregarlo a su dueño, si le conoce, o a la autoridad municipal según dispone el art. 144 del c.c., incurriendo además en la punibilidad prevista por el art. 347 del c.p. (inc. 3). En el caso de sustracción, contra el autor de ella, además de las consecuencias penales. El conocer y el deber conocer, requerido en los terceros adquirentes, es una cuestión de hecho de difícil interpretación. El conocimiento, como situación de hecho, implica dolo en el que adquiere directamente del ilícito tenedor, sabiendo la ilicitud de la posesión y la falta de calidad para adquirir y para legitimarse, dice Rodríguez, se transmite al que la conoce. El deber conocer, de más difícil determinación que el conocer, antes que averiguar si implica una situación de hecho o de derecho, puede presumirse como una conducta culposa (Rodríguez), particularmente en los casos en que la publicación oportuna del extravío o la sustracción del título, hace suponer que la adquisición del título perdido o robado no se ha hecho de buena fe.

Ha de tenerse también en cuenta, entre las consecuencias para los tenedores de los títulos al portador substraídos o extraviados, las regulaciones del art. 101 de c.c., sobre los efectos de la posesión en caso de enajenación por el no propietario, respecto del adquirente que no conocía ni debía conocer la, causa ilícita de la transmisión. Ellos quedan excluidos de la reivindicación, que sólo corresponde al autor de la primera transmisión ilícita o a los siguientes que carecían de buena fe, esto es, que conocían o debían conocer la ilicitud de la transferencia. Si bien el art. 104, II, del c.c. deja en la materia lo relativo a los títulos al portador a las disposiciones legales que les conciernen (esto es a las del derecho comercial), por virtud del mandato del art. 1 del Código, segunda fase, las regulaciones citadas del derecho común, deben ser tenidas en cuenta en el caso que se examina.

La acción reivindicatoria para estos títulos, ha de entenderse que prescribe al año de la pérdida o de la sustracción, por aplicación del art. 102, I, del c.c., ya que no contiene el c. com. disposición expresa sobre el particular. La prescripción a que se refiere el art. 735, 3), es relativa al derecho consignado en el título y no debe confundirse con la de la acción reivindicatoria.

Finalmente, cabe advertir que las disposiciones del art., sólo tienen aplicación para los títulos al portador auténticos, esto es, a aquellos que son emitidos al portador y no a los que circulan como si fuesen tales por razón de un endoso en blanco (v. la anot. al art. 524).

ARTÍCULO 729.- (Reposición previa cancelación). La reposición judicial de los títulos - valores, se hará previa cancelación del primitivo y deberá pedirse ante el juez del lugar donde debe pagarse el título.

El solicitante acompañará a su solicitud una copia del documento y, si ello no fuera posible, indicará los datos esenciales que sean necesarios para la identificación del mismo. La solicitud de cancelación se notificará personalmente a todos los señalados como obligados en virtud del título y se publicará un extracto de ella con inserción de los datos mencionados en el párrafo anterior.

Conc: c. com. 498-499-732-735-

La cancelación, es un procedimiento que el titular de un título - valor extraviado o robado, puede utilizar si no quiere o no puede seguir la vía reivindicatoria.

La competencia territorial del Juez esta señalada en el art.: corresponde a la del lugar donde ha de pagarse el título. Lo que no se indica es la clase de proceso en que debe substanciarse el caso. En el derecho comparado (v. gr. ley de títulos y operaciones de crédito mexicana, art. 44, cit. de Rodríguez), se regula como caso de jurisdicción voluntaria. En el ordenamiento nacional, aunque no esta comprendido en la enumeración del art. 639 del p.c. (enumeración que no es limitativa), por su naturaleza, la acción de cancelación: declaración de un derecho no contradicho ni susceptible de contradicción por parte de tercero, en su concepto general, corresponde a ese tipo de proceso. Si se produce la contestación u oposición prevista en el art. 732, la cuestión se hace contenciosa y debe substanciarse por la vía ordinaria (arts. 640, II, y 641, p.c.).

Los requisitos de la solicitud, la tramitación del proceso, según haya o no haya oposición y todas las consecuencias del procedimiento, como de la resolución judicial que dispone la cancelación, están dados en los arts. siguientes, que no requieren mayores comentarios, salvo precisas indicaciones según los casos.

ARTÍCULO 730.- (Suspensión de los derechos que el título confiere). El juez, si se otorga garantía suficiente, ordenará la suspensión de los derechos conferidos por el título y autorizará al solicitante a realizar los actos conservatorios de tales derechos, con las restricciones y requisitos señalados por el propio juez y le facultará a hacer valer aquellos que tengan señalado, para su ejercicio, un término por cumplirse mientras dure el procedimiento.

Conc: c. com. 731 -

ARTÍCULO 731.- (Comunicación de la suspensión). La suspensión se comunicará a los Bancos, Bolsa de valores y otros indicados por el solicitante y a las entidades o personas que el juez estime conveniente. Después de efectuadas las comunicaciones mencionadas, el correspondiente título valor no podrá negociarse válidamente.

Conc: c. com. 730 -

No solamente suspende la libre circulación, declarando la invalidez de la negociación ulterior a la notificación que suponen las comunicaciones de que trata el art. El pago hecho al tenedor del título por cualquier obligado, después de la notificación o aviso de suspensión, no libera a quien lo hace, si queda firme la resolución que declara cancelado el título.

ARTÍCULO 732.- (Oposición a la cancelación). Puede oponerse a la cancelación y, en su caso, al pago o reposición del título, quien justifique tener mejor derecho que el solicitante, así como el que hubiera suscrito un nuevo ejemplar en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos anteriores.

Conc: c. com. 724 - 729 - 733 -

ARTÍCULO 733.- (Exhibición del documento en caso de oposición). Para que se admita la oposición es necesaria la exhibición del documento que se dice extraviado y, en su defecto, el otorgamiento de garantías suficientes para su presentación en el plazo prudencialmente fijado por el juez.

Conc: c. com. 732 -

Quien se opone a la cancelación del título - valor que se dice extraviado o substraído o parcialmente destruido, debe fundar su oposición con la exhibición del mismo, necesariamente, para entrar a discutir y probar el mejor derecho o la razón justificativa de su tenencia.

Las garantías requeridas, para proseguir la vista de la oposición, sólo importan la concesión de un plazo para presentarlo, que deberá producirse en el curso de las actuaciones. Su no presentación, implica que la oposición no ha sido probada, con las consecuencias consiguientes.

ARTÍCULO 734.- (Presunción de suscriptores si no lo niegan). Se presume que las personas señaladas como suscriptores en la solicitud de cancelación tienen el carácter que ésta les atribuye, si no lo niegan dentro de quince días de tener conocimiento de ello. Esta presunción

no admite prueba en contrario dentro del procedimiento de cancelación, pero la admite en el juicio promovido para exigir el cumplimiento de las obligaciones o prestaciones derivadas del título.

Conc: c.c. 1318 - c. com. 505 -

La presunción que establece el art. es iure et de iure en el procedimiento de la cancelación y iuris tantum en el proceso incoado para obtener el cumplimiento de las obligaciones que representa el título, porque son dos cuestiones con finalidades inmediatamente diversas, aunque mediatamente relacionadas. Por lo demás, uno u otro carácter de la presunción, depende directamente de lo que la ley disponga (art. 1318, c.c.). Su eficacia, consiste, como se sabe, esencialmente en que dispensa de la carga de la prueba a quien le aprovecha.

ARTÍCULO 735.- (Cancelación del título después de determinado tiempo). Si dentro de los treinta días siguientes a la publicación del aviso mencionado en el artículo 729, no hubiera surgido ningún opositor, el juez dispondrá la cancelación del título si se satisfacen además los siguientes requisitos:

- 1) Que, si se trata de títulos nominativos, la cancelación sea solicitada por la persona que figura como propietaria en el registro del emisor o haya dado ella su consentimiento para tal fin;
- 2) Que, si se trata de títulos a la orden, hayan transcurrido treinta días desde la fecha del vencimiento;
- 3) Que, si son títulos al portador, haya transcurrido el plazo para la prescripción de los derechos consignados en él, salvo lo referido al cheque en el artículo 728

Conc: c. com. 728 - 729 - 736 - 737 -

El plazo de prescripción para algunos títulos esta expresamente señalado; tal el caso de los bonos o debentures (art. 681) y de las cedulas hipotecarias (art. 688), que es de diez años. Los primeros pueden ser emitidos al portador por disposición expresa del art. 643; los segundos por disposición de la L. de 11 de Julio de 1928, art. 210. En los demás casos, ha de considerarse que la prescripción se opera según las reglas comunes, si no existe una disposición expresa del Código, que reduzca o prolongue el plazo que señala el art. 1507 del c.c.

ARTÍCULO 736.- (Cancelación del título previo el cumplimiento de requisitos). Aunque no hayan transcurrido los plazos señalados en los incisos 2) y 3) del artículo anterior, podrá disponerse la cancelación del título si no fuere exigible su pago dentro de los tres meses siguientes a la publicación del aviso y se satisficieren los requisitos siguientes:

- 1) La publicación en un periódico de circulación nacional durante tres días consecutivos, anunciando que se procederá a la cancelación anticipada del título, y
- 2) El otorgamiento de una garantía suficiente, a juicio del juez, para el caso de que se presente alguna persona que compruebe derecho sobre el título que se dice extraviado o destruido y exhiba o presente una fracción del mismo, mayor a la exhibida por el solicitante.

Conc: c. com. 735 - 737 -

ARTÍCULO 737.- (Garantías). Se dejará sin efecto la garantía otorgada conforme al inciso 2) del artículo anterior en los casos de los incisos 2) y 3) del artículo 735. En igual forma se procederá cuando, en los cinco años siguientes a la presentación de la demanda de cancelación, no se exijan las prestaciones periódicas a que dé derecho el título cancelado.

Conc: c. com. 735 - 736, 2) -

ARTÍCULO 738.- (Ejercicio de los derechos). Si el título venciera antes de resolverse su cancelación, la copia certificada de la resolución respectiva expedida para este fin facultará a la persona designada en ella a ejercer los derechos contenidos en el título.

Si al resolverse la cancelación del título este aún no fuere exigible, el juez ordenará a los signatarios suscribir un nuevo ejemplar, el cual facultará a su tenedor legítimo a ejercer todos los derechos contenidos en el título primitivo.

En todo caso, el título cancelado quedara desprovisto de valor. Su tenedor sólo podrá exigir los daños y perjuicios ocasionados por la cancelación y reivindicar el ejemplar expedido en sustitución del cancelado.

Conc: c. com. 492 - 497 -

TÍTULO III DEL MERCADO DE VALORES, BOLSAS Y OTROS INTERMEDIARIOS

CAPÍTULO I MERCADO DE VALORES

ARTÍCULO 739.- (Concepto). En el mercado de valores se ofrecen y demandan títulos-valores, ya sean privados, tales como acciones, bonos y obligaciones de sociedades anónimas y de economía mixta, así como títulos emitidos por el Estado, entidades y empresas del Estado.

Conc: c. com. 238-491 -642-689-717-

Se denominan bolsas o mercados, los centros de contratación en los cuales los comerciantes y agentes de cambio, reunidos periódicamente, trafican con productos determinados o con valores (Fernández). Generalmente se designa con la primera denominación a aquellos en los que se negocia títulos-valores, y con la segunda a los de productos y mercaderías de un determinado comercio (agrícola, ganadero, industrial), llamados también ferias y que tienen su subespecie, según Messineo, en las exposiciones o muestras. Sin embargo, la diferenciación no es absoluta. Se habla de bolsas de mercaderías o de bolsas de negocios de navegación marítima (fletes de transportes) y de seguro marítimo en Italia (Messineo), como de bolsas de ganados o bolsas de cereales, cual es de uso en la provincia y en la ciudad de Buenos Aires, en la Argentina, o se habla de mercado de valores en la legislación mexicana que regula principalmente, como este Título en estudio, la bolsa de valores, legislación de la que parece adoptada la doble terminología para el instituto.

En efecto, mercado de valores y bolsa de valores, no son cosas diversas y si, más bien, una sola y misma actividad. Véase el concepto que da el art. del mercado de valores y el que da el art. 752 de la bolsa de valores, y se comprobará la exactitud del aserto. Que en el mercado, según el art., se oferta y se demanda títulos - valores, no supone una función diversa de la negociación de los mismos que se atribuye a la bolsa, porque la negociación implica la oferta y la demanda.

CAPÍTULO II OFERTA PÚBLICA

ARTÍCULO 740.- (Oferta Pública). Se considera oferta pública de títulos valores toda invitación o propuesta realizada al público en general o a sectores determinados, a través de cualquier medio de publicidad o difusión, tales como ofrecimientos personales, avisos periodísticos, programas o propaganda radial, de televisión, cine, afiches, carteles, circulares, folletos y otras comunicaciones impresas tendentes a lograr la negociación o la realización de cualquier acto jurídico con títulos - valores.

Conc: c. com. 652 - 744 -

La oferta en el sentido del art., es la proposición que se hace para contratar, o la presentación de mercadería o bienes (el título-valor es un bien) en solicitud de venta, o como dice Escriche, lo que se presenta o propone a alguno para que lo acepte.

La oferta pública es la dirigida a la generalidad de los terceros, o sea, ad incertam personam (Messineo), de ordinario mediante publicidad, para que sea eventualmente aceptada por cualquier persona a quien convenga.

ARTÍCULO 741.- (Títulos Privados). Título - valor negociable de oferta pública es todo documento por el cual se ejerce derechos de participación en una sociedad o que acredite derechos crediticios, emitidos en forma masiva por sociedades anónimas, de modo que posean iguales características, otorguen los mismos derechos autónomos y literales dentro de su clase, se ofrezcan en forma genérica y se individualicen a tiempo de cumplirse el contrato respectivo.
Conc: c. com. 238-491 -499-500-642-

Establecida la negociabilidad de estos títulos - valores, por su propia naturaleza y por determinación expresa de los arts. 253 y 652, el art. aquí anotado parece superfluamente reiterativo, sin otro resultado que el de abultar el articulado del Código.

ARTÍCULO 742.- (Títulos Públicos y otros). Queda sujeta a las disposiciones de este Título la oferta pública de títulos - valores de deuda pública emitidos por el Estado, entidades y empresas del Estado, de economía mixta y otras autorizadas domiciliadas en el país.

La oferta pública realizada por sociedades extranjeras deberá ser autorizada expresamente por la Comisión Nacional de Valores y siempre que convenga al interés nacional, conforme al artículo 747.

La Comisión Nacional de Valores podrá declarar sujeta a las presentes disposiciones la oferta pública de cualquier título-valor que estime como instrumento destinado a captar ahorros del público.

Conc: c. com. 739-747-781, 1) -785-

Según una noción elemental, la deuda pública es aquella con que esta gravado el Estado, sea hacia particulares o establecimientos públicos, sea hacia el extranjero. Es consolidada la que produce una renta fija o devenga intereses y no consolidada o flotante, la que se compone de

vencimientos a término breve y de otras obligaciones no definitivamente arregladas y que puede disminuir o aumentar todos los días.

Las obligaciones o bonos que emite el Estado, o sus órganos o entidades administrativas autónomas, o sus empresas administradas mediante gestión directa, para garantizar la deuda pública y su servicio, son los títulos públicos a que se refiere el art. La inclusión de los títulos relativos a empresas de economía mixta, sólo puede considerarse como obligación del Estado cuando este ha emitido títulos-valores, para aportar su parte en el capital social (art. 430, 1) y no afecta en absoluto al carácter que a dichas empresas les asigna el art. 425.

El Estado ha emitido bonos. No existía una legislación especial para normar con carácter general sus emisiones, pero se dieron reglamentaciones particulares para emitirlos, al objeto de atender la deuda pública amortizable. Entre ellas, se puede citar las leyes de 7 de Noviembre de 1904, de 7 de Noviembre de 1907, de 22 de Enero de 1914 y los Decretos de 14 de Noviembre de 1904, 24 de Enero de 1907, 12 de Enero de 1924, 10 de Diciembre de 1927 y 12 de Abril de 1929 y otras disposiciones posteriores, todas relativas al servicio de la deuda pública.

La fracción segunda del art., carece de justificación, si se tiene en cuenta que según el art. 781, 1), toda oferta pública de títulos - valores, consiguientemente las de las sociedades extranjeras precisan de la pertinente autorización de la Comisión Nacional de Valores. En lo que atañe a la fracción tercera según el mismo art. 781, 2), la declaratoria mencionada parece que debe corresponder al Gobierno nacional, al cual sólo asesora para ese fin la nombrada Comisión, lo que parece más ajustado a los límites de la competencia de uno y otro de dichos órganos administrativos.

ARTÍCULO 743.- (Oferta pública e intermediarios) Sólo podrán realizar oferta de títulos-valores:

- 1) Las propias entidades públicas o privadas autorizadas para emitir títulos - valores, por si o a través de intermediarios autorizados, así como las ejecutadas por promotores a los efectos de la inundación de una sociedad anónima, y
- 2) Los intermediarios de la oferta pública señalados en el artículo 750.

Conc: c. com. 222 -652 - 750 -

CAPÍTULO III **EMISORES**

ARTÍCULO 744.- (Sujeción a las disposiciones legales). El Estado, las entidades y empresas del Estado en la emisión de títulos-valores, se registrarán por las leyes, decretos y reglamentos que autoricen dichas emisiones sujetándose además a las normas del presente Título cuando se haga oferta pública de los mismos, conforme al artículo 740.

Conc: c. com. 740 -

Las leyes, decretos y reglamentos que autoricen la emisión de títulos - valores públicos, tienen que ajustarse, en lo que concierne a la oferta pública de los mismos, a las disposiciones del Título. Lo contrario supondría la modificación de la reglamentación general, o el establecimiento de procedimientos de excepción.

ARTÍCULO 745.- (Bancos y otras entidades financieras). Los bonos bancarios, certificados de participación y cédulas hipotecarias emitidos por Bancos y entidades financieras o de crédito nacionales, se rigen por las regulaciones de las leyes y disposiciones legales a las que se hallan sujetos, sin perjuicio de lo establecido en el presente Título en lo referente al registro e inscripción de títulos - valores de oferta pública en la Comisión Nacional de Valores.

Conc: c. com. 779- 1437- 1440- 1444-

ARTÍCULO 746.- (Sociedades anónimas y de economía mixta). Las sociedades anónimas y de economía mixta domiciliadas en Bolivia, de acuerdo a las disposiciones legales y de sus estatutos, pueden ofrecer públicamente sus propias acciones, bonos y otros títulos-valores, con autorización de la Comisión Nacional de Valores, previo el cumplimiento de los requisitos señalados en el reglamento de ésta.

Conc: c. com. 222-253-257-439- 779 -

ARTÍCULO 747.- (Sociedades extranjeras). Las sociedades extranjeras sólo podrán emitir títulos - valores de oferta pública en el país, cuando obtengan autorización especial supeditada a tratamiento recíproco por parte del país extranjero, en relación a los títulos - valores nacionales, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos en el reglamento respectivo.

Conc: c. com. 413 - 742

ARTÍCULO 748.- (Sujeción a las normas de la Comisión Nacional de Valores). Las sociedades emisoras que realicen oferta pública deberán observar y ajustarse, durante la vigencia de la

autorización respectiva, a las disposiciones dictadas por la Comisión Nacional de Valores en materia de suministro de informaciones, requisitos contables y de publicidad.

Conc: c. com. 779 -

ARTÍCULO 749.- (Acciones de sociedades). Las sociedades anónimas constituidas mediante suscripción de acciones y que hagan oferta pública, además de llenar los requisitos señalados en este Código, deberán contar con la aprobación de la Comisión Nacional de Valores en cuanto se refiere a dicha oferta pública de acciones, conforme a reglamento respectivo. En igual forma se procederá en lo relativo a la emisión de bonos u obligaciones.

Conc: c. com. 222 - 779 -

Los arts. 744 y 748, pudieron haber sido formulados en una sola disposición, a la que puede concederse carácter sustantivo. Los demás artículos de este capítulo, son reglas propias del reglamento de la Comisión Nacional de Valores.

INTERMEDIARIOS DE LA OFERTA PÚBLICA

ARTÍCULO 750.- (Intermediarios). La Comisión Nacional de Valores autorizará la realización de oferta pública de títulos-valores a los siguientes intermediarios:

- 1) Bancos y entidades financieras o de crédito constituidas de conformidad con las leyes respectivas;
- 2) Bolsas de Valores y a sus agentes autorizados;
- 3) Sociedades mercantiles que tengan por objeto fundamental la intermediación habitual por cuenta propia o de terceros, en la negociación de títulos-valores, y
- 4) Sociedades de inversión o "Fondos Mutuos" constituidas como sociedades anónimas que tengan por objeto exclusivo la inversión en títulos - valores autorizados por encargo de sus asociados, con arreglo al principio de distribución de riesgos.

Conc: c. com. 752 - 782 -

La intermediación en el comercio, es la mediación entre el productor y el consumidor y, en el caso del art., la mediación entre el emisor de títulos-valores y los futuros adquirentes.

La enumeración del art. es taxativa.

ARTÍCULO 751.- (Agentes de Bolsa y otros). Los agentes de bolsa, así como los directores, administradores y gerentes de las sociedades intermediarias en la oferta pública, no deben hallarse impedidos ni haber incurrido en las prohibiciones señaladas en el artículo 19, como tampoco en las siguientes:

- 1) Los condenados por delitos cometidos en la constitución, funcionamiento y liquidación de Bancos y otras entidades financieras;
- 2) Los que fueron declarados por la Comisión Nacional de Valores, responsables de irregularidades en la administración de sociedades que realizan oferta pública de sus títulos - valores o intermedien en la negociación de ellos por el tiempo fijado en cada caso.

Conc: c. com. 19 - 781, 7) - 782 -

Además del impedimento general para ejercer el comercio, determinado por el art. 19 y que alcanza a los intermediarios de que se ocupa este art. y el anterior por virtud de lo dispuesto en los arts. 4 y 6, 6), el precepto establece los impedimentos particulares del instituto en los dos incisos que contiene.

El inc. 1) implica una sanción penal, que sólo puede ser pronunciada por los tribunales ordinarios y el impedimento que legisla es propia de la inhabilitación correlativa (c.p. art. 36, 3). El inc. 2), supone una sanción disciplinaria, de atribución de la Comisión Nacional de Valores, dada en proceso administrativo (art. 782, 4).

En ambos casos cabe la rehabilitación.

CAPÍTULO V **BOLSA DE VALORES**

ARTÍCULO 752.- (Concepto). Bolsa de Valores es la entidad en la cual se negocian títulos - valores privados y públicos, sin perjuicio de que puedan negociarse privadamente o por otros intermediarios autorizados.

Conc: c. com. 750, 2) - 760 -

El concepto dado sobre el mercado de valores por el art. 739, comprende el de la bolsa de valores, por cuya razón la anot. a dicho art. debe darse por reproducida aquí.

Rodríguez, define la bolsa de valores, como una institución auxiliar de crédito, que tiene por objeto crear los medios necesarios para la celebración de contratos sobre títulos-valores.

Esto es, facilitar las transacciones sobre títulos - valores.

Las bolsas, son grandes mercados públicos, particularmente de valores. Hay bolsas de mercaderías con análogas funciones, como ya se indicó en la referida anot. al art. 739, pero dedicadas a las contrataciones de mercaderías o de prestaciones. En las de valores, que constituyen el objeto de este capítulo, se negocian títulos - valores.

Su función práctica y su utilidad, reposa en el hecho de que en ellas se forman, sobre la base de la ley económica de la oferta y la demanda, las cotizaciones de los títulos, públicamente comprobadas, porque cotizar es publicar en alta voz en la bolsa al precio de los títulos-valores que tienen curso público (art. 740). Sin la función de la Bolsa, esos mismos precios se formarían sin espontaneidad y privadamente y serían ignorados o de difícil comprobación (Messineo).

Sirven para la colocación de los títulos entre quienes quieren invertir su dinero y posibilitan una fácil y rápida disposición de ellos a quienes ofrecen títulos que quieren colocar.

La importancia de la función económica de la bolsa, se sintetiza pues en que facilita la colocación y salida de valores y en que regulariza los precios en el espacio y en el tiempo (Fernández). En el primer aspecto porque el libre juego de la oferta y la demanda determina el precio corriente; la comparación entre las cotizaciones de diversas bolsas, permite conocer el lugar donde es posible obtener un mejor precio, según las conveniencias del interesado respectivo. En el segundo aspecto, el mecanismo anteriormente señalado conduce a la regularización de los precios, con indudable ventaja para todos y se dice que ella regulariza los precios en el espacio, cuando en un momento dado influye en. diversos países o zonas, y en el tiempo, cuando la operación concretada con fecha determinada tiene el precio fijado de antemano.

Se observa que la bolsa se presta a maniobras que constituyen la degeneración de su actividad, lo que, como bien advierte Messineo, no es razón suficiente para condenar el instituto, porque no hay mecanismo económico o jurídico, que no pueda convertirse en instrumento de fines ilícitos. Por eso, generalmente, esta sometida a la fiscalización y control de los organismos administrativos destinados a ese fin (arts. 781 y 782). Por consecuencia de dichas observaciones, ha habido discrepancia acerca de si la bolsa debe gozar de plena libertad de constitución y funcionamiento, o si debe, por el contrario, estar sometida a la injerencia fiscal o, inclusive, ser

oficializada, esto es, convertida en órgano administrativo del Estado. El sistema inglés y estadounidense, prefiere la bolsa privada, de libertad absoluta, gobernada por una categoría profesional; el francés, la organiza como una institución de derecho público o con amplia intervención del Estado, que es la tendencia predominante (Malagarriga). El Código, la organiza dentro del sistema intermedio, como entidad privada (art. 753), pero sometida a la autoridad de la Comisión Nacional de Valores para su existencia y a su fiscalización permanente para su funcionamiento (arts. 757, 781, 782) que supone una intervención limitada del Estado (Fernández).

Respecto de su origen, según Malagarriga, se considera, con mayor consistencia de probabilidad que respecto de otras instituciones, que se remonta a la antigüedad. Se sostiene, dice el autor citado, que fue conocida la bolsa en Tiro, Sidón y Babilonia. Se la relaciona con las reuniones llamadas Emperium, que se realizaban en los pórticos del Pireo ateniense, y en Roma, casi 500 años a. de C., funcionaba un local especial para las reuniones de mercaderes: collegia mercatorum. En el medioevo, las logias, llamadas también lonjas (v. la anot. al art. 96), se multiplican según se desarrolla el comercio. Se cita entre las primeras la de Barcelona (fundada en 1339, según Eixalá, cit. de Malagarriga), de donde se difundió a otras ciudades españolas (Valencia, Burgos, Sevilla), y se las encuentra en Italia, en Flandes, en los Países Bajos.

Se sostiene que trae su nombre de la ciudad flamenca de Brujas (Fernández, Malagarriga), donde habría sido empleada por primera vez la palabra bolsa, para designar el local donde los comerciantes celebraban sus reuniones. La etimología de la palabra es discutida: mientras unos autores sostienen que proviene de que se llamaba van der Burse o Borse, el propietario de la casa de Brujas donde los comerciantes se reunían, otros entienden que deriva del hecho de que en el frontis de la merituada casa de Brujas estaban esculpidas tres bolsas, y otros estiman que, precisamente, ese grabado de las tres bolsas era el emblema de la familia van der Burse. Hay quienes subrayan que se pone en duda estas especulaciones históricas y se cree que la palabra deriva sencillamente de la igual latina bursa, significativa de corporación estudiantil (Rodríguez).

En la actualidad, la palabra bolsa, designa indistintamente, tanto el local en que se practican las operaciones de bolsa, como las reuniones que en el se celebran y también a la entidad misma que posee el local y auspicia sus reuniones. Su utilidad es universalmente aprovechada y existen bolsas en casi todos los países.

ARTÍCULO 753.- (Forma de constitución y objeto). Las Bolsas de valores deben constituirse como sociedades anónimas con acciones nominativas no endosables. Tienen por objeto:

- 1) Promover un mercado regular expedito y público para la celebración de transacciones con títulos - valores;
- 2) Concentrar en locales adecuados, a través de los agentes de bolsa, la oferta y la demanda de títulos - valores inscritos en sus respectivos registros, facilitando la realización de las operaciones previstas en su reglamento;
- 3) Asegurar la efectividad de esas operaciones, su fiel cumplimiento, la exactitud de su registro, veracidad y puntualidad en la publicación de los montos y precios resultantes de aquellas;
- 4) Fomentar la inversión en títulos-valores y procurar que el mareado de valores se desenvuelva en adecuadas condiciones de continuidad de precios y liquidez, y
- 5) Velar por el fiel cumplimiento de las normas legales y reglamentarias por parte de los emisores y de los agentes de bolsa.

Conc: c. com. 217-254, 2- parte-516-761 -765-

El art. preceptúa la forma de su organización y su objeto.

En el primer aspecto, determina que la bolsa se organizara como sociedad anónima, cuyas acciones sólo podrán ser nominativas no-endosables, lo que excluye las acciones a la orden y al portador. El hecho de que sean no-endosables importa, desde luego, que no pueden ser negociadas en la misma bolsa, lo que implica una aplicación preventiva a este caso particular de la prohibición contenida en el art. 257. Ello supone prácticamente que son acciones cuya libertad de transmisión, como títulos-valores, esta vedada, lo que importa una derogación del principio general del art. 253. Ha de entenderse que su transmisión sólo puede efectuarse por los medios ordinarios del derecho común, propios para todos los bienes, pero no por el mecanismo propio de los títulos-valores.

Las normas relativas a su objeto, son de orden reglamentario. Tal cual estas, las de los arts. 754 (normas mínimas) y 755 (otras normas). Todas ellas, se explican solas por su carácter predominantemente funcional. Puede resumirse que la finalidad de estas normas reglamentarias, tienden a asegurar la función fundamental de la bolsa, que consiste en facilitar las transacciones de valores y procurar el desarrollo de su mercado.

ARTÍCULO 754.- (Normas mínimas). Para el cumplimiento de su objeto las Bolsas deben:

- 1) Fijar en su reglamento los tipos de operaciones bursátiles que podrán realizar los agentes de bolsa, sus plazos, modalidades de ejecución y régimen de liquidación;

- 2) Garantizar el cumplimiento de las operaciones que en ellas se concerten a través de un Fondo de Garantía, conforme a reglamento;
- 3) Establecer los requisitos que deban cumplir los emisores para que sus valores puedan cotizarse en la bolsa y en tanto subsista la respectiva autorización;
- 4) Autorizar, suspender y cancelar la cotización de títulos - valores en bolsa, siendo las decisiones respectivas susceptibles de recurso ante la Comisión Nacional de Valores;
- 5) Informar a la Comisión Nacional de Valores sobre el incumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias por parte de los emisores cuyos títulos-valores se coticen;
- 6) Establecer en su reglamento las condiciones que se deberán acreditar para ser inscrito como agente de bolsa y las obligaciones y responsabilidades a que los mismos quedarán sujetos durante el desempeño de sus funciones;
- 7) Llevar el registro de agentes de bolsa, y
- 8) Ejercer facultades disciplinarias respecto a la actuación de sus agentes de bolsa, conforme con las disposiciones de su reglamento.

Conc: c. com. 763-764-770-771 -772- 776-

ARTÍCULO 755.- (Otras normas). Para el cumplimiento de las funciones establecidas en el artículo anterior, las Bolsas de Valores deben:

- 1) Fijar en su respectivo reglamento las garantías que los agentes de bolsa prestarán para el ejercicio de sus funciones;
- 2) Exigir la constitución previa de garantías para la realización de operación a plazo;
- 3) Percibir los derechos a satisfacer por los emisores y por las partes de acuerdo a las tarifas de comisiones que deberán someter a la Comisión Nacional de Valores;
- 4) Fijar las tarifas de comisiones de los agentes de bolsa, que deberán elevar a la aprobación de la Comisión Nacional de Valores, y
- 5) Realizar inspecciones a las sociedades que cotizan sus títulos-valores en la bolsa y a los agentes de bolsa y, en su caso, instruir sumarios informativos.

Conc: c. com; 762 - 769 - 774 -

ARTÍCULO 756.- (Cámaras de Compensación). Las Bolsas de valores pueden organizar cámaras compensadoras para liquidar las operaciones y realizar transacciones para facilitar su concertación.

Conc: c. com. 761 -

Lo que son y la función que cumplen las cámaras de compensación, esta dicho en la anot. al art. 608, relativo a la presentación de los cheques en dichas cámaras. Mutatis mutandi, lo dicho en ellas es aplicable a este art., teniendo en cuenta la función peculiar que para el caso señala.

ARTÍCULO 757.- (Autorización). Para el funcionamiento de una Bolsa de valores debe ser acordada por la Comisión Nacional de Valores, a la cual deben someter sus estatutos y reglamentos. La Comisión Nacional de Valores verificara el cumplimiento de los requisitos legales por los solicitantes y si la situación económica y financiera de la plaza respectiva justifica o no la instalación de una bolsa de valores. Asimismo, puede cancelar la autorización acordada a una bolsa de valores cuando estime que la entidad ha dejado de cumplir su objeto.

Conc: c. com. 781, 3) -

El precepto concreta el requisito especial del que depende la existencia y el funcionamiento de una bolsa de valores, dentro del sistema seguido por el Código.

Su formulación debió concretarse a su primer párrafo y, a lo sumo, comprender el segundo, con mejor redacción, por ejemplo: El funcionamiento de una Bolsa de valores, será autorizada por la Comisión Nacional de Valores, que aprobara sus estatutos y reglamentos previa verificación de la debida observancia de los requisitos legales necesarios por parte de los constituyentes y de la justificación económica y financiera de su establecimiento en determinada plaza.

El tercer párrafo, no es propio del capítulo, sino del concerniente a las funciones de la Comisión Nacional de Valores (Capítulo VIII, art. 781, inc. 7).

ARTÍCULO 758.- (Inscripción de valores en Bolsa). Para que los títulos - valores puedan ser inscritos en una Bolsa de valores, el emisor acreditará que los mismos se encuentran expresamente autorizados por la Comisión Nacional de Valores para ser ofrecidos públicamente.

Conc: c. com. 781, 1) -

Lo que autoriza la Comisión Nacional de Valores, según sus facultades (art. 781, 1), es la oferta pública de los títulos, en conformidad con las determinaciones del art. 740, a cuyo fin dispone la inscripción de los mismos en el registro respectivo. No autoriza la emisión de los títulos, como

deja inferir la frase el emisor acreditara que los mismos (los títulos) se encuentran expresamente autorizados por la Comisión, etc.

En primer lugar, la autorización no se otorga a los títulos - valores, que son objetos, no sujetos. En segundo lugar, lo que se autoriza es la emisión de los títulos y la autorización se otorga a los emisores, que en el orden privado son las sociedades por acciones y en el público el Estado o las entidades administrativas, autónomas o no, autorizadas. En el primer caso, con la aprobación de la Dirección de sociedades por acciones (art. 223) y en el segundo con el dictamen previo de la Comisión Nacional de Valores, sobre la conveniencia y oportunidad de la emisión (art. 785).

En resumen, lo que el art. quiere decir es que autorizada la oferta pública de los títulos - valores, por la Comisión Nacional de Valores (art. 781, 1), se inscribirán en el registro de la bolsa los mismos, para su ingreso a las operaciones bursátiles (art. 761), o lo que es lo mismo, que para que un título - valor sea objeto de las operaciones bursátiles ha de estar inscrito en el registro de la bolsa, a mérito de la autorización que legisla el art. 781, 1).

ARTÍCULO 759.- (Arbitraje). Las bolsas de valores deben someter a arbitraje las diferencias suscitadas entre los agentes de bolsa entre sí o con sus comitentes, cuando así corresponda, conforme al capítulo del Arbitraje.

Conc: c. com. 1478 y s.-

El arbitraje en los casos que señala el art. es obligatorio y, así, resulta un ejemplo de lo dicho en la anot. a los arts. 2 y 3, sobre los sistemas jurisdiccionales en materia comercial, que el arbitraje viene a ser constituido como la nueva expresión de una jurisdicción comercial. Sus modalidades se examinan en el lugar correspondiente (arts. 1478 y s.).

ARTÍCULO 760.- (Remate de títulos-valores). Los remates de títulos-valores dispuestos por autoridad judicial o administrativa competente deben efectuarse en una bolsa de valores cuando exista una institución de esta clase dentro de la jurisdicción del tribunal respectivo o en su defecto, por rematadores.

Conc: c. com. 110-752-p.c. 525-529-

CAPÍTULO VI **OPERACIONES BURSÁTILES**

ARTÍCULO 761.- (Concreción y cumplimiento). Las operaciones de Bolsa deben concertarse para ser cumplidas. Los contratantes no pueden dejar de ejecutarlas alegando que su intención fue liquidarlas mediante el pago de la diferencia entre-precios vigentes al tiempo de la concertación y al de la ejecución.

Conc: c.c. 909-910-c. com. 753, 1, 2 y 3)-756-762-

El principio generalmente admitido en la materia es el de que, en las operaciones de bolsa, se cumplirán con las condiciones y en el modo y forma que hubiesen convenido los contratantes, regla, por lo demás, conformada al principio general de derecho de que el contrato es la ley de las partes (c.c. art. 519).

Desde luego, cabe establecer el objeto de la prohibición que contiene el art.: se refiere a los llamados contratos diferenciales o a las especulaciones llamadas juegos de bolsa.

Brevemente explicado, el contrato diferencial en las operaciones bursátiles, consiste en esencia en típicas operaciones a plazo, con la particularidad de que en el momento de cumplimiento de la obligación ni el comprador ni el vendedor se transmiten valores bursátiles, sino la diferencia entre el precio de los mismos según el contrato y el que tengan en bolsa el día de la liquidación (Vivante, Rodríguez). Por ejemplo: Si Juan compra mil acciones de la Molinera X, a 110 \$b. la acción, llegado a final del mes, si estas se cotizan a \$b. 115, el vendedor Luis entregara a Juan la diferencia entre ciento diez mil pesos, valor de venta, y ciento quince mil, valor de cotización; por el contrario, si el día del cumplimiento del contrato se cotizan a 105 será Juan, comprador, quien abone a Luis, vendedor, la diferencia entre ciento diez mil pesos y ciento cinco mil, valor de la cotización del día del cumplimiento. Tanto Vivante, como Rodríguez, ejemplifican el caso análogamente.

Messineo, considera que no hay tal contrato diferencial, que si hubiese como operación unitaria, dice, sena un contrato aleatorio, organizado como una apuesta. Pero, agrega, si las partes pactan declaradamente querer especular sobre las diferencias, sólo en tal caso puede hablarse de verdadero contrato diferencial propio, esto es, de un contrato sobre diferencias, que es como lo define también Vivante, que lo considera una simple operación especulativa y que según Messineo no práctica la bolsa italiana.

Las legislaciones prohíben este tipo de operación bursátil. Así, v. gr. la Ley de instituciones de crédito mexicana (art. 134, cit. de Rodríguez), el c. com. argentino (arts. 80 y 81), pero más categóricamente que el art. en examen, que sólo prohíbe que los contratantes pretendan

sustraerse al cumplimiento alegando que lo pactado sólo tenía efectos diferenciales, cuando lo que en realidad se propone es prohibir las especulaciones llamadas juegos de bolsa.

De la regla del art., entonces, ha de inferirse: 1º) que todo contrato de operación bursátil que estipula en forma manifiesta y aparente una operación de juegos de bolsa (contrato diferencial), será nulo y las partes carecerán de toda acción judicial. Esto no lo dice así el art. evidentemente, pero es consecuencia de las reglas del derecho común, aplicables a la materia por expresa determinación del art. 786. Y esas reglas son las contenidas en los arts. 909 y 910 del c.c. 2º) Las partes no podrán eludir el contrato ni su cumplimiento, alegando que esconde una operación meramente diferencial y no un negocio real y efectivo y cualquiera de ellas puede compeler a la otra exigiéndole la entrega de los valores o el pago de su precio, según el caso, eventualidad que regula expresamente el art. Las consecuencias expuestas aquí, se apoyan en la regla de interpretación según la cual al que esta prohibido lo menos, con mayor razón le esta prohibido lo más, de acuerdo al principio del argumentum a minori ad maius.

De los varios sistemas legales conocidos para combatir el juego de bolsa, este puede considerarse el más eficaz, dice Fernández, porque impone a los jugadores los riesgos de tener que cumplir la operación a término en su forma aparente, lo que implica graves consecuencias si no disponen de los valores o del dinero para su pago.

ARTÍCULO 762.- (Operaciones a plazo y garantías). Para realizar operaciones a plazo las partes deben constituir, en el momento de su registro, garantías que queden depositadas en la bolsa de valores o en el organismo encargado de la liquidación de las operaciones. La garantía debe constituirse en dinero y no podrá ser inferior al 20% del precio de la transacción.

Dicho porcentaje puede ser elevado por la bolsa de valores con carácter general o con referencia a determinado título - valor u operación, teniendo en cuenta la situación del mercado.

El Banco Central de Bolivia en ejercicio de sus funciones monetarias y crediticias, puede en cualquier momento modificar el porcentaje de garantía vigente, en exceso del mencionado 20%.

Debe reforzarse la garantía inicial, en caso de pérdida determinada por la fluctuación en la cotización de los títulos valores con relación al precio concertado que alcance a un 10% del mismo.

Conc: c. com. 755, 2) - 761 -

Son diversas las clases de operaciones bursátiles. La clasificación más general las distingue en operaciones al contado y en operaciones a plazo, según que deban cumplirse inmediatamente o dentro de un plazo pactado. Otra distinción de la práctica bursátil, diferencia las operaciones en firme de las operaciones con prima. Entre las primeras, se cuentan los contratos al contado, cuyo cumplimiento inmediato consiste en que deben estar consumados antes de que se de comienzo a la sesión de bolsa el siguiente día hábil, y los contratos a plazo, a los que se refiere la reglamentación en examen. Estos son aquellos cuya consumación se difiere para época posterior a la siguiente reunión de bolsa (Rodríguez), o dicho en otros términos de la práctica de contratos de bolsa: cuando la operación concertada no debe consumarse antes de dar comienzo a la sesión de bolsa el día siguiente hábil. Se deja a las reglamentaciones de la misma bolsa (art. 754, 1), fijar los plazos máximos, las modalidades de ejecución y el régimen de liquidación. Esas reglamentaciones, tienen que comprender las regulaciones substantivas sobre las garantías y sus vicisitudes que el art. determina.

Bajo la denominación general de contratos con prima, se comprende según Navarrini (cit. de Rodríguez), a todos aquellos en los cuales, una de las partes (por lo regular el comprador), se reserva el derecho de rescindir sin más el contrato, si le resulta que no le conviene ejecutarlo o si el premio a que ha comprado los títulos según el curso de la cotización en el momento de ejecución del contrato, en relación con el que debe pagar según el convenio, significa una pérdida en su perjuicio superior a la cantidad de la prima pagada, de manera que, pagando aquella suma puede pedir la ejecución del contrato o bien retirarse del mismo, según le convenga.

Existen diversas clases de operaciones con prima. Un resumen del examen que de ellas hace Messineo, enseña:

El contrato a premio simple, permite a quien paga el premio actualmente o promete pagarlo, no cumplir el contrato si no le conviene. Si es el comprador, se llama premio por no retirar, o call, o Vorprämie; si es el vendedor, premio por no entregar, o put, o Ruckprämie. En la terminología francesa es llamado dont (del cual).

El doble premio, es la combinación del premio por no retirar y del premio por no-entregar; implica dos contratos que tienen un mismo contratante responsable del premio, en uno de los cuales actúa como comprador y en el otro como vendedor, con la facultad de no-retirar en el primero y de no entregar en el segundo.

El stellaggio (stellage o put and call), permite a uno de los contratantes la elección entre la posición de comprador y la posición de vendedor de determinada cantidad y especie de títulos, a un precio preconvencido para cada una de las alternativas; la otra parte sufre la elección del primero y su beneficio esta en la oscilación del precio de la determinada especie de títulos, que en el día de la respuesta - premio (que no es del cumplimiento sino de la elección) puede ser más bajo para los títulos a entregar o más alto para los títulos a retirar, respecto del precio pactado al convenir el stellaggio. Da lugar a una obligación alternativa, pero no deja de ser aleatoria.

El noch, palabra alemana que significa todavía, alude a una opción atribuida al contratista que paga el premio, sea el comprador o el vendedor, con la facultad de multiplicar el objeto del contrato, es decir de convertirse en comprador (Noch para retirar o call of more = para retirar más), o en vendedor (Noch para entregar, o put of more = para entregar más) de un múltiplo de la cantidad de títulos contratados originalmente, quedando obligada la contraparte a someterse a esa multiplicación.

En estas formas, resumidamente señaladas, para suplir en alguna manera el desconocimiento de la práctica de contratos en bolsa en el país, se dice en el contrato a premio simple, que abandona el premio quien pretende eximirse del cumplimiento del contrato y pagando el premio queda liberado de toda otra obligación. Y se dice que se levanta el premio, si quiere respetar el contrato y cumplirlo, quedando exonerado de pagar el premio. En el stellaggio, se debe el premio aunque el comprador no ejercite la facultad. No se levanta el premio, por que en todo caso se lo debe. En el caso de la opción (noch), el abandono significa que el premio se debe si el comprador ejercita la facultad de aumentar la cantidad de títulos a retirar y se levanta el premio cuando el contratante debe pagar el premio porque renuncia a ejercitar el poder de aumentar la cantidad de títulos a retirar.

ARTÍCULO 763.- (Obligaciones del comitente). El comitente debe entregar al agente de Bolsa la garantía y el refuerzo por pérdida dentro los plazos establecidos en el reglamento de la bolsa. En caso de incumplimiento, el agente de bolsa queda autorizado para liquidar la operación.

Conc: c. com. 754, 1) -

Es una disposición propia del reglamento de la bolsa, una vez que la determinación de los plazos para constituir la garantía y el refuerzo, están atribuidos a esa reglamentación.

ARTÍCULO 764.- (Fondos de garantía). Las Bolsas de valores garantizarán el cumplimiento de las operaciones concertadas mediante un Fondo de Garantía constituido con el 50% de las utilidades líquidas obtenidas en cada gestión.

Conc: c. com. 754, 2) -

Es la bolsa la que ha de constituir esa garantía, con el porcentaje de sus utilidades líquidas. La garantía de las operaciones se sujetará a las disposiciones del reglamento de la bolsa. (art. 754, 2).

AGENTES DE BOLSA

ARTÍCULO 765.- (Requisitos). Podrán ser agentes de Bolsa las personas físicas con capacidad para ejercer el comercio y las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y colectiva, regularmente constituidas e inscritas en el Registro de Comercio.

Cuando se trate de sociedades anónimas sus acciones serán nominativas y no endosables.

Los agentes de bolsa no pueden operar por cuenta propia.

Conc: c. com. 12-29-173- 195-217-753-766-767-1257-

Nota distintiva de la intermediación en la bolsa es mediar entre los contratantes : entre productores y consumidores, entre compradores y vendedores, en una palabra, entre la oferta y la demanda (art. 750, 2). Por consecuencia lógica, no pueden operar por cuenta propia sino por cuenta de sus comitentes. Tratándose de personas colectivas, sólo las que se organicen en uno de los tipos de sociedad mencionados en el art., pueden ejercer la intermediación de agentes de bolsa. Si la organización corresponde a la de sociedad anónima, las acciones serán nominativas no endosables, aspecto sobre el cual cabe lo dicho en la anot. al art. 753.

Las condiciones y requisitos para que una persona individual o natural, pretenda ejercer la actividad de agente de bolsa, están previstos en el art. siguiente (766), que se explica por sí solo. Para las personas colectivas o jurídicas, en el art. 767.

ARTÍCULO 766.- (Agente individual). La persona natural que solicite su inscripción como agente de bolsa debe acreditar ante la bolsa respectiva:

- 1) Su condición de accionista de la bolsa;
- 2) Haber constituido una garantía ante la Bolsa de Valores hasta la cantidad señalada por la Comisión Nacional de Valores, y
- 3) Idoneidad para la función conforme a los requisitos fijados por el reglamento de la bolsa.

Conc: c. com. 765-

ARTÍCULO 767.- (Agentes, personas jurídicas). Las sociedades que soliciten su inscripción como agentes de la bolsa deben acreditar un capital mínimo pagado, señalado por la Comisión Nacional de Valores y su condición de accionistas de la Bolsa.

Los representantes de la sociedad que actúen en la Bolsa por cuenta y en nombre de aquélla, deben acreditar condiciones de idoneidad conforme a los requisitos establecidos por el reglamento.

Conc: c. com. 119 - 220 - 765 -

No cabe señalar ningún capital mínimo pagado para las sociedades colectivas, cuyos componentes están rentados a una responsabilidad ilimitada. En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas, el precepto supone una derogatoria de las reglas generales, para el caso, una vez que según ellas, las primeras deben tener su capital pagado en su integridad en el acto de constituirse (art. 199) y las segundas, cuyos constituyentes deben ser por lo menos tres personas individuales, requieren acreditar para su constitución que el capital autorizado haya sido suscrito por lo menos en un 50%, del cual, a su vez, por lo menos un 25% debe estar pagado en el momento de otorgarse el contrato constitutivo (art. 220).

Otra cosa es que se exija para esta actividad un capital mínimo, sin adjetivaciones (como la de pagado) que desvirtúen el sentido de la norma.

ARTÍCULO 768.- (Inscripción, negativa y apelación). Los reglamentos de las Bolsas de valores deben establecer el plazo dentro del cual la entidad resolverá la solicitud de inscripción en el registro de sus agentes de bolsa.

En caso de negativa, el solicitante puede recurrir de apelación para ante la Comisión Nacional de Valores, dentro del plazo de quince días hábiles, debiendo la Bolsa elevar obrados dentro del tercer día.

Contra la resolución de la Comisión Nacional de Valores no hay recurso alguno, y en caso de haberse negado a la inscripción, la resolución causará estado por el término de tres años.

Conc: c. com. 781, 4) y 7) -

El art. 781, inc. 4), determina que es función de la Comisión Nacional de Valores autorizar la actuación de personas individuales o colectivas, como intermediarias de la oferta pública de títulos - valores, es decir, como agentes de bolsa. Acordada tal autorización, parece que lo indicado es que la bolsa se concrete a efectuar la inscripción respectiva; lo contrario, esto es, denegarla, importa simplemente desobediencia o resistencia a las determinaciones del órgano bajo cuya jurisdicción y autoridad esta la propia bolsa (art. 781, 3). Otra cosa es que esta pueda representar alguna autorización, si para el efecto opone observaciones justificadas, extremo en el cual la Comisión Nacional de Valores, comprobadas las razones de la representación, puede dejar sin efecto la autorización (art. 781, 7)

No cabe otra conclusión de acuerdo a principios elementales de organización y competencia. La inscripción supone la autorización, porque esta es previa a aquella. Luego, no concilia con el sentido común que el organismo que ha autorizado la actuación de un agente de bolsa, tenga que conocer en apelación la negativa de la inscripción, que equivale a considerar en apelación la negativa del inferior en grado a dar cumplimiento a sus decisiones, esto es, a considerar su desobediencia respecto de sus disposiciones.

ARTÍCULO 769.- (Garantías para operar). Las Bolsas de valores deben exigir a los agentes la constitución de garantías para operar conforme a su reglamento.

Conc: c. com. 755, 1) - 778 -

Hay evidente dispersión de las normas relativas a las garantías inherentes a las operaciones bursátiles. Los arts. 755, 2) y 762, establecen las que deben constituir las partes para realizar operaciones a plazo, que están ubicadas donde corresponde. El art. 764, establece el fondo de garantía que las bolsas deben constituir con el 50% de sus utilidades líquidas de cada gestión, para garantizar, por su parte, las operaciones concertadas. Luego, este art. señala que los reglamentos de las bolsas exigirán a los agentes de bolsa la constitución de garantías para operar, que ha de entenderse como obligación de caucionar la función que se ejerce en el carácter de agente de bolsa. Más adelante, el art. 775, faculta a la Comisión Nacional de Valores, fijar un porcentaje de las remuneraciones de los agentes de bolsa, como aporte de estos al fondo de garantía, que ha de suponerse diverso del reglado por el art. 764, por el destino específico que se le atribuye: hacer frente hasta el límite de su importe, a la responsabilidad civil de los agentes

de bolsa frente a sus comitentes (las partes de la operación bursátil), derivada de dolo, culpa o insolvencia. Desde luego, hasta aquí, aparece ya una duplicación por lo menos de garantías, cual es la del art. en examen y la del art. 775, porque ha de suponerse que la de este art. como toda caución exigida por la ley para el desempeño de una función, esta destinada a cubrir la responsabilidad civil del agente derivado de su actuación funcionaria. Finalmente, el art. 778, determina que los reglamentos de las bolsas fijaran la relación que debe existir, entre la garantía del agente de bolsa y el monto de las obligaciones contraídas por el mismo, con motivo de las operaciones realizadas en la entidad. Si las operaciones a plazo están garantizadas por los contratantes (arts. 752, 2) y 762), si todas las operaciones están igualmente garantizadas por el fondo de garantía de la bolsa (art. 764), ha de suponerse que la garantía del art. 778 no tiene relación con las operaciones mismas; tampoco con las que establece el art. 775, que están sujetas a porcentaje que determinara la Comisión Nacional de Valores. Habrá que suponer que la disposición del art. 775, esta relacionada con la caución que señala este art., para el desempeño de la función y que se traducirá seguramente en un porcentaje en relación a las operaciones que realice el agente de bolsa, lo que indica, entonces, que ellas se constituirán según se realicen las operaciones y no antes de asumir la función como es característico de las cauciones para el desempeño de funciones.

Resumiendo, puede fijarse los diversos tipos de garantías que el Código establece para las operaciones bursátiles, en la forma siguiente:

- a) Garantías a cargo de las partes que operan en la bolsa a plazo, (arts. 755, 2) y 762).
- b) Garantías a cargo de la bolsa, constituida en un fondo especial para el cumplimiento de las operaciones que se realicen en ella (art. 764).
- c) Caución que deben prestar los agentes de bolsa para ejercer sus funciones (art. 769).
- d) Garantía, constituida en fondo especial con porcentajes de las remuneraciones de los agentes de bolsa, para cubrir las responsabilidades civiles derivadas de su actuación como tales (art. 775).
- e) Garantías con relación al monto de las obligaciones que contraigan los agentes de bolsa en las operaciones que en ella realicen, cuyo objeto no declara la ley.

ARTÍCULO 770.- (Número de Agentes). Los reglamentos de las Bolsas de valores fijarán el número de agentes de Bolsa que podrán actuar en la entidad teniendo en cuenta las necesidades de la plaza.

Conc: c. com. 754, 6) -

ARTÍCULO 771.- (Sujeción al reglamento). La actuación de los agentes en operaciones concertadas en las Bolsas, quedará sujeta a las disposiciones del reglamento de la entidad.

Conc: c. com. 754, 1)

Disposición por demás superflua.

ARTÍCULO 772.- (Libros y Registros). Las Bolsas de valores deben establecer los libros, registros y documentos que, sin perjuicio de las disposiciones legales pertinentes, llevaran los agentes de Bolsa.

Conc: 754, 6)

La actividad reglada por el capítulo es comercial por definición (art. 765) y porque esta comprendida en las disposiciones de los arts. 4 y 6, inc. 6). Consiguientemente, las disposiciones del capítulo IV del Título I del Libro Primero (Contabilidad), relativo a la obligación de llevar libros y a la conservación de estos y de toda la documentación y papeles, comprende a los agentes de bolsa. Es a esta obligación que alude el art. cuando dice sin perjuicio de las disposiciones legales pertinentes. Además esta obligado a llevar los libros y registros que para su actividad, determine particularmente el reglamento de la bolsa en la que ejerce sus funciones.

ARTÍCULO 773.- (Inspección de libros y reserva). Las Bolsas de valores deben inspeccionar los libros y documentos contables de sus agentes. Las informaciones obtenidas sólo pueden ser reveladas mediante las mismas circunstancias señaladas en el artículo 783 para los funcionarios de la Comisión Nacional de Valores.

Conc: c. com. 55 a 63 - 783 - c.p. 302 -

Las informaciones protegidas por este art., son confidenciales y sólo pueden ser, según casos y circunstancias, proporcionadas a los jueces vinculados con los hechos que investigan, si existiere alguna investigación. Por lo demás, ha de tenerse en cuenta las disposiciones, y lo anotado respecto de ellas, contenidas en los arts. 55 a 63, que tienen relación con la materia del art. La violación del secreto, en este caso, no sólo es pasible de la sanción administrativa a que se refiere

el art. 783, sino que puede ser objeto de sanción penal en los extremos previstos por el art. 302 del c.p.

ARTÍCULO 774.- (Remuneración). Las remuneraciones de los agentes de Bolsa por su intermediación en los distintos tipos de operaciones que se concierten en las bolsas, serán fijadas por la entidad respectiva y sometidas a la aprobación de la Comisión Nacional de Valores.

Los agentes de Bolsa no pueden eximir a sus comitentes del pago de las mencionadas remuneraciones. Solo pueden cederlas parcialmente a otro agente de Bolsa, de acuerdo con el régimen establecido por la Bolsa respectiva, o a otros intermediarios en la oferta pública, conforme lo fije la Comisión Nacional de Valores.

Conc: c. com. 755, 4) - 782, 1) y 9) -

ARTÍCULO 775.- (Aportes para Fondo de Garantía). La Comisión Nacional de Valores establecerá el porcentaje que, sobre sus remuneraciones, deben aportar los agentes de Bolsa para la constitución de un Fondo de Garantía. Dicho Fondo estará destinado a hacer frente hasta el límite de su importe, a la responsabilidad civil de los agentes de Bolsa frente a sus comitentes, derivada de culpa, dolo o insolvencia. Será administrado por los agentes de Bolsa de acuerdo con el reglamento respectivo, el cual deberá someterse a la aprobación de la Comisión Nacional de Valores y sujeto a la fiscalización de un Consejo de Vigilancia, designado por la Bolsa. Este Consejo tendrá facultad de veto con respecto a las decisiones vinculadas con la inversión de los recursos del Fondo de Garantía.

Este Fondo no puede ser disuelto, salvo en caso de disolución de la Bolsa de valores respectiva.

Conc: c. com. 782, 1) -

Comprendido en la anot. al art. 769.

ARTÍCULO 776.- (Sanciones disciplinarias). La actuación de los agentes de Bolsa está sujeta en todos los casos a las atribuciones disciplinarias de la Comisión Nacional de Valores de acuerdo al reglamento respectivo.

Sin perjuicio de ello, cuando los agentes de Bolsa, al intermediar en operaciones concertadas en las Bolsas, incurran en infracciones a este Título y a las reglamentaciones pertinentes, las Bolsas de valores podrán aplicarles, previo sumario que asegure el derecho de defensa del imputado, las sanciones correspondientes.

Las decisiones de las Bolsas en ejercicio de sus facultades disciplinarias, serán recurribles ante la Comisión Nacional de Valores.

El producto de las multas ingresarán al Fondo de Garantía.

Conc: c. com. 754, 8) - 781, 7) -

El sumario a que se refiere el art. es un proceso administrativo interno, en el cual sólo puede imponerse sanciones disciplinarias. Solamente pueden versar sobre las infracciones reglamentarias internas, porque las infracciones de las leyes comunes, implican otra jurisdicción y otras sanciones.

ARTÍCULO 777.- (Quiebra del Agente). En caso de quiebra de un agente de Bolsa, la Bolsa de valores respectiva liquidará las operaciones pendientes concertadas por intermedio de aquél. Si de la liquidación resultase un saldo a favor del fallido, lo depositará en el juicio de quiebra.

Si resultare un saldo a favor de la Bolsa de valores, esta tendrá privilegio sobre la generalidad de los bienes del fallido.

Conc: c.c. 1345 - 1355 - c. com. 1603 - 1628 -

La preferencia establecida en favor de la bolsa, en el párrafo segundo del art., importa que se establece en favor de ella el privilegio general reglado por el art. 1355 del c.c. y, en su caso, debe ser graduado teniendo en cuenta las reglas que para el efecto señala el art. 1345 del mismo cuerpo de leyes.

ARTÍCULO 778.- (Garantía con relación al monto de las obligaciones contraídas). Las Bolsas de valores fijaran en sus reglamentos la relación que debe existir entre la garantía del agente de Bolsa y el monto de las obligaciones contraídas por el mismo, con motivo de las operaciones realizadas en la entidad.

Conc: c. com. 769 -

Comprendido en la anot. al art. 769.

CAPÍTULO VIII **COMISIÓN NACIONAL DE VALORES**

Descargado desde el sitio www.bolivianland.net

ARTÍCULO 779.- (Autoridad de la Comisión Nacional de Valores). La autoridad encargada de aplicar y hacer cumplir las normas legales relativas a la oferta pública de títulos - valores, es la Comisión Nacional de Valores de acuerdo a este Título.

Sus relaciones con el Gobierno Nacional se establecerán por intermedio del Ministerio de Finanzas. La Comisión Nacional de Valores coordinará con el Banco Central de Bolivia la formulación de su política relacionada con los aspectos monetarios y crediticios.

Conc: c. com. 745-746-748-749-780-

La Comisión Nacional de Valores, según las regulaciones de este capítulo, es un organismo autónomo que tiene por objeto regular la oferta pública de valores y de impulsar el desarrollo de las bolsas. Su denominación, organización y funciones, parecen estar inspiradas en las de su similar mexicana creada en 1946 y regida actualmente por la Ley del Mercado de Valores de 2 de Enero de 1975 (cit. de Rodríguez), que ha sustituido todas las reglamentaciones anteriores a ella sobre el particular.

Este y los arts. siguientes, señalan las normas de su actividad y su administración esta sometida al reglamento interno al que se refiere el art. siguiente (780).

ARTÍCULO 780.- (Directorio). La Comisión Nacional de Valores, con personalidad jurídica propia, será administrada por un Directorio integrado conforme a reglamento.

Conc: c. com. 779 -

ARTÍCULO 781.- (Funciones de la Comisión Nacional de Valores). Son funciones de la Comisión Nacional de Valores las siguientes:

- 1) Autorizar la oferta pública de títulos-valores e inscribir los mismos en el registro respectivo. Asimismo, podrá suspender, mediante resolución motivada, la autorización otorgada para hacer oferta pública de cualquier título - valor;
- 2) Asesorar al Gobierno Nacional en lo relativo a la captación y canalización del ahorro público a través de la inversión en títulos - valores;
- 3) Autorizar el funcionamiento de Bolsas de valores, aprobar sus estatutos y reglamentos y supervisar su actuación;

- 4) Autorizar la actuación de personas físicas y jurídicas como intermediarios de la oferta pública, llevar el registro respectivo, reglamentar y fiscalizar el ejercicio de sus funciones;
- 5) Fiscalizar el cumplimiento de las normas relativas a este Título y demás disposiciones pertinentes;
- 6) Asesorar a las empresas y sociedades que tengan el - propósito de emitir títulos - valores de oferta pública, en el cumplimiento de los requerimientos técnicos necesarios;
- 7) Suspender por causa debidamente justificada, mediante resolución motivada, la autorización de cualquier Bolsa, agente o intermediario, cancelando su registro.

Conc: c. com. 751, 2)-757-758-768-776-784-785-1443-

ARTÍCULO 782.- (Atribuciones de la Comisión Nacional de Valores). Para cumplir sus funciones la Comisión Nacional de Valores tendrá las siguientes atribuciones:

- 1) Dictar las normas a las cuales deben sujetarse las personas naturales o jurídicas que en cualquier carácter intervengan en la oferta pública de títulos - valores, con el objeto de aplicar y hacer cumplir las disposiciones de este Título;

- 2) Realizar inspecciones e investigaciones a los emisores autorizados de títulos - valores para determinar su situación económica - financiera con relación a la oferta pública, determinando la sujeción de éstos a las disposiciones legales y estatutarias;
- 3) Realizar inspecciones a las Bolsas de valores, agentes de Bolsa y demás intermediarios de la oferta pública y obtener cualquier tipo de información;
- 4) Organizar sumarios administrativos a los infractores de las disposiciones de este Título y su reglamento;
- 5) Aplicar las sanciones correspondientes;
- 6) Requerir el auxilio de la fuerza pública cuando sea necesario;
- 7) Iniciar y proseguir en todas sus instancias acciones judiciales;
- 8) Fijar los requisitos de publicación que deben cumplir quienes intervengan en la oferta pública;
- 9) Aprobar las tarifas de comisiones y cualquier otro emolumento que perciban las bolsas de valores, los agentes de bolsa y demás intermediarios de la oferta pública;
- 10) Autorizar la publicidad de los prospectos de emisiones de títulos - valores, cuidando su veracidad a los fines de su oferta pública;
- 11) Fijar los plazos dentro de los cuales debe hacerse efectiva la oferta pública de los títulos-valores autorizados;
- 12) Disponer la inmediata suspensión de cualquier oferta pública de títulos - valores no autorizada o realizada por intermedio de personas no autorizadas, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar y el decomiso de los títulos - valores ofrecidos;
- 13) Publicar un boletín informativo sobre el Mercado de Valores y presentar su memoria anual, y
- 14) Efectuar investigaciones sobre el mercado de capitales y, en particular, del mercado de Valores.

Conc: c. com. 677-742-750-751-774-775-

ARTÍCULO 783.- (Reserva de informaciones). Las informaciones que cualesquiera de los funcionarios de la Comisión Nacional de Valores reciba u obtenga con motivo del cumplimiento de sus atribuciones de inspección e investigación, tendrá carácter estrictamente confidencial. Sólo podrán ser suministradas a los jueces que conozcan causas directamente vinculadas con los hechos que se investigan.

La violación del secreto de su actividad por parte de los Directores, funcionarios y personal de la Comisión Nacional de Valores, les hará pasibles a sanciones administrativas. La Comisión podrá, sin embargo, publicar información sobre la evolución y operaciones de los diferentes rubros de títulos - valores negociados.

Conc: c. com. 55 a 63 - 773 - c.p. 302 -

Es aplicable a este art. lo dicho en la anot. al art. 773.

ARTÍCULO 784.- (Restricciones a nuevas emisiones). El Banco Central podrá limitar, con carácter eventual y general, la oferta pública de nuevas emisiones de títulos - valores. La resolución deberá ser comunicada a la Comisión Nacional de Valores para que suspenda la autorización de nuevas ofertas públicas.

Conc: c. com. 781, 2)-

La cuestión de que trata este art., esta subordinada a la política económica del Estado, de la cual, en la materia, es el órgano ejecutor el Banco Central.

ARTÍCULO 785.- (Los títulos valores públicos deben ser previamente sometidos a la Comisión Nacional de Valores). Los bonos y obligaciones a emitirse por el Estado, entidades y empresas del Estado, a los efectos de su oferta pública, y con objeto de establecer la conveniencia y oportunidad de su emisión, deberán ser sometidos a la Comisión Nacional de Valores, previa presentación de los estudios pertinentes que aseguren el servicio normal de estas obligaciones y su redención oportuna.

Conc: c. com. 742 - 781, 1) y 2) - 1443 -

La Comisión Nacional de Valores, cumple en este aspecto una importante función de asesoría, para el Estado y sus entidades y empresas.

LIBRO TERCERO
DE LOS CONTRATOS Y OBLIGACIONES COMERCIALES

TÍTULO I
DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

CAPÍTULO I
GENERALIDADES

ARTÍCULO 786.- (Aplicación de principios y prueba del Código y Procedimiento Civil). Se aplican supletoriamente a los negocios comerciales, los principios y normas de los contratos y obligaciones, así como la prueba, regulados, respectivamente, por el Código Civil y Código de Procedimiento Civil.

Precd: c. mtl. abrg. 213 -

Conc: c.c. 291 y s. 450 y s.p.c. 370 y s.c.com. 138-461-505-681-688-917-922-978-1146-1259-1308-1349-1419-1426-1527-

Como ajustado proemio al tema de este Libro, cabe parafrasear el concepto y la recomendación que da Vivante en sus Instituciones sobre el mismo, cuando dice que si las obligaciones comerciales, esto es, los vínculos jurídicos que derivan de los actos de comercio objetivos o subjetivos, están en gran parte regidos por las disposiciones escritas en el Código civil para las obligaciones civiles, corresponde advertir a los juristas, sobre la necesidad de aprender con exactitud las normas escritas del Código civil, en el título de las Obligaciones, porque ellas regulan todo el derecho privado y, además, porque para comprender el valor de las bifurcaciones peculiares escritas en el Código de comercio, es preciso conocer la doctrina general de las obligaciones.

También parece oportuno prevenir contra las simplezas de la pretendida inconveniencia de adoptar legislaciones superdesarrolladas para países subdesarrollados o de la supuesta pertinencia de ajustar la regulación y el estudio de los institutos jurídicos dentro del limitado -e impreciso- criterio del carácter nacional de los derechos, que son postulaciones ajenas a la realidad histórica del Derecho. Una elemental exploración del derecho comparado, concretada sólo al punto que aquí interesa, enseña que los diferentes códigos son afines en lo sustancial de las instituciones que regulan los actos de las personas en cuanto afectan a la vida social y familiar (matrimonio, paternidad, filiación, emancipación, tutela, etc.); que casi están acordes igualmente en todo lo concerniente al tratamiento esencial de los bienes: reconocimiento

general de la propiedad individual, concordancias en el tratamiento de sus diversas manifestaciones como formas jurídicas con vida y animación propias, uso y fruición, etc.

Esa concordia y afinidad que no es un fenómeno casual, sino manifestación objetiva de la universalidad del derecho (Ihering) llegan, como bien observa Scaevola, al más alto grado en la doctrina de las obligaciones. Duran y Bas (en una interesante memoria acerca de las Instituciones del Derecho civil en Cataluña, citada a propósito del tema por Scaevola), anota que las diferencias que distinguen las diversas legislaciones en esta materia no son fundamentales, porque la obligación, por sus propios caracteres, con ser eminentemente personal, recibe muy poco de la individualidad de cada ser y, por lo mismo, particularmente en la actualidad, muy poco de la individualidad de cada nación. Dos causas explican esta evidencia, según el autor citado: a) la obligación, por su naturaleza, siendo un acto pasajero en la vida del individuo, aún cuando sea numerosa, y, si se quiere, continua en el orden de su manifestación (particularmente en el derecho comercial), casi siempre es variada y raras veces duradera; b) dado el esencial carácter económico de toda obligación, representado en la prestación, ese carácter no podrá dar nunca fisonomía propia a un pueblo, por lo mismo de que ahonda poco en la vida moral de los individuos.

Ha de agregarse, además, otra razón fundamentalísima: la universalidad del derecho (particularmente del derecho de obligaciones), que es el gran legado de la universalista civilización helénica (como Toynbee llama a la que comúnmente se conoce bajo el nombre de greco - romana), de la que es filial la civilización occidental: las obligaciones fundadas en el consensus tienen una base romana, común a todas las legislaciones europeas que se ha difundido por todo el mundo y, aún dentro de cada país, en las diversas regiones que mantienen el derecho de legislar localmente.

Las obligaciones comerciales, lo mismo que las civiles, son legales y contractuales. Las primeras son las impuestas por la ley, en consideración a la función social importante que cumple el comercio. Entre ellas, ejemplificativamente, basta recordar algunas de las ya anotadas en el examen del art. 25 que las enumera enunciativamente y luego las desarrolla en disposiciones subsiguientes. Las segundas, son las que crean la voluntad de las personas dedicadas al comercio, en cuanto el natural ejercicio de esa actividad requiere la continua formación de relaciones jurídicas que se manifiestan en el contrato. Ya se ha visto algunas de sus manifestaciones, por ejemplo en el estudio de las sociedades y se vera en los institutos particulares regulados en el Libro al que da principio el art. que se anota aquí.

Sin embargo, cabe distinguir, como hace Messineo, respecto de la doctrina de las obligaciones que las llamadas legales, pueden referirse a las que tienen un contenido patrimonial como a las

que no le tienen. Entre estas segundas, por ejemplo, ha de tenerse en cuenta las obligaciones o deberes de derecho familiar, y, en la materia objeto de estas anotaciones, las obligaciones no-patrimoniales que incumben al componente de una persona colectiva (sociedades) como en los casos, v. gr. de competencia desleal (arts. 66, 183, 328) o en la obligatoriedad del desempeño de funciones administrativas (art. 317), o las que corresponden al propietario dentro del amplio concepto; actual del derecho de propiedad por el carácter de función social que la ley le atribuye (arts. 22 Const.; 106, 107, 108, 2, c.c.) y, en general, la obligación o el deber del respeto de los derechos subjetivos ajenos, con sujeción a análoga norma.

La distinción permite, entonces, concretar la noción de que las regulaciones del capítulo versan sobre las obligaciones de contenido patrimonial, que son definidas (Messineo) como una subespecie del concepto de deber jurídico (frecuentemente llamado también obligación). Frente al deber jurídico en general u obligación entendida como exigencia de un comportamiento, esta la obligación en su noción tradicional de deber de prestación y de responsabilidad patrimonial (Messineo).

Más, no obstante la diferencia anotada entre las dos situaciones del paralelismo formal, que se da entre el deber de observancia de la norma jurídica y el deber de prestación, deriva la consecuencia de que toda violación del deber de prestación asumido, implica, a su vez, una violación de la norma que manda cumplir la obligación de prestación legalmente asumida. Lo que supone, en conclusión, que el incumpliente incurre en una doble violación.

El reenvío al derecho común respecto de la prueba, descansa también en razones paralelas. El c.c. y su procedimiento, dan las normas generales y particulares que se aplican en materia comercial, en tanto en cuanto las disposiciones de este Código no las derogue o modifique expresamente, como ocurre, v. gr., en el caso del art. 1496, que excusa la notificación de las actuaciones que señala en materia de concurso o de quiebra, o en los casos de plazos judiciales especiales que señala (por ejemplo, el caso del art. 1661). Por lo demás, el reenvío a las reglas del p. c., esta reiteradamente señalado, aún en regulaciones singulares o particulares, como, por ejemplo, el art. 1477 sobre peritaje, 1486 sobre arbitraje, 1497 sobre excusas y recusaciones, 1499 sobre la carga de la prueba, 1557 sobre la prueba del pago, etc.

JURISPRUDENCIA

1.- "Es principio jurídico que nadie debe ser creído en juicio sobre su simple palabra, conforme con lo dispuesto por el art. 901 (1283) del c.c. y 160 (375) del p.c." (G.J. N° 393, p. 239).

- 2.- "La obligación de probar la cancelación corresponde al deudor y no al acreedor, conforme a los arts. 901 (1283) del c.c. y 160 (375) del p.c." (G.J. N° 575, p. 24).
- 3.- "El ex-socio no está reatado a las novaciones que su antiguo socio puede contratar con terceras personas" (G.J. N° 694, p. 32).
- 4.- "Los locos no tienen aptitud para contratar aunque no sean declarados judicialmente interdictos, siendo nulos los contratos que celebran, por falta de capacidad y consentimiento" (G.J. N° 1220, p. 78).
- 5.- "Es inaplicable el art. 928 (1328, I) del c.c. para probar los contratos en materia mercantil" (G.J. N° 1280, P. 15).
- 6.- "Toda acción debe probarse y acreditarse en conformidad con lo prescrito por el art. 160 (375) del p.c." G.J. N° 1283, p. 90).
- 7.- "La obligación sobre una causa ilícita, no tiene efecto alguno" (G.J. N° 1616, p. 201).

ARTÍCULO 787.- (Forma de expresar la voluntad). En materia comercial, la voluntad de contratar y de obligarse se puede expresar verbalmente y por escrito, salvo que la ley exija determinada solemnidad como requisito esencial para la validez del contrato, en cuyo caso éste no se perfecciona sino cuando se llene tal solemnidad.

Preced: c. mtl. abrg. 211 - 212 -

Conc: c.c. 453-491 -c. com. 902-928-982- 1006-1250-1331-1347-1389-1448-1455-

El negocio jurídico, dice Vivante, implica una declaración de voluntad capaz de producir efectos jurídicos. Aunque algunas veces sea necesario un otro elemento que acompañe a esa declaración para formar el negocio jurídico, como, v. gr., la forma escrita del protesto cambiario (art. 569), como el certificado de depósito bancario para el pago por consignación de letras cambiarias mediante autoridad judicial (art. 568), o, en general, como los requisitos de forma ad probationem o ad solemnitatem que se exige para los contratos, según los casos (v. gr. arts. 128 para la constitución de sociedades, 902 para constituir fianza mercantil, 1006 para la póliza de seguro, etc.), aunque algunas veces, se dice, sea necesario un otro requisito, el elemento genético e imprescindible de todo negocio jurídico es la declaración de voluntad.

La voluntad individual expresada en la declaración da impulso al negocio, pero es la ley la que la integra y acciona poniendo al servicio de aquella declaración el ordenamiento jurídico, en una función integradora que puede traducirse, bien en el reconocimiento de la existencia de un negocio jurídico donde sólo hay una apariencia de la voluntad de obligarse como en el caso de la suscripción de títulos-valores sin poder (arts. 508 y 509, v. gr.), extremo en el cual la voluntad de la ley actúa en lugar de la voluntad individual que en realidad falta, para resguardo de las

exigencias de la fe pública, o bien cuando simplemente se concreta a declarar la inexistencia o invalidez del negocio jurídico en el que aquella declaración de voluntad esta afectada por vicios del consentimiento como el error, el dolo o la violencia (arts. 821, 822, 823).

La declaración de voluntad, hace que la disciplina entera de la obligación este dominada por la exigencia del cumplimiento y por la de conjurar en lo posible el incumplimiento, o bien de remediar este cuando se produce. Tienden a esos fines preventivos o, en su caso, represivos, conforme señala Messineo, por ejemplo: los privilegios y las garantías específicas que acuerdan a un determinado titular de un derecho o de un crédito, una situación ventajosamente preferente sobre otros eventuales acreedores; las medidas de conservación y autodefensa de los derechos; el cumplimiento coactivo en forma específica o la ejecución forzosa genérica, cuando falta el cumplimiento espontaneo; los procedimientos concursales, que aseguran la paridad entre los acreedores; el vínculo de la solidaridad (que es una presunción legal si falta estipulación expresa en contrario, según el art. siguiente, 788) y de indivisibilidad y similares.

El art., salvo la exigencia legal de solemnidad para algunos contratos, que se señala explícitamente en cada caso, autoriza la contratación verbal sin otra limitación que la ausencia de exigencia ad solemnitatem, lo que implica que su prueba esta sometida a todos los medios permitidos por la ley, incluida la testifical. Importa esto que la ley comercial, deroga en este punto la regla general del derecho común (c.c. art. 1328, 1), que excluye la prueba de testigos respecto de las obligaciones cuyo valor exceda el límite legal, fijado en \$b. 2.000 por el art. 146 de la loj. y elevado a \$b. 5.000.-por el D.L. modificadorio N° 16483 de 16 de Mayo de 1979. Con razonamiento simple, Rebolledo justifica este criterio legislativo, al anotar el art. 211 del c. mtl. abrg. (que en su inc. 5° señala límite legal -250 \$- para los contratos verbales), cuando señala que el éxito de las operaciones mercantiles depende casi siempre de la actividad o rapidez que se imprime a ellas, lo que no se obtendría si todos los actos comerciales estuvieran sujetos a los tardos trámites del derecho común, razón por la cual las legislaciones comerciales, fundándose en la buena fe que se supone ha de normar los actos comerciales, establecen disposiciones como las del art. que aquí se anota, respecto de la permisión de los contratos verbales y su prueba ilimitada, excepto los casos expresamente señalados para una prueba escrita o una solemnidad inexcusable.

JURISPRUDENCIA

1.- "Es requisito esencial para la validez de las convenciones el consentimiento de la parte que se obliga, que tiene que estar caracterizado por la plena conciencia y convicción de lo que se hace" (G.J. N° 1220, P. 80).

2.-Véase los casos N° 5 del art. 786 y 3 del art. 1294.

ARTÍCULO 788.- (Presunción de solidaridad). Cuando fueran varios los deudores se presume que éstos se han obligado solidariamente, salvo estipulación en contrario.

Conc: c.c. 435 c.com. 77-164-173-321-322-505-561-585-906-936-1244-1399-1438-

Cuando el cumplimiento total de la obligación incumbe indistintamente a cualquiera de dos o más personas, se dice que la obligación es solidaria, en oposición a la que supone el compromiso de satisfacer parte a una y parte a otra de esas personas, caso en el cual se dice que la obligación es mancomunada.

El principio general que rige en el derecho común es el de que la solidaridad no se presume y solo existe cuando expresamente la impone una disposición legal o la declaración, también expresa, de la voluntad de las partes, en los negocios jurídicos por cuya virtud asumen la obligación de alguna prestación (art. 435, c.c.).

El art. en examen importa una derogatoria -para el ámbito del derecho comercial- de dicho principio general del derecho común y, en su mérito, en las obligaciones mercantiles se presume que los codeudores están solidariamente obligados cuando no hay estipulación expresa en contrario en el negocio jurídico respectivo. Esta regla tiene aplicación general para los actos y contratos reglados en el Libro que se examina. Sin embargo, y no obstante el carácter general de esta regla especial de la disciplina jurídica comercial, el Código, en diversas de sus disposiciones y conformándose al precepto general del derecho común (art. 435, c.c.) establece la solidaridad expresamente. Así, ejemplificativamente, en los casos de los arts. 77 (pluralidad de principales del factor); 164 (responsabilidad de administradores y representantes); 173 (responsabilidad de los socios de una sociedad colectiva); 321 y 322 (responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas); 561 (obligación del avalista); 585 (obligados en las letras de cambio); 906 (responsabilidad del fiador solidario); 1244 (responsabilidad de los comandantes); 1399 (para las cartas de crédito bancario), y 1438 (la del hipotecante en los bonos bancarios).

La regla que aquí se anota, que supone, como queda dicho, una excepción derogatoria al principio tradicional del derecho común de que la solidaridad no se presume, esta tomando en las modernas corrientes legislativas carácter de principio general y no sólo de excepción derogatoria de este en el ámbito específico de la disciplina jurídica comercial. Así, el c.c. italiano, en su art. 1294, declara, con carácter general, que toda obligación, ya nazca del contrato o de la

ley, que incida al mismo tiempo sobre dos o más personas, se presume solidaria, a menos que resulte lo contrario del título de la obligación común a los varios codeudores o de la ley.

Sea principio general o excepción derogatoria del principio general, la regla que se examina, introducida favor creditoris, no favor debitoris, porque atiende fundamentalmente a la protección de los derechos del acreedor, como presunción legal que es, invierte la carga de la prueba, ya que corresponde al obligado demostrar que su obligación no es solidaria (c.c. art. 1318, III y IV). Surge aquí, el problema sobre el medio de prueba necesario para acreditar la no-solidaridad de una obligación mercantil, habida cuenta lo dicho respecto de ella en los contratos verbales (v. la anot. al art. anterior). La exigencia de que la estipulación en contrario sea expresa, quiere decir que ha de probarse mediante prueba escrita, aún para el caso de los contratos verbales, así como la estipulación de la solidaridad según el principio del derecho común importa una formulación escrita, habida cuenta que, en ambos casos, implica una situación sería para la responsabilidad de cada uno de los codeudores.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "En los contratos de compañía, la obligación solidaria de los socios por las operaciones sociales esta limitada a los asuntos meramente mercantiles por lo dispuesto en el art. 238 del c. mtl. (173, c. com.)" (G.J. N° 384, p. 170).
- 2.- "Hay solidaridad entre los deudores, cuando se obligan a una misma cosa, de manera que cada uno pueda ser demandado por el total" (G.J. N° 436, p. 659).
- 3.- "El fiador solidario, obligado a pagar al acreedor, de igual manera que el deudor principal, conforme a lo estatuido por el art. 791 (433) del c.c., adquiere por el hecho de pagar el derecho de repetir contra los demás codeudores o cofiadores el cobro de sus respectivas partes" (G.J. N° 623, p. 5).
- 4.- "Según el art. 795 (437) del c.c., el acreedor que persigue a alguno de sus deudores por el cumplimiento de una obligación in solidum, puede proceder del mismo modo contra los demás" (G.J. N° 949, p. 17).
- 5.- "Tratándose de obligaciones solidarias, el ejecutante tiene derecho a circunscribir su acción a uno o más deudores" (G.J. N° 963, p. 67).
- 6.- "Conforme al art. 794 (437) del c.c., es potestativo para el acreedor dirigir su acción contra cualquiera de sus deudores solidarios, sin que el elegido pueda oponer la excepción de división" (G.J. N° 964, p. 139). j
- 7.- "Según el art. 793 (435) del c.c., la solidaridad no se presume y debe ser establecida expresamente, salvo los casos a que la misma disposición (casos establecidos por la ley) se refiere" (G.J. N° 970, p. 57).

8.- "La solidaridad no se presume, salvo la existencia de una determinación legal que la disponga" (G.J. N° 1171, p. 19).

ARTÍCULO 789.- (Interpretación de términos técnicos). Los términos técnicos empleados en los documentos que sirvan de medio de prueba de contratos y obligaciones comerciales, se entenderán en el sentido que tengan en el idioma castellano.

Los términos técnicos en idioma distinto al castellano se entenderán de acuerdo a la versión española que más se acerque a la intención de las partes contratantes.

Precd: c. mtl. abrg. 217 -

Conc: c.c. 512

La interpretación de los contratos comerciales, en general queda sujeta a las reglas del derecho común (arts. 510 a 518 c.c.).

Este art. sólo se refiere a la interpretación de los términos técnicos que puedan contener los contratos y obligaciones comerciales. El tecnicismo jurídico, particularmente en el ordenamiento moderno, es fruto más vivo de la actividad mercantil cuyas manifestaciones de uniformidad esencialmente cosmopolita, derivadas de la reglamentación común de las relaciones terrestres, marítimas y aéreas, arbitrada para reglar el desenvolvimiento comercial, que no es un fenómeno aislado, sino que pone en contacto enormes masas de intereses que precisan reglas generalmente admitidas o impuestas (v. en la anot. al art. 1, el punto f), ha difundido diversas expresiones técnicas en diferentes idiomas que prácticamente han sido adaptadas a las regulaciones nacionales. Por ejemplo, warrant = bono de prenda, o las siglas que abrevian las nominaciones de las modalidades de la venta mercantil, como CIF (o, c.i.f. = cost, insurance and freight), FOB (o, f.o.b. = free on board), cuyas versiones castellanas están dadas en los arts. 856 y 853, respectivamente. También otras semejantes, no expresamente señaladas entre las modalidades dichas, como FOR (o, f.o.r. = free on rait, esto es libre en la estación ferroviaria). En algunos países, se estila definir estipulaciones brevemente con tecnicismos latinos, v. gr. quantum libet o quantum vis (tanto como se desee o cuanto se quiera), quantum sufficit (lo que baste), etc.

ARTÍCULO 790.- (Firmas). Cuando alguno de los contratantes no pudiera o no supiera firmar, se sujetará a lo previsto por los artículos 1295 y 1299 del Código Civil, según se trate de documentos públicos o privados.

La firma por un ciego, para surtir efectos legales, debe ser autenticada por notario público previa lectura del respectivo documento por el mismo notario y ratificación del texto por el firmante.

Preced: 20 Nov. 1950 -

Conc: c.c. 1295 - 1299

Tratándose de documentos públicos, la intervención del notario como funcionario fedatario da plena validez al instrumento celebrado según las disposiciones legales del derecho común citadas en el art. Tratándose de documento privado, el reconocimiento de este, a los fines del art. 319, 2, b) del p.c., ha de sujetarse a las previsiones del art. 1300, II) del c.c., porque no puede ser reconocido por la persona analfabeta, a cuyo ruego se suscribió por otra persona, porque no sabiendo aquella leer ni escribir, es imposible pretender que reconozca caracteres que no comprende, como se dice, con buen criterio, en el Discurso inaugural del año judicial de 1907 (Corte Suprema, G.J. del indicado año, p. 5).

JURISPRUDENCIA

- 1.- "En los contratos en que los contratantes se obligan recíprocamente, los unos hacia los otros, las obligaciones recíprocas deben estar acreditadas con las firmas de todas las personas obligadas o las de sus representantes" (G.J. N° 277, p. 1799).
- 2.- "Los documentos otorgados por analfabetos deben llenar ciertos requisitos para surtir efecto (art. 20 L. 20 Nov. 1950)" G.J. N° 1611, p. 59).
- 3.- "Para que un documento privado haga fe probatoria de instrumento público, requiere el reconocimiento de firmas de sus otorgantes, de acuerdo a la ley de 20 de Nov. de 1950, tratándose de analfabetos" (G.J. N° 1616, p. 99).

ARTÍCULO 791.- (Computo de plazos). En el cómputo de los plazos se seguirán las siguientes reglas:

- 1) El plazo en horas, se computará a partir del primer segundo de la hora siguiente al de la celebración del acto jurídico y se extenderá hasta el último segundo de la última hora;
- 2) El plazo en días, se computará a partir del día siguiente al de celebración del negocio jurídico,
y
- 3) En el plazo en meses o en años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día del correspondiente mes o año. Si este no tuviera tal fecha, el vencimiento será el último día del respectivo mes o año.

El plazo que venza en día feriado se prorrogará hasta el siguiente hábil, salvo que se desprenda otra cosa de la intención de las partes.

Precd: c. mtl. abrg. 219 - 220 -

Conc: c.c. 1487 y s.-

V. la anot. i.f. al art. 570, al que se aplica este art.

ARTÍCULO 792.- (Enriquecimiento sin causa). Nadie puede enriquecerse sin justa causa en perjuicio de otro.

Conc: c.c. 961-

El art. 961 y s. del c.c. se ocupa de este instituto con carácter general, bajo la denominación de enriquecimiento ilegítimo. A las nociones dadas sobre el en otro lugar, cabe agregar que esta figura jurídica comprende los casos en que alguien convierta en beneficio propio un bien ajeno, o se beneficie de alguna actividad ajena, con daño ajeno, sin que exista una razón que justifique el provecho o el beneficio (Messineo). Esto es, que ese provecho o ese beneficio para el enriquecido sin causa, es ilegítimo, porque no existe una relación jurídica que le justifique o porque el enriquecimiento se ha producido sin la voluntad del empobrecido, falta de voluntad que se resuelve en una falta de causa.

Con la expresión justa causa, el art. alude al título, a la razón de ser del enriquecimiento de uno, que ocasiona correlativamente el empobrecimiento de otro. Hay ausencia de causa, cuando falta la relación patrimonial, derivada de una declaración de voluntad o de una determinación de la ley, que legitime el enriquecimiento. Cuando hay justa causa, no hay enriquecimiento ilegítimo. Messineo, explica la diferencia, contraponiendo enriquecimiento sin causa y donación. En esta, el donante quiere enriquecer a otro sin compensación, mientras en aquel el enriquecimiento ajeno no es querido, lo que configura la ausencia de justa causa.

La consecuencia de un hecho como este, esta determinada en el art. 962 del c.c.: la acción indemnizatoria, que es de carácter subsidiario y procede cuando el perjudicado no tiene otra acción para obtener la reparación del perjuicio que el enriquecimiento ilegítimo le ha ocasionado. La restitución esta limitada a la cuantía del enriquecimiento del enriquecido o del empobrecimiento del empobrecido, cual lo establece explícitamente el art. 961 in fine, del c. c.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Por lo dispuesto en el art. 963 (968) del c.c. el que reciba una cosa indebidamente esta obligado a devolverla si existe, o a pagar su valor, si ha perecido" (G.J. N° 619, p. 9)
- 2.- "El pago indebidamente efectuado bajo el erróneo concepto de una deuda, implica el cumplimiento de una obligación sin causa, cuyo acto esencialmente vicioso, aunque se haya verificado judicialmente, no puede surtir efecto alguno" (G.J. N° 647, p. 25)
- 3.- "Los gastos de reparación de la casa han contribuido al aumento de su precio y al de los alquileres sin que por otra parte, se haya justificado que sean superfluas las mejoras y al disponerse que (sean devueltos) no se viola el art. 965 (972) del c.c." (G.J. N° 692, p. 24).
- 4.- "No habiendo verificado el trabajo por el que se le pagó, no tenía derecho para hacer suyo el dinero que se le dio para ese trabajo y era justo que el actor lo reclamase" (G.J. N° 774, p. 50).
- 5.- "Careciendo de causa la expresada obligación, no produce efectos legales contra el demandado" (G.J. N° 849, p. 50)
- 6.- "El pago indebido es consecuencia de una obligación sin causa" (G.J. N° 1253, p. 32).
- 7.- "El pago indebido da lugar a repetición" (G.J. N° 1607, p. 171).
- 8.- Véase el caso único del art. 901.

ARTÍCULO 793.- (Negocio jurídico plurilateral). En los negocios mercantiles plurilaterales el incumplimiento de alguno o algunos de los contratantes, no importa la resolución del contrato respecto a los demás, a menos que del negocio se desprenda la circunstancia de que sin el concurso de uno cualquiera de ellos no sea posible el logro del objetivo común propuesto.

Conc: c.c. 575 - c. com. 1432 -

Para la aplicación de este precepto, ha de considerarse con carácter previo, al tenor de las reglas de los contratos con pluralidad de personas, según se trate de obligaciones simplemente mancomunadas, esto es, divisibles, o solidarias, esto es, indivisibles, habida cuenta la regla general del art. 788 que impone la presunción de solidaridad en todo contrato mercantil, cuando ella no ha sido expresamente excluida en las estipulaciones contractuales.

En consecuencia, la regla sólo es aplicable a aquellas obligaciones simplemente mancomunadas con prestación divisible (c.c. art. 429), siempre y cuando no resulte de las circunstancias contractuales que el concurso de uno cualquiera de los contratantes plurilaterales, sea esencial para el logro del objetivo común establecido en el contrato, caso en el cual la resolución del contrato por el incumplimiento de uno de los obligados plurilaterales, afecta a los demás.

ARTÍCULO 794.- (Obligaciones sin término). Son inmediatamente exigibles las obligaciones para cuyo cumplimiento no se haya fijado un término de vencimiento en el contrato, previa la presentación del documento al obligado, salvo disposición expresa de la Ley.

Precd: c. mtl. abrg. 221 -

Conc: c.c. 311 - c. com. 1333 - 1406

Término es el momento del tiempo en que un negocio jurídico adquiere o pierde eficacia, noción por cuya virtud, según la clase de negocio jurídico se habla de término inicial v de término final. Se dice según la clase de negocio jurídico, porque se dan varios que no admiten término inicial, v. gr., en la materia del Código, el cheque bancario que según el art. 606 es pagadero a la vista y cualquiera anotación en contrario, como la indicación de un término inicial, por ejemplo, se tiene por no escrita.

El art. se refiere al término de vencimiento o de cumplimiento de la obligación, es decir, al momento en el cual el acreedor tiene el derecho de exigir la prestación que ella representa y el obligado tiene el deber de satisfacer o cumplirla. En este caso no se trata de la eficacia del negocio jurídico en el sentido de la noción dada inicialmente en esta anotación, sino del momento del cumplimiento de la prestación, o sea, el momento ejecutivo como advierte Messineo. Pero, por lo regular, la expresión término de vencimiento manifiesta la supervenencia del término final.

Cuando no se señala término de vencimiento, se trata de un negocio por tiempo indeterminado, en oposición al negocio por tiempo determinado que es aquel que consigna expresamente ese término. En tal supuesto, según el art., la obligación es inmediatamente exigible, lo que en la práctica no ha de tomarse en el sentido literal de la expresión, ya que, desde los romanos, siempre se ha entendido que una regla así no puede aplicarse rigurosamente, de ahí que toda obligación pura y simple se exige al día siguiente del vencimiento, porque este corre todo a beneficio del deudor. Las propias leyes procedimentales dejan transcurrir cierto tiempo entre el proceso y la ejecución (v. gr. art. 491, p. c. y el art. 791, 2, c. com.).

De ordinario, aún para la materia comercial, se aplica al caso la regla del art. 311 del c.c., que consagra igual norma que la que se examina, pero con el agregado de que de acuerdo a los usos o a la naturaleza de la prestación o bien al modo o lugar de cumplimiento, puede fijarse por el juez un plazo para dicho cumplimiento, si las partes no acuerdan voluntariamente alguno. Además, según la parte final del art., que en realidad lo que quiere significar es una expresa disposición contraria de la ley, como excepción a la regla, se dan casos en que explícitamente

quedan dispensados de esa exigibilidad inmediata algunos negocios con término indeterminado, por virtud de una disposición concreta de la ley, como en las situaciones previstas por los arts. 1333 y 1406, mencionados en la concordancia de este, y con arreglo a los cuales la devolución de los prestamos bancarios con tiempo indeterminado, sólo es exigible pasados quince días de la fecha del requerimiento para la devolución y en los créditos documentados o acreditivos que no indican fecha de vencimiento, estos se entienden vigentes por seis meses computables desde la fecha de notificación al beneficiario.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Cuando no se designó término en las obligaciones mercantiles, se aplica el art. 221 (794) del c.com" (G.J. N° 125, p. 416).
- 2.- "Cancelado el pagaré, este debió devolverse inmediatamente al pagador. No expresando el adverbio "oportunamente" plazo determinado ni indeterminado para la devolución del documento, debe reputarse la obligación de hacerlo simple y llana, cumpliera según el art. 221 del c. mtl. (794 del c. com.)" (G.J. N° 126, p. 420). En el mismo sentido (G.J. N° 525, p, 416).
- 3.- "En las obligaciones comerciales sin término, se entiende que el plazo (se establece) conforme al art. 221 del c. mtl. (794 del c. com.)" (G.J. N° 752, p. 20). En el mismo sentido (G.J. N° 753, p. 33).
- 4.- "Los jueces ordenan el pago de la cantidad demandada, dentro de tercero día, conforme al art. 221 del c. mtl. (794 del c. com.), que establece que cuando no se ha prefijado término en el contrato comercial, puede exigirse su cumplimiento (inmediato)" (G.J. N° 775, P. 24).

ARTÍCULO 795.- (Obligaciones en moneda extranjera). Las obligaciones contraídas en moneda extranjera se cubrirán en la moneda estipulada cuando fuera legalmente posible. En caso contrario, se cubrirán en moneda nacional boliviana conforme a las regulaciones monetarias y cambiarias vigentes en el momento de hacerse el pago.

Conc: c.c. 405 y s.-c com. 1304-

Entre las obligaciones de genero, las que tienen por contenido la prestación de sumas de dinero, esto es, de una cantidad de moneda (obligaciones pecuniarias; arts. 404 y s. del c.c.), son las más frecuentes porque en dinero se representa el valor de la cosa vendida (art. 865) o arrendada (art. 842) o porque constituye el objeto del contrato, como ocurre, ejemplificativamente, en el mutuo (art. 972), en el depósito (art. 876), en la generalidad de los contratos bancarios (v. gr. cuenta corriente, apertura de crédito, descuento = arts. 1294, 1309 y 1324) o de muchas obligaciones que nacen de títulos - valores (v. gr. letras de cambio, pagarés, cheques = arts. 541, 3), 592, 2) y 600, 3).

Ahora bien, siendo el efecto inmediato de toda obligación el deber de prestación, o sea, su cumplimiento exacto, en las que tienen por objeto pagar una suma de dinero (numeratio pecuniae o pago en numerario: Messineo), dicho cumplimiento consiste en pagar la suma de dinero en la moneda estipulada para que el obligado quede liberado.

Ninguna regla particular requiere la prestación que deba cumplirse en moneda nacional, que tenga curso legal en el momento del pago que se efectúa según el principio nominalístico, o sea, el valor nominal u oficial de la moneda.

El art. se refiere a las obligaciones que se expresan en moneda extranjera, sea metálica o de papel, y que, consiguientemente, no tiene curso legal en la República, pero que supone una prestación que ha de cumplirse dentro del territorio del Estado, porque los pagos que han de efectuarse fuera de él es decir, en el extranjero, están sometidos a regulaciones especiales derivadas de la política cambiaria del Estado y de los acuerdos internacionales que rigen la materia

Puede ocurrir que la referencia a la moneda extranjera, cumpla la función de señalar únicamente el valor de la prestación debida, como índice de estimación o valoración, sujetándola a la relación de paridad de determinada moneda (v. gr. dólar estadounidense, franco suizo), caso en el cual el obligado se libera pagando sobre la base del curso del cambio que consiste en la relación de valor entre dos diversas monedas legales referidas a un común denominador: valor oro v. gr., y que se determina convencionalmente, por lo regular, con relación al que rige en el día del pago (c.c. art. 405). Cuando la referencia a la moneda extranjera, tiene la función de expresar que la prestación ha de ser cumplida en moneda extranjera (metálica, de papel o cheque bancario), el obligado para quedar liberado, debe entregar la moneda extranjera convenida, a menos que al vencimiento de la obligación exista imposibilidad del deudor de procurarse la moneda debida o la imposibilidad de encontrar la determinada moneda, extremo en el cual, el art. que se examina, como los arts. 406 y 407 del c.c., establece que el pago se hará en moneda nacional al cambio del día del cumplimiento. Sin embargo, en este segundo aspecto, ha de tenerse en cuenta, si el objeto de la obligación es una especie determinada de moneda, caso en el cual el objeto del pago no son la suma ni el género, sino los cuerpos determinados que son objeto de la relación jurídica, en la cual cada moneda, como dice Giorgi, es tomada non tanquam summan sed tanquam corpora, lo que en realidad ha de considerarse como obligación diversa de las pecuniarias y propia de las que reatan a la entrega de cosa cierta y determinada, en las que el acreedor no puede ser constreñido a recibir una cosa diversa de la que se le debe: nemo aliud pro alio, invito debitore solvere potest (Messineo).

ARTÍCULO 796.- (Obligaciones en dinero). Las obligaciones de pagar una determinada suma de dinero deben cumplirse en el lugar del domicilio del acreedor a tiempo de su vencimiento, salvo pacto contrario.

Conc: c.c. 310-c. com. 1332-

La regla general, en la materia, dada por el art. 310 del c.c., es que el lugar del cumplimiento de la obligación, se deduce de la determinación del contrato (voluntad de las partes), de los usos o de la naturaleza de la prestación u otras circunstancias.

Tratándose de obligaciones pecuniarias, según el mismo precepto del derecho común (art. 310, II, c.c.) el lugar del cumplimiento es, de ordinario, el del domicilio del acreedor, si no se ha pactado diversamente.

ARTÍCULO 797.- (Imputación del pago). Salvo estipulación distinta, en las obligaciones de pagar sumas de dinero, el deudor, si tiene diferentes deudas exigibles sin garantía, podrá imputar el pago a la que elija; pero si una de las deudas exigibles tuviere garantía real o personal no podrá hacerlo a esta sin el consentimiento previo del acreedor.

El acreedor de varios créditos exigibles y garantizados específicamente, podrá imputar el pago al que le ofrezca menos seguridades.

Conc: c.c. 316 y s.-c. com. 1336

La imputación (o aplicación, según el c.c. art. 316 y s.) del pago, se rige por normas que determinan el modo en que cada cumplimiento parcial debe aplicarse o a que obligación debe referirse el mismo, cuando hay pluralidad de obligaciones entre dos personas en el mismo carácter, esto es, cuando un mismo deudor está obligado frente al mismo acreedor, varias veces por virtud de diversas relaciones obligatorias.

Es decisiva desde luego la voluntad de las partes, expresada en el contrato, cuyo acuerdo puede dejar librada la facultad de hacer la imputación al deudor o al acreedor. Ese acuerdo puede manifestarse inclusive a tiempo de efectuarse el pago singular, si una de las partes consiente que la otra haga la imputación, sin observarla.

En defecto de acuerdo, se aplican las normas del precepto en examen, sin olvidar que por virtud de lo dispuesto por el art. 786, tienen aplicación según casos y circunstancias, las reglas del derecho común (art. 316, c.c.), que señalan que el pago ha de imputarse a la deuda vencida; si son varias las deudas vencidas, a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor, y si son todas onerosas, a la más antigua. Si las deudas son en todo iguales o si no es posible la solución del caso a tenor de los criterios anteriormente expuestos, la imputación se hará proporcionalmente a todas las deudas.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Con arreglo al art. 845 (317) del c.c., los pagos parciales que se hagan se aplican con preferencia a los intereses devengados" (G.J. N° 533, p. 13).
- 2.- "La aplicación del pago al crédito que más interese al deudor, conforme al art. 847 (316) del c.c., sólo tiene lugar cuando hay distintas obligaciones contraídas por el deudor en diversas fechas" (G.J. N° 575, p. 9).
- 3.- "El pago parcial debe aplicarse de preferencia, no al capital sino a los intereses devengados, cuando al respecto no exista convención ni resolución judicial, que determine lo contrario" (G.J. N° 625, p. 9).
- 4.- "El art. 846 (318) del c.c., no libra exclusivamente a la voluntad del acreedor la aplicación de un pago hecho por el deudor de diferentes deudas, sino que también tiene en consideración el consentimiento (por lo menos) tácito de este al aceptar el finiquito en que el acreedor imputa el pago de una deuda señaladamente" (G.J. N° 818 p. 44).

ARTÍCULO 798.- (Intereses corrientes y moratorios). En un negocio comercial en el cual se tenga por contraprestación el pago de un rédito por el capital prestado y en cuyo contrato se haya omitido especificar el interés, éste será el bancario corriente, según la naturaleza de la operación, y a partir de su vencimiento correrá también el interés moratorio bancario.

El interés bancario corriente y moratorio se prueba mediante certificación del órgano administrativo de fiscalización competente.

Precd: c. mtl. abrg. 222 - 336 - 341 -

Conc: c.c. 415-c. com. 594-799-874-973- 1326-1333-1334-

Los intereses son frutos civiles según el art. 84 del c.c. Consisten en la suma debida a título de compensación o de contraprestación por el goce de una suma de dinero ajeno, a los que se tiene

derecho, dice Messineo, como correspondencia de la disponibilidad concedida a otro, v. gr., a título de mutuo, de sumas de dinero que se supone producen utilidad a quien las utiliza, mientras queda privado de esa utilidad aquel que cede dicha disponibilidad. Windscheid (cit. de Scaevola), los define como compensaciones a favor del acreedor, por el goce de aquello que ha disfrutado el deudor.

Aunque su fundamentación, más que al Derecho corresponde a la Economía (e incluso a la Filosofía, dice Scaevola), cabe resumir algunas teorías al respecto: 1) Para la teoría del costo, en la que se agrupan varias doctrinas, se explica por la privación del capital que supone para el acreedor, o por el costo del capital o sea el beneficio que entraña para el deudor disponer de un capital que no es suyo, o por el sacrificio que implica prestar lo propio y el riesgo que ello envuelve. 2) Según las teorías del cambio, el que presta un capital debe ser retribuido por el servicio prestado mediante el interés, o porque el interés representa un premio por la cesión de una utilidad, o porque, según algunos economistas, una riqueza futura vale menos que una actual, de lo que deriva la legitimidad del interés, ya que priva al acreedor de una riqueza presente, transformándola en futura, desigualdad que se compensa con el interés.

Sus características, según Scaevola, son: a) su obligatoriedad como en toda prestación normal; b) su igualdad genérica con el capital, es decir, que sólo lo dado en concepto de capital produce intereses; lo que se da en concepto distinto de capital podrá producir frutos, pero no intereses, v. gr. el arrendamiento; c) su proporcionalidad, que ha de ser menor que el capital; d) su periodicidad, porque se satisfacen en relación al tiempo; e) su accesoriedad, aunque referida sólo a su origen porque no sigue siempre ese carácter en todo su curso.

No son intereses las prestaciones como la renta, que no supone una obligación de capital (Enneccerus, cit. de Scaevola), las amortizaciones o la devolución parcial y periódica del capital, las deducciones o descuentos que hace el acreedor sobre la suma nominal al entregar el préstamo o los recargos que el deudor deba hacer a tiempo de devolver la cantidad recibida, los dividendos de sociedades, las indemnizaciones que implican la continuación del pago de intereses hasta el vencimiento pactado, reconocido al acreedor cuando se le devuelve prematuramente el capital.

La principal distinción, diferencia los intereses en convencionales y legales. Son convencionales, cuando la fijación de su tasa esta librada al acuerdo de las partes. Son legales, cuando la tasa esta fijada por la ley y los establece de modo expreso, cuando por ejemplo considera necesario que una persona satisfaga a otra un tanto por ciento en concepto de interés, como ocurre en el caso de demora, en que por el retraso del deudor en el cumplimiento de la obligación (mora), se

opera una liquidación ex lege del daño que el incumplimiento ocasiona al acreedor (arts. 339 y 347, c.c.). Su diferencia con los intereses convencionales o corrientes reposa en su causa y en el hecho de que corren sólo en el supuesto de la constitución en mora del obligado, mientras que aquellos corren de pleno derecho, a menos que (según Messineo) una disposición legal expresa disponga lo contrario.

Ha de tenerse en cuenta que no debe confundirse tasa legal e interés legal. La primera supone el límite máximo del interés al que todos deben atenerse y no puede ser excedido en las estipulaciones convencionales debiendo ser reducido a ese límite cuando ocurre el exceso (c.c. art. 409). El segundo, es el que señala la ley para los casos en que no haya mediado pacto expreso (art. 414, c.c.).

Dentro de las normas generales anteriormente resumidas, el art. en examen establece que cuando las partes de un negocio comercial omiten establecer convencionalmente intereses, estos serán fijados según el tipo bancario vigente, tanto para los llamados corrientes como para los moratorios y cuya entidad, según los casos, se determina en su oportunidad mediante la certificación que señala el mismo precepto, lo que, desde luego, en este punto, implica una derogatoria de las reglas generales del derecho común antes citadas (arts. 409 y 414, c.c.).

Téngase muy en cuenta, que producida la mora que hace correr los intereses moratorios, estos no substituyen a los corrientes: corren ambos, a cuyo pago queda sujeto el obligado i moroso. Tal se infiere del art., que establece claramente que a partir del vencimiento de la obligación, correrá también el interés moratorio.

La cuestión de la tasa del interés, plantea un problema de carácter moral, económico, político y jurídico, que se refiere a: 1º) Debe establecerse un interés legal? 2º) Debe establecerse una tasa, tanto para el interés legal como para el convencional? Es un tema que ha preocupado y preocupa a esferas completamente separadas del campo del puro Derecho positivo como la Sociología, por ejemplo, pero que trasciende los límites concretos de estas anotaciones.

Adviértase, además, que cuando se estipula cláusula penal (art. 801), en función preventiva de fijar la entidad del daño y su resarcimiento, para el supuesto de incumplimiento del obligado, el acreedor no puede pretender además de ella, también los intereses moratorios, que quedan absorbidos en aquella (v. la anot. respectiva).

JURISPRUDENCIA

- 1.- "En las obligaciones que tienen por objeto el pago de una suma de dinero determinada, los daños y perjuicios procedentes de la demora en la ejecución, consisten en la condenación al pago de los intereses legales" (G.J. N° 544, p. 8).
- 2.- "Los intereses principian a correr desde que el deudor se hace moroso" (G.J. N° 594, p. 3).
- 3.- "Caída la ejecutada en mora desde el requerimiento que se le hizo para el pago de la deuda, fue legal la imposición de intereses desde el día de la demanda" (G-J. N° 775, p. 40).
- 4.- "El obligado se hace moroso sólo cuando es requerido por el acreedor, salvo estipulación (expresa) en contrario" (G.J. N° 795, p. 47).
- 5.- "Los daños y perjuicios, tratándose de la demora en la entrega de una suma de dinero, no consisten más que en el pago del interés legal" (G.J. N° 816, p. 21).
- 6.- "En las obligaciones que tienen por objeto el pago de una suma determinada, la demora en la ejecución (acarrea) el pago de los intereses legales" (G.J. N° 904, p.44).
- 7.- "Los intereses son debidos no sólo mediante libre estipulación, sino también por ministerio de la ley, en compensación de los daños resultantes de la demora en la ejecución de obligaciones consistentes en sumas determinadas" (G.J. N° 938, p, 37).

ARTÍCULO 799.- (Intereses sobre suministros y ventas al fiado). El acreedor podrá exigir intereses de los suministros o ventas que haga al fiado, sin estipulación de plazo para el pago, y comenzarán a correr un mes después de entregada la cuenta o detalle al deudor.

Precd: c. mtl. abrg. 336

Conc: c.c. 411 - c. com. 798 - 919 -

Se supone que el interés a que tiene derecho el acreedor, en el caso previsto por este art., es también el bancario en ausencia de acuerdo de partes, conforme a la regla establecida en el art. anterior para los negocios comerciales.

ARTÍCULO 800.- (Capitalización de intereses). No se puede capitalizar intereses devengados y aún no pagados, salvo que ello se haya convenido con posterioridad a la celebración del contrato o cuando el acreedor demande judicialmente su pago. Empero en cualquiera de estos casos deben concurrir las siguientes circunstancias:

- 1) Que los intereses se adeuden por más de un año, y
- 2) Que la mora en el pago del capital e intereses no sea imputable al acreedor.

Es nulo el pacto en contra de lo dispuesto en este artículo.

Las operaciones de los Bancos y entidades de crédito, se sujetan además a lo dispuesto en el Título "Contratos y Operaciones Bancarias".

Precd: c. mtl. abrg. 339 - 340 -

Conc: c. c. 412-c. com. 977- 1365-

El anatocismo, palabra griega que significa interés de intereses (Messineo), consiste en el hecho de que los intereses vencidos se reúnen a la suma principal, para formar nuevo capital que, a su vez, produzca intereses (Scaevola). En otras palabras: intereses devengados y no pagados que se capitalizan para producir nuevos intereses. Se le conoce también, actualmente, con el nombre de interés compuesto.

En la legislación común, generalmente, está prohibido desde el derecho romano. El c. c. (art. 412) proscribió el anatocismo y toda otra forma de capitalización de intereses y declara nulas las estipulaciones en contrario, abandonando así el sistema de su precedente (art. 747, c.c. abrg.), que influido por el c.c. francés de 1804 (art. 1154) admitía el interés compuesto para los debidos al menos por un año y siempre que hubiere nueva convención. Es una cuestión que ha producido grandes controversias entre los tratadistas, la mayoría de los cuales bajo la influencia del concepto que considera ilícito el simple interés, particularmente en la doctrina canónica, rechaza con mayor razón, como execrable, el interés de intereses, al que también se le ha llamado, por eso, doble usura (Scaevola). Los contradictores de esa teoría, sostienen la licitud del anatocismo reconociendo que el prestamista tiene derecho a cobrar, al vencimiento del plazo, los intereses del capital que ha prestado y una vez cobrados los puede prestar nuevamente como capital a un tercero y obtener del nuevo préstamo el interés correspondiente, no existiendo inconveniente ninguno en que tal nuevo préstamo se haga al mismo deudor de quien ha cobrado los intereses vencidos. El anteriormente citado art. 1154 del c.c. francés de 1804, es resultado de la mencionada discusión, y de él pasó, en materia comercial, al c. com. francés de 1807 y a través del c. com. español de 1829 (art. 401) al c. mtl. abrg. (art. 339), precedente legislativo del que aquí se anota.

La formulación de este artículo, corresponde al del art. 1283 del c.c. italiano de 1942, cuya influencia en la materia parece evidente, con el cual presenta similitud de requisitos, excepto en la diferencia del plazo que debe transcurrir, que en la disposición fuente es de seis meses y en el art. que se anota aquí, es de doce meses.

Las condiciones para que proceda son, en realidad, cinco, según el art.: 1) que se trate de intereses vencidos y no pagados; 2) que haya convenio posterior a la celebración del contrato de

préstamo; 3) que haya demanda judicial de pago de los intereses, condición esta que es alternativa con la del número 2); 4) que se adeuden por más de un año, y, 5) que la mora en el pago no sea imputable al acreedor, caso para el cual debe considerarse los supuestos del art. 327 del c.c.

En las operaciones de Bancos y entidades de crédito, según el art. 1365 (intereses de depósitos en cuentas de ahorro), no se precisa convenio ulterior al vencimiento (punto 2) de las condiciones señaladas, supra), porque es un interés legal establecido por la ley y su tasa se fija por el organismo administrativo competente.

ARTÍCULO 801.- (Cláusula penal). En los contratos estipulados con cláusula penal, o sea compromiso de pago de una suma de dinero fija o porcentual, para el caso de incumplimiento, se entiende que las partes no pueden retractarse de la obligación contraída, y la pena en ningún caso puede ser superior al monto de la prestación principal, sea ésta determinada o determinable.

Precd: c. mtl. abrg. 216

Conc: c.c. 532 y s.

La cláusula penal, dice Messineo, es una convención accesorio, que obliga al deudor a efectuar una prestación, a título de pena para el caso de incumplimiento injustificado de la obligación principal, con el objeto de resarcir al acreedor de los daños que le causa tal incumplimiento y de limitar, al mismo tiempo, su medida. O, como dice Carleval (cit. de Scaevola), obligarse a hacer algo y añadir una estipulación penal en confirmación de la primera obligación.

Según las reglas generales del derecho común (c.c. art. 533), se puede establecerla para el caso de incumplimiento de la obligación principal o para el caso de simple retraso. Sus consecuencias son diversas. En el primer caso el acreedor no puede exigir el cumplimiento de la obligación principal y de la cláusula penal. Si obtiene el cumplimiento de la obligación principal, no tiene más que pretender, pues que, de lo contrario, obtendría un enriquecimiento indebido (Messineo), prohibido por el art. 792. Por eso el citado art. 533 del c.c., dice que el acreedor no puede pretender al mismo tiempo el cumplimiento de la obligación principal y de la pena, conforme con el art. 216 del c. mtl. abrg. precedente del que aquí se anota, que determina que el acreedor puede exigir o el cumplimiento de la obligación o la ejecución de la pena convenida, pero que, usando de cualquiera de las dos acciones, queda extinguida la otra. (v. la anot. del art. 798, i. f.).

Cuando la pena se pacta para la hipótesis de mero retardo en el cumplimiento, se precisa la pena para un daño específico: la mora del deudor, y el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación principal y la ejecución de la pena.

Es respecto de este tipo de cláusula penal al que ha de entenderse referido el art. en examen, cuando dice que en el compromiso de pago de una suma de dinero fija o porcentual, para el caso de incumplimiento, se entiende que las partes no pueden retractarse de la obligación contraída, esto es, de la principal seguramente.

La ultima parte del art. relativa al límite de la cláusula penal, se conforma al principio general (c.c. art. 534).

JURISPRUDENCIA

- 1.- "En la pena convencional para el caso de faltarse a la obligación y no por la demora en su cumplimiento, el deudor no incurre en la pena por haberse cumplido como se demandó, la obligación principal, aún cuando lo haya sido después del requerimiento" (G.J. N° 380, p. 45).
- 2.- "La pena convencional, estipulada, corre desde que cae en mora el que se obliga, siempre que haya habido requerimiento por parte del acreedor u otro acto equivalente, o cuando se ha pactado que sólo por el transcurso del término sea constituido en mora" (G.J. N° 576, p. 16).
- 3.- "El porteador de mercaderías no es responsable de la pena convencional, cuando por inconvenientes independientes de la voluntad de los contratantes no pudo alzar la carga" (G.J. N° 651, p. 19).
- 4.- "No hay lugar a exigirse la pena convencional de un contrato si este se llevó a debido término" (G.J. N° 697, p. 3)
- 5.- "Si hubo contrato de entregar mercaderías, no puede demandarse su pago en dinero, ni hay lugar a la pena convencional acordada si el obligado estaba dispuesto a entregar aquellas" (G.J. N° 743, p. 10).
- 6.- "La ejecutada no esta obligada al pago de esa multa al mismo tiempo que el del saldo de la deuda principal, que en su mayor parte ha sido satisfecha (y por tanto) no se ha quebrantado el mencionado art. 820 (533) del c.c." (G.J. N° 842, p. 13).
- 7.- "La facultad de modificar la pena en caso de haberse cumplido en parte la obligación, no puede ejercitarse cuando existe estipulación expresa que establece pena fija para toda eventualidad de incumplimiento" (G.J. N° 980, p. 16).
- 8.- "En las obligaciones con cláusula penal, el pago de la multa no es exigible sino cuando aquel a cuyo favor fue estipulada, cumplió de su parte las que le correspondían" (G.J. N° 985, p. 31).

9.- "La penalidad establecida en el contrato para el caso de no concluir el transporte de las especies indicadas, (sólo puede ser aplicada) si queda establecida la mora del deudor, previo requerimiento con fijación de plazo para el cumplimiento del contrato, cuando se ha omitido en este expresar cuando debía concluir (el transporte contratado)" (G.J. N° 1249, p. 22).

10.- "Habiéndose obligado los compradores al pago de una suma en caso de faltar a su compromiso, esta suma entraña la compensación de los daños y perjuicios que pudo sufrir la otra parte por no haber cumplido la obligación " (G.J. N° 1271, p. 29).

11.- "No puede exigirse judicialmente una pena convencional indebida, fuera del pago de daños e intereses, porque importaría transgredir lo previsto por el art. 820 (533, I) del c.c." (G.J. N° 1291, p.49).

12.- Véase los casos Nos. 5 del art. 822 y 3 del art. 826.

CAPÍTULO II CONTRATOS EN GENERAL

ARTÍCULO 802.- (Resolución del contrato). En los contratos de ejecución continuada periódica o diferida, puede el obligado demandar la resolución del mismo si la prestación a su cargo resulta excesivamente onerosa al sobrevenir factores extraordinarios e imprevisibles debidamente comprobados.

No se admitirá demanda alguna si la onerosidad sobreviniente es emergente del riesgo normal del objeto del contrato; tampoco en los de ejecución instantánea.

El acreedor puede oponerse a la resolución si ofrece una modificación equitativa de las cláusulas que dieron lugar a tal demanda.

La resolución del contrato declarada judicialmente no tendrá efecto retroactivo.

Conc: c. c. 581 -640- c. com. 922-

La materia del art., que corresponde en la doctrina a la llamada teoría de la imprevisión, constituye una excepción a las reglas generales relativas a la fuerza obligatoria de los contratos y a los efectos de los mismos entre las partes contratantes (c.c. arts. 519 y 523).

Tanto el art. que aquí se anota, como el 581 del c.c., han sido adoptados del c.c. italiano (art. 1467), aunque ha de advertirse que la formulación de la disposición fuente tiene redacción más correcta: en los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, etc., dice.

Ejecución continuada, ejecución periódica y ejecución diferida, como enseña la lógica elemental y lo explica Messineo, envuelven conceptos diversos.

Además de la imposibilidad sobrevenida para el cumplimiento de un contrato, que se funda en causa no imputable al deudor (c.c. art. 577 y s.), y que es caso distinto del que concierne a este art., la excesiva onerosidad como justificativa de la resolución de los contratos con prestaciones recíprocas, significa la dificultad de prestación resultante de un radical cambio de la situación que la hace excesivamente onerosa, o sea, más gravosa de lo que fuere previsible en el momento de la conclusión del contrato, que produce una *laesio superveniens*: una lesión superveniente. Aparece, entonces, la noción de la cláusula *rebus sic stantibus* -de iniciativa del Derecho canónico-considerada sobreentendida e implícita en todo contrato, por cuya virtud este debe cumplirse como fue pactado si las condiciones de hecho existentes el día de su celebración, permanecen fundamentalmente idénticas, pero que si ellas sufren alteraciones notables, por razón de acontecimientos extraordinarios imposibles de prever al tiempo de su estipulación (de ahí la denominación de la teoría de la imprevisión), deben alterarse también las obligaciones de las partes, para evitar la usura, la explotación indebida y la inmoralidad que implica el enriquecimiento desproporcionado de uno de los contratantes, a expensas del otro. Los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que se consideran notables para los efectos del art., son aquellos que notoriamente alteran el equilibrio contractual y determinan un desequilibrio en la relación de las prestaciones, haciendo más gravosa una de ellas.

La aplicación del remedio, encuentra su razón de ser en la distancia de tiempo que media entre la estipulación del contrato y el momento de su ejecución (Messineo), porque en los de ejecución continuada o periódica, depende de que se establece una diferencia de tiempo entre su estipulación y las varias fases de su ejecución, de lo que resulta que no tanto de la continuidad o periodicidad, sino del diferimiento de la ejecución, depende, en cuanto a estos contratos, el derecho de resolución reconocido por el art.

Requiere que sea demandada ante el Juez, quien puede deferirla si esta debidamente comprobada, o negarla si la onerosidad esta comprendida en el riesgo normal del contrato. La resolución puede ser evitada por el demandado, si ofrece las consiguientes modificaciones equitativas, sea conformándose con una disminución de la prestación pactada del demandante o aumentando la propia, según casos y circunstancias. Los efectos de la resolución son los indicados en la ultima fase del art., esto es, están limitados a las prestaciones del contrato de ejecución continuada o periódica no realizadas todavía.

En los contratos a cargo de una sola de las partes, la que resulta perjudicada por la excesiva onerosidad, puede pedir judicialmente, también, la reducción de su prestación u otra modificación en las modalidades de ejecución, que sea suficiente a restablecer la equidad (Messineo).

JURISPRUDENCIA

- 1.- "El actor no acredita debidamente que en el contrato de venta cuya anulación demanda se hubiese señalado término para el pago del precio de las mercaderías, para que proceda la aplicación del art. 1070 (640) del c.c." (G.J. N° 669, p. 35).
- 2.- "No es justo ni legal que la empresa constructora, para entregar el piso concluido (en edificio de propiedad horizontal) exija un nuevo reajuste, si la compradora pagó en dólares, en tiempo oportuno y antes de la vigencia de los decretos que modificaron el tipo de cambio en Octubre de 1972 que ocasionaron aumento de valor convenido con la construcción, que no es el caso de la recurrente" (G.J. N° 1616, p. 38).

ARTÍCULO 803.- (Buena fe en los contratos). En todo contrato se presume la buena fe y, en consecuencia, obliga no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino también en lo correspondiente a la naturaleza de los mismos según la Ley, la costumbre o la equidad.

Conc: c.c. 93 - 520 - c. com. 992 -

La buena fe se presume siempre (c.c. art. 93). Es una presunción iuris tantum, que desplaza la carga de la prueba a quien la contradice. La cuestión de los efectos del contrato, conforme a la regla del derecho común (c.c. art. 520), de aplicación general, supone tanto las cosas o hechos expresados en el, como los derivados de su naturaleza según la ley o, en su defecto, los que emanan de los usos y la equidad, concepto general que incluye lo accesorio, conforme al principio *accessorium sequitur principale*.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "La obligación de no poner otro establecimiento de la misma profesión por el espacio de seis meses para no perjudicar al empresario (comprador), es convención de no hacer y esta reconocida con fuerza obligatoria por el art. 725 (519) del c.c. y no esta prohibida por la Constitución " (G.J. N° 328, p. 3109).
- 2.- "El art. 726 (520) del c.c. extiende los efectos de los contratos a aquello que la ley, el uso o la equidad conceden a las obligaciones conforme a su naturaleza; es decir, a aquellas cosas que,

siendo indispensables para la ejecución a consecuencia del contrato, se sobrentienden en el sin necesidad de estipulación expresa" (G.J. N° 395, p. 262).

3.- "Convenido que la autenticación de los pagarés se verificaría en el domicilio del deudor, esa convención fue, conforme con el art. 725 (519) del c.c. la ley de las partes a que quedaron sometidos los contratantes no puede solicitarse el reconocimiento de aquellos sino en la jurisdicción designada" (G.J. N° 486, p. 9).

4.- "El actor apoyado en el contrato pidió que se obligue al Directorio de la empresa a nombrar su Juez Arbitro, y teniendo según el art. 725 (519) del c.c. toda convención legalmente formada fuerza de ley entre los contratantes, era llegado el caso de proceder al nombramiento de los árbitros" (G.J. N° 595, p. 2).

5.- "El Banco esta obligado a pagar los dividendos íntegros en virtud de la convención contenida en la citada cláusula que no es contraria a ninguna ley que interesa al orden público o a las buenas costumbres, y por lo mismo, tiene, según el art. 725 (519) del c.c. fuerza de ley entre los contratantes" (G.J. N° 826, p. 20).

6.- "El contrato de sociedad celebrado entre tres partes, no puede ser modificado por una nueva convención estipulada solamente entre dos de ellas sin la intervención del tercero, porque conforme al art. 725 (519) del c.c. toda convención legalmente formada tiene fuerza de ley entre las partes contratantes y no puede ser revocada sino por su mutuo consentimiento o por las causas que la ley autoriza" (G.J. N° 949, p. 22).

7.- "Según el art. 725 (519) del c.c. toda convención legalmente formada tiene fuerza de ley entre las partes contratantes, no pudiendo ser revocada sino por consentimiento mutuo o por las causas que la ley autoriza" (G.J. N° 1207, p. 78).

8.- "Toda convención legalmente formada tiene fuerza de ley respecto de las partes contratantes según el art. 5 (519) del c. c. y debe ser ejecutada de buena fe" (G.J. N° 1220, p. 8)

9.- "Los contratos deben cumplirse en la forma prevista por el art. 725 (519) del c.c., mientras no se declare su nulidad en juicio contradictorio por las causas que vician las obligaciones en general" (G.J. N° 1349, p. 48).

10.- "El cumplimiento de un contrato debe ser ejecutado de buena fe, conforme a lo dispuesto por el art. 725 (520) del c.c." (Lab. Jud. 1976, p. 84).

11.- Véase el caso N° 1 del art. 979.

ARTÍCULO 804.- (Contratos celebrados en el exterior) Los contratos celebrados en el exterior para ejecutarse en el país se rigen por la Ley boliviana.

Precd: c. mtl. abrg. 218 -

Conc: c.c. 1294 - c. com. 1 - 1251

JURISPRUDENCIA

"Todo contrato celebrado en el exterior sobre bienes situados en la República, merecen fe en Bolivia cuando es otorgado con las formalidades usadas en el lugar de origen". (G.J. N° 1228, p.88).

ARTÍCULO 805.- (Acciones por incumplimiento en contratos bilaterales). En los contratos bilaterales, en caso de incumplimiento de una de las partes, se estará a lo dispuesto en el artículo 568 del Código Civil. Además, las partes pueden convenir expresamente en que el contrato queda resuelto si una determinada obligación no se cumpla en la forma y de la manera convenidas. En tal caso el contrato se resuelve de pleno derecho, sin necesidad de intervención judicial.

Conc: c.c. 568 - 569 - c. com. 1230 -

Es característica de los contratos de prestaciones recíprocas o sinalagmáticos, a los que se refiere el art., la relación e interdependencia, por cuya virtud lo que una de las parte da o se obliga a dar, tiene como contrapartida lo que la otra da o se obliga a dar. Cada una de las obligaciones en relación, subsiste en la medida en que recibe cumplida ejecución la contraprestación a que esta ligada. Si uno de los contratantes no cumple su obligación, la del otro desaparecerá ejercitada que sea la llamada acción resolutoria, que es la establecida en el citado art. 568 del c.c., como sanción al incumplimiento del contratante omiso o renuente (Pothier, Josserand, cits. del autor).

La resolución presupone un contrato perfecto y, además, un evento sobrevenido, esto es, un hecho objetivo nuevo del comportamiento postcontractual de la contraparte, que altera las relaciones que entre los contratantes se habían constituido originalmente o que perturba su normal desarrollo o ejecución, de manera que el contrato no puede seguir existiendo (Messineo).

Por esta facultad, cada parte, si la contraparte deviene incumplida, tiene la elección entre demandar que se constriña a la parte remisa al cumplimiento o pedir que el Juez declare la resolución del contrato. La facultad en examen, también puede usarse como excepción: *exceptio non adimpleti contractus*, si la parte avenida al cumplimiento es demandada por la parte remisa al cumplimiento. En ambos supuestos, como acción o como excepción, la resolución, dentro de la esfera de aplicación del art. 568 del c.c., sólo puede ser resultado de una decisión judicial, lo que supone que se precisa demanda F y consiguiente proceso. Demandada

la resolución, no se puede optar ulteriormente por el cumplimiento ni el demandado puede avenirse a este, notificado que ha sido con la demanda.

La segunda forma de resolución que legisla el art., esta constituida por la cláusula resolutoria expresamente estipulada en el contrato (c.c. art. 569) y que opera en la eventualidad de que una determinada obligación sea cumplida, dolosa o culposamente, en forma o manera diversas de las establecidas en el contrato. En este caso la resolución se produce de derecho, sin necesidad de acción judicial ninguna.

En general, para la resolución, sea judicial o de derecho, los efectos son retroactivos: ex tunc (c.c. art. 574), excepto para los contratos de trato sucesivo o de ejecución continuada o periódica, en los cuales los efectos son ex nunc, esto es, no alcanzan a las prestaciones ya cumplidas.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "En las obligaciones sinalagmáticas se sobrentiende siempre la cláusula resolutoria para el caso de faltar una de las partes a su obligación " (G.J. N° 320, p. 3049).
- 2.- "En los contratos sinalagmáticos la falta de una de las partes a su obligación no produce la resolución de pleno derecho y solamente da lugar según el art. 775 (568) del c.c. al ejercicio de la acción resolutoria" (G.J. N° 393, p. 237).
- 3.- "La cláusula resolutoria, implícita en todo contrato bilateral, no lo anula de pleno derecho, sino mediante resolución judicial" (G.J. N° 580, p. 2).
- 4.- "La resolución de un contrato bilateral, por falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas no se opera en todo rigor de derecho, debiendo ser declarada en juicio" (G.J. N° 848, p. 50).
- 5.- "Según el art. 775 (568) del c.c. y constando que la casa comercial actora adelantó cantidades de dinero al demandado por el valor de las mercaderías que se comprometió entregar a aquella, sin cumplir esta obligación no obstante haber sido requerido al efecto, hay lugar a la acción " (G.J. N° 1043, p. 58).
- 6.- "Los contratos bilaterales llevan implícita la condición resolutoria cuando una de las partes falta a su compromiso, pudiendo la parte que ha cumplido exigir de la incumplida la ejecución de lo convenido, cuando es posible, o la nulidad con el resarcimiento de daños y perjuicios" (G.J. N° 1233, p. 65).
- 7.- "Para que proceda esta acción es menester que el demandante haya cumplido de su parte con la obligación que contrajo y que el demandado haya faltado a las que le corresponden, siendo en tales casos resoluble el contrato, según el art. 775 (658) del c.c." (G.J. N° 1236, p. 38).

8.- "No se resuelve en todo rigor de derecho el contrato si una de las partes falta a su compromiso, sino que la que lo ha cumplido puede precisar a la otra a que ejecute lo que le corresponde, cuando es posible, o pedir la resolución con daños e intereses" (G.J. N° 1264, p. 100).

9.- "Habiendo el comprador ejecutante cumplido su obligación de pagar y no habiendo el vendedor, que no ha entregado la cosa vendida, probado sus excepciones, aquel puede precisar a este a la ejecución del contrato conforme al art. 775 (568) del c.c." (G.J. N° 1269, p. 107).

10.- "Es preciso para estos casos que preceda el correspondiente requerimiento judicial de mora de que trata el art. 730 (340) del c.c., para ejercitar la acción respectiva" (G.J. N° 1342, p. 2).

11.- Véase el caso N° 5 del art. 801.

ARTÍCULO 806.- (Caución del deudor). El acreedor de una obligación a plazo, expresa y líquida, podrá exigir caución al deudor para garantizar suficientemente su cumplimiento, cuando éste se ausente sin previo aviso, realice operaciones peligrosas, disipe sus bienes o los realice a precios ostensiblemente inferiores a los de mercado o se encuentre en estado de no poder atender normalmente sus obligaciones.

La obligación será inmediatamente exigible si el deudor, vencido el plazo que el juez señale para constituir caución, no la hiciera efectiva en el plazo señalado al efecto.

En los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, la obligación sólo es exigible en proporción a la contraprestación cumplida, sin perjuicio de la cobertura total de la obligación mediante la caución.

Conc: c.c. 315-

Las disposiciones del art., importan la aplicación a la materia comercial, con detalle más o menos adecuado a ella, del principio general del derecho común (art. 315, c.c.) relativo a la caducidad del término. Normalmente, la obligación i se hace exigible al cumplimiento del plazo, es decir, cuando la obligación esta vencida. La exigibilidad se produce anticipada y automáticamente, en el caso de caducidad de término, cuando el obligado no satisface debidamente las seguridades o cauciones que ha ofrecido o que se le ha exigido en los supuestos del art.

La aplicación del art. opera únicamente en los contratos en que el plazo se ha establecido en favor del deudor.

La fracción tercera del art. carece de razón y de justificación. Lo primero, porque no cabe excusar de exigibilidad ninguna a las porciones o cuotas ya pagadas. Lo segundo, porque es una verdadera arbitrariedad obligar la prestación de cauciones sobre incumplimiento de algo, así sea parte de una obligación mayor, que ha sido ya ejecutado y cumplido. Ha de entenderse que el precepto observado alude a la contraprestación no cumplida.

ARTÍCULO 807.- (Actuación de un tercero). El que con actos positivos u omisiones graves diera lugar a que se considere, que determinada persona está facultada para actuar como su representante, no podrá invocar la falta de representación frente a terceros de buena fe, salvo prueba en contrario.

Conc: c.c. 821, II) -c. com. 75-87-508-509-

Puede considerarse el precepto como principio general propio de la especialidad del derecho comercial (v. la anot. al art. 74), cuya aplicación a ciertas situaciones particulares está prevista en las disposiciones señaladas en la concordancia.

JURISPRUDENCIA

Véase los casos Nos. 1 y 2 del art. 988.

ARTÍCULO 808.- (Incumplimiento de leyes fiscales). Los efectos de los contratos y actos mercantiles no serán perjudicados ni suspendidos por el incumplimiento de leyes fiscales, sin que ello libere a los responsables de su cumplimiento y sanciones.

Conc: c. tb. 68 - 117-c. com. 1197- 1264 -Lea, 99-

La disposición esta referida al incumplimiento de los deberes formales en materia fiscal y tributaria en que, por acción u omisión, incurren los contribuyentes o terceros responsables en los actos o contratos mercantiles, del cual incumplimiento deriva una violación de las disposiciones relativas a la determinación y pago de obligaciones tributarias o que obstaculice su fiscalización por parte de las autoridades administrativas competentes (c. tb. art. 117). Tal incumplimiento no puede afectar en modo alguno los efectos de los contratos y actos mercantiles y en la esfera de la legislación tributaria sólo da lugar a sanciones pecuniarias (multa: c. tb. art. 119).

Consecuencia diversa resultara si la violación de las normas fiscales o tributarias, sean estas substantivas o formales, constituye un delito o contravención punible (c. tb. art. 68), como v. gr. los supuestos de defraudación o contrabando (c. tb. art. 69) que de estar vinculados al contrato o al acto mercantil, invalidan estos por ilicitud de causa, de acuerdo a los principios generales del derecho (art. 489, c.c.).

JURISPRUDENCIA

- 1.- "La entrega de acciones como parte del precio de la compraventa de una propiedad minera esta exenta de impuestos (lo que excluye incumplimiento de obligaciones fiscales en el contrato)" (G.J. N° 1615, p. 275).
- 2.- Véase el caso N° 7 del art. 581.

ARTÍCULO 809.- (Libertad de contratar, abuso de derecho y valor del silencio). Nadie será obligado a contratar a menos que la negativa inmotivada de prestar servicios constituya un quebrantamiento a su obligación legal.

Las empresas que presten servicio público o colectivo y que rehusen contratar sin justa causa, cometen abuso de derecho.

El silencio de la empresa requerida para contratar es considerado como negativa de hacerlo, a falta de señalar miento expreso. El plazo para contestar es de treinta días desde la fecha de entrega de la solicitud.

Quien se niegue a contratar transcurrido el plazo establecido en el párrafo anterior, responde de los daños y perjuicios que ocasione y puede ser obligado judicialmente a formalizar el contrato.

Conc: c.c. 454, II) - 460 - 984 -

El objeto real del art. es imponer la obligatoriedad de la contratación, cuando se trata de prestaciones vinculadas con los servicios públicos.

Conformándose a los principios generales (c.c. 454, II), se deja establecido, desde luego, que en la materia también rige el principio de la libertad contractual o autonomía de la voluntad, que consiste en que la voluntad del individuo, en el ámbito del ordenamiento del negocio jurídico y dentro de los límites de lo lícito, determina los efectos que se refieren a sus intereses (Messineo), ejercitando una función constitutiva o dispositiva. No es ni puede ser ilimitada y esta sometida

a los límites previstos para la tutela de los intereses generales impuestos por la ley y subordinada a la realización de intereses dignos de protección jurídica.

Dentro de esos límites, la primera consecuencia del principio mencionado es la que señala el art.: nadie puede ser obligado a contratar, o, como dice la preceptuación constitucional concordante, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución (art. 32) y las leyes no mandan.

La excepción al principio establecido, para el supuesto de una negativa injustificada de contratar en la prestación de servicios públicos, no es en rigor, como pretende el art., abuso de derecho, sino simple consecuencia del quebrantamiento de obligaciones legales (como expresa la fracción primera del art. i.f.), en que incurre la empresa, la que, por consiguiente, puede y debe ser legalmente obligada a contratar.

Resulta fácil determinar esta consecuencia, recordando que la idea de servicio público, a cargo de una empresa, no evoca precisamente el concepto de empresa privada, sino y fundamentalmente la de concesión, que por su importancia, además, esta y tiene que estar sometida al control de la Administración (Jeze). De esa idea capital, emana la fórmula de que siendo decisivo el interés general, a él deben subordinarse los intereses privados. Consiguientemente, siendo el servicio público destinado a satisfacer las necesidades del interés general, la razón de ser de la concesión que explota la empresa renuente, en el supuesto del art. la negativa de esta es simple y llano quebrantamiento de obligaciones legales (y también contractuales con la Administración por razón de la concesión) y la compulsión de la ley para que contrate, tampoco importa violación de la libertad de contratar.

La causa justa para la negativa, aludida en el art., importa alguna razón o circunstancia prevista en los reglamentos administrativos pertinentes al servicio, o en las estipulaciones de la concesión, que autoriza a la empresa a negarse a contratar. Por ejemplo, transporte de explosivos, transporte de enfermos infecto - contagiosos juntamente con los demás usuarios (arts. 236 y 262 c. ts., 52 L. ff.cc. y 132 c. aér., art. 63 D. de 30 de Enero de 1912, reglamentario de la L. de navegación fluvial y lacustre de 1º de Dic. de 1911).

Las regulaciones relativas a la interpretación del silencio de la empresa requerida y a la acción para obligarla a contratar y a responder de los daños y perjuicios, cuando corresponde, son consecuencia lógica de la regla y de la excepción establecida en el art.

ARTÍCULO 810.- (Derecho de retención). El acreedor cuyo crédito sea exigible, puede ejercer el derecho de retención sobre los bienes muebles e inmuebles de su deudor que se hallen en su

poder o de los que tuviera la disposición por medio de título representativo, hasta que el deudor consigne el importe de la deuda u otorgue garantía suficiente.

El derecho de retención subsistirá aún cuando el deudor transfiera la propiedad de los bienes retenidos.

El acreedor que ejercite este derecho tiene la calidad de depositario.

Conc: c.c. 1404 - p.c. 504 - c. com. 871 - 885 - 951 -1200 - 1246 - 1256 - 1285

La retención es un derecho que la ley acuerda al acreedor para denegar o diferir legítimamente, sin incurrir en mora, la restitución del o de los bienes del deudor que tiene en su poder, mientras éste no cumple la obligación que es conexa con la cosa cuya devolución reclama. Supone contraprestaciones conexas: *ius cum re iunctum* (Messineo). Evita al acreedor perder la posesión de la cosa que le sirve de garantía, para asegurarse el pago de su acreencia.

Cumple una función de excepción dilatoria con la que se resiste la acción de restitución que intenta el deudor y se la cuenta entre las medidas coercitivas (como la excepción *non adimpleti contractus*, la cláusula penal y las arras o sena), dirigida a ejercer presión psíquica sobre el deudor, para inducirlo a cumplir su obligación, de lo cual deriva su eficacia práctica, una vez que es de interés del deudor recuperar el bien retenido, que por lo regular siempre representa mayor valor que la prestación por el debida.

La legislación no contiene una disciplina sistemática del derecho de retención, aunque son numerosas las figuras concretas que sobre el particular regula. Ejemplificativamente y en general, tiene el derecho de retención:

-El poseedor de buena fe, hasta que se le abonen las indemnizaciones y se le restituyan los gastos resultantes de las reparaciones, mejoras y ampliaciones de la cosa (c.c. art. 98).

-El usufructuario, por los gastos necesarios hechos por cuenta del nudo propietario en los casos señalados por la ley (art. 241, c.c.).

-El acreedor prendario, hasta ser íntegramente pagado (c.c. art. 1404 y c. com. art. 885). Según Vivante el derecho de retención conferido al acreedor prendario, tiene su origen en los Estatutos de Génova y Florencia de los siglos XVI y XVII.

-El anticresista, hasta obtener la devolución de su capital (art. 1431, c.c.). Es a este caso que corresponde la facultad de retención sobre inmuebles, a que se refiere el art. en examen.

-El depositario, hasta que se le pague lo que se le debe por razón del depósito (arts. c. c. 857 y c. com. 871).

-El transportador, por lo que se le adeuda en razón de sus servicios (c. com. art. 951).

-Los Almacenes Generales de Depósito, hasta hacerse pago de los derechos de almacenaje, comisiones y gastos de subasta (c. com. art. 1200).

-El mandatario, hasta que se le pague la remuneración y gastos que se le deben (c.c. art. 824, c. com. art. 1246).

-El agente en los contratos de agencia, hasta que se le pague la retribución que se le debe (c. com. 1256).

-El comisionista, hasta que se le paguen los anticipos, gastos, comisiones e intereses (art. 1285 c. com.).

El p.c. (art. 504), se ocupa de la retención de bienes en poder de terceros. Se trata de la retención judicial, que requiere procedimiento u orden judicial previos y se constituye la cosa (prácticamente embargada) en poder de un tercero, nombrado depositario por el Juez. No es pues una figura del derecho de retención a que se refiere el art., propiamente, sino de embargo.

JURISPRUDENCIA

1.- "La retención constituye un verdadero depósito, con las obligaciones impuestas al depositario" (G.J. N° 606, P- 9).

2.- "No hay lugar a retención si es discutible el derecho del acreedor" (G.J. N° 636, p. 4).

3.- "La retención no reclamada (alegada) oportunamente por el tenedor de lo retenido, hace responsable a este" (G.J. N° 684, p. 53).

4.- "Una minuta (no escriturada) para la formación de una sociedad colectiva, que debe ser escriturada, no da derecho a ejercitar retención" (G.J. N° 722, p. 27).

5.- "No procede la retención por cantidad indeterminada" (G.J. N° 756, p. 25).

6.- "La retención de sumas de dinero o efectos del deudor, no puede hacerse extensiva a deudas o créditos discutibles con el acreedor" (G.J. N° 852, p. 14).

ARTÍCULO 811.- (Derecho del acreedor en caso de embargo). En caso de embargo del bien retenido por acción de otro acreedor, quien lo retenga tendrá derecho:

- 1) A conservar el bien con el carácter de depositario judicial, y
- 2) A ser pagado preferentemente.

Conc: c. com. 362 - 504 -

Las consecuencias que señala el art., son las que corresponden al derecho de retención que actúa como instituto de derecho excepcional (Messineo), en forma de autotutela, derogatoria del principio general (c.c. art. 1282), de que a nadie le es lícito tomarse la justicia por si mismo.

Si se presenta un caso de embargo, según lo previsto por el art. 504 del p.c., al que se ha hecho referencia en la anot. al art. anterior in fine, por otro acreedor del mismo deudor, quien ha hecho uso del derecho de retención permitido por el art. 810, se beneficia con las consecuencias dichas, y además de mantener el bien en su poder en carácter de depositario, tiene derecho preferente al pago de su crédito, derecho preferente que le esta reconocido por la ley para las eventualidades que señala el art. 362 del p.c.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 1 del art. anterior.

ARTÍCULO 812.- (Venta del bien retenido). Cuando los bienes retenidos corran peligro de descomposición o de sufrir una disminución considerable en su valor por el transcurso del tiempo, el acreedor, previa autorización del juez, podrá proceder a su venta directa o mediante remate ejerciendo el derecho de retención de la parte impaga y consignando a nombre del deudor el remanente, si lo hubiera.

Conc: p.c. 171 -

El art. previene la posibilidad de un daño, que puede ocasionar la pérdida del bien o su desvalorización y corresponde al Juez si existe motivo serio y el caso es urgente, deferir la autorización prevista en el art., en la forma más conveniente, abreviando inclusive los trámites

y habilitando días y horas si ello es necesario, según determina el art. 171 del p.c., concordante con el que aquí se anota.

ARTÍCULO 813.- (Obligaciones del acreedor prendario). El acreedor prendario ejercitará todos los actos conservatorios de los bienes recibidos en prenda así como los inherentes a los valores, salvo lo previsto por la primera parte del artículo 274 de este Código. El deudor a su vez proveerá oportunamente las sumas necesarias para el cabal ejercicio y protección de tales bienes y derechos.

Las cantidades cobradas por el acreedor se aplicaran al pago del crédito, salvo pacto en contrario.

Conc: c.c. 1402- 1411 - 1415 - c. com. 893 -

Entre las obligaciones del acreedor prendario esta principalmente la de conservar la cosa, como si ésta fuere propia (c.c. art. 1411), no sólo para prevenir su deterioro que acarrearía la disminución de la garantía de: su propio crédito, sino porque si desatiende los cuidados conservatorios indispensables, puede resultarle en su caso la responsabilidad consiguiente.

Los actos conservatorios inherentes a los valores, suponen que se trata de una prenda de crédito u otros derechos, v. gr., títulos - valores. En tal supuesto, el acreedor esta obligado a ejercitar frente al deudor del propio deudor, los derechos de este último, a quien sustituye para cobrar los intereses u otras prestaciones periódicas que produce el crédito o cobrar el mismo crédito inclusive si este ha vencido durante la vigencia de la prenda, haciendo las imputaciones de pago y los depósitos correspondientes, con arreglo a las indicaciones del deudor constituyente de la prenda (c.c. art. 1415), o a lo que se haya pactado al constituirla.

Si el deudor no ha provisto oportunamente la suma necesaria para cubrir los gastos de conservación de los bienes pignorados, el acreedor tiene derecho al reembolso de las erogaciones que al efecto realice (c.c. art. 1411), y el ejercicio del derecho de retención en su caso (art. 810).

ARTÍCULO 814.- (Obligaciones sobre bienes en especie). En caso de no haberse determinado con precisión la especie o calidad de los bienes a entregarse, sólo podrá exigirse al deudor la entrega de mercaderías de especie o calidad medias y aceptables en el mercado.

Conc: c.c. 304-

De acuerdo a la regla general del derecho común (c.c. art. 304), en las obligaciones que recaen sobre cosas genéricas, para su cumplimiento, el deudor no está obligado a liberarse entregando las de mejor calidad, pero tampoco puede hacerlo con las de la peor. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta la naturaleza misma de las obligaciones asumidas, para la debida aplicación de la regla en examen. Así, tratándose del mutuo sobre bienes fungibles, el género se restituye en la misma calidad y cantidad de la cosa recibida y al deudor no le es lícito devolver, por ejemplo, vino nuevo por añejo ni está obligado a devolver vino añejo por nuevo, caso en el cual no opera la regla del art.

ARTÍCULO 815.- (Contratos celebrados por correspondencia). Los contratos celebrados por correspondencia quedarán perfeccionados desde el momento en el cual el proponente reciba la respuesta de aceptación de su ofrecimiento. Sin embargo, si en la respuesta se proponen condiciones modificatorias de la propuesta original, el contrato, con estas modificaciones, se perfecciona cuando se reciba la respuesta del proponente aceptándolas.

Preced: c. mtl. abrg. 215-

Conc: c.c. 455-456-

ARTÍCULO 816.- (Lugar del contrato entre no presentes). Entre no presentes el lugar de celebración del contrato es donde éste ha sido propuesto, salvo pacto en contrario u otra disposición de la ley.

El contrato celebrado por cable, telegrama, radiograma u otro medio análogo, se considera como realizado entre no presentes.

El celebrado por teléfono u otro medio semejante se considera entre presentes cuando las partes, sus representantes o mandatarios se comuniquen personalmente.

Conc: c.c. 462-

Los dos arts. (815 y 816), tienen relación con el problema del perfeccionamiento del contrato entre personas distantes, llamado también contrato entre ausentes, o por correspondencia, o con formación ex intervalo (Messineo).

Como frecuentemente ocurre en materia comercial particularmente, las partes no siempre se conciertan personal y oral, mente para contratar. Pueden encontrarse en lugar diverso y entonces se sirven de los medios de comunicación y contratan mediante correspondencia, v. gr.,

cartas, cablegramas, telegramas, radiogramas y también emisarios personales. El c.c. (Art. 462, II), agrega el teléfono, pero el art. en examen, con mejor criterio, consigna este medio como uno de comunicación directa' entre presentes, cuando los contratantes se comunican personalmente en un coloquio directo. Si no se comunican personalmente, y la operación se completa de todos modos en conversación telefónica, sea entre una de las partes y alguien que representa a la otra para el efecto, sea entre representantes de ambas, cabe considerar la formación del contrato como celebrado entre ausentes, mediante emisarios.

Sin embargo, respecto del contrato celebrado por teléfono, Messineo advierte sobre que la opinión corriente no es unitaria: se estima contrato entre presentes desde el punto de vista del momento, ya que la toma de conocimiento, por parte del proponente de la declaración de aceptación del destinatario de la propuesta, es inmediata; pero, desde el punto de vista del lugar, sería contrato entre ausentes, perfeccionado allí donde se encuentre el proponente en el momento en que ha tenido noticia de la aceptación del destinatario.

De los sistemas que en la doctrina y la legislación comparada, consideran posible el momento de formación del contrato, el art., concordantemente con la regla general del derecho común (art. 455, c.c.) adopta el del conocimiento o recepción de la aceptación, sea de la propuesta original, sea de las modificaciones si se da el caso de una contra - oferta.

ARTÍCULO 817.- (Contrato mediante formularios). Los contratos celebrados mediante formularios se rigen por las siguientes reglas:

- 1) En caso de duda, se entiende en el sentido menos favorable para quien hubiera preparado el formulario;
- 2) Cualquier renuncia de derechos sólo será válida si apareciere expresa, clara y concretamente, y
- 3) Las cláusulas mecanografiadas prevalecerán en relación a las impresas, aún cuando éstas no hubieran sido dejadas sin efecto.

Conc: c.c. 518-

Los contratos concluidos mediante formularios, calificados según la nomenclatura técnica, son los llamados contratos-tipo, destinados a establecer y regular relaciones patrimoniales en serie o en masa y son similares, por la fijeza de su contenido, a los contratos de adhesión, con los cuales se contraponen a los contratos de contenido variable, que suponen la manifestación normal de la contratación.

Se señala como diferencia entre contrato - tipo y contrato de adhesión, el hecho de que, por lo regular, en el primero de ellos concurren contratantes que son, ambos, parte de categorías contrapuestas y organizadas de interesados; en cambio, en el segundo de ellos, falta la organización de una de las categorías de interesados y el contrato, prácticamente, sólo es obra de una de las partes, componente de la única categoría organizada.

En el contrato-tipo, las cláusulas del mismo están dispuestas en módulos o formularios, por lo regular impresos, pero en cuyos espacios en blanco, destinados al efecto, pueden introducirse, manuscritos o mecanografiados, agregados eventuales, los mismos que en el supuesto de incompatibilidad tienen función derogatoria de las cláusulas impresas, así antes no hubieran sido expresamente dejadas sin efecto.

El contrato - tipo, como el de adhesión, tienen en la práctica amplia aplicación, v. gr. las pólizas en materia de seguro de daños (art. 1006), marítimos (art. 1160), de transportes (art. 931); en materia de transportes, la carta de porte terrestre (arts. 928 y 964), marítimo (art. 929), aéreo (c. aér. arts. 145 y 151), etc.

ARTÍCULO 818.- (Reglas sobre cesión). En los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, cada una de las partes puede hacerse sustituir por un tercero, en todo o en parte, de las relaciones derivadas del contrato, previa autorización de la otra parte, si en las estipulaciones del contrato o por disposición de la Ley no se limita o prohíbe dicha sustitución.

Igualmente, la sustitución puede hacerse en los contratos de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos total o parcialmente, previa la autorización de la otra parte.

Conc: c.c. 539- c. com. 819 - 1011 -

ARTÍCULO 819.- (Aceptación tácita en los contratos de suministro). En los contratos de suministro la simple aceptación tácita a su continuación por un tercero se entiende como cesión del contrato.

Conc: c. com. 818 - 919-

ARTÍCULO 820.- (Responsabilidad del cedente). El cedente del contrato se obliga a responder de la existencia y validez del mismo y de sus garantías, pero no responderá de su cumplimiento por parte del otro contratante, salvo pacto en contrario.

Conc: c.c. 542 -c. com. 521 - 531 -

Las disposiciones de estos arts. (818 a 820), se refieren a la cesión de contrato (c.c. art. 539), que sólo puede tener lugar respecto del contrato con prestaciones recíprocas, porque de otro modo importaría una cesión de crédito (c.c. art. 384 y c. com. 455) o una sucesión en la deuda (Messineo), o una cesión de derechos (c. com. art. 488).

La diferencia entre los institutos nombrados, reposa en que en la cesión de contrato, esta hace sustituirse a un nuevo sujeto también en el aspecto pasivo y presupone que el contrato esta todavía no ejecutado, en todo o en parte, por ambos lados razones por las cuales se requiere necesariamente el asentimiento del contratante cedido. Ese asentimiento puede ser expreso o tácito. El, segundo modo se da en el supuesto previsto por el art. 819.

La parte contratante que transfiere el contrato se llama cedente, el tercero a quien se hace la transferencia cesionario y la contraparte del contrato original cedido. La cesión aceptada por el cedido, libera al cedente de las obligaciones que tenía en el contrato y los derechos de los que por este era titular, pasan al cesionario. Asumen el carácter de partes en el contrato el contratante - cedido y el cesionario, con los correspondientes derechos y obligaciones que son inherentes al contrato, incluidas las recíprocas facultades de excepcionarse aunque el cedido no puede oponer al cesionario las excepciones personales del cedente, sino las derivadas o dependientes del contrato, a menos que se haya pactado diversamente en la cesión (art. 541, c.c.). Finalmente, en cuanto a los efectos de la cesión, el cedente esta obligado de derecho, esto es, sin necesidad de estipulación expresa, a garantizar la validez o existencia del contrato cedido y sus accesorios (cauciones, etc. art. 820). La garantía del cumplimiento del contrato, por parte del cedido, que pudiera asumir el cedente, es voluntaria y sólo opera si ella ha sido expresamente pactada en la cesión.

CAPÍTULO III INEFICACIA, NULIDAD, ANULACIÓN E INOPONIBILIDAD

ARTÍCULO 821.- (Actos ineficaces). Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entiende que el mismo es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

Conc: c. c. 546-c. com. 1158-1511-

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Carece de eficacia jurídica el recibo que no se halla debidamente autenticado por el suscribiente" (G.J. N° 1609, p. 45)
- 2.- Véase el caso N° 2 del art. 792.

ARTÍCULO 822.- (Nulidad y anulabilidad). En los casos de nulidad y anulabilidad no previstos expresamente en este Código se aplicarán las disposiciones pertinentes del Código Civil.

Conc: c. c. 549-554- c. com. 992- 1423 -

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Es nulo el contrato celebrado con falta de capacidad para expresar el consentimiento" (G.J. N° 1220, p. 78).
- 2.- "Cuando el consentimiento sobre el que se apoya el contrato fue dado por error sobre la cualidad de la persona es nulo el contrato por aplicación del art. 702 (475, II) del c.c." (G.J. N° 1229, p. 64).
- 3.- "La nulidad produce el efecto de revocar las obligaciones contraídas en el contrato y volver las cosas al estado anterior de aquel, según el principio del art. 774 (501) del c.c." (G.J. N° 1250, p. 82).
- 4.- "La nulidad de un contrato, fundada en la incapacidad de uno de los contratantes no puede ser alegada por los capaces de obligarse" (G.J. N° 1269, p. 64).
- 5.- "La nulidad de la obligación principal arrastra consigo la de la cláusula penal" (G.J. N° 1283, p. 82).
- 6.- "La nulidad no se opera de pleno derecho sino que debe ser declarada judicialmente" (G.J. N° 1609, p. 128).
- 7.- Véase los casos Nos. 1 del art. 139; 2 del art. 541; 5 del art. 801; 9 del art. 803, y 5 del art. 999.

ARTÍCULO 823.- (Inoponibilidad). El negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de inscripción y publicidad que la ley exige, será inoponible a terceros.

Conc: c.c. 1538-c. com. 29-Rgto. rg. com. 13 -

La primera consecuencia que resulta de las disposiciones de estos tres artículos (821, 822 y 823), es que para la esfera de aplicación de la legislación especial mercantil, además de la nulidad y anulabilidad del contrato, se distingue la ineficacia de los actos.

El negocio o acto jurídico es eficaz, dice Messineo, cuando además de ser válido, es idóneo para producir, sin más, sus efectos normales. Por regla general, los efectos normales tienen lugar para las partes o entre las partes y no aprovechan ni perjudican a terceros. Entonces, se dice que el negocio es *res inter alios acta*. Sin embargo, tiene alguna vez eficacia respecto de los terceros, o extraños al negocio, en los casos previstos por la ley, según la regla general del derecho común contenida en el art. 523 i.f. del c.c. Ocurre esto, por ejemplo, en los contratos a favor de terceros (c.c. art. 526), cuando alguien contrata con otro para que este se obligue en favor de aquel, cuya manifestación en el derecho comercial, entre otros casos, se encuentra v. gr. en los seguros tomados por los empleadores para sus empleados o trabajadores (arts. 1124 y 1126). En el derecho común, puede señalarse entre los casos previstos por la ley aludidos por el citado art. 523 del c.c., la promesa de la obligación o del hecho de un tercero (c.c. art. 531); la cesión de bienes a los acreedores (c.c. art. 1438); la obligación del heredero verdadero de respetar el contrato celebrado entre el heredero aparente y el tercero adquirente de buena fe (c.c. art. 1457, II); la obligación del adquirente de un inmueble de respetar el contrato de locación que ampara al ocupante del mismo (art. 711, c.c.), etc.

Entre las disposiciones del Código, que establecen la ineficacia de que trata el art. 821, están, por ejemplo:

- El art. 31, sobre los actos y documentos sujetos a inscripción no inscritos.
- El art. 43, sobre la ineficacia probatoria de los libros comerciales en favor del comerciante que los lleva irregularmente.
- El art. 76, sobre inscripción de la designación y los poderes de los factores, cuya inobservancia hace inoponibles a terceros las excepciones que puedan favorecer al principal.
- El art. 165, sobre que la no inscripción del nombramiento y cesación de administradores no perjudica a terceros.
- El art. 181 que declara inoponible a terceros el retiro de socios, no inscrito en el registro.
- El art. 202, que no reconoce efectos a la transferencia de cuotas sociales sino después de su inscripción en el registro.
- El art. 381, que reconoce efectos a la disolución de las sociedades respecto de terceros, sólo desde que ella es inscrita en el registro de comercio.
- El art. 455, sobre los efectos de la cesión de créditos.
- Los arts. 492 y 498, sobre los requisitos necesarios para los efectos de los títulos-valores.
- El art. 525, relativo a las condiciones de eficacia del endoso.
- El art. 541, que señala las causas de ineficacia de las letras de cambio como tales.

- El art. 548, que no reconoce eficacia a las cláusulas que eximen de responsabilidad al girador de letras de cambio.
- El art. 601 sobre las causas que quitan efectos de título-valor a los cheques.
- El art. 605, sobre la ineficacia de cláusulas eximentes de la responsabilidad del girador de cheques.
- El art. 616, sobre las causas que hacen perder efectos de título-valor, a los cheques.
- El art. 625, que quita efectos a las tachaduras del cruzamiento de cheques.
- El art. 714, sobre la ineficacia de ciertas cláusulas restrictivas de las obligaciones del transportador.
- El art. 719, sobre las omisiones en las facturas cambiarias que les quita efectos de título - valor.
- El art. 1251, sobre las estipulaciones ineficaces en los contratos de agencia.
- El art. 1296, sobre la existencia o validez de los actos de que proceden las remesas registradas en cuentas corrientes.
- El art. 1413, sobre los casos de ineficacia en los fideicomisos.
- El art. 1533, sobre la ineficacia de ciertas concesiones en el convenio concursal preventivo.
- El art. 1582, sobre la ineficacia de las enajenaciones hechas por el quebrado.

La nulidad y la anulabilidad, se relacionan con la validez del negocio, acto o contrato. Hay nulidad cuando faltan uno o más elementos esenciales o constitutivos del negocio, que hace cuestionable el negocio en sí, que deviene no-válido y, a fortiori, ineficaz (Messineo). Las causas de nulidad en los contratos están determinadas en el art. 549 del c.c. y el 550 del mismo señala que la nulidad parcial sólo afecta a la cláusula nula a menos que ella exprese el motivo determinante del contrato, caso en el cual la nulidad afecta a todo el contrato; es total.

La anulabilidad, supone que el negocio está invalidado por vicios de la voluntad (error, violencia, dolo, v. gr. art. 138) o por incompatibilidad del sujeto respecto de un determinado negocio (ejemplo, casos 4, 5 y 6 del art. 592 del c.c.) y el contrato o negocio jurídico, aunque expuesto a ser impugnado, surte sus efectos mientras no se le impugne o se demande su anulabilidad.

Entre las nulidades consignadas en el ordenamiento del Código, se tiene:

- El art. 137 relativo a la nulidad de las sociedades atípicas.
- El art. 138, que impone la disolución social por la anulación de la calidad de socio, cuando este es esencial al objeto del contrato social.
- El art. 139, que declara la nulidad de la sociedad con objeto ilícito.
- El art. 141, que señala las estipulaciones sociales nulas.
- El art. 147, sobre la nulidad de participaciones sociales recíprocas.

- El art. 168, sobre nulidad de estipulaciones contrarias a las normas legales relativas a la distribución de utilidades sociales.
- El art. 239, sobre nulidad de certificados al portador representativos de acciones.
- El art. 267, sobre nulidad de acciones de voto plural,
- El art. 287, sobre nulidad de ciertos acuerdos de las juntas de accionistas en las sociedades anónimas.
- El art. 292, sobre nulidad de ciertas convocatorias y resoluciones de las juntas de accionistas.
- El art. 308 sobre la nulidad de designaciones de directores de sociedades anónimas hechas en contravención de la ley o de los estatutos.
- El art. 351, sobre la nulidad de la oferta pública de acciones, hecha con inobservancia de las normas legales pertinentes.
- El art. 595, sobre la nulidad del pagaré en blanco o al portador.
- El art. 644, que declara nulo el acto de creación de bonos que contraviene las reglas legales a que esta sometido.
- El art. 800, que declara nulo todo pacto que contrarie las disposiciones legales sobre capitalización de intereses.
- El art. 986, que declara nulos los pactos que pretendan convalidar convenciones de seguros, prohibidas por la ley.
- El art. 999, sobre la nulidad de declaraciones dolosas en el contrato de seguro.
- El art. 1004, sobre nulidad del contrato de seguro con dolosa agravación de riesgo.
- El art. 1093, sobre nulidad del seguro de responsabilidad profesional, para quien no esta legalmente habilitado para el ejercicio profesional asegurado.
- El art. 1158, que declara nulo el contrato de seguro con causa ilícita.
- El art. 1234, sobre nulidad de ciertas estipulaciones prohibidas en el contrato de edición.
- El art. 1296, sobre los efectos de una nulidad declarada respecto de la cuenta corriente mercantil.
- El art. 1537, sobre la nulidad del convenio concursal preventivo.
- El art. 1622, sobre nulidad de algunos pactos en relación con la declaratoria de quiebra.

Entre las anulabilidades consignadas en el Código, se tiene:

- El art. 137, que autoriza intentar la anulabilidad de los requisitos no tipificantes en la constitución social, a menos que sean subsanados mientras no medie la acción judicial respectiva.
- El art. 138, que declara anulable el vínculo social de alguno de los socios por vicios del consentimiento.
- El art. 144 sobre la anulabilidad de las sociedades entre esposos.

-El art. 302, que es propiamente de anulabilidad y no de nulidad, en los supuestos de impugnación de convocatorias o resoluciones de las juntas de accionistas hechas o adoptadas con violación de las leyes o estatutos.

JURISPRUDENCIA

"Los contratos obtienen publicidad legal y causan efectos contra terceros, cuando se ha usado del medio de la inscripción que la ley establece" (G.J. N° 1217, p. 38).

TÍTULO II DE LOS CONTRATOS MERCANTILES EN PARTICULAR

CAPÍTULO I COMPRA VENTA

ARTÍCULO 824.- (Clases de venta). Las ventas pueden hacerse por mayor o por menor. Estas ultimas se caracterizan porque comprenden pocas unidades o cantidades pequeñas y se las realiza directamente al consumidor o usuario de las mismas.

Precd: c. mtl. abrg. 307-

Conc: c.c. 584-c. com. 38 -832-867- 1407 -

Este contrato, es considerado como el más importante, por la mayor frecuencia de su empleo en la vida económica y por la abundancia de normas que le regulan. Más, aunque considerado fundamental en el comercio, siguiendo las pautas de las primeras codificaciones la generalidad de los códigos de comercio, se atienen a la regulación de las leyes civiles, a cuya preceptuación general ajustan su régimen. Esa es la razón del carácter fragmentario de las disposiciones que contiene el Capítulo, por lo cual, el estudio de este contrato ha de completarse con el examen y aplicación de los preceptos del c.c..

Es valida, consiguientemente, para la compraventa mercantil, la definición que el c.c. (art. 584) da para la compraventa del derecho común: contrato por el cual el vendedor transfiere la propiedad de una cosa o de un derecho al comprador por un precio en dinero. Entonces, como todo contrato de compraventa, el que legisla este Capítulo es consensual, oneroso y bilateral, caracteres que se deducen de su propia naturaleza y de la definición dada.

Sin embargo, además de esos caracteres generales, los autores reconocen que hay caracteres peculiares en la compraventa mercantil. Los mismos pueden fácilmente deducirse, particularmente, de los incs. 1, 2, 3, 4 y 5 del art. 6, que define los actos y operaciones de comercio y del inc. 6 del art. 8, que declara acto de comercio la adquisición y disposición de bienes raíces, cuando ella se ejercita por empresas habitualmente dedicadas a ese giro. Con esos antecedentes, puede aceptarse la definición que de este contrato mercantil da Rodríguez: es mercantil la compraventa de muebles e inmuebles, reelaborados o no, hecha con propósito de lucro, la que recae sobre cosas mercantiles y la que se efectúa por un comerciante o entre comerciantes.

La definición presenta tres elementos, que destacan los caracteres peculiares de la compraventa mercantil: a) el subjetivo o intencional, configurado en el propósito de lucro; b) el elemento neutro que implica que los objetos del contrato estén elaborados o no, cuando la ley habla de bienes destinados a su venta en el mismo estado o después de alguna transformación, y c) el elemento objetivo que supone los bienes muebles o inmuebles.

Como excepción a la definición de la compraventa mercantil, ha de considerarse el art. 8, que enumera los actos no comerciales, entre ellos la adquisición y disposición de inmuebles, cuando no constituye actividad habitual de empresa dedicada a ese giro.

Nótese, como se observó ya en la anot. pertinente, que el art. 6 al definir los actos de comercio, mantiene el sistema del: c. mtl. abrg. (art. 308), circunscribiendo la compraventa mercantil a los muebles e incluyendo a los inmuebles sólo en el supuesto del inc. 6) del art. 8. Hace tiempo los comentaristas del sistema al que responde esa preceptuación (c. com. español 1829), han criticado esa limitación fundada en razones que no convencen o en consideraciones de oportunidad que ya no existen. Los códigos de comercio italiano de 1883 y mexicano de 1889, y luego el portugués de 1889 y el español de 1886 (cits. de Rodríguez y de Ruggero Mazzi en Instituciones de Vivante), han sido los primeros en ampliar el objeto de la compraventa mercantil a los bienes inmuebles, haciendo desaparecer la antigua limitación de esta a los bienes muebles, corriente que se generaliza en la legislación moderna.

Representando la compraventa la fórmula más acabada del cambio económico (Scaevola), todo lo que tiene valor de cambio puede ser objeto de este contrato (Vivante), tanto si existe como si puede existir en el futuro, v. gr. los productos de un fundo, tanto tratándose de cosas ciertas y determinadas como de cosas genéricamente designadas. Un comerciante puede también vender cosas ajenas: no puede por cierto obligar, dice Vivante, al dueño a despojarse de ellas,

pero tratará de comprarlas y será responsable de los daños hacia el comprador, si no consigue adquirirlas y entregarlas en el tiempo convenido.

La distinción entre comercio por mayor y por menor, es por lo regular relativa, y su importancia esta indudablemente subordinada a la entidad de la plaza comercial: lo que en una pequeña plaza es comercio por mayor, en otra de mayores proporciones, es comercio por menor. Por eso, los economistas están de acuerdo en llamar comerciante por menor al que vende habitualmente al consumidor, concepto recogido en el art. en examen y que puede completarse, según la observación de Rebolledo, diciendo que mientras el comerciante por menor es el que vende al consumidor, el comerciante por mayor es el que vende al revendedor.

JURISPRUDENCIA

"El control y verificación del impuesto sobre ventas de mercaderías, así como el empleo de las liberalidades, corresponde (a los organismos administrativos señalados por ley)" (G.J. N° 1295, p. 67).

ARTÍCULO 825.- (Lesión). La lesión no es causa para rescindir una venta mercantil.

Precd: c. mtl. abrg. 309 -

Conc: c.c. 562, 5) -

El art., mantiene el precepto de su precedente (art. 309, c. mtl. abrg.) que establece la tradicional y notable diferencia entre el derecho comercial y el civil que, en la materia, admite la rescindibilidad del contrato por efecto de la lesión (c.c. art. 561) declarando que la compraventa mercantil es irrescindible por causa de lesión.

Cabe observar aquí que la legislación civil - comercial unificada italiana, establece la lesión, como causa de rescindibilidad del contrato, con carácter general, sin discriminación ninguna, lo que importa que es aplicable a los negocios mercantiles: por si, el remedio es, hoy en día, de carácter general, dice Messineo.

En los casos justificados que pudieran presentarse en materia comercial, vedada la rescisión por causa de lesión, cómo puede alcanzar remedio el perjudicado? Rodríguez, en función de la legislación mexicana que comenta, que contiene igual determinación, estima que el perjudicado, según casos y circunstancias, puede usar la acción criminal o la resarcitoria por

daños y perjuicios. En el ordenamiento del Código, puede admitirse una acción resarcitoria, fundada en el art. 792, que no admite el enriquecimiento sin justa causa en perjuicio de otro.

Ha de considerarse que esta disposición no rige tratándose de inmuebles, así su compraventa se reputa mercantil a tenor del inc. 6) del art. 8, porque, en realidad, la disposición del art. 309 del c. mtl. abrg., repetida en el art. que aquí se anota, vedaba en materia comercial la rescisión por causa de lesión, atendido el hecho de que la venta, para ser mercantil, sólo podía tener por objeto bienes muebles según el art. 308, inc. 10) del c. mtl. abrg. (reproducido también en el inc. 1) del art. 6 del Código), y en tal concepto en concordancia con el art. 1086 del c.c. abrg., no permitía la rescisión por lesión en la compraventa de muebles.

JURISPRUDENCIA

"En materia de muebles no tiene aplicación el art. 1086 del c.c. (309 del c. mtl. abrg. y 825 del c. com.)" (G.J. N° 1302, p. 50).

ARTÍCULO 826.- (Propuesta u oferta). La propuesta u oferta, o sea el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra, debe contener los elementos esenciales del negocio, el plazo de validez y ser comunicada al destinatario.

Una vez comunicada al destinatario, el proponente no puede revocarla o retractarse, bajo pena de indemnizar los perjuicios que con ello cause al destinatario.

Conc: c.c. 458 -c. com. 827- 828 -

El contrato se forma con la aceptación de una de las partes de la propuesta u oferta que la otra le ha formulado. La propuesta u oferta, de ordinario, procede del vendedor, pero también puede corresponder la iniciativa al comprador (art. 830); correlativamente la aceptación deberá provenir del comprador, o bien del vendedor.

Según la importancia del objeto de la compraventa, el proyecto de contrato puede dar lugar, inclusive, a un contrato preliminar (c.c. art. 463), que se traduce en una promesa, unilateral o bilateral, de contratar (Messineo), pero que por si sola, sin embargo, no conduce a la adquisición inmediata o mediata sobre la cosa objeto del trato y solamente es un compromiso de estipular una venta futura, que la ulterior manifestación o consentimiento de las partes, de la que depende la formalización del contrato y el efecto traslativo, perfecciona.

La fórmula del art. ha de considerarse propia para las ofertas verbales y, por lo regular, entre presentes (las ofertas escritas están reguladas por el art. 828). Si no se concede plazo, el oferente no está obligado a mantener su oferta si esta no se acepta lisa y llanamente de inmediato. Si concede plazo, debe mantenerla durante el tiempo establecido en la oferta, con las consecuencias que señala el art.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Formalizado el contrato de compraventa y cumplidas las condiciones y obligaciones acordadas, por parte de los vendedores, estos tienen la personería suficiente para demandar el pago del valor de la mercadería contra los que hicieron el pedido, en virtud de los documentos mencionados que tienen fuerza ejecutiva (notapedido, cables y cartas)" (G.J. N° 1027, p. 51).
- 2.- "Es válida la venta a un tercero de un mismo bien mueble devuelto (con el consentimiento del vendedor se supone) por el anterior comprador" (Lab. Jud. 1976, p. 111).
- 3.- "Por incumplimiento del contrato, se impone la cláusula indemnizatoria del convenio" (G.J. N° 1609, p. 61).
- 4.- "La principal obligación del comprador (aceptada la compraventa) es pagar el precio, dando lugar si falta a la nulidad de la venta" (G.J. N° 1612, p. 117).

ARTÍCULO 827.- (Oferta al público). La oferta al público de mercaderías mediante catálogos, circulares u otra forma de publicidad, obliga al comerciante a cumplir lo expresamente indicado en ellos.

La exposición pública de mercaderías en escaparates, mostradores u otros medios en las dependencias del negocio, con indicación del precio, obliga a su venta, en tanto estén expuestas al público, en las condiciones así señaladas.

Si en el momento de la aceptación se hubieran agotado las mercaderías públicamente ofrecidas, se tendrá por terminada la oferta por justa causa.

Conc: c. com. 826 -

ARTÍCULO 828.- (Oferta por escrito). Las propuestas por escrito, deben ser aceptadas o rechazadas, dentro de los diez días siguientes a la fecha de la propuesta si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente; si reside en lugar distinto, se agregará el término de la distancia, salvo estipulación distinta de las partes.

Conc: c. com. 826-829- 830- p.c. 146 -

Para los contratos por correspondencia entre personas no presentes, el ofertante debe mantener su oferta durante el plazo que ha señalado para la aceptación de su propuesta por el destinatario. Si no se ha señalado plazo, se aplica las previsiones del art., según se trate de la misma plaza o de otra diferente. En todos los casos, el oferente queda ligado al ofertado, hasta la expiración del plazo que el mismo ha fijado y, cuando no, hasta el tiempo señalado por la ley para recibir la respuesta. El término de la distancia aplicable, para el supuesto de plazas diferentes, es el establecido por el art. 146 del p.c. para los plazos procesales: un día por cada 200 kilómetros o cada fracción que no baje de 100.

ARTÍCULO 829.- (Licitaciones). En las licitaciones, el pliego de especificaciones constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración del contrato a condición de que no se presente una mejor oferta, salvo que en la licitación se haya reservado el derecho de declarar desierta la convocatoria.

Conc: c. com. 828 -

En la licitación, se ofrece el precio por una cosa en subasta o almoneda y el mismo es el resultado de una competición entre postores, en la que la compraventa propuesta queda formalizada con quien ofrezca el precio más alto sobre la oferta anterior. En la práctica comercial, las licitaciones, como ocurre en el supuesto que legisla el art., no siempre suponen una subasta pública, sino una concurrencia de varios destinatarios de la oferta, a iniciativa del oferente, para que ofrezcan el mejor precio y condiciones determinadas en la convocatoria o policitud. Se forma un mercado restringido en relación a las cosas que se ofrece en venta. El precio que resulta de la puja es obligatorio para el adjudicatario y el contrato se cierra con el que mejor precio ha ofrecido. La facultad señalada en el art. in fine, es propia de toda licitación, y corresponde al oferente señalarla expresamente en la policitud.

ARTÍCULO 830.- (Aceptación del vendedor). El pedido se considera aceptado por el vendedor si éste, dentro de los diez días siguientes a su recepción no lo rechaza u objeta. Las omisiones, ambigüedades o deficiencias de especificación que existieran en el pedido facultarán válidamente al vendedor a interpretarlas o completarlas con arreglo a las modalidades de operaciones similares o conforme a los usos de la plaza.

Conc: c. com. 828 - 831 -

En el caso del art. el oferente es el comprador y quien debe dar la aceptación para la formación del contrato es el vendedor. Se aplican al caso las explicaciones dadas en las anots. a los arts. 826 y 828. La complementación de las deficiencias del pedido, se hace por el vendedor según las modalidades propias de la operación concreta en juego y a los usos comerciales.

ARTÍCULO 831.- (Oferta de venta y pedido). El pedido puede referirse a una oferta efectuada por el vendedor, en cuyo caso ésta formara parte del pedido, siempre que se cite claramente su número, fecha y artículo o mercadería.

Conc: c. com. 830 -

El vendedor es el oferente y el comprador el ofertado que con su pedido expresa su aceptación, según los casos, para los fines previstos en los arts. 826, 827 y 828.

ARTÍCULO 832.- (Contenido de las facturas). Todo vendedor debe otorgar, necesariamente, una factura que contenga:

- 1) La fecha de venta;
- 2) El nombre del comprador y del vendedor;
- 3) Las condiciones de pago;
- 4) La cantidad, calidad, tamaño, peso o características de las mercaderías;
- 5) Los valores unitarios y totales de cada partida;
- 6) Los gastos efectuados con indicación expresa de su concepto, si son por cuenta del comprador o del vendedor, si los hubiere;
- 7) El número y demás características de la carta de porte o contrato de fletamiento, así como del seguro, si hubiera, y
- 8) La fecha de entrega al transportador, en su caso.

Conc: c. com. 824-833-834-844-

Las facturas son notas impresas, por lo regular dispuestas en talonarios, bajo fiscalización del organismo administrativo competente (Direcciones distritales de la Renta), que debidamente llenadas, acompañan, describiéndolas, a las mercaderías vendidas para los efectos de la entrega de estas al destinatario, o relacionadas con servicios prestados por el emitente del documento y recibidos por el destinatario. Contienen fundamentalmente la suma de dinero debida por el destinatario. Es usual la cláusula salvo error u omisión (s.e.u.o.), que vale como reserva en cuanto a la suma eventualmente pagada de más o de menos (art. 833).

JURISPRUDENCIA

Véase el caso único del art. 824.

ARTÍCULO 833.- (Error en documento). Toda factura, cuenta, estado cuenta o extracto de cuentas y, en general, todo documento similar se entenderá "salvo error u omisión", quedando obligado el vendedor a la reparación del error o de la omisión.

Conc: c. com. 832 -

ARTÍCULO 834.- (Obligación de otorgar factura). Aún en el caso de existir un contrato general o un contrato de compra - venta, el vendedor no queda liberado de la obligación de otorgar factura por la venta que efectúe.

Precd: c. mtl. abrg. 318 -

Conc: c. com. 832 -

ARTÍCULO 835.- (Modalidad de la venta). La venta mercantil sujeta a prueba o ensaye se perfeccionará cuando el comprador otorgue su conformidad una vez efectuada la prueba o ensaye.

Si la compraventa se hace sobre muestras o sobre determinada calidad conocida en el comercio o estipulada expresamente en el contrato, estará sujeta a condición resolutoria si la mercadería no se conforma a dicha muestra o calidad.

Precd: c. mtl. abrg. 311 - 313 -

Conc: c.c. 587-588-c. com. 836-838-847-

De las diversas modalidades de la compraventa o compraventas especiales, o con formas particulares, el art. se ocupa de las sujetas a prueba y a ensayo y de las que se hacen sobre muestra y sobre calidades, que suponen cuatro modalidades diversas.

En la venta a prueba, cabe distinguir la que se hace con reserva de satisfacción (c.c. art. 588), la cual esta subordinada al previo agrandar: ad gustum o ad degustationem, esto es, que la cosa ha de reunir cualidades que respondan a necesidades o gustos personales del comprador. No se da una referencia objetiva, sino subjetiva, porque el gusto es de carácter arbitrario; por ejemplo, si

para comprar un automóvil el comprador quiere ver previamente si guiándolo le place o, en otras operaciones mobiliarias, el comprador requiere una prueba de degustación o paladeo para dar su conformidad y cerrar la operación. Mientras la prueba al gusto no se efectúa, el vendedor sólo está obligado a dar al comprador el medio de llevarlo a efecto. Si hecha la prueba, el comprador la rechaza, no existe venta.

Hay prueba o ensayo en las ventas de maquinas, radioreceptores, televisores, aparatos de radar, etc., cuando se quiere: comprobar previamente, con la prueba o el ensayo, que el objeto de la compraventa reúne las condiciones que en él busca: o quiere encontrar el comprador y que principalmente sirve para el uso a que está destinado. La prueba o el ensayo puede consistir en un experimento único o en una serie, confiado al comprador o a un tercero o, inclusive, al dictamen pericial. Puede admitirse en este caso una combinación del criterio subjetivo del comprador y de la referencia objetiva de la cosa sometida a prueba.

El ensayo propiamente tal, aunque semejante a la prueba, puede distinguirse por el hecho de que la apreciación no depende del mero gusto, caprichoso o arbitrario, del comprador, sino de la efectiva comprobación de determinadas características o, como dice Rodríguez, de la demostración de cualidades convencionalmente determinadas. Por ejemplo, se compra alcohol, plata o algodón, si hecho su ensayo tiene tales o cuales características adecuadas para tales o cuales fines de uso, transformación, etc.

En los casos examinados, se trata de ventas sujetas a condición suspensiva, durante cuya vigencia los riesgos de la cosa están a cargo del vendedor y pasan al comprador cuando declara su conformidad con la cosa y la venta se perfecciona.

La venta sobre muestras requiere la exhibición material de la muestra, que consiste en una parte de la cosa que se vende, que debe tener las mismas características que el conjunto de que forma parte, en tanto que la venta sobre calidades no precisa la exhibición de la muestra, sino que se trata de un tipo de mercadería conocido en el comercio por características perfectamente identificadas. En la compra sobre muestras, tiene que darse una correspondencia exacta entre las muestras y las mercaderías; en la venta sobre calidades, la calidad no es parte de la cosa, pero la correspondencia ha de ser exacta. En estas ventas juegan papel importante los usos comerciales y la conformidad de la muestra con la mercadería puede ser en su caso establecida pericialmente, mientras en la venta sobre calidades conocidas se hace la determinación de la cosa por referencia al tipo comercialmente conocido; por ejemplo maíz de tal clase, o arroz de tal tipo, con lo que se da por sabida la característica esencial de lo que se compra, como si se tuviera a la vista una muestra o aún toda la mercadería.

En estas formas de venta (sobre muestras o calidades) el contrato se perfecciona por el consentimiento y por la determinación del precio y de la muestra o calidad, aunque la transmisión de lo comprado dependa de la individualización de la mercadería, individualización que puede determinar la resolución del contrato en el supuesto in fine de la fracción segunda del art.

Una cosa es la determinación de la cualidad de la mercadería que se hace sobre la muestra o con referencia a la calidad conocida en el comercio y otra la individualización que consiste en que concretamente las mercaderías objeto del contrato resulten ser las mismas que las señaladas en la determinación. Esta supone una individuación verbal o descriptiva; aquélla el modo real, objetivo, de concretar la separación de la mercadería vendida del resto no vendido.

ARTÍCULO 836.- (Examen y aceptación). Cuando la venta comprenda mercaderías no vistas por el comprador y no pudieran clasificarse por calidad conocida en el mercado, no se la tendrá por perfeccionada mientras el comprador no examine aquellas y las acepte sin reservas.

Conc: c. com. 835-847-

Cuando se trata de mercaderías que no están a la vista y que no pueden ser determinadas con muestras o con referencia a calidades conocidas en el mercado, existe imposibilidad de juzgar las condiciones de la mercadería objeto del contrato, supuesto en el cual, conforme dispone este art., el perfeccionamiento del contrato queda subordinado al examen y aceptación de las mercaderías. La operación, en tal caso, se considera hecha bajo condición suspensiva y como en el caso de las ventas a prueba o ensayo, el perfeccionamiento del contrato depende del arbitrio del comprador.

ARTÍCULO 837.- (Riesgos de la mercadería). Perfeccionado el contrato de compraventa, los riesgos de la mercadería pasan a cargo del comprador si ésta fue puesta a su disposición; sin embargo, el vendedor debe cuidar de la mercadería hasta su entrega total, asumiendo la responsabilidad de un depositario.

Conc: c. com. 849 - c.c. 844 -

La responsabilidad de custodia de la cosa que incumbe al vendedor, es la que señala para el depositario el art. 844 del c.c. De la falta de custodia o de la que se ha ejercido sin la debida diligencia, responde el vendedor (c.c. art. 303).

ARTÍCULO 838.- (Venta con garantía de buen funcionamiento). Si el vendedor garantiza el buen funcionamiento de la mercadería vendida, el comprador puede reclamar cualquier defecto de funcionamiento dentro de los treinta días a contar desde la fecha del descubrimiento. Vencido dicho plazo, caducara el derecho, salvo que se hubiera establecido un plazo mayor.

El juez puede, según las circunstancias, señalar al vendedor un término para sustituir o reparar la mercadería y además disponer el resarcimiento de los daños y perjuicios que hubiera ocasionado al comprador.

Conc: c. com. 835 -

Por lo regular, los usos establecen la garantía de que trata el art., garantía que ha de cumplirse aún en defecto de pacto. Cuando hay pacto expreso, mediante el cual el vendedor garantiza por tiempo determinado el buen funcionamiento de la cosa vendida (maquinas, utensilios, aparatos electrodomésticos, etc.), se esta, en cuanto al plazo de la garantía, a lo establecido en el pacto. Si no se indica dicho plazo, rige el que señala el art. desde el descubrimiento del defecto.

Si se diera divergencia de criterios entre el vendedor y el comprador, cabe un procedimiento de verificación o comprobación técnica. La acción de garantía caduca (art. 1514, c.c.) en el plazo señalado por el art. Si hay plazo pactado, vencido este, sin que se haya descubierto defecto de funcionamiento, ya no hay lugar a la acción de garantía.

La segunda fracción del art., es la consecuencia necesaria para el evento de que el vendedor se negara a satisfacer la garantía de buen funcionamiento, conforme a lo pactado.

ARTÍCULO 839.- (Venta a plazos con reserva de propiedad). La venta a plazos con reserva de propiedad procede cuando se hubiera pactado que el precio será pagado en cuotas durante plazos determinados. La reserva de propiedad de inmuebles sólo produce efectos frente a terceros a partir de la fecha de inscripción en el registro de Derechos Reales. Tratándose de bienes muebles singularizables y no fungibles, a partir de la inscripción en el Registro correspondiente del lugar en donde deban permanecer dichos bienes; pero el registro de la reserva de la propiedad de automotores y naves se regirá, para los mismos efectos, por las normas que regulen la materia.

Conc: c.c. 585-c. com. 840-841 -842-

La venta con reserva de propiedad es una modalidad de la venta a crédito, esto es, con pago diferido del precio. La cláusula reserva de propiedad o reserva de dominio, implica que la

transferencia de la propiedad de la cosa vendida, queda diferida, por mutuo consentimiento de las partes, hasta el momento en que se pague por el comprador la última cuota del precio (donec pretium solvatur: Messineo). El precio no se paga inmediatamente en un solo desembolso, sino durante un período de tiempo más o menos largo, por cuotas, o sea, con el beneficio del término, por lo que también se denomina este contrato venta por cuotas o venta a plazos.

La separación entre la entrega de la cosa y el traspaso del dominio, es la característica de este contrato que supone una modalidad condicional suspensiva, por cuya virtud el comprador, mientras el precio no sea pagado íntegramente, es mero poseedor de la cosa (art. 839) o mero arrendatario (art. 842, infra). Así se ha conciliado la necesidad económica de que el comprador disfrute del bien objeto de este contrato y el derecho del acreedor a la garantía de que la cosa no dejara de ser suya hasta recibir su precio total. La amplia difusión de esta forma de contrato, que se ha constituido en una de las más típicas del comercio moderno, es indudablemente consecuencia del desarrollo industrial que ha provocado el amplio incremento del crédito, en función del crecimiento del nivel de vida y del poder adquisitivo de sectores de población cada vez más vastos.

Si bien la reserva de dominio, se concibe de ordinario en conexión con la venta a plazos, no constituye elemento esencial del contrato, como tampoco lo es la entrega de la cosa vendida hasta el pago del precio.

La función económica de este contrato, reposa, pues, en facilitar la operación en favor de aquellos que, por escasez de medios, no están en condiciones de pagar al contado, pero si pueden hacerlo fragmentaria y periódicamente, a cambio de que se les atribuye la posesión inmediata de la cosa, que supone el goce inmediato de la misma.

Tratándose de bienes cuya transferencia esta sujeta a inscripción en los registros determinados por la ley, para que ella surta efectos frente a terceros, la seguridad del vendedor esta debidamente cubierta con la inscripción. Para los casos de ventas mobiliarias de bienes no sujetos a registro particular (v. gr., aparatos electrodomésticos, utensilios, enseres, etc.), el deudor ha de considerarse sometido a las obligaciones y responsabilidades del depositario, como en el caso de la prenda sin desplazamiento (art. 889).

JURISPRUDENCIA

"El contrato sujeto a la condición del pago a plazos o por cuotas del precio pactado, da lugar al nacimiento de una verdadera y objetiva situación jurídica conformada al amparo de leyes como el c. com., de indudable prevalencia para la regulación de aquel" (G.J. N° 1616, p. 127).

ARTÍCULO 840.- (Actos que precisan de autorización del vendedor). En el caso del artículo anterior, el comprador no puede, sin consentimiento del vendedor, cambiar la ubicación de la cosa ni darle uso anormal a la misma.

Conc: c. com. 839 -

En primer término, cabe consignar, a pesar del silencio del art., que el vendedor, mientras no ha vencido el plazo para el pago del precio, no puede enajenar la cosa vendida con reserva de propiedad, al margen del registro que importa una limitación del dominio para el. Y si lo hace sólo será del derecho de crédito que tiene respecto del comprador por el saldo que este adeude, quedando el adquirente obligado a respetar el contrato que ampara al comprador.

Tampoco el comprador puede enajenar la cosa y si la venta se realizara, ella quedaría sometida a las consecuencias que señala el art. 337 del c.p. para el estelionato. Puede considerarse aplicables para la venta de la cosa por el comprador, como para el supuesto del cambio de ubicación de la misma o de su uso anormal, la previa autorización del vendedor acreedor.

ARTÍCULO 841.- (Resolución por incumplimiento del comprador). Si la resolución del contrato se produce por incumplimiento del comprador, el vendedor restituirá las cuotas cobradas, salvo su derecho a una compensación equitativa por el uso de la cosa.

Además, el comprador incumplido pagara los daños y perjuicios ocasionados al vendedor.

Conc: c.c. 639 - c. com. 839 -

La obligación principal del comprador, como en todo contrato de compraventa, es pagar el precio, en los plazos y lugar fijados por el contrato. El incumplimiento del comprador, consiguientemente, puede fundar la demanda de resolución del contrato (c.c. art. 639). Producida la resolución, el vendedor tiene derecho a la restitución de la cosa, además del resarcimiento de daños y perjuicios que, por lo regular, implican el deterioro sufrido por la cosa, derivado del uso o de un uso inmoderado o hecho con impericia (culpa) o con dolo (v. el art. 842, infra).

En la práctica, el vendedor se precave haciéndose librar por el comprador tantas letras de cambio cuantas sean las cuotas del precio con vencimiento sucesivo, letras que puede conservarlas en cartera o negociarlas, y que, en su caso, pueden fundar una ejecución. Si el vendedor demanda la resolución solamente, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto por el art. 568, II) del c.c., que le veda, en tal supuesto, pedir el cumplimiento del contrato a través de la ejecución de las letras (o cuotas) no pagadas. Además, también ha de tenerse en cuenta el art. 572 del mismo c.c. que no hace lugar a la resolución cuando el incumplimiento de una de las partes (en este caso del comprador) es de escasa importancia para el interés de la otra parte. Es decir, si por ejemplo falta el pago de una o dos cuotas, en una operación original de 12 o 18 cuotas, v. gr., la disposición del derecho común citada, ha de ser considerada de aplicación preferente.

La restitución al comprador de las cuotas pagadas, también es un derecho de este y que es consecuencia de la resolución, que debe erogar el vendedor para obtener la devolución de la cosa, deducidas las indemnizaciones que señala el art.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 4 del art. 826.

ARTÍCULO 842.- (Alquiler venta). Con las mismas formalidades y efectos previstos en el artículo 839, las partes pueden estipular que a la devolución de la cosa, sea por resolución o rescisión del contrato, las cuotas pagadas queden en beneficio del vendedor en compensación por su uso.

Procede, además, la indemnización por daños y perjuicios cuando la cosa se hubiera deteriorado por uso indebido, culpa grave o dolo del comprador.

Se reputa venta a plazo con reserva de propiedad si no consta por pacto expreso la modalidad del alquiler-venta.

Conc: c. com. 839 -

El art. consagra y protege la posibilidad de un comportamiento eventualmente usurario del vendedor, que Messineo, con muy buen criterio, considera vejatorio para el comprador. Tal posibilidad, en otras legislaciones se regula con un criterio de defensa del comprador en la simulación relativa del negocio de compraventa con reserva de dominio, configurado como locación, permitiendo que la intervención judicial modere el derecho del vendedor (aparente locador), señalando los límites de la retención de lo cobrado en concepto de indemnizaciones o reparación de daños por el incumplimiento (art. 1526 c.c. italiano, v. gr.). Este art. hace lícito un

posible comportamiento usurario, frecuente en la práctica, contraviniendo principios concordantes del ordenamiento jurídico, como los arts. 413 del c.c., 977 del c. com. y 360 del c.p. que persigue y sanciona la usura como delito.

Indudablemente, el art. al consagrar en este caso una ilimitada libertad contractual, olvida el principio general del art. 454, II) del c.c., que confina esa autonomía contractual a la realización de intereses dignos de protección jurídica.

ARTÍCULO 843.- (Falta de plazo para entrega). Si no existiera plazo señalado para el efecto, el vendedor entregará, las mercaderías vendidas dentro de las cuarenta y ocho horas contadas desde el momento del perfeccionamiento del contrato, salvo que de la naturaleza del mismo o de la forma cómo deba hacerse la entrega se desprenda un plazo mayor.

Precd: c. mtl. abrg. 314 -

Conc: c. com. 845 -

En cuanto al tiempo de la entrega, se aplican en general ' los principios relativos al cumplimiento de las obligaciones, que debe ser en tiempo oportuno, esto es, en el término fijado por las partes o, en su defecto, por la ley.

La entrega de que trata el art., como en toda venta mobiliaria, se refiere a la que ha de hacerse entre presentes y no entre ausentes o personas distantes. En el segundo supuesto, cuando el vendedor o el comprador se encuentran en lugares diversos, o si la cosa se encuentra en lugar diferente de aquel en que se encuentran las partes, la entrega supone transporte de un lugar a otro (v. los incs. 7 y 8 del art. 832).

En todo caso, el plazo legal fijado en el art., esta subordinado a la naturaleza del contrato o a la forma como debe hacerse la entrega.

ARTÍCULO 844.- (Gastos a cargo del vendedor). Serán de cargo del vendedor los gastos de entrega de las mercaderías, y del comprador los de recepción y retiro del lugar de entrega, salvo pacto en contrario.

Precd: c. mtl. abrg. 331 -

Conc: c.c. 619 - c. com. 832, 6) y 8) -

Los gastos de la entrega, se resuelven frecuentemente en las propias estipulaciones del contrato, sobre todo cuando existen gastos de transporte. A falta de convenio se aplica el art.

ARTÍCULO 845.- (Falta de entrega). Si el vendedor no entregara las mercaderías en el plazo convenido, el comprador puede pedir la entrega de la cosa, así como la indemnización por los perjuicios sufridos o la resolución del contrato, con el pago de los daños y perjuicios.

Precd: c. mtl. abrg. 323 -

Conc: c.c. 622-c. com. 843 - 846 -

La consecuencia derivada del supuesto que regula el art., conformada al principio general del art. 568 del c.c., es común a todo contrato bilateral, con prestaciones recíprocas, cuando una de las partes incumple por su voluntad con la obligación a que esta reatada por el contrato.

ARTÍCULO 846.- (Retraso en la recepción). Si el comprador postergara, rehusara recibir las mercaderías, el vendedor podrá acudir a la autoridad judicial para que ordene su recepción. En ambos casos el vendedor podrá exigir el pago al contado o demandar la resolución del contrato, sin perjuicio de reclamar el pago de los daños y perjuicios.

Precd: c.mtl.abrg. 325 -

Conc: c.com. 845 -

El art. 325 del c. mtl. abrg., precedente del que se examina, con mejor redacción, dispone que el Juez determinara, en su caso, el depósito de la mercadería no recibida por el comprador.

Tocante a las consecuencias, son oportunas las observaciones de Rebolledo, quien considera justo que los gastos de conservación, traslado y depósito de la mercadería vendida así como los riesgos de la cosa, corran por cuenta del comprador remiso que demora o rehusa la recepción de aquella y aún que se permita para el segundo supuesto: negativa de recepción, que implica negativa de cumplir el contrato, la exigencia del pago del precio de contado o la demanda de resolución. Pero no así para el caso de simple demora, que no le parece causa suficiente que autorice exigir el pago de contado por una venta hecha a plazo convenido o la resolución del contrato, porque, muchas veces, como bien señala el autor citado, ocurre en el comercio que la actividad de las operaciones priva al comerciante temporal y precariamente de almacenes donde depositar la mercadería comprada, lo que puede explicar que se le obligue a pagar almacenaje, transporte, depósito y daños, si hubieren, pero no a verse privado de plazos que le favorecían o de la operación cerrada.

Seguramente se debe a errata de imprenta, la deficiente formulación del art. que debería decir si el comprador postergara o rehusara, etc.

ARTÍCULO 847.- (Imprudencia de la reclamación). No procede reclamación alguna contra el vendedor cuando las mercaderías hubieran sido entregadas a satisfacción del comprador después de ser pesadas, medidas, probadas, ensayadas o conforme a muestra, salvo pacto contrario.

Precd: c. mtl. abrg. 328-

Conc.: c.com. 835-836-848-

ARTÍCULO 848.- (Reclamaciones). El comprador dispone de diez días, a partir de la recepción de las mercaderías adquiridas, para observar acerca de la cantidad, calidad o peso de las cosas compradas sin verificación previa. Vencido dicho plazo, pierde todo derecho a la reclamación, salvo lo dispuesto para las compras del exterior.

Precd: c. mtl. abrg. 329-

Conc: c. com. 847-

ARTÍCULO 849.- (Garantías a cargo del vendedor). El vendedor responde al comprador por la evicción y vicios o defectos ocultos de la mercadería vendida, anteriores al contrato.

El comprador, en este caso, tendrá derecho a pedir la resolución del contrato o la rebaja del precio a justa tasación por peritos.

En ambos casos, habrá lugar a indemnización de perjuicios por parte del vendedor si éste conocía o debía conocer el vicio o defecto de la cosa vendida.

Esta acción prescribe en un año computable a partir de la entrega.

Precd: c. mtl. abrg. 330 -

Conc: c.c. 624 y s. - c. com. 837 - 864 -

La doctrina clásica y la legislación fundada en ella, concibe la tutela del comprador en la materia del art. como obligación de garantía por parte del vendedor. La doctrina italiana moderna (Messineo), cuando el vendedor debe sentir las consecuencias del hecho de que el comprador queda sujeto a evicción, prefiere denotar tal situación con el concepto de responsabilidad,

porque se estimó que el vendedor responde de la evicción, en el sentido de que tal evicción es efecto de incumplimiento que engendra responsabilidad, puesto que de tal evicción el comprador debe quedar indemne. Se da como fundamento de esa responsabilidad por evicción, la no-conseguida finalidad (causa) de la compraventa, por parte del comprador, o sea, la falta de adquisición de la titularidad del derecho de propiedad, por efecto del incumplimiento del vendedor con referencia al sinalagma funcional. Por eso, en la nueva legislación, influida por la italiana de 1942 (c.c. art. 624 y c.com. art. 849) se prefiere hablar, en lugar de garantía, de responsabilidad por evicción, aunque no se ha reparado que tal teoría de la responsabilidad por evicción esta concretamente referida a la obligación del vendedor de hacer adquirir la propiedad de la cosa (ajena) o el derecho si la adquisición no es efecto inmediato del contrato (c.c. italiano, art. 1476, inc. 2, adoptado en el inc. 2 del art. 614 del c.c.).

Más, ha de tenerse en cuenta que la evicción no presupone exclusivamente que la cosa eviccionada sea ajena (caso en el cual antes que hablar de evicción, cabe hablar con más propiedad de estelionato penado por la ley según el art. 337 del c.p.). Puede tratarse de la venta de cosa totalmente pericida antes del perfeccionamiento de la venta o de cosa inexistente, casos en los cuales la venta deviene nula por ausencia de objeto, o puede suponer que se haga valer contra el comprador un derecho real cualquiera sobre la cosa, que prevalece sobre el transmitido por el vendedor.

El término típico y castizo, gráfico, claro y propio, para distinguir ambos institutos regulados en el art. (evicción y vicios ocultos), es el de saneamiento (Scaevola). No menos se hacen sanas las cosas cuando se suprimen o corrigen los vicios de que adolecen, que cuando se asegura y afirma la titularidad del dominio puesto en tela de juicio.

Los vicios o defectos ocultos, pueden ser tales que hagan la cosa inapta o inadecuada para el uso a que esta destinada, o tales que disminuyan de modo apreciable su valor. Mientras en la evicción se toma en consideración toda causa de perturbación del derecho sobre la cosa, provenga del hecho propio del vendedor o de terceros, en los vicios ocultos se trata de un hecho que altera la consistencia práctica y económica de la cosa contra lo previsto en el contrato.

Para que proceda el saneamiento, el vicio o defecto, debe: a) tener cierta índole de gravedad (c.c. art. 629); b) ser oculto (c. c. art. 631), c) ser anterior a la venta (c.c. art. 631 y primera fracción in fine de este art. 849 del c.com.); d) ignorado por el comprador en el momento de la compraventa (c. c. art. 631).

La fracción segunda del art., que establece la acción de resolución (redhibitoria) o la de rebaja del precio (quanti minoris o estimatoria), es propia del saneamiento de los vicios o defectos ocultos y sólo se refiere a ellos.

La fracción tercera del art., referida indudablemente también sólo a los vicios ocultos, presupone que el saneamiento de los mismos reposa sobre el principio de la buena fe.

La prescripción que regula la fracción cuarta del art., por su ambigua formulación, no deja conocer exactamente si se refiere a la acción de indemnización para el supuesto de la fracción tercera o a la que deriva de la disposición de la fracción segunda del art. Desde luego, ha de tenerse presente que la prescripción esta referida sólo a lo que atañe a los vicios o defectos ocultos, que en el derecho común sólo tiene un plazo de seis meses (c. e. art. 635). Tratándose de ruina de edificios, total o parcial, por vicio del suelo o defecto de la construcción, debe considerarse a los fines del caso 160 del art. 6 del Código, el plazo señalado por el art. 743 del c. c. (tres años desde la entrega de la obra).

JURISPRUDENCIA

- 1.- "El vendedor que no es relevado del saneamiento conforme al art. 1044 (624, II) del c. c., queda sujeto a la responsabilidad que le impone el art. 1043 (624, I, y 625) del mismo cuerpo legal" (G. J. N° 440, p. 691).
- 2.- "La obligación inherente al contrato de venta prevista por el art. 1044 (624) del c. c., tiene por objeto asegurar al comprador la posesión de la cosa adquirida, contra toda acción que desconozca el título en que se funda la venta" (G.J. N° 526, p. 13).
- 3.- "El comprador puede exigir la garantía tanto en la vía directa del ejercicio de una acción que señala el art. 68 (316) del p.c., como en la indirecta o de excepción que prevé el art. 80 (75) del mismo, sin otro requisito para su ejercicio que la amenaza o el temor de ser perturbado en la posesión pacífica aún cuando dicha perturbación no se haya consumado" (G.J. N° 1225, p. 8).
- 4.- "Según los arts. 1057 y 1059 (629 y 631) del c.c., en las acciones estimatorias por vicios redhibitorios, para que exista responsabilidad por parte del vendedor son precisas dos condiciones: que los vicios existan en el momento de producirse la venta y que sean ocultos" (G. J. N° 1252, p. 38).
- 5.- "El vendedor esta obligado a resarcir los vicios ocultos de la cosa vendida, que la hacen impropia para el uso a que se la destina, pero no es responsable de los vicios manifiestos ni de los que el comprador pudo haberse convencido el mismo" (G. J. N° 1252, p. 42).
- 6.- "Probada la demanda de evicción, los vendedores responden de ella con sujeción a la ley" (G. J. N° 1282, p. 67).

7.- "La garantía que debe prestar el vendedor al comprador de mantenerlo en la pacífica posesión del derecho transferido, según los arts. 1042 y 1043 (624) del c. c., no se extiende sino a los casos en que el desposeído reclama el saneamiento de la evicción " (G.J. N° 1289, p. 34).

En el mismo sentido (G.J. N° 1290, p. 30).

8.- "La obligación del vendedor de amparar al comprador en la posesión de la cosa vendida (saneamiento de la evicción) sólo procede en las acciones en que el comprador sea demandado" (G.J. N° 1608, p. 59).

ARTÍCULO 850.- (Venta contra entrega de documentos). En la venta contra entrega de documentos, el vendedor cumplirá su obligación de entrega remitiendo los documentos o títulos representativos de las mercaderías, los de transporte y, en su caso, los de seguro, dentro del plazo estipulado.

El vendedor debe indemnizar los perjuicios ocasionados al comprador por el retardo en la entrega de los documentos.

El pago del precio será hecho en el momento de la entrega de los documentos, sin que el comprador pueda negarse a recibirlos alegando defectos relativos a la calidad o al estado de las cosas, excepto en el caso de presentación de prueba preconstituida, salvo que la operación se haya pactado en forma distinta.

Conc: c. com. 851-852-853-854-855-856-857-858-860-

La venta a que se refiere este art., constituye un grupo de operaciones que se caracterizan porque la entrega de la mercancía y el pago del precio, se hacen a continuación de la entrega de títulos representativos de las mercaderías o de otros análogos y más que una compraventa especial o una forma de compraventa, importa una modalidad de pago (Rodríguez).

Dicho grupo de operaciones está legislado en las disposiciones señaladas entre las concordancias, que más que la venta precisamente dicha, reglan cláusulas usuales de la misma que, en realidad, establecen normas de pago contra entrega de documentos (Fernández). Estas ventas contra entrega de documentos, de ordinario, tienen lugar entre localidades distantes entre sí, de plaza a plaza (Messineo) y por eso se las considera más propias del comercio marítimo y en particular transoceánico, que presupone mercaderías o todavía en viaje (v. el art. 851) o no entregadas todavía al comprador. Por eso, algunos autores (Malagarriga, v.gr.) las estudian entre las llamadas compraventas marítimas, aunque ha de advertirse que no son exclusivas del comercio marítimo.

Los documentos estipulados o usuales mencionados en el art., de ordinario, son el conocimiento marítimo y el certificado de depósito, a los que se equiparan el conocimiento terrestre o aéreo (carta de porte, guía de conocimiento de embarque, según el art. 947 del Código, o carta de porte aéreo según los arts. 149 y s. del c. aé.). La factura es un documento anexo necesario (art. 834).

El pago del precio de la compraventa se hace contra la entrega de los documentos respectivos de las mercaderías en viaje o en depósito.

La forma de pago, también tiene varias modalidades; por ejemplo: a) mediante letras documentadas que el vendedor libra contra el comprador por el precio de la mercadería que le envía, para su pago o su aceptación a la vista y que deben ir acompañadas del conocimiento de embarque, de la factura pormenorizada correspondiente, de la póliza de seguro, del recibo del pago del flete y, si se ha estipulado, de un certificado sobre la calidad de las mercaderías expedido según los usos del puerto de embarque. b) el crédito bancario documentado, mediante el cual el comprador obtiene de un Banco que abra crédito al vendedor por el importe de la compra, suma que aquel abona al Banco o por el cual este le acuerda, a su vez, crédito; el Banco acreditante o emisor, notifica al vendedor, por lo regular a través de un corresponsal o Banco notificador, la apertura del crédito (acreditivo), del cual puede hacer uso dentro de determinado plazo, entregando al Banco los documentos convenidos con el comprador, operación regulada por los arts. 1394 y s. y autorizado para el caso por el art. 865.

ARTÍCULO 851.- (Riesgos). Si las cosas se encontraran en camino a destino y entre los documentos entregados figurara la póliza de seguro, los riesgos se entenderán a cargo del comprador desde el momento de la entrega de las mercaderías al transportador, a no ser que el vendedor supiera, al tiempo de celebrar el contrato, la pérdida o la avería de las mercaderías y la hubiera ocultado dolosamente al comprador.

Conc: c.com. 850-862-999-

Por lo regular, el seguro cubre los riesgos de la mercadería y en su caso, estos no afectan ni al comprador ni al vendedor. Más, en el supuesto de la conducta dolosa del vendedor a que se refiere el art., se abre la responsabilidad de este, porque por efecto de la regla general que gobierna el contrato de seguro contenida en el art. 999, el seguro deviene nulo y el comprador no puede quedar perjudicado por el dolo del vendedor.

ARTÍCULO 852.- (Venta "EX"). En la venta "en punto de origen" (EX), la mercadería objeto del contrato será entregada en el lugar convenido, en la fecha y dentro del término fijado. En este caso, el vendedor asume el pago de todos los costos y los riesgos de la mercadería hasta el momento en que el comprador entre en posesión de la misma.

Conc: c. com. 850 -

En esta categoría de cláusulas ha de considerarse comprendida la de franco -fábrica.

ARTÍCULO 853.- (Venta "FOB"). En la venta "libre a bordo" (FOB), la mercadería objeto del contrato será entregada a bordo del barco o vehículo transportador, en el lugar y tiempo convenidos y desde ese momento se entenderán transferidos al comprador la propiedad y los riesgos de la cosa.

En la venta "FOB" el vendedor está obligado a poner la cosa a bordo del barco o medio de transporte indicado, efectuando por su cuenta los gastos, impuestos, derechos y otros que se causen hasta el momento de la entrega al transportador y a obtener los documentos inherentes para entregarlos al comprador o a su representante.

El comprador en este caso está obligado, además de pagar el precio en la forma convenida, a correr con el flete, seguro y demás gastos desde el momento de su embarque.

Conc: c. com. 850 - 857 -

Esta cláusula, formada con las iniciales de la expresión inglesa free on board, en castellano significa libre o franco a bordo (l.a.b.), pero en el comercio internacional es corriente el uso de la fórmula inglesa.

El vendedor está obligado a poner la mercadería sobre buque o sobre vehículo transportador. De ahí que suele usarse, según el medio de transporte, fob wagon y también f.o.r. (free on rail: libre en la estación ferroviaria), f. o. t. (free on truck: libre en camión), con sus variantes fob, flete pagado hasta, franco - vagón - partida y otras.

Corren por cuenta del vendedor todos los gastos y operaciones de carga, porque, en realidad, el precio incluye tales gastos. Efectuado el embarque, la transferencia del dominio y de los riesgos que son su consecuencia, tiene lugar desde que el vendedor ha entregado la mercadería a bordo del navío o del vehículo transportador y que ha sido tomada como carga.

A diferencia de lo que ocurre con la cláusula cif, los fletes de transporte y el seguro son de cargo del comprador desde el momento del embarque, que se considera como el momento de la entrega de la mercadería.

ARTÍCULO 854.- (Venta "F A S"). En la venta "libre al costado del barco" o del vehículo transportador (FAS), se aplicará el artículo anterior con la salvedad de que el vendedor habrá cumplido con su obligación al entregar las mercaderías listas para su embarque al costado del medio de transporte y en el lugar fijado por los contratantes, o en el muelle o bodega designado.

Los gastos hasta el momento de la entrega de la mercadería, en la forma prevista precedentemente, corren por cuenta del vendedor.

Toda venta que involucre transporte de las mercaderías a otro lugar fuera de la plaza del vendedor, se entenderá venta "FAS", a menos que se hubiera estipulado una cláusula distinta.

Conc: c. com. 850 -

F. A. S., es cláusula formada por las iniciales de la expresión inglesa free alongside o, con más detalle, free alongside the ship, o sea, libre al costado del buque, al alcance de las grúas del mismo y no a bordo. El vendedor no está obligado a hacer cargar a bordo la mercadería y satisface solamente los gastos anteriores a la toma por palancas o guinches que efectúan la carga.

La presunción de la última fracción del artículo, es iuris lantum (c.c. 1318, III), esto es, que admite prueba en contrario mediante la cláusula diversamente pactada y que debe constar en el contrato.

ARTÍCULO 855.- (Venta "C y F"). En la venta "costo y flete" (C y F) el precio comprende el valor de la mercadería más los fletes hasta el sitio señalado. En este caso, la transferencia de la propiedad se entiende hecha por la entrega de los documentos inherentes, desde cuyo momento los riesgos corren por cuenta del comprador.

Conc: c. com. 850 - 856 - 857 -

C. & F. son iniciales de la expresión inglesa cost and freight, o sea, costo y flete. El vendedor debe entregar la mercadería con flete pagado hasta el puerto o el lugar señalado en el contrato. Es una variante de la cláusula cif., que no incluye como esta el seguro: insurance (v. el art. siguiente

y su anot.). Rige también para esta cláusula la disposición de la segunda fracción del art. 853, por disponerlo expresamente el art. 857, salvo pacto en contrario.

ARTÍCULO 856.- (Venta "CIF"). La venta "costo, seguro y fletes" (CIF), es la señalada en el artículo anterior, pero incluyendo además el seguro a cargo del vendedor.

Conc: c. com. 850- 855 - 857 - 859 - 860 - 861 -

ARTÍCULO 857.- (Otras disposiciones aplicables). Lo dispuesto en el segundo párrafo para la venta "FOB" será aplicable a las ventas "C y F" y "CIF," en lo referente a la entrega de la mercadería, salvo que se pacte de otro modo.

Conc: c. com. 850- 853 - 855 - 856 -

C. I. F. es una cláusula formada con las iniciales de las palabras inglesas cost, insurance, freight, esto es, costo, seguro y fletes. Su versión francesa C. A. F.: cout, assurance, fret, no se emplea en el comercio internacional como la fórmula inglesa, que es la más usada particularmente en las compraventas marítimas modernas, razón que explica el detenimiento con que se la legisla (el Capítulo le dedica cinco artículos).

Puede concretarse su noción así: en el precio convenido se incluye el costo de los efectos y el valor del seguro y del flete, de lo que resulta que no supone una modificación de la esencia de la compraventa (Rodríguez), sino que sólo crea como obligaciones accesorias del vendedor (art. 859, incs. 1 y 2) los de asegurar y contratar el flete, incluyendo éstos gastos en el precio fijado. Como venta, es una venta contra documentos, porque el vendedor cobra el precio contra entrega de aquellos documentos que justifiquen el embarque, la realización del seguro y el pago del flete (art. 860).

Los riesgos pasan al comprador desde el momento del embarque, con prescindencia de la cuestión relativa al traspaso de la propiedad. Esa es la norma (6a.) de las Reglas de Varsovia (Warsaw Rules) de 1928, adoptada en conferencia de la International Law Association (cit. de Fernández y Malagarriga), en los esfuerzos encaminados a unificar las reglas usuales relativas a la cláusula en estudio, habida cuenta su aplicación extendida por todo el mundo en forma extraordinaria. Las disposiciones relativas a las obligaciones del vendedor y del comprador, (arts. 859 y 860), se conforman a las determinaciones de las indicadas Reglas de Varsovia.

Se ha dicho que esta cláusula se usa generalmente en el comercio marítimo, en razón de la duración y riesgos del transporte y en la práctica, esta modalidad suele ser complicada con la inclusión de cláusulas especiales que, en su caso, se aplican y deben aplicarse, interpretando la intención de las partes si es necesario.

Puede usarse la cláusula cif. en una venta sobre mercaderías en viaje terrestre, lo que es posible aunque menos frecuente (Messineo). En tal caso, el efecto antes indicado respecto al traspaso de los riesgos, se verifica en el momento de la entrega de la mercadería al transportador terrestre.

ARTÍCULO 858.- (Venta con seguro). En toda venta cuyo precio incluya el seguro de transporte se entenderá que la cobertura comprende todos los riesgos a que están expuestas las mercaderías, salvo especificación en contrario que debe constar expresamente.

Conc: c. com. 850 -

Se trata de una presunción legal iuris tantum (c. c. art. 1318, III), sujeta a prueba en contrario, a mérito de especificaciones expresas de la estipulación contractual correspondiente.

ARTÍCULO 859.- (Obligaciones del vendedor "CIF"). El vendedor, en la venta "CIF", está obligado:

- 1) A contratar el transporte al punto de destino en los términos pactados y obtener del transportador, mediante el pago del flete, el conocimiento de embarque o la carta de porte respectiva sin observaciones;
- 2) A tomar un seguro por el valor total de la mercadería objeto del contrato, aumentando en un diez por ciento o conforme se acuerde, a favor del comprador o de la persona por éste indicada y obtener del asegurador la póliza o certificado correspondiente;
- 3) A entregar al comprador o a la persona designada por este los documentos referidos en este artículo y los necesarios conforme a los usos y prácticas comerciales;
- 4) A pagar los derechos de exportación, impuestos o cargas, si los hubiera, causados en virtud de la exportación, y
- 5) A proveer certificados de origen, facturas consulares y cualquier otro documento del país de origen o de embarque o en ambos, que el comprador pueda necesitar para la importación de las mercaderías en el país de destino y, si fuera necesario, para su paso en tránsito por otros países, conforme a estipulación.

Conc: c. com. 856 -

El embarque (inc. 1) supone la obligación del vendedor a cargar la mercadería en el lugar indicado en el contrato y en el plazo convenido. La puesta a bordo de la mercadería supone la entrega al comprador. Salvo cláusulas especiales adicionales del contrato, para el efecto, el vendedor debe sujetarse a las leyes, reglamentos y usos del lugar de embarque, según la *lex loci contractus* (incs. 4 y 5, conformes con la regla 3, 1ª de las Reglas de Varsovia).

Puede darse también el caso de que la venta cif., tenga por objeto mercadería ya embarcada con anterioridad o en viaje (v. el art. 851, que habla de cosas que se encuentran en camino a destino). La prueba del embarque normalmente se efectúa por el conocimiento embarcado (shipped).

El transporte debe ser contratado por el vendedor, por cuenta del comprador, en condiciones normales y de acuerdo con los usos del medio de transporte indicado. La obligación incluye la responsabilidad de un buen embalaje de la mercadería y tanto para el embalaje como para el medio de transporte ha de tenerse en cuenta la naturaleza de la mercadería: si es perecedera, etc.

Si ocurre que el comprador ha designado el medio de transporte, v. gr. el navío X, el vendedor está obligado a hacer el despacho con ese navío, pero para los autores, en tal supuesto, según las citadas Reglas de Varsovia, la venta cif. se transforma en venta por navío designado, que conlleva algunas consecuencias particulares.

El seguro para las mercaderías embarcadas debe ser tomado por el vendedor. Debe tomarse un seguro individual para el lote de las mercaderías a que se refiere el contrato (inc. 2: por el valor de la mercadería objeto del contrato, conforme con la regla 13 de Varsovia), y no cabe admitir, por consiguiente, el seguro global del cargamento o una póliza flotante. El certificado de seguro debe reproducir la póliza de una manera suficiente para dar al portador los mismos derechos que esta da, según la Regla 13, II de Varsovia.

La remisión de los documentos (inc. 3) al comprador, por ; parte del vendedor, debe hacerse conforme se ha estipulado en el contrato y, en su defecto, según indica el inc. Fundamentalmente: los que acreditan el embarque de la mercadería (conocimiento), la factura que la detalla, el comprobante del flete pagado y el documento que acredita el seguro. Además, los documentos adicionales, llamados también atestativos (Messineo), como el certificado de origen que atesta la procedencia de la mercadería, el del análisis que atesta la cualidad, el de aduanas que atesta el pago de los derechos de exportación para la libre salida del producto,

mencionado en los incs. 4 y 5. La remisión debe hacerse de inmediato. Si la documentación no, concuerda con las estipulaciones contractuales, el comprador puede rechazarla (Regla 9 de Varsovia). La obligación de remitir los documentos es inexcusable aún en el caso en que las mercaderías se hayan perdido o averiado (Regla 18 de Varsovia).

La cantidad de las mercaderías (sobre -todo si son cosas genéricas) se especifica en el contrato, sea en forma precisa, determinando una cantidad fija, o bien aproximadamente: alrededor de más o menos, aspecto este último que faculta al vendedor, aumentar o disminuir la cantidad dentro de ciertos límites.

La calidad de las mercaderías, es cuestión delicada que frecuentemente suscita litigios. Por regla general, ha de entenderse que el vendedor está obligado a embarcar las mercaderías de la calidad estipulada. Si el contrato determina pago contra entrega de documentos el comprador carece del derecho de verificación de la calidad (Fernández), aunque el comprador tiene la acción correspondiente (art. 863) en caso de que el vendedor haya incumplido el contrato sobre este extremo. Si no está incluida la cláusula pago contra documentos, el comprador puede revisar previamente la mercadería antes del pago. De ordinario, estas cuestiones se allanan con un certificado de calidad que el vendedor debe obtener ajustándose a los reglamentos y usos del lugar de embarque (inc. 5) y que es frecuentemente previsto en los contratos cif.

ARTÍCULO 86o.- (Obligaciones del comprador "CIF"). El comprador, sobre la base "CIF", está obligado a pagar, en la forma convenida, el precio de la operación contra entrega de los documentos respectivos y, además, a aceptar los documentos que se le presente, a hacerse cargo de las mercaderías a su llegada; a manejar y pagar todos los movimientos subsiguientes de la misma, y a pagar todos los costos de desembarque, incluyendo derechos, impuestos y otros gastos en el punto de destino señalado.

Conc. c.com. 850- 856 -

La obligación principal del comprador es pagar el precio según se haya estipulado, precio que, como se ha dicho, en la venta cif. comprende el costo de la mercadería con más el valor del flete y la prima del seguro.

La obligación de recibir la documentación y la mercadería, si hay cláusula de pago contra entrega de documentos, excluye, como está dicho en la anot. al art. anterior, la posibilidad de previa verificación de la mercadería, particularmente en lo concerniente a si se ha despachado en la cantidad estipulada. Si la documentación no concuerda con las estipulaciones contractuales, es

claro que el comprador no puede estar obligado a recibir una documentación no pertinente (v. la anot. al art. anterior).

Son de cargo del comprador los gastos de descarga y el pago de los derechos fiscales (Regla 10 de Varsovia).

ARTÍCULO 861.- (Seguro en la venta "CIF"). Si el vendedor "CIF" no contratara el seguro en los términos convenidos, responderá al comprador, en caso de daño o pérdida, como si hubiere respondido el asegurador.

Conc: c. com. 856 -

La regla 14 de Varsovia, autoriza al comprador que tenga conocimiento de que el vendedor no ha hecho asegurar la mercadería, hacerla asegurar el, a cargo del vendedor.

ARTÍCULO 862.- (Venta sujeta a pago contra entrega de la mercadería "CÓD"). En la venta sujeta a entrega contra pago, "CÓD", u otra forma equivalente, ésta debe realizarse en el lugar elegido por el comprador y los riesgos de la cosa pasan a éste, a tiempo de la entrega. Siempre que la mercadería o el embalaje no se encuentren en evidente mal estado, el comprador no puede demorar ni rehusar el pago, debiendo satisfacer los daños y perjuicios al vendedor en caso contrario. Por diferencias en la cantidad, calidad o peso, el comprador podrá reclamar al vendedor de acuerdo con lo previsto en el artículo siguiente. *Conc:* c. com. 851 - 863 -

La cláusula C.O.D., esta formada por las iniciales de las palabras inglesas collect (or cash) on delivery, es decir, cóbrese (o páguese) a la entrega. Su aplicación se arregla a las determinaciones del art.

ARTÍCULO 863.- (Plazo de reclamaciones). El comprador podrá formular reclamación por diferencias en cantidad y calidad o peso, dentro de los noventa días siguientes al desembarque de la mercadería en el lugar de destino. Este plazo podrá ampliarse por el Juez, si circunstancias justificadas impidieron al comprador conocer su estado dentro de dicho término".

Conc: c. com. 862 -

Esta disposición ha de considerarse aplicable a todas las ventas con modalidades de pago contra entrega de documentos (v. las anots. a los arts. 850 y 859).

ARTÍCULO 864.- (Venta sobre documentos). En la venta sobre documentos, el negocio jurídico comprende el título - valor de contenido crediticio o representativo de mercaderías.

En este caso, el vendedor cumple sus obligaciones haciendo la transferencia de los documentos estipulados o usuales, pero es responsable de la calidad, cantidad, peso y estado de la cosa, conforme al artículo 849. El comprador queda obligado al pago del precio en los términos del contrato.

Conc: c. com. 491 - 849 -

No se trata de una venta con modalidad de pago contra entrega de documentos, examinada en los arts. 850 y s. Se trata de una figura de venta mobiliaria fundada sobre la denominada función representativa, propia de algunos documentos: títulos-valores representativos de mercaderías (arts. 491 y 501), v. gr. el certificado de depósito (art. 690), la carta de porte y el conocimiento de embarque (art. 716 y s. aér. 152).

La función representativa dicha, consiste en el hecho de que la entrega de uno de tales títulos, por parte del vendedor al comprador significa jurídicamente la entrega de la mercadería en su materialidad (Messineo), una vez que, además de otros derechos, tal entrega del título representativo, atribuye al tenedor el derecho exclusivo de obtener la entrega de la mercadería, por parte del depositario o del porteador, que son los detentadores de la mercadería, o de disponer de ella (art. 511).

La entrega válida del título representativo, por efecto de la venta que legisla este art., supone que ha de ser observada como corresponde la ley de circulación del documento, según sea este al portador, a la orden o nominativo.

Rige para esta venta, como para las demás, la obligación de saneamiento de la evicción y de los vicios ocultos (art. 849), así como el derecho a las reclamaciones regladas por el art. 863.

ARTÍCULO 865.- (Pago del precio por intermedio de un Banco). Cuando el pago del precio deba hacerse por intermedio de un Banco, el vendedor no podrá ejercer acción alguna contra el comprador, sino después del rechazo del Banco y siempre que el vendedor haya presentado oportunamente los documentos exigidos en el contrato o, a falta de estipulación, los aceptados por los usos.

Si el Banco hubiera abierto una carta comercial de crédito, se aplicará lo dispuesto en "Créditos Documentarios".

Conc: c. com. 1394 y s.-

En la anot. al art. 850 se ha dado una noción resumida de la forma de pago mediante crédito bancario documentado, que es a lo que en realidad se refiere el art.

Supone un contrato bancario, creado por las necesidades del comercio, que involucra una doble vinculación jurídica: una entre el comprador y el Banco en la que este (si el crédito es irrevocable) queda obligado en forma directa y abstracta con aquel. Si interviene un Banco corresponsal, se establece un vínculo diverso entre los Bancos, independiente en absoluto de los mencionados precedentemente.

V. la anot. al art. 1394, que es el lugar indicado para el examen detenido del contrato de crédito bancario documentado.

ARTÍCULO 866.- (Normas supletorias). Son aplicables a la compraventa mercantil las reglas pertinentes del Código Civil no opuestas a este Capítulo.

Conc: c. com. 1-c. c. 584 y s.-

PERMUTA

ARTÍCULO 867.- (Permuta mercantil). La permuta es mercantil en los mismos casos que la compraventa.

Conc: c. com. 6 - 824 - 868 -

Los casos de compraventa mencionados en el art., genéricamente están indicados en los incs. 1, 2, 3, 5 del art. 6. Y hay permuta en todos los casos de compraventa en los que en lugar de pagar con dinero, se paga en especies, o sea, una recíproca transferencia de bienes, en la cual en vez de un cambio de cosa contra precio, existe un cambio de cosa contra cosa (Messineo). En la especie se trata de cambio de mercaderías contra mercaderías (Rebolledo).

ARTÍCULO 868.- (Normas supletorias). Se aplican a la permuta comercial, en cuanto sean conducentes, las normas de la permuta reguladas en el Código Civil.

Precd: c. mtl. abrg. 332-333-

Conc: c.c. 651 y s. - c. com. 867 -

CAPÍTULO III DEPÓSITO

SECCIÓN I GENERALIDADES

ARTÍCULO 869.- (Concepto). El depósito es mercantil cuando se lo hace en almacenes generales de depósito, en hoteles, empresas similares, en Bancos y entidades de crédito.

Son aplicables al depósito mercantil las reglas pertinentes del Código Civil en todo aquello que no se oponga a las disposiciones de este Código.

Precd: c. mtl. abrg. 334- 342-

Conc: c.c. 838 y s. 868, c. com. 686-689-1189-1210-1346-1362-1383-1387-1427-

JURISPRUDENCIA

Véase el caso único del art. 1260

ARTÍCULO 870.- (Remuneración). El depósito mercantil es remunerado, salvo pacto en contrario.

Precd: c. mtl. abrg. 343 -

Conc: c. c. 840-c. f. 306-c. com. 1391 -

JURISPRUDENCIA

- 1.- "El depositario de dinero o bienes muebles tiene derecho a percibir (la remuneración que fija la ley)" (G.J. N° 736, p. 25).
- 2.- "El depositario de mercaderías u otros muebles a que se refiere el art. 1319 (870) del c. c., tiene también derecho al porcentaje (que señala la ley) sobre lo depositado" (G. J. N° 742, p. 21).
- 3.- Véase los casos N° 3 y 4 del art. 872.

ARTÍCULO 871.- (Derecho de retención). El depositario puede retener la cosa para garantizar el pago de las sumas líquidas que le deba el depositante, relacionadas directamente con el depósito.

Conc: c. c. 857-c. com. 1200-

El contrato de depósito, como varios otros contratos (v.gr. mandato, prenda, fianza, etc.), esta regulado por partida doble: en el Código civil y en el Código de comercio.

La calificación del régimen legal abrogado, que responde al sistema del c. com. español de 1829 y que considera depósito mercantil aquel en el cual el depositante y el depositario son comerciantes o aquel que recae sobre objetos comerciales y por efecto de alguna operación mercantil, ha desaparecido. En las nuevas corrientes legislativas y en la moderna concepción doctrinal que las inspira, el depósito mercantil, como uno de los contratos que pone más de relieve la especial configuración del derecho de comercio, como derecho de las empresas y de los actos en masa, requiere una regulación particular, ya que los depósitos que no se realizan como actos de empresa (art. 6, incs. 8, 12, 13, 20), no tienen ni el relieve ni el volumen ni la justificación de una reglamentación especial diversa de la civil. Entonces, el contrato de depósito mercantil, requiere una regulación particular, diversa de la civil, cuando se realiza en masa y por empresas comerciales.

Conforme a este concepto y siguiendo las pautas del c. com. hondureño de 1950 (art. 842), los depósitos que regula el Código como propios de su esfera de aplicación, son los que señala el art.: los depósitos bancarios y los hechos en entidades de crédito, los efectuados en almacenes generales de depósito y en hoteles y empresas similares.

Diego (cit. de Scaevola), resume toda la teoría del depósito, al definir este contrato como aquel por virtud del cual una persona entrega a otra una cosa para que la guarde y custodie, con la obligación de devolverla a la primera, cuando la reclame; definición a la que se conforma la noción legal que da del mismo en art. 838 del c. c. de la cual emanan como rasgos característicos del depósito: a) la tradición de un bien; b) la obligación principal de guardarla y custodiarla, y c) la obligación de restituir la cosa.

La función práctica del depósito, es la custodia o sea la vigilancia para la conservación de la cosa o res deposita (Messineo). Aunque en el derecho común puede este contrato versar sobre bienes muebles e inmuebles (art. 839, c. c.), en el ámbito del c. com., ha de inferirse referido únicamente a muebles (objetos preciosos, mercaderías, títulos de crédito, documentos de comercio, dinero,

objetos de uso personal, etc.), que son los que pueden confiarse a los almacenes generales, hoteles, bancos.

Otra característica del depósito mercantil, la señala el art. 879: la regla general de su onerosidad, a menos que exista pacto expreso en contrario, a diferencia del depósito en el derecho común, en el cual la regla es la gratitud y la onerosidad la excepción. El depositario, en el depósito mercantil, tiene derecho a una remuneración, dice Vivante, habida cuenta que el fin de lucro, que notoriamente se propone, excluye toda intención de prestar un servicio gratuito. La retribución puede estar incluida en la suma que el depositario paga por el servicio mayor, del cual el depósito sólo es accesorio, como ocurre en el caso del alojamiento o de la internación en un sanatorio.

El derecho de retención que la ley acuerda al depositario, como a otros acreedores de obligaciones conexas a la tenencia de una cosa, esta examinado en las anots. a los arts. 810 y 811.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 1 del art. 810.

SECCIÓN II DEPÓSITO REGULAR

ARTÍCULO 872.- (Obligación). En el depósito regular, el depositario está obligado a custodiar y conservar la cosa como la reciba y a devolverla cuando el depositante la reclame. Se presume que la pérdida o el deterioro de la cosa se debe a culpa del depositario, el cual deberá probar casos fortuitos o de fuerza mayor para liberarse de responsabilidad.

Conc: c. c. 845-849-850-c. com. 874-889-1193-1387-1392-

El depósito es regular, cuando tiene por objeto cosas ciertas y determinadas, que el depositario debe conservar y restituir, y es irregular, cuando se trata de cosas consumibles, que el depositario puede consumir, por lo que sólo esta obligado a restituir una cantidad equivalente. Entre depósito regular e irregular, las diferencias notables, son: a) en el primero, el depositario es deudor de un cuerpo cierto, mientras que en el segundo lo es de genero; b) en el primero el depositario es un simple detentador precario, mientras que en el segundo adquiere la propiedad

de las cosas que se le han entregado. La aplicación práctica de estas diferencias se destacan en las diversas variedades del depósito bancario, que se examinan en su lugar.

No corren a cargo del depositario los deterioros o pérdida de la cosa, que se hayan producido sin su culpa. Este art., al respecto, establece una presunción iuris tantum, que admite prueba en contrario (c. c. art. 1318, III), por cuya virtud, en el supuesto, corresponde probar al depositario la causa extraña a su responsabilidad que lo libera de esta. La responsabilidad del depositario, ha de apreciarse in abstracto, como la que corresponde a un buen administrador (a un buen padre de familia), porque es una función remunerada, salvo en el caso de que se haya pactado su gratuidad, supuesto en el cual se aplica el concepto de la responsabilidad in concreto, que es la que corresponde al cuidado que ordinariamente se presta a los propios asuntos.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Es depósito la recepción de una cosa de otro, a cargo de guardarla y restituirla" (G. J. N° 760, p. 45).
- 2.- "La devolución del depósito debe hacerse a la persona que lo hizo o a su legítimo representante" (G. J. N° 820, p. 50).
- 3.- "En el depósito, como contrato gratuito que es, no procede el pago de intereses, salvo el único caso previsto por el art. 344 del c. mtl. (870 y 874 del c. com.). cuando el depositario usa de la cosa depositada." (G. J. N° 1215, p. 77).
- 4.- "El depositario esta sujeto a las obligaciones y deberes que le imponen responsabilidad por los daños y perjuicios que ocasione" (G. J. N° 1297, p. 23).
- 5.- "Siendo el depósito (por lo regular) según el art. 1277 (840, I) del c. c., un contrato gratuito, no reconoce la ley el pago de intereses excepto en el caso previsto por el art. 344 del c. mtl. (870 y 874 del c. com.), cuando el depositario mercantil hubiera hecho uso del dinero o efectos depositados" (G. J. N° 1300, p. 25).
- 6.- Véase el caso N° 1 del art. 810.

ARTÍCULO 873.- (Sanción penal). El depositario que, sin autorización expresa del depositante, hiciera uso de la cosa depositada o no la devolviera cuando la reclame el depositante, incurrirá en las sanciones contenidas en el Código Penal.

Precd: c. mtl. abrg. 344-

Conc: c. c. 847- 850-c. p. 345 -346 - 349 - c. com. 876-

Particularmente en el depósito mercantil, la prohibición de servirse de la cosa depositada por parte del depositario, tiene más rigurosa aplicación que en el derecho común (c. c. art. 847), lo que se explica con sólo considerar su finalidad característica, por ejemplo en los depósitos de mercaderías en los almacenes generales de depósito, o en los de clientes hechos en los hoteles o empresas similares. La inobservancia de esta obligación por parte del depositario, no sólo podría considerarse como un *furtum usus* (Messineo, art. 349 i. f. del c. p.), sino como delitos de apropiación indebida o abuso de confianza sancionados por los arts. 345 y 346 del c. p., con el aumento de la pena en un tercio, por razón de las condiciones establecidas en el inc. 3) del art. 349 del mismo ordenamiento punitivo.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 4 del art. anterior.

ARTÍCULO 874.- (Otras obligaciones). Si el depósito tiene por objeto títulos-valores que devenguen intereses, el depositario debe cobrarlos y, además practicar todas las diligencias necesarias para conservar su valor y efectos legales.

Precd. c. mtl. abrg. 345-

Conc: c.c. 848-c. com. 872-1390-

La razón de la obligación consignada en este art. reposa en el deber de custodia de la cosa depositada, para restituirla al depositante con sus frutos y accesorios, que pertenecen a este como la cosa misma.

La obligación en si, en el derecho comparado, tiene límites más amplios que los señalados en el art. y que a pesar de este, tienen aplicación por efecto de los principios generales. Así, el depositario desempeña a menudo otras funciones relacionadas con la custodia de la cosa depositada: si se trata de mercaderías, puede estar obligado a ejecutar la descarga y carga, de aduana, de embalaje, expedición y otros, con los derechos correspondientes a una comisión por tratarse de servicios no comprendidos en las obligaciones normales de un depositario. Tratándose de títulos -valores, el depositario podrá y deberá cumplir todos los actos necesarios para no perjudicar los derechos del depositante o dueño, que, privado del título, no puede ejercerlos en tiempo oportuno y, así cobrara los intereses y los dividendos de las acciones y de los bonos o debentures, levantara los protestos que corresponda al vencimiento de los títulos cambiarios, etc.

ARTÍCULO 875.- (Nuevo contrato). Si con el consentimiento del depositante el depositario dispusiera de la cosa recibida en depósito, nacen los derechos y obligaciones del nuevo contrato que, por este hecho, reemplace al depósito.

Conc: c. c. 352 - c. com. 1393 -

El art. plantea propia y prácticamente la posibilidad de una novación (c. c. art. 352). Los requisitos que señala para que el nuevo contrato reemplace al del depósito, se conforman a las condiciones esenciales que informan la novación: a) existencia de una obligación que debe extinguirse: la de la restitución del depósito; b) una nueva creada para extinguir la anterior y cuya diferencia no la presente como una simple modificación de aquella: el nuevo contrato; c) capacidad de disponer en ambas partes: depositante y depositario, y d) el animus novandi, o sea, la voluntad y acuerdo para extinguir la primitiva obligación: el consentimiento del depositante para que el depositario disponga de la cosa depositada a cambio del nuevo contrato.

JURISPRUDENCIA

"Estipulado entre el Banco y el deudor el cambio del objeto del contrato primitivo, este queda extinguido por novación" (G.J. N° 612, p. 4).

SECCIÓN III **DEPÓSITO IRREGULAR**

ARTÍCULO 876.- (Concepto). En el depósito de dinero o de cosas fungibles, con facultad concedida para usar dicho depósito, puede pactarse que el depositario adquiera la propiedad de la cosa depositada, con la obligación de restituirla en la misma cantidad, especie y calidad. En este caso, se aplican, en lo conducente, las normas del Código Civil referentes al depósito irregular.

Son también aplicables, en su caso, las previsiones del artículo 873.

Conc: c. c. 862-c. com. 873 - 1192- 1322- 1388-

V. en la anot. al art. 872 la noción de depósito irregular y su diferencia con el depósito regular.

La aplicación práctica del depósito llamado irregular, se da en los depósitos irregulares especiales, principalmente en la forma de depósitos bancarios. En los depósitos en almacenes

generales, se da la forma clásica del depósito regular (art. 1193) como también la que presenta las modalidades típicas del depósito irregular (art. 1192). Como tales depósitos son examinados con las disposiciones que les son relativas, se deja para su lugar las consideraciones correspondientes.

Cabe, aquí, señalar la similitud que en la doctrina se encuentra entre depósito irregular y mutuo, porque en uno y otro la propiedad de las cosas pasa a manos de quien las ha recibido; pero, a diferencia del mutuo, en el que la vinculación a un término le caracteriza como préstamo y no como depósito, el depositante puede siempre disponer de la cosa o de los títulos depositados a petición propia o con preaviso.

En el depósito irregular, no existe el deber de custodia, una vez que la cosa depositada pasa al dominio del depositario, quien por lo tanto puede usarla o disponerla. La obligación de restitución es la misma que en el depósito regular, con la diferencia de que en vez de devolver la misma cosa recibida en depósito, restituye al depositante una cantidad igual de cosas de la misma especie.

La aplicación de las previsiones del art. 873 a este tipo de depósito, no es absoluta. No se aplica en lo tocante al uso de la cosa depositada, por definición de la propia naturaleza del depósito irregular. Sólo se aplica en el supuesto de que el depositario no quiera, dolosa o culposamente, restituir el depósito o no lo haga en las condiciones de cantidad, especie y calidad.

ARTÍCULO 877.- (Plazo de restitución). El depósito será restituido al depositante cuando lo reclame, salvo que se hubiera fijado plazo en interés del depositario.

El depositario puede, por justa causa, devolver la cosa antes del plazo convenido. Si no se hubiera fijado término, el depositario deberá avisar al depositante con una prudencial antelación, según la naturaleza de la cosa.

Conc: c. c. 850-

CAPÍTULO IV PRENDA

SECCIÓN I GENERALIDADES

ARTÍCULO 878.- (Concepto). La prenda es comercial cuando se la constituye sobre bienes muebles, en garantía de una operación comercial.

La prenda puede constituirse con o sin desplazamiento de la cosa.

Conc: c. c. 1401 - 1402- c. com. 691 - 879- 882 - 886 -895-1199-

Mientras el c. c. legisla la prenda entre las garantías patrimoniales de los derechos, regulándola como derecho real del acreedor prendario que causa legítima preferencia (c. c. art. 1337, II), el c. com. la considera bajo el aspecto contractual entre los contratos mercantiles. La diferencia se explica por algunos autores (Malagarriga, en función de la legislación argentina, que presenta similar tratamiento diferenciado), en razón de las diversas acepciones que el tecnicismo jurídico asigna a la palabra prenda, con la cual se expresa el contrato por cuya virtud se afecta una cosa en garantía de un crédito, como el derecho real que asiste al acreedor sobre esa cosa o también el objeto mismo afectado al cumplimiento de la obligación (A),

La prenda consiste en que el deudor o un tercero, entrega al acreedor o a un tercero que ha recibido de ambas partes el cometido de guardarlo en interés del acreedor, un bien mueble o un crédito en garantía de su obligación (c. c. art. 1401).

Es una garantía específica que configura un derecho de prelación (Messineo) que, sin perjuicio del derecho del acreedor a la garantía genérica sobre los restantes bienes del deudor (c.c. art. 1335), importa para aquel una triple ventaja: a) hace intangible para los demás acreedores el bien singular gravado e inválida posibles enajenaciones por efecto del derecho de persecución que le es inherente; b) sujeta el bien gravado, de manera exclusiva, a la satisfacción del crédito del cual es accesorio, si se llega a la ejecución forzosa; c) el riesgo de las oscilaciones de valor de la cosa dada en prenda, corre a cargo del que la ha constituido, aunque el acreedor quede indirectamente perjudicado por el hecho de que a su crédito, siquiera en parte, le faltara la garantía específica que supone la prenda.

Las nuevas corrientes en el comercio, como la difusión de nuevos instrumentos y modalidades de circulación de los títulos - valores, dan al contrato de prenda notable preeminencia en la práctica comercial y jurídica. Sin embargo, esta evidencia, no justifica una duplicación reglamentaria, como la que resulta de las regulaciones del c. c. y del c. com. En esta materia, la legislación por partida doble a que se ha hecho referencia en la anot. al art. 871 (depósito), es más acentuada. En efecto, de los veinte artículos dedicados al instituto en el Código, apenas 6 (los arts. 883; 891, 892, 894, 895, y 897), contienen reglas no previstas incidentalmente en el c.

c. Las demás disposiciones, son repeticiones, con más o menos semejanza, de las reglas establecidas entre las 31 normas singulares que este dedica al instituto en examen. La prenda de créditos, en la que cabe perfectamente la de títulos-valores, por ejemplo, esta legislada en el c.c. (arts. 1413 a 1416) y no en el c. com., siendo aquellos aplicables en la esfera de este por disposición del art. 881.

Tanto para la prenda civil como para la comercial, cabe la misma definición, cuyo concepto puede darse con Rodríguez, diciendo que la prenda es el derecho real constituido sobre un bien mueble para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago. La calificación comercial de la prenda, la da el art., en su primera fracción: es tal la constituida en garantía de una operación comercial.

Trátase de prenda civil o comercial, los caracteres que distinguen este contrato, son: a) es real porque para su perfeccionamiento el bien dado en prenda debe entregarse al acreedor (en la prenda sin desplazamiento de la posesión, la tradición material se sustituye con la inscripción en el registro pertinente); b) es accesorio, en cuanto esta subordinado al destino y a las vicisitudes de la obligación que garantiza; c) es unilateral porque se considera que sólo engendra para el acreedor la obligación de restitución, aunque se discute este carácter (Rodríguez) habida cuenta, entre otras consecuencias, la obligación de conservar la cosa, que en el derecho mercantil adquiere relieves extraordinarios; sin embargo, si se recuerda que la obligación de restituir implica la de conservar la cosa, la observación no parece bien fundada; d) es indivisible (c. c. art. 1412), por lo que el acreedor prendario conservara íntegramente la prenda hasta que se le pague la totalidad del crédito, aún cuando la deuda o la cosa dada en prenda sean divisibles. En la prenda comercial, además, se destacan estos caracteres: e) es no formal, cuando se trata de la prenda con desplazamiento y solemne si es sin desplazamiento (arts. 887 c. com. y 1421 c. c.), aunque para que la primera surta efectos frente a terceros puede considerarse indispensable el documento escrito ad probationem, a mérito de la aplicación combinada de los arts. 1328, 1) del c. c. y 881 del c. com.; f) es pública para la sin desplazamiento por razón de la publicidad exigida mediante la inscripción en el registro de comercio, además de los especiales que existan (arts. 1224 c.c. y 887 c. com.); g) mobiliaria, porque sólo versa sobre cosas muebles; h) expresa, porque en la duda se estará a favor del derecho de tercero, esto es, por la no existencia de la prenda y del privilegio del acreedor (razón que abona la necesidad del documento ad probationem mencionado en la letra e) supra).

El desplazamiento, o acción o efecto de desplazar o mover una cosa del lugar en que esta, para indicar el cambio de lugar (plaza), en el lenguaje técnico del derecho y con relación a la prenda tiene un significado material y también jurídico: la cosa pasa o no pasa de la tenencia del deudor

o del tercero constituyente de la garantía a la tenencia del acreedor o, en su caso, del tercero elegido para la guarda. Así, se habla, en la moderna legislación, de prenda con desplazamiento y prenda sin desplazamiento.

En la prenda con desplazamiento, la tenencia de la cosa por el acreedor es un requisito impuesto por la naturaleza mueble de la misma y porque es la *conditio sine qua non* para el perfeccionamiento del contrato (c. c. art. 1400). En la prenda sin desplazamiento, o prenda retenida o prenda con registro o hipoteca mobiliaria, como también se la ha llamado en sus orígenes, se sustituye la entrega material de la cosa por la inscripción en el registro correspondiente, factible particularmente para muebles de naturaleza más o menos identificable (c. c. art. 1400).

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Aunque las prendas sean divisibles materialmente, ellas y la obligación de restituirlas son indivisibles por la naturaleza del contrato, porque toda obligación es indivisible entre el acreedor y el deudor y porque así lo declara el art. 1426 (1412) del c. c." (G. J. N° 177, p. 874).
- 2.- "El acreedor debe cumplir con lo que dispone el art. 1422 (1411) del c. c., a fin de conservar la prenda que se le ha entregado" (G. J. N° 801, p. 21).
- 3.- "Justificando que la cosa pignorada se perdió sin culpa del acreedor, este no se halla comprendido en la responsabilidad de restituirla, de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 1423 (1411) y 1427 (339) del c. c." (G. J. N° 1317, p. 183).

ARTÍCULO 879.- (Prenda de cosa ajena). Sólo con autorización expresa del dueño se puede dar en prenda la cosa ajena. Si, constituida la prenda, el acreedor tiene conocimiento de que la cosa dada en prenda es ajena, tiene derecho a exigir al deudor otra garantía suficiente o el inmediato pago de la deuda.

Conc: c. c. 1398 - 1402 - c. com. 878 -

El art. 1398 del c. c., permite que el constituyente de prenda sea un tercero, que presta la garantía por el deudor. Es presupuesto que al actuar así el tercero presta su consentimiento. El supuesto del segundo período del art. implica diversas consecuencias, inclusive de orden penal, averiguada que haya sido la forma en que el deudor obtuvo la cosa ajena dada en prenda. En la esfera de aplicación del Código, se limita la cuestión que el acreedor, si no obtiene otra garantía, puede exigir el inmediato pago de la deuda. Es una aplicación del principio general del derecho común sobre caducidad del término (c. c. art. 315).

ARTÍCULO 88o.- (Disposición de la prenda). Es nula toda estipulación que de manera directa o indirecta tienda a permitir que el acreedor disponga de la prenda o se la apropie por medios distintos de los previstos en la Ley.

Conc: c. c. 1340- 1409-c. com. 881 -

El precepto, conformado con el principio general del art. 1340 del c.c. proscribire el pacto comisorio, que consiste en la convención o en la cláusula de una convención, por cuya virtud se autoriza al acreedor a quedarse con la cosa dada en garantía real (hipoteca o prenda) en pago de la deuda, traspasándole el dominio el deudor, anticipadamente para el caso de falta de pago en el plazo previsto. Es una prohibición conocida desde el Derecho romano, porque se considera que el pacto comisorio oculta frecuentemente prestamos usurarios. La extensión de la prohibición a la autorización de vender o disponer de la prenda que se diere al acreedor, se aplica por la misma razón, por-, que no es más que una variante del pacto comisorio.

Otra cosa es que el acreedor tiene derecho a pedir la venta judicial de la prenda, mediante ejecución forzosa, e inclusive a que se le asigne o adjudique la misma, hasta la cantidad adeudada, según tasación pericial o a su precio de mercado, de acuerdo a los requisitos y formas procesales previstas por el p. c. (arts. 525 y 532), según determina el art. 1409 del c. c Cabe señalar que la jurisprudencia, no siempre ha sido uniforme en la aplicación de este art. Por ejemplo, el caso 3 de la que se inserta a continuación, fundada en la norma de la libertad contractual (mal entendida y peor aplicada, sin duda, en el caso), importa evidente infracción de la ley al admitir como valido un acto que esta declara nulo con sujeción al principio de derecho de que obra contra la ley quien hace lo que ella prohíbe (Digesto. Lib. I, tít. 3, ley 29; cit. de Scaevola).

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Son nulas las cláusulas que autorizan al acreedor para vender sin figura de juicio la prenda que el deudor entrega en seguridad de su crédito" (G.J. N° 177, p. 874)
- 2.- "La cláusula (comisoria) contenida en el contrato de préstamo con prenda no puede surtir efecto por lo dispuesto en el art. 1421 (1430) del c. c." (G. J. N° 725, p. 15)
- 3.- "Si el deudor autorizó voluntariamente y con urgencia la venta de la prenda, es incongruente invocar para argüir la nulidad de ella, el art. 1421 (1340) del c. c., porque siendo permitido "renunciar a las leyes que no interesan al orden público y a las buenas costumbres" tampoco se ha violado el art. 5 del citado código, ya que los contratos que contienen esa renuncia expresa o

tácita, como el de autos, se reputan legalmente formados y tienen fuerza de ley para su cumplimiento según el art. 725 (519) del c. c." (G. J. N° 1319, p. 47).

ARTÍCULO 881.- (Normas aplicables). Las disposiciones del Código Civil no contrarias a las de este Código son aplicables a la prenda comercial.

Conc: c. c. 1401 y s.-c. com. 878-880-

SECCIÓN II PRENDA CON DESPLAZAMIENTO

ARTÍCULO 882.- (Perfeccionamiento del contrato). El contrato de prenda con desplazamiento, se perfecciona por el acuerdo de las partes, pero el acreedor no goza del privilegio emergente del gravamen sino a partir de la entrega de la cosa dada en prenda, al mismo acreedor, o a un tercero designado por las partes.

En la prenda de crédito, si este consta en documento, el deudor debe entregar esta al acreedor.

Si no se entrega la cosa o documento, el acreedor podrá solicitarlo judicialmente.

Conc: c. c. 1400-1403-1414- c. com. 530-878 -883-1318-1319-1320-1321-

La entrega de la cosa es una formalidad sustancial de este contrato de garantía y su falta hace inexistente el contrato.

Así como se puede garantizar con prenda obligaciones a plazo o condicionales y así como es dable garantizar con prenda obligaciones futuras eventuales (Baudry-Lecantinerie, Planiol y Ripert), como por ejemplo las que resultan al cierre de una cuenta corriente, recurso usual en el comercio, o contra un empleado o profesional por responsabilidades secuela del mal desempeño de sus deberes o de actuación ilícita con motivo de los mismos en perjuicio del empleador o del cliente, así la entrega puede subordinarse a plazo o condición. Pero, desde el momento que el perfeccionamiento del contrato se produce y el privilegio correlativo tiene eficacia sólo con la entrega de la cosa, el art. autoriza la demanda judicial para obtenerla, a menos que aún así no sea posible, v. gr., en el supuesto de un embargo trabado por otro acreedor sobre la cosa ofrecida en prenda o del desapoderamiento de la misma por razón de un concurso civil o de una quiebra, supuestos en los cuales, faltando la entrega de la prenda, el contrato no se perfecciona.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "No hay privilegio por razón de prenda si esta no pasó a manos del acreedor" (G. J. N° 743, p. 12).
- 2.- "Una deuda cuyo pago esta garantizado con valores circulantes -acciones de ferrocarril- no confiere al acreedor prendario el dominio sobre la prenda de garantía y si sólo el derecho preferente para que el pago sea efectuado en tiempo oportuno, como lo establecen los arts. 1419 y 1420 (1403 y 1405) del c. c." (G. J. N° 1191, p. 75).

ARTÍCULO 883.- (Nuevo gravamen sobre la cosa prendada). Gravada una cosa con prenda, no podrá pignorrársela nuevamente mientras subsista el primer gravamen; pero la prenda podrá extenderse a otras obligaciones en favor del mismo acreedor.

Conc: c. com. 882

Lo que el art. quiere significar es que garantizada una obligación con una prenda, esta no puede garantizar otra obligación respecto de un distinto acreedor, ya que bien puede servir para garantizar otras obligaciones, respecto del mismo acreedor, tenedor de la prenda por razón del primer gravamen, como el mismo art. determina.

ARTÍCULO 884.- (Responsabilidad del deudor). El deudor está obligado al reembolso de los gastos necesarios en que incurra el acreedor en la conservación de la cosa prendada, así como de los perjuicios que a este le hubiera ocasionado su tenencia.

Conc: c. c. 1411, II) -

Para pretender la devolución de la prenda, inclusive exigirla judicialmente, en su caso, el deudor tiene la obligación de pagar la obligación principal, con todos los cargos, esto es, intereses y los gastos de conservación en que haya incurrido el acreedor, así como los gastos útiles de mejoras que hayan dado mayor valor a la cosa, además de la indemnización de los perjuicios que el acreedor ha podido sufrir por consecuencia de la tenencia de la prenda (v. gr. propagación de una enfermedad contagiosa de que estuviesen afectados animales dados en prenda), por aplicación de los principios generales en materia de resarcimiento.

ARTÍCULO 885.- (Derecho de retención). El acreedor tiene derecho a retener la cosa dada en prenda, en garantía del cumplimiento de la obligación señalada en el artículo anterior.

Conc: c. c. 1404 - c. com. 810 -

El derecho de retención esta examinado en la anot. al art. 810, la misma que tiene pertinencia para este art.

JURISPRUDENCIA

"El acreedor tiene derecho a retener las mulas recibidas en prenda y exigir para su devolución el abono previo de los gastos que su alimentación ha ocasionado, sin que (la retención) importe infringir el art. 1424 (1411) del c. c." (G. J. N° 497, p. 15).

PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

ARTÍCULO 886.- (Bienes que pueden ser gravados). Puede constituirse prenda conservando el deudor la tenencia de la cosa sobre toda clase de muebles destinados a, una explotación económica o que sean resultado de la misma explotación, salvo las exclusiones legales.

Conc: c. c. 1418 - c. com. 878 -

Como se ha visto en la anot. al art. 878, a diferencia de lo que ocurre con la prenda común, clásica o tradicional, distinguida ahora bajo la rubrica de prenda con desplazamiento (art. 882), en la prenda sin desplazamiento o prenda con registro, el acreedor tiene el derecho de cobrarse con privilegio sobre el producido de la subasta de los bienes muebles (c. c. art. 1428) que el deudor ha afectado en garantía de sus obligaciones sin desprenderse de ellos, esto es, sin desplazarlos a la tenencia del acreedor.

Sus caracteres están dados en la anot. al art. 878. Respecto de su naturaleza jurídica, se ha considerado que más que de una prenda, se trata de una hipoteca mobiliaria, habida cuenta la sustitución del desplazamiento por la inscripción en registros especiales. Sin embargo, según se ha establecido ya en otro lugar, tanto las disposiciones pertinentes del c. c. (arts. 1395 y 1396) y del c. com. (arts. 898 y 899) respecto de la hipoteca mobiliaria, como las relativas a la prenda sin desplazamiento (arts. 1417 y 1418 c. c. y 886 c. com.), diferencian ambos institutos al determinar sin lugar a duda alguna, el objeto de cada uno de ellos, sin ninguna posibilidad de confusión, De acuerdo a la enumeración taxativa de los arts. 1395 y 1396 del c. c. sobre la hipoteca mobiliaria, de aplicación irrestricta en materia comercial por virtud de lo dispuesto en el art. 899, la distinción entre prenda retenida o no desplazada y la hipoteca mobiliaria, reposa en la naturaleza más o

menos fácilmente identificable del bien mueble dado en garantía. Los fácilmente identificables, son susceptibles de hipoteca mobiliaria y los menos identificables y más difícilmente perseguibles, por lo tanto son susceptibles de prenda no desplazada.

Las cosas que pueden ser objeto de la prenda no desplazada, son todos los muebles susceptibles de uso en una explotación económica, excepto aquellas cosas que están excluidas por la ley, exclusión que ha de ser expresa. Una indicación enunciativa sobre el particular se encuentra en el inc. 4) del art. 888, aunque debe advertirse que la inclusión de vehículos automotores en general, contradice las disposiciones de los arts. 898 y 899 del Código y 1395, 3) del c. c., que incluyen a estos entre los bienes que pueden ser objeto de hipoteca mobiliaria y no de prenda Sin desplazamiento.

El Código no determina exactamente que clase de obligaciones pueden ser garantizadas con esta prenda. Por lo regular, en el derecho comparado (v. gr. art. 1 de la ley argentina 1644 de 11 de Oct. de 1914, sobre prenda agraria que en realidad legisla sobre prenda sin desplazamiento; la ley española de 16 de Dic. de 1954, art. 7), sólo pueden garantizarse con esta clase de prenda los préstamos en dinero (créditos en efectivo o en cuentas corrientes o mediante letras de cambio). El art. 1420 del c. c. determina que esta prenda sólo puede constituirse en garantía de préstamos de dinero. Más, habida cuenta lo dispuesto en el inc. 2 del art. 888 del Código, que tiene carácter general y no restrictivo como es el caso del citado art. 1420 del c. c., ha de entenderse que puede garantizarse no sólo préstamos en dinero, sino créditos en cuenta corriente, tratándose de mercaderías o dinero y toda otra obligación mercantil. Y por la especialidad de la legislación comercial, en la esfera de su aplicación, ha de estimarse inaplicable la limitación del art. 1420 del c. c.

JURISPRUDENCIA

V. el caso único del art. 449.

ARTÍCULO 887.- (Formalidades y registro). El contrato de prenda sin desplazamiento debe constituirse mediante instrumento público e inscribirse en el Registro de Comercio, salvo registros especiales según la naturaleza de la cosa o bien. También se inscribirán en el registro las modificaciones, anulaciones y extinciones de la prenda.

Conc: c. c. 1421 - 1539- c. com. 29, 11) - 896 - 897 -Rgto. rg. com. 13 -

La prenda no desplazada es un derecho de constitución formal y publicitaria. El art. exige la forma solemne de la escritura pública y la inscripción en el registro. Son en realidad, dos requisitos: el primero de tipo constitutivo y el segundo que determina su eficacia jurídica. La escritura como requisito constitutivo ad solemnitatem, para pasar de su estado estático al dinámico de los efectos jurídicos, precisa que la inscripción en los registros pertinentes se realice, condición inexcusable para que los derechos que implica el acto constitutivo puedan ser ejercitados.

La falta de inscripción, hace ineficaz el acto constitutivo del derecho, de acuerdo a la interpretación combinada de los arts. 27 y 821 del Código y 13 del Rgto. rg. com. Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que por virtud del principio general de derecho común (c. c. art. 1544) aplicable en la materia (art. 786), la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. Más, de acuerdo al principio de veracidad de que los asientos del registro demuestran la realidad del hecho, la nulidad, en su caso, ha de ser decretada, como es natural, por la autoridad judicial competente en el correspondiente proceso declarativo (Scaevola).

ARTÍCULO 888.- (Contenido del documento de prenda). El documento constitutivo de la prenda sin desplazamiento debe contener:

- 1) Nombre o razón social y domicilio del deudor y acreedor;
- 2) Fecha, naturaleza y valor de la obligación que se garantiza, así como los intereses y forma de pago. en su caso;
- 3) Fecha de vencimiento de la obligación;
- 4) Relación pormenorizada de los bienes gravados con prenda, con indicación de su cantidad y todas las demás circunstancias para individualizarlos, tales como: si se tratara de maquinaria, vehículos o implementos, marca, modelo, número de serie o de fábrica y cantidad; si se tratara de animales, cantidad, clase, sexo, raza, color, edad y peso aproximado; si se tratara de frutos o cosechas, calidad, cantidad de matas o semillas sembradas y tiempo de producción y cosecha, y si se tratara de productos industriales, la industria, clase, marca y cantidad de los productos;
- 5) Lugar en el cual deben permanecer o ser utilizados los bienes gravados, con indicación de si el deudor es propietario, arrendatario o usufructuario de la empresa, finca o lugar donde se encuentren;
- 6) Especificación de si los bienes gravados pertenecen al deudor o a un tercero que ha dado su consentimiento, y
- 7) Detalle de los contratos de seguro, en el caso de estar asegurados los bienes.

Conc: c. c. 1421 - c. com. 890- 894 - 891 -

JURISPRUDENCIA

"El dominio y derecho preferente sobre vehículos automotores (automóviles, camiones, tractores, etc.), se justifica mediante la inscripción del documento de adquisición en la Oficina de Tránsito conforme a la L de 12 de Dic. de 1919 (D. 18 Feb. 1938)" (G. J. N° 1251, p. 16).

ARTÍCULO 889.- (Responsabilidad del deudor). En la prenda sin desplazamiento, el deudor tiene las obligaciones y responsabilidades del depositario con respecto a la conservación de los bienes gravados.

Conc: c. c. 1423-c. com. 872-890-893-

Es obligación del deudor pignoraticio, conservar la tenencia de la cosa materia de la prenda, cuidando de que no se pierda o sufra deterioro. La inobservancia de esta obligación acarrea para el deudor la responsabilidad del depositario.

ARTÍCULO 890.- (Cambio de ubicación de los bienes y responsabilidad del deudor). El deudor, no puede cambiar el lugar de ubicación de los bienes dados en prenda sin desplazamiento, salvo consentimiento expreso del acreedor.

La violación de esta prohibición y el incumplimiento de las obligaciones señaladas en el artículo anterior, da derecho al acreedor para solicitar y obtener la entrega inmediata de la prenda o el pago de la obligación garantizada, aunque el plazo no se halle vencido, sin perjuicio de las sanciones penales correspondientes.

Conc: c. c. 315- 1423 -c. com. 888, 5) - 889 -

La inobservancia de las obligaciones mencionadas en el art. anterior y en este, supone el incumplimiento de obligaciones legales y contractuales, que puede dar lugar a responsabilidad civil, además de la penal según casos y circunstancias. Da lugar también a! la caducidad del término establecido por el art. 315 del c. c. o a que la prenda, conforme a lo dispuesto en la 2ª, fracción de este art., se convierta en una con desplazamiento de la posesión, a elección del acreedor.

La principal obligación del deudor, en su calidad de depositario legal, es la de no violar el depósito constituido, que quedaría quebrantado si se cambiara el lugar del mismo. La ley

reconoce y autoriza el cambio consentido por el acreedor, porque siendo a este a quien perjudicaría el cambio, solo el puede renunciar a una protección que le acuerdan el contrato y la ley.

ARTÍCULO 891.- (Venta de inmuebles cuyos frutos pendientes estén gravados con la prenda). La venta de inmuebles cuyos frutos o productos pendientes se hallen gravados con prenda registrada debidamente no comprenderá a tales frutos o productos, salvo que el acreedor consienta en ello o que el adquirente pague el crédito para liberar los bienes gravados.

Conc: c. com. 888, 4) -

ARTÍCULO 892.- (Autorización del acreedor para la enajenación de la cosa prendada). Los bienes dados en prenda pueden ser enajenados por el deudor, pero sólo se verificará la tradición de estos al comprador cuando el acreedor lo autorice por escrito o cuando su crédito esté cubierto en su totalidad.

En caso de autorización del acreedor el comprador está obligado a respetar el contrato de prenda.

Conc: c. com. 894 -

La venta de la cosa empeñada, pagada totalmente la obligación cuya extinción acarrea la del gravamen accesorio, no requiere de ninguna autorización del acreedor que por efecto de esa extinción ha dejado de ser tal. Más, el art. -no precisamente bien formulado- no ha de entenderse referido a ese supuesto, sino al de que la venta pudiera efectuarse estando pendientes aún la obligación y, consiguientemente, su garantía prendaria. En tal evento, la tradición o entrega de los bienes dados en prenda, que han sido enajenados estando vigente la prenda, sólo podrá efectuarse en favor del tercero adquirente, si en ello consiente expresamente el acreedor. El consentimiento del acreedor, impone al tercero adquirente la obligación de respetar el contrato de prenda, dice el art. in fine, con ambigüedad que dificulta una clara inteligencia de su finalidad. Ha de entenderse que permitida la tradición de la cosa empeñada que ha sido vendida por el deudor, mediando autorización del acreedor sin que se haya pagado la obligación, la cosa empeñada sigue gravada en favor del acreedor y sometida, en su caso, al derecho de persecución (art. 896), hasta el cumplimiento de la obligación garantizada, o sea, hasta el pago del crédito.

ARTÍCULO 893.- (Derecho a inspeccionar los bienes prendados). El deudor esta obligado a permitir al acreedor a inspeccionar periódicamente, aunque no se pacte en el contrato, el estado

de los bienes objeto de la prenda, bajo pena de hacerse de inmediato exigible la obligación en caso de incumplimiento.

La inspección consistirá en la verificación técnica y administrativa que sea necesaria, según los usos y prácticas inherentes a la naturaleza de la prenda.

Conc: c. c. 315 - 1422 - c. com. 813 - 889 -

El derecho de inspección, que involucra las necesarias verificaciones técnica administrativas en su caso y según la naturaleza de la prenda, tanto para comprobar su existencia como para examinar su estado, es una facultad de fiscalización que la ley acuerda al acreedor, así no se haya pactado nada al respecto.

En todo momento en que el acreedor estime fundadamente que el deudor prendario falta a sus obligaciones, o si este obstruyere el derecho de fiscalización, aquel tiene expedita la acción judicial correspondiente para ejecutar la obligación que se entiende vencida por ministerio de la ley, desde el momento del requerimiento, de acuerdo al principio general contenido en el art. 315 del c.c., sobre caducidad del término.

ARTÍCULO 894.- (Regulación sobre uso y enajenación de bienes gravados). El contrato regulará la forma de utilizar o enajenar los bienes gravados y sus productos.

La prenda se extenderá a los productos de las cosas pignoras y comprenderá el valor de ambas.

Conc: c. com. 888- 892 -

El privilegio que confiere la prenda no desplazada, al igual que el de la prenda común, puede hacerse efectivo sobre el producido de los frutos y productos de las cosas pignoras, que el deudor esta obligado a conservar como las cosas mismas y bajo las mismas responsabilidades que señalan los arts. 889 y 890. La extensión de que se ocupa este art. alcanza inclusive a las indemnizaciones del seguro o a las que resultan a cargo de terceros.

ARTÍCULO 895.- (Garantía de obligaciones futuras). Puede también constituirse prenda para garantizar obligaciones futuras, hasta por una cuantía y plazo claramente determinados en el contrato.

Conc: c. com. 878 -

Como la hipoteca y la prenda común, la prenda no desplazada puede constituirse para garantizar obligaciones preexistentes y también obligaciones futuras. Tratándose de estas últimas, es esencial, en razón del principio de la especialidad que rige en materia de privilegios (arts. 1342, 1348 y 1405, c. c.), que se establezca en forma precisa, como exige el art., la suma máxima a que puede ascender el préstamo, así como el plazo. En este caso la obligación garantizada tiene carácter eventual (Fernández).

ARTÍCULO 896.- (Derecho de persecución). Por la inscripción en el registro respectivo el acreedor prendario puede perseguir la prenda y mantendrá sus derechos, acciones y privilegios sobre la misma, contra cualquier persona en cuyo poder se encuentre a cualquier título; su enajenación fraudulenta por el deudor dará lugar a la acción penal correspondiente. Estas facultades quedarán revocadas de pleno derecho, por la extinción de la obligación garantizada.

Conc: c.c. 1406-1426-c.p. 337-c. com. 887-

La actio rei persecutoria, que establece este art. para la prenda no desplazada en materia comercial, no tiene limitación alguna, a diferencia de lo que ocurre con el instituto en la esfera de aplicación del derecho común (art. 1425 c. c.), que para el adquirente de buena fe establece la protección del art. 100 del c. c. (la posesión de buena fe de los muebles corporales vale por título), por cuya virtud el acreedor está impedido de perseguir la cosa pignorada en poder de un tercero adquirente de buena fe.

Sin embargo, la función publicitaria de la inscripción en el registro (art. 887), justifica el art. en examen, porque la protección de que trata el art. 100 del c. c. no se aplica a los muebles sujetos a registro, por elementales principios de lógica, reconocidos expresamente en el art. 104, I) del mismo cuerpo legal que establece la excepción indicada.

El derecho de persecución reconocido y atribuido al acreedor por el art., hace jurídica y prácticamente inocua la eventual enajenación del bien pignorado, extremo en realidad improbable, según observa Messineo, porque no será fácil encontrar un adquirente para un bien sujeto a prenda, puesto que se expone al peligro de que el bien sea ejecutivamente vendido y que su valor se atribuya en favor del acreedor pignoraticio.

Para el supuesto de la venta fraudulenta, se aplica la sanción penal prevista en el art. 337 (estelionato) del c. p., porque importa vender como libres, bienes que están gravados.

Cancelada la obligación garantizada, se extingue con ella la prenda, como todo lo accesorio que sigue la suerte de lo principal y, en consecuencia, las facultades que genera el derecho de conservación de la prenda.

JURISPRUDENCIA

V. el caso único del art. 888.

ARTÍCULO 897.- (Cancelación de inscripción). La cancelación de la inscripción en el registro respectivo sólo procede por acuerdo de partes, por orden judicial o de pleno derecho por el transcurso de cinco años, desde la fecha de inscripción, sin que se hubiera producido su renovación convencional. Este término queda interrumpido, por las anotaciones preventivas por orden de autoridad judicial competente y no puede exceder de un año prorrogable por otro igual.

Conc: c. c. 1514-c. com. 887-

La cancelación de la inscripción tiene lugar: a) por convención de las partes; b) por decisión judicial; c) por caducidad.

La cancelación que se produce de pleno derecho por el transcurso del lapso señalado en el art., es un caso de caducidad (art. 1514, c. c.). Aunque las reglas relativas a la interrupción y la suspensión de la prescripción, no rigen por regla general para la caducidad, en el caso ellas tienen aplicación por virtud de la excepción que señala el art. 1515 in fine del c. c. y que, en la materia, se concreta en el efecto de las anotaciones preventivas que la autoridad judicial dispusiera.

Como puede ocurrir que la obligación garantizada por la prenda no desplazada, tenga un plazo mayor al señalado por el art. para la vigencia de la inscripción, esta permitida la renovación convencional. Hecha esta, no tiene efecto la caducidad, sino al vencimiento del plazo de la renovación que, en silencio de la ley, ha de estimarse que también tiene una vigencia de cinco años.

En cuanto al plazo señalado para las anotaciones preventivas, este es más breve que en el derecho común (dos años: art. 1553, c. c.), y el mismo lapso para la prórroga en ambas legislaciones.

La razón de que la ley fije un término de duración a las inscripciones, a diferencia de que el registro de la propiedad y sus vicisitudes en el derecho común no tiene plazo (c. c. art. 1538), se explica por la naturaleza de los bienes afectados y la dificultad de establecer (Fernández) un régimen de publicidad lo suficientemente eficaz como para evitar fraudes y sorpresas. También se considera al respecto, que no se trata de un registro histórico, en el que deban figurar las vicisitudes de los bienes que se pueden hipotecar o pignorar en sus cambios de dominio (como lo es el de los derechos reales sobre la propiedad inmueble). Se trata, observa Scaevola, de un registro jurídico, pero sólo de gravámenes, con un mecanismo que debe operar con agilidad. Es un criterio más o menos generalmente admitido en la legislación comparada, aunque es diverso en cuanto al límite del tiempo. Por ejemplo, en la Argentina es de dos años (Ley 9644, art. 14), en España tres años (Ley de 1954, art. 79), etc. La legislación española, sin embargo, ofrece un punto de partida de computación del plazo, que parece más lógicamente ajustado al objeto de la inscripción: asegurar el derecho de persecución (art. 896), cuando dispone que el plazo señalado para la caducidad de la inscripción se computara a partir de la fecha del vencimiento de la obligación garantizada, lo que hace innecesarias las renovaciones de inscripción y supone mejor criterio legislativo que el que informa a las leyes boliviana y argentina, que señalan el punto de partida de la computación, desde la fecha de la inscripción, sin tener en cuenta que el plazo de la obligación garantizada puede ser mayor.

CAPÍTULO V **HIPOTECA**

SECCIÓN I **HIPOTECA DE BIENES MUEBLES SUJETOS A REGISTRO**

ARTÍCULO 898.- (Bienes muebles que pueden ser objeto de hipoteca). Pueden hipotecarse las embarcaciones mayores de transporte y las menores dedicadas a la pesca, investigación científica o recreo; las demás podrán gravarse con prenda. Igualmente pueden hipotecarse las aeronaves matriculadas en Bolivia; la maquinaria pesada caminera, agrícola y de construcciones bajo matrícula; los automotores en general y otros bienes muebles sujetos a hipoteca por Ley.

Conc: c. ser. 59 y s.-c. c. 1362, 4)-1395-c. com. 899-

JURISPRUDENCIA

1.- "Según el art. 1474 (491, 2) del c. c., la hipoteca convencional sólo se constituye por instrumento público" (G. J. N° 566, p. 12).

- 2.- "La hipoteca legal (como toda otra hipoteca) para surtir efectos contra terceros, debe estar registrada con arreglo a la ley de 15 de Nov. del 87" (G. J. N° 603, p. 3).
- 3.- "Los documentos auténticos, cualesquiera que sean, no suplen a la escritura pública necesaria para constituir hipotecas" (G. J. N° 735, p. 12).
- 4.- "Una maquina de industria puede ser embargada, si ella se dio en garantía especial" (G. J. N° 749, p. 12).
- 5.- "La hipoteca es indivisible y subsiste sobre todos los bienes afectados y sobre cada uno de ellos" (G. J. N° 799, p. 28).
- 6.- "La garantía hipotecaria, por su carácter real subsiste a través de las manos por las que pase (el bien hipotecado)" (G. J. N° 1265, p. 26).

ARTÍCULO 899.- (Normas aplicables). Las hipotecas mencionadas en el artículo anterior se rigen por las normas del Código Civil y por las leyes especiales respectivas.

Conc: c. c. 1395 y s. - c. com. 898 -

La hipoteca mobiliaria, como la prenda sin desplazamiento, importa una solución impuesta por la práctica y la técnica, vista la importancia adquirida por las cosas muebles al impulso del moderno desarrollo industrial y habida cuenta que la configuración tradicional de los derechos reales de prenda e hipoteca, con su limitación respectiva a bienes muebles e inmuebles y con su característica de desplazamiento y no desplazamiento de la posesión, no satisface todas las necesidades de la garantía real. Demostrado por la experiencia que las propias necesidades del trabajo, obligaba a pignorar las cosas indispensables para el mismo, pero que el desplazamiento de su posesión resultaba perjudicial tanto para el acreedor como para la economía general, al disminuir la capacidad productiva del deudor privado por tal desplazamiento de los elementos adecuados para su trabajo, se hizo patente la necesidad de nuevas figuras jurídicas que salvaran estos inconvenientes.

La legislación comparada inicio la solución del problema, de modo especial por regla general. Se aceptó la hipoteca mobiliaria y la prenda retenida o no desplazada, bajo diversas formas: prenda agrícola, rural o agraria, ganadera, hotelera, de automóviles o de empresas o establecimientos mercantiles. i Tras las primeras experiencias y según sus enseñanzas, se va J extendiendo la regulación de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento, distinguiendo dos grupos de bienes susceptibles de tales garantías: a) aquellos bienes de identificación semejante a la de los inmuebles y, por tanto, como estos claramente susceptibles de hipoteca; b) aquellos de identificación menos perfecta y, por consiguiente, de un derecho de más difícil persecución que

quedan dentro de la figura clásica de la prenda aunque sustituyéndose por la publicidad registral el requisito del desplazamiento de posesión.

Más que la instauración de dos figuras jurídicas nuevas, dice la exposición de motivos de la ley española de 16 de Dic. de 1954 (cit. de Scaevola), que reglamenta con notable precisión ambos institutos, se trasplanta ciertos muebles, que por su función económica lo merecen y cuya perfección identificadora lo permite, al régimen de la hipoteca de los inmuebles y teniendo en cuenta la misma naturaleza y cualidades de las cosas muebles sin forzadas ficciones de asimilación a los inmuebles. Y así se ha establecido la hipoteca mobiliaria para los bienes muebles de fácil identificación y, por tanto, susceptibles de ser perseguidos por acción real ilimitadamente, dejando la prenda sin desplazamiento para los bienes muebles de más difícil identificación por sus cualidades específicas, susceptibles de más fácil desaparición, transformación o confusión, pero que mediante el registro están sometidos a procedimientos ejecutivos, especialmente ágiles y rápidos que, además del derecho de persecución, atribuyen al acreedor la exigibilidad inmediata de la obligación garantizada por caducidad: legal del término o tornando la prenda sin desplazamiento por conversión procesal, en prenda desplazada (art. 890, 2ª fracción).

El art. 899, deja la hipoteca mobiliaria sometida a la regulación del derecho común. Según esa reglamentación y de acuerdo a las notas distintivas entre la prenda no desplazada y la hipoteca mobiliaria, dadas en líneas anteriores, la ley establece una lista más o menos cerrada de las cosas que pueden ser dadas en hipoteca mobiliaria (arts. 1395 y 1396 del c.c.):

a) naves y embarcaciones; b) aeronaves; c) vehículos automotores; d) maquinaria caminera, agrícola y para construcciones; e) instrumental y equipo destinados a una explotación; f) instrumental, equipos y películas cinematográficas (consideradas estas últimas como cosa y como derecho intelectual); g) otros muebles sujetos a registro por leyes especiales.

Otras legislaciones, enumeran los muebles susceptibles de hipoteca mobiliaria, con criterio más taxativo. Por ejemplo, la ley española de 1954, enumera: 1) establecimientos mercantiles; 2) automóviles y vehículos a motor, tranvías, vagones de ferrocarril de propiedad particular; 3) aeronaves; 4) maquinaria industrial; 5) propiedad intelectual e industrial. Todo sin ninguna ampliación posible, con la advertencia de que la no inclusión de naves y embarcaciones obedece a que tiene su ley especial sobre hipoteca naval. La ley italiana, permite la hipoteca mobiliaria de: a) automotores; b) embarcaciones mayores y menores; c) aeronaves; d) sobre títulos de renta del Estado, y e) sobre patentes de invención (Messineo).

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Sólo puede constituirse hipoteca mediante escritura pública que reúna todos los requisitos legales para su validez, según lo dispuesto por el art. 1474 (491, 2) del c. c.". (G.J. N° 1204, p. 60).
- 2.- "La hipoteca no se establece sino mediante escritura pública según lo dispuesto por el art. 1474 (491, 2) del c. c. y no puede ser de carácter general sino específicamente sobre bienes que deben individualizarse con indicación de las circunstancias que los hagan conocer precisa y distintamente, conforme al art. 1485 (1378) del c. c." (G. J. N° 1283, p. 63).

ARTÍCULO 900.- (Hipoteca sobre una empresa mercantil). En la hipoteca sobre una empresa mercantil se entenderán comprendidos todos sus elementos integrantes, sin necesidad de descripción específica.

La empresa mercantil hipotecada continuará desarrollando sus actividades normalmente y, en su caso, bajo vigilancia de un interventor nombrado por el acreedor cuyas facultades deberán establecerse en el instrumento de hipoteca.

La remuneración del interventor corre a cargo del deudor, salvo pacto en contrario.

Estas hipotecas se inscribirán en el Registro de Comercio y registros especiales y les son aplicables, en lo conducente, las normas sobre "Prenda sin Desplazamiento".

Conc. c. c. 1362, 5) - 1367- c. com. 29- Rgto. rg. com. 13-

Habida consideración de la diversa terminología que emplea la doctrina, como la legislación comparada, para designar la empresa, hacienda, casa o establecimiento mercantil (v. la anot. al art. 448), al estudiar la materia y proponer la legislación pertinente se dice en la citada exposición de motivos de la ley española de 1954, que más que el c. c. italiano de 1942 parece la fuente indudable de inspiración de las regulaciones del c.c. vigente en la materia-se ha juzgado más indicado consagrar preferente atención al establecimiento, como base física de la empresa, como elemento más permanente de la misma y como bien que por si solo es objeto de posible transmisión y tiene un valor intrínseco y objetivo, en cierto modo independiente de la actividad del comerciante y de los demás elementos de la empresa, para constituirlo en objeto fundamental y directo de hipoteca mobiliaria y cuya hipotecabilidad no deriva de ser uno de los elementos de la empresa, sujeto al gravamen como los demás, sino que es la base del derecho real, el soporte objetivo de la hipoteca que, apoyada en el, puede extenderse a otros elementos

de aquella. Este concepto central de instituto, es el que informa el contenido del primer párrafo del art. en examen.

Esencialmente, la hipotecabilidad de la empresa mercantil deriva de su enajenabilidad, de acuerdo al principio de que solo los bienes enajenables son susceptibles de hipoteca (Scaevola) y como la empresa o establecimiento mercantil es susceptible de traspaso (art. 450), es obvio que llenados los requisitos o presupuesto pertinentes, puede ser objeto de hipoteca.

La extensión de la hipoteca a todos los elementos integrantes de la empresa por ministerio de la ley, determinada en el art., tiene su justificación en la doctrina-aunque discutida-de que la empresa mercantil, la casa comercial o el establecimiento comercial, es un complejo orgánico con una unidad indiscutible que constituye o una universitas facti o una universitas jus (Scaevola), complejo orgánico universal integrado por una serie de factores, unos materiales y otros inmateriales que forman el todo.

Las facultades del interventor que, en su caso, puede ser designado judicialmente, si no se ha convenido nada en el instrumento de hipoteca, pueden ser determinadas, mutatis mutandis, con arreglo a las previsiones de los arts. 164, 165 y 166 del p. c.

JURISPRUDENCIA

V. el caso único del art. 449 y el N° 1 del art. 899.

SECCIÓN II HIPOTECAS QUE GARANTIZAN LOS DERECHOS DE LOS TENEDORES DE TÍTULOS - VALORES

ARTÍCULO 901.- (Características). Las hipotecas que garantizan los derechos de los tenedores de títulos - valores tienen las siguientes características:

- 1) Se otorgan en favor de acreedores indeterminados si los títulos son al portador, o en favor de acreedores determinables si los títulos son a la orden o nominativos y no se hubieran señalado aún los nombres de los titulares;
- 2) Son válidas aún antes de la emisión de los títulos;
- 3) Son garantías susceptibles de fraccionamiento respecto de los derechos de cada uno de los tenedores de los títulos.
- 4) Se transmiten con los títulos - valores que respaldan, sin necesidad de registro, y

5) Se constituyen, modifican y extinguen conforme a las reglas pertinentes, según la naturaleza de los títulos garantizados por ellas.

Conc: c. c. 1367 - c. com. 1437 - 1440 -

Esta hipoteca ha de considerarse referida particularmente a la emisión de cédulas hipotecarias, que sólo pueden ser emitidas por entidades autorizadas (arts. 682 y s. y 745). El art. consigna los caracteres particulares de este tipo de hipoteca, sobre cuya base se emiten las cédulas hipotecarias, que son títulos - valores. La disposición, por lo tanto, no tiene otra función que esta.

JURISPRUDENCIA

"No hay objeto cierto y es nula la compraventa de una letra hipotecaria caducada por sorteo anterior, estando el vendedor obligado a devolver el precio" (G. J. N° 743, p. 23).

CAPÍTULO VI FIANZA

ARTÍCULO 902.- (Prueba del Contrato). La fianza es mercantil cuando garantiza el cumplimiento de un acto de comercio y se otorga necesariamente por escrito sin cuyo requisito no puede surtir efecto alguno.

Precd: c. mtl. abrg. 346-347--

Conc: c. c. 492, i.f.-922 i.f.- 1328, 1) -c. com. 558-559-787-903-908-931-1447-1448-1450-

La fianza, estrictamente considerada, es una especie peculiar de las cauciones; es la garantía personal. Deriva del latín fiducia, fides, que significa confianza, porque realmente reposa sobre la confianza en quien la presta o porque responde frecuentemente a la desconfianza que se tiene de la solvencia del deudor.

Siendo contrato de confianza personal, no median en concreto bienes para garantía de la obligación; no se ofrece ni se da cosa alguna en garantía, sino la lealtad de la persona dispuesta a responder del cumplimiento de la obligación. Es, como dice Scaevola, un contrato de la fe de uno sobre la fe de otro.

Su carácter peculiar, distingue a esta garantía como una obligación personal del fiador, no como la puesta de determinado o determinados bienes a disposición del acreedor, caso en el cual habría prenda o hipoteca (Messineo).

Esta característica define la fianza como una especie dentro del género garantía y cabe dejarla debidamente establecida frente a la viciosa terminología frecuentemente utilizada (aún en el ordenamiento legislativo, v. gr. los arts. 307 del c. f. y 208 del p. p.), que habla de fianza real, dándole un significado amplísimo al margen del rigor científico. Las garantías están divididas en reales (hipoteca, prenda, anticresis) y en personales (fianza). Con las primeras se afecta el producido de determinado bien inmueble o mueble; con las segundas, el garante o fiador sólo contrae una obligación personal de la cual responde con todo su patrimonio, sin la afectación específica del producido de bienes determinados (Fernández). La función específica de la fianza, esta en que los acreedores no garantizados por fianza quedan excluidos de concurrir sobre el patrimonio del fiador y sólo concurren sobre el patrimonio del deudor principal (Messineo).

En el orden comercial, siempre ha sido evidente una preferente aceptación de la fianza, porque se tiene principalmente en cuenta el crédito de la persona, sea esta individual o colectiva.

La fianza esta regida por dos ordenamientos legales: el civil y el comercial. Excepto -los arts. 905, 915, 917 y 918, la reglamentación del capítulo en estudio es similar a la del ordenamiento civil, extremo de fácil verificación con el cotejo de las disposiciones pertinentes con las correlativas del c. c. mencionadas en las concordancias de aquellas. El c. mtl. abrg., aparte definir la fianza mercantil, el requisito de su otorgamiento por escrito y la permisión de su onerosidad (arts. 346, 347 y 348), deja su reglamentación a las regulaciones comunes (art. 334).

Para que una fianza se considere mercantil, su objeto ha de estar destinado a asegurar el cumplimiento de un acto o contrato de comercio, aunque el fiador no sea comerciante. En la tendencia general moderna, se propaga la que prestan y realizan empresas dedicadas a ese fin (art. 918), debidamente organizadas y autorizadas al efecto.

Los caracteres del contrato de fianza, en ambos ordenamientos (civil y comercial), son los mismos: a) consensual, que sólo requiere el acuerdo del acreedor y del fiador, porque puede ser otorgado aún sin el consentimiento del deudor (art. 904); b) formal, porque necesariamente debe ser otorgado por escrito, pena de ineficacia (art. 821) y para las fianzas bancarias la boleta de garantía además (arts. 918 y 1449), lo que implica, también, que la fianza ha de ser expresa y no se presume (c. c. arts. 922, III y 1328, 1); c) accesorio, que es la característica esencial y elemento consustancial del contrato de fianza como de todo contrato de garantía, cuando es subsidiario, o sea, cuando se ha pactado que el acreedor accionara previamente contra el deudor y en defecto de este contra el fiador, si aquel no tiene bienes o estos son insuficientes para satisfacer la obligación, es decir, cuando la estipulación reconoce al fiador el beneficio de

excusión u orden (arts. 906 i. f., c. com. y 925, c.c.); d) es principal y, por consiguiente, no accesorio ni subsidiario-se dice- cuando el fiador se constituye en deudor solidario u obligado tan principal como el mismo deudor, que le veda alegar el beneficio de excusión u orden (arts. c. c. 925 y c. com. 906); sin embargo la estipulación de la solidaridad, que sólo supone para el fiador la pérdida del beneficio de excusión u orden, no implica que el contrato pierda su característica sustancial de accesoriedad que: subsiste a pesar de la solidaridad, por virtud de disposiciones concretas sobre su ámbito, su límite, su extinción (arts. 907, 908 y 909), además de la regla común del art. 918, i) c. c., según la cual la nulidad de la obligación principal (la del deudor) implica la nulidad de la fianza, por accesoriedad precisamente (excepto en el caso del aval, según el art. 561); e) es obligación personal no real (v. la anot. al art. siguiente); f) su onerosidad, no es característica esencial, porque en el ordenamiento civil puede ser gratuita u onerosa (art. 919, II) y también en el comercial (art. 903), pero ha de considerarse que en la comercial, la onerosidad es la regla, particularmente si es un acto de empresa (art. 918) que mal podrá prestar ese servicio gratuitamente. La gratuidad y no la onerosidad es la característica de la fianza (así medie remuneración) según Fernández, porque el acreedor a nada se obliga con relación al fiador y las relaciones entre fiador y deudor, en las que el primero exija retribución al segundo, son relaciones de derecho ajenos a la fianza propiamente dicha.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "La fianza ha de ser expresa y ella no se presume conforme prescribe el art. 1363 (922, III) del c. c." (G. J. N° 768, p. 24).
- 2.- "La fianza tiene eficacia cuando la obligación principal es legítima y válida" (G. J. N° 1317, p. 67).
- 3.- "La fianza garantiza el pago de la obligación misma en defecto del deudor insolvente" (G. J. N° 1351, p. 9).

ARTÍCULO 903.- (Partes contratantes). En la fianza el-fiador se obliga, frente al acreedor, a satisfacer las obligaciones emergentes de un acto o contrato mercantil. El fiador puede estipular una remuneración por la responsabilidad que asume.

Precd: c. mtl. abrg. 347-348 -

Conc: c. c. 916, I)-919, II)-c. com. 683-902-906 912-914-916-

El art. señala la función específica de la fianza y su carácter estrictamente personal, porque se trata de un contrato de obligación: el fiador se obliga, dice el art., lo que por si destaca que no se trata de un contrato de derecho real. La fianza obliga o liga la persona, al fiador, sin quedar ligada

concretamente cosa alguna, cual ocurre en otros contratos de seguridad como la prenda o la hipoteca. Sobre la remuneración, Véase la anot. al art. anterior.

JURISPRUDENCIA

1.- "La fianza de costas, supone condiciones que no son otras que las prefijadas por el art. 3 de la L. de 6 de Nov. de 1890, y por eso es distinto en su finalidad y alcance a la fianza prevista por el art. 1358 (916) del c. c; (y 902 del c. com. puede agregarse)" (G. J. N°

2.- Véase el caso N° 2 del art. 550.

ARTÍCULO 904.- (Fianza sin mandato del deudor). Se puede otorgar la fianza sin mandato del deudor principal y aún sin conocimiento de este.

Conc: c. c. 916, II) -

Véase en la anot. al art. 902 lo relativo al carácter consensual de la fianza.

ARTÍCULO 905.- (Vigencia del contrato). Otorgada la fianza, el fiador no puede demandar su rescisión por causas imputables al deudor, ni puede ser liberado de su obligación mientras no se extinga la obligación afianzada.

Conc: c. com. 909-

Señaladas por la ley las causas de extinción de la fianza (art. 909), la vigencia de la fianza es inatacable por los supuestos que señala el art.

JURISPRUDENCIA

"La fianza se extingue por las mismas causas que las otras obligaciones, no hallándose entre estas la simple retractación del fiador" (G.J. N° 313, p. 2088).

ARTÍCULO 906.- (Beneficio de excusión u orden). En la fianza mercantil, el fiador responde solidariamente como el deudor principal sin poder invocar el beneficio de excusión u orden. En esta virtud el acreedor, en el cobro de sus créditos, puede proceder directamente contra el fiador sin necesidad de hacerlo primero contra el deudor, salvo que se hubiera convenido que la acción se dirigirá en primer lugar contra el deudor y en segundo término contra el fiador, en caso de no existir bienes o ser éstos insuficientes.

Conc: c. c. 925, II) - c. com. 561 -683 - 903 -

La regla general del derecho común de que toda garantía constituye una obligación accesoria y subsidiaria de la obligación cuyo cumplimiento garantiza, para los fines de la ejecución en caso de incumplimiento, se deroga con la estipulación convencional de la solidaridad (c. c. art. 925, 2).

En materia comercial, por los inconvenientes que suponen la excusión de los bienes del deudor y el requerimiento previo del deudor que ella exige, la tendencia moderna se dirige hacia la substitución de la garantía por una obligación también principal, en forma de solidaridad, con la cual la figura jurídica de la fianza desaparece, dice Fernández, para convertirse el tercero o fiador en un codeudor solidario, liso y llano pagador. El art. recoge y legisla esa tendencia y consigna al fiador, por solidario, como deudor principal, constituyendo en regla ex lege la solidaridad y en excepción convencional la subsidiariedad.

Exactamente interpretada la solidaridad que el art. establece, se concreta a que el fiador no puede invocar la excusión, porque aquella le compromete y obliga a responder directa y plenamente a la reclamación que le haga el acreedor.

La aparente oposición entre el carácter subsidiario o accesorio de la fianza y el efecto de la solidaridad (mencionada y aclarada en la anot. al art. 902, en el punto relativo a los caracteres de la fianza), no cambia ni puede convertir en principal, a pesar de la impropia declaración del art., la obligación de la fianza o del fiador, que aunque colocada en un plano todo lo peculiar que se quiera, no puede ser identificada en rigor de derecho, cual observa con muy buen criterio Scaevola, con. las deudas solidarias reguladas por los arts. 433 y s. del c.c. La palabra solidaridad, aplicada a la fianza, por razón de comodidad o de claridad de lenguaje, pero con innegable impropiedad jurídica, no implica una solidaridad per se, sino un *secumdum quid*, es decir, se trata de una responsabilidad solidaria más que de una deuda solidaria (Scaevola). La deuda principal, es lo que es, con fiador o sin el y obliga a su pago tan sólo al deudor y la solidaridad del fiador no hace a este deudor, sino responsable del cumplimiento de la obligación, ya que, cuando paga, aunque obligadamente (caso de ejecución), paga a nombre del deudor, representando al deudor, su garantizado, y no como en las deudas solidarias, en las que los deudores solidarios se representan mutuamente, recíprocamente, y en las que el deudor que paga, paga por si mismo (así sea sólo respecto de su parte alícuota). En la doctrina argentina, Segovia, Malagarriga, Fernández, entre otros, también sostienen que la solidaridad no convierte al fiador en deudor directo: su obligación es siempre accesoria.

El beneficio de excusión u orden, consiste en el derecho otorgado comúnmente por la ley al fiador, para que el acreedor actúe ante todo en ejecución (excusión) sobre los bienes del deudor, a fin de pagarse con su producido, sin perjuicio de responder por lo que quedare en descubierto. En el derecho comercial y según la expresa determinación de este art., sólo procede si así se ha pactado.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "El beneficio de excusión de los bienes del deudor, que la ley concede al fiador, solo puede promoverse por el fiador ejecutado y no por el deudor" (G. J. N° 199, p. 1045).
- 2.- "El fiador no esta obligado a pagar sino en defecto del deudor; debiendo antes hacerse excusión de los bienes de este. Semejante regla deja de tener aplicación solamente cuando el fiador hubiese renunciado dicho beneficio, o cuando se hubiese obligado solidariamente con el deudor, en cuyo caso es lícito perseguirle de plano e inmediatamente" (G. J. N° 460, p. 876).
- 3.- Véase el caso N° 3 del art. 788.

ARTÍCULO 907.- (Límite de la garantía). El contrato de fianza debe mencionar las obligaciones garantizadas y establecer el límite de la garantía en dinero. Si se omite señalar este requisito se entenderá que se extiende a toda la obligación.

Conc: c. c. 920- c. com. 560-

La regla del art., responde al principio general de derecho que las Institutas de Justiniano (Lib. III, tít. 21, párrafo 5; cit. de Scaevola) establecen: el fiador no puede obligarse de manera que deba más que aquel por quien se obliga, porque su obligación es accesoria de lo principal y lo accesorio no puede contener más que lo principal.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Las fianzas no pueden extenderse más allá de los límites a que están circunscritas" (G.J. N° 284, p. 1860).
- 2.- "La fianza sólo garantiza la obligación principal, cuando esta es lícita y valida; no excede de lo que debe el deudor y no se contrae bajo condiciones más onerosas" (G. J. N° 1317, p. 67).

ARTÍCULO 908.- (Ámbito de la fianza). La fianza sólo garantiza la obligación principal y, si así se estipula, puede extenderse a sus accesorios, pero no puede tener por objeto una prestación diferente de la materia de la obligación principal.

Conc: c. c. 922-c. com. 902-

El art. se refiere a la agravación de la fianza en la modalidad extensiva in causa, que consiste en que mientras el deudor aparece obligado en un contrato, el fiador resulta obligado en otro, sin relación ninguna entre ambos contratos. En este caso la fianza es ilícita. La fianza que sea más onerosa que la obligación principal (agravación extensiva in re), carece de eficacia en el exceso y se la reduce a los límites de la obligación principal (c. c. art. 920).

No explica el art. a que accesorios de la obligación principal extiende el ámbito de la fianza, subordinando la extensión a estipulación expresa. Desde luego, la fianza de determinada obligación, aún cuando exprese el monto de esta, comprende los intereses, estén o no estipulados (art. 798). Si están estipulados comprende los intereses pactados al momento de constituirse la fianza y de que tenga conocimiento el fiador. Los que convinieran entre el deudor y el acreedor, con posterioridad a la constitución de la fianza y sin intervención del fiador, queden excluidos de la obligación de este, así tengan carácter de accesorios. Los daños e intereses que se deban al acreedor por inejecución de la obligación, son también accesorios, pero que no requieren pacto para incluirse en la responsabilidad del fiador, porque están involucrados ex lege en ella, como consecuencia del incumplimiento de la obligación garantizada.

JURISPRUDENCIA

Véase los casos del art. anterior.

ARTÍCULO 909.- (Extinción de la obligación). La responsabilidad del fiador se extingue al mismo tiempo que la obligación del afianzado y por las mismas causas que las obligaciones en general.

La novación de la obligación principal, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza.

Conc: c. c. 354-939-c. com. 905-910-911 -

La regla del art. corresponde a la característica accesoria de la fianza, por cuya virtud se la considera extinguida, cuando la obligación principal se ha extinguido. Por consecuencia lógica

de este principio, si la obligación principal es nula por ser ilícita la fianza también lo es o, igualmente, deviene anulable si la obligación principal es anulada por simulación o por vicios del consentimiento (art. 822).

Todos los medios normales de extinción de las obligaciones previstos en el ordenamiento común (c. c. art. 351), extinguen la fianza: a) cumplimiento o pago; b) novación; c) remisión o condonación; d) compensación; e) confusión; f) prescripción; g) imposibilidad sobrevenida de cumplir la prestación, no imputable al deudor (art. 802 del Código).

También se extingue la fianza, ella sola, por causas exclusivas y propias, aún quedando subsistente la obligación principal. Tal el caso de la segunda fracción del art.: novación de la obligación principal sin conocimiento o consentimiento del fiador; la prórroga de la obligación principal acordada por el acreedor y no comunicada al fiador (art. 910), el arreglo voluntario a que se refiere el art. 911, la renuncia del acreedor a la fianza, extremo que no cabe considerar improbable, y entre las otras causas determinadas por la ley (caso 8 del art. 351 del c. c.) ha de considerarse posible la extinción de la fianza sola, sin la de la obligación principal, en los supuestos en que las causas de nulidad y anulabilidad comunes a todos los contratos se presentaren sólo para el contrato de fianza, independientemente de la obligación principal.

JURISPRUDENCIA

"La fianza prestada al obligado, no se extingue si subsiste una parte de la obligación " (G. J. Nº 694, p. 5).

ARTÍCULO 910.- (Prórroga). Toda prórroga concedida para el cumplimiento de la obligación principal debe ser comunicada por el acreedor al fiador. En caso contrario, la fianza se extingue dentro de los ocho días hábiles siguientes.

Conc: c. c. 942-c. com. 909-
Comprendido en la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 911.- (Arreglo voluntario). Se extingue la fianza cuando el acreedor, voluntariamente, recibe de parte del deudor un bien o cosa en pago de la deuda.

Conc: c. c. 941-c. com. 909-

La disposición de este art. es incompleta. Si el acreedor recibe el pago en la forma prevista por el precepto, que se conforma a la regla general del art. 307 del c.c., que declara la liberación del deudor si el acreedor consiente en una prestación diversa de la debida, no hay problema ninguno y la extinción de la fianza se produce con la de la obligación principal, de acuerdo a la regla del art. 909.

Más, el caso se refiere al supuesto de que el acreedor que ha recibido en pago de su crédito, una cosa diversa de la prestación debida por el deudor, pierde esa cosa por evicción, caso en el cual la fianza se reputa extinguida con el pago así aceptado por el acreedor y no revive por razón de la evicción, como determina, con una formulación más completa, el art. 941 del c. c., en conformidad con la regla general del art. 307, III) del mismo cuerpo legal.

ARTÍCULO 912.- (Subrogación). Es obligación del acreedor mantener sus derechos contra el deudor, con el objeto de poder subrogarlos al fiador para que este, a su vez, pueda repetir contra el deudor.

El fiador que paga o cumple las obligaciones del deudor se subroga los derechos del acreedor.

Conc: c. c. 326, 3) -933-934-c. com. 903-913-

Se trata de una subrogación legal (c. c. art. 326, 3), mediante la cual la ley acude en protección de quien se ve constreñido a pagar una deuda que, en todo o en parte, es ajena, como es el caso del coobligado o del fiador. La subrogación, implica, entonces, la sustitución del pagador, es decir, del fiador, en el lugar del acreedor, en todos los derechos que a este correspondían, ya sea frente al deudor mismo, ya sea frente a terceros. Supone dos condiciones precisas: el pago y la calidad de coobligado, sea principal (coobligado solidariamente con otro, por efecto de la regla del art. 909) o subsidiariamente (obligado por otro).

El principio esta establecido en la segunda fracción del art. cuando debió estarlo, como regla, antes de la primera fracción, que es una derivación lógica de esta que establece la subrogación legal del fiador que paga, en todos los derechos del acreedor contra el deudor, esto es, como se ha dicho, en su mismo lugar y sus ventajas. Si el acreedor estorba, o dificulta, o no toma los recaudos necesarios para mantener sus derechos y sus ventajas contra el deudor, comprometiendo así las posibilidades de reembolso del fiador, falta a la obligación que le señala este art. en su primera fase y responde judicialmente del resarcimiento de los perjuicios que le ocasione al fiador, conforme dispone el art. siguiente, que pudo haber sido formulado como párrafo del que se anota.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "El ejecutante, fiador y codeudor del ejecutado, se subrogó en los derechos y privilegios del Banco, conforme con lo dispuesto por el art. 1376 (93) del c. c." G.J. N° 692, p. 30).
- 2.- "El fiador que paga la deuda adquiere los derechos del acreedor, (más) la subrogación de estos derechos se halla subordinada a lo dispuesto por el art. 842 (326) del c. c." (G. J. N° 746, p. 18).
- 3.- "Habiendo pagado la obligación de capital e intereses, como consta de la cancelación extendida sobre el mismo documento, quedó legalmente subrogado en los derechos del acreedor y tiene su acción contra el deudor, conforme a los arts. 1375 y 1376 (933 y 934) del c.c." (G. J. N° 765, p. 12).
- 4.- "Es legal la subrogación en favor de quien, estando obligado con otro o por otro al pago de una deuda, tiene interés en satisfacerla" (G. J. N° 807, p. 27).
- 5.- "No es necesaria la presencia ni el consentimiento del deudor para que se opere la subrogación " (G. J. N° 1317, p. 26).
- 6.- "La subrogación importa traslación de acción y persona del acreedor con título legítimo, que habiendo sido pagado por un tercero le transmite sus derechos, acciones y privilegios o hipoteca contra el deudor, en las mismas condiciones del crédito original" (G.J. N° 1353, p. 36).

ARTÍCULO 913.- (Resarcimiento). El fiador podrá demandar judicialmente el resarcimiento de los perjuicios ocasionados, si prueba la culpabilidad del acreedor en la comisión u omisión de hechos que impidan la subrogación.

Conc: c. c. 940- c. com. 912 -
Comprendido en la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 914.- (Responsabilidad del deudor). Cuando el fiador ha satisfecho la obligación, el deudor responde a éste de:

- 1) La obligación no cumplida;
- 2) El interés legal desde la falta de pago, y
- 3) Los gastos legítimos incurridos.

Conc: c.c. 933, II) -c. com. 903 - 915- 916-

El art. determina los derechos que tiene el fiador que ha pagado o, si se prefiere, las obligaciones que derivan para el deudor de su incumplimiento o del cumplimiento de su obligación por parte del fiador.

La justificación del inc. 1), es obvia; requiere, sin embargo, especificar que el pago haya sido hecho debidamente, esto es, cuando la deuda era exigible y no existieren excepciones que podían alegarse validamente contra el pago (art. 916).

Los intereses debidos (inc. 2) desde la fecha de la falta de pago, según el texto del art., que ha de entenderse desde el incumplimiento del deudor, o sea, del vencimiento de la obligación. Parece más lógica la regla del art. 933 del c.c., que señala como punto de partida de esos intereses la fecha del pago hecho por el fiador, una vez que los que ha pagado al acreedor (corrientes y moratorias) hasta el día en que el ha erogado el pago de la obligación, han de computarse en el importe del inc. 1) como parte de la obligación no cumplida, o en el inc. 3), si se prefiere, como parte de los gastos ocasionados por el incumplimiento del deudor.

El inc. 3), comprende los gastos a que ha sido compelido el fiador, por razón del requerimiento o de la acción judicial y todas sus consecuencias.

El art. 933 del c. c. prevé, como un cuarto derecho del fiador que paga, o como cuarta obligación del deudor incumplido, el resarcimiento de los daños a que hubiera dado lugar el incumplimiento (cosa diversa del resarcimiento regulado por el art. 913), y que tiene indudable apoyo en los principios generales del ordenamiento común y que se aplica al caso por virtud de lo dispuesto en los arts. 786 y 917.

ARTÍCULO 915.- (Arreglo amistoso). Cuando el fiador ha transigido con el acreedor, no podrá exigir al deudor sino la suma pagada.

Conc: c. com. 914 -

Uno de los efectos generales de la subrogación, es que ellos alcanzan hasta el límite de la suma a que asciende el crédito propio del subrogado, y el subrogante no puede valerse de los derechos subrogados más que para recobrar su crédito, esto es, lo reembolsado por el.

Deriva de ese efecto, la consecuencia que señala el art., por cuya virtud el fiador no puede extender la subrogación más allá de lo que por la transacción -que es en realidad lo que regula el art. bajo la rubrica de arreglo amistoso- hubiera sido reducida la deuda u obligación principal, con el fin lógico de evitar desde luego colusiones entre fiador y acreedor a costa del deudor.

JURISPRUDENCIA

"El fiador que paga adquiere los derechos del acreedor, la subrogación de los cuales se halla subordinada a lo dispuesto por el art. 842 (326) del c.c." (G.J. N° 746, p. 18).

ARTÍCULO 916.- (Excepciones perentorias contra el acreedor). El deudor no esta obligado a abonar al fiador las sumas que hubiere pagado por aquél, si conociendo la existencia de alguna excepción que oponer a la acción del acreedor, no la hubiera opuesto. No corresponden a esta disposición las excepciones que son meramente personales al deudor o al mismo fiador.

Conc: c. c. 929 - 936, II) - c. com. 903 - 914 -

El fiador demandado por el acreedor para el pago de la obligación garantizada, está facultado (c. c. art. 929) a oponerle todas las excepciones del deudor principal que sean inherentes a la deuda, es decir, que tengan relación con la obligación afianzada y que los autores llaman reales, como fundadas en la obligación misma y que emanan de ella, sin relación a la persona del deudor, como el dolo, el error, la violencia, la cosa juzgada, la prescripción, el pago, etc. Están exceptuadas las excepciones que los autores llaman personales, en contraposición a las reales, que se apoyan en alguna razón relativa particularmente al deudor que, frecuentemente, esta limitada a la fundada en la incapacidad.

El fiador que tenga conocimiento de algunas de estas excepciones, esta obligado a oponerla; si no lo hace, ha pagado indebidamente y la consecuencia es la que señala el art.

ARTÍCULO 917.- (Aplicación de normas supletorias). Se aplicarán supletoriamente, en todo lo no previsto, las disposiciones del Código Civil relativas a la fianza, siempre que no sean contrarias a la naturaleza de la fianza mercantil.

Conc: c. c. 916 y s. -c. com. 786 -

JURISPRUDENCIA

"La sentencia dictada en juicio entre acreedor y deudor sobre un crédito, no tiene autoridad de cosa juzgada contra el fiador y al haberse embargado la propiedad de este sin seguirsele proceso de ejecución, se han infringido los arts. 795 y 799 (437 y 438) del c.c." (G.J. N° 1316, p. 62).

ARTÍCULO 918.- (Prestación preferente de fianza). Las fianzas mercantiles se prestarán preferentemente por Bancos, entidades de crédito, de seguros y otras debidamente autorizadas por ley.

Conc: c. com. 312-1447 y s.-Lea 13, a) -31, d) -

Los bancos y empresas de crédito, de seguros y las que estén como estas debidamente autorizadas, pueden otorgar fianzas, mediante los contratos señalados en el art. 1447, en cuya anot. se examina el instituto. Todas estas fianzas, por el solo hecho de ser otorgadas por las entidades mencionadas en el art., tienen carácter mercantil. Las entidades aseguradoras, según la ley que rige su constitución y funcionamiento (Lea. arts. 13, a) y 31, d), sólo pueden otorgar fianzas, cuando estas configuren operaciones de seguro técnica y económicamente aceptables, que son las únicas garantías que se reconocen como propias del seguro otorgables por dichas entidades aseguradoras, comprendidas en la autorización, quedando prohibidas todas las demás fianzas que no tengan ese carácter y objeto.

CAPÍTULO VII CONTRATO DE SUMINISTRO

ARTÍCULO 919.- (Concepto). Por el contrato de suministro una de las partes se obliga en favor de la otra a entregar mercaderías o prestar servicios periódica o continuamente a cambio de un precio estipulado.

Conc: c. com. 799- 819 - 920-

Por el contrato de suministro, el suministrante es la parte que se obliga a ejecutar a favor de la otra o suministrado, prestaciones periódicas o continuadas de bienes o de servicios, mediante un precio. La periodicidad del suministro supone prestaciones que tengan lugar en períodos determinados; la continuidad, implica prestaciones ininterrumpidas. La sustancia del contrato no cambia en uno u otro caso.

Es una especie diferenciada de venta, que tiene cierta analogía con la venta mercantil condicionada a entregas parciales o por cuotas, modalidad frecuente en la venta de cosa futura (v. gr., producción industrial; v. el art. 594 c. c.), aunque, como bien observa Messineo, el criterio diferencial esta, de ordinario, en el hecho de que el suministrante está obligado a efectuar varias prestaciones que constituyen una serie de prestaciones conexas entre si, sin dejar de ser autónomas, porque no se concibe en este contrato una prestación única. En la venta de entrega

por cuotas, en cambio, si bien ella se cumple en momentos diversos, según se efectúa las entregas parciales, sólo se trata del fraccionamiento de una prestación única: el fraccionamiento tiene lugar en orden a la ejecución, no a la formación del contrato. El autor citado, agrega que otra nota distintiva reposa en que mientras el suministro, por lo regular, tiene duración indeterminada (art. 924), lo que hace indeterminada también la importancia o cuantía de las prestaciones singulares en relación a la necesidad del suministrado, en la venta a entrega por cuotas, por el contrario, hay previa determinación de la prestación conjunta y de las prestaciones parciales singulares.

El objeto de este contrato consiste, de ordinario, en prestaciones de bienes fungibles o cosas consumibles en el sentido corriente del término: agua, frutos, combustibles, vituallas, materiales de construcción, minerales, vestuarios, impresos, mercaderías de consumo general, municiones, armas y similares, como también las energías controladas o producidas por el hombre: térmicas, motrices, de iluminación (art. 76 c. c. concordante con el 330 del c. p.). Comprende también servicios, v. gr., el telefónico, determinadas asistencias profesionales, medios de locomoción proporcionados por período determinado, aprovisionamiento de muebles o ajueres de casa para departamentos de edificaciones multiresidenciales, etc., servicios en los cuales las cosas suministradas en los servicios no salen del patrimonio del suministrante.

La relación precedente, muestra que el suministro de bienes, versa sobre cosas consumibles, que se consumen con el uso que de ellas hace el suministrado, mientras el de servicios consiste en el goce de la cosa.

El suministro puede consistir en la condición esencial de otro contrato, o en un elemento accesorio del mismo, v. gr., el de obra (art. 732 y s. del c.c.), cuando el comitente, porque así se ha pactado o por ministerio de la ley (art. 736, c. c.), queda obligado al suministro de la materia prima o de los materiales necesarios para la realización de la obra. Se ha dicho que el suministro puede constituir una condición en el contrato de obra, porque no por eso este deja de ser tal para convertirse en contrato de suministro, una vez que las partes tienen en consideración predominante, como objeto del mismo, la obra y no el suministro, aunque este sea indispensable para su realización y prevalezca en su valor sobre el de la mano de obra.

Lo anterior, tiene aplicación en el ámbito de las actividades que rige el Código, en relación con el proceso de transformación (art. 6, inc. 1) que realiza tanto la gran empresa como el pequeño comerciante (artesanía) a mérito de lo que dispone el art. 926, infra.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "No tiene jurisdicción ni competencia el Ministerio de Economía (hoy de Industria y Comercio), para conocer y resolver cuestiones relacionadas con el suministro de energía eléctrica y sus actos están viciados de nulidad prevista por el art. 27 (31) de la Constitución Política" (G.J. N° 1271, p. 1).
- 2.- "Ninguna ley obliga el suministro gratuito de corriente eléctrica" (G.J. N° 1302, p. 98).

ARTÍCULO 920.- (Cuantía). El monto de las prestaciones estará previsto en el contrato y, en su defecto, será el correspondiente a las necesidades normales de la parte que las reciba.

Conc: c. com. 919-

La necesidad del suministrado, que no siempre puede ser determinada, y limitada por consiguiente, en el contrato, resulta ser otra característica de este, que sirve para fijar la importancia o la cuantía del suministro cuando no ha sido expresamente estipulada. Esa necesidad, para fijar la cuantía ha de ser la que se dice normal, cuya apreciación, en su caso, si bien es cuestión de hecho, supone una estimación de naturaleza técnica que ha de estar referida al tiempo de la conclusión del contrato.

Pueden las partes establecer límite mínimo o límite máximo, o ambos, según el tipo de suministro de que se trate.

ARTÍCULO 921.- (Suministros periódicos). En el suministro de carácter periódico, el precio se determinara y se pagará por cada prestación aislada, salvo pacto en contrario.

Conc: c. com. 923-925-926-

Cuando el suministro es periódico, con arreglo a lo que determina el art., el precio se establece en relación al tiempo de vencimiento de las prestaciones singulares y se paga en proporción a cada una de ellas, si no se ha pactado diversamente. En las prestaciones continuadas (que el capítulo no legisla), según otras reglamentaciones (la italiana v. gr. c.c., art. 1562), el precio se paga según los vencimientos de uso.

ARTÍCULO 922.- (Incumplimiento de prestaciones). Si la falta de cumplimiento de las prestaciones aisladas permitiera presumir que las obligaciones futuras no se ejecutarán

oportunamente, la parte afectada podrá pedir la resolución del contrato y, en su caso, reclamar el pago de daños y perjuicios.

Conc: c. com. 786-802 - c. c. 574 -

Es una consecuencia propia de los contratos bilaterales, como es el que legisla el capítulo y esta sometida a las reglas del derecho común sobre la materia (c. c. arts. 568, 571, 572 y, particularmente, el 574, por imperio de los arts. 786 y 926 del Código). El carácter retroactivo de la resolución, en este caso, no tiene efecto respecto de las prestaciones ya efectuadas y sólo opera para el futuro: *ex nunc* (art. 574, c. c.).

El resarcimiento de daños, si hay lugar, depende de la importancia que tenga el incumplimiento para la parte perjudicada por el. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta la disposición del art. 572 del c. c., aplicable al caso en examen, tanto para declarar la resolución cuanto para la determinación de daños, en su caso, sobre la poca gravedad o la escasa importancia del incumplimiento, así como el interés en el suministro de la parte perjudicada.

La excesiva onerosidad de la prestación a cargo del suministrante también puede justificar la resolución del contrato, conforme a los principios generales ya examinados anteriormente (v. el art. 802 y su anot.).

ARTÍCULO 923.- (Suspensión). El suministrante no podrá suspender sus prestaciones sin previo aviso, salvo que el suministrado no cumpla alguna de sus obligaciones.

Conc: c. com. 921 -924-925-

La suspensión del suministro o del servicio puede tener lugar por decisión del suministrante, cuando el suministrado no cumple con sus prestaciones u obligaciones, incumplimiento que, por lo regular, consiste en el no-pago del precio en las oportunidades debidas. El suministrado no puede suspender el pago en caso de incumplimiento del suministrante. Lo que corresponde, en su caso, es intentar la resolución del contrato o demandar su cumplimiento, sin perjuicio de perseguir el resarcimiento si hay lugar, conforme a lo regulado por el art. anterior.

ARTÍCULO 924.- (Duración del contrato). Si no se hubiera establecido la duración del suministro, cada una de las partes podrá poner fin al contrato dando aviso a la otra con una anticipación de treinta días, por lo menos.

Conc: c. com. 919-923 -

La previsión del art. se aplica a los contratos con tiempo indeterminado.

ARTÍCULO 925.- (Suministros regulados por el Estado). Cuando la prestación objeto del suministro este regulada por el Estado, el precio y las condiciones del contrato se sujetarán a los respectivos reglamentos.

Las empresas de servicios públicos o de exclusividad en la producción o prestación de servicios no podrán sin autorización del Estado, suspender el suministro a los consumidores o usuarios que no se hallen en mora en el pago de sus obligaciones.

Conc: c. com. 921 - 923

El precio del suministro que prestan los servicios públicos, se consigna en las tarifas que el servicio instituye periódicamente, con la respectiva autorización y vigilancia administrativa.

La suspensión, sólo procede por falta de pago del suministro. La suspensión autorizada por el Estado, ha de entenderse factible en situaciones debidamente justificadas por razones de servicio, que no tengan ninguna motivación discriminatoria.

ARTÍCULO 926.- (Normas aplicables). Se aplicarán al suministro, en cuanto sean compatibles, las normas que regulan los contratos a que correspondan las prestaciones aisladas.

Conc: c. com. 9?1

CAPÍTULO VIII CONTRATO DE TRANSPORTE

SECCIÓN I DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 927.- (Concepto). Por el contrato de transporte una de las partes se obliga con la otra, a cambio de una suma de dinero, a trasladar personas o cosas de un lugar a otro, por determinado medio y en un plazo fijado.

El contrato será mercantil cuando los servicios sean prestados por empresas dedicadas a dicha actividad.

Preced: c. mtl. abrg. 174-

Conc: c. c. 749-c. aér. 124- 125- 126-c. com. 6, 11) -929-

Hasta el c. com. francés de 1807, el contrato de transporte terrestre no figura entre las leyes mercantiles. Este es el primer código que lo regula, aunque incidentalmente, según advierte Benito, al determinar alguna de las obligaciones especiales que pesan sobre los comisionistas de transportes por tierra y por agua (ríos, canales y lagos) y sobre los porteadores. El c. com. español de 1829 y su derivado al c. mtl. abrg. de 1834, ofrecen disposiciones algo más completas que el citado c. com. francés, aunque bajo el punto de vista personal del porteador.

El transporte marítimo, en cambio, configura el núcleo a cuyo alrededor se desarrolla el derecho mercantil desde los tiempos remotos, y es el objeto central de las más antiguas compilaciones de costumbres marítimas, lo que se explica, dice Benito con solo tener en cuenta que las condiciones fundamentales del transporte marítimo, son y han sido, tanto bajo el punto de vista jurídico como económico, casi análogas en todo tiempo, mientras la falta de caminos y las formas de conducción en el interior de los continentes, antes de la propagación de los ferrocarriles y de las carreteras, no interesaba la atención del legislador.

Actualmente, el transporte aéreo, ha cobrado notable importancia y está modelado, en general y sustancialmente, sobre el transporte marítimo y, en cuanto a su aspecto, al establecido para el transporte terrestre (Messineo). El c. aér. le dedica su Título VIII (arts. 124 a 162).

El transporte es terrestre, cuando se lo hace por tierra, ríos, canales o lagos; es marítimo el que se hace por mar, y aéreo el que se hace por el aire. Si es de cosas se habla de porteamiento, si es terrestre y aéreo y de fletamento si es marítimo. El de personas recibe el nombre de pasaje. En las definiciones clásicas del contrato en estudio, se incluye el transporte de noticias, que el Código no le engloba, aunque en el inc. 14) del art. 6, cataloga como acto de comercio la actividad empresarial de difusión de noticias, que puede abarcar la de su transporte cuando se trata de servicios que prestan empresas concesionarias privadas (v. gr. los servicios cablegráficos internacionales). La exclusión puede estimarse debida a que este tipo de transporte (correspondencia postal, telegráfica, particularmente) constituye un servicio público y de ordinario un monopolio del Estado, sometido a reglamentación especial.

Vivante, define el contrato de transporte como aquel que se celebra entre quien se obliga a transferir mercancías, personas o noticias de un lugar a otro y quien paga por ello un precio. Rodríguez, prácticamente reproduce esta definición, cuando funda su concepto sobre este

contrato en las notas distintivas de este, caracterizadas, dice, por dos elementos típicos: la traslación de personas, animales, cosas o noticias, de un lugar a otro del espacio, y la realización de este servicio por un precio.

Para Messineo, el contrato de transporte implica la prestación de un servicio que supone la obligación de desplazar una cosa o una persona de un lugar a otro, mediante compensación. Este autor considera el transporte postal, como el de noticias por medio de correspondencia: cartas, tarjetas, etc., un caso normal de transporte de cosas, pero estima la transmisión de noticias por teléfono, como una forma particular de prestación de obra o servicio, que no se puede llamar transporte. También Rodríguez observa que el servicio telefónico no es transporte de noticias.

Como se ve, el concepto que da el art. se ajusta (excepto la exclusión de las noticias) a las nociones precedentemente expuestas.

Esta sobrentendida la importancia económica del transporte, que es un elemento indispensable para la vida y el desarrollo de todo país civilizado. Más, lo que interesa destacar, según observa Vivante, es que la estructura normal de este, contrato se mantiene constante en medio del continuo mudar de su ordenamiento técnico y administrativo: es siempre el contrato por el cual el porteador se obliga a trasladar la cosa de un lugar a otro, en el que participa siempre un remitente que expide la mercadería, un porteador que la transporta, un destinatario en el lugar de destino, y la relación jurídica entre porteador y remitente no varía cuando el transporte asume, como ocurre en muchos casos, el carácter de servicio público atendido directamente por la Administración.

Es un contrato de ordinario consensual, que se perfecciona con el acuerdo de voluntades, con prescindencia de la entrega de las cosas al transportador, elemento por el cual algunos autores, siguiendo la teoría de la jurisprudencia francesa, le consideran real y hasta tanto se produce la entrega, apenas como una promesa de transporte. La consensualidad es sostenida por la generalidad preponderante de los tratadistas (Fernández). Es perfectamente bilateral o sinalagmático, conmutativo y oneroso; además, no-solemne porque no requiere formalidad ninguna y puede celebrarse por escrito o verbalmente (v. art. 928, infra), aunque el c. aé. (art. 142) precisa que el contrato de transporte de personas se celebra por escrito (el billete de pasaje constituye la prueba del contrato). Normalmente se realiza en forma de contrato de adhesión (art. 928), porque el usuario no entra a discutir las condiciones reglamentarias generales que rigen los transportes y que aparecen consignadas en formularios impresos, como ocurre con el recibo de carga, la carta de porte y los billetes de pasaje.

Se ha discutido el carácter contractual del transporte, particularmente por razón de su función de servicio público o por el condicionamiento de su establecimiento y explotación a concesiones, permisos y fiscalización de la Administración, que por lo regular, señala y aprueba itinerarios, tarifas y fiscaliza que las empresas encargadas de su explotación no puedan rehusarse a prestar el servicio correspondiente (v. gr. arts. 48 y 49 de la L. ff.cc. y 137 c. aé.). Sin embargo, ni la concesión del servicio público ni su prestación directa por la Administración, aún con carácter de monopolio, suprimen los efectos contractuales de la realización de un convenio con el usuario (Rodríguez). Por lo demás, la definición del contrato de transporte que da el art., y las referencias del c. aé. (arts. 142 y 156, por ejemplo) al contrato de transporte, quita en el ordenamiento nacional toda relevancia a la discusión.

La determinación de su naturaleza jurídica, también ha provocado discusiones. Contiene elementos que caracterizan a otros contratos, como el mandato, el depósito y la locación de servicios, aunque, en rigor, no encuadra en ninguno de ellos ni puede considerarse como una combinación de los mismos (Fernández). La doctrina tradicional, la configura como una especie del género locación de obra (Josserand, Colin y Capitant, Planiol, Vivante, etc.), que Messineo la alude como conformada en cierto modo con el concepto de contrata que tiene por objeto un servicio. El art. 749 del c. c., mantiene en este punto la doctrina de la locatio operis para el transporte de personas y cosas que no se encuentre a cargo de empresas y la subordina a las reglas del contrato de obra. Supone una actuación ocasional.

Las nuevas corrientes doctrinales y algunas legislaciones modernas (v. gr. c. com. mexicano, cit. de Rodríguez) le consideran como un contrato sui generis (Bruschettini, Duverdy, Malagarriga, Fernández).

Su carácter mercantil, deriva de la enumeración legal contenida en el art. 6, inc. 1 1), sobre actos de comercio. Así la calificación del transporte mercantil, en su esencia, presenta el dato de la actividad empresarial y la consideración de los actos de transporte como actos masivos. Esta conclusión esta incluida en la formulación de la segunda fracción del art.

ARTÍCULO 928.- (Perfeccionamiento del contrato). El contrato de transporte se perfecciona por el solo acuerdo de las partes y se prueba conforme a las reglas legales. Puede también perfeccionarse por simple adhesión con sujeción a las disposiciones legales y a los reglamentos oficiales sobre la materia.

Conc: c. c. 453-c. aé. 143- 148-154-c. com. 787-

Comprendido en la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 929.- (Ámbito de aplicación). El transporte comercial por tierra, agua y aire, se sujeta a las disposiciones de este Capítulo y a las leyes especiales sobre la materia.

Preced: c. mtl. abrg. 174 -

Conc: c.aér. 87 y s.- 124 y s.- L.ff.cc. 48 y s. - c. com. 927-940-941-942- 968

Comprendido en la anot. al art. 927.

ARTÍCULO 930.- (Autorización y fianza). Las empresas dedicadas al transporte, cualquiera sea su forma de organización, antes de iniciar sus actividades, deben otorgar una fianza para responder de los daños y perjuicios sufridos por las personas o las cosas transportadas, por una suma que se determine por la autoridad administrativa encargada de regular sus actividades.

Conc: c.. aér. 128- 139-242- L. ff.cc. 6 y s. -41 -L. 10 Dic. 1911, arts. 1 y 79 - D. Rgtrio. 30 Enero 1912 -D. S. 29 Abril 1930, art. 40-c. ts. 65 -79-80-Rgto. ts. 274 - 283 - 298 - c. com. 902 - 931 -939- 946-

El art. comprende -o debió comprender- dos condiciones a las que las empresas de transporte están obligadas: a) la autorización del organismo administrativo competente para operar, y b) la caución para la eventualidad de daños que sufran las personas o las cosas transportadas.

El primer aspecto ha sido enunciado en la rubrica del art. y olvidado en la formulación de su texto, que le alude incidentalmente al ocuparse del límite de la caución. Las disposiciones legales citadas entre las concordancias, establecen los requisitos de autorización para la navegación fluvial y lacustre, para el transporte automotor, el de ferrocarriles y el aeronáutico.

El segundo aspecto, originalmente ha sido incorporado en el ordenamiento jurídico, mediante el art. 139 del c. aér. (D. L. 11185 de 16 de Nov. de 1973) que exige, con empleo más propio del lenguaje técnico jurídico, el establecimiento previo (para operar) de una garantía de cumplimiento de sus obligaciones y que, respecto de la materia del art., se traduce en la obligación de contratar seguros por daños a las personas y bienes transportados (art. 240), seguros que pueden ser substituidos por depósitos en efectivo, fianzas o garantías bancarias (art. 242). La fianza es una garantía personal (v. la anot. al art. 902) y por eso mismo las previsiones del c. aér., comparadas con las del art. en estudio, ofrecen más propiedad de técnica legislativa.

El seguro en las regulaciones del capítulo, resulta un recurso subsidiario de la fianza (art. 931) y la sanción por no constituirla u omitir la renovación del seguro, cuando la póliza de este ha caducado por culpa del transportador, esta prevista en el art. 932.

Admitida la procedencia de la fianza, ha de entenderse que la autorización administrativa, debe exigir una que este otorgada por instituciones bancarias o de crédito, según la preferencia establecida por el art. 918.

ARTÍCULO 931.- (Póliza de seguro de responsabilidad). Las empresas transportadoras que no otorguen la fianza prevista en el artículo anterior podrán sustituirla por pólizas de seguro que cubran la responsabilidad emergente del transporte de personas o manejo de carga, en las sumas fijadas para cada caso por la autoridad administrativa competente.

Conc: c. aér. 240 - 241 - c. com. 930 - 932 - 933 -934-939-946- 1006- 1077-

ARTÍCULO 932.- (Caducidad de la póliza). La caducidad de la póliza de seguros por causas imputables al transportador, le obliga a su rehabilitación dentro de los tres días siguientes del aviso que deberá darle la empresa, aseguradora. En caso de omisión, la empresa transportadora pagará, en calidad de multa, a la autoridad administrativa correspondiente, un monto igual al uno por ciento del valor del vehículo que operase sin fianza o seguro, por cada día de atraso, sin perjuicio de la cancelación de autorización para operar.

Conc: c. com. 931 -

ARTÍCULO 933.- (Cláusula especial). La empresa aseguradora, bajo su responsabilidad, incluirá en las pólizas de seguro de empresas transportadoras una cláusula especial obligándose a notificar a la autoridad administrativa competente, cualquier modificación, reducción o suspensión del seguro.

Conc: c. aér. 246 - c. com. 931 -

En el transporte aéreo, el asegurador esta obligado a informar periódicamente, al organismo administrativo aeronáutico competente, la vigencia de los seguros a que se refiere este art.

ARTÍCULO 934.- (Acción directa). En el transporte de personas, el damnificado o sus causahabientes tienen derecho a la indemnización por la empresa aseguradora, conforme al contrato, sin perjuicio de la correspondiente acción directa contra el transportador.

Conc: c. com. 931 -

La formulación del art. no es lo necesariamente precisa. Además de la acción directa contra el transportador, quiere decir que el damnificado o sus causahabientes pueden también accionar contra la empresa aseguradora, porque el derecho a la indemnización esta establecido por la ley con cargo al transportador (art. 930).

ARTÍCULO 935.- (Obligaciones de las empresas transportadoras) Las empresas de transporte están obligadas a:

- 1) Prestar sus servicios de conformidad con los términos estipulados en el contrato y los reglamentos oficiales;
- 2) Aplicar tarifas uniformes en igualdad de condiciones con todos los usuarios;
- 3) Efectuar el transporte en las condiciones y plazos pactados, los cuales no podrán ser alterados, salvo razones de interés público, peligro de descomposición, destrucción de las cosas, casos fortuitos y/o fuerza mayor;
- 4) Responder por los daños causados en el retraso o incumplimiento del contrato, salvo causa no imputable a la empresa transportadora, y
- 5) A no negarse a recibir pasajeros o cosas en sus oficinas principales o sucursales, existiendo disponibilidad, excepto por razones de seguridad.

Conc: c.c. 519 - c. ts. 69 -L. ff. cc. 40 - Rgto.gral.ff.cc. 148 -c. com. 936 -

La regla del inc. 1) , desde luego, es aplicación a la materia del principio general del art. 519 del c. c. y, además, supone una norma de contenido publicístico (Messineo), común a todas las formas de transporte que implica la explotación, por concesión o por autorización, de servicios públicos. Es una condición de la obligatoriedad de prestar el servicio.

El inc. 2), establece la igualdad de trato para todos los usuarios, aplicando las tarifas sin variaciones que beneficien a algunos usuarios por la concesión de precios menores que los autorizados por las tarifas u otro tipo de franquicias, salvo excepciones, legalmente previstas y autorizadas, que admiten concesiones especiales en atención de intereses dignos de protección, casos en los cuales el transportador esta obligado a observarlas, pero siempre en igualdad de condiciones a quienquiera que este comprendido en las excepciones; v. gr. rebajas de tarifas para delegaciones estudiantiles o transporte rebajado o gratuito de efectos de asistencia en casos de emergencia, etc.

El inc. 3), es apenas una pormenorización de manifestaciones de la obligación general y esencial contenida en el inc. 1), con el aditamento de la excepción del genéricamente llamado caso, que es fortuito cuando alude a la imprevisibilidad y de fuerza mayor cuando se refiere a la inevitabilidad y que es causa justificativa de incumplimiento (c. c. art. 339).

El inc. 4), sienta el principio de responsabilidad, repitiendo la excepción de la causa no imputable al obligado regulado ya en el inc. anterior. Constituye una de las obligaciones fundamentales de las empresas de transporte, que se examina en las disposiciones relativas al contenido obligacional del transporte de personas y de cosas (arts. 939 y s. y 947 y s.). Debe ser considerada la disposición de este inc. en relación con la del art. 944, que le quita aplicabilidad (v. la anot. al art. 939).

El inc. 5) se refiere a la obligatoriedad de la contratación, que esta detenidamente comentada en la anot. al art. 809, incluida la excepción por causas de seguridad, la misma que ha de tenerse en cuenta para el caso que aquí se anota. La referencia a la disponibilidad, implica que en los servicios llamados de línea (Messineo), la prestación del servicio o la contratación del transporte ha de realizarse según el orden de las peticiones, sin preferencias o discriminaciones que alteren la igualdad de trato que el inc. 2) establece como regla para todos los usuarios, orden de peticiones que se satisface según existan disponibilidades de espacio para el pasaje o la carga, salvo también algunas situaciones de excepción previstas en las autorizaciones administrativas generales o en los reglamentos especiales de cada medio de transporte, para personas enfermas que requieren viajar para su atención inmediata o para carga destinada a socorrer situaciones de emergencia.

ARTÍCULO 936.- (Transporte combinado). El contrato de transporte a cargo de dos o más transportadores hace a cada uno responsable por la parte que hubiera ejecutado.

El transporte combinado, cuando se pacte en documento único, los hace responsables solidariamente por la ejecución total del contrato.

Conc: c. c. 435 - 999 - c. aé. 190- 191 - 192 - c. ts. 163 - Rgto. gral. ff. cc. 162 - 163 - c. com. 788 - 793-935-950-

El transporte combinado supone el empleo de dos o más empresas de un mismo medio de transporte, v. gr., dos o más empresas aéreas o ferrocarrileras para la ejecución de un solo contrato de transporte, o la utilización de dos o más medios de transporte para la ejecución de un mismo contrato, v. gr. transporte naval en parte y aéreo o ferroviario en otra parte.

La disposición del art. es general, aunque subordinada a las excepciones de las leyes y reglamentos especiales. Así, el c. aér. (art. 191) determina que en los transportes combinados que se efectúen en parte por aeronaves y en parte por otros medios de transporte, la reglamentación aeronáutica es la que se aplica exclusivamente al transporte aéreo, salvo pacto expreso sobre las condiciones relacionadas con los otros medios concurrentes para la ejecución del contrato, dependiendo, por consiguiente, en este caso, los efectos de la solidaridad de la existencia de ese pacto expreso, regulación que en realidad concuerda con las disposiciones del art.

La solidaridad de vanos transportadores en el transporte aéreo, (art. 190), no sólo está prevista por la intervención sucesiva de los mismos en la ejecución de un contrato como en el caso del art. 950 del Código, sino también para el supuesto de que contratado el transporte con un transportador, el contrato sea ejecutado por otro.

En el transporte automotor, las empresas de transporte son responsables según las especificaciones del c. ts. (art. 163), que se aplican en concordancia con las que establece el capítulo en examen.

En el transporte ferroviario, los arts. 162 y 163 del Rgto. gral. ff.cc., regula la materia concordantemente con las de este art.

ARTÍCULO 937.- (Jurisdicción nacional). El transporte puede iniciarse o concluir fuera de la República y los transportadores se hallan sometidos a las leyes nacionales y tribunales bolivianos por hechos que comprometan su responsabilidad dentro del territorio nacional.

Conc: c. c. 1281 - 1449-loj. 1 -p. c. 1 - c. com. 2-

ARTÍCULO 938.- (Prescripción de acciones). Las acciones derivadas del contrato de transporte prescriben en un año.

Conc: c. c. 1492 - c. com. 945 - 956 - 957

SECCIÓN II TRANSPORTE DE PERSONAS

ARTÍCULO 939.- (Responsabilidad por daños personales o muerte del pasajero). La empresa transportadora, esté o no amparada por un contrato de seguro, responde de las lesiones, daños corporales o muerte del pasajero, ocurridos durante la ejecución del contrato de transporte, desde el momento en que se haga cargo de este. La responsabilidad comprende, además, tanto los daños causados por los vehículos utilizados por el transportador, como los ocurridos en los sitios de embarque, desembarque, estaciones intermedias e instalaciones utilizadas por el transportador.

Esta responsabilidad cesará en el momento del desembarque del pasajero en el lugar de destino y en cualesquiera de los siguientes casos:

- 1) Cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del pasajero o por lesiones orgánicas o enfermedad anteriores al mismo, que no hayan sido agravadas por hechos imputables al transportador;
- 2) Cuando los daños sean causados por terceras personas, exclusivamente.

Igualmente, el transportador responde de las pérdidas o daños sufridos por el equipaje del pasajero, conforme a contrato y reglamento oficial.

Conc: c. c. 998 - c. aé. 175 - 176 - 177- c. ts. 163 -Rgto. gral. ff. cc. 168 - 169 - 170 - c. com. 930 - 931-944-

Nótese, desde luego, que esta excluida la responsabilidad por retraso o incumplimiento en la realización del transporte, que supone un incumplimiento del contrato. Por regla general, las legislaciones para preservar a las empresas de transporte de las múltiples indemnizaciones a que los fáciles y frecuentes retrasos las expondrían, únicamente obligan, cuando la causa del retraso no es imputable al pasajero, a la devolución del importe del boleto de pasaje, en la forma prevista por el art. 944, que prácticamente deroga la responsabilidad de incumplimiento o retraso en el cumplimiento del contrato por causa imputable al transportador, que legisla el inc. 4) del art. 935.

La responsabilidad que establece el art., se funda en la consideración de que es obligación de la empresa conducir sano y salvo al pasajero al punto de destino, por cuya virtud debe el resarcimiento de todo daño que le suceda durante el viaje, si no prueba alguna de las excepciones señaladas en los casos 1) y 2) de la fracción segunda del art., para la demostración de las cuales, además, se invierte la carga de la prueba que queda desplazada al transportador (Vivante, Malagarriga).

El art., en esta materia (responsabilidad del transportador) aplica la teoría del riesgo (Fernández), imponiendo a la empresa transportadora la obligación de indemnizar, medie o no culpa de su parte, eximiéndole de ella únicamente en los supuestos de fuerza mayor (art. 935, casos 3 y 4), culpa de la víctima, o de un tercero, por quien la empresa no sea civilmente responsable (caso de sus agentes o dependientes, supuestos en el cual la responsabilidad no es eximible: arts. 992 c.c. y 69 p.p.).

El c. aé. incorpora el principio de la responsabilidad objetiva, con prescindencia de la culpabilidad, al determinar (art. 175) que el transportador es responsable del daño en caso de muerte o de lesión corporal del pasajero, por la sola razón de que se haya producido a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarque o desembarque. La única excepción admisible es la de que la muerte o lesión se deba exclusivamente al estado de salud del pasajero (y en el caso de los daños en los equipajes-art. 176 c. aé.-si estos son resultado exclusivo de la naturaleza o vicio propio del equipaje).

En ambas regulaciones, la del art. en examen y la del c. aé. están excluidos los daños morales, no explícita sino implícitamente, según se infiere de la referencia explícita a los daños o lesiones corporales y de acuerdo a la regla general del derecho común, aplicable a la materia, según la cual la reparación del daño moral exige previsión expresa de la ley (c.c. art. 994, II), no contenida en la disposición aquí anotada.

La subordinación de la responsabilidad por los daños en el equipaje del pasajero, al contrato y a los reglamentos, implica las limitaciones de monto indemnizable si no media declaración expresa de valores, que debe consignarse por escrito al tiempo de su embarque, con la verificación reglamentaria del caso.

ARTÍCULO 940.- (Obligaciones derivadas del transporte). En los transportes aéreos, el transportador atenderá por su cuenta los gastos del alojamiento, alimentación, traslado a hoteles y aeropuertos, de los viajeros obligados a hacer paradas o desviaciones imprevistas en sus rutas y horarios, aunque fuere sin culpa del transportador.

Conc: c. aé. 188 - c. com. 929 -

ARTÍCULO 941.- (Boletos o pasajes). El boleto o pasaje proporcionado al viajero por la empresa, expresara en forma destacada y clara la fecha y hora del viaje, plazo de validez, lugar de partida, destino y precio.

Para el equipaje, proporcionará un documento que identifique a la empresa transportadora expresando el número y peso de bultos, así como el destino.

Conc: c. aér. 145- 147-c. com. 929-943 -

Al pago del transporte, el transportador debe entregar al pasajero el boleto de pasaje, que cumple función de prueba del contrato y la posesión del mismo identifica al contratante-viajero. En el transporte aéreo, el billete de pasaje incluye el nombre del pasajero (art. 142, c. aér.).

ARTÍCULO 942.- (Contenido del boleto o pasaje y transferencias). Los boletos o pasajes expedidos, deben contener las especificaciones exigidas por los reglamentos oficiales y sólo podrán transferirse a terceros, conforme a tales reglamentos.

Conc: c. com. 929 -

ARTÍCULO 943.- (Desistimiento, postergación o cambio de ruta). El desistimiento del viaje, su postergación o los cambios de ruta, con devolución o reintegro del valor del pasaje, se rigen por los reglamentos oficiales que norman la materia.

Conc: c. aér. 188- 189- c. com. 941 -944 -

La regulación de los arts. 940 a 943, es propia de las reglamentaciones particulares de cada medio de transporte.

ARTÍCULO 944.- (Devolución del importe del pasaje). Si no pudiera realizarse el viaje o se retrasara con exceso, por causas no imputables al pasajero, éste podrá pedir la resolución del contrato con la devolución del importe pagado, sin descuento alguno.

Conc: c. aér. 188-c. com. 935, 4)-939-943-
Véase la anot. del inc. 4) del art. 935 y la del art. 939.

ARTÍCULO 945.- (Efectos no reclamados). Si los efectos depositados en las oficinas o lugares de embarque o desembarque u olvidados en los vehículos, no fueran reclamados dentro de los ciento ochenta días, computados a partir de la fecha de arribo al punto de destino, serán vendidos en pública subasta por orden del juez, cesando desde ese momento la responsabilidad del transportador.

La suma obtenida en el remate será aplicada al pago de deudas legítimas ocasionadas por el procedimiento y otros, y el saldo, si lo hubiera, se entregará al pasajero.

Conc: c.c. 145 - L.ff.cc. 60 - c. com. 938 -

SECCIÓN III **TRANSPORTE DE COSAS**

ARTÍCULO 946.- (Concepto). Por este contrato el transportador asume las obligaciones y responsabilidades emergentes de la traslación de las cosas aunque utilizara los servicios de terceros. El transportador puede convenir con otros el transporte de las cosas, salvo pacto en contrario.

Precd: c. mtl. abrg. 174 -

Conc: c. aé. 149 y s. - 156 y s. - c. com. 930 - 931 -947-962-

En el transporte de cosas, intervienen dos partes: el remitente, que es aquel por disposición del cual se efectúa el servicio de transporte y el transportador o porteador que es aquel que se compromete a efectuarlo. El destinatario, es aquel a quien van dirigidas las cosas transportadas. De ordinario, es un tercero, extraño al contrato aunque se beneficie de el (Messineo) y el transporte se configura-para el-como otorgado a favor de tercero (c.c. art. 526), en el que el destinatario adquiere un derecho propio y no el derecho del remitente.

El porteador puede hacer realizar el transporte por otro. Resulta indiferente que para la realización del mismo, el transportista se valga de la propia organización empresarial, utilizando sus propios vehículos y personal, o que se valga de medios ajenos o de otra empresa, a menos que se haya pactado expresamente que el porteador no esta autorizado a ello por el remitente.

La responsabilidad emergente corresponde al porteador que ha intervenido en la contratación y sus relaciones con los terceros a quienes ha encargado la ejecución del contrato son independientes y no afectan en modo alguno los derechos que emanan de la responsabilidad del porteador contratado, para el remitente.

ARTÍCULO 947.- (Responsabilidad del transportador). El transportador es responsable de las cosas o mercaderías entregadas para su transporte, desde el momento en que las reciba hasta

que las entregue al destinatario en el lugar, forma y tiempo estipulado en la carta de porte, guía o conocimiento de embarque.

Ninguna cláusula puede reducir la responsabilidad del transportador, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

Precd: c. mtl. abrg. 178-

Conc: c. aér. 177-184- L. ff. cc. 162 - c. com. 714 -946-948-956-966-967-

El carácter de servicio público que revisten los transportes, y la naturaleza monopolística con que, muchas veces, las empresas de transporte ejercen su actividad, influyen en las reglamentaciones para que se de un trato de cierta severidad a las mismas, al determinar sus responsabilidades.

La responsabilidad del transportador por el perecimiento o averías, o, en general, por el daño de las cosas transportadas, dura desde - el momento de la recepción hasta el de la entrega, salvo los casos de excepción que la misma ley señala y que se mencionan más adelante. Típicamente, esta responsabilidad depende del receptum (Messineo), es decir, del hecho de que, no entregando al destinatario la cosa que el ha recibido para transportarla :indemne, tal como hubo de recibirla el, falta a su obligación y al cumplimiento de la misma (art. 954, inc. 5: obligaciones del transportador).

Sobre el fundamento de esta responsabilidad, se han dado en la doctrina diversas teorías. La culpa presunta del porteador ha sido justificadamente rechazada por Vivante y Ripert (este último cit. por Malagarriga), habida cuenta el peligro de que su admisión dejaría al transportador eximido de responsabilidad si probara que procedió con diligencia. Según Fernández, la responsabilidad del transportador responde a la teoría del riesgo, por cuya virtud este responde cualquiera sea la causa de los daños, quedando eximido únicamente en los casos señalados por la ley (arts. 948, 966, 967 y 969). Siburu y Malagarriga (en la doctrina argentina) optan por la teoría contractual para explicar el principio de la responsabilidad del porteador, porque es suficiente -se dice- considerar que al no entregar intactas -o al entregar con retardo- las mercaderías, deja incumplido el contrato de transporte.

El c. aér., como en el caso de los daños sufridos por los pasajeros y sus equipajes (arts. 175 y 176; v. la anot. al art. 939), establece la responsabilidad objetiva del transportador para el transporte de cosas (art. 177), mientras el Código, en el capítulo en estudio (v. el inc. 9 del art. 954), declara la responsabilidad contractual, esto es, fundándola en el incumplimiento del contrato.

La responsabilidad de la empresa transportadora, comprende, desde luego, la derivada de un hecho cualquiera de sus empleados o dependientes (c.c. art. 992).

Los casos que pueden dar lugar a la responsabilidad en el transporte de mercaderías, son:

a) Pérdida total o parcial de las cosas transportadas, o sea, su extravío, de modo que el porteador se vea imposibilitado de cumplir la obligación de entregarlas (arts. 954, 8, y 961).

b) Avería, que no es fácilmente distinguible de la pérdida, una vez que se confunden si por Avería se entiende el deterioro, la merma o la corrupción de las cosas, atribuidas a causas internas y externas, siendo, quizá, dice Fernández, la única diferencia aceptable la que se refiere a que la Avería afecta a las cosas en su sustancia, mientras que la pérdida las afecta en su cuantía. El Código habla indistintamente de averías (art. 954, 8), de mermas y deterioros (arts. 966, 4, y 969). Las averías internas o no-aparentes deben ser reclamadas por el destinatario dentro de los 30 días siguientes a la recepción (art. 958, caso 4). Las averías externas o aparentes deben hacerse constar a tiempo de la entrega, por aplicación de lo preceptuado en e inc. 1) del art. 956 y de lo que dispone el inc. 7) i.f. del art. 954. Estas cuestiones en otras legislaciones están cuidadosa y ordenadamente reguladas. La formulación del Código no es lo debidamente adecuada, lo que explica las indicaciones precedentes.

El c. aé. (art. 187) establece una escala de plazos para el reclamo de averías, según se trate de equipaje (7 días) y mercaderías (14 días) y para el supuesto de pérdida o destrucción de unos y otras (21 días). La L. ff.cc. (art. 170) concede el plazo de 30 días para las pérdidas.

c) El retraso, que equivale a una entrega posterior a la oportunidad convenida en el contrato (fecha pactada, art. 954, caso 6). En ciertos casos los retrasos superiores a los plazos que la ley marca, se consideran como equivalentes a la pérdida de la cosa (L. ff.cc. art. 170).

En el contrato de fletamento aéreo (charter), que tenga por objeto el transporte comercial de personas o mercaderías, la responsabilidad de que trata el art., recae solidariamente sobre el fletante y el fletador.

La segunda fracción del art., establece la ineficacia de toda cláusula que tienda a limitar o reducir la responsabilidad, para evitar en protección de los usuarios las pretensiones excesivas de las empresas transportadoras que sin esta restricción de la ley, podrían imponer a los clientes cláusulas que en la práctica equivaldrían a la irresponsabilidad de aquellas. Otra cosa son las

limitaciones que la misma ley impone, sea como exoneración, cesación o ausencia de responsabilidad, que se consideran con las disposiciones pertinentes.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 3 del art. 801.

ARTÍCULO 948.- (Exoneración de responsabilidad). Si las cosas o mercaderías entregadas para el transporte, estuvieran mal embaladas, se encontraran en evidente estado de descomposición, o el embalaje fuera insuficiente, el transportador inscribirá en la carta de porte o en la guía, con participación del remitente o despachador, en caracteres nítidamente legibles una de las siguientes observaciones:

- 1) "Embalaje en mal estado";
- 2) "Embalaje insuficiente";
- 3) "Mercadería en mal estado";
- 4) "Mercadería quebradiza";
- 5) "Mercadería expuesta a perecer";
- 6) Otras observaciones pertinentes.

En estos casos, la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados al destinatario recaerá directamente sobre el remitente, quedando el transportador exento de la misma.

Conc: c. com. 712-713-947-949-956-966-967-

El art. señala causas que, consignadas con claridad indubitable en la guía o en la carta de porte, determinan y justifican la exoneración de responsabilidad para el transportador, a quien no se puede atribuir las consecuencias de un embalaje malo o deficiente que afecta a la seguridad de las cosas o por el evidente mal estado de estas o porque se trata de mercadería expuesta a pérdidas por su propia naturaleza. Es evidente que aquí se trata de un hecho del remitente o cargador, y no sería lógico ni jurídico imponer al transportador la obligación de responder por las consecuencias de situaciones que incumben a la responsabilidad del remitente.

Aunque no lo especifica el art., las situaciones previstas en el mismo, pueden inclusive justificar un rechazo del pedido de transporte, si ellas son de tal manifiesta gravedad (v. gr. en el caso de mal estado o descomposición de la mercancía) que impliquen el peligro de una contaminación

con mercaderías similares de otros cargadores entregadas en buen estado y condiciones normales.

La consecuencia señalada en la fracción segunda del art. respecto del transportador, es, en realidad, el objeto propio de esta disposición. La responsabilidad del remitente frente al destinatario o consignatario del despacho, depende, más que de esta disposición, del tipo de contrato a cuyo mérito el remitente le despacha la mercadería, las estipulaciones y efectos del cual son los que definirán la responsabilidad, si cabe.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso único del art. 954.

ARTÍCULO 949.- (Conducta dudosa). El transportador que utilice dolosamente las frases mencionadas en el artículo anterior, incurre en las sanciones previstas en el Código Penal para el delito de estafa.

Precd: c. mtl. abrg. 184 -

Conc: c. p. 335- c. com. 948 -

El supuesto del art. implica conducta delictiva en el porteador y, como a tal, le señala la ley punible correspondiente, aunque sin detenerse mayormente a considerar si ella cabe en todos los casos. En efecto, para su aplicación ha de tenerse en cuenta, previamente, si el porteador es una persona individual o es una persona colectiva. De acuerdo al principio de la personalidad del delito y sus consecuencias, la sanción sólo puede ser aplicable al autor del comportamiento doloso. Si se trata de un transportador persona individual, ha de tenerse en cuenta además si el que incurrió en la conducta punible es un dependiente de él, caso en el cual, para el transportador, que es el titular del negocio, sólo cabe la responsabilidad civil, si no ha tenido participación en la comisión del hecho (art. 69, p. p.). Tratándose de persona colectiva (que es la organización frecuente de la empresa de transporte), esta sólo; tiene la responsabilidad civil porque no es penalmente responsable. La responsabilidad penal, entonces, sólo corresponde al agente culpable y no a la empresa (V. la anot. al art. 133, punto 7).

ARTÍCULO 950.- (Varios transportadores). Si en la carta de porte, guía o conocimiento de embarque, se hiciera constar la intervención sucesiva de varios transportadores, todos responden, en forma solidaria, por la ejecución total del contrato. Sin embargo, cada uno de los

transportadores intermedios, es responsable de los daños ocurridos durante el recorrido a su cargo.

El transportador que indemnice el daño por el cual sea responsable otro de los transportadores, se subroga en las acciones que contra éste existan por causa de tal daño. Si fueran varios los culpables, se prorrata entre ellos con relación al tramo a su cargo, exceptuándose a aquellos que prueben que en su recorrido no ocurrió el daño.

A este fin, cada uno de los transportadores tiene el derecho de hacer constar en la carta de porte, guía o conocimiento de embarque o en documento aparte, el estado de las cosas al momento de su recepción. El silencio o falta de observación, se interpretara en sentido de que las cosas fueron recibidas por el transportador en buen estado y de acuerdo con la carta de porte o guía o los documentos que las amparen.

Conc: c. aér. 192-c. com. 936 -

En los transportes combinados en que intervienen varios transportadores, se considera a estos como una sola empresa para todos los efectos de la contratación y la ejecución del contrato, sin perjuicio de las acciones que puedan corresponder entre si a las respectivas empresas, por consecuencia de las bases de la combinación del transporte. Este principio de que cuando el transporte se realiza por varios transportadores, como transporte único y con la misma carta de porte, se considera como una sola y única la responsabilidad, esta expresamente adoptada en la generalidad de las legislaciones con la conformidad de la doctrina (Thaller, Duverdy, Josserand, Bruschetti, Fernández, Malagarriga, Vivante).

Josserand (cit. de Fernández), observa que cuando el primer transportador se limita a tomar a su cargo la contratación de nuevos transportes con las empresas sucesoras hasta el punto de destino, la situación es diversa, porque cada empresa actúa en forma independiente y se trata de varios transportes realizados en forma autónoma y sucesiva, es decir, sin unidad jurídica, cuya característica es el transporte único con una misma carta de porte, observación que parece lógica y que debe considerarse relativa a una situación en la que no tiene aplicación el art.

La responsabilidad de todas las empresas que intervienen en el transporte es única y directa y no derivada, por razón de la solidaridad dispuesta por el art. expresamente, a más de la que presume en todo contrato mercantil el art. 788, aunque sin perjuicio de las acciones que correspondan entre las empresas comprometidas en el transporte único o contra la que causo el perjuicio.

La presunción contenida en la fracción 3a del art. ha de considerarse que es de las que no admiten prueba en contrario, una vez que la posibilidad de ella no esta expresamente señalada por el art. (c. c. art. 1318, III).

ARTÍCULO 951.- (Ejercicio del derecho de retención y privilegio). Para el ejercicio del derecho de retención y privilegios a que dé lugar la ejecución del contrato, el último transportador es considerado como representante de los demás. Si éste fuera negligente u omitiera ejecutar el derecho de retención o los privilegios, responderá a los demás de los daños y perjuicios.

Conc: c. com. 955, 4) -

Véase la anot. al art. 955 (inc. 5).

ARTÍCULO 952.- (Obligaciones del remitente). El remitente o cargador está obligado a:

- 1) Entregar las mercaderías debidamente embaladas, en el lugar y tiempo convenidos con indicación del nombre y dirección del destinatario, lugar de entrega, naturaleza, valor, número, peso o volumen de las cosas;
- 2) Proporcionar los documentos que permitan el libre tránsito de la carga y los que sean necesarios para el cumplimiento de las formalidades de policía, aduana, sanidad y otras;
- 3) Sufrir los comisos, multas y otras sanciones que se impongan por infracción de leyes e indemnizar al transportador de los perjuicios causados por violación de las mismas;
- 4) Sufrir las pérdidas y averías de las mercaderías resultantes de vicio propio o de casos fortuitos, salvo lo indicado en los incisos 8) y 9) del artículo 954, y
- 5) Responder al transportador de los daños y perjuicios emergentes del incumplimiento del contrato, así como de los gastos necesarios que para el cumplimiento del mismo y fuera de las estipulaciones, hubiera hecho en beneficio del remitente, cuando sean justificados.

Precd: c. mtl. abrg. 184 (para el caso 4º) -

Conc: c. com. 953 - 954, 8) y 9) - 971 -

Aunque el de transporte no esta considerado como un contrato real (v. la anot. al art. 927), la entrega (inc. 1) de las cosas que deben ser objeto de transporte es presupuesto del cumplimiento del contrato. La carta de porte que se emite en el momento de la entrega tiene eficacia constitutiva en lo que a ella se refiere (v. la anot. al art. 712).

Las obligaciones detalladas en los demás incs., son conexas a la principal de la entrega, que debe hacerse en las condiciones normales y adecuadas para la realización del transporte, para no caer en la consecuencia señalada por el art. 948.

Las especificaciones contenidas en el art., están calcadas sobre las que contiene el c. com. mexicano (arts. 581 a 588, cit. de Rodriguez), y su inteligencia no requiere mayores explicaciones.

ARTÍCULO 953.- (Facultades del remitente). El remitente esta facultado para:

- 1) Cambiar de destinatario de las mercaderías mientras estuvieran en camino, con aviso oportuno al trasportador y devolución de la carta de porte, guía o conocimiento de embarque;
- 2) Cambiar, dentro de la ruta convenida, el lugar de entrega de la carga, avisando con la oportunidad necesaria al trasportador. En este caso pagará el valor total del flete convenido y canjeara la carta de porte o guía primitiva con otra donde constará el nombre del destinatario o del nuevo, si lo hubiera.

Precd: c. mtl. abrg. 183 -

Conc: c. com. 952 -

Aunque el art: no la menciona, una primera facultad que no puede desconocerse al remitente y que otras legislaciones la contemplan (v. gr. la italiana, c.c. art. 1685; c. com. mexicano, art. 587) es disponer a su voluntad la suspensión del transporte, antes o después de comenzarse el viaje, pagando lo que corresponda según los casos y obligándose a recibir los efectos en el punto y oportunidad en que la suspensión se verifique, si el viaje ya se inicio.

Los dos incs. del art. sólo contienen reglas sobre el derecho de disposición que incumbe al cargador sobre las mercaderías en ruta, cuyo ejercicio, desde luego, sólo procede en tanto no se haya hecho entrega del despacho al destinatario originario y supone el reembolso al porteador de los gastos que ocasionare.

Si el remitente se ha desprendido de la carta de porte por cesión, endoso o entrega, según sea nominativo, a la orden o al portador (art. 964), ya no puede ejercitar las facultades de que se ocupa el art.; pues, ambas facultades reposan sobre la calidad de contratante y poseedor directo de las cosas que atribuye la tenencia de la carta de porte.

ARTÍCULO 954.- (Obligaciones del transportador). El transportador deberá:

- 1) Recibir los objetos en el lugar y tiempo convenidos y extender la correspondiente carta de porte, guía o conocimiento del embarque;
- 2) Iniciar y concluir el transporte dentro del plazo estipulado precisamente por la ruta establecida en el contrato, salvo casos de fuerza mayor;
- 3) Realizar el viaje en la fecha convenida y si no hubiera día señalado, lo antes posible, con la máxima diligencia;
- 4) Cuidar y conservar las mercaderías bajo su exclusiva responsabilidad, desde que las reciba hasta su entrega al destinatario;
- 5) Entregar las mercaderías al tenedor de la carta de porte, de la guía o del documento respectivo;
- 6) Pagar, en caso de retraso que le sea imputable, la indemnización acordada y, si no se hubiera pactado al respecto, el perjuicio que hubiera causado al remitente y que será establecido mediante peritos;
- 7) Entregar las mercaderías pesadas, contadas y medidas de acuerdo a la carta de porte o guía, a no ser que estuvieran acondicionadas en cajones, fardos, barriles u otros, caso en el cual la entrega se hará sin daños exteriores del embalaje;
- 8) Pagar las pérdidas o averías que estuvieran a su cargo con arreglo al precio declarado de las mercaderías o, en su defecto, a juicio de peritos, y
- 9) Responder al remitente o al destinatario de los daños y perjuicios provenientes de su responsabilidad contractual.

Precd: c. mtl. abrg. 180-181 - 182-185- 186-

Conc: c. com. 952, 4) -959-964-965 -

La obligación de recibir las cosas que deben ser objeto del contrato de transporte, corresponde a la de entrega que debe hacer el remitente (art. 952, 1), cuyas finalidades coinciden.

La realización del transporte (incs. 2 y 3), su iniciación y conclusión, así como la ruta del viaje (si se ha consignado en el contrato: carta de porte, guía, conocimiento), son elementos propios de las estipulaciones del contrato, cuya inobservancia, salvo casos de fuerza mayor, da lugar a la responsabilidad prevista en el inc. 9): responsabilidad contractual.

La obligación de guarda y conservación, supone no sólo responsabilidad contractual, sino la premisa indispensable para el cumplimiento de la entrega que equivale al cumplimiento del contrato, de modo que su inobservancia importa la responsabilidad prevista en el inc. 9).

La materia de los incs. 6, 7, 8 y 9, ya ha sido vista en la anot. al art. 947. Se hará la entrega de las cosas por peso, cuenta y medida, si así esta establecido en la carta de porte, a menos que estén contenidas en los diversos envases que menciona el art., caso en el cual se cumple la obligación entregando estos sin daños externos o averías aparentes.

JURISPRUDENCIA

"Procede el pago de daños y perjuicios aunque no hubiese habido voluntad y malicia, cuando - como en el caso de autos que trata de transporte de pescado- existe falta de precaución y cuidado, lo cual acarrea responsabilidad por el acto material culposo, de acuerdo a las disposiciones de los arts. 174 y s. del c. mtl. (946 y s. del c. com.)" (G.J. N° 1350, p. 36).

ARTÍCULO 955.- (Derecho del transportador). El transportador tiene derecho a:

- 1) Cobrar la mitad del valor del porte convenido, si por negligencia o culpa del remitente o cargador no se verificara el viaje;
- 2) Percibir el total del porte convenido, si por negligencia o culpa del remitente no se efectuara el viaje, siempre que hubiera destinado un vehículo con el exclusivo objeto de realizar el transporte de las mercaderías, descontándose lo que hubiera aprovechado por conducción de otra carga, en el mismo vehículo;
- 3) Exigir al destinatario la recepción de las mercaderías que se encuentren en buen estado, siempre que, separadas de las averiadas, no sufran disminución en su valor;
- 4) Retener las mercaderías transportadas, mientras no se le pague el porte, y
- 5) Dejar en depósito judicial las mercaderías, previo reconocimiento de su estado por peritos, cuando en el lugar donde deba hacer la entrega no se encuentre el destinatario o su representante o si estándolo rehusaran recibirlas.

Conc: c. com. 951 -

Desde luego, el primer derecho del porteador es percibir el precio (flete) del transporte, por el cual goza de privilegio (c.c. art. 1349, 3).

Luego, tiene derecho a percibir el importe de los gastos, que necesariamente haya debido realizar para evitar averías a los efectos transportados o para el cumplimiento del transporte, también con el mismo privilegio (art. 952, 5).

Ser indemnizado por los daños que le ocasione la cosa transportada (art. 952, 5).

Los señalados en los incs. 1) y 2), también corresponden a la obligación del remitente, señalado en el art. 952, caso 5).

Respecto del inc. 3) se puede admitir el derecho de exigir la recepción por parte del destinatario, aunque existan partes averiadas que disminuyan el valor de las cosas transportadas, en concordancia con lo dispuesto por el art. 954, caso 8), si el porteador paga las averías o la disminución del valor.

El inc. 5) se explica por si solo.

El derecho más destacado en la enumeración del art. es el consignado en el inc. 4): derecho de retención, que constituye una garantía legal en favor del porteador como seguridad para la satisfacción de sus derechos (v. la anot. al art. 810). La extensión de este derecho abarca todos los objetos transportados, pero sólo para garantizar la cuantía del porte de los mismos. Se lo ejerce en tanto que las cosas transportadas están en poder del porteador y sólo sobre las cosas que han originado directamente la obligación, porque sólo es un derecho de retención, no de reintegro. Si las cosas ya no están en poder del transportador, no cabe el derecho de retención y tampoco sobre otras cosas que no sean objeto del porte cuyo pago se reclama, aunque pertenezcan al mismo remitente y estén destinadas al mismo consignatario.

En el caso de transportes combinados o efectuado por varios transportistas (art. 951), el derecho de retención sólo puede ser ejercido por el último porteador, ya que así como sobre este puede hacerse efectiva la responsabilidad contraída por cualquiera de los porteadores, a mérito de la solidaridad dispuesta por el art. 950, es lógico que sea también quien pueda ejercer el derecho de retención, que es garantía solidaria para todos ellos.

ARTÍCULO 956.- (Cesación de responsabilidad). La responsabilidad del transportador por pérdida, daños o averías, cesa:

1) Por la recepción de las mercaderías por el destinatario sin reclamación, una vez que éste haya verificado su estado y declarado su conformidad;;

2) Por el transcurso de un año, en los contratos de transporte dentro del territorio nacional.

Conc: c. com. 938-947-948-957-

En el supuesto del caso 1) del art. hay cumplimiento del contrato, que aceptado Sin observación por el destinatario no puede fundar ninguna responsabilidad.

En el caso 2), hay prescripción (arts. 938 y 957).

JURISPRUDENCIA

Véase el caso único del art. 954.

ARTÍCULO 957.- (Prescripción). El término de la prescripción señalada en el artículo 938 comenzara a correr, en los casos de pérdidas, desde el día siguiente de terminado el viaje, y en los de averías, desde el día posterior al de la entrega de los efectos.

Conc: c. com. 938 - 956, 2) -

ARTÍCULO 958.- (Obligaciones del destinatario). El destinatario debe:

- 1) Recibir las mercaderías sin demora, siempre que el estado de ellas lo permita y guarden conformidad con las condiciones expresadas en la carta de porte o guía;
- 2) Otorgar constancia de la recepción de las mercaderías;
- 3) Pagar al transportador el porte convenido y demás gastos, sin perjuicio de las reclamaciones que hiciera, cuando éstos sean a su cargo;
- 4) Reclamar, dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la mercadería, sobre el estado y condiciones de las mismas;
- 5) Responder de los perjuicios que por su negligencia causara al transportador, y
- 6) Dar aviso al remitente, sin pérdida de tiempo, de cuanto se refiera a las mercaderías recibidas.

Conc: c. com. 959-967- 969 -

La obligación reglada en el inc. 1) corresponde al derecho del porteador consignado en el número 3) del art. 955 (v. la anot. respectiva). La obligación le impone recibir sin demora el despacho del cual es consignatario que incluye toda la carga que este en buen estado, separando de ella la parte averiada que no importe disminución en su valor.

La constancia de la recepción (inc. 2), se otorga mediante la devolución de la carta de porte, o mediante recibo de los objetos que recibe, en defecto de la carta de porte, recibo que surte los mismos efectos que la devolución de esta y debe consignar el detalle correspondiente, según la carta de porte haya sido emitida a la orden o al portador.

La falta de cumplimiento del inc. 3) puede dar lugar a que el porteador ejercite el derecho de retención (art. 955, 4). El inc. 4), esta comprendido en la anot. al art. 947. La responsabilidad establecida en el inc. 5) se funda en el principio general del art. 984 del c.c., aplicable a la materia. La obligación del inc. 6) esta comprendida entre las que derivan del genero de la relación jurídica que tiene con el remitente.

ARTÍCULO 959.- (Derechos del destinatario). El destinatario tiene derecho a:

- 1) Que se le entreguen las mercaderías consignadas a su nombre, en la dirección o sitio convenido;
- 2) No recibir las mercaderías cuando éstas no guarden relación con la carta de porte o guía;
- 3) Que se le reembolsen los anticipos que hubiere efectuado para el transporte de las mercaderías, y
- 4) Todo lo demás que estuviera previsto en las prescripciones de este Capítulo.

Conc: c. com. 954-958 -

Estos derechos corresponden a otras tantas obligaciones tanto del porteador como del cargador, que se han examinado en las anots. anteriores.

Fundamentalmente tiene derecho a exigir que se le entregue las cosas transportadas en tanto es el detentador de la carta de porte y tiene el de negarse a recibirlas en los casos que la ley le autoriza negarse a la recepción.

ARTÍCULO 960.- (Obligaciones generales). Las empresas de transporte en general están obligadas a:

- 1) Dar a conocer al público los reglamentos oficiales, fijándolos en sitios visibles de sus terminales, oficinas y vehículos;
- 2) Transcribir los artículos pertinentes del reglamento oficial al reverso de los conocimientos de embarque, cartas de porte y guías, y

3) Entregar la carga en las condiciones y lugares convenidos.

Conc. c. com. 964 - Rgto. gral. ff.cc. 85 -

El inc. 3) es una repetición innecesaria de anteriores regulaciones. El inc. 2) puede considerarse como dato adicional al contenido del título - valor que supone la carta de porte (art. 715).

El inc. 1) , es una obligación propia de la explotación de todo servicio público.

ARTÍCULO 961.- (Perdidas). En caso de pérdida total o parcial de las cosas, imputables al transportador, el remitente acreditará por los medios legales de prueba, la entrega y el valor de las cosas depositadas en poder del transportista.

Conc: c. aé. 183 - Rgto. gral. ff.cc. 173 - c. com. 963 -969-971-

El medio legal de prueba para acreditar la entrega de la cosa a transportarse por el porteador y el valor de las cosas depositadas en su poder para el efecto, esta constituido por la carta de porte, la guía o el conocimiento. Así resulta inequívocamente de lo que dispone el art. 962, según el cual todas las cuestiones suscitadas respecto de la ejecución y cumplimiento del contrato, se deciden por la carta de porte o la guía.

El extravío de la carta de porte o de la guía, se suple con un duplicado que se obtiene del porteador (art. 964), quien emite tales documentos desprendiéndolos de talonarios que llevan varias copias. En su caso, se puede pedir la exhibición correspondiente (art. 59) que eventualmente podrá servir, por lo menos, como principio de prueba escrita (art. 63), sobre cuya base el interesado podrá aportar las pruebas corroborantes aludidas en el art. siguiente (963).

Si la guía o la carta de porte no contiene especificación de la clase de mercaderías ni su valor, la responsabilidad del porteador se determina según el art. 971: fijando un monto que no exceda de cien veces el importe del flete correspondiente que se haya pagado, según aparezca consignado en la carta de porte o la guía.

En el transporte ferroviario, el Rgto. de la materia (art. 173), señala que la indemnización se hará de acuerdo con el valor declarado en la guía, cuyo importe no podrá exceder. Si no se ha declarado valor y el de la mercadería periclitada fuese conocido, se ajustará a este la indemnización.

En el transporte aéreo (art. 183 c. aé.), la ley señala un mínimo para el caso de que no se declare valor y si este ha sido declarado, la indemnización se hará hasta el límite declarado.

ARTÍCULO 962.- (Valor probatorio). Por la carta de porte o la guía se decidirán todas las cuestiones suscitadas sobre la ejecución y cumplimiento del contrato, sin que en contra de su tenor puedan admitirse otras excepciones que las de falsedad o error material en la redacción.

Precd: c. mtl. abrg. 179 -

Conc: c. com. 946 - 963 - 971 -

Comprendido en la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 963.- (Pérdida de la carta de porte o de la guía). En caso de pérdida de la carta de porte o de la guía, cualquier controversia se decidirá por las pruebas aportadas por los interesados. Incumbe siempre al remitente la relativa a la entrega de la carga.

Conc: c. com. 712 - 961 - 962

Comprendido en la anot. al art. 961.

ARTÍCULO 964.- (Forma de emisión). La carta de porte y la guía, pueden ser expedidas a nombre del destinatario, a la orden de este o al portador.

Cualquier interesado puede solicitar copias que será otorgadas con la constancia de que son duplicadas.

Conc: c. com. 712-713-954, 5)-960, 2)-

Véase las anotaciones a los arts. 511, 516, 520, 539, 712, 713 y 953.

En la expresión cualquier interesado, ha de entenderse que están comprendidos el remitente, el destinatario y sus causahabientes.

ARTÍCULO 965.- (Entrega contra pago). El transportador que entregue las cosas sin cobrar el valor de los bienes, tratándose de un envío sujeto a entregar contra pago, responde al remitente del importe de las cantidades debidas al mismo y no puede reclamar el pago de los que se le adeude por el transporte quedando a salvo su acción contra el destinatario.

Conc: c. com. 954, 7) -

El art. comprende, prácticamente, un mandato que ha de cumplir el transportador para el remitente. Si aquel lo acepta y se deja constancia expresa en la carta de porte, tanto sobre el cobro del valor de los bienes previo a la entrega, o como condición para que esta se efectúe, cuanto por el precio (flete) del transporte, las previsiones del art. se aplican estrictamente en los supuestos que menciona, cual si se tratara de un mandato especial comprendido en las determinaciones del art. 1238, in fine.

Así, el ejercicio del derecho del destinatario, señalado en el inc. 1) del art. 959: exigir la entrega de la cosa transportada, esta subordinada a la carga del pago de los créditos del remitente derivados del envío de la cosa transportada, como también al de los créditos propios del porteador derivados del transporte.

Las cantidades adeudadas por el destinatario al remitente, mencionadas en este art., representan derechos de este frente a aquel, de ordinario, por el valor de la cosa enviada, esto es, su precio (puede tratarse de una venta con modalidad de entrega contra pago). En el caso, el porteador es considerado, dice Messineo al anotar el art. 1692 del c.c. italiano que contiene similar disposición, como delegado activo para el pago del remitente (delegante) o sea acreedor adjunto frente al destinatario (delegatario). La delegación activa de pago, consiste en la autorización dada a un tercero (delegado, en este caso el porteador) a recibir el pago de una obligación vencida, con la consecuencia de que el deudor (el destinatario, delegatario en la delegación) aún pudiendo pagar al acreedor (el remitente, o delegante en el caso) debe antes ofrecer la prestación al nuevo acreedor (delegado, o porteador en este caso) Esto último, deviene obligatorio, porque es la única manera con que el destinatario puede obtener la entrega de la cosa transportada.

En otro lugar, se explica la delegación, conforme a la opinión de Giorgi, como una especie de mandato que se hace por alguno, sea para cobrar, sea para pagar un crédito o una deuda que tenga contra o en favor de un tercero. Más, especie de mandato o delegación, supone la aceptación del porteador para cumplir el encargo o cometido.

ARTÍCULO 966.- (Ausencia de responsabilidad por daños). Las empresas de transporte no son responsables de los daños que sufran las cosas transportadas, en los siguientes casos:

- 1) Si fueran resultantes de vicio propio de la cosa;
- 2) Si las cosas se transportaran a pedido escrito del remitente, en vehículos no adecuados a la naturaleza de las cosas, sin embargo de ser advertido de este riesgo;

- 3) Si las cosas no estuvieran debidamente embalados o lo estuvieran inadecuadamente a su naturaleza, habiendo el remitente insistido en que sean transportadas. Cualquier deficiencia en el embalaje se hará constar en la carta de porte o guía;
- 4) Si se tratara de cosas que, por su naturaleza, por factores climatéricos o por otra causa natural estuvieran expuestas a pérdidas, rotura o daños totales o parciales y a deterioros o mermas. En estos casos, las empresas de transporte formularán una lista de las cosas expuestas a sufrir merma o el porcentaje del cual no se hacen responsables;
- 5) Si las cosas a transportarse fueran sustancias explosivas, inflamables, corrosivas u otras de naturaleza peligrosa, no declaradas en la guía o carta de porte, por omisión del remitente.

Precd: c. mtl. abrg. 184 -

Conc: c. com. 935, 4) -947-948-954, 9) -956-967-969- L. Ads. 167 - Rgto. gral. ff. cc. 187 a 193-

Como se ha señalado en algunas de las observaciones anteriores, el Código se distingue por una tendencia a multiplicar algunas de sus regulaciones en desparramada formulación. Respecto solo del transporte de las cosas, puede señalarse que las excepciones a la responsabilidad del porteador, v. gr., esta mencionada en la disposición general del art. 935, casos 3 y 4, en la exoneración de responsabilidad (art. 948), en la cesación de responsabilidades (art. 956), además de este que trata de la ausencia de responsabilidad. Un mejor ordenamiento habría aconsejado, por ejemplo en esta materia, la formulación del principio y de los supuestos de la responsabilidad, para luego tratar de las excepciones, así sea distinguiéndolas en causas de exoneración, de ausencia o de cesación, pero con alguna ordenación más sistemática.

El art. contiene algunas de las excepciones a la regla de la responsabilidad del porteador, quien no responde cuando los daños que sufren las cosas transportadas (Avería, pérdida o retraso) han sido ocasionados por vicios propios de las cosas o por hechos del cargador o remitente. Otra excepción a esa responsabilidad, es el hecho del destinatario, que esta reglado en el art. siguiente (967) con una rubrica que no tiene coherencia con el contenido del precepto, que no trata de otros casos de responsabilidad, sino de otras excepciones a esa responsabilidad. Otra excepción que no debió faltar en el art., es la del llamado caso (fortuito o de fuerza mayor), propia del art. en examen y que aparece suelta y separadamente normada en el art. 935, caso 3) (v. la anot. respectiva).

No hay responsabilidad cuando la pérdida o la avería es resultado de los vicios propios de la cosa (inc. 1). Se entiende por vicio propio de una cosa, la predisposición de esta a destruirse, por razón de su naturaleza o del estado en que se encontraba al ser entregada al porteador; por ejemplo, el exceso de madurez en los frutos, las enfermedades o el temperamento excesivamente

nervioso en los animales, la vetustez en los muebles, la volatilidad o inflamabilidad de ciertos líquidos, la combustión espontánea de algunos productos, la tendencia a fermentar, descolorarse, oxidarse o torcerse de determinados artículos, etc. La doctrina en este punto, como señala Fernández, es uniforme. Es una cuestión de hecho, que debe ser apreciada de acuerdo con las circunstancias especiales de cada caso.

El inc. 5), regula materia afín a la del inc. 1). Los artículos de naturaleza peligrosa, como los explosivos y sustancias inflamables, determinan la irresponsabilidad de las empresas porteadoras (Rodríguez, comentando la Ley de Vías de Comunicación mexicana, art. 71). El Código declara esa irresponsabilidad del porteador sólo en el supuesto de que el remitente o cargador haya omitido declarar la naturaleza peligrosa de la mercadería a transportarse, de lo que, a contrario, ha de inferirse que si existe la declaración extrañada, no hay ausencia de responsabilidad en el porteador. El Rgto. ff. cc., contiene disposiciones sobre los rótulos que los bultos con explosivos deben llevar, los vehículos especiales para su conducción, las precauciones durante el transporte, trasbordos y descarga (arts. 187 a 193). La L. Ads. (art. 167), contiene una lista de las mercaderías de fácil descomposición y de las sustancias inflamables, lista que puede ser ampliada por la autoridad administrativa competente, según las informaciones que al respecto reciba. También dispone los plazos en que deben despacharse en las aduanas las sustancias inflamables (3 días) y las mercaderías de fácil descomposición (15 días).

Los tres incs. restantes, 2), 3) y 4), corresponden al hecho del cargador. En el inc. 2) ha de considerarse por ejemplo como vehículo inadecuado, uno descubierto, cuando la naturaleza de las mercaderías a transportarse requieran vehículos cerrados o cubiertos. El inc. 3) supone que tratándose de mercadería que debe transportarse debidamente embalada, de acuerdo a su naturaleza, la falta de embalaje, o uno defectuoso e inadecuado a esa naturaleza de la mercadería, no deriva responsabilidad para el porteador si este ha observado lo pertinente al remitente, observación que debe constar en la carta de porte o en la guía, con la expresa consignación, además, en forma fácilmente legible de alguna de las notas indicadas por el art. 948.

En los supuestos del inc. 4), tienen aplicación las reglas siguientes:

-El transportador debe formular una lista o tabla de las mercaderías susceptibles de sufrir merma, tomando en cuenta su naturaleza, la estación y demás circunstancias que puedan influir, fijando el porcentaje o proporción de ella de cuya responsabilidad no se hace cargo.

-La empresa transportadora no es responsable, cuando la merma exceda de lo normal, en el supuesto de que la mercadería ha sido cargada por el remitente y descargada por el destinatario (art. 969).

-Si la carga se pierde totalmente, el transportador no podrá intentar reducir su responsabilidad por razón y en la proporción de la merma (art. 970).

-Si el embarque y desembarque fueron hechos por el remitente y el destinatario, respectivamente, el transportador no responde de los daños producidos en esas operaciones (art. 967).

ARTÍCULO 967.- (Otros casos de responsabilidad). Tampoco son responsables de los daños ocurridos en las cosas durante el embarque y desembarque, cuando fueran hechos directamente por el propio remitente o destinatario.

Conc: c. com. 947 - 948 - 958 - 966 -
Comprendido en la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 968.- (Inspección aduanera). Si para el cumplimiento de la inspección aduanera y otra legal, debiera ser abierto el vehículo o el embalaje antes de llegar a destino, los inspectores harán constar en acta el número y estado de los sellos y precintos existentes y colocarán otros nuevos después de inspeccionada la carga, dejando constancia.

Conc: c. com. 929 -

ARTÍCULO 969.- (Merma a cargo del remitente o destinatario). Cuando las mercaderías hubieran sido embarcadas por el propio remitente y descargadas por el destinatario, las empresas estarán también exentas de su responsabilidad, aún en el caso en que la merma sobrepase el porcentaje previsto.

Conc: c. com. 958 - 961 - 970 -
Comprendido en la anot. al art. 966 -

ARTÍCULO 970.- (Pérdida total de la carga). No habrá lugar al descuento de la merma, cuando la carga se perdiera íntegramente durante el transporte.

Conc: c. com. 969 -

Comprendido en la anot. al art. 966.

ARTÍCULO 971.- (Valor no declarado). Cuando el remitente no declare el valor de las cosas embarcadas o no especifique la clase de mercaderías, la responsabilidad del transportador, en su caso, no podrá exceder de cien veces el monto del flete correspondiente.

Conc: c. com. 952, 1) - 961 -

Comprendido en la anot. al art. 961.

CAPÍTULO IX EL MUTUO

ARTÍCULO 972.- (Concepto). El mutuo es un contrato por el cual una de las partes entrega cierta suma de dinero o bienes fungibles, con la obligación del deudor de devolver otro tanto de la misma especie y calidad. Puede también recaer sobre títulos-valores.

Precd: c. mtl. abrg. 335 -

Conc: c. c. 895 - c. com. 1330 -

Mientras en la generalidad de los contratos mercantiles (rubrica del Título II de este Libro), se alude al carácter comercial del instituto con la adjetivación pertinente (mercantil o comercial), como ocurre con la venta (art. 825), la permuta (art. 867), el depósito (art. 869), la prenda (art. 878), la fianza (art. 902), el hospedaje (art. 1205), el mandato (art. 1237) y el de cuenta corriente (art. 1294), v. gr., el que legisla este capítulo, el mutuo o préstamo simple, es regulado sin especificación de su especialidad.

En el c. mtl. abrg. (art. 335), el mutuo o préstamo de consumo para ser considerado comercial, requiere que una de las partes por lo menos sea comerciante y que este destinado a uso comercial. De acuerdo a la confusa formulación del inc. 4) del art. 6 que cataloga los actos y operaciones de comercio, el mutuo comercial, ha de distinguirse del civil, por la habitualidad en la concesión de prestamos de dinero a intereses.

La definición del c. c. (art. 895), parece mejor formulada: préstamo de cosas fungibles que el mutuario esta obligado a devolver al mutuante en cosas de igual genero, cantidad y calidad.

Es un contrato real, que se perfecciona con la entrega de la cosa que se presta. Si bien como contrato civil puede ser gratuito u oneroso (c. c. art. 897), el mutuo comercial es siempre

oneroso, porque el mutuario debe pagar intereses convencionales, o legales en su defecto (art. 973). Es contrato principal (no accesorio), y el hecho de que se fije destino a lo prestado no altera su naturaleza. La onerosidad, expresada en el pago de intereses, esta limitada a las tasas legales (art. 798); la cláusula usuraria, sea como tasa de interés superior a la legalmente admitida, sea como recargo simulado de comisiones, gastos u otros similares para eludir la prohibición legal, es nula por virtud de lo dispuesto en los arts. 459, 2) del c. c., relativo al 485 del mismo, y 822 del Código, Sin perjuicio de las sanciones penales (c. p. arts. 360 y 361) a que haya lugar, conforme a las determinaciones del art. 977, infra.

El mutuo esta vinculado, frecuentemente, a la emisión de títulos-valores (es a lo que se refiere el art. in fine), que documentan y materializan la obligación de restitución del mutuario dependiente de un mutuo recibido (Messineo). Ejemplificativamente, se tiene entre esos títulos especiales de crédito, los bonos o debentures de las sociedades anónimas (arts. 642 y 741), los bonos bancarios (art. 1437), los títulos de la deuda pública (art. 742), las cédulas hipotecarias (arts. 682, 901 y 1440).

JURISPRUDENCIA

Véase el caso único del art. 978.

ARTÍCULO 973.- (Intereses). El mutuario debe pagar al mutuante los intereses convencionales o legales de las sumas de dinero o del valor de los bienes recibidos.

Preced: c. mtl. abrg. 336 -

Conc: c. c. 414 - 415 - 908 - c. com. 798 -

Comprendido en las anots. a los arts. 798 y 972 -

ARTÍCULO 974.- (Plazo para su devolución). El mutuario debe devolver lo prestado en el plazo convenido.

Si no se ha establecido plazo para la devolución del préstamo de dinero o si este se deja a las posibilidades del mutuario, aquella deberá efectuarse dentro de los treinta días siguientes al pedido realizado mediante carta autenticada o notificación judicial. Si no cumple en la fecha señalada, el mutuario debe cubrir, además, los intereses moratorios legales desde el día siguiente al del vencimiento.

Si el mutuo es en bienes y la devolución es imposible por causas justificadas, el mutuario deberá pagar el valor que tenga el bien en el mercado, en el momento de su devolución.

Conc: c. c. 309-570-902-904-c. com. 798-1333-

El plazo legal rige únicamente en defecto de estipulación convencional. Las partes pueden acordar el plazo que les plazca, mayor o menor del legal, para la devolución, y aún se puede convenir que el mutuario deberá hacer la devolución dentro de determinado plazo computado desde el requerimiento del mutuante.

La mora del deudor hace correr los intereses moratorios, según se ha explicado ya en la anot. al art. 798.

La carta autenticada a que se refiere el art., como alternativa de notificación judicial, consiste en el requerimiento que puede hacer el mutuante al mutuario incumplido, mediante nota diligenciada notarialmente (c. c. art. 570).

La última fracción del art., se conforma a la regla general del derecho común, contenido en el art. 309 sobre cumplimiento diferente o con prestación diversa.

ARTÍCULO 975.- (Mora). Cuando en el contrato se pacten amortizaciones con cuotas periódicas, la simple mora del mutuario en el pago de las mismas no dará derecho al mutuante a exigir la devolución en su integridad, salvo pacto en contrario, pero en todo caso correrán los intereses moratorios, conforme se prescribe en la segunda parte del artículo anterior.

Conc: c. c. 905 -c. com. 1334 -

Depende de las estipulaciones del pacto. Si ellas no contienen disposición expresa sobre el particular, se aplica la regulación del art. La sanción que corresponde es la de los intereses moratorios sobre la cuota vencida.

ARTÍCULO 976.- (Presunción de pago). Cuando el mutuante reciba el capital sin reservarse expresamente el derecho a los intereses pactados o debidos, se extingue la obligación del mutuario respecto a ellos.

Las entregas a cuenta, cuando no resulte expresa su aplicación, deberán imputarse en primer lugar al pago de intereses debidos por orden de vencimiento y luego al capital.

Precd: c. mtl. abrg. 338 -

Conc: c. c. 317 - c. com. 797 - 1336 -

Las reglas de la imputación del pago, como se ha visto en la anot. la art. 797, son aplicables tanto al caso del deudor que tiene varias deudas respecto del mismo acreedor, como al del que solo tiene una, o al que esta obligado a pagar parcialmente. La imputación en el supuesto del art., se hace conforme a lo que este dispone, en defecto de acuerdo de partes. Es una disposición supletoria.

La presunción contenida en el primer párrafo es de derecho, (art. 1318, II, 2) y no admite prueba en contrario.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 3 del art. 797.

ARTÍCULO 977.- (Intereses usurarios). Se prohíben los pactos de pago de intereses en exceso de las tasas legalmente admitidas o de aquellos que permiten recargos a título de comisiones, gastos u otros semejantes para eludir la prohibición, a menos que la Ley lo permita expresamente, bajo pena de aplicarse las sanciones del Código Penal.

Precd: c. mtl. abrg. 339-

Conc: c. c. 413-c. p. 360-361 -c. com. 800-
Comprendido en la anot. al art. 972.

ARTÍCULO 978.- (Normas aplicables). Se aplicarán supletoriamente, en todo lo no previsto, las disposiciones del Código Civil relativas al mutuo y obligaciones pecuniarias en cuanto no sean contrarias a este Capítulo.

Conc: c. c. 404 y s.-895 y s.-c. com. 1 -786-

JURISPRUDENCIA

"La devolución de un préstamo en dólares americanos con intereses, debe efectuarse en moneda nacional al tipo de cambio vigente en el momento del pago" (Lab. Jud. 1976, p. 123).

TÍTULO III **DEL CONTRATO DE SEGURO**

CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

SECCIÓN I
CONCEPTO Y CELEBRACIÓN

ARTÍCULO 979.- (Concepto). Por el contrato de seguro el asegurador se obliga a indemnizar un daño o a cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista y el asegurado o tomador, a pagar la prima. En el contrato de seguro el asegurador será, necesariamente, una empresa autorizada al efecto.

El presente Título no es aplicable a los regímenes de seguro social.

Precd: c. mtl. abrg. 196 - L. 27 Sept. 1904 -

Conc: c. aé. 240 y s.-c.s.s. 3-6-

Lea. 1-2-8-9- c. com. 105-1026-1055-1072-1076-1085-1087-1106-1115-1121-1126-1154-1456-

La materia del Título en sus precedentes legislativos, presenta un tratamiento muy deficiente y las pocas disposiciones legales dadas posteriormente a la vigencia del c. mtl. abrg., no se han referido a otra cosa que al monto del capital mínimo o a la tasa de imposiciones fiscales sobre el rendimiento total de las pólizas de seguros. La supervigilancia de las entidades aseguradoras estaba encargada a la Superintendencia de Bancos, entre las atribuciones que se agrego a las que señala a esta la ley de su creación.

El seguro es un producto de la cultura, dice Rodríguez, a cuyo establecimiento y desarrollo, juntamente con la evolución de la situación social, contribuye el progreso técnico en ciertos ramos de la actividad humana, particularmente en materia de estadística y matemáticas.

La regulación del Título, cuyo examen se inicia con el de este art., versa sólo sobre el contrato de seguro, que no comprende en realidad toda la teoría del seguro, cuyo ámbito abarca su ordenamiento total, jurídico y social e incluye los problemas relativos a las fuentes, normas contractuales, política del seguro, entidades aseguradoras, etc., todo lo cual, frecuentemente, se presenta como materia que debe ser considerada disciplina autónoma, bajo la denominación de Derecho de Seguros. Sin embargo, no sin razón, Rodríguez considera que si bien la denominación de derecho de seguros, como la de derecho bancario, es aceptable en cuanto expresa una unidad sistemática de exposición, ello no justifica inferir la procedencia de considerar el derecho de seguros como disciplina jurídica autónoma porque no hay motivos

suficientes para ello, una vez que el derecho de seguros, como el derecho bancario, sigue siendo, no obstante algunas de sus normas a veces peculiares, un capítulo muy importante del derecho comercial, del cual no parece posible desglosarlo.

Su origen, aunque hay quienes creen encontrar ciertos vestigios de su existencia en Grecia y Roma y aún en pueblos más antiguos, según general consenso se remonta a las ordenanzas emitidas, con reglas concernientes a los seguros, por los magistrados municipales de Barcelona a partir de 1435 y 1436, en las que aparece este Contrato con el nombre que hoy tiene y medianamente reglamentado (Couder y Pinguet, cit. de Malagarriga). En Italia, reglamentan el seguro una ordenanza veneciana de 1468 y los estatutos genoveses de 1478 y en Francia, hacia el siglo XVI, el Guidon de la Mer. El c. com. francés de 1807 sólo se ocupó del seguro marítimo, porque se entendía que los seguros no marítimos no pertenecían a la legislación comercial (Lyon-Caen y Renault, cit. de Malagarriga). Fue el c. com. español de 1829 el que reglamentó los seguros de conducciones terrestres en sus arts. 417 a 425, ejemplo que siguieron los códigos comerciales posteriores, entre ellos el c. mtl. abrg., cuyos arts. 196 a 205, tienen su fuente en aquellos.

Abarcando todos los géneros de seguros, Fernández define este contrato como aquel por el cual una de las partes se compromete, mediante el pago por la otra de una prima, a abonar a esta última o a un tercero, cierta suma en caso de ocurrir un riesgo determinado.

Para Vivante, en este contrato, una empresa aseguradora asume los riesgos ajenos mediante una prima anticipadamente determinada.

Rodríguez, en función de la legislación mexicana, dice que, por este contrato, la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño, estimado en abstracto o en concreto, al verificarse la eventualidad prevista en el convenio.

Messineo, señala que el seguro, como hecho económico, consiste en que el asegurado revierte sobre el asegurador el riesgo y las consecuencias del daño, si este se verifica. Desde el punto de vista jurídico, agrega, implica que el asegurador, a cambio del pago de una prima, se obliga a liberar al asegurado de las pérdidas, o de los daños que puedan derivarle de determinados siniestros, o bien a pagar, al asegurado o a un tercero, una suma de dinero según la duración o los eventos de la vida de una o varias personas. En suma, concluye, el asegurador asume sobre sí un riesgo ajeno.

Las definiciones y conceptos anteriores, señalan los elementos esenciales y comunes que distinguen los contratos de seguros. Ha de advertirse aquí, una diferenciación aclaratoria necesaria: en el seguro mutuo (a cargo de cooperativas o mutuales; Lea., art. 2, c), la entidad aseguradora es el conjunto de los mismos asegurados y la prestación de estos, única o periódica, en la doctrina y en algunas legislaciones, recibe el nombre de cotización o cuota, en lugar de prima.

Sobre sus caracteres, Véase la anot. al art. 982.

Acerca de los fundamentos técnicos del riesgo se trata en la anot. al art. 983; de la incertidumbre y posibilidad del mismo, en la del art. 981; del interés asegurable, en la del art. 980; de su objetividad, en la del art. 986. Además de los que acaba de señalarse, constituyen fundamentos técnicos del seguro la previsión matemática y la necesidad económica. La primera, supone que la posibilidad y la incertidumbre del riesgo son calculables y constituye la base científica del seguro, que permite eliminar el riesgo, no impidiendo su acaecimiento, sino repartiendo sus consecuencias económicas, en tales condiciones que su producción sea insensible para aquellas entidades económicas que lo han de soportar. Se funda esta previsibilidad en la ley de los grandes números (Rodríguez), que con la llamada probabilidad matemática, establecida mediante la proporción que se da entre determinados acontecimientos en relación con el número total de casos que se observan, permite mostrar que ciertos acontecimientos sociales evaluados en vasta escala, dejan de ser azar y su producción puede ser regulada con arreglo a datos y condiciones ciertas. Ahora bien, como todo el material de evaluación importa fenómenos sociales que se producen en series ilimitadas, la observación de un elevado número de casos y la generalización de la proporción en que se presentan, complementa este fundamento técnico con la llamada probabilidad estadística.

La necesidad económica, como fundamento del seguro, implica que el evento debe crear una necesidad económica en el asegurado o en el beneficiario; por eso la ley, en todas las regulaciones del Título en examen, que se refieren a los elementos integrantes del seguro en general o de ciertos seguros especiales, siempre invoca los daños o las pérdidas o los supuestos económicos equivalentes (v. gr. arts. 983, 1007, 6), 1044, 1072, 1076, 1087, 1113, 1154, etc.). El evento que crea esta necesidad, no siempre implica, sin embargo, un acontecimiento dañoso o perjudicial. Puede ser un hecho o suceso feliz y deseado, como el matrimonio o el nacimiento de hijos, aunque son cuestiones que corresponden al campo de la seguridad social (c. s. s. arts. 4, 83, 92).

Entre algunas de las teorías principales en el aspecto económico del seguro, tan sustancialmente coincidentes y que son, más que nada, modalidades de exposición sistemática, Fritz (en su obra Seguros Privados, cit. de Scaevola), señala:

1) La de la necesidad, que sobre bases filosóficas o de principios, considera el seguro institución económica imprescindible, para cubrir sobre la base de la solidaridad humana los riesgos valorables a que todos están expuestos, y cuya fórmula resumida expresa que todo riesgo implica una eventualidad determinante de una necesidad.

2) La de la previsión, que refiere el seguro al ahorro y le considera una relación armónica de conjunto entre múltiples ahorros particulares agrupados en el seguro, que permite a este, en esa forma de colaboración, satisfacer aquella necesidad supuesta.

3) La de la indemnización, que caracteriza al seguro como institución reparadora de un daño concreto e incierto a cargo y costa de otros riesgos iguales.

4) La de la seguridad, que ve en el seguro el medio adecuado para proporcionar la seguridad y tranquilidad posible frente a los riesgos temidos, merced a la mutualidad o concurrencia de muchos asegurados que mediante una prima modesta facilitan la atención de los riesgos.

5) La teoría del daño, a reparar por el seguro.

Se reconoce distintas clases de seguros. Puede ser privado o individual, de carácter facultativo, y social que, por lo común, es obligatorio y esta impuesto por la ley. El seguro social, tiene por fin cubrir los riesgos de los miembros de determinadas clases sociales o profesiones, para el caso de enfermedad, maternidad, riesgo profesional, invalidez, vejez y muerte (c.s.s. arts. 3 y 6). El seguro social, es materia propia del c.s.s. y por eso la segunda fracción del art., le excluye expresamente de las regulaciones del Título, que legisla el seguro privado, propio del ámbito de aplicación del c. com.

En el seguro privado se distingue, por las diversas características que presenta, el seguro marítimo, relativo a las personas o cosas expuestas a los riesgos de la navegación (art. 1156); el aeronáutico (c. aé. arts. 240 y s.), y el terrestre.

El carácter comercial del seguro, esta determinado en el art. 6, caso 9), relativo a los actos y operaciones de comercio. Supone la realización de actos en masa, ya que no es concebible el

seguro mercantil sin que haya una contratación múltiple, de lo cual resulta que necesariamente implica una actividad empresarial (Lea. art. 2).

La ley de entidades aseguradoras (art. 2), establece que las entidades cuyo objeto social sea la cobertura de riesgos, sólo pueden organizarse: a) como sociedades anónimas sujetas a las disposiciones que el Código determina para estas (arts. 217 y s.); b) como sociedades constituidas en el extranjero, que establezcan sucursales en el país (art. 416); c) las cooperativas y mutuales, cuya constitución esta referida a ley especial (art. 126, i.f.), y d) las entidades creadas por ley expresa para operar en determinadas ramas de seguros. La ley aquí mencionada (de entidades aseguradoras), regula la constitución" funcionamiento y control de las entidades aseguradoras y la de sus intermediarios y auxiliares, cuya reglamentación y fiscalización esta encargada al organismo especializado denominado Superintendencia Nacional de Seguros y Reaseguros (arts. 1 y 163, Lea.). Las entidades aseguradoras, no pueden realizar actos de comercio ajenos a su giro (art. 8, Lea.).

JURISPRUDENCIA

1.- "Si bien la buena fe es común a todos los contratos en los de seguro adquiere mayor significación, porque constituye su fundamento, de donde resulta que en estos casos, con mayor razón, el contrato debe ser ejecutado con sujeción al art. 725 (519 y 520) del c.c. (concordante para la materia con el 803 del c. com.)" (G.J. N° 1588, p. 104).

2.- Véase el caso N° 3 del art. 9.

ARTÍCULO 980.- (Objeto). Toda clase de riesgos en los que exista interés asegurable puede ser objeto del contrato de seguro, salvo prohibición expresa de la Ley.

Conc: c. com. 1046-1047-1094-1106-1109-1113-1114-1115-1276-

El art. al señalar que puede ser objeto de este contrato todo interés asegurable, quiere precisar que lo que mueve a una persona a contratar un seguro es el deseo de evitarse un perjuicio, por cuya razón lo que persigue no es otra cosa que ser indemnizado en caso de ocurrir un posible riesgo. Se dice, entonces, que no hay riesgo asegurable si no hay interés en que aquel no se produzca.

Se consideraba que el objeto del seguro consistía en el bien (cosa, derecho, patrimonio) o en la persona, expuestos materialmente al riesgo, de lo que deriva las expresiones cosa asegurada o persona asegurada. Fernández, observa lo erróneo del concepto en lo que se refiere al seguro

contra daños de carácter patrimonial, en los cuales el objeto del seguro no es el bien amenazado por el riesgo, sino el interés del asegurado en la conservación del mismo, es decir, la relación de carácter económico entre aquel y la cosa expuesta al daño, porque el interés hace siempre referencia a una relación económica (Rodríguez). Esta observación se conforma a la correcta doctrina expresada por Planiol, Ripert y Lepargneur: todo interés directo o indirecto en la no realización de un riesgo puede ser objeto de seguro. Lo propio es hablar de seguro de intereses y seguro de persona.

El art. no define el interés. La Ley del Contrato de Seguro: suiza (art. 48, cit. de Rodríguez), llama interés, al que tenga cualquiera en que no se produzca un suceso perjudicial y la doctrina de aquella, expuesta por Ehrenberg, constructor de la teoría del interés (cit. ibidem), define este como la relación en virtud de la cual alguien sufre un daño patrimonial a consecuencia de un hecho determinado. Resulta que es característica del interés, ser económico, subjetivo y que no es indispensable que exista: basta que pueda llegar a existir o haber existido (ejemplo: art. 981, infra).

Los autores, partiendo de la base de que se asegura la cosa, hacen la enumeración de quienes pueden asegurarla por tener interés en su conservación y en la medida de ese interés. Un resumen, tomado de Fernández, sin la especificación de los autores que siguen uno u otro criterio, comprende a: 1) titulares de derechos reales: propietario, nudopropietario, condómino (sólo en su parte indivisa), usufructuario, usuario, habitador, titular de una servidumbre; 2) acreedores: hipotecario, prendario, anticresista, con privilegio especial, quirografario; 3) detentadores obligados a restituir y responsables por daños o deterioros de la cosa: depositario, locatario, locador de obra, comodatario, comisionista, martillero, transportador.

El interés debe ser lícito: no puede nacer de operaciones ilícitas (v. gr. art. 1150).

La exigencia de un interés estimable en dinero no es aplicable al seguro de personas (v. los arts. 1122 y 1126). El interés se traduce en el que tenga el que contrate el seguro, en la duración de la vida de la persona asegurada.

JURISPRUDENCIA

"Una convención para ser legalmente formada, debe tener objeto cierto que forme la materia de la obligación " (G.J. N° 99, p. 908).

ARTÍCULO 981.- (Inexistencia del riesgo). El contrato de seguro será nulo si en el momento de su celebración hubiera desaparecido el riesgo o el siniestro ya se hubiere producido, salvo que ninguna de las partes conozca estas circunstancias y el contrato comprenda un período anterior a su celebración.

Conc: c. com. 983 - 1054 - 1157 -

La existencia de un riesgo es el presupuesto fundamental e indispensable para que exista seguro (Messineo). De la regla del art., se deduce, como dice Rodríguez, que el riesgo ha de ser posible e incierto, porque si fuese imposible o cierto, no podría celebrarse un seguro sobre el mismo (art. 983). La incertidumbre no precisa ser absoluta y basta que sea relativa, es decir, que se da por existente el riesgo cuando se considera que es posible el evento previsto, esto es, que ha de poder ocurrir, aunque no se sabe cuando. Es el fundamento técnico del seguro de la incertidumbre y posibilidad, mencionado en la anot. al art. 979 y reglado en el art. 983, primera fracción in fine.

ARTÍCULO 982.- (Consensualidad). El contrato de seguro se perfecciona por el consentimiento de las partes. Los derechos y obligaciones recíprocos empiezan desde el momento de su celebración.

Precd: c. mtl. abrg. 198

Conc: c.c. 455-c. com. 787-990-1017-1085-1103-1137-

El art. señala uno de los caracteres de este contrato, pero no es el único. Este contrato es:

a) Consensual, porque se perfecciona con el simple acuerdo de voluntades y con prescindencia de la firma y entrega de la póliza al asegurado (art. 1006);

b) No-formal, porque no está vinculado a la observancia de formas constitutivas y la póliza es sólo un documento ad probationem, cuya falta se suple con todo otro medio de prueba, sobre la base de un principio de prueba por escrito (art. 1006).

c) Bilateral o sinalagmático, porque crea obligaciones para ambas partes que se deben prestaciones recíprocas: el pago de la indemnización si ocurre el siniestro previsto, por parte del asegurador y por la del asegurado el pago de la prima o cotización convenida, según se trate de seguro a prima o mutual; rige por tanto, a su respecto, la disposición del art. 568 del c.c. sobre condición resolutoria implícita.

d) Oneroso, por lo dicho en la letra anterior.

e) Aleatorio, no por la circunstancia de que el riesgo asegurado pueda o no ocurrir, sino porque la ventaja o beneficio económico que interesa a las partes en el contrato es incierto para ambas: si el siniestro sucede se dejara sentir sobre el asegurador, si no se verifica el asegurado habrá pagado inútilmente la prima de seguro. La observación de que en el seguro en caso de muerte, no tiene este carácter para el asegurador, visto que el fallecimiento ocurrirá necesariamente, no es atendible una vez que la incertidumbre esta referida a la fecha en que tenga lugar. La observación fundada en la moderna organización del comercio de seguros, relativa a que la cantidad de contratos que celebra una misma compañía aseguradora y los cálculos de probabilidades (v. en la anot. al art. 979, lo relativo a los fundamentos técnicos del seguro), hacen que en su conjunto el negocio no sea aleatorio para ella, tampoco es atendible, según comenta Fernández, porque tal circunstancia vinculada al aspecto netamente económico no afecta para nada la conclusión en estudio, que atañe a los caracteres jurídicos del contrato en particular, considerado en forma d aislada.

f) Único, por todo el tiempo de su duración, pese a la multiplicidad de aportaciones y a las cláusulas permitidas que facultan al asegurado al vencer cada período de prestación para continuarlo o abandonarlo (v. gr. art. 1018).

g) De ejecución continuada o trato sucesivo, en cuanto se cumple de un modo paulatino y continuo, por cuya virtud los hechos cumplidos en ejecución del contrato son validos y eficaces aunque se produzca la resolución del mismo: las primas pagadas como causa de la existencia del riesgo durante el respectivo período, no pueden ser repetidas (Vivante). La unidad del contrato y su cumplimiento sucesivo, sujetan a este estrechamente a las previsiones del art. 802, que regla la vigencia de la cláusula rebus sic stantibus.

h) De indemnización, porque en ningún caso se constituye como fuente de lucro para el asegurado, para quien el beneficio consiste en no sufrir perdidas. Esta característica propia del seguro de intereses o patrimonial no tiene aplicación para el de personas, en el cual el pago que hace el asegurador al ocurrir determinado riesgo no esta vinculado al daño realmente sufrido y, en el seguro de vida, el beneficiario puede no sufrir perjuicio alguno por el fallecimiento del asegurado, no obstante algunas objeciones doctrinales que sostienen lo contrario y que suponen un evidente error de apreciación. Por esta característica, cada riesgo importa un seguro separado (Messineo), lo que hace que una cosa (interés) puede ser asegurada contemporáneamente, v. gr. contra el riesgo del hurto, del incendio, de los daños durante el

transporte, etc., e impide que se admita que sea asegurado varias veces el mismo riesgo que grava sobre la cosa. Esta conclusión reposa precisamente en el hecho de que el seguro es un contrato de indemnización o de resarcimiento, con la consecuencia de que el siniestro y su reconocimiento no deben ser ocasión de lucro (art. 1048), para el asegurado y las cosas aseguradas por su valor entero no pueden ser aseguradas nuevamente por el mismo período de tiempo y en cuanto a los mismos riesgos. Es este el carácter que distingue al seguro netamente del contrato de juego y apuesta (Fernández), en el cual no se corre riesgo alguno de daño y únicamente se persigue una ganancia y se puede contratar sobre su objeto no una sino varias veces simultáneamente.

i) De explotación sujeta a plan, porque no se considera el seguro como acto aislado, porque en tal supuesto podría considerársele como una forma de apuesta o juego (Rodríguez). Según los supuestos técnicos del seguro, este en un contrato sujeto a una explotación planeada y con intervención de una empresa (Lea. arts. 2, 13, 21 e), 27 e) y g), etc.).

j) De peculiaridad distintiva, puede decirse, porque el seguro de los riesgos ajenos por parte del asegurador, constituye el carácter propio distintivo de este contrato, según observa Messineo: mientras de ordinario toda empresa esta expuesta al riesgo genérico inherente a la actividad económica que la misma desarrolla, la empresa aseguradora esta expuesta, además, al riesgo específico que deriva de hacerse cargo de los riesgos ajenos.

ARTÍCULO 983.- (Riesgo). Riesgo es el suceso incierto capaz de producir una pérdida o daño económico y que en caso de ocurrir y estar asegurado, hace exigible la obligación del asegurador. Los hechos ciertos o los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y no son objeto del contrato de seguro.

El riesgo de muerte es un riesgo asegurable respecto al tiempo en que pueda ocurrir.

Conc: c. com. 981-984-986-1000-1001-1005 -1087-1110-114-1121-1122-1156-

La esencia práctica del seguro emana de su relación con el concepto de riesgo (Messineo). El riesgo consiste en la eventualidad de un daño o de un siniestro. Daño es el hecho a que un sujeto está expuesto. Siniestro, es el hecho fortuito de que el riesgo de daño potencial se verifica, convirtiéndose en daño actual y efectivo. Por eso, agrega dicho autor, el riesgo es inmanente sobre todas las personas y cosas; el siniestro es eventual.

Los autores, entienden por riesgo el peligro que corren las personas o las cosas por un acontecimiento incierto, extraño a la voluntad del asegurado: muerte, lesiones, enfermedades, invalidez, etc., en las personas; destrucción o Avería en las cosas.

Las entidades aseguradoras, toman a su cargo los riesgos que se repiten con cierta frecuencia, según las evaluaciones consignadas en tablas de probabilidades, que, como se ha visto ya, es la base del desarrollo alcanzado por el instituto (v. en la anot. al art. 979, lo relativo a fundamentos técnicos).

El riesgo en el contrato de seguro, es cosa diversa del riesgo económico o de empresa, del cual es ejemplo el riesgo que contrae el empresario por el hecho mismo de ejercitar actividad económica (Messineo: v. en la anot. al art. 982, la letra j).

Si bien el riesgo varía naturalmente según las diversas ramas del seguro, presenta siempre estos caracteres (Vivante):

a) Es elemento esencial del contrato y este no produce ningún efecto si desaparece antes de que empiece (art. 981, salvo ignorancia de la desaparición).

b) El riesgo debe ser independiente de la voluntad del asegurado (art. 986, primera parte); si este provoca voluntariamente el siniestro, v. gr. si prende fuego a la cosa asegurada contra incendios, o mata a la persona asegurada, pierde el beneficio del contrato. Produce la misma consecuencia la agravación dolosa del riesgo (art. 1004); importan supuestos en los que resulta evidente el propósito del beneficiario de lucrar en perjuicio de la entidad aseguradora, lo que justifica la sanción de nulidad del contrato que determina la ley.

c) Exige declaración veraz, sin reticencia y sin dolo por parte del asegurado, porque las declaraciones erróneas o las reticencias afectan y excluyen la equivalencia entre el riesgo y la prima, lo que hace anulable el contrato, aún cuando las circunstancias esenciales disimuladas o alteradas, no hayan influido en el suceso del siniestro y este se haya producido por circunstancias distintas, v. gr. propagación del incendio desde la casa vecina, muerte accidental, efectos de una tormenta, etc. (arts. 992, 993, 994). El conocimiento que el asegurador tenga de las circunstancias calladas o alteradas en su declaración por el asegurado, como quiera que haya alcanzado tal conocimiento, hace presumir que el asegurador renuncia a la facultad de alegar la anulabilidad (art. 995), porque no se puede admitir que la empresa haya seguido cobrando las primas, manteniendo al asegurado en la certidumbre de haber contratado válidamente, para luego oponer la excepción de la anulabilidad cuando el perjuicio se ha concretado con el

siniestro. El dolo del asegurador, tiene consecuencias diversas y más radicales, según casos y circunstancias (c.c. art. 483, c.p. art. 14 y c. com. 995 y 1089).

d) No incluye los que derivan o dependen de los delitos cometidos por el asegurado, pues, como señala Vivante, el seguro quitaría un freno natural a los delitos; por eso no se puede asegurar la propia vida, v. gr., contra los riesgos de un acto ilegítimo o delictuoso como el contrabando, el robo o el homicidio (arts. 986 y 1150).

e) Individuación del riesgo que, puede decirse, consiste en que no responde el asegurador de todos los riesgos, sino solamente de los asegurados en concreto, de manera que es necesario un seguro separado por cada riesgo de que el asegurado quiera prevenirse (Messineo), de tal manera que si el asegurado quiere asegurar su interés en un bien contra incendio, contra robo y contra siniestro, sujetos a diversas tablas de indemnización y de prima, ha de tenerse en cuenta esta característica.

Sobre la objetividad del riesgo, Véase la anot. al art. 986.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso único del art. 980.

ARTÍCULO 984.- (Riesgos cubiertos). El asegurador puede cubrir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestas las personas, los bienes o el patrimonio.

Conc: c. com. 983 - 1056 - 1100 -

Véase la anot. al art. anterior.

Se dice que el seguro puede ser total o parcial, según que cubra o no la totalidad del valor de la cosa asegurada. En el seguro de cosas, el seguro de transporte por ejemplo, puede comprender pérdida, averías, mermas y aún un porcentaje de lucro cesante (art. 1083) o sólo averías o pérdidas; en el seguro de salud puede comprender hospitalización, gastos médico-quirúrgicos y farmacéuticos o solamente alguno o algunos de esos conceptos (art. 1124).

Aparte los casos señalados por el art. 986 infra, los riesgos son asegurables o no-asegurables, según que las entidades aseguradoras admitan o no tomarlos a su cargo, como puede ocurrir con algunos riesgos causados por hechos de guerra internacional o civil, erupciones volcánicas,

temblores de tierra, convulsiones geológicas de la naturaleza y los riesgos nucleares (art. 1047), o por rayos, explosiones o terremotos (art. 1100). La admisibilidad o no admisibilidad, desde luego, está prevista en los planes de seguros de las entidades aseguradoras, que deben ser expresamente aprobados por la Superintendencia del ramo antes de su aplicación (Lea. art. 28). También ha de tenerse en cuenta las exclusiones que determina la ley, cuando no hay pacto en contrario, el cual depende de las reglas de admisibilidad consignadas en los referidos planes (v. la anot. al art. siguiente).

ARTÍCULO 985.- (Extensión del riesgo y exclusiones). EL asegurador responde de todos los acontecimientos comprendidos dentro del riesgo asegurado, a menos que el contrato excluya de manera precisa determinados hechos, siempre que en estas exclusiones no se desvirtúe el objeto del contrato.

Conc: c. aé. 245 - c. com. 986-1047-1048-1056-1074-1083-1088-1100-1157-

En general, la extensión del riesgo y las exclusiones, dependen del contrato que, en la materia, está sujeto a los planes de las empresas aseguradoras aprobados por la autoridad administrativa competente (v. la anot. al art. anterior).

Un ejemplo práctico del objeto y finalidad de la disposición del art., sobre la extensión del riesgo, se encuentra en el art. 245 del c. aé., que declara nula de pleno derecho toda cláusula de seguro de vida o incapacidad que excluya el riesgo resultante de los servicios de transporte aéreo público. Otro ejemplo de aplicación del precepto, es el que resulta de las previsiones del art. 1088 sobre los conceptos que incluye el seguro de responsabilidad civil.

Acerca de las exclusiones, el art. 1048 señala el lucro cesante, a menos que conste pacto contrario expreso y sin perjuicio de lo dispuesto al respecto por el art. 1083; el art. 1056 menciona el excedente del valor no asegurado; el art. 1074 los daños no comprendidos, salvo pacto en contrario siempre, en el seguro de incendio; el 1100 en el seguro de especies animales respecto de algunos daños que no se han previsto expresamente en el contrato.

JURISPRUDENCIA

"Cuando en lo mercantil se incluye expresamente el motín entre algunas pólizas de seguros, como uno de los riesgos que el asegurador cubre, comprende, entonces, indudablemente, las revueltas políticas y sociales, porque el motín se caracteriza como movimiento tumultuoso de la

multitud, por lo común de carácter popular y contra la autoridad constituida o como protesta ante alguna de sus disposiciones" (G.J. N° 1588, p. 104).

ARTÍCULO 986.- (Riesgos no asegurables). El dolo del asegurado y sus actos puramente potestativos no son riesgos asegurables; toda convención en contrario es nula. Tampoco es válida la estipulación que tenga por objeto indemnizar sanciones de carácter penal.

Conc: c. com. 983 - 1087- 1150-
Comprendido en la anot. al art. 983.

En principio, se excluye del seguro los siniestros originados por el hecho del asegurado. El art. habla de hechos puramente potestativos, para procurar, en alguna medida, diferenciarlos de aquellos otros hechos que generan responsabilidad contractual o extracontractual o, en general, responsabilidad por daños ocasionados por el asegurado a terceros y que en los últimos tiempos ha provocado un notorio desarrollo del llamado seguro de responsabilidad civil (art. 1087) y por virtud del cual el asegurador queda obligado a indemnizar a terceros por los daños emergentes de hechos culpables del asegurado y por los cuales este es civilmente responsable (art. 984, c.c.), por ejemplo, accidentes automovilísticos de naturaleza culposa (v. la anot. respectiva). Se habla de culpa y no de dolo, porque este último concepto evoca la noción del delito (c.p. art. 14) y respecto de la cual noción se ha dicho lo que corresponde en la anot. al art. 983, letra d).

Algunos autores (Rodríguez, v. gr.), consignan la materia de este art., relativa a los actos puramente potestativos del asegurado, entre los caracteres del contrato de seguro (v. la anot. al art. 983) bajo la designación de objetividad, significando que el riesgo es objetivo, porque no depende del capricho del asegurado, lo que sirve a diferenciar el riesgo del seguro del riesgo del juego.

ARTÍCULO 987.- (Partes contratantes). Son partes en el contrato de seguro:

- 1) El asegurador o sea la persona jurídica que asume los riesgos comprendidos en el contrato, y
- 2) El asegurado. En el seguro de daños, asegurado es la persona titular del interés cuyos riesgos toma a su cargo el asegurador, en todo o en parte. En el seguro de personas, es la persona física que está expuesta al riesgo cubierto por el seguro. Para el riesgo de muerte del asegurado se designa uno o más beneficiarios como titulares del derecho para recibir la suma asegurada o las prestaciones estipuladas por el contrato.

Conc: c. com. 988- 1116- 1127- 1135 -

Son, según los autores (v. gr. Fernández, Messineo), elementos esenciales, el asegurador y el asegurado, o sea, las partes. que intervienen en el contrato, según el art.

El primer elemento es el asegurador. Necesariamente ha de ser una empresa, por exigencias técnicas de organización y funcionamiento del seguro (Lea. art. 2). Asume sobre si las consecuencias del eventual daño o siniestro, o sea, el riesgo ajeno. No puede ser asegurador un empresario singular o persona individual; debe ser una sociedad por acciones, esto es, un empresario sujeto colectivo (Lea. art. 2, incs. a y b), o una mutual o cooperativa para sus propios asociados (ibidem, inc. c), o un instituto de derecho público creado por disposición legal expresa, para operar en determinadas ramas de seguro (ibidem, inc. d), por ejemplo: la Caja Nacional de Seguridad Social (c.s.s., art. 168) y Cossmil (D.L. 11901 de 21 de Oct de 1974).

Sobre el asegurador y en defensa de los asegurados, vigila un órgano especializado del Estado, mediante actos de autorización, de control, de gestión extraordinaria, de liquidación coactiva (Lea. art. 165).

El segundo elemento del seguro es el asegurado o, sobre el que corresponde hacer diversas aclaraciones.

No siempre el asegurado es también el contratante. En los arts. 988 y 989 infra, se trata del tomador y de las derivaciones de su intervención (v. las anots. respectivas). Asegurado, aunque no siempre y necesariamente parte en el contrato, es quien está expuesto al riesgo en las cosas o en la persona. Puede ser también un tercero (v. gr. arts. 1122 y 1126 2 fase). Contratante (o asegurante: Messineo) es aquel que asume las obligaciones derivadas del seguro, sobre todo la de pagar las primas (v. gr. arts. 988 y 1126) y con las consecuencias que señala para los seguros de daños el art. 1045.

La no-necesaria coincidencia entre contratante y asegurado, tiene sus consecuencias particulares que se consideran en las disposiciones de las que resulta esa no-coincidencia. Desde luego, nótese que el contrato de seguro tiene modalidades especiales que las necesidades del comercio impone, lo que ha de tenerse presente como característica particular del contrato en examen.

El beneficiario, que tiene interés en el contrato, no es parte, salvo el caso excepcional de que intervenga en su celebración (v. gr. art. 1127: beneficiario a título oneroso) sin que la aceptación

posterior del beneficio le de ese carácter ni pueda afectar los derechos que el asegurado se haya reservado en el contrato, según observa Fernández.

En el seguro de vida de un tercero, interviene otro elemento personal: aquel cuya vida se asegura (art. 1122, que regula el consentimiento previo de este, para la celebración del contrato).

Por aplicación de los arts. 787 del Código y 483 del c.c., para el asegurado o contratante o tomador se requiere la capacidad legal para contratar, o sea, la que es necesaria para administrar y disponer de los propios bienes.

JURISPRUDENCIA

"Si no ha intervenido la compañía aseguradora en la suscripción del contrato de fs... (reaseguro), ella no está reatada a sus estipulaciones, por mandato del art. 756 (523) del c.c., por lo que la cláusula que obliga a registrar ese contrato en la indicada compañía, a los efectos del pago preferencial del precio, no le alcanza" (G.J. Nº 1600, p. 133).

ARTÍCULO 988.- (Tomador). Tomador del seguro es la persona que, por cuenta y a nombre de un tercero, contrata con el asegurador la cobertura de los riesgos. Si no expresa la calidad en que actúa, el seguro corresponderá al que lo ha contratado, si éste tiene un interés asegurable.
Conc: c. com. 987-989-997-1012- 1045-

El del tomador es un caso de la no-necesaria coincidencia entre contratante y asegurado.

En la legislación mexicana, que parece ser la fuente de este art., y sus derivados aunque poco felizmente asimilada, tomador es la persona que contrata con la persona aseguradora y que adquiere un derecho propio e independiente frente a la misma (Rodríguez, comentando el art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro mexicana).

El art. se refiere a el como a quien contrata con el asegurador por cuenta y a nombre de un tercero. Es el contrato por cuenta de otras legislaciones (v. gr. la argentina, c. com. art. 512). El tomador puede actuar en virtud de un mandato o sin el. En el primer caso se aplican las reglas del mandato, que presumen actos del mandante los que realiza el mandatario; en el segundo caso, la validez del contrato está subordinada a que el tomador o el asegurado hayan pagado la prima o se j hayan comprometido personalmente a pagarla y, en términos generales, el tomador o quien celebra el seguro por cuenta, no mediando mandato, contrae frente al asegurador todas las obligaciones resultantes del contrato.

Corresponde fijar exactamente, respecto de la disposición del último período del art., las consecuencias de la actuación del tomador cuando este no especifica la calidad en que actúa. Del concepto dado sobre lo que ha de entenderse por interés asegurable (v. la anot. al art. 980), cabe deducir que si el tomador no manifiesta que contrata por cuenta y, llegado el caso, aparece que carece de interés para exigir la indemnización, le está vedado probar que lo contrató por cuenta de un tercero a los fines de que este, titular, en el momento del siniestro, del interés asegurado, pueda reclamarla. Esa es la consecuencia lógica y exacta de la previsión del precepto que se analiza por aplicación de la regla del art. 980.

JURISPRUDENCIA

1.- "El principio de que los contratos no dañan ni aprovechan a un tercero, está sujeto a la excepción establecida por el art. 712 (526) del c.c., especialmente cuando el provecho otorgado a favor de un tercero es condición del contrato" (G.J. Nº 39, p. 911).

2.- "Se puede obligar y estipular en provecho ajeno y la responsabilidad es siempre para el que hace el convenio" (G.J. Nº 1027, p. 51).

ARTÍCULO 989.- (Obligaciones del asegurado, tomador o beneficiario). Las obligaciones del asegurado, impuestas en este Título, están igualmente a cargo del tomador o beneficiario, cuando se encuentren en posibilidad de cumplirlas.

Conc: c. com. 988- 1020- 1127- 1129-

La disposición del art. se comprende mejor, con la advertencia de que la relación que establece entre las obligaciones del asegurado, del tomador y del beneficiario -que es el concepto que realmente pretende significar- tiene más atinencia con los contratos de seguro de personas pactados sobre la vida de un tercero (art. 1122).

La separación entre tomador del seguro, tercero beneficiario y persona sobre cuya existencia se pacta el seguro, puede ser efectiva, o también puede ocurrir que todas o algunas de estas cualidades coincidan en una sola persona. Rodríguez, al tenor de la legislación mexicana (coincidente con la nacional en este punto), ofrece estas alternativas: a) hay coincidencia de asegurado, beneficiario y tomador, si el asegurado pacta que se le abone determinada cantidad si vive más de cierto límite de edad; b) hay coincidencia de tomador y asegurado, cuando se pacta el abono de cierta cantidad a la persona que se indica para el caso de la muerte del tomador

o asegurado; c) hay coincidencia de tomador y beneficiario, cuando se pacta que se le abone cierta cantidad para el caso de muerte de cierta persona, y d) finalmente, hay separación de las tres calidades de tomador, asegurado y beneficiario, cuando se contrata que se abonara una cierta cantidad a los hijos del tomador o a un tercero que se determine en caso de muerte de tercera persona que se designa.

La posibilidad de cumplir las obligaciones emergentes del contrato, para el asegurado, el tomador o el beneficiario, que menciona el art., ha de entenderse, entonces, subordinada al tipo del pacto de que se trate dentro de los supuestos mencionados.

Además, para la aplicación del art. ha de tenerse en cuenta el caso concreto del seguro, el cual puede presentar interesados desiguales o intereses iguales entre las diversas calidades de que se ocupa el art. Hay interesados desiguales cuando son diversos los títulos por los cuales se tiene interés en el mantenimiento del seguro o cuando, inclusive, alguien se presenta como asegurado en su propio interés y no como simple interesado en el seguro de otro; tal el caso de un bien asegurado por el propietario y por el usufructuario, o el de la cosa que puede ser asegurada por el comprador, por el vendedor y por el transportista.

La igualdad de intereses supone la existencia de varios interesados, ya por razón de un interés parcial en un mismo objeto (copropietarios) o como consecuencia de las mismas circunstancias en cuanto al riesgo (v. gr. arts. 1148 y 1151).

SECCIÓN II PROPUESTA DE SEGURO Y DECLARACIONES

ARTÍCULO 990.- (Propuestas o solicitud). La propuesta o solicitud de seguro formulada por una de las partes, por sí sola, no prueba la existencia del contrato de seguro mientras no exista la aceptación de la otra.

Conc: c. com. 982-991 - 1009- 1013 - 1014-

La regla del art. está subordinada al principio contenido en el art. 982, concordante con el 455 del c. c.

ARTÍCULO 991.- (Propuesta de renovación o prórroga). La propuesta de renovación o prórroga del contrato de seguro se la considera aceptada por el asegurador, si éste no la rechaza dentro de los quince días de la fecha de su recepción.

Esta norma no es aplicable al seguro de vida.

Toda modificación o rehabilitación del contrato de seguro requiere para su validez el consentimiento previo del asegurador, salvo estipulación distinta en el contrato.

Conc: c. com. 990- 1121 -

Como el anterior, este art. regula modalidades de aplicación del principio general del art. 982. Su fracción primera supone una presunción que dispensa de toda prueba a la parte a quien aprovecha (c. c. art. 1318, IV). La excepción respecto del seguro de vida es expresa, por cuya virtud no opera en este la mencionada presunción.

Las modificaciones y rehabilitaciones del contrato, implican un nuevo acuerdo y por consiguiente están sometidas a la misma regla general de la consensualidad, a menos que el contrato original autorice al asegurado efectuarlas con una simple notificación al asegurador, desde luego dentro de los límites de los planes y modelos de los contratos de seguro autorizados debidamente (Lea. art. 27, incs. f) y g).

ARTÍCULO 992.- (Obligación de declarar). El asegurado está obligado a declarar objetiva y verazmente los hechos y circunstancias que tengan importancia para la determinación del estado de riesgo, tal como los conozca; en su caso, mediante cuestionario proporcionado por el asegurador.

Conc: c. com. 803-993-995- 1000- 1008- 1062-

Como en el contrato de seguro concurre la figura del contrato-tipo o la del contrato de adhesión, cuyas cláusulas están dispuestas en módulos o formularios (v. la anot. al art. 817), de ordinario, su conclusión va precedida de la integración de un formulario, en el cual el futuro contratante declara todo cuanto requiere el asegurador para determinar si en el caso procede la celebración del contrato. La presentación del formulario importa la verdadera propuesta o solicitud a que se refiere el art. 990, proveniente del futuro asegurado o tomador. La aceptación del asegurador, se manifiesta en el llamado dirigido al proponente para suscribir la póliza, preparada por el asegurador sobre la base de dicha declaración-propuesta

En la declaración que haga, el que quiera contratar un seguro está obligado a expedirse con exactitud y sin ocultaciones. Una declaración falsa o reticente, es causa justificada de anulabilidad (arts. 993 y 994, infra).

ARTÍCULO 993.- (Reticencia o inexactitud). La reticencia o inexactitud en las declaraciones del asegurado sobre los hechos y circunstancias que, conocidos por el asegurador, le hubieran inducido a no aceptar el contrato o a estipular condiciones distintas, hacen anulable el contrato de seguro, con la salvedad prevista en los artículos 1.138 y 1.140, sobre el seguro de vida.

Conc: c. com. 803 - 985 - 992 - 994 - 998 -1140 -

La buena fe es la base del contrato de seguro (art. 803), y en mayor grado que para los demás contratos según advierte con buen criterio Fernández. También Messineo destaca que en el de seguro, en mayor grado que en los otros contratos, el contratante está obligado a observar buena fe, bajo el aspecto esencial de carga de lealtad y veridicidad, particularmente en las declaraciones que se hace ante el futuro asegurador. Es claro que, bien entendido, este principio rige para ambas partes.

Tocante al asegurado, este debe poner en conocimiento del asegurador (consignar en la declaración), en forma franca, veraz y sin reservas o reticencias, todas las circunstancias que sirvan para la apreciación del riesgo, una vez que las primas se determinan matemáticamente sobre la base de cálculos de probabilidades.

Para que la reticencia justifique la anulabilidad, según la doctrina y la jurisprudencia comparada, es preciso que se trate de circunstancias conocidas por el asegurado y las cuales ha podido omitir en su declaración de buena fe, en la creencia de que el antecedente no revelado carece de importancia a los efectos del seguro, o de mala fe en el supuesto contrario, aunque en ambos casos los efectos de la reticencia son los mismos: anulabilidad o nulidad, salvo lo relativo a la devolución de las primas (arts. 994 y 999). La inexactitud, supone ocultación de antecedentes de tal importancia que, de ser conocidos por el asegurador, este no habría celebrado el contrato o de hacerlo, lo hubiera hecho en condiciones diversas. Tiene las mismas consecuencias que la reticencia. Cabe advertir, sin embargo, que los antecedentes ocultados deben tener relación con la producción del siniestro o sus efectos (Fernández). Por ejemplo, no puede considerarse reticencia el hecho de no revelar en la declaración una operación de apendicitis si el asegurado muere o queda inválido en un accidente de tránsito u otro siniestro, porque esa reticencia no tiene relación ninguna con el mismo, una vez que la indemnización que debe abonar el

asegurador reconoce como causa el siniestro y no el antecedente ocultado, pues que ni da cabida a suponer un mayor riesgo el hecho de su ocultación ni justificaría una prima mayor.

La mala fe en la declaración, implica conducta dolosa que da lugar a nulidad, con las consecuencias previstas en el art. 999.

En el supuesto de buena fe, las inexactitudes y reticencias en la declaración pueden justificar la acción de anulabilidad, dentro del plazo que señala el art. 984, vencido el cual el asegurador no puede intentarla. Si incoada la acción hay avenencia para subsanar los errores u omisiones, puede convenirse el reajuste correspondiente en las primas.

La mala fe tiene que ser probada por el asegurador, porque es principio que la buena fe se presume (c. c. art. 93, I, y c. com. art. 803). Igualmente la de inexactitud o reticencia que, como en toda excepción, el onus probandi pesa sobre el que la hace valer.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 8 del art. 999.

ARTÍCULO 994.- (Ausencia de dolo). La reticencia o la inexactitud en las declaraciones del asegurado, sin dolo de su parte, dan derecho al asegurador a demandar la anulación del contrato dentro de los treinta días de conocidos tales hechos por él, debiendo restituir, en este caso, las primas del período no corrido. Pasado este plazo, no puede impugnar el contrato por las causas señaladas. Si se subsanan los errores u omisiones, puede optar por reajustar las primas de acuerdo al verdadero estado del riesgo.

Conc: c. com. 993-999-
Comprendido en la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 995.- (Conocimiento del estado del riesgo). Si se extiende la póliza sin exigir al asegurado las declaraciones escritas mencionadas en el artículo 992 se presume que el asegurador conocía el estado de riesgo, salvo que se pruebe dolo o mala fe del asegurado.

El asegurador no puede alegar reticencia en los siguientes casos:

- 1) Si en el cuestionario se omitieron preguntas sobre algunos puntos importantes, a no ser que se oculten maliciosamente hechos y circunstancias que, conocidos, habrían influido en la celebración del contrato;
- 2) Si no pidió antes de la extensión de la póliza las aclaraciones en puntos manifiestamente vagos e imprecisos de las declaraciones;
- 3) Si por otros medios tuvo conocimiento del verdadero estado del riesgo.

Conc: c. com. 992- 993 - 999-

Si el asegurador extiende la póliza al asegurado sin exigir la declaración en el cuestionario que menciona el art. 992, no cabe hablar de inexactitud o reticencia ninguna. El asegurador corre su propio riesgo al omitir una formalidad dispuesta por la ley en su interés y la presunción que establece el art. de conocimiento del riesgo por su parte es *iuris et de iure* (c. c. art. 1318, II). La existencia de dolo o mala fe no supone excepción de prueba en contrario en este caso, porque es una cuestión independiente de nulidad (art. 999), dolo y mala fe que, además, sólo se puede alegar respecto de una declaración escrita que ha sido hecha en los cuestionarios determinados por el art. 992.

En el supuesto del art., en realidad, el asegurador no tiene derecho a perseguir la anulabilidad del contrato, aún existiendo declaración vertida en el cuestionario señalado por el art. 992, cuando habiendo conocido la inexactitud o la reticencia, ha continuado percibiendo las primas, actitud que implica mantener en vigencia el seguro y reconocer que tales antecedentes carecen de importancia en cuanto al riesgo (Vivante, Fernández). Es claramente distinta la situación del asegurador, que antes de la realización del siniestro pide la nulidad del contrato por las causales previstas por la ley, que la del que recién la invoca para no pagar la indemnización, no obstante haber cobrado las primas hasta ese momento. Por eso, la ley le señala un plazo para accionar la anulabilidad.

Téngase en cuenta, además, según observa Fernández, que la organización actual del comercio de seguros ha modificado substancialmente las condiciones de la oferta y la demanda. Ya no es el interesado particular quien ocurre espontáneamente al asegurador para asegurarse; por lo regular, son las compañías las que ofrecen asegurar y sus agentes o corredores visitan a los particulares que no piensan asegurarse y les inducen a hacerlo, allanándoles cualquiera dificultad e inclusive insinuando las reticencias u ocultaciones en la declaración, para no entorpecer la operación y, muchas veces, son los mismos agentes o corredores quienes llenan los cuestionarios que el interesado particular se limita a firmar. En tales condiciones, no parece fundada la permisión acordada al asegurador para perseguir la anulabilidad de un contrato, cuyas declaraciones inexactas y reticentes, son obra de su propia conveniencia de colocar el

seguro. Es así que debe tenerse en cuenta también la buena fe del asegurador, como se anticipó en la anot. al art. 993. Las excepciones enumeradas en el art. que vedan al asegurador alegar la reticencia o inexactitud de las declaraciones, contemplan en alguna medida, las observaciones hechas en esta anot.

ARTÍCULO 996.- (Pluralidad de personas e intereses). Cuando el seguro protege a varias personas o intereses, el contrato es válido para aquellos riesgos a los cuales no afecta la declaración inexacta o reticente salvo que el asegurador pruebe que no los podía asegurar separadamente.

Conc: c. com. 1003- 1148- 1151-

El art. se refiere al caso de algunos seguros especialmente previstos por la ley como en los seguros colectivos, v. gr. los recíprocos (art. 1148) o de vida en grupo (art. 1151), en los cuales la inexacta o reticente declaración no afecta sino a la persona o al interés involucrados en la inexactitud o la reticencia, en tanto en cuanto sea factible la separabilidad de aquellos. No siendo esto posible, la anulabilidad afecta a todo el grupo, si no se subsanan los errores u omisiones en la forma indicada en el art. 994 i. f.

ARTÍCULO 997.- (Seguro por cuenta ajena). Si el seguro fuera contratado por cuenta ajena, el tomador debe declarar en ese sentido y cumplir con las obligaciones del contrato, con excepción de aquellas que, por su naturaleza, correspondan exclusivamente al asegurado.

Conc: c. com. 988- 1122-
V. la anot. al art. 988.

La expresión por cuenta ajena, designa, por lo regular, la denominada representación indirecta, actuando en nombre propio pero por cuenta de otro. Es un mandato sin representación (Messineo). Para no caer en la consecuencia prevista en el art. 988, esto es, para no ser considerado el asegurado si no expresa la calidad en que actúa, debe declarar que toma el seguro por cuenta ajena. Al hacerlo, en lo concerniente a la materia que trata la sección, está obligado a efectuar las declaraciones del caso en las condiciones señaladas en el art. 922, excepto de aquello que sólo el asegurado debe absolver. En consecuencia, la inexactitud o las reticencias respecto de lo que corresponde declarar al asegurado, en que ha podido incurrir el tomador del seguro por cuenta ajena, no debe servir de base a la anulabilidad prevista por el art. 993.

ARTÍCULO 998.- (Seguro por representación). Si el seguro fue tomado por representación del titular del interés la reticencia se juzgará tomando en cuenta el conocimiento y la conducta del representante y representado.

Conc: c. com. 993 V. la anot. al art. 988.

Como en cualquier otro contrato, el asegurado puede actuar en el de seguro mediante representante y como en el caso se aplican las reglas del mandato, el conocimiento y la conducta del representante y del representado, se determina según el grado de exactitud dentro del cual ha actuado el representante, con arreglo a los límites del mandato y de las instrucciones del mandante.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 3 del art. 1134.

ARTÍCULO 999.- (Dolo o mala fe). Las declaraciones falsas o reticentes hechas con dolo o mala fe hacen nulo el contrato de seguro. En este caso el asegurado no tendrá derecho a la devolución de las primas pagadas.

Conc: c. c. 482 - c. p. 338 - c. com. 822 - 994 - 995 -1004- 1089- 1164- 1170-
Comprendido en la anot. al art. 993.

Además de las comunes a todo contrato, es causa específica de nulidad en el de seguro, la concurrencia de dolo y mala fe en la declaración inexacta o reticente del asegurado.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "El dolo es causa de nulidad únicamente cuando ha sido empleado por la parte misma, sin que ninguna ley atribuya tal efecto al que procede de terceros extraños al contrato" (G. J. N° 481, p. 6).
- 2.- "No habiéndose probado el dolo, no se puede invocar la falta de consentimiento ni la nulidad del contrato" (G. J. N° 493, p. 3).
- 3.- "Para anular una convención por dolo, es necesario que se pruebe que los artificios practicados por una de las partes fueron tales, que sin ellos no habría contratado la otra" (G. J. N° 889, p. 14).

- 4.- "El dolo como causa de nulidad, consiste en el conjunto de artificios empleados por una de las partes para inducir a la otra a celebrar una convención que, de otro modo, no habría estipulado" (G. J. N° 956, p. 140).
- 5.- "La convención hecha por dolo no es nula de pleno derecho ella da lugar a la acción de nulidad" (G. J. N° 1036 p. 71).
- 6.- "El dolo no se presume y es necesaria su comprobación" (G. J. N° 1265, p. 17).
- 7.- "Consistiendo el dolo generalmente en hechos, puede probárselo con todos los medios establecidos por la ley" (G. J. N° 1297, p. 57).
- 8.- "El dolo no solamente consiste en artificios practicados por una de las partes, sino en afirmaciones mentirosas, en maniobras para falsear o disimular la verdad y aún en el silencio mismo" (G.J. N° 1340, p. 34).

SECCIÓN III AGRAVACIÓN DEL RIESGO

ARTÍCULO 1.000.- (Obligación de mantener el estado de riesgo). El asegurado está obligado a mantener el estado del riesgo, en tal virtud, debe comunicar por escrito al asegurador las agravaciones substanciales del riesgo debidas a hechos propios, antes de su ejecución, y los ajenos a su voluntad, dentro de los ocho días siguientes al momento en que los conozca.

Si se omite la comunicación de estos hechos, cesan en lo futuro las obligaciones del asegurador, correspondiendo al mismo probar la agravación del riesgo.

Comunicada la agravación del riesgo dentro de los términos previstos en este artículo, el asegurador puede rescindir el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el importe de la prima, dentro de los quince días siguientes.

La vigencia del seguro no se suspende sino ocho días después de la fecha en que el asegurador comunique su decisión de rescindir el contrato.

La obligación de comunicar la agravación del riesgo no es aplicable en el seguro de vida.

Conc: c. com. 983 - 992 - 1001 - 1002- 1079 - 1149 -

De lo que trata el art., en realidad, es de que el asegurado está obligado, durante la vigencia del contrato, a no agravar los riesgos por sus propios hechos y a dar aviso oportuno al asegurador de las agravaciones que se produzcan por los ajenos a su voluntad. De ello resulta que obligarlo

a mantener el riesgo, supone una formulación errónea. Es una prohibición de alterar las condiciones previstas para el riesgo, variando el estado de las cosas (Rodríguez).

Vivante, lo explica con toda claridad: para mantener la equivalencia objetiva de las prestaciones por toda la duración del contrato, la ley prohíbe al asegurado agravar voluntariamente el riesgo, si quiere disfrutar del beneficio del seguro. Si bien nadie es más dueño que el asegurado de disponer de la cosa asegurada que es su propiedad, ello no importa que al hacerlo la exponga a un riesgo mayor del que ha sido determinado en el seguro, pues, en tal supuesto, la consecuencia es la prevista en la segunda fracción del art. porque, concluye Vivante, no se puede conceder a un contratante el arbitrio de agravar la suerte del otro.

No es necesario que se haya convenido expresamente que, el asegurado, no podrá introducir modificaciones en las condiciones del interés asegurado que agraven el riesgo a que está sujeto. Basta que no se haya convenido lo contrario (art. 1002, 3).

Las consecuencias no son exactamente las mismas para uno y otro supuesto de los contenidos en el art.: agravación por hecho propio del asegurado y agravación por hechos ajenos a su voluntad. En el primer caso, no caduca el contrato de seguro; el art. sólo determina que cesan sus efectos con relación al asegurador en el futuro, esto es, la obligación de este de indemnizar, emergente del contrato, queda suspendida, a menos, ha de inferirse, que el asegurado restituya el estado de las cosas al que tenía a tiempo de precisar el riesgo al contratar el seguro; por ejemplo, en un seguro de incendio, si teniendo en cuenta los riesgos de la cosa asegurada en razón de su naturaleza y de su destino en el momento del contrato, el propietario da a esta otro destino que la exponga más al incendio (agravación sustancial: art. 1001, infra), la suspensión de la eficacia del seguro respecto del asegurador, puede quedar sin efecto y restablecerse la vigencia plena del contrato, si el asegurado repone la cosa al estado de riesgo originalmente convenido o se aviene - solución también posible- a reajustar el importe de la prima de acuerdo con el asegurador. La restitución de las cosas al estado que estas tenían al determinarse el riesgo a que están sujetas en el contrato, es factible porque su cambio respondió a un hecho voluntario del asegurado.

En el segundo caso: hechos ajenos a la voluntad del asegurado, entre los que, de ordinario, ha de considerarse la presencia del llamado caso (fortuito o de fuerza mayor), la obligación del asegurado es dar al asegurador el aviso oportuno, esto es, dentro del plazo señalado y con la consecuencia de la cesación de las obligaciones futuras del asegurador si el asegurado omite el aviso. Cabe mantener la vigencia del contrato si se acuerda un reajuste de la prima.

La carga de la prueba en los casos de agravación, corresponde al asegurador. La regla se apoya en el principio general establecido en el derecho común (c. c. art. 1283 y p. c. art. 375).

En el seguro de vida la agravación no comunicable a que se refiere la última fracción del art., es la que sea independiente de la voluntad del asegurado. El art. 1150, exime al asegurador de sus obligaciones contractuales cuando el asegurado provoca el riesgo mediante hechos criminales. Hay una agravación indudable por hecho propio (v. sobre el punto la letra d) de la anot. al art. 983), cuya ilicitud implica la exención de las obligaciones del asegurador.

La agravación es sustancial, cuando tiene las características que señala el art. 1001. Finalmente, las consecuencias que señala el art. no se producen y no afectan, por consiguiente la vigencia del seguro, si concurre alguno de los supuestos del art. 1002, cuyas disposiciones, como las del art. 1001, son fácilmente comprensibles.

La agravación derivada del cambio de vehículo o el error en su designación, en el contrato de transporte, solo da derecho a una sobre-prima en favor del asegurador (art. 1079).

ARTÍCULO 1.001.- (Agravación sustancial). Se entiende por agravación sustancial la alteración del estado del riesgo originada por cualquier hecho importante que influya en la apreciación del mismo, de tal manera que, de ser conocido por el asegurador, le hubiera inducido a no celebrar el contrato o a estipular condiciones distintas.

Conc: c. com. 983 - 1000 - 1079 -
Comprendido en la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 1.002.- (Excepciones). La agravación del riesgo no produce los efectos señalados en el artículo 1.000 en los siguientes casos:

- 1) Si el asegurador conoció la agravación y no ejerció la acción rescisoria o no pidió el reajuste de la prima;
- 2) Si tuvo su origen en el cumplimiento de un deber de humanidad;
- 3) Si el asegurador renunció expresa o tácitamente al derecho de rescindir el contrato por esa causa. La renuncia es tácita, si al recibir el aviso escrito de la agravación del riesgo, no comunica al asegurado dentro de los quince días siguientes su voluntad de rescindir el contrato o aumentar la prima.

Conc: c. com. 1000-

Comprendido en la anot. al art. 1000.

ARTÍCULO 1.003.- (Pluralidad de personas e intereses). Si el contrato comprende a varias personas o intereses y el riesgo no se agravara sino en lo que respecta a una parte de tales personas o intereses, se aplicará lo dispuesto en el artículo 996.

Conc: c. com. 996-
V. la anot. al art. 996.

ARTÍCULO 1.004.- (Dolo o mala fe). El dolo o mala fe del asegurado en la agravación del riesgo hacen nulo el contrato de seguro en los términos del artículo 999.

Conc: c. com. 999- 1150-

El dolo constituye una excepción a todas las reglas: *dolus omnia corrumpit* (el dolo corrompe todo), porque implica la intención de perjudicar, mediante la manifestación de una voluntad directa para ocasionar el perjuicio, en este caso, en detrimento del asegurador y con deliberada infracción del deber contractual que impone el art. 803.

JURISPRUDENCIA

V. el caso N° 2 del art. 999.

ARTÍCULO 1.005.- (Disminución del riesgo). Si disminuye el riesgo de tal modo que puedan pactarse condiciones menos gravosas para el asegurado, éste podrá pedir la reducción de la prima por los períodos posteriores.

Si la declaración fue errónea respecto a un riesgo menos grave, el asegurado tiene el mismo derecho desde la enmienda del error.

Conc: c. com. 983-

En caso de disminución del riesgo, el asegurado debe comunicar al asegurador el hecho, para que proceda la revisión de las condiciones del contrato. Igualmente cuando se ha descubierto el error de la declaración original, de modo que justifique que de haber sido conocido en el momento de la conclusión del contrato, hubiera determinado una prima menor. En ambos casos, la reducción de la prima, tiene efecto *ex nunc*, para las primas ulteriores.

SECCIÓN IV PÓLIZA

ARTÍCULO 1.006.- (Medio de prueba). El contrato de seguro se prueba por escrito, mediante la póliza de seguro; sin embargo, se admiten los demás medios si existe principio de prueba por escrito. La póliza debe redactarse en idioma castellano, en forma clara y fácilmente legible y extenderse en dos ejemplares que deben ser firmados por las partes cuyo original se entregará al interesado.

Precd: c. mtl. abrg. 198 - 199 - 200-

Conc: c.c. 492- 1328, l)- 1329, 1) - c. com. 787- 931 -982- 1007- 1014- 1017- Lea. 91 -

Si bien el seguro se perfecciona por el sólo consentimiento de las partes contratantes (arts. 787 y 982) y si bien puede probarse por todos los medios de prueba admisibles existiendo un principio de prueba documental, desde sus orígenes, antiguas costumbres consagradas por la ley (Vivante) confían su prueba a un escrito que se llama póliza.

Que debe ser probado por escrito, no supone que el contrato de seguro este vinculado a la observancia de formas constitutivas (Messineo), pero su falta (siquiera de un principio de prueba por escrito) limita otros medios de prueba, particularmente la testimonial.

La póliza, en consecuencia, es requerida por la ley ad probationem no ad solemnitatem (doctrina uniforme: Benito, Vivante, Messineo, Malagarriga, Fernández, Rodríguez, consagrada en el art. en examen, como en la generalidad de las legislaciones, cuando se ocupa de la póliza como de un medio de prueba).

Sobre su etimología, según Malagarriga se dan diversas opiniones. Para Littre, deriva de polypty, que significa documento; Cleirac al comentar el Guidon de la mer opina que es término lombardo que proviene de la pollicitatio latina. Para Lyon-Caen y Renault, su origen está en pollese o pollicis, indicativo de un sello y por tanto de un documento sellado. La Real Academia, hace derivar la palabra del italiano polizza, significando indicación.

Se explica la exigencia de la prueba escrita, mediante la póliza, porque de ordinario las cláusulas del seguro son muchas y complicadas, por cuya razón y para facilitar las operaciones que realizan, las entidades aseguradoras imprimen sus pólizas (Lea. art. 27, f) con las estipulaciones propias de cada especie de seguro, de modo que sólo ha de llenarse a mano o a maquina las

menciones que varían necesariamente en cada seguro y las cláusulas que derogan o complementan las impresas, tal cual en todo contrato - tipo o contrato de adhesión o contrato mediante formulario a tenor del art. 817 (v. la anot. al art. 992).

La exigencia del empleo del idioma oficial (castellano) en las pólizas, tiene su razón de ser visto que pueden actuar en el país sociedades de seguros constituidas en el extranjero (Lea. art. 2, b), las que, como todas las entidades aseguradoras, están obligadas a presentar para obtener la autorización de funcionamiento, entre otros requisitos, los modelos de propuestas, cuestionarios, texto de las pólizas, etc., (Lea. art. 27, f), lo que tiene que hacerse indudablemente en el idioma oficial.

En la práctica, las pólizas tienen un tenor igual o semejante para todas las compañías, uniformidad que responde a convenios expresos o tácitos sobre pólizas-tipo o póliza uniforme y que aquellas se comprometen a mantener en cuanto al fondo, con igual o similar redacción, con excepción de algunas, como las que versan sobre accidentes personales, que presentan variantes.

ARTÍCULO 1.007.- (Contenido). La póliza de seguro debe contener, además de las condiciones generales del contrato, los siguientes requisitos:

- 1) Denominación y domicilio del asegurador;
- 2) Nombre del asegurado y, en su caso, del beneficiario;
- 3) Identificación clara y precisa del interés asegurado o de la persona o personas aseguradas;
- 4) Indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento del seguro o modo de determinar unas y otras;
- 5) Suma asegurada o modo de precizarla;
- 6) Riesgos a cargo del asegurador;
- 7) Prima o modo de determinarla y su forma de pago;
- 8) Fecha y lugar donde se celebra el contrato, y
- 9) Las demás cláusulas de acuerdo con las disposiciones de este Título y las especiales y particulares acordadas por los contratantes. Los anexos que se suscriban para modificar, complementar, renovar o rehabilitar el contrato, deben indicar la identidad precisa de la póliza de la cual forman parte, bajo responsabilidad del asegurador.

Las renovaciones deben señalar el término de ampliación del contrato; en caso de omisión, se entienden hechas por un lapso igual al del contrato original.

Precd: c. mtl. abrg. 201 -

Conc: c. com.1006-1008-1015-1016-1021-1022-1023-1078-1152- Lea.27,f)-

Ante todo ha de reconocerse que los modelos de pólizas tienen que ser aprobados por la Superintendencia de entidades aseguradoras (Lea. art. 27, f), y como son documentos impresos en formulario, el requisito 1) del art. se llena en el membrete y en el texto de la póliza.

El inc. 2), requiere la precisa individuación del asegurado y del beneficiario, según la especie de seguro de que se trate.

Esa individuación supone por lo menos la identificación con el nombre, apellido, profesión y domicilio. Si se trata de un seguro por cuenta ajena o por representación (arts. 997 y 998) debe hacerse constar tales circunstancias. Igualmente en el caso del tomador (art. 988).

La omisión del nombre de quien hace asegurar, no inválida el contrato, si existen otras circunstancias o enunciaciones que suplan la omisión, por ejemplo la firma estampada en la póliza o el recibo del pago de la prima.

El requisito del inc. 3) exige la indicación exacta de lo que se asegura. Tiene relación con la especie de seguro, v. gr.: daños, vida, responsabilidad civil, transporte, accidentes personales, etc. Como por lo regular, cada especie de seguro tiene un formulario que contiene las estipulaciones pertinentes a su especialidad, según se ha explicado ya en la anot. al art. anterior, se facilita así la identificación de que se ocupa este inc.

Si el interés asegurado es el de una sociedad, la indicación ha de corresponder naturalmente a la denominación o la razón social de la misma.

Aunque la designación de la cosa asegurada, es una acción capital sin duda, su ausencia en otras legislaciones, según la especie de seguro, está prevista y resuelta. Así, en los seguros marítimos, si el que hace asegurar ignorase la clase de efectos que espera, puede celebrar validamente el seguro bajo la designación genérica de efectos (v. gr. c. com. argentino art. 1159, cit. de Malagarriga), caso en el cual el asegurado solo tiene que probar, en caso de pérdida, que efectivamente se hizo el embarco de los efectos hasta el valor declarado en la póliza. Si bien el Código no contiene una disposición similar, en materia de seguro marítimo, cabe considerar aplicable la modalidad subordinada a la disposición del art. 1160, sobre póliza valuada, que tiene el mismo efecto jurídico que el de la legislación comparada mencionada.

La exigencia de la claridad en la indicación implica que ella debe ser bastante para distinguir el interés asegurado e individualizarlo sin confusiones.

El inc. 4), no se refiere a la época en que se considera que hayan de empezar y acabar los riesgos para el asegurador, incluido como otro requisito en otras legislaciones y que no tiene relevancia especial. El Código, con más exactitud se refiere al día y la hora de iniciación y vencimiento de la vigencia del contrato, aunque no coincidan con la iniciación y finalización estimada de los riesgos. La mención de la hora se considera que puede ser de suma importancia, para establecer la simultaneidad o el orden sucesivo de los contratos, en las legislaciones que sólo reconocen validez al primero que cubra el valor integro de la cosa, de varios contratos de seguro celebrados de buena fe, por el mismo asegurado y sobre el mismo interés (v. gr. c. com. argentino art. 500). En el caso, el art. 1070 (pluralidad de seguros) da otra solución: distribución proporcional entre aseguradores de la indemnización.

Sin embargo, la indicación de la hora, ha de admitirse como circunstancia esencial para los variados efectos de la disciplina del seguro. Rebolledo, en su anot. del art. 201 del c. mtl. abrg., extrañando la omisión que en ella se hace respecto de la necesidad y conveniencia de exigir la determinación precisa en la póliza, del día y de la hora de iniciación y vencimiento de la vigencia del seguro, al suponer, por ejemplo, el incendio de mercaderías aseguradas, dice que resulta evidente que si el empieza en un instante anterior al de la hora fijada, aún cuando termine algunas horas después, la responsabilidad no puede ser del asegurador, como la sería en el caso de empezar el mismo instante antes de concluir el término fijado, aún cuando el incendio consumiera las mercaderías total o parcialmente muchas horas después de vencido el plazo, (art. 1026).

El inc. 5) se justifica porque el seguro es un contrato de indemnización y la mención que exige sirve para limitar la responsabilidad del asegurador. La mención se considera innecesaria cuando se asegura el valor integro de la cosa, ya que es una forma de precisar la suma asegurada, al tenor del texto legal.

El inc. 6) contiene una exigencia destinada a evidenciar, en primer término, la validez del seguro. Supóngase, por ejemplo, un seguro con objeto prohibido según el art. 1158 o que se trate de una entidad aseguradora que solo opera sobre ciertas especies de seguro, v. gr. riesgos de incendio o de agricultura y aparece contratando un seguro de vida. Se precisan, pues, mediante la condición impuesta en el inc. las responsabilidades del asegurador y la posibilidad inclusive de establecer otro seguro sobre los riesgos no cubiertos.

El inc. 7) señala un requisito que es de la esencia del seguro, sin el cual no se concibe ni puede haber seguro, así como sin precio no se puede concebir la compraventa porque dejaría inferir que se trata de una liberalidad. Los autores, consideran que el silencio de la póliza en cuanto a la prima, no inválida la póliza y la omisión puede suplirse mediante otro género de pruebas fundada en el principio de prueba por escrito que constituye la propia póliza (art. 1006), o por las constancias de los libros del corredor que intervino en el seguro, o el recibo del pago inicial otorgado al asegurado u otros semejantes. A falta de prueba del monto de la prima convenida, puede admitirse, se dice, que el Juez la fije, según el que rige corrientemente en el lugar de la suscripción de la póliza (Couder, Lyon - Caen y Renault, Malagarriga, Fernández).

La fecha y el lugar mencionados en el inc. 8), son los del contrato, no los de la póliza que puede haberse extendido después. Esto es, no ha de ser necesariamente la misma que regula el inc. 4), que se refiere a la de iniciación o de vencimiento de la póliza.

Las demás estipulaciones del art. (inc. 9 y su fracción final) son suficientemente claras y no precisan mayores explicaciones.

El art. 91 de la Ley de entidades aseguradoras, obliga a estas a llevar un registro, bajo orden numérico, de todas las pólizas que emitan, registro que debe incluir endosos, modificaciones y cualquiera ampliación o aditamento.

JURISPRUDENCIA

"Siendo la póliza de seguro un beneficio independiente, no se vincula en modo alguno con los bienes sucesibles" (G.J. N° 1614, p. 198).

ARTÍCULO 1.008.- (Póliza Flotante). La póliza flotante deja pendiente la determinación de los intereses asegurados para ser especificados posteriormente, mediante las aplicaciones o declaraciones estipuladas en el contrato.

Conc: c. com. 1007, 3) -

El art. legisla lo que en el comercio también se las llama pólizas de abono o póliza general, que se refieren a una serie de riesgos, mediante las cuales el comerciante asegura previamente todos los cargamentos que se le remitan o que expedirá durante cierto tiempo, por ejemplo: el banquero que asegura anticipadamente todos sus despachos de valores, o la empresa que organiza una exposición, o los almacenes generales de depósito (art. 1196) respecto de las

mercaderías no aseguradas por los depositantes o el industrial sobre los despachos de sus productos (Vivante), y por lo regular y en general para los casos de designación genérica de cosas aseguradas (art. 1059).

Según Donati (cit. de Messineo) el seguro de abono consiste en asegurar varios intereses indeterminados e inciertos y diversos entre sí, para lo cual se emite la llamada póliza flotante. La indeterminación y la falta de certeza, observa Messineo, es solo relativa, porque los intereses asegurados deben pertenecer a una categoría dada. Los mismos van determinándose a tiempo posterior, mediante la llamada alimentación del contrato, a medida que se suceden los siniestros, a lo cual se refiere al art. con la locución intereses asegurados para ser especificados posteriormente.

Messineo, advierte, además, que no ha de confundirse el seguro de abono con el seguro a forfait (que traduce: a precio alzado) en el cual los intereses asegurados quedan cubiertos del riesgo con juntamente, aunque se van determinando en concreto a medida que tenga lugar la exposición del riesgo en una cierta unidad de tiempo.

Véase además la anot. al art. 1069.

ARTÍCULO 1.009.- (La propuesta como parte del contrato). Forma parte del contrato de seguro la propuesta firmada por el asegurado, en la que constan sus declaraciones sobre el estado del riesgo.

Conc: c. com. 990 - 992 - Lea. 91

La propuesta está prácticamente contenida en el cuestionario de la declaración a que se refiere el art. 992 y debe conservarse y registrarse (art. 91 Lea.) juntamente con la copia de la póliza que retiene el asegurador, ya que el original debe ser entregado al interesado (art. 1006), máxime si por disposición de este art. ha de considerársele parte integrante del contrato.

ARTÍCULO 1.010.- (Fuerza ejecutiva). La póliza tiene fuerza ejecutiva contra el asegurador únicamente en los siguientes casos:

- 1) Al vencimiento del plazo en los seguros dotales y de rentas;
- 2) Sobre los valores de préstamo y rescates en los seguros de vida;
- 3) Cumplidos los plazos señalados en los artículos 1.033 y 1.034 sin que la reclamación del siniestro sea objetada o rechazada por el asegurador. De existir negativa de pago dentro de los

términos establecidos ésta debe ser motivada y en cuyo caso no procede la acción ejecutiva, pero sí la que corresponda por Ley.

Preced: c. mtl. abrg. 199-

Conc: p. c. 487, 3)- c. com. 1033- 1034- 1142, 3) y 4) -

La póliza en los casos enumerados por el art. constituye título ejecutivo que, en su sentido sustancial, implica que por determinación expresa de la ley (p. c. art. 487, 3, en el caso) su titular está facultado para ejercitar la ejecución de una pretensión insatisfecha, mediante un procedimiento con autonomía y reglas propias, de desarrollo procesal breve, estatuido para el cobro de aquellos créditos de cuya legitimidad no puede dudarse racionalmente, atendida la naturaleza del documento en que están consignados (*).

El inc. 1) habla de seguros dotales y de rentas, cuya noción, omitida entre sus reglas, ha de suponerse abandonada a la interpretación doctrinal y jurisprudencial.

En realidad se trata de formas particulares de seguro sobre la vida (Messineo), dentro del cual caben diversas combinaciones. En el llamado dotal el asegurador debe pagar al asegurado, o al estipulante sobre la vida de un tercero (caso del art. 1122), o al beneficiario, la suma o indemnización convenida, si en una fecha que se fija (tantos años desde la celebración del contrato) el asegurado o un tercero, vive aún. También se dice de este seguro a capital diferido (Vivante, Messineo) y, como se ha dicho, tiene efecto si el asegurado sobrevive al vencimiento del contrato, quedando el asegurador liberado de la obligación, si la muerte de aquel ocurre antes (v. lo pertinente en la anot. al art. 1121).

Los seguros de renta, tienen diversas modalidades. Es el más conocido el contrato de renta vitalicia, entre cuyos antecedentes se cuentan los annuity del derecho anglosajón (Rodríguez) y que generalmente es consignado en los códigos civiles entre los contratos aleatorios. Consiste en que ha de abonarse, contra pago periódico de una prima y a partir de determinada fecha, siempre que el asegurado este en vida, una renta, quedando el asegurador liberado a la muerte del asegurado (Messineo). Los seguros de renta también tienen sus variantes: renta inmediata o renta diferida, según se empiece a pagar inmediatamente después de establecido el contrato o se haga efectiva solamente después de transcurrido cierto plazo. Pueden ser vitalicias o temporales, según duren tanto como la vida del beneficiario o solamente un número determinado de períodos. Las variantes y las combinaciones son múltiples en esta especie (seguro sobre la vida), y en los de rentas, todavía puede mencionarse las llamadas pensiones de reintegro y en efectivo que los herederos pueden cobrar hasta el total de la cantidad asegurada

por cuotas o de una sola vez; la renta familiar, que es un seguro temporal decreciente por un número de años fijo para la familia del asegurado después de muerto este; de protección familiar, que es una variante del anterior tipo con un seguro de vida (Maclean, cit. de Rodríguez; v. además la anot. al art. 1121).

La materia del inc. 2) está prevista en el art. 1142 (incs. 3 y 4), cuya anot. explica la disposición relativa.

Igualmente, en lo que respecta al inc. 3) la explicación de los arts. 1033 y 1034, revela el objeto de la disposición. Cabe señalar que la negativa mencionada en el inc., siendo motivada, enerva la acción ejecutiva y, en su defecto, la acción que corresponde por ley, a tenor del inc. i.f., es la de la vía ordinaria, mediante proceso de conocimiento (p. c. art. 316).

JURISPRUDENCIA

1.- "Comprobada la personería de los actores y llenadas todas las condiciones estipuladas en el contrato de seguro, la mencionada póliza de seguro de vida tiene suficiente fuerza ejecutiva y la obligación de los aseguradores de pagar el valor de ella es exigible" (G. J. N° 1036, p. 71).

2.- "Si bien el contrato de seguro es consensual y sinalagmático y genera obligaciones recíprocas para el asegurador y el asegurado, que se traducen en la obligación del primero de pagar la indemnización prevista en la póliza de ocurrir el evento y de pagar el segundo las primas pactadas y, como en la generalidad de los casos tales obligaciones dependen de hechos que deben comprobarse previamente, la vía lógica para el efecto es la vía ordinaria, sin embargo, cuando como en el caso de autos, no existe reclamo alguno del asegurador respecto del pago de primas y además ha admitido, por escrito, que el hecho previsto y amparado por la póliza se ha producido, de lo que resulta establecida, liquida y exigible la obligación indemnizatoria, la vía judicial más expedita (y propia) para el caso es la ejecutiva" (Lab. Jud. 1977, p. 231 = a G.J. N° 1616, p. 208).

ARTÍCULO 1.011.- (Póliza nominativa y cesión). La póliza es siempre nominativa, salvo en los casos de seguros de transporte en general, caso en el que puede ser al portador.

La cesión de la póliza nominativa no produce efecto sin la previa aceptación del asegurador; se presume su aceptación si éste guarda silencio por el término de quince días desde su notificación escrita.

El asegurador puede hacer valer las excepciones que tuviera contra el tomador, asegurado o beneficiario, frente al cesionario o ante quien pretenda sus beneficios.

Conc: c. c. 539- 541- c. com. 818- 1082-

En general, las pólizas solo pueden ser nominativas. La razón está en que su transmisibilidad mediante cesión, debe ser consentida por el asegurador, consentimiento que no puede darse en las otras formas de emisión: a la orden y al portador (v. las anots. a los arts. 516- 520 y 539).

Para los seguros de transporte en general, el art. prevé la excepción relativa a la admisibilidad de las expedidas al portador, por razones obvias, y, según el art. 1082, su cesión no requiere el consentimiento del asegurador; tampoco el asegurado está obligado a notificar al asegurador la enajenación de las mercaderías u objetos amparados por el seguro de transporte.

El silencio del asegurador ante el aviso del asegurado (2ª fase del art.) supone una aceptación tácita (c. c. art. 453) por presunción de derecho (c. c. art. 1318, II, 2) y la facultad otorgada al asegurador en la fracción tercera del art. se conforma a la regla general de derecho contenida en el art. 541 del c.c.

En la doctrina se considera si la póliza es o no un título-valor; cuestión muy discutida según Rodríguez, que sostiene que la póliza del contrato de seguro, a pesar de algunas semejanzas (caso de la que ampara el transporte de mercaderías y su transmisibilidad según el art. 1082 o su reposición en caso de deterioro o extravío según el art. 1014), no puede considerarse título-valor. En el sistema del Código, basta señalar que no está incluida en la regulación de los títulos-valores (Título II del Libro Segundo), para descartar la tesis afirmativa y, por el contrario, por lo que dispone el art. 512, puede considerársela expresamente excluida de los títulos-valores.

ARTÍCULO 1.012.- (Derechos del asegurado). Los derechos del asegurado no pueden ser ejercidos por el tomador sin expreso consentimiento de aquél, salvo en la parte del interés propio que tenga en el contrato de seguro. Si el asegurado no está en posesión de la póliza no podrá ejercer sus derechos sin el conocimiento del tenedor.

Conc: c. com. 988 -

La limitación a la actuación del tomador, atendidas la disposición del art. 988 y lo que consigna su anotación, es comprensible. El segundo período del art., relativo a que el asegurado no puede ejercer sus derechos sin tener la posesión de la póliza, no parece conciliar con la disposición del

art. 1006, que sólo le da a la póliza carácter de mero medio de prueba, en cuyo defecto, se puede acreditar el contrato por otros medios existiendo principio de prueba por escrito. Sin embargo, no se trata de una exigencia de consentimiento o intervención del tenedor, sino simplemente de que se haga conocer a este el ejercicio de esos derechos. Las relaciones que pueden existir entre tenedor y asegurado, se ventilan por la vía correspondiente.

ARTÍCULO 1.013.- (Discrepancias en la póliza). Si el tomador o asegurado encuentran que la póliza no concuerda con lo convenido o con lo propuesto, pueden pedir la rectificación correspondiente por escrito, dentro de los quince días siguientes a la recepción de la póliza. Se consideran aceptadas las estipulaciones de ésta si durante dicho plazo no se solicita la mencionada rectificación.

Si dentro de los quince días siguientes al de la reclamación el asegurador no da curso a la rectificación solicitada o mantiene silencio, se entiende aceptada en los términos de la modificación.

Conc: c. com. 990-

La póliza ha de tener correspondencia con la propuesta que consta en el cuestionario a que se refiere el art. 992. Si el asegurado o proponente encuentra discrepancias, tiene las facultades y el plazo señalados en el art. para gestionar su rectificación. La no reclamación oportuna, supone una aceptación tácita de la póliza tal como ha sido extendida. También se da ese mismo tipo de aceptación, cuando el asegurador no observa o contradice la rectificación reclamada por el asegurado, en el plazo previsto.

ARTÍCULO 1.014.- (Robo, pérdida o destrucción de la póliza). El asegurador, a solicitud y a costa del asegurado, extenderá duplicado de la póliza y sus anexos en caso de robo, pérdida o destrucción de la póliza quedando invalidado el original. Asimismo, puede obtener copia de la propuesta de seguro y sus declaraciones.

Conc: c. com. 990- 992- 1006-

SECCIÓN V PRIMA

ARTÍCULO 1.015.- (Obligación de pagar la prima). Es obligación del asegurado pagar la prima conforme a lo convenido.

Conc: c. com. 1007, 7)- 1024- 1051 - 1052- 1081 -
Véase la anot. al art. 1007, inc. 7).

La prima es la contraprestación que el tomador del seguro debe hacer a cambio de la obligación que contrae el asegurador. Es el correlativo del riesgo que corre la empresa.

La doctrina y el derecho comparado, consideran fundamental el principio de la indivisibilidad e independencia de la prima en relación al riesgo corrido (Rodríguez), por razón del cual principio, si no media estipulación en contrario, la prima convenida para un período en curso, se adeuda en su totalidad, aún cuando la entidad aseguradora cubra el riesgo sólo durante una parte del mismo.

Vivante (también Messineo), distingue dos elementos en la prima, no siempre claramente separados: a) la prima pura y neta, que constituye el valor del riesgo amparado, calculado según la estadística y b) el suplemento adicional de la prima pura, con lo que la empresa se reembolsa los gastos y los provechos de los capitales empleados en su industria. La prima pura forma el fondo del cual salen los capitales asegurados, a medida que suceden los siniestros; el adicional de la prima satisface las comisiones de los agentes, los gastos de administración y los dividendos de los accionistas de la entidad aseguradora. La prima pura, aumentada con ese adicional, forma la prima bruta o la prima de tarifa, que es sobre la que se contrata y a la que corrientemente se alude cuando se habla de prima. En la Argentina a la prima de tarifa, también se la llama comercial o cargada (Fernández).

Las normas generalmente admitidas a que está sujeta la prima, son: a) debe pagarse por adelantado (art. 1017, i. f.) justamente para constituir el fondo destinado a pagar los siniestros; b) la empresa que empezó a correr el riesgo, es acreedora de la prima entera del período asegurado aún cuando el riesgo cese antes de que tal período termine, regla que se funda en que los cálculos hechos sobre las observaciones estadísticas se refieren de ordinario a períodos de cierta duración, por lo general un año, lo que impide determinar exactamente cual parte de la prima debiera devolverse, por la cesación anticipada del riesgo, norma en la cual se funda la presunción del art. 1016, infra; c) en caso de anulación del contrato, por reticencias del asegurado (art. 994) o por inexistencia del riesgo (art. 981), la prima debe ser devuelta, por falta de causa, salvo el caso de dolo (art. 999); d) si el contrato se resuelve, el asegurado tiene derecho a la prima por todo el período que corría cuando se pronunció la resolución: si es anual, por el importe de la prima por un año, aún cuando la resolución se pronuncie al empezar ese año. En el caso, la resolución, como si fuera plazo resolutorio, no tiene efectos retroactivos y se aplica la

disciplina de los contratos de ejecución continuada, que se resuelven sólo para el futuro (Vivante).

ARTÍCULO 1.016.- (Presunción de prima anual). Con excepción de los seguros de transporte, las primas se presumen anuales a falta de estipulación expresa.

Conc: c. c. 1318, III) - c. com. 1007, 7) -

Comprendido en las anots. del art. anterior y del siguiente. La excepción relativa al seguro de transportes, se explica en que este se toma por lo regular por la duración del transporte.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso único del art. 987.

ARTÍCULO 1.017.- (Exigibilidad de la prima). La prima es debida desde el momento de la celebración del contrato, pero no es exigible sino con la entrega de la póliza o certificado provisional de cobertura. Las primas sucesivas se pagarán al comienzo de cada período, salvo que se estipule otra forma de pago.

Conc: c. com. 982- 1006-

Si no hay pacto en contrario, la prima vence y es exigible en el momento de la celebración del contrato, por lo que se refiere al primer período del seguro, entendido este como el lapso para el cual resulte calculada la unidad de la prima. En caso de duda, según la presunción del art. anterior, se entenderá que la duración del período es de un año, y las primas ulteriores a las del primer período se entienden vencidas al comienzo y no al fin de cada año, de acuerdo a la norma de pago anticipado de la prima (v. la anot. al art. 1015), siempre que no se haya pactado lo contrario.

La obligación del asegurador no está condicionada al pago de la prima y la entidad aseguradora no podrá eludir la responsabilidad de cubrir el riesgo mediante cláusulas que hagan depender la vigencia del contrato del pago de la prima. En caso de falta de pago total o parcial de la prima, operan las presunciones y resultan las consecuencias previstas en los arts. siguientes (1018 y 1019).

ARTÍCULO 1.018.- (Las primas en los seguros de daños). En los seguros de daños, si la entrega de la póliza o certificado provisional de cobertura se la hace sin la percepción de la prima, se presume la concesión de crédito por su importe.

Si el pago de la prima es parcial, se presume el otorgamiento de crédito por el saldo:

El incumplimiento en el pago de la prima dentro de los plazos fijados, no suspende la vigencia del contrato, sino ocho días después que el asegurador notifique este hecho, por escrito, al asegurado con su decisión de rescindir el mismo. La notificación debe ser personal o por carta certificada dirigida al último domicilio indicado por el asegurado. Toda cláusula que libere al asegurador de la notificación escrita, es nula.

Suspendida la vigencia de la póliza, el asegurador tiene derecho a la prima correspondiente al período corrido, calculado conforme a la tarifa para seguros a corto plazo.

Conc: c. com. 1019- 1040- 1043- 1081-

ARTÍCULO 1.019.- (La prima en los seguros de vida). En los seguros de vida, el asegurador no puede exigir el pago de las primas por la vía judicial. El contrato caduca sí no se pagan las primas en los términos convenidos salvo el pago mediante préstamo automático pactado sobre los valores de la reserva matemática. Sin embargo, la caducidad no se produce de hecho sino después de transcurrido el plazo de treinta días de la fecha de vencimiento para su pago y tal hecho no da lugar a la pérdida de los valores garantizados, señalados en la póliza.

Conc: c. com. 1018- 1041- 1141- 1143- 1144- 1146 1147-

Si el asegurado no paga la prima al vencimiento, aparte el ejercicio de la facultad de rescindir el contrato por voluntad unilateral permitida por el art. 1023 si existe estipulación expresa, el asegurador podría, de acuerdo a la ley, accionar la resolución del contrato por virtud de la condición resolutoria, sobrentendida siempre en todos los contratos bilaterales (c. c. art. 568 y c. com. art. 786).

Más, conforme observa Vivante, las pólizas contienen sanciones más rápidas y más rigurosas contra el asegurado moroso, que dan a las entidades aseguradoras una garantía práctica de cumplimiento del pago de las primas. No implican esas sanciones la amenaza de la resolución del contrato, por falta de pago de la prima, sino la suspensión de sus efectos, en las condiciones y con las consecuencias que señalan estos dos artículos, de tal manera que el asegurado no

puede gozar del seguro sino después del día en el cual haya pagado las primas atrasadas, mediante la rehabilitación o reconversión como ocurre en el seguro de vida, por ejemplo, (art. 1141).

Inclusive las pólizas, en aplicación de los preceptos de estos arts., mitigan el rigor de la suspensión, concediendo a los asegurados plazos de favor, para el pago de la prima, de tal suerte que si durante dichos plazos se produce el riesgo, el asegurador responde de él: el contrato no ha sido resuelto, produce todos sus efectos.

El concepto reserva matemática, aludido en el art. 1019, se explica con el valor garantizado en la anot. al art. 1142.

ARTÍCULO 1.020.- (Pago de primas por terceros). En los seguros de daños, el asegurador no puede rehusar el pago de la prima ofrecida por un tercero, salvo oposición del asegurado y, aún así, tampoco podrá rehusar el pago si el tercero puede ser perjudicado por el rechazo.

En los seguros de vida, un tercero no puede pagar la prima si no es por cuenta del asegurado, pero sí lo podrá hacer el beneficiario a título oneroso.

Conc: c. c. 295- 296, II) - c. com. 989- 1127- 1128-

El precepto se funda en la regla general dada por el art. 296, II) del c. c. En cuanto al interés que un tercero pudiera tener para pagar la prima, pago que no puede rehusar el asegurador, así mediara oposición del asegurado, puede darse en el caso, por ejemplo, del usufructuario respecto de la cosa asegurada por el nudopropietario sobre que recae su derecho real; también puede considerarse aplicable la previsión legal que se comenta al acreedor que puede conservar los derechos de su deudor, mediante la acción oblicua.

En los seguros de vida, el beneficiario a título oneroso tiene derecho no sólo a mantener vigente el contrato de seguro efectuando el pago de primas descuidado por el asegurado, sino a que su designación como tal, no pueda ser revocada, sin su consentimiento, mientras subsista la causa que determino dicha designación (art. 1127, in fine).

ARTÍCULO 1.021.- (Determinación de la prima). La prima expresada en la póliza debe incluir todos los derechos, recargos o cualquier otro concepto relacionado con el seguro o su obtención, salvo los impuestos que estén a cargo del asegurado. Ningún asegurador o intermediario podrá cargar o cobrar remuneraciones o compensaciones sobre la prima indicada en la póliza.

Conc: c. com. 1007, 7) -

Véase la anot. al art. 1015, en lo que se refiere a lo que se entiende por prima bruta o prima de tarifa, concepto al que se refiere este art. al reglar la determinación de la prima. La exclusión de los impuestos a cargo del asegurado, obedece a que, para el caso, la entidad aseguradora, no es agente de retención de dichos impuestos.

Establecida esa prima, que ha sido calculada sobre el conjunto de todos los elementos que concurren a su determinación, nadie está autorizado a recargar comisiones por ningún título.

ARTÍCULO 1.022.- (Lugar del pago). La prima debe pagarse en el domicilio del asegurador o en el lugar indicado en la póliza. No incurre en mora el asegurado, si el lugar del pago o el domicilio han sido cambiados sin su conocimiento.

Conc: c. com. 1007-

RESCISIÓN POR VOLUNTAD UNILATERAL

ARTÍCULO 1.023.- (Cláusula de rescisión). El contrato de seguro, excepto el de vida, puede ser rescindido por voluntad unilateral de cualquiera de las partes contratantes, siempre que ello se estipule en la póliza. Si el asegurador ejerce la facultad de rescindir, debe notificar por escrito su decisión al asegurado en su domicilio y con antelación no menor de quince días; si fuera el asegurado quien ejerza la facultad de rescindir, ésta producirá sus efectos desde su notificación escrita al asegurador.

Conc: c. com. 1007- 1105-

La facultad de rescindir el contrato, aún sin expresión de causa, en cualquier tiempo y a voluntad, reservada al asegurador y al asegurado, es una cláusula por lo regular establecida en las pólizas. Es el principio que admite y regula el primer período del art., aunque con expresa excepción del seguro de vida. Resulta así que siendo el de seguro un contrato-tipo o de adhesión, la rescisión por voluntad unilateral de una de las partes, estará siempre inserta en la póliza. Esa es la regla; la excepción ha de estar en que esa cláusula sea modificada en las estipulaciones manuscritas o mecanografiadas, que prevalecen sobre las impresas (art. 817).

La forma de la notificación de la parte que ejercita la facultad, siempre ha de ser escrita; sus efectos proceden en la oportunidad que fija el art. según se trate del asegurador o del asegurado.

Nótese que el principio del art., tiene su excepción en el seguro de especies animales, en el cual, según el art. 1105 en los casos de enfermedades contagiosas cubiertas por el seguro, el asegurador no puede rescindir el contrato antes del vencimiento; disposición inderogable, por imperativa, por la voluntad de las partes, así la póliza contuviera la cláusula de rescisión.

ARTÍCULO 1.024.- (Liquidación de la prima). Si la rescisión fuera por voluntad del asegurador, éste devolverá a prorrata la parte de la prima de seguro por el tiempo no corrido; si fuera por voluntad del asegurado, el asegurador tendrá derecho a la prima por el tiempo corrido, según la tarifa a corto plazo.

Conc: c. com. 1015-

El ajuste de la prima que regula el art. para el supuesto de la rescisión, no supone una contradicción a lo que se ha dicho en la anot. al art. 1015, respecto de la indivisibilidad y la independencia de la prima en relación al riesgo corrido y a los efectos de la resolución. Aquí se trata de los efectos de la rescisión voluntariamente pactada en el contrato y esos efectos, en cuanto al ajuste de la prima, son los que señala el art., sin alterar el principio mencionado.

SECCIÓN VII SINIESTRO

ARTÍCULO 1.025.- (Concepto). El siniestro se produce al acontecer el riesgo cubierto por el contrato de seguro y da origen a la obligación del asegurador de indemnizar o efectuar la prestación convenida.

Conc: c. com. 1027- 1029- 1047- 1054-

En la materia que se estudia, el riesgo, como bien señala la Real Academia, evoca la idea de cada una de las contingencias que pueden ser objeto del contrato de seguro (v. la anot. al art. 983). En tanto que el siniestro, según la misma Academia, supone la avería grave, la destrucción fortuita o la pérdida importante que sufren las personas o la propiedad (noción comprensiva del interés asegurable), como en los casos de muerte, incendio, naufragio, etc.

Como indica el art., entonces, ha de considerarse que con el término siniestro se designa la realización del evento previsto en el contrato de seguro.

En cuanto al hecho y sus consecuencias, a los fines establecidos en el art., cabe precisar que, en general puede asegurarse todos los riesgos, con excepción de los que expresamente excluye la ley, v. gr., el art. 1047: daños causados por guerras internacionales o civiles, por fenómenos sísmicos o telúricos y por explosiones o contaminaciones nucleares (V. en la anot. al art. 984 lo relativo a riesgos asegurables y no asegurables).

La doctrina (Rodríguez) señala que debe darse una relación de causalidad entre el daño y el riesgo previsto, pues si no la hubiera, el asegurador no puede estar obligado a la indemnización. El art. 1054 (desaparición del interés), prevé el caso al disponer que con la destrucción del bien asegurado por causa extraña al riesgo cubierto por el contrato, este se extingue.

ARTÍCULO 1.026.- (Tiempo en que se inicia el siniestro). Si el siniestro se inicia dentro de la vigencia del seguro y continúa después de vencido el plazo del mismo el asegurador responde de la indemnización; pero si el siniestro se inició antes y continua después de la asunción del riesgo por el asegurador, éste no responde por el siniestro.

Conc: c. com. 979 - 1104 - c. aér. 244 -

Ejemplo practico de esta disposición, se encuentra en la anot. de Rebolledo al art. 201 del c. mtl. abrg., citada y expuesta en la anot. relativa al inc. 4) del art. 1007 (determinación de la hora en que comienza y vence el contrato de seguro).

El art. 244 del c. aér., en su ámbito de aplicación, determina que la vigencia de los seguros obligatorios cuya expiración se produzca durante el vuelo, se considera prorrogada hasta la terminación del mismo.

A su vez, el art. 1 104, en el seguro de especies animales, prolonga las obligaciones del asegurador, para el caso de muerte e incapacidad del animal asegurado, hasta un mes después de terminada la vigencia del contrato, cuando la enfermedad o la lesión que han determinado el siniestro se inició u ocurrió durante la vigencia del mismo. Como se ve, en todos los casos, el principio es el mismo que el que informa la citada ejemplificación de Rebolledo.

ARTÍCULO 1.027.- (Prueba del siniestro). Incumbe al asegurado o beneficiario probar el siniestro y los daños. En su caso, al asegurador le corresponde probar los hechos y circunstancias que pudieran liberarlo, en todo o en parte, de su responsabilidad.

El siniestro se presume producido por caso fortuito, salvo prueba en contrario.

Conc: c.c. 1283 - 1318, III) - p.c. 375 - c. com. 1025 -1032-

El asegurador tiene el derecho de exigir del asegurado o beneficiario, toda la información necesaria sobre los hechos relacionados con el siniestro, a fin de determinar las circunstancias del suceso y sus consecuencias.

El asegurado debe probar la pérdida y el valor de los objetos asegurados para determinar los daños, porque, dice Vivante, la descripción hecha en la póliza, no prueba ni su existencia, ni su valor en el momento del siniestro, pudiendo inclusive acudirse a la valoración pericial por autoridad judicial.

La prueba exigida al asegurador de los hechos que en su concepto pudiera exonerarlo, total o parcialmente, de su responsabilidad, responde, como en el caso del asegurado a la misma regla sobre la carga de la prueba (c.c. art. 1283 y p.c. art. 375). Por ejemplo, el asegurador puede pretender - y está obligado a demostrar su alegación- que no hay relación de causalidad entre el daño y el seguro contratado (v. la anot. al art. 1025).

La presunción que establece la ultima parte del art. es iuris tantum, sometida a la regla del art. 1318, III) del c.c. Por su virtud, la carga de la prueba, no corresponde al asegurado, a quien favorece la presunción, sino que se desplaza al asegurador si alega que el daño no se debió a causa fortuita.

ARTÍCULO 1.028.- (Aviso del siniestro). El asegurado o beneficiario, tan pronto y a más tardar dentro de los tres días de tener conocimiento del siniestro, deben comunicar tal hecho al asegurador, salvo fuerza mayor o impedimento justificado. Este plazo no se aplica si se señala otro diferente en seguros específicos de este Título. Los términos señalados pueden ampliarse mediante cláusula del contrato, pero no reducirse.

No se puede invocar retardación u omisión del aviso cuando el asegurador o sus agentes, dentro del plazo indicado, intervengan en el salvamento o comprobación del siniestro al tener conocimiento del mismo por cualquier medio.

Conc: c. com. 1030- 1038- 1064- 1091- 1096- 1101-

La ley sujeta al asegurado a la carga (Messineo) de dar aviso al asegurador de que el siniestro se ha producido. El aviso debe ser dado dentro de un plazo a contar del momento en que ha tenido conocimiento del mismo. Otras legislaciones exigen un aviso inmediato (v. gr. el c. com. argentino, art. 524). Vidari, (cit. de Malagarriga), considera que ni uno ni otro sistema son convenientes, ya que el aviso inmediato puede presentar dificultades y el aviso dentro de tres días resultar tardío. Es evidente que la obligación de hacerlo de inmediato elimina como observa Malagarriga, la posibilidad de la validez de un aviso voluntariamente tardío, pues cualquier dificultad que ocasione demora (caso fortuito o fuerza mayor) siempre puede ser justificada por el asegurado con la prueba pertinente.

El art. hace correr el término desde el momento del conocimiento del siniestro. Se considera que lo correcto sería que debiera empezar a correr el término tan luego como haya sucedido el siniestro. Sin embargo, depende esto del tipo de seguro y la disposición del art. parece la más propia.

El plazo que señala el art. para el efecto, es de carácter general, con algunas excepciones para ciertos seguros específicos, v. gr. el de responsabilidad civil, de tres días (también), pero computable desde el momento del suceso o desde la demanda (extrajudicial) de tercero o inmediatamente de la notificación si la demanda es judicial (art. 1091); para el seguro I de agricultura y en el de especies animales, rigen las reglas, específicas (arts. 1096 y 1101) a que se refiere el art.

Todos los plazos sobre el particular, pueden ser ampliados, pero no disminuidos, en la estipulación contractual.

El art. no exige dar más aviso que el que corresponde al asegurador. Pero, si en la póliza- o en alguna disposición legal imperativa- se exige además que el sea dado a alguna autoridad, dicha estipulación debe cumplirse bajo las mismas sanciones, porque es ley entre las partes.

La prueba de que el asegurado no dio en tiempo oportuno el aviso correspondiente, es de cargo del asegurador, por aplicación de las reglas relativas a la carga de la prueba.

La notoriedad del siniestro no exime al asegurado del deber que el art. le impone, a menos que el asegurador o sus agentes hayan intervenido en el salvamento o en su comprobación al tener

conocimiento de el, aún sin haber recibido el aviso, supuesto en el cual, no le está permitido al asegurador alegar omisión o retardo en la obligación del asegurado.

La consecuencia del incumplimiento de esta carga (que según Messineo es la denominación correcta que corresponde a la naturaleza jurídica de este figura), es la que señala el art. 1030, por cuya virtud y según las circunstancias que serán apreciadas por el Juez, en su caso, el asegurador puede quedar exonerado, en todo o en parte, de sus obligaciones. En caso de inobservancia dolosa del precepto, se aplica el art. 1038, inc. 2): pérdida del derecho a la indemnización.

ARTÍCULO 1.029.- (Obligación de evitar la extensión y propagación del siniestro). El asegurado está obligado, en la medida de sus posibilidades, a evitar la extensión y propagación del siniestro y a proporcionar los medios de salvamento de las cosas aseguradas, así como a observar las instrucciones oportunamente dadas por el asegurador, dentro de lo materialmente razonable. Si como efecto de esas instrucciones, el asegurado incurre en gastos, éstos serán reembolsados por el asegurador, siempre que sean justificables.

Conc: c. com. 1025- 1064- 1067- 1102- 1149-

El asegurado debe hacer cuanto este de su parte para evitar o disminuir los daños; cuanto le sea posible, dice el art., esto es, que no se le exige otra cosa que la diligencia que emplearía si no estuviera asegurado (Vivante).

El contrato de seguro está fundado en la comunidad de intereses entre el asegurador y el contratante del mismo, en lo que toca a la común conveniencia de impedir que el siniestro se produzca, porque siendo el de seguro un contrato de carácter estrictamente indemnizatorio, no cabe la idea de enriquecimiento alguno para el asegurado o el beneficiario, que en el seguro sólo puede pretender la satisfacción económica del perjuicio que la realización del siniestro provoque en su patrimonio.

El art. señala la obligación, pero no indica la consecuencia de su inobservancia por parte del asegurado, cual lo hace, por ejemplo, cuando excluye la obligación del asegurador en el supuesto de la producción dolosa del siniestro (v. gr. arts. 1038, 1089 y 1150) o declara la nulidad del contrato por razón de las declaraciones o reticencias dolosas (art. 999) o de la agravación también dolosa del riesgo (art. 1004).

En el derecho comparado, se encuentra que el c. com. argentino (art. 524), establece que la falta de diligencia posible para precaver o disminuir los daños, dará lugar al resarcimiento de los

daños y perjuicios que esa falta ocasione al asegurador. En la legislación mexicana (Ley del contrato de seguro, arts. 113 y 115, cit. de Rodríguez), el asegurador puede reducir la indemnización hasta el valor a que ascendería, si la obligación del asegurado de ejecutar todos los actos que tiendan a evitar o disminuir el daño cuando ocurriere el siniestro, no se hubiere cumplido, o totalmente si el asegurado hubiese procedido con intención fraudulenta. En el derecho italiano (art. 1915, c.c.), el asegurado que dolosamente no cumple la obligación del aviso o del salvamento pierde el derecho a la indemnización, o sufre una reducción de la misma en proporción al perjuicio ocasionado por la omisión culposa del cumplimiento de esas obligaciones (aviso y salvamento).

La valoración de si se ha hecho o no todo lo posible por parte del asegurado para cumplir esta obligación, es una cuestión circunstancial librada a la apreciación del Juez. Supone una investigación de hecho y corresponderá al magistrado, en su caso, reconocida la concurrencia de una actuación dolosa o culposa, aplicar la consecuencia analógica que corresponda en conformidad con el principio establecido en el art. 1, II) del p.c.

Los gastos en que incurra el asegurado en el cumplimiento de esta carga (que es la terminología propia para definir esta figura: Messineo), deben serle reembolsados por el asegurador en su totalidad, porque limitar a los de las cosas salvadas, sería hacer recaer sobre el asegurado el alea del salvamento, que el realiza en interés del asegurador, conforme observa Vivante.

ARTÍCULO 1.030.- (Omisión del aviso). El asegurador puede liberarse de sus obligaciones cuando el asegurado o beneficiario, según el caso, omitan dar el aviso dentro del plazo del artículo 1.028 con el fin de impedir la comprobación oportuna de las circunstancias del siniestro o el de la magnitud de los daños.

Conc: c. com. 1028- 1096-
Comprendido en la anot. al art. 1028 -

ARTÍCULO 1.031.- (Informes y evidencias). El asegurado o beneficiario, según el caso, tienen la obligación de facilitar, a requerimiento del asegurador, todas las informaciones que tengan sobre los hechos y circunstancias del siniestro, a suministrar las evidencias conducentes a la determinación de la causa, identidad de las personas o intereses asegurados y cuantía de los daños, así como permitir las indagaciones pertinentes necesarias a tal objeto.

Conc: c. com. 1033- 1034- 1038- 1091 -

Es una consecuencia natural de la producción del hecho y de las obligaciones contractuales propias del seguro. El asegurado o beneficiario que pretendan la reparación económica del daño sufrido, tienen que facilitar la comprobación de que el daño es resultado del evento previsto en el contrato.

ARTÍCULO 1.032.- (Documentos y exigencias prohibidas). Ocurrido el siniestro, el asegurador puede requerir pruebas que razonablemente puedan ser proporcionadas por el asegurado o beneficiario. No surte efecto alguno la convención que límite los medios de prueba, ni aquella que condicione la indemnización o prestación a cargo del asegurador, a una transacción o sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada excepto en el seguro de responsabilidad civil, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones legales pertinentes.

Conc: c.c. 454, II) - c. com. 821 - 1027 - 1092- 1097-

La exigencia de la prueba a que se refiere el primer período del art., esta limitada a la posibilidad razonable, que se señala en el mismo, de que el asegurado pueda suministrarla. Toda exigencia que sobrepase ese límite, ha de entenderse exigencia prohibida. Además, no puede exceder los límites de la obligación a que se refiere el art. 1027 (v. la anot. respectiva), sin olvidar la presunción que según el mismo favorece al asegurado.

Las limitaciones convencionales a los medios de prueba son ineficaces, por virtud de esta disposición que se conforma al respecto a la regla general del art. 821, que es inderogable por la voluntad de las partes. La excepción respecto de los seguros de responsabilidad civil, se explica por virtud de lo que dispone el art. 1092.

En la exigencia de las pruebas, que razonablemente puedan ser proporcionadas por el asegurado, ha de tenerse en cuenta también la permisión contenida en el art. 1097.

ARTÍCULO 1.033.- (Plazo para pronunciarse). El asegurador debe pronunciarse sobre el derecho del asegurado o beneficiario dentro de los treinta días de recibidas la información y evidencia citadas en el artículo 1.031. Se dejara constancia escrita de la fecha de recepción de la información y evidencias a efecto del cómputo del plazo.

En caso de demora u omisión del asegurado o beneficiario en proporcionar la información y evidencias sobre el siniestro, el ter uno señalado no corre hasta el cumplimiento de estas obligaciones.

El silencio del asegurador, vencido el término para pronunciarse, importa la aceptación del reclamo.

Conc: c. com. 1010, 3) - 1031 - 1034

El pronunciamiento del asegurador supone que acepte la información y evidencias del asegurado o beneficiario, proporcionadas a mérito del art. 1031, o que las declare inaceptables, extremo en el cual, si se ocurre a la acción judicial correspondiente, incumbe al asegurador probar las circunstancias o hechos que le autorizan el rechazo, en la forma prevista por la primera fracción in fine del art. 1027.

La segunda fracción del art. es totalmente superflua y carece de justificación, una vez que en el plazo que señala la primera fracción para que el asegurador emita su pronunciamiento, corre desde que se ha entregado por el asegurado o beneficiario la información requerida.

La presunción de la tercera fracción del art. que atribuye una aceptación tácita al silencio del asegurador, respecto de la información y evidencias recibidas según lo dispuesto en el art. 1031, tiene, en primer lugar, la eficacia que le asigna el art. 1318, II) del c.c., y, en segundo lugar, da fundamento a la acción ejecutiva prevista en el art. 1010, inc. 3), si no se paga la indemnización en los plazos previstos, según los casos, por el art. siguiente (1034).

ARTÍCULO 1.034.- (Término para el pago del siniestro). En los seguros de daños, establecido el derecho del asegurado y el monto de la indemnización, el asegurador debe pagar su obligación según el contrato, dentro de los sesenta días siguientes. En los seguros de vida, el pago se hará dentro de los quince días posteriores al aviso del siniestro o tan pronto sean llenados los requerimientos señalados en el artículo 1.031.

Conc: c. com. 1010, 3)- 1031- 1033- 1035- 1095-

Comprendido en la anot. al art. anterior. La consecuencia de su incumplimiento es la que señala el art. siguiente (1035).

ARTÍCULO 1.035.- (Mora en el pago). El asegurador incurre en mora vencidos los términos consignados en el artículo anterior; todo convenio en contrario es nulo.

Conc: c.c. 341, 4) - c. com. 1034 -

Por efecto de las disposiciones de este art. y las de los arts. 1010, 3) y 1034, producida la mora, la del asegurador es una obligación vencida y la póliza tiene fuerza ejecutiva.

ARTÍCULO 1.036.- (Peritaje). En caso de diferencia en la valuación de los daños se puede recurrir al peritaje para la fijación del monto de la indemnización. Asimismo, el peritaje podrá ser solicitado cuando se trate de pronunciarse sobre puntos de hecho o de determinar las causas de un siniestro.

Conc: p.c. 430- c. com. 1095 - 1472 -

ARTÍCULO 1.037.- (Nombramiento de peritos). El nombramiento de peritos y tercero dirimidor, en su caso, será hecho por las partes conforme a las normas que sobre "peritaje" señala este Código.

Conc: p.c. 432 - c. com. 1473 -

En el supuesto del art. 1036, el daño se aprecia por medio de peritos, según el valor que las cosas aseguradas tenían al tiempo de producirse el siniestro y deducidas las cosas salvadas.

La procedencia de la intervención pericial y la designación de peritos, están determinados en los arts. 1473 y 1474. El procedimiento para la designación y la actuación de los peritos, incluido lo relativo a su recusación y remoción, se ajusta a las normas respectivas del p.c., si no se ha estipulado particularmente nada sobre todos o algunos de estos puntos en el contrato (art. 1474).

ARTÍCULO 1.038.- (Pérdida del derecho a la indemnización). El asegurado o el beneficiario pierde el derecho a la indemnización o prestaciones del seguro, cuando:

- 1) Provoquen dolosamente el siniestro, su extensión o propagación;
- 2) Oculten o alteren, maliciosamente, en la verificación del siniestro, los hechos y circunstancias mencionados en los artículos 1.028 y 1.031, y
- 3) Recurran a pruebas falsas con el animo de obtener un beneficio ilícito.

En cualquiera de estos casos, el asegurado pierde además el derecho a la devolución de las primas, sin perjuicio de las sanciones penales.

Conc: c.p. 338- c. com. 986- 1028- 1031- 1102- 1136-

Desde luego considérese el precepto como de orden público y, por consiguiente, inderogable por convención de partes. La prueba de los hechos que enumera corresponde al asegurador, de acuerdo a la regla del art. 1027.

Es fundamento de la estructura del seguro, que el asegurado no provocara el riesgo ni agravará sus consecuencias perjudiciales cuando este se ha producido, por consecuencia de la naturaleza de la obligación del asegurador, que sólo puede responder de los hechos inciertos, independientes de la voluntad del asegurado (art. 986). Este fundamento es legal y también puede ser convencional (Rodríguez).

La ley expresa en este art., de modo categórico, la absoluta incompatibilidad entre el contrato de seguro y la producción voluntaria del siniestro y por eso libera al asegurador de la obligación de indemnizar cuando el suceso o su extensión o propagación han sido causados por el dolo o la mala fe del asegurado o del beneficiario. Algunas legislaciones, añaden el hecho de los causahabientes de estos (v. gr. la Ley del contrato de seguro mexicana, art. 78, cit. de Rodríguez).

En el ámbito convencional, el asegurador puede exigir del asegurado o del beneficiario, dentro de los límites de la licitud de la libertad contractual (c.c. art. 454, II), la observancia de determinada conducta, sea para impedir, en lo posible, el siniestro, sea para atenuar sus resultados. Por ejemplo, es perfectamente admisible que el asegurador de incendios exija una cierta forma en el montaje de la red eléctrica o de ciertas seguridades en la red de conducción de gas, o de que el asegurador de vida prohíba ciertas actividades para su asegurado. La inobservancia de estas condiciones, consentidas en el contrato, puede considerarse una agravación dolosa del riesgo (art. 1004) dirigida a la provocación del siniestro o a facilitar su extensión o propagación, pasible, por consiguiente, de la sanción prevista en este art.

La ocultación o alteración maliciosa de los hechos y circunstancias mencionados en los arts. 1028 y 1031, como falsear pruebas o servirse de pruebas falsas, importan hechos dolosos penalmente punibles (c.p. art. 338: fraude de seguro), que expresamente menciona el art. in fine, aparte las sanciones propias de su ámbito de aplicación: pérdida de la indemnización y de las primas pagadas.

ARTÍCULO 1.039.- (Jurisdicción y competencia). El conocimiento de las acciones judiciales emergentes del contrato de seguro, es de competencia y jurisdicción del juez del domicilio del

asegurado o del lugar donde se encuentren los intereses asegurados. Es nula toda convención en contrario.

Conc: loj. 21- 23- p.c. 10- c. com. 2- 822-

Las reglas sobre jurisdicción y competencia son de orden público y por consiguiente inderogables convencionalmente.

PRESCRIPCIÓN

ARTÍCULO 1.040.- (Prescripción en seguro de daños). Las acciones emergentes de un contrato de seguro de daños prescriben en dos años a contar de la fecha del siniestro.

La cobranza de la prima devengada, prescribe en el mismo plazo a contar de la fecha en que ella es exigible.

Conc: c.c. 1492- 1507- c. com. 1018- 1044-

JURISPRUDENCIA

"Las acciones resultantes de estos contratos Son prescriptibles en el tiempo (señalado por la ley)" (G.J. N° 418, p. 508).

ARTÍCULO 1.041.- (Prescripción en seguro de vida). En caso de muerte, los beneficios de un seguro de vida o de accidentes personales no reclamados, prescriben en favor del Estado, en el término de cinco años, a contar de la fecha en que el beneficiario conozca la existencia del beneficio en su favor.

Conc: c.c. 1111-1492-1507- c. com. 1019-

JURISPRUDENCIA

1.- "La prescripción liberatoria se refiere a la extinción de las acciones y no puede aplicarse al restablecimiento de los derechos ya extinguidos por pago, ni la falta de inscripción de un gravamen cancelado autoriza restablecer el crédito por prescripción" (G.J. N° 835, p. 68).

2.- "La prescripción, de dominio o liberatoria, se gana cumplido el último día del término" (G.J. N° 1285, p. 23).

3.- "En el cómputo de la prescripción, para saber cual es el último día en que ella se gana, forzosamente ha de conocerse cual es el primero de su iniciación" (G.J. N° 1285, p. 23).

ARTÍCULO 1.042.- (Interrupción de la prescripción). Además de las causas ordinarias, la prescripción se interrumpe por cualquiera de los actos jurídicos establecidos por la ley.

Conc: c.c. 1503 -

JURISPRUDENCIA

1.- "Reconocido en acto judicial el derecho sobre el objeto reclamado, queda interrumpido el término de la prescripción" (G.J. N° 362, p. 1478).

2.- "Se interrumpe el término de la prescripción, tanto adquisitiva como liberatoria, si el deudor o poseedor hace reconocimiento del derecho de aquel contra quien corre la prescripción" (G.J. N° 673, p. 47).

3.- "La citación basta para la interrupción requerida para impedir que los demandados ganen la prescripción" (G.J. N° 805, p. 11).

ARTÍCULO 1.043.- (Modificación de plazos). Es nulo el pacto que extienda o reduzca el plazo de la prescripción, así como toda estipulación que fije términos para interponer acciones judiciales.

Conc: c.c. 1495 - c. com. 1018 -

CAPÍTULO II SEGURO DE DAÑOS

SECCIÓN I GENERALIDADES

ARTÍCULO 1.044.- (Objeto). Puede ser objeto del seguro de daños, cualquier riesgo que, directa o indirectamente, afecte a los bienes o al patrimonio de una persona, siempre que exista interés asegurable manifestado en el deseo de que el siniestro no ocurra, al tener esta persona un interés económico lícito. El interés asegurable debe ser susceptible de estimación en dinero.

El interés asegurable debe existir en el momento del siniestro. Quien pretenda beneficiarse del seguro sin tener un interés asegurable carece de acción contra el asegurador.

Conc: c.c. 292 - c.com. 1040-1045-1047-1053-1054-1059-1094-1098-1113-1115-1597-

Es indudable que la formulación del Código presenta notoria deficiencia en su mérito legislativo, por una iterada redundancia de normas singulares, que ha abultado innecesariamente el número de ellas. Muchas generalidades establecidas para el Título, que se supone sirven para todas las normas del instituto, se repiten en las generalidades de los capítulos contenidos en aquel, lo que convierte un propósito de ordenación sistemática en una farragosa diseminación del mismo.

Tal el caso de este art., cuyo contenido sobre el objeto del seguro esta ya legislado en el art. 980 y sobre la existencia del interés asegurable en el art. 981 relativo a la existencia del riesgo. Parece lógico deducir que si no existe riesgo asegurable, es porque no existe interés asegurable. Valen, por lo tanto, para este art. las anots. a los arts. 980, 981 y 1025.

ARTÍCULO 1.045.- (Interés ajeno). Si el tomador del seguro no es propietario de la cosa asegurada, y lo hace por algún otro interés que en ella tenga, el contrato se celebra también en interés del propietario; éste, sin embargo, no puede beneficiarse del seguro sino después de cubierto el interés del tomador y reembolsada la parte proporcional de las primas pagadas.

Conc: c. com. 988 - 1044 - 1063 -

La materia de este art. esta examinada en las anots. de diversas disposiciones anteriores: en la del art. 980 respecto de quienes tienen interés en contratar un seguro; en la del art. 987 distinguiendo asegurado y contratante del seguro; en la del art. 989 sobre la igualdad o desigualdad de intereses de varios interesados en un seguro; en la del art. 997 al tratar el seguro por cuenta ajena; en la del art. 1007, inc. 2) relativo al contenido de la póliza y la individuación del asegurado; en la del art. 1012 relativo al ejercicio de los derechos del asegurado por el tomador, y en la del art. 1020 concerniente al pago de las primas por un tercero. En estas disposiciones citadas, las anotaciones que les son relativas, tratan del tema del art. según los diversos supuestos de ellas. Sólo cabe agregar a tenor de este art., que la consecuencia que señala es lógica. Por ejemplo, si el usufructuario ha asegurado la cosa sobre la que tiene ese derecho real, es indudable que el seguro ha de beneficiar al nudopropietario, aunque mediatamente, si queda saldo en la indemnización, cubierto primeramente el interés del contratante del seguro que es el usufructuario, como asegurado respecto de su interés: la renta usufructuaria, y devuelta por el nudopropietario la parte proporcional de las primas pagadas por el contratante del seguro. Si el contratante del seguro es el depositario, cubiertos sus gastos y los perjuicios que ha podido ocasionarle el siniestro en su condición de depositario, el remanente de la indemnización, deducidas la proporción correspondiente de las primas pagadas por este,

pasa al propietario de la cosa. Y así, puede multiplicarse los ejemplos, teniendo siempre en cuenta que la finalidad de la ley es proteger, con prioridad, la diligencia de quien se ha preocupado de asegurar la cosa, con interés legítimo para ello, contra los riesgos a que pueda estar expuesta.

ARTÍCULO 1.046.- (Vicio propio). El vicio propio no estará comprendido en los riesgos asumidos por el asegurador, salvo pacto en contrario.

Se entiende por vicio propio el germen de destrucción o deterioro que llevan en sí las cosas por su propia naturaleza o destino, cualquiera sea su calidad.

Conc: c. com. 980- 1076 -

En la anot. al art. 966, inc. 1), se ha dado la noción de lo que se entiende en la doctrina por vicio propio, a la cual se conforma el concepto que del mismo da este art.

Para que el vicio propio, sea eximente de la responsabilidad del asegurador, debe ser la causa única y directa de la pérdida o deterioro, de lo que se deduce, dice Fernández, que el asegurador responde del caso fortuito por cuyo efecto se manifiesta el vicio propio.

Si hay pacto en contrario, el asegurador responde aún del siniestro, del cual el vicio propio es causa única y directa. Por lo regular, supone una prima más elevada, según la naturaleza de la cosa asegurada y el tipo de riesgo contra el que se toma el seguro.

ARTÍCULO 1.047.- (Riesgos excluidos). Salvo pacto en contrario, quedan excluidos del contrato de seguro los daños causados por hechos de guerra internacional o civil; así como erupciones volcánicas, temblores de tierra y otras convulsiones geológicas de la naturaleza. Asimismo, riesgos nucleares.

Conc: c. com. 980- 1044 -

Véase las anots. a los arts. 984 y 1025.

ARTÍCULO 1.048.- (Carácter indemnizatorio). El seguro de daños tiene carácter indemnizatorio y no puede constituir para el asegurado fuente de lucro; en tal sentido, el asegurador se obliga a resarcir, conforme al contrato, los daños sufridos en el siniestro, sin comprender el lucro cesante o daño emergente, salvo la existencia de acuerdo expreso al efecto.

Conc: c.c. 519- c. com. 985- 1049- 1056- 1057- 1058-1124- 1159-

La doctrina y la legislación, uniformemente, distinguen dos grupos de seguros: de daños y de personas. El art. al declarar el carácter indemnizatorio del seguro de daños, señala su naturaleza típica. Vivante, declara así el principio: allá donde falta el fin del resarcimiento, falta la legitimidad del contrato de seguro.

No se discute este carácter del seguro de daños, habida cuenta que el asegurador se obliga a pagar el daño real que la cosa asegurada experimenta al producirse el siniestro. Tratándose del seguro de vida la afirmación es discutida y aún negada (Rodríguez) y se considera que el seguro de daños y el de personas no son reducibles a supuestos comunes. Se observa, para fundar tal consideración, que en el seguro de vida asegurador y asegurado convienen en el pago de una suma de dinero al asegurado o a un tercero beneficiario, que no tiene relación alguna con el daño, y que mientras en el seguro de daños la indemnización se determina en función del perjuicio realmente experimentado, por su carácter verdaderamente indemnizatorio, en los seguros de vida la indemnización es arbitrariamente fijada. Ascarelli (cit. de Rodríguez), estima, sin embargo, que las indemnizaciones no pueden ser libremente fijadas y que tanto la ley como la práctica de las entidades aseguradoras, establecen relaciones precisas entre el daño que sufre el asegurado y la cuantía de la indemnización que ha de pagarse a él o a un tercero beneficiario. De todos modos, la doctrina es uniforme cuando se limita a destacar que el seguro de daños ha de concebirse como un contrato de indemnización o de resarcimiento, dentro de la doctrina indemnizatoria, complementada por la de la necesidad económica, que más que antitética es variante de aquella y por cuya virtud la necesidad del asegurado a que el seguro provee, es, en sustancia, la de no ver alterada la propia situación económica por sobrevenir un daño o un evento de cuyas consecuencias, precisamente, el asegurado quiere garantizarse, o sea, salir indemne (Messineo).

La indemnización supone resarcimiento de un daño. Como dice Rodríguez, indemnizar es pagar el daño, lo que, desde luego, indica que el daño es una entidad mensurable objetivamente, no sujeta a una mera apreciación subjetiva. Las reglas de los artículos siguientes (particularmente, 1049 a 1059), confirman esta conclusión.

Como el riesgo asegurado implica siempre un evento perjudicial, el objeto del seguro es la satisfacción económica de la necesidad patrimonial creada por aquel, de lo cual emana la conclusión de que el siniestro y su resarcimiento no deban ni puedan ser ocasión de lucro para el asegurado. Ya en el siglo XVI, Stracchia (cit. de Malagarriga), decía: *assecuratus non querit lucrum, sed agit que in damno sit.*

Por su propia naturaleza, el daño, en el seguro de daños, es el límite del seguro. Por eso, si un mismo interés es asegurado varias veces sobre el mismo riesgo, en varias empresas (art. 1070: pluralidad de seguros), el asegurado está obligado a informar a cada uno de los aseguradores la existencia de los otros seguros, quienes, si la pluralidad no es resultado de la mala fe del asegurado, responden proporcionalmente al monto de su contrato con relación al daño ocurrido. Si ha mediado mala fe del asegurado en el seguro múltiple, los aseguradores quedan liberados de sus obligaciones, según otras legislaciones (v. gr. Ley del contrato de seguros mexicana, art. 101), consecuencia que omite señalar expresamente el art., pero que ha de considerarse admitida en el ordenamiento del Código, por aplicación de la norma general contenida en el art. 999.

Así se explica el precepto cuando dispone que el resarcimiento se adecuara al daño sufrido, o sea, que la obligación de resarcir, comprenderá conforme al contrato, los daños sufridos en el siniestro. Más, incurre en extraña dilogía al confundir lucro cesante con daño emergente, si la conjunción o se ha empleado para denotar idea de equivalencia entre ambos conceptos, o en un error conceptual cuando insinúa con su deficiente formulación una inexistente diferencia entre el daño emergente y el daño indemnizable por el seguro.

El concepto de daño, o la valoración del daño como prefiere decir Messineo, o el alcance de la responsabilidad (interesse) entre los romanos según Scaevola, distingue dos aspectos o manifestaciones, clásicamente conocidas: el daño emergente y el lucro cesante, que implican dos ideas distintas: una, *damno vitando* que corresponde exactamente a la pérdida sufrida y, otra, *lucro captando* que representa la ganancia dejada de percibir.

Gregorio López (cit. de Scaevola), desarrollando las glosas de Bartolo, Baldo y otros, explica la clasificación de las Partidas (7ª tít. 15, ley 1), que señala que el daño emergente ocurre de tres modos: a) cuando se empeora la cosa, bien porque se mezcla a otra, bien porque se hace mal en ella de alguna manera; b) cuando se mengua o disminuye por el mismo mal, y c) cuando se pierde o se destruye enteramente. Resumiendo: el daño emergente es el que una cosa experimenta (hablando de seguros: por razón del riesgo asegurado) a consecuencia del siniestro. Ejemplo: si asegurado un automóvil contra daños por \$b. 200.000., sufre un choque, cuya reparación cuesta \$b. 50.000.-, el daño emergente alcanza a esos \$b. 50.000.-; si el accidente destruye totalmente el vehículo, el daño emergente alcanza al total de la suma asegurada. De ahí la equivalencia entre monto de indemnización y entidad del daño.

El lucro cesante, es el beneficio que se deja de percibir u obtener por efecto del daño, y que, en algunos casos, es computable en el resarcimiento, cuando está garantizado para el perjudicado

por virtud de una relación jurídica ya establecida. Ejemplo: si el dueño del automóvil que aseguro su vehículo en \$b. 200.000.- tenía un contrato de opción de compra (art. 464 del c.c. o promesa de compra - venta del c.c. abrg., art. 1010), por 250.000.- \$b. durante cuya vigencia un accidente destruye el carro, el daño emergente será de \$b. 200.000.- y el lucro cesante de \$b. 50.000.-.

Además de estas dos valoraciones clásicas del daño, se distingue la del provecho esperado (admitido en la legislación mexicana según Rodríguez y también en el c.c. italiano, según su art. 1905 in fine), que comprende las ventajas o beneficios que lógicamente se espera obtener, pero que no se consiguen por causa del siniestro. Ejemplo: un industrial que asegura su fábrica contra incendio, sufre por causa de este deterioros en su maquinaria por valor de 1.000.000.- de \$b., que le impide cumplir contratos en ejecución que le hubieran producido una ganancia de 100.000.- \$b. y, además, le ha inhabilitado de concluir nuevos compromisos durante el tiempo de la reparación y reposición de la maquinaria inutilizada por el incendio, que le significa una pérdida de beneficios calculada en otros 100.000.-\$b. En este ejemplo, el primer importe corresponde al daño emergente, el segundo al lucro cesante y el tercero al provecho esperado.

Resulta, entonces, que la exclusión del daño emergente en el art. equivale, por error conceptual, a excluir el daño indemnizable por el seguro, lo que indudablemente no corresponde.

El lucro cesante, puede ser asegurado si existe acuerdo de partes. Generalmente, los aseguradores cuando lo admiten, aplican tarifas de prima diferencial, que desde luego este aprobada por el organismo encargado de su fiscalización (Lea. art. 27, f). En algunos casos, el lucro cesante está garantizado por la ley; ejemplo: el art. 1159, relativo al valor asegurable de los seguros marítimos, autoriza incluir un porcentaje razonable por lucro cesante en el valor asegurado de mercaderías.

ARTÍCULO 1.049.- (Límite de la responsabilidad del asegurador). El asegurador está obligado a responder sólo hasta el límite de la suma asegurada, a menos que el presente título o el contrato le impongan o dispensen otras cargas.

Conc: c. com. 1048-1050-1080-1108-1123-

ARTÍCULO 1.050.- (Suma asegurada). El asegurador responde hasta el límite de la suma asegurada.

La indemnización, en caso de siniestro, se hará teniendo en cuenta el valor real de los bienes asegurados en el momento de ocurrir el siniestro y solamente hasta el monto de los daños sufridos, salvo lo dispuesto en los artículos 1.058 y 1.075 inciso 2).

Conc: c. com. 1049-1052-1058-1071-1075,2)-1083-

Tanto el art. anterior como este, fijan la misma regla: el asegurador responde hasta el límite de la suma asegurada. La excepción relativa a otras cargas impuestas por la ley o el contrato, inserida a la regla del art. 1049 y que, v. gr. puede consistir en el reembolso de los gastos acreditados a que se refieren el art. 1029 O el art. 1067 in fine, no justifica la duplicación del precepto, pues que ella pudo haber sido formulada como párrafo de una sola disposición.

La medida de la indemnización, depende de tres elementos (Messineo): a) el valor de la cosa considerado al tiempo de la verificación del siniestro; b) la posibilidad de que el daño sea parcial, supuesto en el cual la indemnización se limita a la entidad del daño, y c) si el seguro no cubría todo el valor de la cosa asegurada, la indemnización es debida sólo por la parte del daño total que es proporcional a la medida del valor asegurado, por el principio de la proporcionalidad, según el cual la indemnización es al daño, como la prima pagada es al valor asegurado. El valor asegurado, es el valor declarado por el contratante, porque a la cosa asegurada se atribuye un cierto valor, que puede ser un valor cualquiera en tanto que no sobrepase el valor efectivo, porque entonces aparece la figura del sobreseguro (art. 1057).

La base general en el seguro contra daños, es que el asegurador responde solamente por el daño causado hasta el límite de la suma y el valor realmente asegurados. De las relaciones entre el valor asegurado y la suma asegurada, se dan tres casos, cada uno de los cuales tiene su correspondiente tratamiento legal, que se vera luego de ejemplificar la regla de estos arts., con los cuales se determina la cuantía de la indemnización.

La determinación de la cuantía del daño, no fija la de la indemnización (Rodríguez). El valor del interés asegurable, que debe ser susceptible de estimación en dinero (art. 1044), es el límite que la ley permite asegurar (art. 1057). Sin embargo, las partes pueden convenir en un seguro por debajo de ese límite, que es convencional y es al que la ley se refiere cuando habla de suma asegurada. Ejemplo: Una casa avaluada en un millón de \$b. puede ser asegurada hasta por un millón de \$b. que es el valor del interés asegurable, pero puede haber sido asegurada en medio millón de \$b. que es la suma asegurada. Ahora bien, de acuerdo a la fracción segunda del art. 1050, producido el siniestro ha de determinarse la cuantía del daño, determinado el cual se

pagara una indemnización que guarde con el valor del daño, la misma proporción que la que se da entre la suma asegurada con el valor asegurable.

Los tres casos mencionados antes de la ejemplificación, consisten en que puede ocurrir que la suma asegurada, sea menor, mayor o igual que el valor asegurado (valor real le llama el art. 1056).

Si la suma asegurada es menor al valor asegurado, como se ha visto en el ejemplo dado, el asegurador responde proporcionalmente al daño causado. Significa esto que por la parte no cubierta por la suma asegurada, el asegurado es su propio asegurador, por cuya virtud debe contribuir a soportar el daño que se haya producido (caso de infraseguro: art. 1056).

Si la suma asegurada es mayor que el valor asegurable y descartado el supuesto de dolo o mala fe del asegurado que anula el contrato (art. 999), y admitido que este ha actuado sin mala fe ni dolo, el asegurador sólo responde hasta el límite de los daños sufridos que no pueden exceder del valor asegurable (o valor real, según el art. 1057). Es un caso de sobreseguro (art. 1057), con el cual tiene carácter equivalente, el aseguramiento de una suma superior al valor asegurable mediante el seguro múltiple (art. 1070: pluralidad de seguros), comentado ya en la anot. al art. 1048.

Si la suma asegurada es igual al valor asegurado, la responsabilidad de la empresa aseguradora alcanza a la integridad del daño producido (arts. 984 y 985).

Las excepciones señaladas en el art. 1050, se relacionan con el seguro con valor admitido o riesgo tasado (art. 1058) y el pacto de reposición valor a nuevo (art. 1075, 2), que se consideran en su lugar.

ARTÍCULO 1.051.- (Reducción de la suma asegurada). Si el valor de los bienes asegurados sufre una disminución substancial, el asegurado puede obtener la reducción de la suma asegurada y el asegurador devolverá la prima proporcional al exceso por el período no transcurrido del seguro.

La reducción no puede efectuarse después de ocurrido un siniestro total.

Conc: c. com. 1015 -

Acordada la reducción, procede, a su vez, la reducción de la prima, pero sin efecto retroactivo, esto es, que las primas vencidas deben pagarse al asegurador conforme estaba estipulado originalmente, incluida la correspondiente al período en curso en el momento de la reducción (art. 1016), si no hay pacto en contrario.

ARTÍCULO 1.052.- (Reducción de la suma asegurada por siniestro parcial). En caso de siniestro parcial, la suma asegurada quedará reducida en el mismo importe de la indemnización pagada. El asegurado puede mantener completo el seguro original con el pago de una prima proporcional al monto de la indemnización recibida y al plazo restante.

En los seguros de riesgos múltiples o combinados bajo una misma póliza y con primas independientes para cada interés, se debe tomar cada riesgo con exención de los demás.

Conc: c. com. 1015 - 1050-

El primer período de la primera fracción del art. es comprensible. Se reduce la entidad de la suma asegurada en proporción al importe de la indemnización pagada, si asegurado y asegurador consienten en mantener el seguro por lo que queda del interés asegurado, reducción que determinara también la de las primas, en la proporción debida.

El segundo período, parece autorizar el mantenimiento del valor asegurado, que también ha disminuido con el siniestro parcial, lo que equivale a permitir un sobreseguro (art. 1057) que en el momento de la indemnización, si se repite el riesgo y destruye el resto de la cosa asegurada (en parte ya indemnizada por el primer siniestro), será reducido al daño efectivamente sufrido (art. 1057), salvo que se admitiera que el asegurado no haya recibido la indemnización por el siniestro parcial, lo que no cabe concebir.

Es de suponer que lo que se ha querido normar, es la posibilidad de que, producido el siniestro parcial, el asegurado puede, contra el pago de una sobreprima obtener que el asegurador se obligue a abonarle la indemnización total, aunque el daño afecte solamente una parte del valor de la cosa asegurada, que es el seguro llamado a primer riesgo. Esta modalidad, en el derecho comparado, estaría permitida según Messineo por el art. 1907, in fine del c.c. italiano, aunque cabe advertir que más parece tratarse de una interpretación del autor citado, ya que la disposición en que se funda tal interpretación no establece exactamente la regulación invocada. Por su parte, en el ordenamiento del Código, el art. 1056, habla del seguro a primer riesgo, para eximir al asegurado de toda participación en el resarcimiento del daño, a menos que este exceda la suma asegurada.

La segunda fracción del art., tiene conexión con lo que dispone el art. 984, que permite asegurar todos los riesgos a que estén expuestas las personas, los bienes o el patrimonio. Se da así un caso de seguro múltiple, por cuya razón la previsión del precepto, además de lógica, es la que corresponde a la finalidad misma del seguro.

ARTÍCULO 1.053.- (Terminación de la vigencia del contrato). En caso de siniestro total termina la vigencia del contrato devengando en favor del asegurador el total de la prima anual estipulada, salvo que el seguro hubiere sido contratado a corto plazo.

Conc: c. com. 1044-1007,4)-

El art. no ofrece una adecuada formulación de la regla que contiene. Desde luego, termina la vigencia del contrato (si ha de atenderse el significado de la rúbrica del art.), con el vencimiento del mismo, señalado (con determinación de día y hora) en la póliza (art: 1007, 4). Luego, otra forma de terminación, supone el acaecimiento del siniestro asegurado, que, determina la indemnización correspondiente y, por consiguiente, el cumplimiento del contrato. También termina el contrato la rescisión por voluntad unilateral (art. 1023).

El acaecimiento del siniestro que obliga al asegurador a pagar la indemnización, supone indudablemente que este tiene derecho a las primas convenidas, como se estipuló en la póliza, o en la forma establecida por el art., en el supuesto de que ellas estuvieran pendientes de pago.

ARTÍCULO 1.054.- (Desaparición del interés). Si durante la vigencia del contrato de seguro, perecen o se destruyen los bienes asegurados por causa extraña a los riesgos cubiertos, el contrato quedará extinguido desde ese momento, debiendo el asegurador devolver las primas por el tiempo no corrido. Si la destrucción es parcial, habrá lugar a la devolución de la prima proporcionalmente a la reducción de la suma asegurada.

Conc: c. com. 981 - 1044 -

Véase las anots. a los arts. 981 y 1025.

La devolución de las primas cobradas, por el tiempo que media entre el acaecimiento de la pérdida de la cosa asegurada por causa extraña al riesgo cubierto y la fecha señalada para el vencimiento del contrato en la póliza (art. 1007, 4), es lógica, porque faltaría causa legítima para su retención por parte del asegurador.

Lo relativo a la devolución de la prima por destrucción parcial, es cuestión ya resuelta por el art. 1052: puede haber lugar a la reducción de la prima si se mantiene el seguro sobre lo que queda de la cosa asegurada, en proporción a la reducción de la suma asegurada.

ARTÍCULO 1.055.- (Forma de pago de la indemnización). La indemnización de un siniestro debe pagarse en dinero; sin embargo, también se puede estipular en la póliza por la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, siempre que el uso o destino de la misma lo admita, conforme a estimación pericial en caso de desacuerdo.

Conc: c. com. 979- 1472, 2) -

Aunque normalmente, en el seguro de daños, la indemnización ha de pagarse en dinero, se puede convenir que ese pago se haga en especie que implica la reposición de la cosa o en servicios que supone la reparación o reconstrucción de ella, lo que se conforma a la regla general básica del contrato de seguro establecida en el art. 979, cuando habla de que la obligación del asegurador consiste en la prestación convenida producida la eventualidad prevista.

Por lo regular, se prevé en las pólizas, según el tipo de seguro, esta modalidad de resarcir el daño en natura, que, según observa Vivante, es un derecho, no una obligación, para las entidades aseguradoras, lo que quita la posibilidad de que el asegurado exija esta forma de resarcimiento, porque si pudiera hacerlo, se haría pagar lo viejo por lo nuevo, cada vez que le conviniera, sacando un beneficio del siniestro. Es, por eso, solo una cláusula preventiva.

La prestación en especie o en servicios, está subordinada a que ella sea posible para la cosa asegurada y dañada por el siniestro, resolviéndose las divergencias mediante estimación pericial (art. 1472, 2).

ARTÍCULO 1.056.- (Infraseguro y seguro a primer riesgo). Si la suma asegurada es inferior al valor real del bien objeto del seguro, el asegurador indemnizará en caso de siniestro, sólo en la proporción que resulte de ambos valores, quedando a cargo del propio asegurado la proporción del daño no asegurado. No obstante, en los contratos denominados "a primer riesgo", las partes pueden estipular que el asegurado no soportará ninguna proporción o parte del daño, salvo los daños que excedan de la suma asegurada.

Conc: c. com. 984- 985- 1048 - 1066-

Véase las anots. a los arts. 1049 y 1050.

El seguro a primer riesgo, según Messineo, es el que se ha explicado en la anot. al art. 1052. El art., aunque en forma demasiado imprecisa, da una noción del mismo que puede estimarse conformada a la indicada en la citada anot. La excepción relativa a la cuantía del daño que exceda la suma asegurada, es superflua, porque la materia está reiteradamente definida en los arts. 1049 y 1050.

ARTÍCULO 1.057.- (Sobreseguro). Si al tiempo del siniestro la suma asegurada excede el valor real de los bienes asegurados, el asegurador responderá solamente por los daños efectivamente sufridos.

Conc: c. com. 1048 - 1067-

Véase las anots. a los arts. 1049 y 1050, y en lo relativo a la pluralidad de seguros, como equivalente al sobreseguro, la anot. al art. 1048.

ARTÍCULO 1.058.- (Seguro o valor admitido). El valor del bien objeto del seguro puede ser fijado en una suma determinada, en cuyo caso se indicará en el contrato, como "valor admitido" u otra expresión equivalente, estimándose que éste corresponde al valor del bien en el momento del siniestro, salvo que el asegurador con el consentimiento del asegurado se reserve el derecho de probar que la suma estipulada supera excesivamente el valor real de los bienes asegurados.

En los casos en que no sea posible hacer la estimación previa en dinero del bien asegurable, puede estipularse libremente la suma asegurada.

Conc: c. com. 1048-1050-1099-1123-1160-

De ordinario en las pólizas suele establecerse que no obstante la estimación del valor de la cosa (valor asegurado), incumbe al asegurado probar la existencia de esta y su valor en el momento del siniestro, cláusula que generalmente se considera válida (Planiol, Ripert y Lepargneur; Fernández). El Título no tiene una disposición general expresa sobre el particular, (excepto para el seguro de cosas genéricas depositadas: art. 1059), pero puede considerársele consecuencia necesaria de las previsiones de los arts. 1048, 1050 y 1057 sobre la existencia del interés asegurado y la determinación del valor real del mismo en el momento del siniestro.

En determinados casos, la estimación, sin embargo, puede resultar definitiva e inatacable. Es lo que se llama riesgo admitido o riesgo tasado (Fernández). Por lo regular, se la emplea en el seguro de obras de arte particulares que no están a la venta y su estimación reconoce una base

subjetiva más que objetiva que, aceptada por el asegurador, este no puede discutirla con posterioridad al siniestro.

Además de este precepto, el Título contiene otros en los que autoriza expresamente para ciertos seguros, el de valor admitido. Tal el caso del seguro de animales de raza (art. 1099), o el de la póliza valuada o de valor admitido en los seguros marítimos (art. 1160).

Por efecto de la regla contenida en la fracción segunda del art., puede considerarse que, en los supuestos en que no sea posible hacer la estimación previa en dinero del bien asegurado, esto es, del valor asegurado (v. la anot. a los arts. 1048, 1049 y 1050), la estipulación libre de la suma asegurada, ha de tener la eficacia del seguro tasado o de valor admitido o con póliza valuada, como se prefiera denominarla.

La reserva de prueba respecto de una excesiva apreciación del valor asegurado, consentida por el asegurado, desvirtúa en rigor el objeto y la finalidad del instituto, en una concesión vacilante al interés del asegurador.

ARTÍCULO 1.059.- (Designación genérica de cosas aseguradas). Cuando el contrato de seguro se refiere a mercaderías y cosas depositadas en establecimientos de comercio, almacenes, depósitos, fábricas, vehículos de transporte y otros, y cuya designación sea hecha genéricamente, de tal modo que constituyan un conjunto de bienes, se entenderá que el seguro comprende también las mercaderías y cosas incorporadas posteriormente a ese conjunto.

En caso de siniestro, el asegurado deberá probar la existencia y valor de las mercaderías y cosas aseguradas.

Conc: c. com. 1008 - 1044 -

Cabe, desde luego, indicar que se puede asegurar un conjunto de cosas ciertas y determinadas o un conjunto de determinados intereses, caso en el cual se trata del seguro de una universalidad, por ejemplo el seguro de colecciones y, más concretamente, el de establecimientos comerciales (Gasperoni, Messineo). En el segundo caso, habida cuenta las reglas de la preservación de la unidad de la empresa (arts. 449 y 450), puede tener aplicación este art. respecto de los elementos integrantes de la empresa, que se consideran todos ellos comprendidos en el seguro, como ocurre en el caso de hipoteca (art. 900): eadem est ratio. Nótese que es cosa diversa del seguro sobre pluralidad de cosas o intereses autónomos a que se refiere el art. 996.

También, se puede asegurar varios intereses indeterminados e inciertos y diversos entre si y cosas genéricamente designadas, caso en el que propiamente aparece la figura del seguro de abono o seguro flotante, de que trata el art. 1008 (v. la anot. respectiva).

La exigencia de probar la existencia y el valor de las mercaderías y cosas aseguradas, responde al mecanismo del seguro flotante en el que los intereses o cosas que deben pertenecer a una categoría dada se determinan en tiempo posterior al siniestro mediante la alimentación del contrato, explicada en la anot. referida.

Véase además la anot. al art. 1069.

ARTÍCULOS 1.060.- (Subrogación). El asegurador que paga la indemnización se subroga por este hecho las acciones y derechos del asegurado contra terceros responsables del siniestro, hasta la suma de la indemnización.

El asegurado dentro de lo posible, debe facilitar y coadyuvar la acción del asegurador contra terceros responsables del siniestro, siendo responsable de todo acto perjudicial a los derechos derivados de la subrogación.

Conc: c.c. 326, 5) - 986- c. com. 1061-1084-1125-1181-

ARTÍCULO 1.061.- (Excepción a la subrogación). El asegurador no tiene derecho a la subrogación contra personas que tengan relación de parentesco o dependencia con el asegurado, de tal modo que comprometan, de acuerdo con las leyes, la responsabilidad del propio asegurado. Esta disposición no tiene aplicación si la responsabilidad proviene de dolo o mala fe.

Conc: c.c. 990- 991 - 992 - c. com. 1060-

Es un caso de subrogación legal (c.c. art. 326, 5) , por cuyo efecto el solvens, esto es, el asegurador que paga la indemnización, toma, en la relación obligatoria que puede derivar del siniestro (c.c. art. 984), el lugar del asegurado.

La subrogación opera de iure y el asegurador se subroga, hasta el monto de la indemnización pagada, en los derechos que incumben al asegurado, frente al tercero responsable del daño sufrido.

La obligación asignada al asegurado en la fracción segunda, esta subordinada a la posibilidad de prestar la cooperación indicada. Si la posibilidad existe y el asegurado actúa perjudicando la acción del asegurador, responde por ello naturalmente.

La excepción del art. 1061, se funda en el hecho de que precisamente se ha tomado el seguro, para cubrirse de la responsabilidad que la ley atribuye a los padres, tutores, maestros, patronos y comitentes, de los daños causados por sus hijos, pupilos, discípulos, dependientes, empleados, domésticos, etc.

A la disposición in fine del art., relativa a que la excepción no opera si la responsabilidad proviene de dolo o mala fe, le falta claridad. No precisa cuyo dolo o mala fe quita eficacia a la excepción. Si se refiere al causante del daño, carece de base legal, porque si el civilmente responsable debe resarcir al perjudicado por el hecho ilícito de la persona por: quien es responsable (c.c. arts. 990, 991, 992), y el hecho ilícito productor del daño es el que se comete con dolo o culpa (c.c. art. 984), no tendría justificación contratar el seguro, si por efecto de la subrogación legal el civilmente responsable asegurado, ha de tener que pagar la indemnización de todos modos: habría tomado el seguro inútilmente y habría pagado indebidamente la prima. Es la interpretación que encuadra en los principios de la doctrina correcta, que tiene expresión positiva en las legislaciones cuidadosamente formuladas, v. gr. el c.c. italiano, cuyo art. 1900, parágrafo 2º, dice:

"El asegurador está obligado por el siniestro ocasionado por el dolo o por culpa grave de las personas del hecho de las cuales el asegurado debe responder".

Quizá pueda considerarse que la expresión si la responsabilidad proviene de dolo o mala fe, está referida a la conducta del civilmente responsable, contratante del seguro como asegurado, para el supuesto de que pudiendo impedir el hecho, no lo hizo por dolo o mala fe (que tiene que probar el asegurador), por cuya razón, el asegurador pague la indemnización del daño al perjudicado por el hecho asegurado, pero se subrogara la acción de repetición contra el mismo asegurado por razón de su responsabilidad civil (que no es la del art. 1087 del Código, sino la regulada por el c.c. en los arts. señalados en la concordancia).

ARTÍCULO 1.062.- (Seguro sobre cosas gravadas). En el seguro sobre cosas gravadas con privilegio, hipoteca o prenda, el asegurado está en la obligación de declarar los gravámenes existentes, sin perjuicio de que los acreedores puedan notificar al asegurador la existencia de dichos gravámenes y tendrán derecho de preferencia sobre la indemnización del seguro, hasta

el importe del crédito garantizado. Sin embargo, el pago hecho al asegurado será válido cuando la existencia de estos gravámenes no se haya notificado al asegurador, salvo que en la póliza aparezca la mención de la hipoteca, prenda o privilegio.

Conc: c.c. 1338 - c. com. 992 - 1063 -

Tratándose de bienes sujetos a registro, es innegable que el cuestionario proporcionado por el asegurador al asegurado, a los fines de que este cumpla con la obligación de declarar sobre todos los hechos y circunstancias relativos al interés asegurado, tiene que comprender información relativa a los gravámenes que pesan sobre la cosa asegurada. En caso contrario, se supone que el asegurado está en la obligación de declararlos, aún sin requerimiento, para que no se considere su silencio como reticencia deliberada.

No es posible, sin embargo, concebir la omisión de la información relativa a los gravámenes de bienes sujetos a registro, una vez que el contratante tiene que acreditar la titularidad del dominio sobre ellos mediante el correspondiente certificado del registro respectivo, certificación en la cual necesariamente tiene que constar si el bien está gravado o está libre de gravámenes.

La preferencia sobre la indemnización del seguro atribuida al acreedor, esta consagrada en el principio general del derecho común contenido en el art. 1338 del c.c., por cuya virtud el privilegio sobre el bien gravado, se desplaza a la prelación sobre el importe de la indemnización, cuando no se le ha destinado a la reposición o restauración del bien, en lo que se conoce en la doctrina como subrogación real: *pretium succedit in locum rei* (Messineo).

El párrafo II, segundo período, del art. 1338 del c.c., con formulación más propia a la finalidad del instituto y adecuado a la función que cumple todo registro de la propiedad (v. sobre esta función la anot. al art. 381), establece para el caso de todos los bienes sujetos a registro, la obligación, para el asegurador, de notificar a los acreedores con créditos inscritos, el hecho que dio lugar a la pérdida o deterioro de la cosa gravada asegurada, pudiendo pagar al asegurado, si transcurren treinta días de la notificación sin que haya oposición, del o de los acreedores notificados.

ARTÍCULO 1.063.- (Información a los acreedores). Cuando los gravámenes aparezcan indicados en la póliza o se hubiera notificado al asegurador por escrito la existencia de los mismos, este deberá comunicar a los acreedores cualquier resolución destinada a rescindir, anular, modificar o suspender el contrato.

Conc: c.c. 338 - c. com. 1045 - 1062 -

El aviso que debe dar el asegurador a los acreedores, en los supuestos de este art., puede servir a los fines de los arts. 1044 y 1045. En el acreedor hay un interés económico asegurable, que puede manifestarse en la voluntad de mantener el seguro, obviando si es posible, las razones que pudiera tener el asegurador para rescindir, anular, modificar o suspender el seguro.

ARTÍCULO 1.064.- (Cambio en las cosas dañadas). Sin el consentimiento del asegurador, el asegurado está impedido de alterar el estado de las cosas dañadas antes de establecerse la causa del daño y el daño en sí, salvo razones de interés público o con el objeto de evitar o disminuir el daño.

El asegurador no puede exigir el cumplimiento de esta obligación por parte del asegurado, si aquél no actúa con la debida diligencia y prontitud en la determinación del siniestro y valuación de los daños.

Conc: c. com. 1028 - 1029 - 1097 -

La prohibición de alterar que preceptúa el art., tiende a que el asegurador no sea perjudicado con la declaración de la destrucción de objetos que no han existido o con la ocultación de los que han sido salvados, etc., por cuyo valor debería indemnizar el asegurador.

Se aplica la disposición en examen según la especie de seguro. Por ejemplo, en el de incendio, no se puede remover los escombros, salvo caso de fuerza mayor como evitar mayores daños o disminuir estos, hasta que el asegurador, o sus peritos, intervengan para determinar el daño, su causa, sus alcances, etc. Si se trata de un seguro agrícola, no remover los productos dañados ni dejar entrar en la sementera animales de ninguna especie, hasta que la compañía haya efectuado la inspección para fijar la indemnización. En el seguro de especies animales, en caso de muerte, es obligación del asegurado cuidar por la conservación intacta del cadáver, hasta que intervenga el asegurador. En caso de accidentes de tránsito, la obligación de no remover o alterar el estado de los vehículos, está sujeta a la intervención del organismo administrativo técnico que debe cumplir las funciones de la Policía judicial (Rgto. ts. arts. 394, 395), sin perjuicio de las medidas de urgencia para socorrer a los accidentados, etc.

La entidad aseguradora, según los casos, debe actuar con la oportunidad debida, esto es, en los plazos más breves.

ARTÍCULO 1.065.- (Abandono). Al ocurrir un siniestro no le está permitido al asegurado abandonar las cosas aseguradas, estén o no dañadas por el siniestro, salvo pacto en contrario.

Conc: c.c. 519 - c. com. 1085 - 1176 -

El abandono, es una institución propia y exclusiva del seguro marítimo (arts. 1176 y s.), y por ello se le ha considerado siempre ajeno a los seguros terrestres. Sin estipulación expresa no puede admitirse en ninguna otra especie de seguros según este art. y otras disposiciones que, en su caso, hacen mención concreta del abandono, como, v. gr., el art. 1085 en el seguro de transporte. El precepto, por lo regular, es una cláusula insertada en las pólizas.

ARTÍCULO 1.066.- (Intervención del asegurador en la valoración del daño). El hecho de que el asegurador intervenga en la valoración del daño no le priva de las excepciones que pueda oponer contra el asegurado o beneficiario.

Conc: c. com. 1056- ; 1057 - 1075 -

El asegurador tiene necesariamente que intervenir en la valoración del daño, porque es quien tiene que pagar la indemnización. Luego, esa intervención no puede quitar eficacia en modo alguno a su facultad de oponer las excepciones que tenga contra el asegurado o el beneficiario, varias de las cuales pueden emanar precisamente de esa valoración.

ARTÍCULO 1.067.- (Gastos a cargo del asegurador). Los gastos necesarios para verificar el siniestro y establecer la indemnización quedan a cargo del asegurador; igualmente, los gastos indispensables realizados por el asegurado en ocasión del salvamento, aunque los esfuerzos hayan resultado total o parcialmente infructuosos. Se excluye el reembolso de remuneraciones del personal dependiente del asegurado, los honorarios de su perito y la parte proporcional del tercero dirimidor.

Conc: p.c. 443 - c. com. 1029 - 1183 -

Comprendido en la anot. al art. 1029. La exclusión de los gastos, dispuesta en el art. i.f., reposa en un principio de lógica elemental, claramente establecido en el derecho procesal común (p.c. art. 443).

ARTÍCULO 1.068.- (Transmisión del interés asegurado). El contrato de seguro, a la muerte del asegurado, no se extingue con la transmisión del interés asegurado o de la cosa a que está

vinculado el seguro. La cobertura permanece en favor de los herederos o causa-habientes, quienes son responsables de las obligaciones pendientes del asegurado original.

La quiebra, concurso de acreedores o concurso preventivo del asegurado, no causan la extinción del contrato subsistiendo éste en favor de la masa de acreedores.

La transferencia del interés asegurado por acto entre vivos debe ser notificado al asegurador, excepto en el seguro de transporte. La omisión de esta notificación da lugar a la extinción del contrato de seguro con la devolución de la prima por el tiempo no corrido, a menos que el asegurado mantenga aún un interés asegurable.

Conc: c.c. 539 - 1003 - 1265 - c. com. 1011 - 1069 -1082- 1597_

La herencia se adquiere por el solo ministerio de la ley, desde que se abre la sucesión y comprende los derechos y las obligaciones transmisibles que no se extinguen con la muerte (c.c. arts. 1007 y 1003).

El seguro está entre los derechos y las obligaciones que no se extinguen con la muerte, sino que por razón de ella se transmiten a los herederos, a quienes pasa como a nuevos dueños, que son quienes recibirán la indemnización en caso de siniestro y a cuyo cargo estará el pago de la prima y el cumplimiento de las demás obligaciones inherentes a la calidad del asegurado. La razón del precepto es simple: el sucesor en la propiedad de una cosa o de un derecho, sucede en todos los derechos y acciones inherentes a la cosa o al derecho.

La quiebra del asegurado no causa la extinción del seguro de daños patrimoniales y cualquier pacto en contrario es nulo (art. 1597). Subsiste en favor de la masa de la quiebra y, si existen obligaciones pendientes por razón de primas no pagadas, se imputa a ella su pago.

La regla tiene aplicación en el concurso preventivo (art. 1500), como en el concurso de acreedores, que es el procedimiento del derecho común (p.c. art. 562) promovido por los acreedores para el cobro de sus créditos a un deudor no comerciante o por el deudor para pagar sus deudas, procedimiento al cual, no obstante el carácter no comercial del sujeto procesal, se extiende el precepto porque el seguro de daños puede ser contratado por comerciantes y no comerciantes y su reglamentación ha de comprender a todos.

La transferencia del bien o interés asegurado, por acto inter vivos, requiere ser comunicada al asegurador, quien en caso de omisión del aviso puede acogerse a la consecuencia que señala el

art. (3º fase): extinción del contrato devolviendo el importe de las primas por el tiempo no corrido del contrato. Puede ocurrir también, según otras legislaciones, que el nuevo adquirente rechace la transferencia del seguro, caso en el cual el mismo prevalece para el antiguo dueño por la parte de interés que hubiere conservado o que tuviere aún en el supuesto de falta de pago del precio de la transferencia. Esta subsistencia del seguro para el antiguo dueño, por la parte del interés que aún tuviere después de la enajenación de la cosa asegurada, se aplica igualmente al supuesto de la extinción por falta de aviso de la transferencia.

La excepción respecto de los seguros de transporte, se funda en que por lo general la carta de porte que ampara la cosa asegurada, como título - valor representativo de bienes objeto del transporte (art. 712), es negociable por endoso o por simple tradición (según sean a la orden o al portador) y las pólizas de seguros sobre ellos pueden ser emitidas al portador (arts. 1011 y 1082), lo que señala su circulación sin mayores limitaciones, extremo en el cual exigir la previa notificación del asegurador sería incoherente.

En los seguros flotantes y de cosas genéricas (arts. 1008 y 1059), en los que se asegura la existencia de mercaderías, mientras estas se encuentran en un lugar determinado (depósitos, casa de comercio, almacenes, fabricas, etc.), cuando salen del mismo cesa la responsabilidad del asegurador y continua respecto de las nuevas mercaderías. En consecuencia, la salida de los efectos del lugar en que se encuentran, lo que puede ocurrir por efecto de la transferencia, extingue el seguro a su respecto, así este notificado el asegurador.

ARTÍCULO 1.069.- (El asegurador frente al adquirente). El asegurador puede oponer al adquirente del seguro todas las excepciones oponibles al asegurado original.

Conc: c.c. 541 - c. com. 1068 -

Si se acepta por el asegurador la transferencia de la cosa asegurada, respecto del seguro se produce una cesión de contrato y, consiguientemente, de acuerdo a las reglas que rigen la materia, el asegurador puede oponer al nuevo adquirente, todas las excepciones derivadas del contrato cedido, salvo lo que se hubiere convenido en la sustitución (c.c. art. 542).

ARTÍCULO 1.070.- (Pluralidad de seguros). El que toma varios seguros sobre el mismo riesgo y el mismo interés, debe hacer saber a cada uno de los aseguradores la existencia de los otros seguros.

Si la pluralidad de seguros es contratada de buena fe, en defecto de estipulaciones especiales, todos los aseguradores, en caso de siniestro, responderán proporcionalmente al monto de su contrato con relación al daño ocurrido.

Si algún asegurador hubiera pagado en exceso, podrá repetir contra los demás aseguradores.

Conc: c. com. 1048-

Véase las anots. a los arts. 1048, 1049 y 1050-

ARTÍCULO 1.071.- (Franquicias). Franquicia deducible es la suma que, por acuerdo de partes, reduce la responsabilidad del asegurador. Se la puede estipular como suma fija o como porcentaje sobre el valor asegurado o sobre el monto de la indemnización.

La franquicia no deducible es aquella en que el asegurador está obligado al pago íntegro de la indemnización cuando el monto de los daños exceda al de la franquicia.

En el caso en que no se estipule claramente la forma de franquicia, se aplicará la más favorable al asegurado. *Conc:* c.c. 518- c. com. 1050-

Se llama franquicia en el seguro, la circunstancia de que un porcentaje del daño es asumido por el asegurado, por lo regular a petición del asegurador, con el fin de que el sea cointeresado en evitar el siniestro (Messineo).

Su estipulación se hace en los supuestos previstos por el. art. y en caso de duda o estipulación no debidamente clara, en cuanto a la forma de la franquicia, se aplica la más favorable al asegurado, a mérito de la regla general de interpretación de los contratos, por virtud de la cual, en las cláusulas dispuestas por uno de los contratantes o en formularios organizados por el (caso del asegurador y la póliza) el contrato se interpreta, en caso de duda, en favor del otro, esto es, del asegurado (art. 518, c.c.).

SECCIÓN II SEGURO DE INCENDIO

ARTÍCULO 1.072.- (Daño indemnizable). El asegurador contra el riesgo de incendio contrae la obligación de indemnizar los daños materiales causados por la acción directa del fuego y sus consecuencias inmediatas, como el calor y el humo.

Responde igualmente de los daños originados por las medidas adoptadas para evitar la propagación o extinción del incendio.

En este riesgo quedan cubiertos además los daños causados por rayo o por explosión que sea efecto de incendio, así como los ocasionados por explosión cuando se haya pactado en este sentido.

Conc: c. com. 979 - 1073 - 1074 - 1094 -

Se considera al seguro contra incendios, como uno de los más importantes de todos los ramos del seguro y se le presenta como un típico seguro de indemnización.

En el Código, está regido por las reglas generales del Capítulo I de este Título y, particularmente, por las de la Sección I de este Capítulo II relativo al seguro de daños, salvo las disposiciones de la Sección que se inicia con este art., que determinan las normas adecuadas a las peculiaridades del instituto.

Su objeto, como su mismo nombre lo indica, es prevenir los daños que por causa de incendio puedan sufrir las cosas, tanto muebles como inmuebles, según doctrina uniforme. Benito, señala que dentro de la general designación de muebles, cabe comprender los títulos de crédito y objetos o valores mercantiles, inclusive el dinero y los objetos preciosos.

En realidad, las exclusiones de ciertos muebles, dependen de las pólizas y de lo que se pacte entre asegurador y asegurado. Es práctica generalizada que, sin perjuicio de lo que se estipule expresa y particularmente sobre ellas, las compañías no aseguran: billetes de banco, bonos, clisés, croquis, dibujos, documentos, explosivos, manuscritos, matrices, modelos de moldes, oro y plata amonedados o en barras (lingotes), papeles de comercio, papel moneda, patrones, perlas y piedras preciosas no engarzadas, planos, pólvora, como tampoco las mercaderías, granos y caldos en depósito, a comisión o consignación.

Obviamente es condición propia de este seguro que las., cosas aseguradas sean susceptibles de destrucción o deterioro por el fuego, condición que constituye el elemento riesgo sin el cual no cabe admitir la existencia del seguro (art. 981).

El concepto de incendio, es cuestión que se ha debatido en la doctrina y tanto esta como la jurisprudencia comparadas, han dado soluciones casuísticas. Rodríguez, propone esta noción:

combustión por las llamas de cosas no destinadas a ser consumidas por el fuego o no destinadas a serlo en ese momento.

Los peligros que supone para la vida de las personas, como los daños que provoca respecto de los bienes, han determinado no sólo la organización de organismos e instituciones especialmente dedicados a combatir el fuego, sino también a evitar sus consecuencias por medio del seguro que se examina y cuya aplicación a esta clase de riesgo se remonta, según Malagarriga, al siglo XVII.

Puede tener su causa el incendio en accidentes naturales, en el descuido de las personas y también en hechos criminales de estas. En todo caso responde el asegurador del daño, salvo cuando este se produzca: por delito del asegurado (art. 1038, 1); por fuerzas militares en caso de guerra; por erupciones volcánicas, temblores de tierra; por tumultos populares y, en general, por riesgos políticos y catastróficos (arts. 1047 y 1112)

El art. comprende en este seguro los daños causados por el rayo (fulminación, en la terminología de otras reglamentaciones) y por explosión, distinguiendo sobre esta última la que es efecto de un incendio y la que no lo es. En el primer caso el seguro de incendio comprende los daños que causen las explosiones provocadas por el mismo. Las explosiones que produzcan sin ser efecto de incendio, son indemnizables si se ha pactado, dice la 3ª fase del art., lo que equivale propiamente a un seguro contra explosiones, que puede pactarse dentro del que se contrata contra incendios. La explosión, a los fines del art., dice Rodríguez, es la combustión repentina de sustancias; una deflagración instantánea que implica no sólo la pérdida de las sustancias deflagradas, sino que también puede ocasionar daños por la expansión súbita de gases y por la acción mecánica de los recipientes en que estuvieren contenidas las sustancias que exploten.

ARTÍCULO 1.073.- (Pérdida de bienes durante el incendio). Dentro del riesgo de incendio quedan comprendidos los bienes extraviados o perdidos por causa directa del incendio.

Conc: c. com. 1072

Otras legislaciones detallan con más precisión lo que se excluye de la indemnización, por cuya consecuencia se determina lo que está incluido en la indemnización. Así, sobre la materia del art., se excluyen los objetos robados durante el siniestro o después de él, lo que ha de admitirse posible seguir la disposición del art., porque el robo de objetos no se puede considerar pérdida por causa directa del incendio, como no se puede considerar pérdida indemnizable por causa de

incendio la de los objetos ocultados o alterados maliciosamente en la verificación del siniestro, a que se refiere el art. 1038 inc. 2).

La disposición del art., por eso, ha de tomársela como una presunción en el sentido de que los objetos que se pierden o desaparecen durante el siniestro causado por el incendio, se han destruido por razón del mismo, a menos que se demuestre que fueron robados u ocultados.

ARTÍCULO 1.074.- (Exclusiones). El asegurador en el seguro de incendio no responde de los daños ocasionados por la sola acción del calor o del humo, si no existe incendio o principio de incendio. Salvo pacto en contrario, tampoco cubre los daños causados por combustión espontánea, pero responde de los daños del incendio que pudiera ocurrir a causa de combustión espontánea o fermentación.

Conc: c. com. 985 - 1072 -

En el seguro de incendio, según este art. la entidad aseguradora, salvo convenio en contrario, no responde de los daños que ocasionan la sola acción del calor o del humo que no proceden de un incendio o de un principio de incendio. La acción del calor puede ser resultado de un contacto directo o inmediato con el fuego o de una sustancia incandescente.

Las pérdidas causadas por el incendio que fue resultado de la combustión espontánea o de fermentación, están comprendidas en la indemnización, porque esta no está condicionada a la naturaleza de la causa del incendio: accidente natural o descuido de las personas (v. la anot. al art. 1072), aparte las exclusiones expresamente señaladas en la ley, tanto en sus reglas generales como en las particulares para cada especie de seguro.

La pérdida del bien asegurado por combustión espontánea, que por consiguiente no es efecto de incendio, es indemnizable solo en el supuesto de estipulación expresa. La combustión espontánea está vinculada a la noción de vicio propio de la cosa (v. las anots. a los arts. 966 ó 1046).

ARTÍCULO 1.075.- (Valor de la indemnización). La indemnización se la hará tomando en cuenta las siguientes normas:

1) Para los edificios, su valor al tiempo del siniestro, salvo que se convenga su reconstrucción o refacción;

- 2) Para los muebles, objetos de uso corriente, instrumentos de trabajo, herramientas y máquinas, su valor al tiempo del siniestro. No obstante, podrá convenirse que la indemnización se la haga sobre su valor de reposición valor a nuevo;
- 3) Para las mercaderías producidas por el propio asegurado, de acuerdo al costo de producción; para las otras mercaderías, su precio de adquisición. En todo caso, no podrán ser superiores al precio de venta en plaza en el día del siniestro;
- 4) Para la materia prima, frutos cosechados y otros productos naturales, según los precios medios en el día del siniestro.

Conc: c. com. 1050 - 1066 -

La regla en la materia del art., se subordina estrictamente al principio que informa el seguro de daños, que implica el pago del daño, en cuanto valor de las cosas en el momento del siniestro y teniendo en cuenta la suma asegurada, con las variantes de aplicación que detallan los cuatro incisos del art., que no suponen modificación sustancial de la regla y principios generales mencionados, sino únicamente adecuación a las peculiaridades del interés asegurado y de la estipulación particular de cada caso.

No son ajenas a este seguro las hipótesis de sobreseguro, infraseguro y seguro doble o pluralidad de seguros. En el caso de sobreseguro, por razón de las reglas generales como por la de las cláusulas propias de las pólizas, que de ordinario prevén el caso, el asegurador solo responde por los daños efectivamente sufridos según el valor de las cosas destruidas en el momento del siniestro (art. 1057), con las variantes que correspondan según el objeto del seguro de que se trate, dentro de las estipulaciones del contrato y de las previsiones de los incisos de este art.

Tratándose de infraseguro, el asegurador paga según la regla proporcional establecida por el art. 1056, dentro de las diversas hipótesis de los incs. del art.

En la pluralidad de seguros, se aplica la regla general (art. 1070), de manera que el asegurado no puede pretender nada de un asegurador, si ya hubiera cobrado de otro el valor de la indemnización correspondiente.

SEGURO DE TRANSPORTE

ARTÍCULO 1.076.- (Riesgos asegurables). El seguro de transporte comprende todos los riesgos inherentes al, transporte. El asegurador no responde por el daño originado en la naturaleza intrínseca de la mercadería, vicio propio, merma natural y aquellos expresamente excluidos en

la póliza, a no ser que los daños provengan de demora u otras consecuencias directas de un riesgo cubierto.

Comprende además, todos los gastos necesarios para el salvamento de las cosas aseguradas.

Precd: c. mtl. abrg. 196 -

Conc: c. aé. 240- c. com. 979- 1046- 1188-

Aunque la disposición del art., en función del título de la Sección, parecería referida al transporte en general, sólo comprende, en rigor, el transporte terrestre y aéreo (esto último con sujeción al c. aé. por preceptuarlo así el art. 1086), pues i que el seguro marítimo aparece tratado en un Título (IV) independiente de este Libro, con extensa minuciosidad y cuyas reglas, en los casos no previstos en la Sección que aquí se examina, son subsidiariamente aplicables al seguro terrestre y aéreo (art. 1086, primera fase).

Sin tomar en cuenta los seguros de personas, que tienen su Capítulo propio (IV) dentro de este Título, puede considerarse que el contrato de seguro contra los riesgos de transporte a que se refiere este art., comprende el de todos los efectos transportables por los medios propios de la locomoción terrestre o por los daños a los bienes transportables por vía aérea, durante el vuelo o en la superficie en las operaciones de embarque y desembarque (c. aé., art. 240).

El art. se refiere a los riesgos de transporte inherentes al mismo, sin especificar cuales sean estos. Ha de admitirse, en consecuencia, que cualquier evento que ocurra durante el transporte y que cause un daño para las cosas objeto del contrato, está comprendido en el seguro, cuando ocasiona destrucción, pérdida o avería de las cosas transportadas

Por lo regular, las reglamentaciones legales no dan una definición más completa sobre el particular. Son las pólizas de las entidades aseguradoras, las que establecen los riesgos cubiertos por ellas, que generalmente comprenden: daños directamente causados por incendio, rayo, explosión, auto - ignición, desplome, colisión, volcadura o descarrilamiento del vehículo u otro medio de transporte empleado, derrumbamientos incluidos hundimientos o rotura de puentes, etc. Señalan también, con amplia minuciosidad (tanta, que el propio art. refiere a ellas las exclusiones expresas de la responsabilidad del asegurador), los riesgos que no son cubiertos por el seguro, como la naturaleza perecedera inherente a los bienes asegurados, vicios propios o mermas, demora o pérdida de mercado (que no es la demora en el transporte a que se refiere el art.), apresamiento, comiso, actos de hostilidades bélicas, aplicación de sanciones bajo

convenciones internacionales en estado de guerra, huelgas o paros, luchas civiles, bombardeos aéreos, etc.

En lo relativo a la naturaleza perecedera de las cosas, a los vicios propios, mermas, demoras, son de aplicación al caso lo anotado sobre el particular en los arts. 966 y 1046.

La última fracción del art., sobre la extensión del seguro de transporte, determina que este comprende los gastos necesarios para el salvamento de los objetos asegurados, regla que en la legislación comparada es uniforme.

ARTÍCULO 1.077.- (Seguro por el transportador). El seguro tomado por el transportador para cubrir su responsabilidad respecto del pasajero, remitente o cargador, destinatario o terceros, comprende también la responsabilidad de sus dependientes o personas por las cuales sea responsable y se registrará por las normas de la Sección IV de este Capítulo.

Conc: c. com. 931 - 1087- c.c. 992-

ARTÍCULO 1.078.- (Póliza de transporte de mercaderías). Además de los requisitos indispensables a toda póliza de seguro, la de transporte debe consignar:

- 1) El nombre del transportador y su domicilio;
- 2) El medio y forma de transporte;
- 3) Los lugares de recibo y entrega de los bienes asegurados;
- 4) La calidad específica de los objetos asegurados, y
- 5) El número de bultos y marcas en su caso.

Conc: c. com. 933 - 1007 -

Además de los requisitos señalados por el art. 1007 para todas las pólizas en general, el art. prescribe los que necesariamente debe contener una póliza de seguro de transporte.

Puede hacerse constar también la calidad del contratante del seguro, si es el propietario de la mercadería o un tercero con interés asegurable, porque de acuerdo a las reglas generales, de particular aplicación en el contrato de seguro de transporte, no sólo los dueños de las mercaderías transportables, sino todos los que tengan interés o responsabilidad en su conservación, pueden tomar el seguro, expresando en la póliza el concepto por el que contratan, v. gr. el transportador por razón de lo dispuesto en los arts. 931 y 1077.

Ha de tenerse en cuenta, también, la obligatoriedad de la cláusula especial señalada por el art. 933, que las pólizas de seguro de transporte deben contener (v. la anot. respectiva).

ARTÍCULO 1.079.- (Cambio o error en la designación del vehículo transportador). El cambio del vehículo transportador o el error en su designación, no invalidan el contrato de seguro de transporte; empero, el asegurador tendrá derecho a la sobre - prima correspondiente si existe agravación del riesgo por esas causas.

Conc: c. com. 1001 -

Puede considerarse que la razón del reajuste de prima, es consecuencia de que el cambio de vehículo o el error en su designación supone una agravación del riesgo, pero que sólo autoriza la aplicación de una sobre - prima (v. la anot. al art. 1000 i.f.). La validez del contrato de seguro subsiste, aún en el supuesto del inc. 2) del art. 966 (v. la anot. respectiva).

ARTÍCULO 1.080.- (Responsabilidad del asegurador). La responsabilidad del asegurador comienza desde el momento en que las mercaderías u objetos asegurados quedan en poder del transportador o de sus dependientes, y concluye con la entrega al destinatario, salvo pacto distinto.

Por acuerdo de partes el seguro de transporte puede comprender también la permanencia de las mercaderías u objetos en los lugares intermedios y de recepción y entrega.

Conc: c. com. 1049- c. aér. 177-

Por regla general, tanto para el transporte terrestre como en el aéreo, las pólizas hacen correr el riesgo para el asegurador desde el momento en que los efectos asegurados quedan a cargo de los portadores o transportadores y cesa cuando ellos han sido entregados al destinatario. El pacto en contrario, puede consistir en un mayor plazo de permanencia de las mercaderías en los depósitos del transportador, o en etapas intermedias del transporte.

ARTÍCULO 1.081.- (Prima y vigencia del seguro). El asegurador tiene derecho a la prima estipulada desde el momento en que los riesgos empiezan a correr por su cuenta.

Una vez que los riesgos de transporte se encuentran a cargo del asegurador, éste no puede rescindir el contrato.

Conc: c. com. 1015 - 1018 -

La primera fracción del art. es superflua (v. la anot. al art. 1015). La segunda fase, importa una derogatoria de la regla general del art. 1023, para esta especie de seguro. La disposición es imperativa, inderogable por voluntad de las partes.

ARTÍCULO 1.082.- (Póliza nominativa o al portador) La póliza o el certificado de seguro de transporte pueden ser nominativos, a la orden o al portador. La cesión de la póliza o certificado nominativo, pueden hacerse sin el consentimiento del asegurador.

El asegurado no está obligado a notificar la enajenación de las mercaderías y objetos asegurados.

Precd: c. mtl. abrg. 198 -

Conc: c. com. 1011 -

Según el art. 1011, las pólizas serán siempre nominativas, porque su cesión exige el consentimiento del asegurador, excepto las de seguro de transporte, para las que dicho art. 1011 admite las pólizas al portador, por razón de su propio objeto (v. la anot. al art. 1011). Este art., aunque en su rubrica sólo se refiere al carácter nominativo o al portador de las pólizas de seguro de transporte, en concordancia con el citado art. 1011, en su texto agrega la permisión de que estas pólizas pueden ser expedidas también a la orden, transmisibles por simple endoso, sin necesidad de consentimiento del asegurador (art. 520). Cualquiera sea la causa del agregado, que puede parecer una incrustación inadvertida, no tiene más efecto que condicionar su circulación a un endoso que no puede ser motivo de preocupación, si se tiene en cuenta que esta permitido emitir pólizas al portador, de más fácil tradición.

ARTÍCULO 1.083.- (Suma asegurada y lucro cesante). En el valor asegurado se puede incluir, además del costo de las mercaderías en el lugar de destino, un porcentaje adicional por concepto de lucro cesante, cuando así se haya convenido.

Precd: c. mtl. abrg. 202 - 203 -

Conc: c. com. 985 - 1050 -

Sobre valor asegurado, suma asegurada y lucro cesante, v. las anots. a los arts. 1048 y 1050.

Las reglas generales señalan que el asegurador responde hasta el límite de la suma asegurada y en materia de lucro cesante, esa responsabilidad emana de acuerdo expreso entre asegurador y asegurado. Consiguientemente, el art. no hace otra cosa que reiterar, para el caso particular que legisla, dichas reglas generales.

ARTÍCULO 1.084.- (Subrogación). El asegurador se subroga los derechos del asegurado para repetir contra los transportadores y otros responsables, de los daños o pérdidas que indemnice.

Conc: c.c. 326, 5) - c. com. 1060- 1181 -

Es otra regla particular que sólo repite la general contenida en el art. 1060 y que, como el art. anterior entre muchos otros, destaca la abundancia reiterativa de normas singulares del Código.

ARTÍCULO 1.085.- (Abandono). Salvo pacto en contrario, no es permitido el abandono total o parcial de las cosas dañadas o averiadas por un siniestro, a no ser que exista pérdida total que permita tal hecho.

Conc: c. com. 979- 982- 1065 - 1177-

Si hay pérdida total de la cosa asegurada que era transportada, porque en un incendio, por ejemplo, se han esfumado el transporte y las cosas transportadas, no hay abandono que hacer; este ha sido impuesto por el propio siniestro y no queda otra cosa que pagar el seguro. El abandono por pérdida total en el seguro marítimo, esta relacionado con el naufragio u otros accidentes marítimos (varamiento o encalladura, v. gr.) que deja- siempre según los casos- alguna esperanza de recuperar algo si resulta posible la refluotación del barco, por ejemplo.

Su procedencia, siempre está subordinada a pacto expreso (v. la anot. al art. 1065).

ARTÍCULO 1.086.- (Aplicación subsidiaria- del seguro marítimo y aéreo). En los casos no previstos en esta Sección, son aplicables subsidiariamente las disposiciones del seguro marítimo.

Las normas de este Capítulo son aplicables al seguro de transporte aéreo, con sujeción al Código Aeronáutico.

Conc: c. aér. 240- c. com. 1154 y s.-

SECCIÓN IV SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

ARTÍCULO 1.087.- (Concepto). En el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado los daños sufridos como consecuencia de determinada responsabilidad en que incurra frente a un tercero. La indemnización puede hacerla el asegurador pagando al tercero damnificado, por cuenta del asegurado, las sumas a que éste se halle obligado, hasta el límite del monto asegurado.

La responsabilidad se extiende a aquellas personas por quienes el asegurado deba responder a la Ley Civil.

Son asegurables tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual.

Conc: c.c. 339 - 984 y s. - c. com. 979 - 983 - 986 -1077- 1090-

Dentro de la distinción general de los seguros, en seguros de vida y en seguros de daños, el que legisla esta sección: seguro de responsabilidad civil, según criterio uniforme de la doctrina, encuadra en los de la categoría nombrada en segundo lugar.

Este seguro, en notable desarrollo actualmente, pone a cargo del asegurador las consecuencias del riesgo del asegurado, de deber responder de los daños inferidos a terceros por causa de un evento o acto culposo, que configura el siniestro contra el cual se toma el seguro (Messineo).

Ese riesgo del asegurado es la responsabilidad, que generalmente se la menciona con la adjetivación civil, para diferenciarla de la responsabilidad penal. Si bien ambas tienen en común la obligación de reparar o resarcir el daño, aquella no supone, como esta, un comportamiento doloso sujeto al ordenamiento punitivo.

La responsabilidad civil, se reduce pues, al resarcimiento del daño patrimonial o patrimonialmente estimable causado a un sujeto jurídico (Rodríguez). Tradicionalmente esta responsabilidad evoca la noción de culpa, según la teoría clásica o subjetiva de la responsabilidad tanto por los actos culposos propios, como por los hechos de los hijos, pupilos, dependientes, empleados, domésticos o de los animales o de las cosas de propiedad del responsable, cuya regulación básica en el antiguo ordenamiento legal esta consignada en los arts. 966 a 970 del c.c. abrg., bajo la rubrica general de delitos y cuasi delitos, y en el ordenamiento vigente en los arts. 984 a 999 del nuevo c.c., bajo la rubrica de hechos ilícitos.

Nuevas formulaciones en el orden jurídico, fundadas en las realidades que la evolución social pone continuamente de manifiesto, tales como la situación de los trabajadores en los infortunios del trabajo o la aparición de mecanismos de uso peligroso, han superado la clásica noción de la responsabilidad subjetiva de la culpa y han dado lugar al desarrollo de la noción de la responsabilidad objetiva, que obliga resarcir ciertos daños que no son precisamente resultado de la culpa del responsable, sino que son consecuencia de una situación o de una actividad lícitas, pero que implican un riesgo para los demás. Así, los daños o accidentes que sufren obreros o empleados, que les hace perder la vida o la integridad física, que no pueden ser atribuidos a culpa de los empleadores, o la aparición de los automóviles, aviones, aparatos electrodomésticos y otros mecanismos cuyo funcionamiento encierra algún peligro, son evidencias de que el concepto clásico de culpa era insuficiente para el correcto tratamiento legal de las situaciones derivadas de tales evidencias, lo que hizo necesaria una formulación de la responsabilidad independientemente de toda idea culposa, con un carácter simplemente objetivo, para fundar debidamente la legitimidad del seguro.

La evolución de la doctrina en la materia, presenta a Pothier y Toullier- y también a Pardessus que luego cambió de posición- (cit. de Fernández), rechazando el seguro de responsabilidad porque se consideraba que con el se constituía una convención que invitaba a delinquir. Los principios jurídicos en que se basaba el rechazo de la posición contraria a este seguro: no responsabilidad sin culpa y no responsabilidad del asegurador por la culpa del asegurado, han desaparecido ante las exigencias de la realidad de la vida, especialmente por el avance de la técnica y por el desarrollo del concepto de solidaridad social (Fernández). La teoría del riesgo, que consagra la responsabilidad objetiva, con prescindencia de elementos subjetivos como la culpa o la negligencia, se ha impuesto y la procedencia de este seguro ya no se discute.

Como seguro de daños, el de responsabilidad civil es un contrato de indemnización (Messineo), con la particularidad de que el asegurador no indemniza al asegurado, sino que carga con la obligación de resarcimiento frente a un tercero, que corresponde al asegurado por haber causado el daño con propio hecho o por el hecho de una persona de la cual el asegurado debe responder. Resalta así una diferencia con las demás figuras de seguros contra daños. En estas, el riesgo amenaza a una o más cosas determinadas del patrimonio (o del interés asegurable) del asegurado. En el de responsabilidad civil, el riesgo es precisamente la determinada responsabilidad en que incurra el asegurado frente a un tercero, a quien debe resarcir el asegurador por el asegurado, liberando a este de las consecuencias que potencialmente afectaren su entero patrimonio.

Puede ser su objeto el resarcimiento del daño causado a las cosas de terceros, del daño ocasionado a las personas o, como ocurre en los daños dependientes de accidentes de tránsito del daño a las personas transportadas (art. 1077).

Tocante a los hechos propios del asegurado, el seguro de responsabilidad civil constituye una excepción al principio según el cual no pueden asegurarse las consecuencias del propio acto ilícito (Messineo).

La segunda fracción del art., para considerarla correctamente formulada, debiera decir personas por quienes el asegurado debe responder conforme a la ley civil. La responsabilidad contractual (tercera fase del art.) es la derivada del incumplimiento de las obligaciones contractuales y la extracontractual la legislada en el c.c. bajo la rubrica hechos ilícitos (arts. 984 999).

El límite del monto asegurado, es la suma asegurada en concepto del art. 1050, que es regla general (v. la anot. respectiva).

ARTÍCULO 1.088.- (Alcances del seguro). En caso de siniestro el asegurador cubre, además de sus obligaciones con respecto a la responsabilidad asegurada en el contrato, y aún en exceso de la suma estipulada, los honorarios, gastos y costas en que se incurra con motivo de la defensa del asegurado contra las pretensiones de terceros, aunque resultaran infundadas. Si el asegurador deposita la suma asegurada y las costas devengadas hasta ese momento, se libera de los gastos que devenguen posteriormente, dejando así al asegurado la dirección exclusiva de su propia defensa.

Si la responsabilidad del asegurado excede la suma asegurada, y en tal sentido, éste debe soportar una parte del daño, el asegurador responde de los honorarios, gastos y costas en proporción a la cuota que le corresponda pagar en la indemnización al tercero.

Conc: c. com. 985 - 1091 - 1092 -

La regla general, en el derecho comparado y en la práctica de este seguro, es que el asegurador se obliga a pagar hasta la suma determinada, que constituye así un máximo, sin que quepa ninguna invocación a la regla de la proporcionalidad (Fernández). Si se ha pactado así, la suma determinada o asegurada incluye los intereses (Planiol, Ripert y Lepargneur). La inclusión de los gastos, honorarios y costas que resultan de la defensa del asegurado contra las pretensiones de terceros, aunque estas no prosperaran (que es como ha de entenderse la expresión del art.

aunque resultaran infundadas), responde a que ellos se consideran gastos de salvamento (Messineo, conforme con el principio del art. 1067).

El art., en su deficiente formulación incurre en contradicciones cuando dispone que estos gastos deben ser cubiertos por el asegurador aunque excedan la suma asegurada, para luego autorizar al asegurador a desentenderse de la defensa del asegurado, pagando la suma asegurada y las costas devengadas hasta ese momento, dejando al asegurado a su suerte sobre los resultados ulteriores (primera fracción in fine del art.), para terminar en la fracción segunda del mismo imponiendo la aplicación simple y llana de la regla general (art. 1050), cuando determina que si la responsabilidad del asegurado excede la suma asegurada, este debe soportar la satisfacción del exceso y la parte proporcional de la cuota que corresponda a los gastos, honorarios y costas, contrariando en este punto la regla general del art. 1067 sobre la atribución al asegurador de los gastos de salvamento, como califica Messineo los que ocasiona la litis. La contradicción parece responder a que se ha seguido en esta norma singular, dos patrones legislativos. La primera parte según la legislación mexicana que encarga a la entidad aseguradora el riesgo y la cuenta del proceso (Rodríguez), y la segunda parte, (rectificación), que establece la proporcionalidad de estos gastos respecto al exceso sobre la suma asegurada, según la italiana (c.c. art. 1917, 4º párrafo).

ARTÍCULO 1.089.- (Dolo del asegurado). El asegurador se libera de su obligación de indemnizar cuando pruebe que el asegurado provocó dolosamente el hecho que le imputa.

Conc: c.c. 482- c.p. 338- c. com. 999- 1004- 1038, 1) 1150-

El dolo del asegurado, importa una conducta delictiva penada por la ley (c.p. art. 338) y es causa de nulidad del seguro en varias manifestaciones dentro del contrato de seguro en general, como puede verse en las disposiciones del Código señaladas en la concordancia.

ARTÍCULO 1.090.- (Derecho del tercero damnificado). En el seguro de responsabilidad, el tercero damnificado puede, en caso de ausencia, fuga, impedimento o muerte del asegurado, ejercer acción contra el asegurador como beneficiario de la indemnización desde el momento en que se origina la responsabilidad del asegurado para percibir la suma correspondiente. En caso de muerte, sus herederos percibirán la indemnización que corresponda.

Conc: c. com. 1087 -

El art. contiene dos cuestiones de interés: el carácter de la acción que compete al tercero damnificado en los supuestos que señala el art. y el momento en que nace la obligación del asegurador.

Sobre la primera, basta decir que la acción se funda en el contrato de seguro y es independiente y autónoma y no responde a una facultad subrogatoria por omisión perjudicial del asegurado.

La cuestión relativa a que si la víctima del daño causado por el asegurado, tiene derecho a una acción directa contra el asegurador para obtener el pago de la indemnización ha sido muy controvertida. Se sostiene la improcedencia por ;a inexistencia de vínculo jurídico entre la víctima del daño y el asegurador, sobre la base del principio *res inter alios acta neque nocet neque prodest* (consagrado en la regla general del art. 523 del c.c.), porque el objeto del seguro es de exclusivo beneficio del asegurado, en el sentido de ser indemnizado en caso de tener que resarcir los daños que ocasione a terceros, por lo cual no teniendo fundamento la acción directa en el derecho común y los principios generales, su admisión requiere un texto legal expreso (Planiol, Ripert y Lepargneur y, según Fernández: Thaller, Viterbo y otros).

La procedencia de la acción, según los principios del derecho común, se justifica por quienes contradicen la corriente e la improcedencia, según varias teorías: a) como estipulación a favor de otro, esto es, en favor de la víctima eventual (Savatier, Josserand, Colin y Capitant, cit. de Fernández); b) como delegación legal, que se opera ministerio legis con independencia de la voluntad de las partes (Demogue, cit- Ibidem); c) como cesión legal que también se opera ministerio legis.(Lyon-Caen, cit. ibidem).

Fernández, con buen criterio, observa que no es lo más indicado en el caso, querer resolver los efectos de un instituto de origen reciente, fruto de las nuevas necesidades sociales, encuadrándolo en los moldes clásicos que, por sabios que sean, no pueden subsistir inmutables por tiempo indefinido y que, a falta de texto legal preciso, la cuestión relativa a los efectos de cada contrato respecto de los terceros debe conceptuarse condicionados por un principio también general: su naturaleza, su finalidad, la intención de las partes, la situación de los terceros, etc.

En el caso del ordenamiento nacional, la controversia ha de estimarse inoperante, una vez que existe (en el art. en estudio) el texto legal preciso requerido por los autores. Tal evidencia puede justificar extrañeza por la recapitulación precedente, relativa a las vicisitudes del tema en la doctrina (y también en la jurisprudencia) comparada; sin embargo, nótese que la determinación de la razón de ser de una disposición requiere la relación de los antecedentes que le conciernen.

Determinar el momento en que surge la obligación del asegurador, también ha dado lugar a diversos criterios doctrinales. Un resumen sintético, enseña: a) en el momento en que el tercero reclama la indemnización (criterio predominante entre los más eminentes autores); b) cuando se determina la liquidez y exigibilidad de la indemnización; c) cuando existe sentencia de condena contra el asegurado; d) cuando el asegurado paga la indemnización al tercero damnificado que produce una disminución del patrimonio de aquel y que el asegurador debe resarcir.

En realidad, en opinión de Viterbo, Hagen, Gasperoni, Fernández, Rodríguez, entre otros, la obligación del asegurador surge al producirse el siniestro previsto (riesgo cubierto por el seguro), o sea al nacimiento de la obligación del asegurado hacia el tercero, que tiene lugar inmediata y automáticamente al ocurrir el suceso dañoso. Fernández, subraya que si lo que el seguro cubre son las consecuencias jurídicas del hecho lesivo con relación al asegurado, que no son otras que su obligación legal de indemnizar, al nacer tal obligación surge simultánea, mente la del asegurador de liberarlo de la misma, haciéndose cargo del pago de la indemnización correspondiente al tercero.

ARTÍCULO 1.091.- (Aviso de siniestro). Cualquier hecho que comprometa la eventual responsabilidad del asegurado prevista en el contrato de seguro, debe ser comunicado al asegurador en el término de tres días de producido, o desde la demanda del tercero. En caso de demanda Judicial, el asegurado dará noticia inmediata. La retardación en el aviso motivara que el asegurado corra con los, gastos adicionales por su demora.

El asegurado está obligado a proporcionar al asegurador las informaciones y pruebas necesarias para su defensa; si asume su defensa en forma directa contra orden expresa del asegurador, corren a su cargo los honorarios

Conc: c. com. 1028- 1031- 1088-

En la primera fracción del art., el plazo para la comunicación del hecho que comprometa la eventual responsabilidad del asegurado, al asegurador, rige desde que el hecho se ha producido o el tercero damnificado ha reclamado extrajudicialmente la reparación, que el art. llama demanda en una de las acepciones admitidas de la palabra, como petición, que se pudo haber sustituido con otra (v. gr. reclamación), para evitar su confusión con la demanda judicial de la que el texto legal se ocupa inmediatamente, para indicar que en ese supuesto el aviso debe ser inmediato.

Por lo regular, en la práctica de este seguro, las pólizas suelen incluir una cláusula que reserva al asegurador la facultad de asumir la dirección del proceso que el tercero damnificado acciona contra el asegurado, aunque sólo referida a la responsabilidad civil, sin que pueda tener efecto ninguno en la actuación de la Jurisdicción punitiva, en la que la intervención personal del encausado es norma de orden público, inderogable por acuerdos particulares.

Es obligación del asegurado otorgar al asegurador los poderes necesarios y suministrar todos los antecedentes y pruebas que requiera la mejor defensa de su derecho en el proceso civil.

La demora en el aviso al asegurador, como el hecho de asumir su defensa contra lo pactado o contra la advertencia oportuna del asegurador, desplaza la responsabilidad de los gastos al asegurado, de los cuales queda liberado el asegurador.

El art. no señala consecuencias para el supuesto de que el asegurado no proporcione los antecedentes y pruebas que tuviera para la defensa que de el haga el asegurador. Ha de aplicarse los principios generales, si esa omisión responde a la mala fe o dolo del asegurado.

Tampoco señala el art., las consecuencias para el supuesto de los perjuicios que puede ocasionar el asegurador al asegurado por omisiones, negligencias, errores, etc., en la conducción y tramitación del proceso y que pueden traducirse en el aumento de la indemnización a cargo del asegurado al exceder de la - suma asegurada. Es una cuestión de hecho, sujeta también a los principios generales y que debe resolverse por el Juez según las circunstancias, porque el hecho de asumir la dirección del proceso importa para el asegurador el reconocimiento de la plena vigencia del seguro, con todas las consecuencias sobre la posición que asume en el proceso, ya que la sentencia que recaiga sobre la indemnización en el proceso seguido contra el asegurado, cuya dirección asumió el asegurador, es eficaz contra este (art. 194, p.c.).

ARTÍCULO 1.092.- (Reconocimiento de responsabilidad). El asegurador no está obligado a pagar ni reconocer las transacciones o arreglos extrajudiciales en los cuales el asegurado admita su responsabilidad, cuando no exista previa aprobación del asegurador. Sin embargo, las declaraciones del asegurado ante las autoridades judiciales o administrativas sobre la materialización de un hecho, aunque impliquen reconocimiento de su responsabilidad, quedan a cargo del asegurador.

Conc: c. com. 1032 - 1088 -

La disposición del art. no supone una prohibición absoluta para lo que debe hacer o decir el asegurado, en cuanto al hecho que compromete su responsabilidad. No podría tener ese carácter porque importaría prohibir al asegurado el cumplimiento de obligaciones legales, inexcusables, para declarar sobre los hechos ocurridos y decir la verdad sobre ellos.

Por eso, el propio art. deja a salvo las declaraciones de mero reconocimiento de hechos, aunque impliquen reconocimiento de responsabilidad, efectuadas ante las autoridades judiciales o administrativas. En estos supuestos, el reconocimiento de responsabilidad no puede perjudicar al asegurado - y por consiguiente al asegurador- si ella resulta manifiesta por los mismos hechos u otros motivos.

La prohibición de la ley y de las cláusulas habituales de las pólizas, está concretada al reconocimiento de responsabilidad en transacciones o arreglos extrajudiciales, que en el caso de un proceso pueden ser opuestas al asegurador. Si el asegurador asume o ha de asumir de acuerdo al contrato la dirección del proceso, lógicamente el asegurado no puede transigir sobre el mismo, o sólo puede hacerlo si esta expresamente autorizado al efecto por el asegurador. Si bien la transacción puede ser un arreglo extrajudicial (p.c. arts. 314 y 315), con esta locución el art. se refiere concretamente a lo que en las pólizas se consigna como prohibición al asegurado de pagar a la víctima del accidente, porque ese pago importa reconocimiento de la responsabilidad y de la deuda. Las cláusulas de las pólizas sobre estos dos extremos tienen plena validez y se reconoce su procedencia uniformemente en la doctrina.

La consecuencia de una transacción o un arreglo hecho por el asegurado, al margen de esta prohibición, sólo produce sus efectos entre el asegurador y el asegurado y carece de toda eficacia con respecto a la transacción, sea judicial o extrajudicial, y al arreglo extrajudicial.

La ley, en este punto, no regula las consecuencias de una transacción hecha por el asegurador. Se señala que si el asegurador transige por una suma mayor a la asegurada, puede incurrir en responsabilidad frente al asegurado por el excedente, según las circunstancias, así como cuando rechaza una transacción conveniente y luego, como resultado del litigio, resulta un excedente a cargo del asegurado (Fernández).

ARTÍCULO 1.093.- (Responsabilidad profesional). Son asegurables los riesgos inherentes al ejercicio de una profesión. El seguro de responsabilidad profesional, cuando el asegurado no se encuentra legalmente habilitado para tal ejercicio, es nulo.

El seguro de responsabilidad por el ejercicio de una explotación industrial o comercial comprende la responsabilidad de las personas que ejerzan funciones directivas o ejecutivas.

Conc: c. com. 984- 998- c.p. 164- 175- 218-

SECCIÓN V **SEGUROS EN LA AGRICULTURA**

ARTÍCULO 1.094.- (Riesgos asegurables). En la explotación agrícola se pueden asegurar las cosechas y otros procesos vegetativos de todos o algunos de los productos, contra determinados riesgos, tales como incendio, granizo, helada, sequía, exceso de humedad, inundación, plagas y otros similares. Esta cobertura puede limitarse también a los daños sufridos por el asegurado en una determinada etapa o momento de la explotación agrícola.

Conc: c. com. 980 - 1044 - 1072 - D.R. 28 Mayo 1937, art. 2-

Los autores subrayan que no obstante los numerosos riesgos a que están expuestos los productos agrícolas, el único sobre el cual se realizan operaciones de seguro, en la generalidad de los países, es el granizo, porque respecto de los otros los datos estadísticos que permitan efectuar el cálculo de probabilidades indispensable para establecer la base económica del seguro y fijar la prima, apropiada para el interés del asegurado y del asegurador, no son suficientes ni satisfactorios (Fernández).

Aún en el caso del granizo, las estadísticas no han proporcionado siempre los datos suficientemente precisos para la rigurosa fundamentación del seguro, particularmente por la idiosincrasia de los agricultores - dice Rodríguez- no obstante que las terribles pérdidas que ocasiona, ha inducido desde fines del siglo XVIII la organización de actividades aseguradoras contra este riesgo, aunque sobre bases mutualistas preferentemente o con la intervención de empresas públicas. Se destacan sobre esta especie de seguro (contra el granizo) las reglamentaciones de la legislación alemana, italiana y española y, en la práctica, las modalidades de las pólizas norteamericanas.

Puede contratarlo quienquiera tenga un interés legítimo en los productos del suelo (Vivante): el propietario, el colono, el usufructuario, el acreedor hipotecario o el anticresista. Los productos pueden asegurarse contra el peligro de que se pierdan mientras están madurando. Por regla general, para que el seguro produzca sus efectos es necesario que los productos del suelo estén ya sembrados y hayan nacido. Depende del riesgo que se asegure, para aplicar la cláusula del

art. relativa a que se puede asegurar determinada etapa o momento de la explotación; pues, si el seguro es contra el granizo y se perdieren los productos por otras causas antes de la germinación, el granizo en esta etapa no daña ningún derecho al resarcimiento.

La posibilidad de asegurar una etapa determinada de la explotación agrícola, también incluye los productos ya separados o cosechados, pero siempre que estén aún sobre el terreno; fuera de él pueden estar asegurados en depósitos generales o en transportes, v. gr., pero entonces ya no se trata de un seguro en la agricultura, sino de otro diverso de daños.

Las regulaciones que contiene la sección, constituyen el complemento o la modificación, adecuada a su particularidad, de las disposiciones generales del instituto y de las propias del seguro de daños, que deben aplicarse. Entre ellas, v. gr., sobre cuando queda perfeccionado el contrato (art. 982), forma de prueba del contrato (art. 1006), las consecuencias de las falsas declaraciones o reticencias (arts. 993, 994, 995), la vigencia del seguro en caso de transmisión del interés asegurado (art. 1068), las soluciones en el supuesto de pluralidad de seguros (art. 1070), la existencia de un interés asegurable (art. 1044), la posibilidad del seguro por cuenta ajena (art. 997), el reaseguro (art. 1115), la obligación de dar aviso en el plazo señalado por el art. 1096, infra, con las consecuencias derivadas de su omisión (arts. 1028 y 1030), etc.

La prohibición de alterar el estado de las cosas dañadas, que impone el art. 1064, antes de que se establezcan la causa del daño y el daño en sí, en la especie del seguro en la agricultura tiene su excepción en el art. 1097, que supone una excepción o modificación a la regla general de aquel, subordinada a los usos, prácticas y necesidades propias de la agricultura.

Respecto de la obligación de evitar en lo posible la extensión y propagación del daño (art. 1029), en la especie de este seguro, tiene aplicación el art. 2 del D.R. de 28 de Mayo de 1937, que impone a los agricultores - entre otros- el deber legal de informar y denunciar al servicio de Policía Sanitaria Vegetal, o al servicio agronómico más inmediato, sobre la presencia de plagas criptogámicas (hongos) o entomológicas (insectos) o enfermedades que se presenten en las plantaciones de una zona. La autoridad administrativa puede disponer, en su caso, la declaración de zona infectada y proceder al saneamiento de ella con ayuda de la fuerza pública y aún mediante incineración de las plantaciones afectadas. Sus consecuencias tienen indudable efecto en el seguro en la agricultura.

Los riesgos asegurables en esta especie de seguro, no son sólo los enunciados ejemplificativamente en el art. Un Boletín del Ministerio de Agricultura de la Argentina (ya en 1921, cit. de Fernández), especifica los riesgos a que esta expuesta la producción agrícola:

- a) Riesgos de carácter climático: aguas, lluvias, heladas granizo, vientos cálidos, etc.;
- b) Riesgos ocasionales o fortuitos: incendios, inundaciones;
- c) Plantas: yuyos, malezas y plantas parásitas;
- d) Pequeños animales dañinos: viscachas, liebres, comadreas, nutrias, cuis (conejos), etc.;
- e) Insectos: langostas, hormigas, lagarta, etc.

Respecto de las plagas y enfermedades, se discute la conveniencia general del seguro, una vez que puede dar lugar a que el agricultor se desentienda y no luche contra las mismas en la forma intensa en que lo hace cuando no está asegurado (Fernández).

No se práctica en ningún país un seguro simultáneo y general contra los riesgos de la agricultura, que determinaría la fijación de primas demasiado elevadas para la economía del agricultor. Se acostumbra asegurar riesgos determinados: granizo, helada, langostas, sequía, etc.

ARTÍCULO 1.095.- (Estimación pericial de los daños). La estimación de los daños puede realizarse mediante peritaje.

La valuación se hará tomando en cuenta el valor de los frutos y productos al tiempo de la cosecha como si no hubiera habido siniestro, y el valor de estos después del daño; la diferencia entre ambos valores constituirá el monto indemnizable.

Cualquiera de las partes, salvo pacto en contrario podrá postergar la liquidación del daño hasta la época de la cosecha.

Conc: c. com. 1034 - 1472 -

Nótese que el riesgo asegurado en esta especie, es un fenómeno natural y aunque como en todo seguro de daños es un contrato indemnitario, típicamente es un seguro de lucro cesante o de provecho esperado, pero no de daño emergente. Pues, observa Rodríguez, el valor indemnizable no representa el de los daños realmente producidos en el momento del siniestro, sino el valor que los bienes destruidos hubieran representado al ser cosechados, si el siniestro no hubiera acaecido. La segunda fracción del art. es lo suficientemente clara al respecto. No se paga el valor que la cosa destruida tenía en el momento de acontecer el siniestro, sino la diferencia entre el valor de la cosecha recogida, cuando alguna queda, y el valor normal de la que se habría recogido de no ocurrir el siniestro. Por eso, insiste Rodríguez, esta especie de seguro, particularmente la de granizo, como seguro de lucro cesante o de provechos esperados, se

aparta de las reglas -estrictas del seguro de daños: si la cosecha estaba colocada (vendida o comprometida en venta según el art. 594 del c.c.), puede decirse que este contrato es de lucro cesante, si no lo estaba, puede afirmarse que se trata de un seguro de provecho esperado.

La estimación se hace por lo regular mediante peritaje, en el tiempo que se ha fijado en el contrato. Si no se ha fijado este, la liquidación puede esperar, si las partes convienen, la época de la cosecha como la base más segura para determinar el valor, según se ha visto anteriormente.

ARTÍCULO 1.096.- (Aviso del siniestro). El aviso del siniestro se dará al asegurador en el término de tres días, sino se acuerda un plazo mayor. Si se omite el aviso con el fin de impedir la comprobación del siniestro, se aplicara lo dispuesto en el artículo 1.030.

Conc: c. com. 1028 - 1030 -
Comprendido en la anot. del art. 1094.

ARTÍCULO 1.097.- (Cambios en los productos o frutos dañados). Los productos y frutos dañados pueden ser objeto de determinados actos por el asegurado cuando, según practicas y usos de la agricultura, no pueda postergarse su realización hasta la determinación del daño, con o sin consentimiento del asegurador.

Conc: c. com. 1032-1064-
Comprendido en la anot. al art. 1094.

SECCIÓN VI **SEGURO DE ESPECIES ANIMALES**

ARTÍCULO 1.098.- (Riesgos asegurables). Cualquier riesgo que afecte a la vida o salud de los animales, puede ser objeto de contrato de seguro.

Conc: c. com. 1094-1099-1100- D.S. 18 Agosto 1942, art. 43 -

Este seguro se explica por la gran importancia que sin duda tienen las economías ganaderas, que pueden ser profundamente afectadas por las enfermedades del ganado.

La reglamentación de la sección esta dada en líneas semejantes a la de la generalidad de las legislaciones.

En la práctica, este seguro, por lo regular, aún en países de economía ganadera fundamental, como la Argentina v. gr., todavía se aplica en forma de seguro individual de los animales (Fernández, Malagarriga), particularmente para los de pura raza debidamente registrados (pedigree), y, de ordinario, solo por riesgo de muerte, con exclusión del originado por determinadas causas y sin tener en cuenta otros riesgos como las enfermedades, incapacitación o accidentes.

La sección legisla este seguro por cualquier riesgo que afecte a la vida o a la salud de los animales, pero, aunque no lo dice, subordinado al criterio de aplicación individual del animal o animales asegurados (art. 1099), que siendo de raza pueden ser asegurados con la cláusula de valor admitido (art. 1058).

Las pólizas, consignan las enfermedades asegurables o excluidas. La legislación sobre policía sanitaria animal (D.S. de 18 de Agosto de 1942, art. 43), enumera 35 enfermedades del ganado, consideradas contagiosas y cuya manifestación hace obligatoria su denuncia.

El art. 1100, infra, señala las exclusiones legales: accidentes durante su transporte, carga y descarga o daños causados por incendio, rayo, explosión o terremoto. Sin embargo, estos riesgos pueden ser asegurados, mediante pacto expreso contrario a la exclusión.

Las pólizas en el derecho comparado, excluyen también la responsabilidad del asegurador, en caso de muerte por vejez o por extenuación de los animales.

Aunque en el derecho comparado, generalmente se admite este seguro para los ganados equino, vacuno, lanar, cabrio y de cerda y para las aves y los perros, el art. no hace discriminación y genéricamente comprende cualquier animal: puede ser inclusive un animal salvaje (leones, tigres) que esta en cautiverio privado o en los zoológicos. Todo depende de las regulaciones pertinentes de las pólizas de las entidades aseguradoras y que estas hayan sido aprobados por la Dirección del ramo (Lea. art. 27, f).

ARTÍCULO 1.099.- (Seguro de mortalidad). El asegurador indemnizará el daño causado por la muerte del animal o animales asegurados, pudiendo amparar según convenio los daños causados por enfermedad o por incapacidad total o permanente. El seguro de animales de raza se puede contratar a valor admitido.

Conc: c. com. 1058- 1098-
Comprendido en la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 1.100.- (Exclusiones). Salvo pacto en contrario, no quedan cubiertos los daños ocurridos durante su transporte, carga y descarga, ni los causados por incendio, rayo y explosión o terremoto.

Conc: c. com. 984 - 985 - 1098 -

Además de lo dicho en la anot. al art. 1098, ha de tenerse en cuenta que en este seguro, la responsabilidad del asegurador puede cesar cuando la producción del riesgo es imputable a la falta de cuidado que debe observarse con el ganado asegurado, porque ello supone agravación del riesgo (arts. 1000 y 1001), o puede quedar excluida si esa agravación es resultado del dolo o la mala fe del asegurado (art. 1004). La determinación imperativa del art. 1105, relativa a que tratándose de un seguro que cubre enfermedad contagiosa, no puede rescindirse antes del vencimiento del contrato, en los supuestos aquí mencionados, se desdoblán en reajuste de prima en la agravación no dolosa y en el resarcimiento de los daños si ella ha sido dolosa. También ha de tenerse en cuenta, al respecto, las determinaciones del art. 1038 y la consecuencia prevista en el art. 1102, infra.

ARTÍCULO 1.101.- (Aviso de siniestro). El asegurado, dentro de las veinticuatro horas de conocido el hecho si no se acuerda un plazo mayor, dará aviso de la muerte del animal y de cualquier enfermedad o accidente que sufra como consecuencia de un hecho comprendido o no en el riesgo cubierto.

Conc: c. com. 1028- D.S. 18 Agosto 1942, art. 42

La disposición esta conformada a la regla general del art.1028, cuya anot. le es aplicable, con dos salvedades: la primera, relativa al plazo dentro del cual ha de darse el aviso, que se ajusta al carácter específico propio de este seguro y, la segunda, a que el aviso comprende no sólo el relativo al riesgo cubierto por el seguro, sino cualquiera enfermedad y todo accidente que sufre el animal asegurado, que sea consecuencia de cualquier hecho, este o no incluido en el riesgo asegurado.

Aparte de las obligaciones que emanan del contrato de seguro sobre este particular y que sólo afectan a las relaciones de asegurador y asegurado, este, legalmente, esta obligado a denunciar ante la autoridad administrativa de la circunscripción correspondiente, toda enfermedad contagiosa que se presentare en el ganado, a los fines de las medidas propias de la policía sanitaria animal (D.S. 1942, arts. 42 a 47).

ARTÍCULO 1.102.- (Obligaciones del asegurado). En caso de enfermedad o accidente del animal, el asegurado esta obligado a recurrir a la asistencia de un veterinario o, en su defecto, de practico en la materia.

La culpa grave del asegurado por falta de cuidado o de asistencia veterinaria o maltrato del animal da lugar a que pierda su derecho a la indemnización.

Conc: c. com. 1029 - 1038 -

Es una obligación, concretada a la especie de seguro de que se trata, de la regla general del art. 1029, cuya anot. también es aplicable a este, así como la del art. 1100.

ARTÍCULO 1.103.- (Sacrificio). Sin el consentimiento del asegurador no se podrá sacrificar al animal, a menos que sea dispuesto por autoridad competente o cuando esta medida sea inevitable en opinión de un veterinario o, en su defecto, de un practico en la materia.

Conc: c. com. 982 D.S. 18 Agosto 1942, arts. 55-56-

La disposición de la autoridad administrativa competente, a que se refiere el art., esta regulada en el D.S. de 18 de Agosto de 1942 (arts. 55 a 58), que determina la obligatoriedad del sacrificio de animales en caso de que se diagnostique peste bovina, muermo, salmonella pollurum, roseola, rabia y tuberculosis (arts. 55 y 56). Todos los casos, de sacrificio obligatorio excepto los de rabia y tuberculosis, son indemnizables por el Estado, al precio de plaza, previo justiprecio, cuyo pago debe reclamarse dentro del plazo improrrogable de 90 días (art. 57).

El derecho a obtener la indemnización de las autoridades administrativas, justifica la exclusión de la responsabilidad del asegurador, pero este tiene que actuar en el trámite correspondiente si quiere que funcione la exclusión. El asegurado puede exigir, sin embargo, el pago de la indemnización por el asegurador, dejando a este protegido en sus derechos mediante la subrogación legal correspondiente (art. 1060). La obligación del asegurador no cesa ni queda excluida si la indemnización administrativa no se obtiene, así ello se deba a la infracción de leyes sanitarias o de policía por parte del asegurado, según la legislación mexicana (Rodríguez), la cual parece la fuente evidente de esta sección y, por consiguiente, en silencio de la ley, puede servir para señalar las pautas de solución en los casos de esta índole, que se presentaren en la aplicación práctica de esta especie de seguro, salvo naturalmente las estipulaciones contractuales constantes en la póliza.

ARTÍCULO 1.104.- (Muerte o incapacidad). El asegurador responde de la indemnización, si la muerte o incapacidad del animal se produce hasta un mes después de terminada la vigencia del contrato, por causa de una enfermedad o lesión iniciada u ocurrida durante la vigencia del contrato.

Conc: c. com. 1026

Comprendido en la anot. al art. 1026.

ARTÍCULO 1.105.- (Enfermedad contagiosa). En caso de una enfermedad contagiosa cubierta por el seguro, el asegurador no puede rescindir el contrato antes de su vencimiento.

Conc: c. com. 1023 -

Comprendido en las anots. a los arts. 1023 y 1100.

SECCIÓN VII SEGURO DE CRÉDITO

ARTÍCULO 1.106.- (Concepto). Por el seguro de crédito, el asegurador se obliga a pagar al acreedor una indemnización por las pérdidas netas definitivas que sufra como consecuencia de la insolvencia de sus deudores.

Conc: c. com. 979 - 980 - 1107 -

El seguro de crédito, es un ramo del seguro sobre bienes(Malagarriga), que no ha alcanzado todavía un desarrollo apreciable. Aunque conocido y reglamentado en Europa, es poco usado según los autores, pero es de aplicación frecuente en los Estados Unidos e Inglaterra, país este último donde tuvo su origen a principios del siglo XVIII (Rodríguez).

Su objeto es garantizar a los acreedores, por lo regular comerciantes o industriales, contra los riesgos de la insolvencia de sus deudores. Se afirma que en los Estados Unidos, el valor de las pérdidas que ocasiona a los comerciantes la insolvencia de sus clientes, es superior al de las pérdidas causadas por incendio y observa Ackerman (cit. de Rodríguez) que, no obstante ello, mientras el seguro de incendio es muy utilizado, comparativamente son pocos los que acuden al de crédito.

No es tanto la insolvencia que se presenta en las ventas a crédito y otras operaciones de crédito, en las que siempre se da un porcentaje de deudores insolventes, el objeto central de esta especie de seguro, porque las pérdidas que esta insolvencia ordinaria causa, están previstas y calculadas, y absorbidas si se quiere, en la fijación de precios y comisiones. Son las pérdidas extraordinarias, provocadas por quiebras o situaciones semejantes en que caen los deudores, las que se pretende fundamentalmente prevenir con este seguro, cuyo riesgo, será soportado directamente por el asegurador e indirectamente - como en todos los seguros- por la comunidad de asegurados.

Aunque seguro patrimonial y de carácter indemnitario, por lo cual está incluido en el capítulo del seguro de daños, el de crédito tiene sus particularidades que, como observa Rodríguez, contrarían la técnica general del seguro de daños. Mientras en este, el riesgo no proviene de un acto propio del asegurado y el seguro excluye las consecuencias de los actos de la propia voluntad, en el seguro de crédito, el riesgo proviene precisamente de un negocio voluntario mediante el cual el acreditante (asegurado), concede crédito al deudor que después resulta insolvente. En los seguros de daños, no se asegura el incumplimiento de los contratos, y, en el de crédito, el riesgo es precisamente el incumplimiento del contrato, en cuanto atañe a la restitución del crédito.

Los autores, señalan dos sistemas en esta especie de seguro: a) el alemán, que es un seguro de cliente, en el que cada operación de crédito es objeto especial de un seguro particular; b) el angloamericano, de seguro de totalidad, que toma como base para el seguro el volumen total de las operaciones y el exceso del conjunto de pérdidas por insolvencia en relación con las normales. Pero, en ambos casos, el asegurado queda con una parte importante de las pérdidas experimentadas (Hagen, cit. de Rodríguez), principio, propio de esta especie de seguro, expresamente regulado en el art. 1108 dentro del ordenamiento del Código.

El sistema legislativo que sigue el Código en esta sección, corresponde al estadounidense (v. la anot. al art. siguiente), que ha tenido influencia en la regulación comparada de este seguro, v. gr. la mexicana, cuya Ley del contrato de seguro (que parece una de las fuentes de esta sección en examen), adoptó en sus reformas de 1946 la experiencia, los datos y las estadísticas norteamericanas (Rodríguez). También el c. com. hondureño de 1950 (art. 1215, cit. de Malagarriga, y que puede considerarse otra fuente de las regulaciones de esta sección), tiene, para los fines de este seguro, similar definición de la insolvencia de los deudores que la ley norteamericana correlativa, que se identifica en la anot. al art. siguiente, al tratar particularmente de dicha insolvencia.

ARTÍCULO 1.107.- (Insolvencia). Para los efectos del seguro de crédito, la insolvencia del deudor se produce cuando:

- 1) Se inicia el procedimiento de quiebra;
- 2) Se promueve en su contra concurso preventivo o de acreedores;
- 3) La diligencia de embargo resulte infructuosa, total o parcialmente, en la ejecución judicial para cobrarle el crédito;
- 4) En los casos expresamente pactados, siempre que exista incumplimiento del deudor al vencimiento de sus obligaciones.

Conc: c.c. 519 - p.c. 562 y s. - c. com. 1106 - 1487 1489- 1542-

Ya se ha dicho en la anot. al art. anterior que este seguro no garantiza un crédito concreto y determinado, sino un porcentaje determinado de las pérdidas que experimenta un comerciante por el riesgo que cubre el seguro (art. 1008).

El riesgo asegurado es la insolvencia del deudor, o sea, la imposibilidad en que este se ve para satisfacer sus obligaciones crediticias.

El concepto de insolvencia, para la finalidad del instituto, está formulado con precisión en la ley norteamericana, aludida en la anot. al art. anterior i.f.: National Bankruptcy Act, en cuyo sentido insolvencia es la quiebra, la suspensión de pagos, el concurso, el embargo infructuoso que pone en evidencia la inexistencia de bienes suficientes para cubrir el adeudo que lo motiva y, en general, todas aquellas situaciones en las que el acreedor se ve imposibilitado para obtener el cumplimiento de sus créditos, puntos a los cuales, como se ve, corresponde la enumeración del art.

ARTÍCULO 1.108.- (Límite de la garantía). En el seguro de crédito debe quedar una parte de las pérdidas a cargo del acreedor, en la proporción que se convenga.

Conc: c. com. 1049 -

El precepto ha de ser considerado como excepción a la regla general del art. 1049, porque el seguro de crédito comprende el pago de la indemnización de una parte proporcional de las pérdidas que sufre el asegurado, a consecuencia de la insolvencia total o parcial de sus clientes, deudores por créditos comerciales. Véase, además, la anot. al art. 1006.

SECCIÓN VIII SEGURO DE CRÉDITO A LAS EXPORTACIONES

ARTÍCULO 1.109.- (Objeto). El seguro de crédito a las exportaciones tiene por objeto cubrir los riesgos a que están expuestas las operaciones de crédito, resultantes de las exportaciones de mercaderías o productos, garantizando a los exportadores y a las entidades que participan en su financiamiento.

El seguro de crédito a las exportaciones comprende las pérdidas netas definitivas.

El seguro no puede pactarse por la totalidad del crédito, debiendo quedar a cargo del propio exportador una proporción de participación obligatoria en los riesgos.

Este seguro no se extiende a los perjuicios provenientes de lucros esperados ni oscilaciones de mercado.

Conc: c. com. 980-

Es una modalidad del seguro de crédito, que abarca sólo los créditos provenientes de ventas hechas al extranjero, principalmente con la finalidad de proteger a los exportadores de las consecuencias de las variaciones en los precios y costos de las mercaderías por causa de las diferencias de cambio que se produzcan entre la fecha de concertación de las operaciones y la fecha de su pago.

En Italia, bajo la forma de seguro, se garantizan los créditos sujetos a riesgos especiales, que las empresas nacionales conceden en los negocios de exportación, mediante régimen especial establecido por D.L. de 2 de Junio de 1927 (Messineo). En Francia, la organización de este seguro, ha sido estudiada y explicada por Bonnase: Naturaleza y perspectiva del seguro de crédito a la exportación, en la Revista General de Seguros Terrestres, de Septiembre de 1949 (cit. de Malagarriga).

Participa en los riesgos inherentes, en una cierta medida, el Estado, bajo regulación particular contenida en leyes especiales (art. 1112), que en el ordenamiento nacional aún no han sido dadas.

ARTÍCULO 1.110.- (Riesgos). Los riesgos que pueden cubrirse en el seguro de crédito a las exportaciones son, los riesgos comerciales, los riesgos políticos y los riesgos catastróficos.

Conc: c. com. 983 - 1111 - 1112 -

ARTÍCULO 1.111.- (Riesgos comerciales). Los riesgos comerciales pueden ser amparados por aseguradores privados autorizados.

Se considera riesgo comercial la insolvencia del importador extranjero de mercaderías o servicios para cubrir total o parcialmente los créditos que obtuvo para tales operaciones.

Conc: c. com. 1110 -

ARTÍCULO 1.112.- (Riesgos políticos y catastróficos)

Los riesgos políticos y catastróficos podrán, en su caso, ser cubiertos por el Estado a través de entidades especializadas sujetas a Ley especial.

Son riesgos políticos o extraordinarios los que determinan la falta de pago de los créditos concedidos al importador extranjero que, como consecuencia de medidas de gobierno, se impongan en su país restricciones legales, regulaciones cambiarias, monetarias, de carácter general, así como las resultantes de estado de guerras civil o internacional o acontecimientos similares.

Son riesgos catastróficos los provenientes de hechos de la naturaleza que, por su amplitud y carácter extraordinario, signifiquen un estado de calamidad pública en el país importador, con consecuencias para la normal atención de sus obligaciones comerciales.

Conc: c. com. 1110 -

SECCIÓN IX OTRAS MODALIDADES DE SEGUROS DE DAÑOS

ARTÍCULO 1.113.- (Otros seguros de daños). Pueden ser objeto del contrato de seguro de daños, cualquier riesgo que afecte al patrimonio del asegurado, debiendo ajustarse a lo señalado en el Capítulo II de este Título.

Entre ellos están los seguros contra daños causados por motines y huelgas, daño malicioso, robo, hurto, atraco, rotura de cristales, explosión de calderas, rotura de maquinaria y otros.

Asimismo, pueden emitirse pólizas de riesgos combinados como ser seguros de automotores, de aviones y otros.

Conc: c. com. 980- 1044 y s.-

Esta sección, en sus dos arts., establece la regulación genérica, para los numerosos casos de seguros de daños, que como en una de las distinciones de los contratos en general pueden llamarse innominados o atípicos, no tanto porque carezcan de una denominación en la Ley, sino porque carecen de una disciplina legislativa particular y propia y quedan comprendidos en el supuesto genérico de este art.: otros seguros de daños, como susceptibles de ser objeto de seguro los daños que afecten, directa, o indirectamente, al patrimonio del asegurado cualesquiera de las eventualidades ejemplificativamente mencionadas en el art. y que están sometidas a la reglamentación del capítulo, particularmente de su sección I (Generalidades), y la de otras secciones, v. gr. II (Incendio) y IV (Responsabilidad civil), según casos y circunstancias.

Contra el robo y el hurto, los efectos asegurados pueden ser objeto individual de seguro; cuando se trata de dos o más tipos de cosas aseguradas en conjunto, por lo regular, las entidades aseguradoras señalan una cantidad asegurable de la que no puede exceder el seguro. La protección de este, también por lo regular, comprende los objetos que sean propiedad de parientes o familiares del asegurado, que vivan con el.

El seguro contra rotura de cristales, comprende la reparación del daño, mediante reposición de los vidrios o el pago de su importe, que consiste en la rotura de cristales provocada por incendios, temblores, huracanes, erupciones volcánicas, rayo, motines, huelgas, inundaciones, derrumbe del edificio, acciones bélicas, etc.

El seguro de automóviles (o de automotores en la más genérica expresión del art.) se presenta como un seguro mixto de varios seguros particulares de daños. Teóricamente los riesgos en este caso, pueden ser objeto de otras ramas nominadas o no de seguros: incendio, robo, responsabilidad civil, rotura de cristales. Sin embargo, el carácter peculiar de los automotores, vehículos desplazables y altamente peligrosos, no hace aplicables directamente esos otros tipos de seguro y han dado origen a uno propio que, por lo regular, comprende dos o varios de aquellos. Se observa que tiene que ser así, porque el seguro de incendio ordinario, v. gr., no sería aplicable a los automotores, una vez que utilizan para su propulsión y lubricación, sustancias altamente inflamables, que cuentan con sistemas eléctricos y que su funcionamiento depende de una serie sucesiva de explosiones. Tampoco el seguro de robo por si solo es aplicable, dadas las características de desplazamiento de los automotores y su corriente abandono de vigilancia especial, que facilitan la perpetración del robo.

Generalmente, el seguro de automotores o de automóviles, comprende: a) los daños que sufre el propietario, por hechos propios o de terceros, en su persona y la de los miembros de su familia, y en el vehículo, así como el incendio, robo, rotura de cristales, etc., de este último; b) los daños que ocasione con el automotor a terceros y por los cuales incurra en responsabilidad civil, esto es, por accidentes que tengan carácter culposo. La parte del seguro comprendido en la letra a es seguro de daños; la de la letra b es un seguro de responsabilidad civil.

Puede hacerse un seguro conjunto de varios vehículos, particularmente en los casos de las empresas de transporte que, en vez de realizar en cada caso un seguro individual, puede resultarles más cómodo hacerlo respecto de toda su flotilla (flotas de transporte a larga distancia). Cabe dentro de lo que el art. llama seguros de riesgos combinados.

En el seguro aeronáutico de cosas, quedan comprendidos además de las mercaderías o el flete, los propios aeromóviles o aviones, que pueden asegurarse individual o conjuntamente inclusive con las otras cosas.

ARTÍCULO 1.114.- (Seguro de daños indirectos). Son válidos los seguros de daños indirectos, tales como el seguro de interrupción, de uso y ocupación, pérdida de beneficios y otros, que sean consecuencia de daños materiales directos causados por riesgos asegurados o asegurables.

Conc: c. com. 980 - 983 -

Recuérdese, ante todo, que según el art. 1044, es objeto de seguro cualquier riesgo que, directa o indirectamente, afecte a los bienes o al patrimonio de una persona. En la disposición de esa regla general reposa el fundamento de este art.

Puede citarse entre estos seguros, el de pérdida de beneficios, que cubre los daños provenientes de determinadas circunstancias que impongan a un comercio o industria una paralización de límite indeterminado de tiempo.

El seguro del riesgo locativo, que cubre la responsabilidad de los locatarios, especialmente la que pesa sobre ellos en caso de incendio, particularmente en aquellos países (Francia v. gr., según los arts. 1733 y 1734 de su c.c. que no fueron adoptados en el c.c. abrg.) en que su legislación establece, en principio, la responsabilidad del locatario por el incendio, a menos que pruebe que la causa del mismo fue el llamado caso (fortuito o de fuerza mayor), un vicio de construcción o la propagación del de una casa vecina, responsabilidad que el nuevo

ordenamiento (c.c. art. 703) atribuye también al locatario, salvo prueba de inculpabilidad en contrario. Aunque, por lo regular, este tipo de seguro suele incluirse, según criterios y legislaciones, entre los de incendio o de responsabilidad, parece que su lugar propio es el que regula este art.

Cuando el incendio de un inmueble se propaga a la propiedad vecina, el dueño o el ocupante de aquel, pueden resultar responsables de los daños que el incendio ocasiona a esta. Este riesgo se cubre también con el seguro locativo.

En algunos países (la Argentina, v. gr.), el auge de la propiedad horizontal y sus derivaciones, ha incrementado el seguro contra los riesgos que ella supone y cubre particularmente (cit. de Malagarriga) el riesgo de las sumas depositadas por el comprador a la orden del vendedor, para su inversión en las operaciones vinculadas con la construcción del edificio.

Otros seguros que pueden incluirse en el que se examina, son los de fidelidad (o de infidelidad, como también se le llama: Malagarriga), que tienden a cubrir los riesgos provenientes de abusos de confianza y otras actividades semejantes, de los dependientes que pueden afectar a los patrones o empleadores. El de las costas judiciales (en algunos países solamente: Donati, cit. de Malagarriga), en el que el riesgo está representado por la posibilidad de resultar deudor de ellas en una determinada situación judicial, cualquiera sea el papel procesal que corresponda al asegurado, aunque se excluyen las sanciones pecuniarias (multas) y las costas de los procesos penales.

CAPÍTULO III REASEGUROS

ARTÍCULO 1.115.- (Concepto). Por el contrato de reaseguro el asegurador puede asegurar a su vez los riesgos asumidos. Este contrato es independiente del seguro.

El reasegurador comparte la suerte del asegurador en el desarrollo del contrato principal dentro de las estipulaciones y términos del convenio de reaseguro y las regulaciones legales.

Las normas del seguro de daños patrimoniales serán aplicables al contrato de reaseguro en defecto de estipulación contractual.

Conc: c. com. 979 _ 1044 y c - 1116- 1117- 1118- 1119-Lea. 59 a 67-

El reaseguro es una forma particular de seguro, dice Messineo, en el cual quien es asegurador en una primera relación, se convierte en la nueva, en asegurado y se llama, entonces, reasegurado.

En concepto de Vivante, es un nuevo seguro contratado por el asegurador, para librarse en todo o en parte del riesgo aceptado, y en el cual el asegurador hace el papel del asegurado con todas las obligaciones de este en general, v. gr.: no callar al asegurador ninguna circunstancia que influya sobre el riesgo y conocida por el, pagar la prima, aún cuando no consiga cobrarla al asegurado, etc.

Según Rodríguez, el reaseguro es el contrato por cuya virtud una institución toma a su cargo, total o parcialmente, un riesgo ya cubierto por otro o el remanente de daños que exceda de la suma asegurada por el asegurador directo.

Fernández, atendido el hecho de que el asegurador puede a su vez asegurar su interés relacionado con el contrato de seguro, a fin de que, en caso de producirse el riesgo que tomó a su cargo, el reasegurador le indemnice total o parcialmente del perjuicio que le representa el pago de la indemnización al asegurado, da esta noción: el contrato de reaseguro es exactamente un seguro celebrado entre el asegurador y el reasegurador, con los elementos de todo seguro: interés asegurable riesgo, prima e indemnización.

De esta noción, cabalmente formulada sin duda, deriva la evidencia inobjetable de que el objeto del reaseguro es el interés del asegurador, cuyo patrimonio está expuesto al riesgo de tener que pagar una indemnización y no las cosas sujetas al riesgo que tomó a su cargo que, como observa Fernández tampoco constituyen el objeto del seguro, porque este no es otro que el interés del asegurado en su conservación. De ello resulta con absoluta claridad que el riesgo no es el mismo en ambos contratos, que es exactamente lo que quiere significar el art., cuando dice que este contrato (el reaseguro) es independiente del seguro.

Sobre la naturaleza jurídica del reaseguro, la doctrina predominante lo considera un seguro (entre otros autores: Thaller, Lyon-Caen y Renault, Hemard, Ripert, Wahl, Viterbo, Hagen, Vivante, Malagarriga, Fernández) o un seguro de seguros como dice Rodríguez. La doctrina que ha negado ese carácter, ha intentado diversas teorías, que entienden que se trata de una cesión eventual de deuda (Moraglia), de un mandato (Emerigon), de una fianza (Baldesseroni), o de una sociedad, atendido en este último caso el conjunto de operaciones cubiertas con el reaseguro y sus efectos económicos entre las compañías aseguradora y reaseguradora (Voigt, Ehrenberg; citas de Fernández). Tales teorías han sido superadas por la crítica de Mossa, Viterbo, Vivante y

otros, que dan por sentado que se trata de un seguro, aunque se discute la categoría de seguro en que encuadra.

Para la doctrina predominante, se trata de un seguro de responsabilidad civil o por lo menos de naturaleza afín. Messineo, le considera forma particular del seguro denominado de responsabilidad. Vivante (y también Bufano y Pasanisi, según Fernández), lo conceptúa un seguro contra daños, aunque ello, como bien se observa, no importa rechazar la citada doctrina predominante, porque entre los seguros contra daños esta incluido el de la responsabilidad civil. La tercera fracción del art., declara aplicables al contrato de reaseguro las normas del seguro de daños patrimoniales.

Ha de distinguirse el reaseguro del coaseguro y del contraseguro (Rodríguez). Coaseguro (en la legislación mexicana que el citado autor comenta) supone la participación de dos o más entidades de seguros en un mismo riesgo, en virtud de contratos directos realizados por cada una de ellas con el asegurado. La figura del coaseguro, se da prácticamente en la pluralidad de seguros (art. 1070), por razón del aviso que obligatoriamente debe dar el asegurado a todas ellas y las consecuencias de la responsabilidad proporcional de todas las aseguradoras.

El contraseguro, que Messineo considera como simple denominación diversa del reaseguro, para Rodríguez (siempre en función de la legislación mexicana que comenta), es el convenio por virtud del cual una entidad aseguradora se obliga a reintegrar al contratante las primas o cuotas satisfechas o cubiertas, cuando se cumplan determinadas condiciones, concepto que supone un criterio diferencial respecto del reaseguro según la noción que de este se ha dado.

La Ley mexicana de instituciones de seguros (art. 36, cit. de Rodríguez), con muy buen criterio, no permite que las operaciones de reaseguro, sean practicadas por instituciones filiales o sucursales de las que hayan contratado el seguro directo ni que tales filiales o sucursales puedan reasegurar sus operaciones con la entidad de la que sean filiales o sucursales, porque la finalidad jurídica y económica del reaseguro es un reparto de responsabilidades. La Ley de entidades aseguradoras, no contiene una previsión semejante; por el contrario, la disposición de su art. 59, deja inferir que ello es posible con la sola limitación que su art. 61 establece para las cooperativas y mutuales que no pueden reasegurar sus propias operaciones.

Son diversas las formas de reaseguro. Fernández, señala las siguientes:

a) Individual, determinado o especial, cuando se reasegura aislada e individualizadamente cada contrato de seguro, por la totalidad del riesgo asumido o, como es más frecuente, por un

porcentaje que determina una distribución de los riesgos, caso en el que se habla de reaseguro de excedentes, o porcentual o de cuota. (v. en el art. 6o de Lea., lo relativo al riesgo individual que se acepta por vía directa de seguro o por reaseguro).

b) General, indeterminado o en masa, cuando se reasegura hasta cierto porcentaje de todos los seguros asumidos por el asegurador o sólo una parte de ellos, sea de determinado ramo, de determinado lapso o de los que excedan de cierta suma o versen sobre determinados riesgos.

c) De la cartera, reaseguro que comprende la suma total de los seguros asumidos por el asegurador en determinada sección o sucursal. Constituye una verdadera transferencia de la totalidad de los contratos, o sea, una transferencia o cesión de cartera, que abarca prácticamente todos los derechos-y obligaciones del asegurador, que sólo subsiste nominal y aparentemente.

Los autores consideran esta llamada forma de reaseguro, cosa diversa del mismo. Rodríguez, de acuerdo a las regulaciones de la legislación mexicana, establece la diferencia clara existente entre reaseguro y cesión de cartera: el reaseguro, dice, es un contrato de seguro, por cuya virtud el asegurador paga la prima, que es una parte de la que el cobró, a cambio de la participación del reasegurador (asegurador del asegurador) en el pago de la indemnización o cantidad que debe pagar el asegurador: en cambio, la cesión o traspaso de cartera es una cesión de contrato, en el sentido de una sustitución del asegurador por otro; es una novación subjetiva o delegación (imperfecta según Fernández), que estaría sometida a las reglas de los arts. 357 y 359 del c.c. La cesión de cartera entre las entidades aseguradoras, esta regulada por los arts. 133 a 138 de la Ley de entidades aseguradoras y las consecuencias señaladas anteriormente están definidas, para el caso, en el art. 136 de la misma (subrogación de derechos y obligaciones). La fusión de sociedades reaseguradoras (arts. 405 c. com. y 125 y s. Lea), da lugar a una cesión obligatoria de cartera.

También Messineo, diferencia el reaseguro de la cesión de cartera, aunque esta no sea fácilmente discernible del reaseguro total, fundando el criterio diferencial en el hecho de que, mientras en el reaseguro los terceros asegurados permanecen extraños a la relación (art. 1116) y el contrato de seguro tiene lugar siempre entre asegurador y asegurados, en la cesión de cartera los efectos se reflejan sobre los asegurados como ocurre, en general, con la figura de la cesión de contrato, de manera que, por efecto de la cesión, se establecen relaciones directas entre cesionario y asegurados y el asegurador directo originario pierde todo derecho y queda liberado de toda obligación.

Tocante a la fracción segunda del art., cabe señalar que tratándose como se trata de un contrato de seguro, los derechos y obligaciones del asegurador y del reasegurador, son, respectivamente, los del asegurado y asegurador, según doctrina uniforme (Lyon - Caen y Renault, Vivante, Fernández, etc.). Si hay pluralidad de reaseguros, la situación entre asegurador y reaseguradores será la misma que para la pluralidad de seguros contempla el art. 1070. Cabe también el reaseguro del reaseguro, que es perfectamente válido y corriente (Fernández), porque presenta la apreciable ventaja de la división de los riesgos entre varias compañías. A esta figura se refiere el art. 1117, bajo la extraña rubrica de retrocesión, nominación distintiva que no se ha encontrado en ninguna de las obras consultadas para estas anotaciones.

Finalmente, adviértase que para el reaseguro no se requiere la elaboración de póliza; basta cualquier documento que acredite el contrato (art. 1006).

ARTÍCULO 1.116. - (No es contrato a favor de tercero). Las partes en el contrato de reaseguro son el asegurador y el reasegurador. En tal virtud este contrato no confiere al asegurado acción directa contra el reasegurador.

Conc: c. com. 987- 1115 -

Conceptuado el reaseguro como un seguro de responsabilidad o al menos afín y aunque el asegurado es un tercero, se dice que este tiene derecho a ejercitar la acción directa contra el reasegurador, a mérito de lo que dispone el art. 1090 para los seguros de responsabilidad (Fernández). Esta interpretación, indudablemente, no funciona dentro del ordenamiento del Código, habida cuenta la disposición de este art. que declara que el contrato de reaseguro no confiere al asegurado acción directa contra el reasegurador.

Esta regla relativa a la falta de acción directa del asegurado contra el reasegurador, responde a la doctrina clásica que Vivante resume indicando que el contrato de reaseguro agota por completo su eficacia en las relaciones entre el asegurado y el asegurador, porque si el asegurado conserva intactos todos sus derechos respecto del asegurador, en cambio no puede ejercitar ninguna acción directa contra el reasegurador, aunque, agrega, no es incompatible con la naturaleza de este contrato, la obligación aceptada por el reasegurador de pagar directamente al asegurado, supuesto en el cual este puede exigir la suma asegurada del asegurador o del reasegurador, según su conveniencia y el reasegurador no podrá librarse válidamente pagando al asegurador o a la masa de sus acreedores, ni compensando la suma asegurada con las primas que le debía el asegurador. Messineo, parece confirmar esta explicación, cuando subraya que de ordinario el contrato de reaseguro no crea relaciones entre asegurado y reasegurador, lo que

equivale a admitir que ellas pueden derivar de pacto sobre el particular, según queda establecido en la citada explicación de Vivante.

Sin embargo y aún en el caso de no mediar el pacto expreso que señala Vivante, en el supuesto de la quiebra del asegurador (art. 1119), producido el riesgo asegurado y no pagada todavía la indemnización, puede admitirse la posibilidad de una acción directa del asegurado contra el reasegurador, porque aquel no tiene por que concurrir en el concurso para cobrar su indemnización, ya exigible antes de la quiebra, en dinero de quiebra cuando puede hacerlo directamente del reasegurador para exigir el pago de la indemnización en moneda plena. Parece que esta solución cabe considerar posible - a pesar de la poco meditada disposición de este art. al respecto - a tenor del art. 1119, que declara que la quiebra del asegurador no modifica las responsabilidades y obligaciones del reasegurador, entre las cuales esta la de pagar o participar en el pago, según se haya convenido en el contrato de reaseguro, la indemnización del riesgo reasegurado, particularmente si este ha sido hecho en la forma individual (v. la anot. al art. anterior, letra a).

ARTÍCULO 1.117.- (Retrocesión). El reasegurador, mediante contrato de retrocesión, puede a su vez reasegurar los riesgos asumidos.

Conc: c. com. 1115 -
Comprendido en la anot. al art. 1115.

ARTÍCULO 1.118.- (Quiebra o insolvencia del reasegurador). La quiebra o insolvencia del reasegurador no exime ni altera la responsabilidad directa del asegurador en los riesgos asumidos.

Conc: c. com. 1115- 1119- 1120- Lea. 160-

ARTÍCULO 1.119.- (Liquidación o quiebra del asegurador). La liquidación o quiebra del asegurador no modifica las responsabilidades y obligaciones del reasegurador.

Conc: c. com. 1115 - 1118 - Lea. 160 -

ARTÍCULO 1.120.- (Liquidación de cuentas con reaseguradores). En caso de quiebra, de liquidación voluntaria o forzosa del asegurador, los saldos de los reaseguradores a favor de aquél están destinados con carácter preferente, al pago de obligaciones originadas en los contratos de seguro.

Conc: c. com. 1118 - Lea. 160 -

En realidad no es probable una situación de quiebra para las entidades aseguradoras y reaseguradoras, por virtud de lo dispuesto en los arts. 160 y 161 de la Ley de entidades aseguradoras, la que, desde luego, determina que ellas no podrán ser declaradas en estado de quiebra a pedido de terceros acreedores, menos por pedido de ellas mismas, debiendo asumir, en caso extremo, las funciones y atribuciones de liquidador, la Superintendencia nacional de seguros y reaseguros.

La no modificación de las responsabilidades y obligaciones por efecto de la quiebra, a que se refieren los arts. 1118 y 1119, ha de entenderse fundamentalmente referidas a los derechos de los asegurados, quienes para el pago preferente que les acuerda el art. 1120, están protegidos por el orden de privilegios que al efecto establece la ley del ramo (Lea. art. 156).

Véase, además, en la anot. al art. 1116, lo relativo a la responsabilidad del reasegurador que acuerda pagar directamente al asegurado.

CAPÍTULO IV SEGURO DE PERSONAS

SECCIÓN I PRINCIPIOS COMUNES A LOS SEGUROS DE PERSONAS

ARTÍCULO 1.121.- (Ámbito). El contrato de seguro sobre las personas puede comprender cualquiera de los riesgos que afectan la existencia, integridad corporal o salud del asegurado.

Conc: c. com. 979- 983- 991- 1122- 1139-

En la legislación comparada, la reglamentación tradicional del seguro de personas esta comprendida bajo la rubrica general de seguro sobre la vida, que abarca el seguro para caso de muerte, para caso de vida, así como para caso de enfermedades y accidentes. El Código pretende sistematizar mejor (aunque evidentemente sin éxito) este grupo de seguros, con una reglamentación supuestamente separada de los principios comunes generales y de los específicos y propios de los mismos. Sin embargo, lo real es que la mayor parte de los llamados principios comunes son relativos únicamente al seguro de vida propiamente dicho, por lo cual las reglas específicas dadas para este (Sección II del Capítulo), prácticamente se refieren sólo a

algunas de sus manifestaciones incidentales (v. gr., impugnación, rehabilitación, inembargabilidad, etc.). Ello, explica y justifica que por razón de la necesaria unidad sistemática de exposición, en este punto, la anotación ha de subordinarse al esquema de la reglamentación tradicional señalada, esto es, tratando principal y acentuadamente del seguro sobre la vida, como el seguro tipo del seguro de personas.

Después de que en sus comienzos los seguros sobre la vida fueron discutidos respecto de su naturaleza jurídica como de su legitimidad moral, han alcanzado al presente una extraordinaria difusión y están admitidos por todas las legislaciones, como organización de alta previsión, superior económicamente al ahorro.

Entre sus antecedentes remotos, se cita las Tontinas del siglo XVII, creación del banquero italiano Lorenzo Tonti (*), consistente en una operación contractual por la cual varias personas formaban un fondo común que, con los intereses acumulados, se repartía en una época dada solamente entre los asociados que habían sobrevivido y que seguían perteneciendo a la agrupación (antecedente citado por varios autores: Laurent, Scaevola, Dalloz, Malagarriga).

En su evolución, según relata Malagarriga, se ve que las primeras reglamentaciones se ocupaban de este seguro sólo para prohibirlo. V. gr. las Ordenanzas holandesas de 1570; las suecas de 1667; el Guidon de la mer y la Ordenanza de 1681 en Francia, que prohibía formalmente el seguro sobre la vida de los tripulantes. Se sabe que en 1720, la Royal Exchange y la London Insurance, compañías aseguradoras inglesas contra incendios, extendieron sus operaciones a los seguros sobre la vida y que la primera que organizó estos sobre bases sólidas, fundadas en los cálculos estadísticos de Simpson, de Dodson y de Halley, perfeccionados con la celebre tabla de mortalidad de Northampton, fue la Equitable, fundada en 1765. En Francia proscrito este seguro por la Revolución en 1793, reaparece en 1818 por resolución del Consejo de Estado. El c. com. español de 1829, como su derivado el c. mtl. abrg. de 1834, no se ocupan de él.

La nota distintiva del seguro de personas es que el esta siempre referido a la vida humana o a sus eventos y vicisitudes. Su objeto es la vida, su duración, la salud, la integridad corporal del asegurado. Como en todo seguro, concurren el elemento riesgo y el elemento siniestro, con la peculiaridad de que el riesgo amenaza y el siniestro afecta a la vida o a la integridad física del sujeto asegurado (Messineo).

El mecanismo de estos seguros es el mismo que el de los demás: se funda en el calculo de probabilidades, según tablas de mortalidad, mencionadas supra (Halley).

Como los demás, estos contratos de seguro, son consensuales y sinalagmáticos, sin que la cláusula de rescisión por voluntad unilateral de uno de los contratantes, en el caso de los seguros de vida (art. 1023) justifique asignarle contenido de carácter unilateral, porque ella no altera la naturaleza del contrato ni modifica sus condiciones constitutivas (Lafaille, cit. de Malagarriga). En el ordenamiento del Código, dicha cláusula esta expresamente excluida para los seguros de vida.

En la determinación de los caracteres del seguro de vida, el problema de interés científico y práctico, se refiere a si es o no un contrato de indemnización.

La doctrina que generalmente se acepta niega al seguro de vida carácter indemnizatorio, porque, se dice, suponiendo la indemnización un perjuicio, el fallecimiento no causa ningún perjuicio (seguro en caso de muerte), menos la prolongación de la vida del asegurado (seguro en caso de vida).

Desde luego, debe quedar establecido que el Código - por implicación - y no por declaración directa y expresa- se afilia a esa doctrina, cuando en el art. 1124, al ocuparse de los seguros de salud, hospitalización, gastos médico-quirúrgicos y farmacéuticos, preceptúa que estos tienen carácter indemnizatorio, lo que, a contrario sensu, deja inferir que no se reconoce ese carácter a los seguros de vida.

Vivante, al señalar las diferencias entre el seguro de vida y el de daños, sostiene que aquel no es como este, un contrato de indemnización. Entre otros postulan la misma tesis, Dupuich, Deslandres, Planiol, Ripert y Lepargneur, Supino, Vidari, Halperin, Lafaille, Malagarriga.

Fernández, declara que el seguro de vida no es un contrato de indemnización, sino de previsión y que se celebra en beneficio de un tercero (cuando es para caso de muerte).

Messineo, distingue el seguro sobre la vida como diverso del seguro contra daños y señala que la diferencia sustancial entre ambos, radica en que mientras el de daños es un contrato de indemnización, el de vida, tanto por el contenido de la obligación del asegurador como por el interés del asegurado, que no reposan, al menos en vía directa, en la eliminación de las consecuencias patrimoniales de un siniestro, ni supone el presupuesto de que exista un daño a resarcir, es considerado en sustancia- por la mayoría dice- como un contrato de capitalización y, por consiguiente, de previsión, del cual escapa la finalidad de indemnización, que es propio del seguro de daños. Planiol, también sostiene la teoría de la capitalización, colectiva y aleatoria.

La repulsa a considerar el seguro sobre la vida como uno de carácter indemnizatorio, fue expresada por Portalis, en las discusiones preliminares del c. com. francés de 1807 (cit. de Malagarriga), con el alegato de que el hombre no puede tener precio y que su vida no es susceptible de comercio, como su muerte no puede serlo de especulación.

Sostienen el carácter indemnizatorio del seguro de vida, entre otros Couder, Obarrio, Monard (cits. de Malagarriga). El primero subraya que si no fuera tal, el contrato sería una convención sin valor jurídico. El segundo observa que el criterio indemnizatorio se funda en el calculo aproximativo del capital que representa la vida que le sirve de objeto del punto de vista del interés que exista en su conservación.

Para Monard, al aniquilar la muerte, la inteligencia y las facultades del hombre, destruye un valor, valor que produce intereses que aprovechan a tal o cual persona, a quien el seguro de vida tiene que suministrar el equivalente de ese capital destruido por la muerte, del mismo modo que el seguro contra incendio, v. gr., tiende a reemplazar en un patrimonio, por una suma de dinero, un capital destruido por el fuego.

Rodríguez, por su parte, sustenta el carácter indemnizatorio del seguro de vida, partiendo de la premisa de que el seguro que se estudia no considera la vida en su aspecto sentimental ni social, sino en un sentido patrimonial, en cuanto la vida en el hombre es condición indispensable para que pueda producir y crear valores económicos, porque sólo un hombre vivo y sano es un factor de producción para su propio mantenimiento y el de sus familiares y para cumplir las obligaciones que hubiera contraído. Luego - añade el citado autor- la falta o el defecto de vida, esto es, la muerte o la falta de salud ampliamente considerada, en cuanto inaptitud para el trabajo, por razón de la vejez, de accidentes o enfermedades, supone que el patrimonio del asegurado corre el riesgo de perder los ingresos esperados y aún de disminuir su propia sustancia, lo que implica pérdidas para su familia, sus acreedores y para todos los que tengan expectativas o derechos sobre su patrimonio, todo lo cual pone de manifiesto que el seguro de personas es un seguro de indemnización, del lucro cesante y del provecho esperado, porque la muerte implica la imposibilidad de realizar aquellas ganancias que si hubiese continuado la vida, se hubieren podido obtener: hay un daño, por consiguiente, en la no-ganancia, que resulta del siniestro o la muerte que repercute en el patrimonio del asegurado (Ascarelli, Rodríguez).

No parece una teoría desprovista de fundamento, si se tiene en cuenta algunas otras consideraciones.

Desde luego, una esta proporcionada por los propios negadores del carácter indemnizatorio de este seguro: Messineo, al negar tal carácter, admite - como se ha visto ya, supra- que el interés del asegurado no reside, al menos en la vía directa, en la indemnización de las consecuencias patrimoniales de un siniestro, lo que importa aceptar esas consecuencias patrimoniales en la vía indirecta, para reconocer luego, prácticamente como consecuencia en la vía directa, y en el mismo análisis, que el seguro sobre la vida permite al asegurado eliminar en cierta medida los desfavorables efectos económicos que son una consecuencia de su muerte haciéndolos recaer sobre el asegurador, lo que no parece tener otro viso que el indemnizatorio.

En el ámbito del ordenamiento positivo nacional, según el c.s.s., que legisla el seguro social obligatorio (v. gr. los arts 77, 79 y 270), la indemnización por viudedad, implica sin duda reconocimiento del carácter indemnizatorio a las prestaciones que se pagan por la muerte de un asegurado. En el derecho punitivo, la responsabilidad civil emergente de un delito, comprende la indemnización que debe pagarse a la familia de la víctima (c.p. art. 91, caso 3) y la jurisprudencia se ocupa de la indemnización debida por el homicidio a la viuda e hijos de la persona muerta todo lo cual parece confirmar el concepto de Ascarelli y Rodríguez, enunciado supra.

En los seguros para caso de vida, la situación no cambia en esencia. El riesgo es la pérdida de la capacidad productiva: la vejez en cuanto es privación de energía de trabajo, que es el daño temido, pagándose el riesgo al cumplirse cierta edad. El interés, en este seguro, consiste, entonces, en prevenir las consecuencias patrimoniales negativas de la pérdida de capacidad productiva que supone la vejez.

En los seguros de accidentes y de enfermedad, es evidente el carácter indemnizatorio de los gastos realizados y del lucro cesante (Rodríguez) representado por el trabajo que dejó de realizarse (art. 1124).

Definido por el art. en examen, que el seguro de que trata este Capítulo abarca dos grupos básicos de riesgos: los que afectan a la persona del asegurado en su existencia, por un lado y, por el otro, los que conciernen a su integridad personal salud o vigor vital, es decir, los seguros de vida propiamente dichos y los de accidentes y enfermedad, cabe concretar sus nociones.

Fernández, propone esta definición del seguro de vida: contrato en cuya virtud el asegurador se obliga, contra pago de una prima o cotización por el asegurado, a abonar a este o a un tercero beneficiario, una suma de dinero o una renta, en una fecha convenida si determinada persona -

que puede ser el mismo contratante o un tercero- vive aún (seguro en caso de vida) o al ocurrir su fallecimiento (seguro en caso de muerte).

Sobre los seguros de enfermedad y accidentes, v. la anot. a los arts. 1124 y 1149, respectivamente.

En los seguros de vida, según Vivante, asegurad o es aquel sobre cuya vida se calcula el riesgo; asegurador la entidad del ramo que asume la obligación de pagar el seguro; estipulante, quien se obliga a pagar la prima y es a menudo el asegurado; beneficiario, el que ha de cobrar el capital asegurado.

Fernández, sobre este punto, observa que quien contrata con el asegurador es el asegurado; en el contrato sobre la vida de un tercero (art. 1122), recibe el nombre de estipulante, aunque algunas legislaciones y algunos autores le llaman también asegurado, lo que no deja de ser correcto porque quien asegura su interés es quien celebra el contrato. Lo que no corresponde en rigor, agrega este autor, es llamar asegurado al tercero sobre cuya vida toma un seguro el estipulante, a su favor o al de un beneficiario; sin embargo, es corriente que se lo llame así (art. 1122).

En el seguro sobre la vida propia, que es la forma más corriente, las partes son el asegurador y el asegurado; la suma asegurada puede corresponder a un tercero, el beneficiario (art. 987). En el seguro sobre la vida de un tercero (art. 1122), figuran cuatro personas: el estipulante y el asegurador (o sea, las partes, según el art. 987), el beneficiario y la persona cuya vida se asegura.

La clasificación general, uniformemente admitida en la doctrina, distingue, en primer término los seguros para caso de vida y los seguros para caso de muerte (varias veces mencionados ya anteriormente), según que el riesgo sea la muerte o la vida más allá de cierto límite del asegurado. Las legislaciones suelen distinguir la clasificación expresamente (v. gr. la ley mexicana de seguros, arts. 157, 190 y 191, cit. de Rodríguez). El Código las alude por implicación en el art. 1123, i.f., al determinar que ocurrido el siniestro o el acontecimiento previsto en el contrato, el asegurador debe pagar la suma estipulada o las rentas convenidas.

Según la clasificación de los diversos planes de seguros de Maclean (cit. de Rodríguez), se distingue: 1) seguros comunes de vida; 2) seguros de renta, y 3) seguros especiales o combinados.

1) Los seguros comunes de vida, cuyas cláusulas y condiciones se reputan usuales, comprenden los subgrupos siguientes:

a) Seguros de vida entera: el seguro rige hasta que ocurre el fallecimiento, sin limitación alguna en el tiempo.

b) Seguro ordinario de vida en el que se pagan las primas mientras el asegurado vive y su muerte pone fin a esa obligación y hace nacer el derecho al cobro de la indemnización.

c) Seguro de pagos limitados, en el que el seguro rige hasta que ocurra el fallecimiento, pero se pagan las primas durante un tiempo limitado que se ha pactado, v. gr. hasta que el asegurado cumpla determinada edad (60 años, por ejemplo) o durante determinado número de años (durante 15 años a partir del contrato, por ejemplo).

d) Con prima única, en el que se paga íntegramente y de antemano la prima, que da derecho a la indemnización si ocurre la muerte o si se cumple cierta edad.

e) De vida mancomunado, (llamado también sobre dos o más cabezas), en el que se pacta el pago de la suma asegurada al morir la primera de dos o más personas aseguradas. Algunas legislaciones le llaman póliza en conjunto; según el Código es el seguro recíproco (art. 1148). Tiene su variante, según Maclean, en la llamada póliza del último sobreviviente, cuando se pacta el pago (para un beneficiario que no es ninguno de los asegurados) a la muerte del último de los asegurados. Por lo regular, suelen contratar este seguro los esposos. También los miembros de sociedades comerciales, por una suma equivalente al capital aportado para que al fallecimiento de uno de los socios, los herederos de este reciban la suma asegurada por intermedio de la sociedad como devolución del capital y los socios sobrevivientes continúan con la sociedad repartiéndose el capital del fallecido (Fernández).

f) Seguros dotales (de los que se ha dado ya una noción en la anot. al art. 1010). En ellos, el asegurador paga la suma asegurada si la muerte del asegurado ocurre durante cierto período, llamado dotal, o, si no muere, al cumplirse un plazo previamente convenido. Rodríguez, da este ejemplo: seguro dotal a 15 años por 100.000 \$b.; debe pagarse la prima convenida durante esos 15 años- si el asegurado muere antes de que pase ese tiempo, se paga la suma asegurada (al beneficiario); si no muere, ella se paga al asegurado al cumplirse los 15 años. Es una combinación del seguro temporal (infra, letra g) para caso de muerte y del seguro para caso de vida. Tiene, según las practicas de cada régimen de seguros, diversas variantes: dotal mancomunado a los mismo plazos, dotal doble o con renta familiar, dotal educacional, dotal con dividendos o sin ellos.

g) Seguros temporales, en los que se paga la indemnización si la muerte del asegurado ocurre dentro de cierto tiempo, v. gr. uno, dos o tres años, o hasta cierta edad. No ha de confundirse con el de pagos limitados (letra c), supra). Admiten diversas combinaciones, con el temporal convertible, el temporal convertible automáticamente, el temporal renovable, según el asegurado tenga opción a pedir su continuación como ordinario de vida, o que esta conversión se deba efectuar según lo pactado como resultado automático del vencimiento del seguro temporal o se haya acordado su renovabilidad por un plazo igual al del contrato original.

2) Los seguros de renta, en sus diversas modalidades, al producirse el riesgo en la vida del asegurado, obligan al asegurador a pagar a aquel, periódicamente, una pensión en los plazos convenidos. Sus variantes son: de renta inmediata, que se paga inmediatamente después de establecido el contrato, y de renta diferida, en el que el pago se hace efectivo después que transcurre cierto plazo. Otras modalidades presentan las llamadas pensiones de reintegro, que dan derecho a los herederos del beneficiario a cobrarlas hasta que el total pagado alcance a la suma asegurada, o en efectivo, que supone el pago en una sola vez de la diferencia entre la cantidad de rentas pagadas y la que se contrató.

Otra de sus distinciones conocidas y difundidas, distingue las rentas vitalicias, que duran tanto como la vida del beneficiario, de las rentas temporales, abonables durante un tiempo determinado en el contrato.

3) Los seguros especiales o combinados, suponen diversidad de planes de seguro que son variantes o combinaciones de los ya explicados. Caben todas las combinaciones posibles. Se señalan, entre otras: los seguros de vida con pago de rentas; los seguros de renta familiar; los de protección familiar, etc.

ARTÍCULO 1.122.- (Consentimiento previo del asegurado). El seguro para el caso de muerte, contratado por un tercero, es nulo si no existe el consentimiento previo del asegurado antes de su celebración.

Igualmente es nulo el contrato de seguro para el caso de muerte de un menor de edad que no haya cumplido los catorce años o de persona sujeta a interdicción, salvo que sea por una suma que no exceda los gastos funerarios.

El asegurador deberá restituir las primas en los casos citados en este artículo.

Conc: c. com. 983- 997- 1121- 1126-

La no-coincidencia entre contratante o estipulante y asegurado (v. la anot. al art. 987), se da en el supuesto de este art. El tercero asegurado, en principio, no es parte en el contrato porque el obligado a pagar las primas es el estipulante. Según se ha visto en la anot. al art. anterior, en este tipo de seguro figuran cuatro personas: estipulante y asegurador (que en rigor de derecho son las partes: art. 987), el beneficiario y la persona cuya vida se asegura. Ahora bien, el tercero asegurado, puede no ser parte, estrictamente hablando, como puede serlo en alguna medida, según el sistema legislativo de que se trate.

La ley belga de seguros (art. 41, cit. de Fernández) y el c. com. argentino (art. 550), v. gr., no requieren el consentimiento del tercero cuya vida se asegura, y es suficiente que el estipulante tenga interés en la vida del tercero, interés que puede ser económico o simplemente moral, de afección o parentesco. Por ejemplo, en el primer caso, cuando la mujer se asegura sobre la vida del marido, para proveer al sustento propio muerto este, o en el supuesto del seguro privado tomado por el empleador en favor de sus trabajadores independientemente del seguro social obligatorio (art. 1126); en el segundo A caso, el padre que asegura al hijo, designando beneficiarios a los hijos de este, sus nietos. En este tipo de seguro, en que no se requiere el consentimiento del asegurado, prácticamente este no es parte en el contrato en modo alguno.

En el sistema del Código, establecido en este art., que es el que rige en la generalidad de las legislaciones (v. gr. la ley francesa de seguros de 1930, art. 57, cit. de Planiol, Ripert y Lepargneur; el c.c. italiano, art. 1919; la ley mexicana de seguros de 1935, cit. de Rodríguez), se exige el consentimiento del tercero asegurado, lo que en alguna medida le hace parte del, contrato, porque alguna trascendencia ha de tener la exigencia de que su consentimiento es necesario para la formación del contrato y la validez del seguro. Variantes de este sistema, exigen además del referido consentimiento del asegurado, que el estipulante tenga un interés (Couder, Wahl y otros) y que, ese interés sea personal y referido a la duración de la vida del tercero (Grun y Joliat, citas de Fernández).

Un tercer sistema doctrinal, sustenta la no pertinencia de limitación ninguna, ni consentimiento del asegurado, ni que el estipulante tenga el referido interés (Herbault, cit. ibidem). La, objeción de que semejante sistema fomentaría la práctica del asesinato, es considerada infundada, porque si tal temor fuera serio, sería necesario- se dice- abolir enteramente el derecho sucesorio y la facultad de testar, que no hacen otra cosa que crear esperanzas de ganancias enormes fundadas en la muerte ajena (Troplong: Contratos aleatorios, cit. ibidem). La doctrina moderna, no descarta la posibilidad de la producción delictiva del riesgo en estos seguros, pero

(Rodríguez), habida cuenta que esa posibilidad existe en otros seguros, no se estima que el problema de la licitud de esa forma de seguro presente matices especiales.

En algunas legislaciones (v. gr. la mexicana, cit. de Rodríguez), la intervención del asegurado en el contrato, no se limita al consentimiento que deba prestar antes de la celebración del contrato, consentimiento que además debe constar por escrito, con señalamiento de la suma asegurada, sino que también se exige el consentimiento escrito del asegurado, en su caso, para designar el beneficiario para la cesión o la constitución en prenda sobre la póliza del seguro o la transmisión del beneficio, derivada del mismo. Así el tercero asegurado aparece con una doble intervención en la realización del contrato.

El art. no habla del interés en el estipulante. Ha de inferirse que no lo exige. Si se admite una interpretación contraria, puede considerarse, ante el silencio del art., comprendida esa exigencia en las normas generales contenidas en los arts. 980 y 988, en cuanto se ocupan del interés asegurable en todo estipulante de seguros.

La prohibición de seguros en caso de muerte sobre la vida de personas menores (de 12 años en las leyes francesa y mexicana) salvo por un importe que no exceda los gastos funerarios, es otra limitación (como el consentimiento del asegurado) para la constitución de un seguro para el caso de muerte de un tercero. El art. prevé la devolución de las primas, en los casos en que se constituyan seguros prohibidos en este art. (sin consentimiento del asegurado o para menores o incapaces). Su similar mexicano, también establece esa devolución, menos los gastos en que ha incurrido el asegurador cuando este procede de buena fe. La ley francesa establece multas para los contratantes, lo que parece más ajustado a derecho, si se considera que el asegurador, sobre todo, no puede alegar que ignora, la prohibición legal y al infringirla muestra evidente comportamiento ilícito voluntario.

ARTÍCULO 1.123.- (Suma asegurada). En el seguro de personas, la prestación a cargo del asegurador tendrá como límite el libremente determinado por las partes contratantes.

Ocurrido el siniestro o el acontecimiento previsto en el contrato, el asegurador debe pagar la suma estipulada o rentas convenidas.

Conc: c. com. 1049 - 1058 -

Adecuado en lo pertinente a la disposición del art., ha de tenerse en cuenta lo dicho sobre el límite de la responsabilidad del asegurador en las anots. a los arts. 1050 y 1058.

ARTÍCULO 1.124.- (Seguros de salud, hospitalización y otros). A diferencia del seguro de vida, los seguros de salud, hospitalización, gastos médico - quirúrgicos y farmacéuticos tienen carácter indemnizatorio, salvo pacto en contrario.

Conc: c. com. 1048 -

Además de la vida, son objeto de seguro las enfermedades que (como los accidentes: art. 1149), atentan o afectan a la integridad física o a la salud o vigor vital de la persona. A diferencia de las formas similares de seguro social, las previstas en este art. son medidas de previsión, a que acude voluntariamente el propio interesado, mediante contratos de seguro privado que le imponen la obligación de pagar primas por su cuenta (Messineo). Se subraya la diferencia, porque el seguro social es obligatorio e impone el pago de aportaciones (llamadas prima, cotización, tasa o contribución: c.s.s. art. 13, f) por parte del empleador y, en alguna medida para ciertos conceptos, de los propios trabajadores. Los seguros sociales, exceptuados expresamente del régimen del Código (art. 979, in fine) son materia de derecho público y conforman el conjunto de institutos de la legislación social.

En los seguros de enfermedades (como en los de accidentes: art. 1149), es evidente el carácter indemnizatorio de los gastos efectuados, que pueden comprender aún el lucro cesante por los perjuicios derivados del trabajo no realizado. El interés se configura en la necesidad de no sufrir el daño o la enfermedad, en cuanto representa privación o disminución de la posibilidad de trabajo. En la práctica, es posible y se emplea una valoración abstracta del daño, pero dándole un límite convencional, por lo cual, dice Rodríguez, se trata de una valoración abstracta, media, limitada. Sobre el carácter indemnizatorio de este seguro, v., además, las anots. a los arts. 1048 y 1121, en lo pertinente.

El pacto en contrario a que se refiere el art. i.f., referido sin duda alguna al carácter indemnizatorio de este seguro, ha de interpretarse en sentido de que se puede constituir el seguro en forma de renta o pensión, para algunos casos de enfermedades que produzcan una extinción o disminución de la capacidad productiva o de trabajo del asegurado.

ARTÍCULO 1.125.- (Derechos no subrogables). En el seguro de personas el asegurador no puede, en ningún caso, subrogarse los derechos que tenga el asegurado o beneficiario contra terceros causantes del siniestro.

Conc: c. com. 1060 -

Es una excepción a la regla general del art. 1060.

ARTÍCULO 1.126.- (Beneficios independientes). Cuando los empleadores, independientemente del seguro social obligatorio, aseguren a sus empleados u obreros mediante póliza de seguro, éstos o sus causahabientes adquieren derecho propio en los beneficios del seguro.

Los seguros tomados por los empleadores para el caso de muerte o incapacidad de sus trabajadores no requieren del consentimiento señalado en el artículo 1.122.

Conc: c. com. 979- 1122-

Véase las anots. a los arts. 1122 y 1124.

ARTÍCULO 1.127.- (Designaciones y revocaciones de beneficiarios). Son derechos personales e intransferibles del asegurado los de nombrar y revocar la designación de beneficiario o beneficiarios y fijar las sumas o proporciones en favor de éstos. El asegurador mantendrá reserva sobre estas designaciones y sólo puede revelarlas a la muerte del asegurado o por orden del juez competente.

El derecho del asegurado de revocar la designación del beneficiario cesa cuando haga renuncia del mismo. La renuncia se hará constar por escrito y será notificada al asegurador y beneficiario.

El asegurado no puede revocar la designación del beneficiario a título oneroso, mientras subsista la causa que dio origen a dicha designación, a menos que el beneficiario consienta, expresamente en la revocación.

Conc: c. com. 987, 2)- 989- 1128- 1131- 1132- 1133-1134- 1153-

Beneficiario es la persona a quien se abona el dinero o se prestan los servicios que constituyen el contenido de la obligación del asegurador (Rodríguez). Cuando no es el propio asegurado que contrata el seguro y paga las primas, el que recibirá llegado el caso la prestación que crea la producción del riesgo y se pacta expresamente que la percepción del total o de las rentas que constituyen la suma asegurada (art. 1123) corresponderá a determinada o determinadas personas, o cuando, sin pacto expreso, la prestación debe beneficiar a persona distinta del asegurado, en los casos de seguro de muerte, aparece la figura del beneficiario (art. 987, 2).

No es preciso que el beneficiario manifieste su aceptación antes del fallecimiento de la persona asegurada para caso de muerte o del vencimiento del término fijado en el caso de seguro de vida, siendo suficiente la aceptación tácita que tiene lugar cuando se presenta a reclamar del asegurador el pago (Planiol, Ripert y Lepargneur, Dalloz, Wahl, Fernández). Algunos autores entienden que esa aceptación puede hacerse con posterioridad a la muerte de la persona asegurada (Vivante, Malagarriga).

El derecho del beneficiario, en general, es de carácter precario y revocable en forma absolutamente potestativa por el estipulante (art. 1129), salvo las excepciones relativas al beneficiario a título oneroso, dentro de los límites señalados por la tercera fracción de este art. y por los arts. 1129 y 1130. En el caso del beneficiario a título gratuito, el beneficiario, frente al asegurado y al asegurador, mientras el riesgo no se produce, solo puede ser considerado como titular de un derecho expectatio. La renuncia a la facultad de revocación, hace irrevocable la designación y la situación jurídica del beneficiario deja de tener ese carácter expectatio y se convierte en autentica titularidad sobre un derecho, de modo que, dice Rodríguez, el derecho al seguro no puede ser embargado ni queda sujeto a ejecución en provecho de los acreedores del asegurado, en caso de concurso o quiebra de este.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso único del art. 1128.

ARTÍCULO 1.128.- (Beneficiario a título gratuito). Beneficiario a título gratuito es aquel cuya designación tiene por causa la simple voluntad y liberalidad del asegurado. El beneficiario lo es a título oneroso cuando su designación tenga por causa una obligación contractual del asegurado en favor de aquél. A falta de estipulación se presume que el beneficiario ha sido designado a título gratuito.

Conc: c. com. 1127- 1130- 1133 -

La definición del beneficiario a título gratuito no precisa aclaración ninguna. El designado a título oneroso, en general, supone el caso en que la designación de beneficiario por el estipulante se hace a mérito de relaciones de derecho existentes entre ambos o en cumplimiento de una obligación específica contraída por el segundo (Fernández), por ejemplo, con el objeto de garantizar a un acreedor el pago de su crédito para el caso de fallecimiento o bien para caucionar obligaciones que ha de contraer. Las consecuencias de una estipulación con beneficiario a título oneroso, están señaladas en el art. anterior in fine para el supuesto de la revocabilidad de la

designación en los arts. siguientes (1129 y 1130) sobre el carácter y el alcance del derecho del beneficiario oneroso.

La presunción in fine del art., que es de iuris et de iure, importa que la constitución de beneficiario a título oneroso debe constar expresamente en el contrato, esto es, en la póliza. Si en esta no aparece tal constancia, la designación se reputa a título gratuito.

La estipulación expresa de beneficiario a título oneroso, para que este adquiriera un derecho irrevocable, en forma absoluta (art. 1129) o hasta el cumplimiento por el estipulante de determinada obligación (art. 1127, 3ª fracción), según observa Fernández, requiere: a) cuando interviene en el contrato, que entonces se celebra entre asegurador, estipulante o asegurado y beneficiario, se haya convenido así, de tal manera que si el estipulante se ha reservado la facultad de cambiar la designación de beneficiario a su arbitrio, la intervención de este da fuerza inatacable a tal cláusula, porque importa el consentimiento expreso a que se refiere el art. 1127, in fine; b) cuando la designación se hace posteriormente por los motivos preindicados para determinar la onerosidad de la designación, el beneficiario debe aceptar en forma expresa la modificación del contrato, modificación que por lo regular, supone cambio de póliza.

JURISPRUDENCIA

"El contrato en cuestión o póliza de vida no es un bien sucesible sino más bien netamente personal y dependiente de la voluntad de la persona aseguradora (quiere decir de la persona que toma el seguro) que puede designar a los beneficiarios, pues tiene la facultad de poder sustituir a estos, durante la vigencia del seguro" (G.J. inédita, A.S. de 10 de Febrero de 1969, cit. de Sandoval Saavedra).

ARTÍCULO 1.129.- (Derechos del beneficiario). El beneficiario a título gratuito, durante la vida del asegurado, no tiene derecho propio sobre los beneficios del seguro; en cambio, tiene este derecho el beneficiario a título oneroso, pero no podrá ejercerlo sin el consentimiento del asegurado.

A la muerte del asegurado nace o se consolida, según el caso, el derecho del beneficiario contra el asegurado.

Conc: c. com. 989-

El derecho del beneficiario deriva directamente del contrato de seguro. El estipulante puede disponer diversamente del contrato: puede ceder el crédito del capital asegurado y el de los beneficios; puede dar en prenda la póliza, revocar la designación, sustituir al beneficiario, sin que este pueda impedir al estipulante el ejercicio de estos derechos interviniendo en el contrato, salvo la intervención autorizada al designado a título oneroso, dentro de los límites señalados en las anotaciones anteriores y el que indica este art.: el consentimiento del asegurado.

En rigor, el beneficiario adquiere la propiedad de la suma convenida cuando ocurre el evento previsto en el contrato, aunque se señale la sutil diferencia de que el derecho nace para el beneficiario gratuito y se consolida para el oneroso, y nacido recién o consolidado el derecho, es desde ese momento que el beneficiario puede reclamar la prestación al asegurador, quien esta obligado también a pagarla desde ese momento.

ARTÍCULO 1.130.- (Derechos del acreedor). En el seguro sobre la vida del deudor, el beneficiario a título oneroso nominado en el contrato sólo tiene derecho al monto insoluto de la deuda, quedando cualquier remanente en favor de los demás beneficiarios.

Conc: c. com. 1128 -

Comprendido en la anot. al art. 1 128. El saldo corresponde a los otros beneficiarios, si son varios los designados y, en su defecto, a los herederos (art. 1131).

ARTÍCULO 1.131.- (Falta de beneficiarios). A falta de beneficiario nominado o determinable, tienen derecho a los beneficios del seguro los herederos del asegurado. Asimismo tienen igual derecho si el asegurado y beneficiario mueren simultáneamente o se ignora cuál de los dos ha muerto primero.

Conc: c.c. 2- 1216- c. com. 1127- 1132- 1134-

La designación del beneficiario es válida aún cuando no se indique su nombre, bastando que la individuación sea posible o determinable en forma precisa. La designación es determinable, así ella sea genérica, v. gr. a favor de los propios herederos, trátase de sucesión legal (intestada) o testamentaria. La designación puede hacerse en el mismo contrato de seguro, o en acto posterior, por ejemplo, en el propio testamento.

Si el beneficiario no ha sido expresamente determinado o no es posible determinarle, por deficiencias de los datos de individuación, el seguro se considera constituido en beneficio del asegurado o de sus herederos legales o testamentarios.

El fallecimiento del beneficiario (cuando es único, o de todos si son varios), ocurrido antes o simultáneamente con la muerte del estipulante o asegurado, ignorándose cual falleció primero, desplaza el beneficio del seguro a los herederos de este, porque de acuerdo a este art. el derecho del beneficiario, para nacer o consolidarse según la distinción del art. 1129 (v. la anot. respectiva) esta sujeto a la condición de que aquel sobreviva al evento objeto del seguro. Es un principio análogo al que informa el art. 1216 del c.c., que declara caduca la disposición testamentaria si el beneficiario de ella no sobrevive al testador. La presunción de la simultaneidad de la muerte en los casos en que no se pueda determinar la premoriencia, se ajusta a la regla general del art. 2 del c.c.

Puede ocurrir que se haya hecho una designación en orden sucesivo y de substitución automática, para el supuesto de que el designado en término anterior no reciba el beneficio por muerte, renuncia, etc. En tal caso, prácticamente, se procede como en las sustituciones testamentarias (c.c. art. 1168): la suma asegurada corresponderá al que siga en el orden establecido.

Si el beneficiario fallece después de ocurrido el evento, es decir, cuando por dicha circunstancia ha pasado ya, antes de morir, a ser acreedor de la suma asegurada, su derecho se transmite a sus herederos, sea beneficiario único o designado con otros en forma conjunta o sucesiva. Este principio, análogo al del art. 1216, II) del c.c. para la sucesión testamentaria, esta formulado en el art. siguiente (1132) deficientemente, porque no precisa la circunstancia del fallecimiento del beneficiario posterior a la ocurrencia del evento asegurado, lo que le hace aparentemente contradictorio con este art., sobre ese aspecto.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso único del art. 1 128.

ARTÍCULO 1.132.- (Beneficiario fallecido). Al fallecimiento de alguno de los beneficiarios su cuota parte corresponderá a los herederos de éste, salvo lo dispuesto en el artículo 1.127.

Conc: c. com. 1 127 - 1131

Comprendido en la anot. al art. anterior. La salvedad referida al art. 1127, no parece tener relación explicable con la disposición en examen. Puede tratarse de un error de compaginación.

ARTÍCULO 1.133.- (Omisión de porcentajes o montos). Si el asegurado designa varios beneficiarios sin asignarles porcentajes o montos, la suma asegurada se distribuirá entre todos ellos por partes iguales, salvo los derechos del beneficiario a título oneroso.

Conc: c.c. 159, l) - c. com. 1127- 1128-

Según el art. 1 127, el estipulante, a tiempo de designar beneficiarios, fija las sumas o proporciones en favor de cada uno de estos. Si no aparece hecha esa determinación de proporciones, se aplica el art., que se conforma a la regla general del art. 159 del c.c. Puede presumirse que la referencia al art. 1 127 contenida en el art. anterior, corresponde al que aquí se anota, porque hay relación entre ambas disposiciones en razón de la materia.

ARTÍCULO 1.134.- (Sucesión y seguro). En el seguro de vida o accidentes los beneficiarios, a la muerte del asegurado, tienen un derecho propio sobre los beneficios asignados y no podrán ser gravados por obligaciones del asegurado ni formar parte del acervo sucesorio.

Conc: c. com. 1127- 1131 -

La ley considera al capital asegurado con una entidad aseguradora, dice Vivante, como un capital que se va formando, afuera del patrimonio del asegurado. El beneficiario, como quiera que este designado en la póliza o en el testamento, genérica o individualmente, única, conjunta o sucesivamente, como pariente, como extraño o como heredero, esta colocado por la ley fuera del monto hereditario y libre de los gravámenes que le acompañan. Si el asegurador quiebra o deja una sucesión cargada de deudas, sus acreedores no pueden pretender la suma asegurada (v. la anot. al art. 1127, in fine).

La solución de la ley en esta parte es la que corresponde a la naturaleza jurídica de la designación de beneficiario y a la finalidad que se persigue con el seguro (Planiol, Ripert y Lepargneur, Dalloz, Fernández) y la jurisprudencia comparada es unánime en el sentido de que el producto del seguro es de la exclusiva propiedad del beneficiario, que no puede ser incluido en el acervo hereditario del asegurado, cuyos acreedores o los de su sucesión carecen de todo derecho sobre el mismo.

JURISPRUDENCIA

1.- "Los beneficios del seguro no forman parte del patrimonio del asegurado, porque el derecho del beneficiario en un seguro de vida es un derecho propio y personal de este, que no se adquiere

por sucesión mortis causa y que, por lo tanto no forma parte del caudal hereditario del asegurado" (Lab. Jud. 1973, p. 103).

2.- "El derecho del beneficiario es directo y no derivativo como típico derecho de terceros, por lo que ni los herederos forzosos ni los acreedores (del asegurado) pueden intentar pretensiones sobre los beneficios del seguro" (Lab. Jud. 1973, p. 103).

3.- "Sobre los beneficios del seguro no se adquieren derechos por ministerio de la ley, como ocurre (v. gr.) con los bienes gananciales o patrimoniales, sino por voluntad del tomador del seguro, y la facultad de este para nominar a sus beneficiarios con derecho sobre el producto del seguro, es indiscutible aunque tales beneficiarios sean extraños, esto es, no sean sus herederos" (Lab. Jud. 1973, p. 104).

ARTÍCULO 1.135.- (Cambio de beneficiario). Todo cambio de beneficiario debe ser oportunamente notificado al asegurador, sin cuyo requisito éste no queda obligado frente a los nuevos beneficiarios, subsistiendo los que figuren en el contrato o documento anexos.

Conc: c. com. 987, 2) - 1127-

Dada la naturaleza del acto en el caso del seguro sobre la propia vida, si bien el comprendido en este art., no es un acto de última voluntad, como los que contempla el art. 1115 del c.c., concurren razones análogas para hacer extensivo al mismo el principio de derecho sucesorio indicado, según opina Fernández, al considerar la posibilidad de que ese cambio pueda ser hecho mediante mandatario. Y el cambio de beneficiario, en consecuencia, solo puede ser hecho por el estipulante, porque es un acto personalísimo de este.

Su comunicación al asegurador, es de necesidad obvia y las consecuencias que señala el art., cuando ella es omitida, son lógicas.

ARTÍCULO 1.136.- (Pérdida del derecho del beneficiario). El beneficiario que ocasiona voluntariamente la muerte del asegurado como autor o cómplice o atente gravemente contra su vida, pierde todo derecho sobre la suma asegurada, sin perjuicio de la acción penal correspondiente.

Conc: c.p. 338- c. com. 1038, 1) -

Es una consecuencia análoga a la que acarrea la indignidad en materia sucesoria (art. 1009, 1) c.c.), y el hecho esta especialmente sancionado en el c.p. (art. 338) sin perjuicio de la penalidad que corresponda a las características del delito mismo (arts. 251 y 252, c.p.). En el ámbito del ordenamiento del Código, el precepto ha de considerarse, en general, como aplicación de la regla general del art. 1038, 1).

ARTÍCULO 1.137.- (Presunción de muerte). La presunción de muerte del asegurado en las condiciones estipuladas en la póliza, da derecho a reclamar los beneficios del seguro para el caso de muerte.

Conc: c.c. 39 y s.- 47- c. com. 982-

Si la póliza no prevé la presunción de muerte del asegurado, en caso de ser declarada esta por sentencia judicial, según las reglas del derecho común (arts. 39 y s. y 47, c.c.), procede que el beneficiario reclame al asegurador el pago de la suma asegurada, ya que esa declaración inclusive da lugar a la apertura de la sucesión del declarado presuntamente muerto (c.c. art. 1000).

SECCIÓN II **SEGURO DE VIDA**

ARTÍCULO 1.138.- (Impugnación del contrato). El asegurador no puede impugnar el contrato por reticencia o inexactitud de las declaraciones del asegurado, si el contrato de seguro de vida ha estado en vigencia durante dos años, o uno, si así se estipula en la póliza; pasado este tiempo el contrato no puede ser objeto de impugnación, salvo incumplimiento en el pago de las primas.

Conc: c.c. 1514- c. com. 993- 1139-

Todo asegurado o estipulante, está obligado a declarar objetiva y verazmente los hechos y circunstancias que tengan importancia para la determinación del estado de riesgo (art. 992). Es regla aplicable a todos los seguros; como lo es también la del art. 993, que faculta al asegurador impugnar o perseguir la anulabilidad del contrato por razón de las reticencias o inexactitudes en que haya incurrido el asegurado o estipulante en esa declaración.

Según el art., que esta conformado a la salvedad inserida en el art. 993, si el asegurador no ha intentado la impugnación o anulación dentro de los dos años de vigencia del contrato, después de ese plazo esta impedido de pretender la impugnación o la anulabilidad autorizada por dicho

art. 993. En la póliza o contrato, puede reducirse ese plazo a un año, plazo convencional autorizada por la ley, por cuya virtud esa facultad del asegurador caduca a su vencimiento.

Ha de considerarse que esta disposición no deroga para el caso que regula, la regla general del art. 999, según la cual toda declaración inexacta o reticente hecha con dolo o mala fe, es causa de nulidad del contrato. Es decir, el art. se refiere solamente a la impugnabilidad de las inexactitudes o reticencias hechas sin mala fe ni dolo.

Los plazos señalados en este art. son de caducidad (c.c. art. 1514).

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Ocurrido el fallecimiento de la asegurada con posterioridad a la declaratoria de quiebra de la compañía aseguradora, no procede el pago del seguro" (GG.JJ. Nos. 1206, p. 48, y 1209, p. 38).
- 2.- Véase el caso N° 8 del art. 999.

ARTÍCULO 1.139.- (Suicidio). En el seguro de vida el suicidio, como riesgo asegurable, de ocurrir después de dos años de celebrado o rehabilitado el contrato, no libera de sus obligaciones al asegurador. Si ocurre antes el suicidio, el asegurador está obligado únicamente al pago de la reserva matemática calculada conforme a las normas técnicas.

Conc: c. com. 1121 -

En el ámbito doctrinal, la mayoría de los autores sostiene que el suicidio no obliga al asegurador, esto es, le libera de la obligación asumida por virtud del contrato (entre ellos: Baudry - Lacantinerie, Dupuich, Lafaille, Couder, Thaller, Vidari, Vivante, Planiol, cit. de Malagarriga). En el derecho comparado el c. com. argentino (art. 554), en caso de suicidio del asegurado, libera al asegurador de la obligación de pagar la suma asegurada.

También se ha sostenido la opinión extrema contraria. En los Estados Unidos e Inglaterra, rigió siempre la posición intermedia (cit. de Malagarriga), que concilia todos los intereses, porque no libera al asegurador del pago de la suma asegurada si el suicidio se ha producido, por lo menos, después de un año de celebrado el contrato. La solución se funda, se dice, en que un año parece ofrecer una garantía evidente contra el seguro fraudulento, una vez que ha de considerarse difícil que de tener el asegurado al celebrar el contrato la intención de matarse, la pueda mantener durante ese tiempo.

El sistema intermedio indicado, se ha extendido a las nuevas legislaciones. En México (art. 186 de la Ley del contrato de seguro, cit. de Rodríguez), en Italia (art. 1927, c.c.), el plazo es igual al que señala el art. en examen: dos años.

Los autores argentinos, plantean la cuestión relativa al suicidio del tercero cuya vida se ha asegurado (art. 1122). Desde luego, el suicidio del estipulante no interesa al caso, ni tiene relación con la disposición de este art. La tesis de la nulidad del seguro sostiene que el estipulante ha podido elegir como asegurado una persona con tendencias suicidas. La tesis contraria, observa que el suicidio del tercero asegurado, es un hecho ajeno a la voluntad del estipulante y que debe ser tomado como caso fortuito (Obarrio, Segovia, Malagarriga, Fernández). Sin embargo, adviértase que el tercero cuya vida se asegura a tenor del art. 1122, debe prestar su consentimiento (requisito no exigido en la legislación argentina según se ha visto en la anot. al art. 1122), lo que, en el ordenamiento del Código le constituye, en cierto modo, en parte o coparte del contrato (v. dicha anot. al art. 1122) y, por consiguiente, parece viable sostener que le comprende la disposición de este art.

Sobre la reserva matemática, v. la anot. al art. 1142.

ARTÍCULO 1.140.- (Error en la edad del asegurado). Si se comprueba que hubo inexactitud en la declaración de la edad del asegurado, se aplicarán las siguientes normas:

- 1) Si la edad real, al tiempo de la celebración del contrato, estuvo fuera de los límites técnicos usuales de admisión, el asegurador podrá rescindir el contrato devolviendo las sumas recibidas;
- 2) Cuando la edad del asegurado se encuentre dentro de los límites de admisión, se seguirán las siguientes reglas: a) si la edad real es mayor, la obligación del asegurador se reducirá en la proporción necesaria para que su valor guarde relación con la prima pagada y la edad real, y b) cuando la edad real es menor, la suma asegurada se aumentará en la misma proporción al exceso de la prima pagada o, en su caso, el asegurado tendrá derecho a la devolución de la prima en exceso.

Conc: c. com. 993-

El art. esta, como el 1138, comprendido en la salvedad del 993 y por tal virtud no se aplican las reglas de este a los supuestos del precepto en examen que, para el efecto, da sus propias regulaciones, que sin duda parecen inspiradas en las de los arts. 160 y 161 de la Ley del contrato de seguro mexicana.

La devolución de las sumas recibidas, mencionadas en el inc. 1), son las que corresponden a las primas hechas efectivas por el asegurado o el estipulante. Por lo demás, la regulación del art. es clara y no requiere mayores explicaciones.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 8 del art. 999.

ARTÍCULO 1.141.- (Rehabilitación). Cuando el seguro ha caducado o ha quedado reducido en su valor por falta de pago de primas, el asegurado puede, en cualquier momento, rehabilitar el contrato o reconvertirlo al valor original, con el pago de las primas atrasadas y los intereses devengados, con o sin previo examen médico, conforme estipule el contrato.

Conc: c. com. 1019 -

En la práctica del seguro, las entidades aseguradoras se reservan el derecho, producida la caducidad del seguro por falta de pago de las primas convenidas, de rehabilitarlo o no a pedido del asegurado previo pago de las primas atrasadas, más los intereses y luego de un nuevo reconocimiento médico.

Recuérdese que según el art. 1019, no está permitido exigir el pago forzoso de las primas en los seguros de vida. La mora del asegurado corre desde el momento en que debiendo pagar la prima no lo hace y la caducidad del seguro, que hace cesar los efectos del contrato, se produce si cumplidos los treinta días de gracia que señala el citado art. 1019, el asegurado no salda las primas debidas. Para este supuesto de caducidad, el precepto en examen faculta al asegurado o al constituyente en el supuesto del art. 1122, rehabilitar o reconvertir al valor original el seguro caducado, cumpliendo las condiciones que señala el precepto, cuando no hay otras estipulaciones en el contrato, pero que solo pueden referirse a las condiciones de rehabilitación o reconversión (v. gr. necesidad o no necesidad de un nuevo examen médico) y en ningún caso pueden negar la rehabilitación o la reconversión, que son derechos asegurados por ministerio de la ley. La reconversión al valor original supone que el contrato ya fue anteriormente convertido en la forma prevista por el inc. 1) del art. siguiente (1142).

ARTÍCULO 1.142.- (Valores garantizados). A partir del tercer año de vigencia del contrato, o antes si así estipula, el asegurado tiene opción a los siguientes valores garantizados que de acuerdo

a los planes técnicos aprobados por la autoridad fiscalizadora correspondiente, debe estar insertos en la póliza:

- 1) La conversión del seguro por otro saldado por una suma reducida;
- 2) La prolongación de vigencia por un tiempo determinado;
- 3) La terminación del contrato con el pago inmediato del valor de rescate, y
- 4) El préstamo sobre la póliza. Los valores anteriores se calcularán según la reserva matemática correspondiente, de acuerdo con normas técnicas.

Conc: c. com. 1143- 1144- 1147- Lea. 27, f) y g)- 28-

La vigencia del contrato presupone que el asegurado o el constituyente, según los casos, ha pagado normalmente las primas durante el lapso que señala el art. Lo contrario importaría la caducidad del contrato.

Transcurrido ese plazo (3 años o menos si así se ha pactado en la póliza), lo que importa que se ha pagado el número de primas necesario para tener ya el valor garantizado que legisla el art., el asegurado puede acogerse a alguna de las alternativas que enumera el mismo, que deben estar necesariamente inseridas en la póliza, cuyos modelos, juntamente con los planes de seguros y modelos de contratos, bases técnicas, anexos y formularios impresos deben estar aprobados por la Superintendencia nacional de seguros y reaseguros (Lea. arts. 27, f) y g) y 28).

El inc. 1) , instituye la alternativa de la conversión, conocida también como seguro reducido y seguro saldado. Consiste en que el seguro continua sin que el asegurado abone prima alguna con posterioridad, pero reducido en proporción al número de primas pagadas, agregando, si así lo desea el asegurado, los dividendos o beneficios no percibidos, aunque sin ciertos privilegios: valor de rescate, obtención de préstamo doble indemnización en caso de accidente, indemnización en caso de invalidez; todo según las regulaciones de las pólizas aprobadas por el órgano administrativo competente. La ley solo establece el derecho a la conversión; sus alcances, modalidades, etc., se establecen en la póliza que es el contrato. Cubiertas las tres anualidades consecutivas en el pago de las primas, si el servicio de estas es interrumpido por el asegurado (o el constituyente en el caso del art. 1122), sin que haya manifestado opción alguna a tenor del art. en examen, la conversión o reducción del seguro, se opera de pleno derecho, automáticamente, de acuerdo con las normas técnicas establecidas para el caso, que deben constar en la póliza. Por lo regular, las pólizas contienen un cuadro de las sumas a que queda reducido el seguro saldado o convertido, en cada año de vigencia del contrato. La salvedad de pacto en contrario, faculta a las partes del contrato a estipular en cada caso, modalidades

adecuadas a la situación de cada asegurado. La reconversión, de que trata el art. anterior, supone, en consecuencia, que un seguro reducido, puede ser, con el pago de las primas atrasadas, repuesto a su valor originalmente pactado.

El inc. 2) trata de lo que también se llama seguro prorrogado o de préstamo automático de primas. Consiste en que existiendo ya un valor garantizado, el asegurador hace al asegurado anticipos, hasta el importe del préstamo a que tendría derecho (según el inc. 4), para aplicarlos al pago de las primas vencidas y no satisfechas, lo que impide que el seguro caduque y que, por ese medio, se vaya prorrogando (o prolongando según la terminología legal) en la medida en que el pago de las primas puede ser satisfecho por el propio asegurador a cuenta del préstamo a que el asegurado tiene derecho. El sistema, deja de funcionar cuando la cantidad anticipada en concepto de primas, iguala a la que en concepto de préstamo podría obtener el asegurado del asegurador. Es el mecanismo explicado por el art. 1144, que deja su realización a la estipulación contractual, mientras la disposición que se examina lo reconoce como opción legal.

El inc. 3) se refiere a la opción de rescate, que pone fin al seguro, contra entrega que hace el asegurador al asegurado de la suma proporcional a la cantidad de primas pagadas que se establece en forma precisa, anualmente, según la tabla que contiene la póliza, con el agregado de dividendos periódicos no percibidos por el asegurado.

El inc. 4) regula una cláusula normal en los seguros de vida y establece que el asegurado puede obtener del asegurador, con la garantía de la propia póliza, prestamos por una suma proporcional a la cuantía del seguro y a los años de vigencia que el mismo tenga. Por lo regular, la cantidad que puede prestarse, en este supuesto, es aproximadamente igual al valor de rescate asegurado.

Estas cuatro alternativas, son opcionales: el ejercicio de una de ellas excluye la utilización de las demás. La conversión y el valor de rescate, deben figurar necesariamente en la póliza; la opción de préstamo, con valor garantizado, esta subordinada al acuerdo de partes.

La reserva matemática, sobre cuya base deben calcularse los valores garantizados establecidos en el art., a que se refiere el inc. 4) in fine, la explica Fernández, con apoyo de los estudios de Morandiere (De la reserve mathématique des primes dans l'assurance) y Hans (Théorie juridique de la reserve mathématique), así: En el seguro de vida, los riesgos para el asegurador aumentan según transcurren los años. Luego, la prima, que es la compensación monetaria de la obligación que asume, debería ser menor en el primer año, para aumentar progresivamente en los años subsiguientes, de acuerdo con las tablas de mortalidad. Sin embargo, como tal cosa

ofrece inconvenientes de orden práctico, habida cuenta que los particulares rehusarían obligarse al pago de una prima que el decurso haría considerable, se ha optado como sistema general la prima uniforme para todos los períodos, representada por un término medio. Sucede así, que las primeras primas exceden el riesgo que loma a su cargo el asegurador, para alcanzar un término de equilibrio en cierto período y resultar, luego, inferiores a la entidad del riesgo. Es decir, que en los primeros años el asegurador obtiene beneficios elevados, mientras en los últimos sufre déficit.

Ahora bien, para establecer el debido equilibrio, el asegurador separa de la prima el superávit de la misma con relación al riesgo teórico o matemático, reservándolo para compensar el déficit que arrojará más adelante. Es esa la reserva que se conoce con el nombre de reserva matemática. Cuando esta se refiere a la que corresponde al total de los seguros contratados por el asegurador en determinado período, se tiene la reserva matemática global; si a la que corresponde a un asegurado determinado, se dice que es la reserva matemática individual.

Esta explicación en lo referente a la reserva matemática, complementa las anots. a los arts. 1019 y 1039.

La reserva matemática, tiene una función integradora de la masa o fondo de las primas y como reserva técnica no debe ser confundida con la reserva patrimonial (Messineo), que la empresa aseguradora, como sociedad anónima que es, por lo regular, esta obligada a constituirla (Lea. arts. 32, 38 y 40).

La ley de entidades aseguradoras, regula detenidamente lo relativo a las reservas técnicas y su inversión en las secciones II y III del Capítulo III de su Título I (arts. 40 a 58).

ARTÍCULO 1.143.- (Conversión). Cuando el asegurado interrumpa el pago de las primas sin manifestar opción por los valores garantizados señalados en el artículo anterior, pasados treinta días para el pago de primas, el contrato se convertirá automáticamente en un seguro saldado por una suma reducida, salvo acuerdo diferente.

Conc: c. com. 1019 - 1142 -
Comprendido en la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 1.144.- (Préstamo automático). Se puede estipular en el contrato que el préstamo a que tiene opción el asegurado se lo aplique automáticamente al pago de las primas devengadas a sus vencimientos.

Conc: c. com. 1019- 1042- Lea. 54-
Comprendido en la anot. al art. 1142.

ARTÍCULO 1.145.- (Inembargabilidad). Los beneficios del seguro de vida y accidentes personales así como los valores de rescate o de préstamo a los cuales tiene derecho el asegurado, no pueden ser embargados por obligaciones del asegurado en favor de terceros.

Conc: p.c. 179 - c. com. 1584, 1)
Comprendido en las anots. a los arts. 1127 i.f. y 1134.

ARTÍCULO 1.146.- (Compensación). El asegurador puede compensar los préstamos otorgados al asegurado, con las prestaciones del seguro a su cargo.

Conc: c.c. 363 - 364 - c. com. 786 - 1019 -

Es un caso de compensación legal, o sea el pago recíproco hecho por imputación legal de una deuda con la otra y se opera hasta la concurrencia de la deuda menor. Debe ser expresamente opuesta, porque el Juez no puede declararla de oficio.

ARTÍCULO 1.147.- (Pago de prima en fraude de acreedores). Cuando se pruebe que el pago de primas de un seguro de vida o rentas se hubiera efectuado en fraude de acreedores, éstos pueden pedir judicialmente la retención de la reserva matemática por las primas pagadas en exceso de las sumas que el asegurado, razonablemente, hubiera podido destinar al pago del seguro.

Conc: c.c. 1446- c. com. 786- 1019-

Es un caso de acción revocatoria, llamada también pauliana en el derecho común (c.c. art. 1446), que la ley concede al acreedor para obtener la revocación de los actos celebrados por su deudor en fraude de sus derechos.

JURISPRUDENCIA

1.- "Los acreedores pueden contrariar en su nombre, todos los actos hechos por su deudor en fraude de ellos". (G.J. N° 231, p. 1301).

- 2.- "La ley confiere el derecho de contrariar los actos fraudulentos del deudor, al acreedor reconocido cuyo título no se halla contestado, sin permitirlo indistintamente a cualquiera persona que se denomine acreedora". (G.J. N° 298, p. 1962).
- 3.- "La ley fija las condiciones necesarias para el ejercicio de esta acción" (G.J. N° 298, p. 1962).
- 4.- "Esta acción (pauliana) se ejercita en juicio ordinario"(G.J. N° 1271, p. 3).
- 5.- "La facultad reconocida al acreedor de contrariar todos los actos hechos por su deudor en fraude de sus derechos, procede cuando este ha obrado en perjuicio de aquel poniéndose en estado de insolvencia" (G.J. N° 1210, p. 19).

ARTÍCULO 1.148.- (Seguros recíprocos). Son válidos los seguros de vida en los cuales, mediante un mismo contrato, se aseguran en forma recíproca una o varias personas en beneficio de la otra u otras.

Conc: c. com. 996- 1151 -

El seguro recíproco, llamado también de vida doble o en conjunto (sobre dos o más cabezas: Fernández), es el que contratan dos o más personas, para asegurarse recíprocamente. Cuando fallece una de ellas, la otra u otras en calidad de beneficiarios perciben la suma asegurada. Se aplica no sólo al seguro de vida y puede ser utilizado, como ya se ha anticipado en la anot. al art. 1121, letra e): seguro de vida mancomunado, respecto de los otros tipos de seguro, por ejemplo el dotal, caso en el cual si ninguno de los asegurados muere perciben el importe del seguro en conjunto en la proporción estipulada en el contrato.

SECCIÓN III **SEGUROS DE ACCIDENTES PERSONALES**

ARTÍCULO 1.149.- (Agravación del riesgo). En el seguro de accidentes personales, es obligación del asegurado comunicar al asegurador los cambios de trabajo o actividad que notoriamente agraven el riesgo, siempre que ello se especifique en la póliza. Asimismo, tiene la obligación, en cuanto le sea posible, de impedir o reducir las consecuencias del siniestro, observando las instrucciones del asegurador con tal fin, en cuanto sean razonables.

Conc: c. aé. 240 y s.- c. com. 1000- 1029-

Téngase presente, desde luego, que, en general, como para todos los seguros de personas, son validas para el que aquí se anota los principios comunes examinados en la sección I de este

capítulo. Sus características particularísimas, le dan, como observa Fernández, jerarquía de especie autónoma.

Este seguro de accidentes personales o individuales, llamado también precaucional, puede ser general o limitado; en este último caso, v. gr., sobre los que ocurren en el ejercicio de determinada profesión: las de ingeniero, químico, etc.

Aunque tiene un amplio ámbito común con el seguro de vida en caso de muerte, se dan diferencias distintivas. El seguro de accidentes cubre no solamente el riesgo de muerte sino también el de lesiones, sea que provoquen invalidez temporal o perpetua, total o parcial, y en todos los casos el requisito indispensable como causa: el accidente. En cambio el seguro de vida en caso de muerte, comprende el fallecimiento, por accidente o sin el, en este último caso sea que se produzca por enfermedad, vejez, o, como se dice, por causa natural. Es dicha diferencia la que, en los seguros de vida en caso de muerte, justifica diversas exclusiones de accidentes, tales como los que acaecen en riesgos extraordinarios: ciertas pruebas deportivas, exploraciones o actividades científicas, etc.

Por lo general, este seguro está estrechamente relacionado con el de enfermedad y en la práctica comparada, por lo regular, las pólizas son comunes para ambos riesgos. Después de un comienzo limitado a los riesgos del transporte ferroviario, considerado peligroso a su aparición hace algo más de un siglo, su notable evolución le ha dado una aplicación actual a cuantos accidentes pueden afectar a las personas, incluidos los riesgos del viaje aéreo dentro de las circunstancias establecidas por las regulaciones especiales pertinentes (c. aer. arts. 240 y s.). Su importante función precautoria, ha derivado inclusive en la institución del seguro de viajero obligatorio, que impone a las empresas de transporte que explotan servicios generales de comunicación asegurar a sus pasajeros (v. gr., art. 931 c.com y el ya citado art. 240 del c. aer.).

El riesgo previsto en este seguro, es la pérdida de la vida o de ciertos miembros u órganos, en cuanto importan imposibilidad para el trabajo normal.

Es básica la ocupación del asegurado, en relación con los riesgos que supone, razón por la cual el art., que al regular la materia se limita a estos dos aspectos, exige que toda modificación o cambio en la ocupación o actividad del asegurado que impliquen agravación de riesgo, sea comunicada al asegurador y que, en cuanto sea posible, se procure impedir o reducir las consecuencias del siniestro, repitiendo las regulaciones generales de los arts. 1000 y 1029.

ARTÍCULO 1.150.- (Hechos criminales). El asegurador se exime de su obligación si la persona asegurada provoca el accidente dolosamente o si se accidentara o perdiera la vida como actor de hechos criminales.

Conc: c.p. 338- c. com. 986- 1004-

No es necesaria explicación ninguna para la comprensión de la razón que informa esta disposición.

SECCIÓN IV **SEGURO DE VIDA EN GRUPO**

ARTÍCULO 1.151.- (Asegurados). El seguro de vida en grupo es un contrato que cubre el riesgo de muerte accidentes o incapacidad de un número de personas integrantes de una agrupación homogénea, de tal manera que cualquiera de ellas pueda demostrar su condición de miembro del grupo.

Quienes dejan de integrar el grupo en forma definitiva, quedan excluidos del contrato, salvo pacto en contrario.

Conc: c. com. 996- 1148- 1152- 1153-

Es un tipo de seguro que abarca un gran número de personas en una sola póliza abierta, a bajo costo. Se le útil por lo regular, para personas que trabajan juntas (Rodríguez), que es a lo que se refiere el art. cuando menciona la agrupación homogénea: empleados u obreros de un mismo empleador o empresa; sindicatos o uniones de obreros trabajadores en pleno trabajo, y, en general, toda agrupación que por la clase de trabajo u ocupación de sus componentes, constituya un grupo asegurable. El estipulante puede ser el empleador o la empresa, o quien se sirva de la agrupación o la dirige, concurriendo el consentimiento individual de los miembros del grupo.

El art. 191 de la Ley del contrato de seguros mexicana probable fuente del instituto, define este seguro como el que obliga al asegurador por la muerte o duración de la vida de una persona determinada en razón simplemente de pertenecer al mismo grupo o empresa, mediante el pago de primas periódicas, sin necesidad de reconocimiento médico obligatorio (cit. de Rodríguez).

Los miembros que ingresan al grupo asegurable después de la celebración del contrato, quedan comprendidos en el seguro desde que, reuniendo las condiciones necesarias para formar parte del grupo, prestan su consentimiento y la entidad aseguradora los inscribe en el registro que al efecto debe llevar. Su separación del grupo los excluye del seguro, a menos que se pacte en contrario con el constituyente o con el interesado mediante un plan individual.

La póliza debe contener las características del grupo, la regla para determinar la suma asegurada que corresponda a cada miembro del grupo y las disposiciones pertinentes del reglamento correspondiente. Toda póliza debe ser emitida con el número de certificados de seguro individuales para cada uno de los miembros del grupo (art. 1152), que confiere un derecho propio o independiente sobre la suma asegurada a cada beneficiario o sus causahabientes (art. 1153).

Seguro popular.- Algunas legislaciones (v. gr. la francesa, según ley de 13 de Julio de 1930, modificada por la de 6 de Junio de 1942 en cuanto a la cuantía de la renta) establecen el llamado seguro de vida popular, que Larramendi (cit. de Malagarriga), define, como el que tiene por objeto cubrir diversos riesgos económicos a los que esta sometida la vida de las personas de clases humildes de la sociedad y que se celebra con entidades aseguradoras, estipulando un capital asegurado reducido, cobro a domicilio y pago a cortos intervalos, de las primas, sin reconocimiento médico obligatorio. La suma asegurada límite en Francia es de 10.000 francos por seguro de vida y de 1.200 francos si es de renta; en México de \$ 5.0 para el primer caso. Es probable que devaluaciones monetarias posteriores a la fijación de estos límites, hayan derivado en reajustes de los mismos.

ARTÍCULO 1.152.- (Póliza con certificados individuales). El seguro de vida en grupo se celebra bajo un solo contrato, con o sin examen médico y se emiten certificados individuales.

Conc: c. com. 1007- 1151 -
Véase la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 1.153.- (Beneficiarios). Los beneficiarios designados o los causahabientes del asegurado en grupo tienen derecho propio contra el asegurador al ocurrir el evento previsto en el contrato.

Conc: c. com. 1127 - 1151 -
Véase la anot. al art. 1151.

TÍTULO IV

DEL SEGURO MARÍTIMO

CAPÍTULO ÚNICO CONTRATO DE SEGURO

SECCIÓN I CONCEPTO Y OBJETO

ARTÍCULO 1.154.- (Concepto). En el seguro marítimo el asegurador se obliga a indemnizar las pérdidas causadas por riesgos propios de la navegación marítima. Este seguro es extensivo a los riesgos terrestres, fluviales, lacustres o aéreos accesorios a una expedición marítima.

Conc: c. com. 979- 1086- 1156- 1170- 1173- 1174-1184-

El seguro contra los riesgos de la navegación marítima que presupone, de ordinario, un transporte de cosas, como una subclase del seguro contra daños, esta caracterizada por los principios del seguro terrestre ya expuestos, en cuanto no sean incompatibles con las particularidades de aquel y, por esa razón, no estén derogados por las normas especiales, dice Messineo. Esas normas especiales, en la generalidad de las legislaciones están contenidas separadamente en cuerpos legales especiales para la navegación marítima; por ejemplo, en la Argentina, en el Libro Tercero de su Código de comercio que regula los derechos y obligaciones que resultan de la navegación, incluido el seguro marítimo; en Italia en el Código de la Navegación, cuyo Libro Tercero, Título V, regula los seguros marítimos.

Su considerable importancia en el comercio marítimo, es parte de la historia de este, que puede resumirse con las palabras de Vidari: uno de los más eficaces instrumentos de la seguridad y prosperidad mercantiles (cit. de Malagarriga). El desarrollo que ha alcanzado, esta cabalmente expresado por Oribe: nada flota sobre los mares sin que un seguro cubra los riesgos de la navegación: el seguro ha dominado la fortuna del ar (cit. ibidem).

Algunas de las definiciones que menciona Malagarriga, dicen:

Couder: contrato que obliga a responder, mediante una prima fija, de los riesgos de la navegación a que están expuestos los objetos designados en el contrato.

Ripert: Por el seguro marítimo el asegurador consiente en indemnizar al asegurado del perjuicio sufrido en una expedición marítima, hasta la concurrencia de la indemnización fijada, mediante el pago de una prima.

Vidari: Contrato por el cual el asegurador, mediante el pago de la prima, se obliga a resarcir al asegurado los daños que pueden recaer, a causa de algún determinado siniestro marítimo, sobre la cosa que el asegurado tiene interés en conservar ilesa.

Stevens: Contrato de indemnización contra las pérdidas que acompañan a los riesgos de mar sobrevenidos al navío, a la carga, al flete o a otro objeto cubierto por la póliza, durante una travesía o determinado número de travesías o bien durante un tiempo dado.

La extensión de este seguro a los riesgos terrestres, fluviales, lacustres o aéreos, que determina el art., deriva del supuesto de transportes combinados (art. 936), en los cuales los que conciernen a los ámbitos nombrados, son necesarios o complementarios de la expedición marítima, cuyos riesgos constituyen en el seguro marítimo el objeto principal del contrato.

ARTÍCULO 1.155.- (Objetivo). El seguro marítimo puede cubrir: la nave, los bienes o mercaderías transportados en ella y expuestos a los riesgos marítimos, el flete, pasaje, comisión u otros beneficios pecuniarios, así como la garantía por cualquier préstamo, anticipo o desembolso, cuando sean susceptibles de perderse por estos riesgos. Puede también cubrir la responsabilidad frente a terceros por causas de riesgos marítimos.

Conc: c. com. 980- 1165- 1187-

El seguro marítimo puede recaer sobre el buque, la carga, el flete, la libertad de los navegantes o pasajeros y, en general sobre cuanto se halle afectado al transporte marítimo. Es el aspecto peculiar del seguro marítimo, dice Messineo, que comprende diversos posibles objetos del mismo.

El de la nave, genéricamente mencionado, sin otra designación, comprende el casco, quilla, velas, aparejos, armamento y provisiones; pero no la carga.

En el seguro hecho bajo la designación genérica de efectos, el asegurado queda obligado, en caso de pérdida, a probar que fueron embarcados los efectos hasta el valor declarado. Por lo regular, las pólizas, excluyen del concepto genérico efectos, las monedas, oro, plata, alhajas, municiones de guerra, salvo pacto especial.

Este seguro admite el del lucro cesante, prohibido en general, a menos que exista pacto expreso, por el art. 1048 (v. la anot. respectiva).

ARTÍCULO 1.156.- (Riesgos marítimos). Los riesgos marítimos comprenden a aquellos propios de la navegación o inherentes a ella, u otros de igual naturaleza específicamente convenidos en el contrato.

Conc: c. com. 983- 1154- 1166- 1170- 1182-

Las legislaciones que regulan el derecho de navegación (como las citadas en la anot. al art. 1154, v. gr.), por lo regular, hacen enumeración o por lo menos enunciación de los riesgos que son de la naturaleza del seguro marítimo. Desde luego, cabe distinguir los riesgos marítimos propiamente dichos y los riesgos de guerra.

Se cuentan entre los primeros: la encalladura o varamiento, la tempestad, el naufragio, el abordaje casual o embestida, cambios forzados de ruta o de viaje, choque, echazón, explosión, incendio, piratería y, en general, todos los accidentes de la navegación.

Entre los riesgos de guerra, se señalan el apresamiento, el saqueo, el embargo o retención, la represalia, el bloqueo, riesgos que, por lo regular, excluyen las pólizas, porque si así no fuera, el asegurador se vería obligado a responder de estos riesgos aún en el supuesto de que el hundimiento de la nave haya sido causado por una mina o un torpedo.

Exceptuados los riesgos de guerra, según las estipulaciones de las pólizas, la obligación del asegurador en un seguro marítimo es la de reparar mediante la indemnización pactada, los daños causados por los riesgos de mar; no sólo por aquellos de que el mar es causa directa, sino, en general, por todos los riesgos que ocurran en el mar, conforme señala Targa (cit. de Malagarriga): de todo siniestro producido en el mar o por el mar (in mare o da mare).

ARTÍCULO 1.157.- (Riesgos subjetivos). En el contrato de seguro marítimo Se puede asegurar riesgos ya ocurridos o expedición concluida, siempre que tales hechos sean desconocidos por el asegurado o tomador y asegurador, en el momento de contratarse el seguro.

Conc: c. com. 981 - 985 -

El art. regula lo que el Código de la navegación italiano (art. 514), llama seguro putativo. Según el precepto (por aplicación del art. 981), el seguro es nulo si el asegurado o tomador o el

asegurador tenían noticia del suceso del riesgo a l; celebración del contrato. De acuerdo a la legislación italiana citada, el seguro es nulo si se ha tenido noticia de la verificación del siniestro antes de la conclusión del contrato, en e lugar del contrato o en aquel desde donde el asegurado dio orden de asegurar, formulación que parece más lógica, porque su prueba esta condicionada a evidencias de objetividad fácilmente probables y no a la subjetividad difícilmente demostrable del conocimiento personal de los contratantes.

ARTÍCULO 1.158.- (Nulidad). El contrato de seguro es nulo cuando tiene por objeto el contrabando o comercio ilegal.

Conc: c.c. 489- 490- c. com. 821 -

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 1 del art. 139.

ARTÍCULO 1.159.- (Valor asegurable). El valor asegurable en el seguro de mercaderías estará constituida por su costo en el lugar de destino, añadiendo un porcentaje razonable por lucro cesante.

En el seguro de flete, el valor asegurable comprenderá el importe del mismo a cargo del asegurado, incluyendo el costo del seguro.

El valor asegurable de la nave será el valor de la misma, agregando todos sus accesorios a la fecha de la celebración del contrato de seguro. Las partes podrán pactar la inclusión de los gastos de armamento, aprovisionamiento y costo del seguro.

Conc: c. com. 1048- 1049- 1050- 1058-

Siendo el seguro marítimo una subclase del seguro contra daños (Messineo, v. la anot. al art. 1154), es un seguro de indemnización en sentido estricto (art. 1048). En consecuencia, el valor del seguro se determina en relación con el valor del daño apreciado al producirse el siniestro y la suma asegurada es el límite convencional máximo de la indemnización. A esos fines, ha de tenerse en cuenta, juntamente con las regulaciones específicas que determina este art. para fijar el valor asegurable, las regulaciones generales de las disposiciones citadas en la concordancia, cuyas anotaciones, en lo pertinente, también son aplicables aquí.

En el derecho de navegación, se entiende por armamento de la nave: a) el conjunto de operaciones para aprontar el buque a los fines de habilitarle para su misión específica, la navegación; b) la explotación del buque en esa misión específica, la navegación, con prescindencia o no del transporte que con el mismo se efectúa (de ahí que se diferencia entre propiedad y armamento del buque y, en consecuencia, entre propietario y armador); c) el conjunto de los armadores o la industria naviera (Fernández). El seguro de los gastos del armamento a que se refiere el art., ha de considerarse, entonces, referido a los casos indicados en las acepciones a y b de las anteriormente mencionadas.

SECCIÓN II PÓLIZA

ARTÍCULO 1.160.- (Póliza valuada). Las partes pueden convenir el valor asegurado, en cuyo caso se denominará póliza valuada o de valor admitido y, con dichas expresiones, se entenderá que el asegurador admite que el valor real corresponde al valor asegurado, base para determinar el monto de la indemnización por siniestro.

Conc: c. com. 1006- 1007- 1058- 1161- 1185-

En el supuesto del art., la estimación del valor del interés asegurado, se subordina a las regulaciones relativas a lo que se llama riesgo admitido, riesgo tasado o seguro de valor admitido, visto en el art. 1058, cuya anot. en lo pertinente es aplicable a este.

ARTÍCULO 1.161.- (Póliza sin valor admitido). Póliza sin valor admitido es aquella que no expresa su condición de póliza valuada y en la que, no obstante indicar el valor asegurado, admite la determinación del valor de los bienes o intereses para el ajuste de la indemnización correspondiente.

Conc: c. com. 1160 - 1185 -

También es aplicable a este art. lo dicho en la anot. al art. 1058.

ARTÍCULO 1.162.- (Póliza de viaje y de tiempo). La póliza de viaje cubre un trayecto determinado; la de tiempo, comprende un lapso definido.

Conc: c. com. 1163 -

ARTÍCULO 1.163.- (Ampliación tácita). En la póliza de tiempo queda tácitamente ampliada su vigencia, hasta que la nave queda anclada o amarrada en el puerto de destino, y en el seguro sobre mercaderías, hasta el momento en que son puestas a disposición del destinatario. El asegurador tendrá derecho a la prima adicional por la prórroga tácita.

Conc: c. com. 1162-

Las disposiciones de estos arts. (1162 y 1163) tienen relación con el inicio y el fin de los efectos del seguro, que varían según, el interés asegurado, v. gr. la nave o las mercaderías, y según se haya estipulado por tiempo o por viaje.

De acuerdo a la práctica, generalmente establecida, en el seguro estipulado por viaje, sus efectos comienzan desde el momento en que la nave inicia el embarque o, cuando no se trata de carga, desde el momento en que sale del puerto de partida, hasta el momento en que queda anclada o amarrada en el puerto de destino o, si descarga mercaderías, al cumplimiento de la descarga o puesta a disposición del destinatario.

En el seguro estipulado por tiempo (generalmente sobre la nave), según la legislación italiana, v. gr. (art. 530, Código de navegación), el seguro tiene efecto desde las veinticuatro horas del día de la conclusión del contrato, hasta las veinticuatro horas del día establecido por el contrato mismo, debiendo calcularse - el tiempo teniendo en cuenta el lugar donde el seguro se ha concluido (por razón de las variantes derivadas de los husos horarios). Si el seguro vence en el curso del viaje, el se prórroga de derecho (por ministerio de la ley) hasta las veinticuatro horas del día en que la nave ha quedado anclada o amarrada en el lugar del último destino, con la obligación para el asegurado de pagar al asegurador un suplemento de prima, proporcional a la fijada en el contrato, por la duración de la prolongación.

SECCIÓN III GARANTÍAS

ARTÍCULO 1.164.- (Concepto). En razón de la garantía el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa o llenar cierta condición, mediante la cual afirma o niega la existencia de una situación de hecho.

La garantía se incorpora en el contrato, en forma implícita o expresa. Tenga o no influencia substancial en el riesgo, la garantía debe ser obligatoriamente cumplida. La i Violación de esta obligación libera al asegurador de su responsabilidad desde la fecha del incumplimiento.

El incumplimiento doloso de la garantía determina la nulidad del contrato, consolidándose en favor del asegurador la totalidad de la prima.

Conc: c. com. 999 - 1165 -

ARTÍCULO 1.165.- (Garantía implícita). En el seguro marítimo existe la garantía implícita de que la nave se halla en condiciones de navegabilidad al emprender el viaje o iniciar cualquier etapa del mismo.

Las condiciones de navegabilidad se acreditan mediante certificado expedido por autoridad competente.

Conc: c. com. 1155 - 1164 -

Son cuestiones previstas generalmente en las pólizas, que hacen del contrato de seguro, en cierto modo, condicional y que, entre otras cosas, pueden referirse v. gr. a la no existencia de vicios ocultos en la nave que afecten sus condiciones de navegabilidad, o cuestiones relacionadas con las operaciones del armamento y aprovisionamiento del buque (art. 1159, i.f.). El vicio ha de ser de aquellos que pueden ser descubiertos por el asegurado con la diligencia normal.

SECCIÓN IV **DESVIACIÓN**

ARTÍCULO 1.166.- (Responsabilidad del asegurador). La responsabilidad del asegurador no se altera cuando, en virtud de un riesgo asegurado en el contrato, el viaje se interrumpe en un puerto o lugar intermedio, de tal modo que las circunstancias justifiquen el desembarque, reembarque o trasbordo de los bienes transportados para ser reexpedidos a su destino.

Conc: c. com. 1156-

ARTÍCULO 1.167.- (Cambio de puerto y cambio voluntario de destino). El cambio de puerto de partida o destino, cuando así se haya previsto en la póliza, no libera al asegurador de la responsabilidad asumida en los riesgos. La variación voluntaria del punto de destino de la nave, salvo estipulación en contrario, se sanciona con la terminación del contrato. Asimismo, el

cambio de la ruta estipulada o de la usual o acostumbrada, tiene el mismo efecto, salvo motivo justificable.

Conc: c. com. 1169 -

ARTÍCULO 1.168.- (Demora). La expedición marítima asegurada en una póliza de viaje debe ser invariable en todo su curso. Toda demora no justificable no compromete la responsabilidad del asegurador.

Conc: c. com. 1169 - 1171 -

ARTÍCULO 1.169.- (Desviación o demora justificables). La desviación o demora son justificables cuando:

- 1) Hayan sido previstas en la póliza;
- 2) Existan causas de fuerza mayor que escapen al control del capitán de la nave;
- 3) Sean necesarias para la seguridad de la nave o intereses asegurados;
- 4) Se de el caso de salvar vidas humanas o de auxiliar a una nave en peligro o asistir a una persona a bordo en grave peligro. La nave retomará su ruta o proseguirá el viaje con la necesaria celeridad al cesar las causas justificables de demora o desviación.

Conc: c. com. 1167 - 1168 -

La sección regula las consecuencias sobre el seguro y las obligaciones del asegurador, en casos de interrupción justificada del viaje de la nave; de cambio de los puertos de partida o de destino previsto en la póliza o la variación voluntaria del puerto de destino o de la ruta usual; de demoras injustificadas; regulaciones todas ellas que se conforman, en lo general, a las practicas de la legislación marítima comparada y de las pólizas.

Todas estas disposiciones, son lo suficientemente comprensibles, así como las causas de justificación que enumera el art. 1169, sobre cuyo inc. 4) cabe una breve indicación: la asistencia a las naves o aeromóviles que están en peligro de perderse, en el mar o en aguas interiores, es una obligación, internacionalmente reglamentada inclusive, en tanto en cuanto resulte posible sin grave riesgo de la nave que presta la asistencia, de sus pasajeros o de su carga. La asistencia de salvamento, cuando ha tenido un resultado útil, da lugar a una remuneración equitativa (Convención de Bruselas de 1910, c. de Fernández).

SECCIÓN V PÉRDIDA

ARTÍCULO 1.170.- (Perdidas a cargo del asegurador). El asegurador es responsable de las pérdidas causadas por los riesgos asumidos, aunque éstas se originen en la conducta dolosa o culposa del capitán o tripulación de la nave. Las pérdidas que resulten del dolo o culpa grave del tomador, asegurado o beneficiario, no quedan amparadas por el contrato de seguro.

Conc: c. com. 999- 1154- 1156- 1171 - 1172- 1183

La ambigüedad e imprecisión del precepto, puede superarse para su mejor comprensión, con lo que generalmente disponen las legislaciones sobre navegación marítima. Por ejemplo, el Código de navegación italiano (art. 524), con mejor formulación, desde luego, establece: a) que el asegurador de la nave responde así el siniestro sea en todo o en parte resultado de la culpa del comandante o de los otros componentes del equipaje (significa tripulación en la terminología marítima), siempre que haya permanecido extraño a ello el asegurado b) si el asegurado es también comandante de la nave, el asegurador responde limitadamente a las culpas náuticas del mismo, y c) en el seguro de mercaderías, el asegurador responde además del dolo del comandante y de los otros componentes de la tripulación.

La deficiente formulación del precepto, obedece sin duda a la falta de conocimiento y experiencias suficientes sobre la actividad marítima, pero que debió suplirse con la debida consulta de la legislación comparada.

ARTÍCULO 1.171.- (Pérdida por demora). El asegurador no es responsable por pérdida que tenga por causa directa la demora, se haya o no producido por un peligro cubierto por el seguro, salvo pacto en contrario.

Conc: c. com. 1168 - 1170-

La disposición del art. no tiene el carácter absoluto que su formulación pretende darle, porque ha de tenerse en cuenta que el art. 1168, respecto de las consecuencias de toda demora justificada, compromete la responsabilidad del asegurador. Las causas de justificación están dadas en el art. 1169. Luego, la finalidad legislativa era dar ese carácter absoluto al precepto, correspondía omitir las reglas de los arts. 1168 y 1169.

ARTÍCULO 1.172.- (Otras exclusiones). No corren a cargo del asegurador las pérdidas provenientes de desgastes, uso, filtración ordinaria, ni el vicio intrínseco o merma de los objetos asegurados, así como los ocasionados por roedores, insectos o gusanos.

Conc: c. com. 1170 -

ARTÍCULO 1.173.- (Pérdida total efectiva). Existe pérdida total real o efectiva cuando el objeto asegurado quede destruido o de tal modo averiado, que pierda la aptitud para el fin a que esté normalmente destinado, o cuando el asegurado sea irreparablemente privado del mismo.

Conc: c. com. 1154- 1176- 1185- 1186-

ARTÍCULO 1.174.- (Pérdida total constructiva). Existe pérdida total constructiva o asimilada, cuando el objeto asegurado sea abandonado porque no es posible salvarlo sin incurrir en gastos que, una vez efectuados, excedan su valor o porque razonablemente, resulte inevitable su pérdida total efectiva.

Conc: c. com. 1154 - 1176 -

La aplicación práctica de la distinción que hacen los arts. 1173 y 1174, esta determinada en el art. 1176.

Según las legislaciones marítimas (v. gr. Código de navegación italiano, art. 540, c), es un caso de abandono (contemplado en la 2ª fase del art. 1176 del Código), en el seguro de la nave, cuando el monto total de los gastos para la reparación de los daños materiales sufridos por la nave alcanza lastres cuartas partes de su valor asegurable.

ARTÍCULO 1.175.- (Seguro contra pérdida total). La pérdida total efectiva y la pérdida total constructiva se consideran incluidas en el seguro contra pérdida total.

No estando establecida la pérdida total, puede hacerse efectiva la pérdida parcial que se determine.

Conc: c. com. 1180- 1182 - 1184 -

Según la práctica generalizada, las pólizas en uso estipulan que en los seguros a pérdida total, el asegurador responder por ella, cuando hay pérdida total de los objetos asegurados y se

considera pérdida total aquella por la cual y por causa de un siniestro cubierto por la póliza, los objetos asegurados resultan completamente destruidos, o cuando, en su caso, a juicio de peritos, no existe probabilidad ninguna de recuperarlos o repararlos. El art. se concreta a reiterar nociones que implican lo que la sección llama pérdida total efectiva y pérdida total constructiva.

La segunda fracción del art., no específica debidamente si la falta de establecimiento se refiere a la estipulación de la pérdida total en el contrato o a la demostración o probanza de su ocurrencia por causa del siniestro. Es de lógica estimar que se relaciona con lo segundo, lo que implica divergencias sobre la estimación de los daños, eventualidad en la cual corresponde que la estimación de estos se haga mediante peritos, por aplicación de las reglas generales contenidas en los arts. 1036 y 1037 y según los procedimientos determinados por los arts. 1472 y s., de lo que resultara si la pérdida ha sido o no total v. si sólo es parcial, cual es su entidad indemnizable.

SECCIÓN VI ABANDONO

ARTÍCULO 1.176.- (Aviso escrito). En caso de pérdida total, real o efectiva, no es necesario dar aviso de abandono.

En caso de pérdida total constructiva o asimilada se puede abandonar el objeto asegurado en favor del asegurador. El aviso de abandono debe precisar, de modo inequívoco, la intención de hacer dejación incondicional de su interés en el objeto asegurado.

Conc: c. com. 1173- 1174- 1177- 1180-

Como en otros casos (v. gr., seguro de vida, art. 1138; seguro de accidentes personales, art. 1149, etc.), fijar el concepto del instituto que regula y se precipita en la indicación apresurada de algunas de sus consecuencias o aplicaciones, frecuentemente secundarias.

El abandono en el seguro marítimo, según noción que de él da, por ejemplo el c. com. argentino (art. 1249), es mediante el cual el asegurado transfiere a los aseguradores la propiedad de las cosas aseguradas y, a su vez, adquiere el derecho de exigir de estos la indemnización convenida en el seguro.

No se conocen datos sobre su origen. Malagarriga, señala que hasta el siglo XVI, era de uso frecuente una cláusula en los primeros seguros marítimos, que obligaba al asegurador a pagar

la indemnización si pasado cierto tiempo no se tenía noticia del navío asegurado; posteriormente la indemnización se pagaba con carácter definitivo y el asegurado cedía sus derechos al asegurador sobre la cosa asegurada, luego del transcurso de un tiempo que se consideraba suficiente para estimar definitiva la pérdida del navío. La Ordenanza francesa de 1681, legisla el abandono para los supuestos en que se tiene certeza de la pérdida de las cosas aseguradas o en los de averías de tal gravedad que dejan a aquellas sin un valor serio que merezca consideración.

Es un instituto generalizado actualmente en la legislación comparada y está regulado con el nombre de abandono, en casi todas ellas: abandonment en Inglaterra, abbandono en Italia, abandon en Alemania, delaissement (abandono) en Francia. La fracción 2ª de este art. también emplea el término dejación.

Su utilidad y su justificación reposan en la conveniencia de que permite una liquidación rápida del seguro.

Tocante a su naturaleza, se la considera una franquicia reconocida al asegurado, quien, en caso alguno está obligado a hacer abandono (c. com. argentino, art. 1240, y según el Código de navegación italiano, arts. 539 y s., es un derecho facultativo establecido en favor del asegurado). Sin embargo, se estima (Malagarriga) que puede estipularse contractualmente el abandono obligatorio. Por lo regular, las pólizas en uso, reconocen el abandono como acción facultativa del asegurado.

La sección, tampoco señala cuando procede. En la legislación argentina (c. com. art. 1322), se puede hacer abandono de las cosas aseguradas, en casos de: a) apresamiento; b) naufragio; c) rotura o varamiento del buque que lo inhabilita para navegar; d) embargo o detención por orden de un gobierno (nacional o extranjero); e) imposibilidad de que las cosas lleguen a destino; f) pérdida total de las cosas aseguradas hasta las tres cuartas partes de su totalidad.

El Código de navegación italiano (arts. 540 a 542), regula el abandono, para la nave, por: a) pérdida o inhabilitación no reparable; b) presunción de pérdida; c) gastos de reparación superiores a las tres cuartas partes de su valor asegurable. Para las mercaderías: a) pérdida total; b) presunción de perecimiento de la nave; c) después de tres meses del perecimiento o no navegabilidad de la nave, tratándose de mercaderías deteriorables y de seis meses tratándose de mercaderías no deteriorables, si no han sido recuperadas y reembarcadas; d) cuando sin tener en cuenta gastos, el daño afecta más de las tres cuartas partes del valor asegurable. Para el flete:

a) cuando el derecho al flete queda totalmente perdido para el asegurado, y b) cuando la nave se presume pericada.

Nótese cómo, la citada formulación de la legislación italiana, corresponde a la distinción que hace el art. 1159, del seguro de naves, mercaderías y flete, al tratar del valor asegurable.

El art. se concreta a señalar cómo se hace el abandono: mediante aviso para el caso de pérdida total constructiva (art 1174) y sin necesidad de aviso para la pérdida total, real o efectiva (art. 1173).

ARTÍCULO 1.177.- (Plazo). El asegurado dará, por escrito, el aviso de abandono dentro de los treinta días siguientes a la fecha de recibo de la información de la pérdida. Tendrá otro término igual si la información no fuera fidedigna con el objeto de investigar la veracidad de las noticias.

La falta de aviso de abandono dará lugar a que la pérdida se considere como parcial.

Conc: c. com. 1085- 1176- 1178 - 1179-

Son plazos para el supuesto de la segunda fracción del art. anterior: caso de abandono por pérdida total constructivo.

ARTÍCULO 1.178.- (Derechos del asegurado). Dado el aviso de abandono, los derechos del asegurado no sufren ningún detrimento si el asegurador se negara a aceptar el abandono.

Conc: c. com. 1177 -

ARTÍCULO 1.179.- (Aceptación expresa o tácita del abandono). La aceptación del abandono puede ser expresa o tácita. La conducta del asegurador determinará si existe o no aceptación tácita. Se presume la aceptación del abandono por el silencio del asegurador, transcurridos sesenta días desde la fecha de recibo del aviso.

Conc: c. com. 1177-

Las reglas del art. 1179, sobre aceptación expresa o tácita se conforman a las reglas generales del derecho sobre la manera de expresar el consentimiento (c.c. arts. 455 y 460). La presunción establecida en este mismo art., tiene la eficacia que señala el art. 1318 del c.c. (c. com. art. 786).

Lo que no esta muy claro, como debiera estar, es la regulación del art. 1178. Si dado el aviso de abandono, los derechos del asegurado no sufren ningún detrimento si el asegurador se niega a aceptar el abandono, para que se autoriza por implicación la negativa? Cuales son, además, esos derechos del asegurado que no sufren detrimento con la negativa? Los derivados del contrato de seguro o los derivados del ejercicio de la facultad del abandono? Parece tratarse de una disposición impertinente, que no facilita ciertamente la clara interpretación y aplicabilidad de la norma y, más bien, la hace confusa y entorpecedora. Si hay negativa del asegurador para admitir el abandono del asegurado, no queda otra cosa que la decisión judicial, para lo cual el contrato es ley para las partes (c.c. art. 519 y c. com. arts. 786, 982, 1006), por cuya virtud los derechos y obligaciones de asegurador y asegurado, están garantizados en los términos y en los límites que establecen las reglas legales que le conciernen como a tal contrato. Y, en consecuencia, la negativa del asegurador en el supuesto del art. 1178, no causa ni puede causar ningún menoscabo en los derechos del asegurado, con o sin el art. 1178, excepto la demora en la realización de su derecho que, a la postre, resarcirá el asegurador por consecuencia de su incumplimiento de lo pactado, si no demuestra ante el Juez la justificación de su negativa.

ARTÍCULO 1.180.- (Pérdida total y abandono). La aceptación del abandono por el asegurador es de carácter irrevocable e implica el reconocimiento de su responsabilidad por pérdida total.

Conc: c. com. 1175 - 1176 -

La irrevocabilidad del abandono, una vez aceptado, supone que es irreversible tanto para el asegurado como para el asegurador, aunque el art. sólo lo refiere al segundo. En la legislación comparada, el asegurado no puede pretender que sean retrotraídas las cosas al estado anterior, ofreciendo devolver la indemnización, por ejemplo. A su vez, el asegurador no puede ofrecer la devolución de lo que se le abandonó. Es esa la verdadera figura de la irrevocabilidad del abandono.

Más importante que el efecto que señala el art., relacionado con la entidad de la responsabilidad, que por lo demás es la consecuencia lógica del abandono por definición (v. la anot. ,ll art. 1176), es el que señala la legislación comparada, que da a la aceptación del abandono por el asegurador o, en su caso, a la sentencia judicial que le declara procedente, efecto retroactivo al día en que se notifica o se demanda el abandono, en cuanto a la transferencia al asegurador de la propiedad de lo abandonado (v. gr. art. 1249, c. com. argentino).

ARTÍCULO 1.181.- (Subrogación). Producido el abandono, el asegurador se subroga en los derechos y obligaciones del asegurado sobre el remanente del objeto asegurado y de sus accesorios.

Conc: c.c. 326, 5) - c. com. 1060 - 1084 -

Es otra aplicación particular, como la del art. 1084, de las reglas generales contenidas en los arts. 326, 5) del c.c. y 1060 del c. com.

SECCIÓN VII **PÉRDIDA PARCIAL**

ARTÍCULO 1.182.- (Concepto). La pérdida del objeto asegurado ocurrida por causa de un riesgo cubierto y que no constituya avería gruesa o común, se denomina avería particular.

Conc: c. com. 1156- 1175- 1185- 1186-

La definición de la pérdida parcial, esta relacionada principalmente con los fines de los arts. 1185 y 1186. Según la generalidad de las pólizas en uso, las averías particulares se pagan verificadas que hayan sido por el asegurado las diligencias conservatorias de su eventual derecho contra la compañía naviera, armador o propietario del buque, que permitan al asegurador ejercitar la subrogación (art. 1060), siendo el asegurado responsable de todo acto perjudicial para el asegurador.

Las averías particulares que en vez de un quebranto material, produzcan sólo gastos que ha ocasionado la fuerza insuperable del mar (salvamento) se liquidan y se pagan como riesgo asegurado, según dispone el art. siguiente (1183) y la segunda fase del art. 1186, que importan la aplicación particular al caso de la regla general del art. 1067.

ARTÍCULO 1.183.- (Gastos de salvamento). Los gastos de salvamento efectuados para evitar una pérdida por causa de peligros asegurados, se equiparan a las pérdidas por riesgos asegurados.

Conc: c. com. 1067- 1186, 2º parte -

ARTÍCULO 1.184.- (Avería gruesa). Las averías gruesas o comunes son pérdidas parciales y consisten en pérdidas o gastos resultantes de un sacrificio voluntario efectuado en

circunstancias fortuitas para salvar o preservar el interés común de un peligro inminente. Estas pérdidas quedan cubiertas por el seguro marítimo.

Conc: c. com. 1154 - 1175 -

En la terminología marítima, *Avería*, en general, es el daño que sufre la nave o su carga. Se dice que es gruesa, cuando el daño o el gasto se ha causado deliberadamente en el buque o en el cargamento, para salvarle o para preservar otras naves y que debe ser pagado por todos cuantos tienen interés en el salvamento procurado por ese medio. Un ejemplo clásico es la echazón, que ya entre los romanos se reglaba por la Lex Rodhia de iactu. En el derecho de seguros es un riesgo susceptible de ser asegurado y como dice el art. i.f., es una pérdida que queda cubierta por el seguro marítimo.

En la práctica comparada, según enseñan las pólizas en uso, el derecho de navegación, subordina a las leyes y usos del país del puerto o lugar de destino o aquel en que se termina legalmente el viaje, la liquidación de las averías gruesas o comunes para los fines del pago de la indemnización.

SECCIÓN VIII **INDEMNIZACIÓN**

ARTÍCULO 1.185.- (Determinación de la indemnización). El importe de la indemnización se determina sobre la base de las pérdidas totales o parciales, de parte o todo de los bienes asegurados, teniendo en cuenta si se trata de pólizas valuadas o de valor admitido o de pólizas sin dicho valor.

Conc: c. com. 1160- 1161 - 1172 - 1182 -

ARTÍCULO 1.186.- (Libre de Avería particular). Si el objeto asegurado ha sido garantizado libre de avería particular, el asegurado no tiene derecho a la indemnización por pérdida parcial si ésta no proviene de Avería gruesa o común, salvo que el interés asegurado este constituido por un conjunto de bultos, en cuyo caso el asegurador indemnizará por pérdida total de cada uno o varios de ellos.

Si el objeto asegurado ha sido garantizado libre de Avería particular total o bajo un porcentaje determinado, el asegurador responderá, no obstante, de los gastos de salvamento en que haya incurrido por causa de riesgos cubiertos.

Conc: c. com. 1173 - 1182- 1183 -

Los dos arts. contienen las reglas del pago de la indemnización, según los casos, los que están reglados y explicados en las disposiciones pertinentes (particularmente en las concordantes).

ARTÍCULO 1.187.- (Seguro de responsabilidad ante terceros). En el seguro de responsabilidad ante terceros, el monto de la indemnización corresponderá a la suma que el asegurado haya pagado o deba al damnificado como consecuencia de la responsabilidad asegurada, sin perjuicio de las limitaciones previstas en la póliza.

Conc: c. com. 1087 - 1155, i.f. -

Es aplicable en lo pertinente, la anot. al art. 1087.

SECCIÓN IX NORMAS COMPLEMENTARIAS

ARTÍCULO 1.188.- (Aplicación de normas complementarias) En los casos no previstos en este Título, se aplicarán las previsiones del seguro de transporte del Título III del Libro Tercero de este Código, así como las normas y usos del seguro marítimo internacional, en cuanto sean compatibles.

Conc: c. com. 1076 y s.-

TÍTULO V DEL DEPÓSITO EN ALMACENES GENERALES

CAPÍTULO ÚNICO DEPÓSITO EN ALMACENES GENERALES

ARTÍCULO 1.189.- (Concepto). Se entiende por Depósito en Almacenes Generales el acuerdo por el cual la entidad depositaria se compromete al almacenamiento, guarda y conservación de mercaderías o productos mediante el pago de una remuneración por el depositante.

El Depósito en Almacenes Generales se documentará mediante la expedición de un título - valor denominada

"Certificado de Depósito", al que, si lo solicita expresamente el depositante, se adjuntarán el formulario de Bono de Prenda, conforme determina el artículo 689.

Conc: c.c. 868 - c. com. 6, 12) - 689- 1190- 1194- 1195- 1201- 1204-

Los almacenes generales, para empezar a fijar conceptos, según Messineo, son edificios destinados a recibir en depósito mercaderías o frutos procedentes de otros lugares o de los centros de recolección, en espera de que los mismos sean puestos, aún parcialmente, en circulación o enviados a los lugares de consumo. Vivante, también empieza por señalar que se trata de locales por lo común edificados, en las plazas donde se concentran los grandes depósitos y que poseen los mecanismos necesarios para facilitar la carga y descarga de la mercadería y cuentan con personal experto en todos los negocios de expedición, aduana, conservación, embalaje, etc.

En su función, conforme subraya también Vivante, llenan una triple finalidad: a) hacen más económico y fácil el depósito; b) facilitan el crédito a los depositantes, que pueden obtener préstamos con garantía de las mercaderías depositadas endosando al mutuante el certificado de prenda otorgado por el almacén (arts. 689 y 691); c) facilitan la venta de la mercadería mediante pública subasta o entrega de certificados de depósito, que transmiten la propiedad y la posesión sin que haya necesidad de removerla de donde esta (art. 690).

Pueden ser organizados, gestionados y explotados por comerciantes individuales o sociedades comerciales (art. 6, 12) como también pueden ser instituidos por las municipalidades y aún por las Cámaras de comercio; en todos los casos, con sujeción a las regulaciones del Código y la reglamentación administrativa que quepa sobre la actividad particular de estos almacenes.

Su desarrollo cobro gran importancia hace algo más de un siglo, en Inglaterra y Holanda, que les organizaron para atender la gran afluencia comercial de productos procedentes de todas partes del mundo.

La documentación del depósito, mediante el certificado de depósito y la entrega del bono de prenda, si este es requerido por el interesado, son cuestiones reguladas en el Capítulo correspondiente (arts. 689 a 71 1), cuyo examen, que no ha de repetirse aquí, puede consultarse en las anots. respectivas.

Por lo demás, la mayor parte de las disposiciones de este Capítulo, son de índole reglamentaria, que mejor habrían estado consignadas en la reglamentación administrativa de los almacenes.

ARTÍCULO 1.190.- (Modalidades del depósito). El depósito en Almacenes Generales podrá comprender:

- 1) Mercaderías o productos terminados que, a su vez, podrán ser individualmente especificados o genéricamente designados siempre que sean de una calidad homogénea y aceptada;
- 2) Mercaderías o productos en proceso de transformación o de beneficio;
- 3) Mercaderías o productos que se hallen en tránsito por remisión a los Almacenes.

Conc: c. com. 1189- 1191 - 1192- 1193 -

Aparte las modalidades de detalle que consigna el art. y que luego están explicadas en los arts. siguientes 1191, 1192 y 1 193, cabe señalar que, en general, los depósitos en los almacenes generales son o pueden ser, según la distinción clásica de sus modalidades: regulares (art. 872) e irregulares (art. 876).

Son de la primera clase los depósitos de mercaderías o productos específicamente designados (art. 1193). Tratándose de cosas individualizadas, los almacenes están obligados a restituir las mismas, en el estado en que las hayan recibido, sin otra responsabilidad por daños que la derivada de su culpa. La obligación de guarda y conservación del depósito dura todo el tiempo que se estipule como duración del depósito, salvo emergencias que no le sean imputables y que caigan dentro de las previsiones del art. 1201, el mismo que se aplicara en cada caso según corresponda.

En el caso de depósitos de mercaderías o bienes genéricamente designados, que pertenecen por lo regular a la segunda clase mencionada supra (irregulares), los almacenes están obligados a restituir otros tantos de la misma especie y calidad de lo recibido, siendo de su cuenta las pérdidas en los términos y condiciones que señala el art. 1192, infra.

Para las mercaderías en proceso de transformación y en tránsito, se aplican las mismas regulaciones dichas para los depósitos regulares o irregulares, según el tipo de bienes de que se trate, además de las regulaciones particularmente dispuestas en el art. 1191, siguiente.

ARTÍCULO 1.191.- (Mercaderías en proceso de transformación y en tránsito). Cuando se trate de mercaderías en proceso de transformación o de beneficio, los Almacenes Generales harán

constar en el Certificado de Depósito la circunstancia de estar en dicho proceso e indicar el producto o productos a obtenerse.

Si se trata de mercaderías en tránsito, los Almacenes Generales expresarán en los certificados de depósito y bonos de prenda el hecho de estar aquellas consignadas a su propio nombre. En este caso, anotarán en los títulos, el nombre del transportador y los lugares de carga y descarga. Asimismo, las mercaderías deberán asegurarse contra los riesgos del transporte. El Almacén no responderá de las mermas ocasionadas por el transporte.

Conc: c. com. 689- 692, 2)- 1190, 2) y 3) -

Véase las anots. al art. anterior y a los indicados en la concordancia.

ARTÍCULO 1.192.- (Mercaderías o productos genéricamente designados). En el depósito de mercaderías o productos genéricamente designados, los Almacenes están obligados a mantener una existencia igual a la cantidad y calidad recibida y son de su cargo las pérdidas ocasionadas por alteración o descomposición, salvo las mermas naturales cuyo monto haya quedado expresamente determinado en el Certificado de depósito y Bono de Prenda.

Conc: c. com. 692, 2) - 876 - 1190 -

Véase las anots. a los arts. de la concordancia.

Cabe considerar comprendido en este art. el depósito a granel o en conjunto, denominado también depósito colectivo, regulado expresamente en otras legislaciones (v. gr. la alemana, según Messineo) y que se refiere a mercaderías fungibles. La devolución se hace en calidad homogénea y de naturaleza y valor pecuniario equivalentes, ya que para el propio depositante resulta indiferente que se le restituya la misma mercadería depositada o el tantunden eiusdem generis (Messineo).

ARTÍCULO 1.193.- (Mercaderías o productos específicamente designados). Los Almacenes Generales están obligados a restituir las mismas mercaderías o productos individualmente especificados en el estado en que los hayan recibido, respondiendo de los daños derivados de su culpa.

Conc: c. com. 872 - 1190 -

Véase las anots. a los arts. de la concordancia.

ARTÍCULO 1.194.- (Mercaderías o productos que no pueden ser objeto de depósito). No pueden ser objeto de depósito las mercaderías o productos que, por la acción del tiempo, mermen o se destruyan, salvo cuando la merma signifique una disminución de peso previsible y que no reste eficacia a su utilización.

Tampoco pueden ser objeto de depósito, mercaderías y productos inflamables, explosivos u otros peligrosos, salvo en el caso de contar con instalaciones y seguros adecuados que garanticen plenamente la operación.

Conc: c. com. 1189-

El art. contiene previsiones elementales que se explican solas.

ARTÍCULO 1.195.- (Valor de Las mercaderías o productos). Los Almacenes Generales expedirán los certificados de depósito de las mercaderías o productos, tomando como base el valor declarado por el depositante. Únicamente cuando se observare una notoria discrepancia entre dicho valor y el corriente en el mercado, deben proceder a exigir documentación justificable de tal situación.

Conc: c. com. 1189 -

Esta disposición, tiene aplicación principalmente en conexión con la obligación que establece el art. siguiente (1196).

ARTÍCULO 1.196.- (Seguros). Los Almacenes Generales están obligados a tomar seguros para protegerse de posibles pérdidas, robos, hurtos y otros similares, así como contra incendio, explosión y otros riesgos, a los que se encuentran expuestas las mercaderías o productos depositados, cuando éstos no están asegurados directamente por los depositantes.

Conc: c. com. 692, 6) -

El art. establece un seguro obligatorio, en relación con la función que cumplen los almacenes. Es una obligación que constituye una seguridad, tanto para los depositantes como para los propios almacenes generales.

ARTÍCULO 1.197.- (Impuestos y derechos de importación). Cuando los Almacenes reciban mercaderías o productos sujetos al pago de derechos de importación, no accederán al retiro del

depósito sino mediante la comprobación legal del pago de los impuestos o derechos respectivos o de la conformidad de las autoridades administrativas correspondientes, bajo su responsabilidad.

Conc: c. com. 808 -

Parece indudable una notoria contradicción entre este precepto y el de su concordante, que determina que los efectos de los contratos y actos mercantiles, no serán perjudicados ni suspendidos por el incumplimiento de leyes fiscales, sin que ello libere a los responsables de su cumplimiento y de las sanciones, según las normas legales pertinentes y en el ámbito que corresponde (v. la anot. al art. 808).

Por otra parte, ha de suponerse que la mercadería procedente del extranjero, que es la que esta sujeta al pago de derechos de importación, entra en los almacenes generales, con las obligaciones fiscales satisfechas o en trámite de serlo, una vez que esa retención se explica y se práctica en los llamados depósitos francos (o almacenes aduaneros), en los que quedan depositadas dichas mercaderías, salvo el caso de una franquicia provisional aduanera, mientras se liquide el despacho, caso en el cual la retención de la mercadería se convierte en obligación personal del despachante, lo que quita toda justificación a este precepto.

ARTÍCULO 1.198.- (Pago de la deuda antes del vencimiento). Puede realizarse el pago de una deuda garantizada con el Bono de Prenda y sus intereses devengados, aunque el plazo de la obligación no esté vencido, consignando su valor en el respectivo Almacén. Esta consignación obliga al Almacén y libera las mercaderías.

Conc: c. com. 567- 700- 711 -

La regla tiende a no entorpecer la circulación de la mercadería y es propia del instituto, con prescindencia de las consideraciones de si el plazo fue constituido a favor del acreedor O no (c.c. art. 313 y c. com. art. 700).

ARTÍCULO 1.199.- (Depósito de mercaderías libres de gravamen). Los Almacenes Generales no pueden admitir en depósito mercaderías o productos sobre los que exista prenda constituida, embargo judicial o cualquier otro gravamen registrado o afectado por orden de autoridad competente. Si a pesar de ello se constituye el depósito, dichas entidades depositarias son responsables solidariamente con el depositante de la cantidad consignada en el certificado de

depósito o bono de prenda cuando estos hayan sido transmitidos o fueran pignoradas las mercaderías o productos que en ellos figuren.

Cuando el embargo o gravamen no hubiera sido notificado antes de la expedición de los documentos citados, será inoponible cualquier excepción a sus tenedores.

Conc: c. com. 878 -

Para que tenga efecto lo dispuesto en la primera fracción de este art., es necesario que el hecho o acto que determina la prohibición, sea notificado a los almacenes generales. Faltando la notificación oportuna, no puede derivar responsabilidad ninguna para los almacenes generales, por la misma razón por la que no se admite oponibilidad ninguna de excepciones a los tenedores de los certificados de depósito o bonos de prenda, emitidos antes de la notificación.

Si no obstante la notificación, los almacenes generales admiten el depósito, la disposición de este por el depositante, da lugar a la responsabilidad de que trata el segundo período de la primera fase del art., a menos que - puede admitirse-se haya retenido el valor respectivo en la forma prevista por el art. anterior (1198) para consignar al interesado prendario o a la autoridad que dispuso el embargo.

ARTÍCULO 1.200.- (Derecho de retención de los Almacenes). Los Almacenes Generales pueden ejercer los derechos de retención y privilegio únicamente para hacerse pago de los derechos de almacenaje, comisiones y, en su caso, los gastos de la subasta.

Conc: c.c. 857- 1349, 4) - c. com. 810- 871 -

El precepto supone la aplicación particular a su objeto, de la regla general del art. 810 (reiterada para el depósito en general en el art. 871), cuya anot. le es pertinente. Además, el c.c. (art. 1349, 4), establece privilegio especial en favor de los almacenes generales de depósito, sobre las cosas depositadas para pagarse la retribución y los gastos de almacenamiento, conservación y venta.

ARTÍCULO 1.201.- (Mercaderías en deterioro). Si las mercaderías depositadas corren el riesgo de deteriorarse o de causar daños a otros bienes también depositados, los Almacenes Generales deben notificar al depositante o a los tenedores de los Certificados de Depósito y del Bono de Prenda, si fuera posible, para que sean retiradas de los Almacenes dentro de un término prudencial. En caso que el retiro no se realice dentro del término fijado, podrán venderlas en pública subasta.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplica también en la contingencia de que las mercaderías no sean retirados a la expiración del plazo del depósito o transcurridos treinta días del requerimiento escrito al depositante o al adjudicatario de las mercaderías en la subasta, para que las retire, si no existe término pactado.

El producto de las ventas, hechas las deducciones citadas en el artículo anterior, quedará en poder del Almacén a disposición del tenedor del Certificado de Depósito y del Bono de Prenda o en depósito en garantía, si dicho bono hubiera sido negociado separadamente del Certificado de Depósito.

Conc: c. com. 1189

Comprendido en la anot. al art. 1 190.

ARTÍCULO 1.202.- (División del depósito en lotes). Quien sea a la vez titular del Certificado de Depósito y del Bono de Prenda, tiene derecho a pedir la división de los bienes depositados en varios lotes o fracciones y la entrega por cada uno, de un nuevo Certificado con su correspondiente Bono de Prenda a cambio del Certificado original que devolverá al Almacén General.

Los costos de la operación serán a cargo del interesado.

Conc: c. com. 1203 -

ARTÍCULO 1.203.- (Derecho del tenedor del Bono de Prenda). El tenedor del Bono de Prenda tendrá el mismo derecho señalado en el artículo anterior, pero en este caso el Almacén notificará previamente al tenedor del Certificado de Depósito para que devuelva el certificado original y reciba los parciales.

Conc: c. com. 1202 -

ARTÍCULO 1.204.- (Reglamentación). Independientemente de la aplicación de las anteriores disposiciones, este capítulo será objeto de la correspondiente reglamentación.

Conc: c. com. 1189 -

TÍTULO VI

DEL CONTRATO DE HOSPEDAJE, EDICIÓN Y OTROS

CAPÍTULO I CONTRATO DE HOSPEDAJE

ARTÍCULO 1.205.- (Naturaleza). El contrato de hospedaje es mercantil cuando el alojamiento y los servicios accesorios son prestados por empresas dedicadas a esa actividad.

Conc: c.c. 878- c. com. 6, 13) - 1212 -

De acuerdo a la regla general del art. 6, en cuyo inc. 13) se incluye como acto de comercio la actividad empresarial de hoteles, pensiones, residenciales y afines, el contrato que regula el art. es mercantil por efecto de lo dispuesto en los arts. 1 y 9 del Código. Messineo, le considera un contrato de arrendamiento de cosas combinado con una prestación de servicios: alojamiento, con goce de la organización hotelera y diversas prestaciones personales, que pueden incluir o no alimentación y otros servicios accesorios, contra pago de una compensación unitaria establecida por días, por semanas, por meses, o de otra forma.

El art. 6, inc. 13), incluye en la actividad empresarial hotelera, todas las formas que la misma ofrece: hoteles, pensiones, residenciales, expresamente mencionados y todas las demás formas del contrato de hospedaje: hosterías, albergues, etc., en la genérica referencia a otros establecimientos semejantes.

No supone esto una incursión en el ámbito de regulación del derecho común, dentro del cual, el c.c. (arts. 874 a 878) legisla el contrato de albergue para las relaciones que derivan del alojamiento en las comúnmente llamadas pensiones, residenciales, etc., que por lo regular tienen carácter familiar y no llenan todas las condiciones requeridas reglamentariamente para los hoteles, como actividad comercial. Por eso, el art. 8, inc. 4) del Código, califica como acto no comercial, por tanto sometido al derecho común, la actividad relacionada con la atención de pensiones familiares, gerentadas personalmente por su propietario, cuando este realiza dicha actividad como medio de subsistencia. La ausencia de organización propiamente hotelera y de registro comercial, que no se exige a las pensiones familiares, impone una clara diferenciación que, en el derecho comparado, distingue el contrato de hotel del contrato de pensión (Messineo), como el que se establece entre el que explota comercialmente un hotel (en el primer caso) y el pasajero, y (en el segundo caso) el que se estipula entre quien tiene una habitación amoblada, que puede incluir o no servicios accesorios: alimentación y otros, y el inquilino.

La asimilación de pensiones y residenciales a la actividad hotelera, sujeta a las regulaciones del Código, depende, entonces, de que exista una organización de tipo comercial, con observancia por lo menos de los requisitos mínimos para caracterizarlas como actividad hotelera y con el registro comercial correspondiente.

ARTÍCULO 1.206.- (Reparación de daños). Las empresas dedicadas al ramo son responsables tanto de los daños sufridos por los huéspedes, como de los bienes introducidos por éstos en el alojamiento, cuando aquellos se produzcan por negligencia o culpa de los empresarios, administradores o dependientes.

El empresario puede cubrir su responsabilidad mediante seguros adecuados al efecto.

Conc: c.c. 864- 875- c.com. 1209-

La materia del art. es propia del depósito en hoteles, posadas o tambos (c.c. art. 864) y ha de estarse a las reglas pertinentes, que el art. no hace más que reiterar.

ARTÍCULO 1.207.- (Reglamentación). El contrato de hospedaje se regirá por el reglamento y tarifas aprobados por la autoridad administrativa competente.

Conc: c. com. 1208 -

ARTÍCULO 1.208.- (Limitación de la responsabilidad). La responsabilidad del empresario por los daños o pérdidas de los bienes de los clientes en el alojamiento, debidos a culpa o negligencia de aquél, no excederá del monto fijado por el reglamento respectivo aprobado por la autoridad administrativa competente.

Tratándose de daños en la persona del alojado, cuando éste se halla en el alojamiento, la responsabilidad del empresario se rige por las normas del derecho común.

Conc: c.c. 865 - c.com. 1207 -

La responsabilidad sobre las pérdidas o daños en los efectos introducidos por el cliente, esta limitada a la que señalan las prescripciones reglamentarias pertinentes. Esa limitación no tiene efecto cuando se trata de daños en la persona del cliente o alojado, y la responsabilidad, de acuerdo a las reglas generales del derecho común, ha de ser adecuada a la importancia del daño. Tampoco opera la limitación, respecto de las cosas o valores que el alojado haya entregado, extremo que se sujeta a las reglas de los arts. 1212 y 1213.

ARTÍCULO 1.209.- (Exención de responsabilidad). El empresario quedará exento de responsabilidad, cuando pruebe que los daños sufridos por el alojado en su persona o en sus pertenencias, se debieron a culpa del cliente o sus dependientes, de sus visitantes o acompañantes, a la naturaleza, o vicio de la cosa o a caso fortuito.

Conc- c.c. 866 - c.com. 1206 -

De acuerdo a lo dispuesto por este art., según se explica en la doctrina, no es suficiente que el hotelero demuestre que el evento dañoso no se debe a una causa imputable a él para sustraerse a la responsabilidad, sino que debe probar que dicho evento se ha debido a una de las causas mencionadas en el art. La ley, para el caso, no exige una prueba negativa, sino una prueba afirmativa (Messineo). Si no aporta esa prueba afirmativa (así demostrara la negativa) la responsabilidad del hotelero subsiste.

Queda excluida la responsabilidad del hotelero, si el cliente no da aviso oportuno del daño, pues, debe ser inmediato (c.c. art. 866, II).

Todo pacto que exima de responsabilidad al hotelero, contra lo dispuesto por la ley, es nulo (c.c. art. 866, I).

ARTÍCULO 1.210.- (Derecho a depositar). Los huéspedes tienen derecho a depositar en la administración del establecimiento dinero u objetos de valor para su cuidado, debiendo recabar recibo firmado que acredite la entrega de los mismos. Quien así no lo hiciera, asume su propia responsabilidad.

Conc: c.c. 863 y s.- c. com. 869- 1211 -

La entrega, en el supuesto del art., debe ser acreditada mediante recibo descriptivo de las cosas y valores depositados, adecuado para individualizar los mismos, a fin de evitar su cambio o la dificultad de su verificación a tiempo de la restitución.

La responsabilidad sobre los efectos entregados es ilimitada, en el sentido de que no está sometida a la limitación reglamentaria sobre los objetos introducidos y no denunciados al hotelero, sino que comprende los valores y bienes depositados (art. 1211, infra).

El excesivo valor de la cosa que se quiere depositar o su volumen desmesurado, respecto de la capacidad de los locales del hotel, son causas justificadas para que el hotelero se niegue a la recepción del depósito y su negativa le exonera de responsabilidad (c.c. art. 865).

ARTÍCULO 1.211.- (Responsabilidad del depositario). La responsabilidad del depositario recaerá sobre los bienes o valores depositados conforme al artículo anterior.

El empresario, sin embargo, en vista del cuantioso valor o del excesivo volumen de los mismos puede negarse a recibirlos.

Conc: c.c. 865- c. com. 1210-

ARTÍCULO 1.212.- (Causas de terminación del contrato). El contrato de hospedaje termina por las siguientes causas:

- 1) A falta de plazo, por aviso dado por el huésped antes de las tres de la tarde del día de su salida;
- 2) Falta de pago del servicio;
- 3) Infracción al reglamento;
- 4) Escándalo público y alteración del orden;
- 5) Ausencia del alojado por más de tres días sin haberse dado aviso o advertencia;
- 6) Otras causas pactadas expresamente.

Conc: c. com. 1205 - 1213 - 1214 -

Los más son casos propios de la reglamentación hotelera.

ARTÍCULO 1.213.- (Derechos y obligaciones del empresario). Terminado el contrato por el empresario, este podrá retirar de la habitación el equipaje y los efectos personales del cliente, levantando inventario con la intervención de Notario de Fe Pública.

Conc: c. com. 1212 -

ARTÍCULO 1.214.- (Remate judicial). Si el cliente no apareciera o no pagara su cuenta, el empresario, transcurridos treinta días de espera, podrá demandar el remate judicial del equipaje y efectos personales por la vía sumaria. Con el valor obtenido se cubrirán los gastos del trámite, se pagará lo debido al empresario y, si hubiera remanente, el juez ordenará su depósito en un Banco a nombre del cliente.

Conc: c.c. 1349, 2) - 1511, 3) - c. com. 1212-

El c.c. (art. 1349, 2), atribuye privilegio especial en favor del hotelero sobre las cosas llevadas al hotel y sus dependencias por la persona hospedada y que continúen encontrándose allí. El art. en consecuencia, en su aplicación, tiene el apoyo de la indicada regla del derecho común. El derecho del hotelero para proceder a la acción que regula el art., prescribe al año (c.c. art. 1511, 3), que se computa desde que transcurrieren los 30 días de que habla el art.

ARTÍCULO 1.215.- (Aplicación de estas normas). Las disposiciones de este Capítulo se aplicaran a hoteles, moteles, pensiones, fondas, clínicas, sanatorios y empresas similares.

Conc: c. com. 6, 13) -

CAPÍTULO II CONTRATO DE EDICIÓN

ARTÍCULO 1.216.- (Concepto). Por el contrato de edición, el autor de una obra literaria, científica y artística o didáctica, entrega el original a un editor quien se obliga a reproducirla con el nombre de aquél o su seudónimo.

Este contrato será mercantil cuando el editor sea una empresa dedicada a esta actividad.

Conc: c. com. 6, 14) y 15)-490-1217-1221-1223-1229-1232-1233-1234-1235-

La reglamentación que legisla el Capítulo sobre la edición de las obras literarias, científicas, artísticas o didácticas, comprendidas como propiedad intelectual de los autores por la L. de 13 de Noviembre de 1909, incluye este contrato entre los nominados, en el sentido de que, ahora, por razón de dicha reglamentación, cuenta con una disciplina legislativa particular.

Antes de esta reglamentación, los contratos de edición se otorgaban conformados a las normas generales a que están sujetos todos los contratos, nominados e innominados (c.c. art. 451, I). Pues, la L. de 1909 sobre propiedad intelectual, sólo se concreta a garantizar el ejercicio de ese derecho, prohibiendo toda edición sin permiso del propietario de la obra o de sus herederos (art. 4). Por su parte la L. de 19 de Enero de 1925 (Ley de Imprenta), sólo exige que los libros, entre otras publicaciones, lleven al pie de ellos el nombre del establecimiento editor, cuya omisión configura clandestinidad susceptible de sanciones (arts. 4 y 5).

El titular del derecho sobre una obra del ingenio, dice Messineo, puede utilizar personalmente ese derecho, reproduciendo o exteriorizando su obra. Más, como ello supone una organización necesariamente especializada, por lo regular transfiere, gratuita u onerosamente, el derecho de autor o concede a otro el ejercicio de su derecho o su utilización, manteniendo la titularidad; en uno u otro caso, enajena algo mediante el contrato de edición, por medio del cual, el autor inviste a otro del derecho de exteriorizar o reproducir, materialmente, su obra.

En el primer caso, hay un acto traslativo, cuando el autor transfiere su derecho como tal, esto es, la propiedad sobre un bien inmaterial (v. la anot. al art. 463) como es el que menciona el art. 490. En el segundo caso, el acto es solamente constitutivo, porque el autor, sin privarse de la titularidad del derecho patrimonial, constituye en favor del editor un derecho de carácter absoluto, derivado del derecho de autor, que en el derecho comparado se le llama derecho real de edición. Mientras el derecho de autor, es un derecho de propiedad, el de edición es un derecho real, análogo al usufructo en cuanto derecho de goce sobre una cosa ajena, pero con contenido suyo propio (Messineo). La analogía no supone identidad. El derecho real de edición esta determinado en su contenido por la ley (la reglamentación del capítulo), mientras el usufructo sobre derecho de autor, como subcaso de la figura del usufructo, esta sometido a la disciplina de este. Intervienen en este contrato el autor y el editor. Aquel que concede a este, el poder de utilizar el derecho de autor, publicando por medio de la imprenta la obra de aquel. :

Así, el contrato de edición supone la enajenación constitutiva del derecho de autor y comporta, para el autor, la simple privación del derecho de publicarla por su propia cuenta y, correlativamente, para el editor, la adquisición de un poder absoluto (Gregorio, cit. de Messineo), especialmente operante frente a terceros y también frente al autor mismo.

ARTÍCULO 1.217.- (Derechos adquiridos). La empresa editora puede adquirir el derecho de publicar una o más ediciones de la obra. El autor o sus causahabientes deben hallarse en goce del derecho de publicarla.

Conc: L. prop. Int. 2- 3 L. imp. 4- 5- c. com. 1216-1218- 1220- 1228-

El contrato de edición, por lo regular, lo estipula el autor. Los herederos lo hacen en cuanto suceden en el derecho de autor, que también es transmisible por sucesión, por el término de 30 años (L. 1909, art. 4). Los herederos pueden estipular contratos por nuevas ediciones de obras ya publicadas por el autor, en vida.

ARTÍCULO 1.218.- (Presunción). Si en el contrato no se menciona el número de ediciones, queda entendido que el editor sólo puede publicar una sola edición.

Conc: c. com. 1217- 1222- 1227 -

Por lo regular, el contrato es por edición, esto es, una edición. Para el número de ediciones que el editor pueda publicar, depende del contrato entre las partes. A falta de estipulación expresa, sobre el particular, rige la presunción establecida en el art.

ARTÍCULO 1.219.- (Artículos sueltos). Los artículos publicados en diarios, boletines, revistas o periódicos así como los sueltos insertos en una publicación, pueden ser reproducidos en todo tiempo por su autor.

Conc: Const. 7, b) - L. prop. int. 5- c. com. 1229-

Es una aplicación del principio constitucional (art. 7, inc. b) que garantiza el derecho de emitir libremente las ideas y opiniones por cualquier medio de difusión y de la disposición del art. 5 de la L. prop. int., que prohíbe editar o reproducir obras ajenas sin el permiso del propietario o de sus herederos.

ARTÍCULO 1.220.- (Número de ejemplares y plazo). La empresa no editará un número mayor de ejemplares que los expresamente convenidos dentro del plazo señalado, y a falta de éste, en el que fuera estrictamente necesario para lograr la impresión y encuadernación de la obra.

Conc: c. com. 1217- 1213 - 1236 -

La cantidad de ejemplares, se concreta en el contrato. En cuanto al tiempo, depende de la conveniencia de las partes y de las características propias de las editoriales.

ARTÍCULO 1.221.- (Forma de La reproducción). La reproducción de la obra se hará conforme al original. El editor efectuará la publicidad en la forma más adecuada para la mejor difusión de la obra.

Conc: c. com. 1216 -

Es obligación del editor, reproducir y difundir, esto es, poner en venta, la obra, con o sin nombre del autor o con seudónimo, según lo pactado (art. 1216), de conformidad con el original,

incluidas las modificaciones que el autor introduzca eventualmente durante la composición tipográfica.

ARTÍCULO 1.222.- (Edición de varias obras). El contrato para editar una o varias obras del mismo autor no autoriza la edición de las obras completas, salvo pacto en contrario.

Conc: c. com. 1218 - 1227-

El contrato, de ordinario, nomina las obras a editarse, de tal manera que no cabe la suposición de que un contrato para varias obras, pueda autorizar una interpretación de edición de obras completas, extremo que ha de requerir mención expresa en el contrato y la individuación nominatim de los títulos que componen las obras completas.

ARTÍCULO 1.223.- (Retribución económica). El contrato regulará la retribución económica que corresponda al autor, la cual será exigible desde el momento en que la obra editada quede lista para su distribución.

El autor, a falta de regulación, tendrá derecho a la mitad de los beneficios que obtuviera el editor. Este le rendirá cuentas trimestralmente, salvo pacto en contrario.

El autor puede exigir un determinado número de ejemplares en forma gratuita.

Conc: c. com. 1216 - 1224 - 1225 -

ARTÍCULO 1.224.- (Pérdida por caso fortuito). Si la obra perece por caso fortuito, después de entregada al editor, éste queda obligado al pago de la retribución económica convenida.

Conc: c. com. 1223 -

ARTÍCULO 1.225.- (Pérdida de la edición). Si perece en todo o en parte la edición de la obra antes de ponerse a la venta, el editor podrá hacer reproducir a sus expensas los ejemplares destruidos, sin que el autor o sus causahabientes puedan pretender el pago de nuevas retribuciones.

Conc: c. com. 1223 -

Otra obligación del editor es pagar al autor la compensación o retribución económica pactada (derechos de autor), que por lo regular, esta subordinada a la convención de las partes, en cuyo defecto puede considerarse aplicable las previsiones del art. 1223.

Generalmente, la retribución económica consiste en un porcentaje sobre el precio de venta al público de cada ejemplar, pagadera en plazos fijos o mediante liquidaciones periódicas.

La entrega al autor de determinado número de ejemplares gratuitamente (que ordinariamente no alcanza a una decena), es práctica universal.

La ambigüedad del art. 1224, no deja determinar si la pérdida de la obra, se refiere al manuscrito (que puede ser único, por tanto irremplazable) o a la edición. Ha de suponerse que se refiere a lo primero, una vez que el art. siguiente (1225) trata de la pérdida de la edición. Supuesta correcta esta interpretación, quiere decir que, perdido el manuscrito de la obra, siendo esta irremplazable, el editor queda obligado al pago de la retribución económica convenida, como si la obra hubiera sido publicada y vendida. Como el art. habla de caso fortuito ha de inferirse, además, que ocurriendo la pérdida por culpa del editor, las consecuencias indemnitarias son diversas y se aplican las reglas comunes. Igualmente en caso de pérdida por dolo o mala fe del editor.

La previsión del art. 1225, supone el caso de pérdida total o parcial de la edición. La prevención relativa a la improcedencia de la duplicación del pago de la retribución económica, por efecto de la reposición de ejemplares es ociosa, una vez que ella esta determinada sobre ejemplar vendido, no pudiendo considerarse vendible un ejemplar destruido.

ARTÍCULO 1.226.- (Registro). El editor efectuara las gestiones necesarias conducentes al registro de propiedad intelectual de la obra en nombre del autor, si no las hubiera hecho éste.

Conc: L. prop. int., 8 - c. com. 490 -

Por disposición del art. 8 de la L. prop. int., toda obra para merecer la protección de la ley que ampara los derechos de autor, debe ser inscrita en el registro pertinente, que corre a cargo de las dependencias del Ministerio de Educación: el Instituto Boliviano de Cultura, y para cuyo efecto el autor debe depositar dos ejemplares en dicho Instituto (art. 9 L. prop. int.) aparte los depósitos en determinadas bibliotecas oficiales que el editor debe hacer, de otro número de ejemplares.

ARTÍCULO 1.227.- (Varias ediciones). Si se hubiera pactado varias ediciones o una determinada tirada, el editor no podrá realizar una nueva edición de la obra o una nueva tirada sin informar al autor con la anticipación necesaria, para que este pueda corregir, aumentar o hacer las mejoras que desee.

Conc: c. com. 1218 - 1222 - 1229 -

Generalmente son condiciones que se determinan en el contrato. De todos modos, la ley protege el derecho del autor a resolver por sí el contenido de la obra. Es facultad inherente a la propiedad de su obra, según la correcta definición del art. 1229, 2ª parte.

ARTÍCULO 1.228.- (Nuevo contrato). El titular de los derechos de autor no puede celebrar un nuevo contrato de edición, mientras no hubiera transcurrido el plazo fijado para la venta de la obra o no se hubiera agotado la edición, salvo pacto en contrario.

Conc: c. com. 1217 -

Si la concesión al editor ha sido por una edición, el autor o sus herederos, para contratar (con el mismo editor o con otro) una nueva edición, deben esperar que la edición este agotada, o que transcurra el plazo convenido, si se sometió el contrato a la vigencia de un plazo.

ARTÍCULO 1.229.- (Derechos especiales del autor). El autor conserva el derecho de introducir en su obra las correcciones, enmiendas o mejoras que le parecieran necesarias hasta que la obra entre en prensa.

Asimismo, conserva como derecho inherente a la propiedad de su obra el de exigir en las impresiones copias o reproducciones de la misma la fidelidad de su título y texto, así como la mención correcta de su nombre o seudónimo.

Conc: c. com. 1216- 1219- 1227-

ARTÍCULO 1.230.- (Edición no efectuada dentro del plazo). Si el contrato facultara al impresor para realizar más de una edición y el titular de los derechos de autor lo requiera para la publicación de una nueva, después de haberse agotado la anterior, el editor debe proceder a realizar la nueva. Si no pusiera a la venta la nueva edición dentro de los seis meses siguientes al vencimiento del plazo correspondiente, podrá resolverse el contrato y el editor resarcirá los daños y perjuicios ocasionados.

Conc: c. com. 805 -

La resolución del contrato por falta de publicación de la obra, no solo procede en el supuesto del art., para una nueva publicación agotada la precedente, sino también para la falta de cumplimiento del contrato para la primera edición, en el tiempo previsto en el contrato.

ARTÍCULO 1.231.- (Edición agotada). Una edición se considera agotada cuando sólo quede para la venta el cinco por ciento o menos del total de la misma.

Conc: c. com. 1220-

ARTÍCULO 1.232.- (Imposibilidad de concluir la obra). Si antes de concluir su obra el autor muere, queda incapaz o se encuentra imposibilitado de terminarla, el contrato se extingue. Sin embargo, si el juez considera que es posible y equitativo el mantenimiento íntegro o parcial del contrato, puede autorizar su continuación y adoptar las medidas necesarias en resguardo de los derechos de las partes.

Conc: c. com. 1216 -

El art. rige en el supuesto de que exista contrato de edición cuando el autor compromete una obra en preparación aún no concluida a tiempo de celebrar el contrato.

ARTÍCULO 1.233.- (Ejemplares no vendidos dentro del plazo). Cuando, al vencimiento del plazo, el editor conserva ejemplares de la obra no vendidos, el titular de los derechos de autor puede comprarlos al precio de costo, con el diez por ciento de bonificación. Si el titular no hiciera uso de este derecho, el editor puede continuar la venta de dichos ejemplares en las condiciones del contrato fenecido.

Conc: c. com. 1216 -

El art. rige cuando el contrato ha señalado término para la vigencia del derecho de edición que, por lo regular, es raro en la práctica.

ARTÍCULO 1.234.- (Estipulaciones nulas). Es nula la estipulación por la cual un autor compromete íntegramente su producción futura o se obliga a no producir total o parcialmente otras obras aún cuando fuera por tiempo limitado.

Conc: c. com. 1216 -

Son cuestiones que afectan al orden público las que causan la prohibición que contiene el art., bajo sanción de nulidad, tal como si alguien firmara un contrato de trabajo a perpetuidad con un empleador o se comprometiera con este a no trabajar para nadie. Son de orden público, porque en rigor afectan a la libertad individual y de ser permitidas se configuraría una forma de servidumbre, condenada por el art. 5 de la Constitución Política.

ARTÍCULO 1.235.- (Aplicación extensiva). Las disposiciones de este Capítulo son aplicables a la edición y reproducción de obras por medios distintos al de la imprenta, cualquiera sea el sistema de reproducción y las formas o modalidades utilizadas en la difusión, en todo aquello compatible con su propia naturaleza y sujeto a lo previsto en la Ley de Derechos de Autor.

Cuando se trate de grabaciones de obras musicales, el editor debe obtener el consentimiento del intérprete y del titular de los derechos de autor. A falta de convenio, la retribución se dividirá por partes iguales entre ambos.

Conc: c. com. 490- 1216 -

ARTÍCULO 1.236.- (Derechos especiales del editor). Si de acuerdo a un plan preparado por el editor, varios autores se obligan a componer una obra, y si en el contrato se hubiera omitido estipular plazo para el goce del usufructo emergente, éste no podrá exceder de cinco años.

Conc: c. com. 1220 -

En el derecho y la práctica comparados, colaboración en obra colectiva, es aquella en la que, salvo pacto en contrario, el derecho de utilización económica corresponde al editor (Messineo).

En la obra colectiva, se distingue la que esta compuesta de varias obras singulares, sobre determinado tema v. gr., y que pueden ser vendidas y reeditadas singularmente también. En el derecho comparado (v. gr. la ley italiana de 1941 sobre derechos de autor, art. 38, cit. de Messineo), se considera autor de la obra colectiva a quien la organiza y dirige (que puede ser un editor), sin perjuicio de que los colaboradores singulares puedan ejercer el derecho de autor separadamente, según convenio, sobre su producción propia en la obra colectiva

Otra de las formas de la obra colectiva, a la que en realidad se refiere propiamente el art., es la obra colectiva compuesta o en colaboración, producto de dos o más coautores, que constituye una comunidad de derechos de autor y las relaciones con el editor se determinan teniendo en cuenta esa característica. Si no se establece nada al respecto en el contrato, rige el art. en lo que respecta al período de usufructo del derecho de edición.

Puede también darse el caso de co-edición, que no prevé expresamente el Capítulo, pero que es posible dentro de las regulaciones generales de los contratos. Los co-editores asumen solidariamente las obligaciones frente al autor (art. 788) y respecto de sus relaciones internas rige lo pactado o, en su defecto, las reglas de la comunidad y de la solidaridad (Messineo).

MANDATO

ARTÍCULO 1.237.- (Concepto). Por el mandato comercial una de las partes se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de la otra.

Conc: c.c. 804- c. com.72-123-207-273-529-1258-1260-1270-1289-1351-1405-1427-

En el derecho privado, en general, para celebrar u otorgar cualquier acto jurídico, con la única excepción del testamento (c.c. art. 1115) y el cambio de beneficiario en el seguro (v. la anot. al art. 1135), se puede acudir al instituto de la representación, que, según la definen Planiol y Ripert, es el medio por el cual una persona, utiliza la voluntad de otro, para obtener los mismos efectos que si actuara por si mismo. supone la concurrencia de tres condiciones: voluntad propia del representante, intención de representar y poder para representar.

El mandato configura la representación voluntaria y supone el contrato por el cual uno de los contratantes (mandante) confiere a otro (mandatario) el poder de gestionar y actuar en los negocios de su interés, por su cuenta y en su nombre.

El Capítulo, por definición del art., legisla el mandato comercial. Deriva de ello que ha de diferenciarse este del mandato civil, cuestión elemental que los autores resuelven, diciendo que el mandato es comercial cuando su objeto son actos de comercio (cual lo define también el art. en estudio) y es civil cuando su objeto son actos civiles. Además, el mandato civil, aunque se presume oneroso, puede ser gratuito (art. 808, I, c.c.); el comercial se reputa siempre oneroso (c.c. 808 II, y c. com. 1239).

Fuera de estas diferencias, una y otra especie de mandato se rigen por las mismas reglas, en general, por cuya virtud resultan aplicables las disposiciones pertinentes del c.c. Sin embargo, habida cuenta la estrecha semejanza - que lleva a muchos autores a confundirlos como una sola figura jurídica- que se da entre mandato y comisión, particularmente en lo que se refiere a las relaciones entre el dominus del negocio (mandante o comitente) y quien lo realiza por su cuenta (mandatario o comisionista), se aplican en primer término, en los puntos omitidos en la regulación del mandato comercial, las disposiciones pertinentes a la comisión y sólo en segundo término, supletoriamente, las del c.c. (art. 1247).

La diferencia característica entre mandato comercial y comisión, a propósito de lo dicho precedentemente, en la doctrina y en la generalidad de las legislaciones, se relaciona directamente con el carácter representativo del mandato y el carácter no-representativo de la comisión. El mandatario contrata por cuenta y nombre de otro, del mandante; el comisionista contrata en su propio nombre pero por cuenta de otro, del comitente, diferencia subrayada en el concepto que el art. 2600, da de la comisión.

Sin embargo, aunque con formas y reglas particulares propias, puede decirse que, como anota Ruggero Mazzi, en la traducción de las Instituciones de Vivante, el mandato comercial se manifiesta en el comercio, bajo los roles de comisionista, martillero, corredor de bolsa, factor, dependiente de comercio, comisionista de transportes, sindico, gerente y liquidador de una sociedad, sindico en la quiebra, armador- gerente, capitán (de nave), asegurador, tomador a la gruesa, etc., lo que exige una cuidadosa delimitación legislativa.

El Capítulo no contiene disposición relativa a forma especial ninguna para constituir el mandato comercial. Por aplicación de los arts. 786 y 1247, ha de entenderse que puede conferírsele expresa o tácitamente y, en el primer supuesto, por instrumento público o privado, por carta o telegrama y hasta verbalmente, y salvo las exigencias expresas de la ley, según los casos (c.c. art. 805).

JURISPRUDENCIA

- 1.- "La obligación es directa y personal para el que la contrae que no es el mandatario que no contrae obligación alguna para si, sino solamente para su mandante" (G.J. N° 518, p. 12).
- 2.- "El mandato puede hacerse por acto público o mediante carta privada, perfeccionándose con la aceptación del mandatario o la ejecución del mandato" (G.J. N° 610, p. 7).
- 3.- "La revocación de un mandato hecha con posterioridad a un acto realizado, no retrotrae sus efectos a los actos en que es responsable (el mandante) de la ejecución de su mandato" (G.J. N° 701, p. 7).

- 4.- "El mandatario obliga a su mandante, si obra dentro de los poderes que recibe" (G.J. N° 750, p. 21).
- 5.- "El acto por el que la demandada recibió unas letras para que mandara objetos de comercio a Santa Cruz no constituye un depósito, o sea, la recepción de una cosa de otro, con cargo de guardarla y restituirla en especie, como lo establece el art. 1281 (843) del c.c. sino un verdadero mandato" (G.J. N° 760, p. 45).
- 6.- "El mandante tiene acción directa contra el sustituto para pedir cuenta y razón de lo que este ha hecho en representación de aquel y solo puede dirigirse contra el primitivo mandatario en los casos previstos por el art. 1342 (818) del c.c." (G.J. N° 1251, p. 51).
- 7.- "El mandato verbal tiene validez al tenor del art. 1333 (805) del c.c. y se admite la prueba testimonial para acreditar su falsedad substancial" (G.J. N° 1286, p. 20).

ARTÍCULO 1.238.- (Actos comprendidos en el mandato). El mandato puede ser general o especial. El primero es el conferido para la realización de todos los actos que no excedan del giro ordinario del negocio jurídico encomendado, salvo limitaciones expresamente establecidos en el contrato. El mandato especial comprende uno o más actos expresamente determinados, además de los necesarios para su cumplimiento.

Conc: c.c. 809 - 810- c. com. 73 - 75 - 506 - 534 -1580- 1581 -

La distinción entre mandato general y especial, que hace el art., esta conformada a la tradicional limitación del mandato. En realidad, no se contraponen el mandato general al mandato especial, sino al mandato expreso (Planiol y Ripert), en el sentido de que no se requiere un mandato especial para cada acto de disposición individualmente considerado, v. gr. transigir, enajenar, o hipotecar, o firmar letras de cambio o cheques, etc. Es suficiente que el mandato, así sea general, faculte expresamente al mandatario para realizar todos o alguno de esos actos, con su mención específica y explícita en el apoderamiento o poder. Las limitaciones también deben consignarse expresamente.

Los alcances de la atribución expresa de facultades, o de sus limitaciones, requieren una precisión inequívoca, particularmente en las cuestiones relacionadas con la facultad de comprometer al mandante, cual establece el art. 810 del c.c., cuando advierte que la facultad de transigir, por ejemplo, no importa la de comprometer, esto es, que cada facultad expresa tiene su límite que no permite ampliarlos por inferencias; de ahí que en el caso propuesto, si la facultad de transigir ha de involucrar la de comprometer, esta como aquella deben consignarse expresamente en el mandato.

Cabe destacar que la formulación del art. responde a esta doctrina y esta adecuada a ella.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "No conteniendo los poderes conferidos cláusula expresa para hipotecar, contraviene la ley al otorgar obligación hipotecaria" (G.J. N° 634, p. 4).
- 2.- "El mandatario en términos generales, es un simple mandatario sin poder especial para hacer adquisiciones" (G.J. N° 705, p. 19).
- 3.- "El poder general conferido por B. a J. contiene las facultades de hacer cobranzas y pagos, acusar recibos y finiquitos y al transferir el mandatario a C. el crédito que a favor del mandante reconocía V., en pago de la obligación que, a su vez, reconocía B. en favor de C., procedió el mandatario dentro del límite prescrito en el mandato" (G.J. N° 721, p. 9).
- 4.- "La circunstancia de haber dado el mandante instrucciones a su mandatario, las que sólo regulan las relaciones entre ellos, no exime a aquel de pasar por los actos de este respecto de terceros conforme al art. 1345 (821) del c.c." (G.J. N° 748, p. 70).
- 5.- "El mandante no está ligado a lo que el mandatario haya hecho con exceso de las facultades conferidas si no lo ha ratificado expresa o tácitamente, según lo dispuesto por el art. 1345 (821) del c.c." (G.J. N° 1219, p. 40).

ARTÍCULO 1.239.- (Derecho a remuneración). El mandatario tiene derecho a la remuneración convenida o usual en esta clase de actividades o, en su defecto, a la determinada por peritos.

Conc: c.c. 808- c. com. 79- 1240- 1271- 1472-
Comprendido en la anot. del art. 1237.

JURISPRUDENCIA.

"El mandatario tiene derecho a la retribución estipulada, por no habersele comunicado la suspensión del mandato en la forma y tiempo convenido, sin que la intervención de otro gestor le prive de ese derecho" (G.J. N° 1231, p. 20).

ARTÍCULO 1.240.- (Los beneficios obtenidos deben entregarse al mandante). El mandatario, fuera de la remuneración convenida, no puede retener en su provecho ningún beneficio o superávit obtenido, directa o indirectamente, en el negocio jurídico encomendado, debiendo en todo caso entregarlo a su mandante antes o a tiempo de rendir cuentas.

Conc: c.c. 817- 820- c. com. 119- 1239-

El art. se refiere a una de las obligaciones del mandatario, que es la de tener informado al mandante sobre todo lo concerniente a las negociaciones que se le ha encomendado y entregarle las cantidades de dinero que correspondan al mandante, sobre cuyo importe corren inclusive intereses en la forma determinada por el art. 820 del c.c. y 1284 del Código, aplicable al caso según el art. 1247 del mismo. La obligación incluye rendiciones de cuentas periódicas.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Constando haber recibido el mandatario varias cantidades de dinero, esta obligado a dar cuenta de su gestión y de todo lo que hubiese recibido en el desempeño de su cometido" (G.J. N° 229, p. 1287).
- 2.- "El mandatario esta obligado a dar cuenta de todo lo que hubiera recibido en virtud de su encargo y a pagar los intereses de las sumas que hubiere empleado" (G.J. N° 387, p. 193).
- 3.- "El mandatario debe conforme al art. 1344 (820) del c.c. los intereses de las sumas que ha empleado, desde el día que los empleó" (G.J. N° 720, p. 41).
- 4.- "El art. 1341 (817) del c.c. impone a todo mandatario la obligación de rendir cuenta de su administración, sin perjuicio de la glosa y observaciones que el mandante tiene facultad de hacer" (G.J. N° 753, p. 23).
- 5.- "El mandatario es responsable de los daños y perjuicios que pudieran resultar de la inobservancia del mandato" (G.J. N° 1269, p. 35).

ARTÍCULO 1.241.- (Contraparte). El mandatario no podrá hacer de contraparte de su mandante, salvo en el caso de derechos e intereses personales emergentes del propio mandato.

Conc: c.p. 176-

La prohibición del art. a cuya formulación le falta precisión, no importa una inhabilitación absoluta para el mandatario que le impida representar a otro ante el mandante, en asuntos ajenos al mandato o cuando este se ha cumplido o extinguido ya. A lo que se refiere, es a que el mandatario no puede representar al mismo tiempo, un interés contrario, propio o ajeno, al del mandante, en el negocio o acto que este le ha encomendado, porque en tal supuesto existe un evidente conflicto de intereses. Una actuación contraria del mandatario en este supuesto, es pasible de sanción penal (c.p. art. 176).

La excepción contenida en la salvedad, es lógica una vez que es cosa diversa y supone incumplimiento de obligaciones derivadas del propio mandato, en el mandante, que autoriza al

mandatario accionar en demanda de la protección jurisdiccional de sus derechos que le reconoce la ley (c.c. art. 1449).

JURISPRUDENCIA

"El mandatario encargado de vender no puede aprovecharse de las ventajas del mandato para adquirir en beneficio propio el bien que le ha encargado vender" (G.J. N° 1210, p. 62).

ARTÍCULO 1.242.- (No aceptación del cargo). Si el mandatario no acepta la realización del acto propuesto, debe dar aviso, dentro del término de tres días al de su recepción, ya sea a la parte proponente o a su representante autorizado.

Conc: c. com. 1261 -

Para la aplicación de este art. ha de tenerse en cuenta las disposiciones del art. 1261, aplicable al mandato por virtud del art. 1247.

ARTÍCULO 1.243.- (Mandatos conferidos a varias personas). El mandato puede conferirse a varias personas para obrar conjunta o separadamente. En este último caso, cumplido el encargo por uno de los mandatarios, el mandante debe avisar del hecho a los demás tan luego tenga conocimiento de la celebración del negocio o encargo, bajo pena de indemnizar los perjuicios causados por su omisión o tardanza.

Los mandatarios que deben obrar conjuntamente son solidariamente responsables ante el mandante.

Conc: c.c. 819 - c. com. 78 -

Esta es una regulación resumida de la regla general del art. 819 del c.c. sobre pluralidad de mandatarios y los efectos del mandato, según las estipulaciones de este, respecto de la actuación conjunta o separada de los mandatarios y de la responsabilidad consiguiente según el tipo de actuación. Cabe la aplicación concordante de la regla citada del derecho común, al mandato comercial.

ARTÍCULO 1.244.- (Responsabilidad solidaria de los mandantes). Cuando en un contrato intervienen varios mandantes para un mismo negocio o acto, estos serán solidariamente responsables ante el mandatario de las obligaciones contraídas.

Conc: c.c. 435- 825 - c. com. 788 -

Conforme con la regla del art. 825 del c.c., la solidaridad de los mandantes comunes, requiere que el mandato colectivo verse sobre un negocio común y se otorgue en un acto común. Negocio común supone que los intereses de los mandantes sean conformes y armónicos - y no contrarios ni distintos- como, por ejemplo el de los acreedores de una quiebra, que implica una comunidad manifestada en la común conveniencia de asegurar, en lo posible, la satisfacción de sus acreencias.

Los efectos de la solidaridad son los del derecho común: el mandatario puede accionar directamente y por el total, contra cualquiera de los mandantes, mientras su acción no haya prescrito.

ARTÍCULO 1.245.- (Deberes y facultades del mandatario). El mandatario debe proveer a la custodia y seguridad de los bienes recibidos por cuenta del mandante y velar por el cumplimiento del contrato con relación al transportador, asegurador y terceros.

Conc: c.c. 814- c. com. 80, 1)- 529- 1263-

Es obligación del mandatario cumplir el mandato conforme a las órdenes e instrucciones del mandante y, en defecto de estas, o en la imposibilidad de consultarlas o recibirlas en tiempo oportuno, como lo haría en negocio propio y conformándose a los usos del comercio, todo de conformidad a la regla del art. 1263, aplicable al mandato según dispone el art. 1247. La inobservancia de esta obligación, le hace responsable de los daños que ocasione al mandante, por aplicación de los arts. 814 del c.c. y 1284 del c. com. aplicable al caso por virtud del art. 1247 del mismo.

JURISPRUDENCIA

"Todo mandatario esta obligado a dar cuenta y razón de lo que recibe y a responder de los daños e intereses que pudieran resultar de su inejecución" (G.J. N° 734, p. 26).

ARTÍCULO 1.246.- (Derecho de retención y preferencia en el pago al mandatario). El mandatario tiene derecho a retener las sumas de dinero o bienes que tenga en su poder, provenientes del mandato ejecutado por cuenta del mandante, para que se le pague su

remuneración, y no podrá ser desposeído de ellos sin el previo pago. En su caso, gozará de la preferencia concedida por las leyes laborales.

Conc: c.c. 824- c. com. 529- 810- 1256- 1285-

El derecho de retener exige, para tener eficacia frente a terceros, que el dinero o los bienes retenidos se encuentren en poder del mandatario, ya que como derecho meramente personal (Laurent, Troplong, Planiol y Ripert), que no implica índole real alguna, no sigue a la cosa fuera del poder del titular. Este art. resguarda al mandatario de la desposesión de los bienes retenidos hasta que sea satisfecho en sus acreencias frente al mandante. Para mayor eficacia de la protección acordada por la ley, se le garantiza la preferencia establecida por la legislación social.

ARTÍCULO 1.247.- (Normas aplicables). En los casos no previstos expresamente en este Capítulo, se aplicaran los artículos 1.261 último párrafo, 1.263, 1.266, 1.267, 1.271 último párrafo, 1.272 y 1.284 y supletoriamente, las disposiciones del mandato del Código Civil en todo lo compatible.

Conc: c.c. 804 y s.- c. com. 88 - 1261 - 1263 - 1266 -1267- 1271- 1272- 1284-
Comprendido en las anots. a los arts. 1237, 1240, 1242 y 1245.

JURISPRUDENCIA

"Los actos de los mandatarios que exceden de las facultades conferidas, son nulos de pleno derecho, según el art. 1338 (816) del c.c." (Lab. Jud. 1976, p. 129).

CAPÍTULO IV CONTRATO DE AGENCIA

ARTÍCULO 1.248.- (Concepto). Por el contrato de agencia o representación de negocios, un comerciante asume, en forma independiente y estable, el encargo de promover o explotar negocios en determinado ramo y dentro de una zona prefijada del país, como intermediario de otro empresario nacional o extranjero, con libertad para dedicarse a cualquier otra actividad comercial.

Conc: c. com. 6, 6) - 1249- 1258 -

El contrato de agencia es un acto de comercio, según dispone el inc. 6) del art. 6. Por consiguiente, el agente de comercio, de acuerdo al concepto que da el propio art. en estudio, es un comerciante que además de ejercitar independientemente su propia actividad comercial, se encarga de preparar o realizar contratos en nombre y por cuenta de otro comerciante o empresa comercial, con que esta vinculado por una relación permanente.

La actividad del agente, en la explotación de negocios comerciales en cierto ramo, dentro de una zona determinada y según el alcance de sus facultades concretadas en el contrato, consiste en preparar contratos cuando se limitan a transferir las ofertas que recibe a la empresa o empresas por las que trabaja, o también en concluir contratos cuando sus poderes le permiten cerrarlos en nombre y por cuenta de la empresa a la que esta vinculado.

Igual que el concepto de comerciante, en cuya gran amplitud caben los grandes industriales que giran con cuantiosos capitales, como los modestos bisutereros o feriantes, en el concepto de agente de comercio se comprenden las grandes agencias como la modesta actividad del que debe trabajar a diario para subsistir. Y en todas las manifestaciones de la actividad, se refleja la significación económica de esta en la característica del comercio contemporáneo: una producción en masa que requiere una venta en masa (Rodríguez), para cuyo objeto, además de la publicidad, la labor del agente de comercio, cumple la importante función de acercamiento del producto al consumidor, directamente o mediante el intermediario.

Aunque corriente e impropriamente, dice Messineo, también se llama a este contrato, representación de comercio (nótese que el art. emplea como sinonimia la expresión representación de negocios). Lo que acentúa la noción de esta figura jurídica, además de la independencia de la actividad del agente respecto de la empresa o comerciante a que esta vinculado por el contrato, es, por lo regular, la ausencia de representación, ausencia que, sin embargo, no tiene carácter distintivo absoluto. Pues, según señala Messineo, es dable y frecuentemente posible que el contrato de agencia implique también conferimiento de poderes de representación, para la conclusión de los contratos, caso en el cual sin perjuicio de aplicarse las normas del capítulo ha de considerarse estas absorbidas en el contenido de los más amplios poderes de representación negocial, cuyas normas generales, en consecuencia, también deben aplicarse concordantemente con las del capítulo. En el ámbito propio de la representación negocial, entonces, la que aquí se considera, no es una representación general (como la del factor, por ejemplo), sino una especial.

Otra nota característica, ya mencionada, es la asunción estable de la actividad del agente, configurada como encargo por la ley. Esta nota característica la distingue del mandato porque

el agente no realiza actos jurídicos, sino que procura negocios, salvo el caso del agente con representación, como se acaba de señalar.

El concepto dado sobre el agente de comercio en el párrafo segundo de esta anot., diferencia esta figura de otras con las cuales es habitual confundirla, tales como la del comisionista, del mediador y del dependiente. Las notas distintivas con la comisión, enseñan que mientras la relación del comisionista con el comitente es discontinua, la del agente con su principal es permanente y estable; mientras el agente siempre contrata - cuando lo hace según la permisión de sus facultades- en nombre de la empresa por cuya cuenta actúa, el comisionista lo hace, por lo regular, en su propio nombre que configura la actuación típica de la comisión, aunque también puede contratar en nombre del comitente, caso en el cual se aplican las reglas del mandato (art. 1269).

Los mediadores son árbitros en el conflicto de intereses que se produce entre las partes que quieren efectuar un contrato, no toman partido por ninguna de las partes y de modo objetivo deben velar por los intereses de ambos contratantes (Rodríguez). En cambio, los agentes son comerciantes y su actuación no supone relación subordinada respecto de la empresa que representan.

Los dependientes son empleados, trabajadores subordinados al empleador. Los agentes de comercio tienen una situación jurídica independiente.

La libertad de acción del agente de comercio, le asegura dedicarse a cualquier otra actividad comercial, con independencia. Puede inclusive ser agente de diversas empresas, en las condiciones que fija el art. siguiente.

ARTÍCULO 1.249.- (Pacto de no competencia). Salvo pacto en contrario, el agente está prohibido de promover o explotar dentro de la misma zona líneas de negocios de otros empresarios competidores del mismo ramo, bajo pena de resarcir los daños ocasionados.

Igualmente, el empresario no podrá servirse de otro u otros agentes en la misma zona y para el mismo ramo e actividades o productos, salvo pacto en contrario.

Conc: c. com. 1248 -

Por lo regular, la ley atribuye derecho de exclusiva a las partes, en doble sentido (Messineo). De un lado el agente no puede asumir el encargo de tratar, en la misma zona y para el mismo ramo,

los negocios de varias empresas o comerciantes que estén en competencia entre si. Y, recíprocamente, la empresa representada no puede valerse simultáneamente de más de un agente en la misma zona y para el mismo ramo e actividad. Aunque se sostiene que quedaría desnaturalizada la figura del contrato de agencia, si desapareciese el elemento exclusiva (Formiggini, cit. de Messineo), como se ve en el art., cabe pacto en contrario, esto es, que puede encargarse la representación simultáneamente a dos o más agentes, como también un mismo agente puede representar a dos o más empresas competitivas.

En la práctica, la exclusividad se establece, cuando son varios los agentes, con una limitación territorial de la zona del agente y son frecuentes las cláusulas que reconocen al agente derecho a percibir la comisión respectiva por toda operación practicada en la zona, aunque sea hecha sin su intervención.

ARTÍCULO 1.250.- (Contenido y registro del contrato). El contrato de agencia contendrá las facultades otorgadas al agente, el ramo de actividades, el tiempo de duración de las mismas y la zona donde deberán desarrollarse. Se celebrará por escrito y se inscribirá en el Registro de Comercio.

La falta de alguna de las menciones en el contrato no será oponible a terceros.

Conc: c.c. 492- c. com. 29, 11) - 787- 1252 - Rgto. rg. com. 13 - 40 _

Sobre el contenido del contrato, v. las anots. a los dos arts. anteriores. Su constancia por escrito, esta sometida a las reglas de los arts. 492 del c.c. y 787 del c. com. La omisión de las menciones sobre las facultades (solamente para preparar contratos o también para concluirlos, fundamentalmente), zona territorial, ramo de actividades y duración del contrato, que son esenciales, apareja la consecuencia señalada en la 2ª fracción del art.

ARTÍCULO 1.251.- (sujeción a la Ley boliviana). Para todos los efectos, los contratos de agencia celebrados en el exterior, cuya ejecución deba efectuarse en territorio nacional, quedan sujetos a las leyes bolivianas.

Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita.

Conc: Const. 24 - c.c. 1281-1294- loj. 1 - p.c. 1 -c. com. 1 - 804-

ARTÍCULO 1.252.- (Remuneración). En todo negocio y por el desempeño de sus actividades, el agente tiene derecho a una remuneración que debe ser establecida en el contrato.

Cuando se haya estipulado que los gastos de agencia correrán por cuenta del empresario representado, este está obligado a su reembolso en las épocas y condiciones establecidas.

El agente tendrá derecho también a la remuneración de los negocios ejecutados en su zona directamente por el representante, así como de los no concluidos por causa imputable a éste, salvo pacto en contrario.

Conc: c. com. 1250- 1253 -

El agente tiene derecho a la comisión o remuneración que regularmente se estipula en el contrato. Ese derecho comprende los negocios concluidos directamente por la empresa representada en la zona reservada al agente, salvo pacto en contrario. También incluye la remuneración por los negocios que no haya tenido ejecución por un hecho voluntario del representado o cuando este y el cliente acuerdan no dar ejecución, en todo o en parte, al contrato ya estipulado (Messineo). En todas estas eventualidades ha de tenerse siempre presente la posibilidad y la procedencia del pacto en contrario.

La formulación del art. presenta la transmutación (posible errata de imprenta) de un vocablo que afecta la inteligencia adecuada del precepto: en el tercer párrafo dice representante, cuando se infiere claramente que debe decir representado.

JURISPRUDENCIA

"La L. de 3 de Dic. de 1927, dispone que para la aplicación de las leyes sociales, se consideran empleados, entre otros a los vendedores y a los agentes viajeros de comercio" (G.J. N° 1588, p. 220).

ARTÍCULO 1.253.- (Término para exigir la remuneración). Si no hubiera convenio acerca de las épocas y formas de pago de la remuneración, esta será exigible dentro de los treinta días siguientes al de la conclusión del negocio.

Conc: c. com. 1252 - 1256 -

ARTÍCULO 1.254.- (Deberes del agente). El agente de negocios está obligado al cumplimiento de los siguientes deberes:

- 1) Cumplir con el encargo encomendado conforme a las instrucciones recibidas;
- 2) Hacer conocer al representado las informaciones acerca de las condiciones del mercado en la zona asignada y las que sean útiles para que aquel pueda apreciar la conveniencia de cada negocio;
- 3) Cobrar los créditos del representado solamente cuando estuviera autorizado expresamente para ello; en caso contrario no podrá hacerlo bajo ninguna circunstancia, y
- 4) Rendir cuentas de todos los negocios encomendados, dentro de las épocas previstas.

En todo caso, le está prohibido modificar los precios fijados por su representado, conceder créditos, descuentos, rebajas o prórrogas de plazo, sin autorización previa.

Conc: c. com. 1255 - 1258 -

Los dos incs. primeros del art. contienen las principales y propias obligaciones del agente, que está obligado al cumplimiento del encargo (art. 1248) de conformidad con las instrucciones que recibe de la casa con que está relacionado por el contrato, así como a proporcionar a esta todas las informaciones relacionadas con las condiciones del mercado en la zona que se le ha asignado por el contrato, además de todas las informaciones útiles que faciliten la correcta evaluación de la conveniencia de los negocios singulares. Estas obligaciones comprenden la de dar aviso inmediato al representado, cuando el agente no este en situación de ejecutar un encargo determinado (Messineo).

Tocante a la cobranza de créditos, la regla legal es que no tiene facultad para hacerlo, salvo que se le haya atribuido en el contrato expresamente esa facultad, lo que supone una autorización especial, tanto para cobrar como para las modalidades del cobro, v. gr., facultad de conceder válidamente descuentos, prórrogas, plazos. El cliente o el tercero que pague sin cerciorarse de que el agente está facultado al efecto, cae en la previsión del art. 297 del c.c., que se resume en el conocido adagio de que el que paga mal paga dos veces, salvo que acredite ratificación o inversión útil del pago por parte del acreedor, y salvo también las acciones que le competen para repetir contra el agente, v. gr. pago de lo indebido (art. 963 c.c.) o de enriquecimiento ilegítimo (art. 961, c.c.).

El inc. 4) se conforma al principio general de que quien administra o gestiona negocios ajenos, está obligado a rendir cuentas de su gestión (p.c. art. 687).

ARTÍCULO 1.255.- (Terminación del contrato). Son causas de terminación del contrato de agencia:

- 1) El incumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato respectivo, por cualquiera de las partes;
- 2) Cualquier acto u omisión que afecte gravemente los intereses del otro contratante;
- 3) La disminución ostensible del volumen de negocios encomendados al agente de acuerdo a lo previsto en el contrato;
- 4) La quiebra, muerte, incapacidad o inhabilitación, así como la cesación de actividades de cualquiera de las partes contratantes;
- 5) Por vencimiento del plazo, salvo prórroga o renovación.

Conc: c. com. 1254 - 1258 -

ARTÍCULO 1.256.- (Derecho de retención). El agente tendrá derecho de retención y privilegio sobre los bienes y valores del representado en el monto equivalente a su retribución impaga, hasta la cancelación del monto debido.

Conc: c. com. 810- 1246- 1253- c.c. 1341 -
Véase las anots. de los arts. 810 y 1246.

ARTÍCULO 1.257.- (Agentes de seguros y de bolsas). Los agentes de entidades aseguradoras y de bolsa se rigen por las disposiciones legales que les son aplicables.

Conc: c. com. 765 y s. - Lea. 100 a 105 -

ARTÍCULO 1.258.- (Reglas supletorias). En los casos no previstos en este Capítulo, se aplicarán supletoriamente las normas del mandato.

Conc: c. com. 1237- 1254- 1255- 1290-

ARTÍCULO 1.259.- (Prescripción de acciones). Las acciones emergentes del contrato de agencia prescriben a los cinco años.

Conc: c.c. 1492- 1507 - c. com. 786-

CAPÍTULO V **COMISIONES Y CONSIGNACIONES**

Descargado desde el sitio www.bolivianland.net

SECCIÓN I COMISIONES

ARTÍCULO 1.260.- (Concepto). La comisión es un mandato sin representación, por el cual el comisionista contrata con los terceros a su propio nombre, pero por cuenta de su comitente, la ejecución de un acto o negocio mercantil.

Precd: c. mtl. abrg. 107 - 108 -

Conc: c. com. 6, 6) -122-1237-1265-1269-1270-1293-1658-

El contrato de comisión es una subfigura del mandato sin representación, con autonomía jurídica, aunque atenuada, propia de su carácter de mandato cualificado, habida consideración de su contenido específico (Messineo): negocios de adquisición o de venta, negocios de transporte; contenido específico concretado en algunas reglas de la Sección (v. gr. arts. 1276, 1277, 1278, etc.), no obstante el concepto generalizado que da el art.

En la legislación comparada, el c.c. italiano (art. 1731) da una noción ajustada a ese contenido específico del instituto en estudio: mandato que tiene por objeto la adquisición o la venta de bienes por cuenta del comitente y en nombre del comisionista, refiriendo lo relativo a los negocios de transporte a su variedad: el contrato de expedición (art. 1737). En cambio, la legislación mexicana, que parece es la que ha servido de patrón al Capítulo en examen, da de la comisión un concepto más general, al decir que el comisionista ejecuta actos o prácticas operaciones mercantiles en su nombre y bajo su responsabilidad, por o por cuenta y riesgo de otro (cit. de Rodríguez).

Vivante, con su claridad gráfica, dice que cuando el mandatario trata el negocio en nombre propio y por lo tanto, contrae personalmente las obligaciones que derivan de aquel, toma unas propiamente el nombre de comisionista y el negocio es un contrato de comisión.

El comisionista, por lo tanto, actúa y obra por cuenta ajena pero en nombre propio, que es lo que le distingue del mandatario que por lo regular obra en nombre ajeno (v. la anot. al art. 1237). Por eso, el art. 1269, conforme con la doctrina general, llama al comisionista simple mandatario, sujetándolo a las reglas del mandato, cuando actúa o contrata en nombre y por cuenta del comitente. Se concreta así la distinción con el mandato, habida cuenta el carácter representativo de este y el carácter no-representativo de la comisión, expresamente destacada en el concepto dado por el art.

La característica peculiar no representativa de la comisión, tiene su explicación histórica. Nacida de las necesidades del comercio a distancia, el instituto se fundó en la circunstancia de que los comerciantes extranjeros o forasteros podían utilizar el prestigio y el crédito de un comerciante de la plaza en la que querían operar, que hacia la operación en su nombre, pero por cuenta de aquellos (Rodríguez). Aunque se pretende que el instituto fue conocido y practicado por los comerciantes atenienses en sus relaciones con otros de Egipto y aunque también se sostiene que su verdadero origen puede encontrarse en la Edad media, lo evidente parece ser que la actividad de los comisionistas, primero ambulantes y luego permanentes, fue reglamentada en el siglo XVII, en el que juega un rol considerable en el desarrollo del comercio internacional (Malagarriga). Aunque aparentemente disminuida su importancia actual, sobre todo debido al creciente desarrollo de las comunicaciones, contra lo que se teme respecto de una probable desaparición del instituto, subsiste la utilidad del mismo, particularmente en determinados ramos de la actividad comercial (agrícola, ganadera, dentro de las condiciones establecidas en el -: art. 8, inc. 1) in fine), y en la actividad de lo que el Código llama agentes de bolsa (arts. 765 y s.) que, en realidad, dice Malagarriga, son verdaderos comisionistas, como también los martilleros que en determinadas circunstancias, actúan como comisionistas (art. 122).

Entre los elementos personales del contrato, están, entonces, el comitente, que debe tener la capacidad exigida por el derecho común o ser comerciante, o estar debidamente representado, si se trata de persona colectiva, o menor o incapaz comerciantes. El comisionista, que como comerciante debe reunir los requisitos exigidos para este.

El elemento real se manifiesta en el contenido de la comisión, que consiste en cualquier acto de comercio: uno o varios, concretos o generales, con tal que sean actos de comercio y el comisionista los realice en nombre propio.

Respecto de los elementos formales, la comisión no está sujeta a forma especial. Aunque mandato cualificado, según se ha dicho antes, cabe considerarle sujeto a la regla general del art. 787 (v. la anot. al art. 1237, i.f.).

Resumiendo, para que exista comisión, son requisitos: a) que el mandatario llamado comisionista actúe en nombre propio; b) que tenga por objeto actos de comercio; c) que el acto o negocio sea determinado o determinable (c.c. art. 485).

JURISPRUDENCIA

"La comisión para comprar mercaderías no constituye depósito y el comisionista no tiene las obligaciones del depositario" (G.J. N° 760, A.S. de 20 de Oct. de 1903, cit. de Oropeza).

ARTÍCULO 1.261.- (Aceptación o rechazo). El comisionista es libre de aceptar o rehusar el encargo que se le haga.

Se tendrá por aceptada una comisión cuando el que la reciba no la rechaza de inmediato, o dentro de los tres días siguientes al de su recepción si el comitente no reside en el mismo lugar.

El comisionista que, sin justa causa, omitiera dar aviso de rechazo del encargo, será responsable ante el comitente de los daños ocasionados por ello.

Aún cuando el comisionista rehuse la comisión encomendada, no estará dispensado de realizar las gestiones necesarias para la conservación de los efectos o valores remitidos por el comitente, hasta que este provea nuevo encargado, sin que esto implique aceptación tácita de la comisión.

Precd: c. mtl. abrg. 110- 111 -

Conc: c. com. 242- 1247- 1267 -

El consentimiento para celebrar este contrato, en principio, debe ser expreso (art. 787), manifestado por escrito u oralmente. Cabe el consentimiento tácito, derivado de actos incompatibles con la voluntad de no aceptar (c.c. art. 453). La aceptación tácita, deriva también de la falta de negativa expresa, que para el supuesto de la no aceptación esta obligado el comisionista a comunicar al comitente, en la forma y en los plazos indicados en la fracción 2ª del art. y con las consecuencias señaladas en la fracción 3ª.

La obligatoriedad del rechazo expreso, para el supuesto de que el comisionista no acepte el encargo, da a la comisión un carácter de desempeño obligatorio que caracteriza este contrato habida consideración de la función profesional que ejercita la persona dedicada a cumplir comisiones dentro de su actividad comercial. Esto se comprende mejor, a tenor de la disposición contenida en la fracción 4ª del art. que atribuye al comisionista una obligación de conservación, quien aún cuando rehusare la comisión que se le ha conferido, no está dispensado por eso de practicar todas las diligencias que sean de indispensable necesidad y conveniencia para la conservación de los efectos que el comitente le haya remitido, hasta que este encargue a otro el cometido. De ello resulta que la comisión no puede ser concebida meramente como un acto objetivo de comercio (Rodríguez), porque resultaría absurdo que un particular cualquiera, médico, abogado, v. gr. que reciba una comisión de vender ganado, por ejemplo, consignado en

comisión a su nombre en una estación de ferrocarril, sea obligado a observar la obligación aquí anotada, de lo que emana que la disposición esta referida, como toda la regulación de la comisión mercantil, al supuesto de que se trata del comisionista que desempeña su función profesionalmente y que por eso esta sujeto a registro mercantil, según resulta de la interpretación combinada de los arts. 5, 6, inc. 6) y 27 del Código.

Finalmente, téngase presente que aceptada la comisión en parte, tácita o expresamente, importa que ha sido aceptada en el todo, razón de la regla de la indivisibilidad de la comisión, explícitamente establecida en el art. siguiente.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 1 del art. 1272.

ARTÍCULO 1.262.- (Indivisibilidad de la comisión). La comisión es indivisible. Si se acepta en parte se considera aceptada en el todo.

Conc: c.c. 814 -

Véase la anot. i.f. al art. anterior y la del art. siguiente.

El principio de la indivisibilidad de la comisión, significa que cuando no se trate de una comisión compleja, que prácticamente constituya varias comisiones separadas, ella debe ser cumplida como un conjunto indivisible en sus condiciones y detalles (Fernández).

ARTÍCULO 1.263.- (Ejecución de la comisión). El comisionista que acepte el encargo, expresa o tácitamente, está obligado a ejecutarlo hasta su conclusión, conforme a las instrucciones recibidas.

Si se apartara de estas instrucciones, responderá de los daños y perjuicios, salvo que la operación resulte favorable al comitente o que éste la ratifique expresamente.

A falta de tales instrucciones o ante la imposibilidad de recibirlas a tiempo o si hubiera sido autorizado para obrar a su arbitrio u ocurriese un suceso imprevisto, podrá ejecutar el encargo obrando conforme a la prudencia cuidando del negocio como propio.

Precd: c. mtl. abrg. 114 - 116 -

Conc: c. com. 1245- 1247- 1268- 1279- 1282-

La obligación de desempeñar la comisión recibida en interés del comitente, configura el contenido básico de este contrato esto es, realizar los actos o negocios mercantiles encargados por el comitente, de acuerdo con los intereses de este.

Aceptada la comisión, expresa o tácitamente, el comisionista queda sujeto a la obligación de ejecutar el encargo hasta su conclusión, que es otro efecto de la indivisibilidad de la comisión reglada en el art. anterior. Su desempeño ha de someterse a las instrucciones que al efecto ha dado el comitente, de las cuales no puede desentenderse el comisionista sin caer en las responsabilidades previstas en la fracción 2ª del art., a menos que medie autorización expresa para alterarlas o desatenderlas o que la actuación contraria a ellos produzca resultados más favorables para el comitente.

En la comisión, como en el mandato, el desempeño del cometido ha de ceñirse a las instrucciones recibidas, porque, como observa Benito, extralimitarse de ellas o no cumplirlas por abandono o negligencia, constituye un caso de responsabilidad.

A falta de instrucciones, el primer recaudo que debe cumplir el comisionista, es pedir las oportunamente y siempre que lo permita la naturaleza del negocio. Si la consulta no fuere posible o si esta autorizado a actuar a su arbitrio, el comisionista ha de proceder conforme a su mejor criterio, haciendo lo que la prudencia aconseje y cuidando del negocio como propio. Si un accidente o acaecimiento imprevisto hiciere perjudicial la ejecución del negocio, aún en el supuesto de tener instrucciones precisas, el comisionista puede actuar contrariando las instrucciones o suspender la ejecución hasta recibir nuevas, según los casos y las circunstancias.

ARTÍCULO 1.264.- (Cumplimiento de leyes y reglamentos). El comisionista está obligado al cumplimiento de las leyes y reglamentos en relación a los negocios encomendados. La contravención a las disposiciones legales lo hace responsable aunque alegue haber procedido conforme a instrucciones expresas del comitente.

Conc: c. com. 25- 808 - 1287-

La contravención de las leyes y reglamentos, particularmente en una actividad profesional o habitualmente desempeñada, es de la responsabilidad personal del infractor, así sea efecto de las instrucciones del comitente, extremo en el cual no esta obligado a ceñirse a estas, de las que puede apartarse o rechazar el cometido, por razón de la ilicitud de las instrucciones.

ARTÍCULO 1.265.- (Comisión por cuenta ajena). La comisión puede ser conferida por cuenta ajena; en este caso, los efectos que ella produce sólo afectan al tercero interesado y al comisionista.

Conc: c.c. 526 - c. com. 1260 -

Puede considerarse como una manifestación de la estipulación a favor de tercero (c.c. art. 526), en la que además de existir un interés del tercero beneficiario, el estipulante (esto es, el comitente que encarga la comisión por cuenta ajena) se supone que siempre tiene un propio interés, aunque sea de orden no material (Messineo).

Los efectos de la relación, como previene el art., sólo alcanzan al tercero interesado o tercero beneficiario y al comisionista.

ARTÍCULO 1.266.- (Deberes de información). El comisionista tiene el deber de informar oportunamente a su comitente acerca de todos los hechos y circunstancias que pueden determinar la modificación o revocación del mandato, y en el caso de haber concluido la negociación, deberá dar aviso por el medio más rápido. El incumplimiento o demora en la información o aviso será de responsabilidad del comisionista en caso de ocasionar daños y perjuicios.

Precd: c. mtl. abrg. 131 -

Conc: c. com. 1247- 1273 - 1274 - 1275 -

Como en el mandato, en la comisión, la información debida al comitente sobre la marcha y las vicisitudes del acto o negocio encargado, es una obligación del comisionista, propia del contenido de la relación interna de la comisión, información que será periódica y progresiva o inmediata a la ejecución del encargo, según los casos.

ARTÍCULO 1.267.- (Facultad para hacer vender las mercaderías o efectos). El comisionista podrá hacer vender por rematadores o bolsa las mercaderías, efectos o valores que se le hayan encomendado, en los siguientes casos:

- 1) Cuando se haya producido una alteración que haga necesaria su venta para salvar parte de su valor;
- 2) Cuando el valor presunto de los mismos no alcance a cubrir los gastos que deba realizar en su devolución;

3) Si dentro de un tiempo prudencial, a partir del aviso de rechazo del encargo, no recibe instrucciones del comitente acerca de la designación de un nuevo encargado.

En los casos citados si fuera posible y hubiera tiempo para ello, debe consultarse previamente al comitente.

El producto líquido obtenido de la venta, deducidos los gastos legítimos y su comisión, será remesado al comitente por intermedio de un Banco o depositado a su disposición, enviándosele el comprobante respectivo.

Precd: c. mtl. abrg. 120-

Conc: c. com. 1247- 1261 - 1272- 1275-

En el caso de alteraciones que hagan necesaria la venta para salvar siquiera parte del valor de los efectos, dicha venta solo debe efectuarse como recurso extremo y siempre que no haya materialmente tiempo para pedir y recibir nuevas instrucciones del comitente. Si se atiende a que esta autorizado el comisionista para actuar a su arbitrio en la imposibilidad o en la falta de instrucciones oportunas, cuando no sea posible y conveniente sujetarse a las previamente recibidas (art. 1263, i.f.), en el supuesto del art. esa facultad para salvar siquiera parte del valor del encargo, más que potestativa, deviene obligatoria para el encargado.

Por lo demás, no esta el comisionista excusado, en los supuestos del art., de dar aviso inmediatamente al comitente, de acuerdo con el deber de información reglado por el art. anterior, aún antes de enviarle el comprobante de depósito de que habla la fracción ultima i.f. del art.

ARTÍCULO 1.268.- (Provisión de fondos). En aquellos encargos cuyo cumplimiento requiere provisión de fondos, el comisionista no está obligado a su cumplimiento mientras el comitente no provea la cantidad necesaria. Asimismo, podrá suspender la ejecución del encargo cuando se le hayan agotado los fondos recibidos; pero si se ha comprometido a anticipar fondos para su cometido, el comisionista estará obligado a hacerlo en los términos de su compromiso.

Precd: c. mtl. abrg. 117- 118-

Conc: c. com. 1263 - 1276 -

Este art. legisla tres situaciones:

- a) que el comitente no haya hecho provisión de fondos para la ejecución de una comisión cuyo cumplimiento exige dicha provisión en la cantidad suficiente para satisfacer las erogaciones que implica.
- b) que la provisión hecha no haya sido suficiente, razón por la cual se ha consumido antes de la ejecución completa del encargo, y
- c) que el comisionista haya aceptado la comisión comprometiéndose a subvenir el anticipo de fondos que requiera el cometido. En el primer supuesto, el comisionista no está obligado a ejecutar la comisión; en el segundo puede suspender la ejecución de la misma en el estado en que se agotaren los fondos insuficientemente provistos, dando, desde luego, el aviso que señala el art. 1266 en ambos supuestos, y, en el tercer caso, el comisionista está obligado a erogar los fondos necesarios excepto en el caso de suspensión de pagos o quiebra del comitente (Rodríguez, según la legislación mexicana). El c. mtl. abrg. (art. 118) permite al comisionista suspender la ejecución de la comisión aunque este se haya comprometido a anticipar los fondos necesarios, cuando acaece descredito del comitente probado por actos positivos de derrota en su giro, lo que explica Rebolledo, señalando que la suspensión se justifica porque el comisionista puede presumir validamente que tendrá pérdida segura, si mantiene el anticipo de fondos, particularmente cuando se sabe que el comitente ha suspendido pagos o ha caído en falencia, causales que, en su oportunidad, debe probar el comisionista para evitar la responsabilidad civil.

En el ordenamiento vigente, si bien no está expresamente prevista la excepción, puede considerársela viable a mérito de lo dispuesto por el art. 1593, que respecto de los contratos en ejecución (caso en examen) autoriza al contratante no fallido (el comisionista) a pedir la resolución del contrato con el quebrado (el comitente).

El comitente queda obligado a reembolsar los anticipos referidos, y en su defecto el comisionista puede ejercitar el derecho de retención (art. 1285).

ARTÍCULO 1.269.- (Contratación en nombre propio o a nombre y por cuenta del comitente). Si el comisionista contrata en nombre propio, tiene acción y obligación directa con las personas con quienes contrate, sin tener que declarar el nombre del comitente; pero si contrata en nombre y por cuenta de éste, lo hará constar así y no contraerá obligación propia, rigiéndose en este caso, sus derechos y obligaciones como simple mandatario.

Preced: c. mtl. abrg. 147 -

Conc: c. com. 1260 - 1267 -

Véase la anot. al art. 1260

El comisionista que trata los negocios en nombre propio, adquiere todos los derechos y las obligaciones: resulta deudor del precio de lo comprado y acreedor del precio de lo vendido; si quiebra el vendedor concurrirá sobre su activo, pero si quiebra el comitente, el vendedor exigirá igualmente el precio, por entero, al comisionista.

ARTÍCULO 1.270.- (Desempeño personal). El comisionista debe desempeñar personalmente su cometido, no pudiendo delegar la comisión sin autorización expresa.

Sin embargo, bajo su responsabilidad, puede emplear a dependientes en el desempeño de la comisión.

Precd: c. mtl. abrg. 115-

Conc: c. com. 89- 1237- 1260-

Para significar el carácter privativo de la obligación del comisionista en la ejecución del encargo, el art. al prohibir delegar la comisión, emplea un término (delegación), que si bien puede admitirse adecuado, hasta cierto punto en su acepción corriente de encargar a otro que haga las veces de uno o conferirle su representación, en el derecho, en general, y, particularmente, en el ordenamiento vigente (c.c. art. 395 y s.), delegar implica un negocio jurídico en el que el deudor o delegante asigna al acreedor o delegatario un nuevo deudor o delegado, cuando la delegación es pasiva, o el acreedor o delegante autoriza a un tercero o delegado hacerse destinatario de lo prometido por el deudor o delegatario, cuando la delegación es activa (Messineo). Si bien, en forzada interpretación fuere admisible en el instituto en estudio la posibilidad de una delegación, lo correcto era emplear el término propio que corresponde a la idea que evoca el precepto: sustitución. En el mandato (la comisión es una figura de mandato sin representación o de mandato cualificado, se ha dicho; v. la anot. al art. 1260), el mandato en rigor no se delega, se sustituye.

La prohibición- que por otra parte no se explica- ha sido tomada al parecer de la legislación mexicana (c. com. art. 280, cit. de Rodríguez), incluida su terminología: delegación, cuando de acuerdo con la terminología propia del ordenamiento nacional, debió hablarse de sustitución (c.c. art. 818) y permitírsela, además, como la permiten otras legislaciones, v. gr. el c. com. argentino (arts. 251 y 252), porque es un elemento propio del mandato en general, y del cual la comisión es una especie.

En la legislación comparada que se ha citado (c. com. argentino), actuando el comisionista en su propio nombre, puede sustituir a su nombre, caso en el cual continua la comisión por medio del

subcomisionista, si no esta prohibido por el contrato. Puede también hacerlo a nombre del comitente, caso en el cual la comisión pasa enteramente al sustituto, con todos sus efectos. Esta modalidad que se ajusta mejor al instituto del mandato, en todas sus figuras, y a la regla general del art. 818 del c.c., en el derecho patrio, sin embargo, no tiene aplicación en el caso que se examina, por virtud de la prohibición de este art., así lo exigiera la naturaleza de la operación encargada o resultare indispensable por algún caso imprevisto o insólito.

Según el art., en consecuencia, el comisionista esta obligado a desempeñar el cometido por si y para encomendarle a un sustituto requiere el acuerdo del comitente. El empleo de dependientes, no supone sustitución y, por lo regular, no implica encomendarles la ejecución del cometido, sino la realización de operaciones subalternas en el cumplimiento de la comisión.

JURISPRUDENCIA

"El mandatario esta directamente obligado a responder de sus actos, sin que el hecho de haber confiado la administración a tercera persona, importe la sustitución legal del poder y sin que, por lo mismo, excuse su responsabilidad directa" (G.J. N° 664, p. 4).

ARTÍCULO 1.271.- (Comisión). El comisionista tiene derecho a una comisión por su trabajo, convenida con el comitente.

A falta de convenio, se la establecerá de acuerdo con los usos del lugar de ejecución de la operación y, en su defecto, por peritos.

Cuando el comitente revoque el mandato antes de su conclusión sin causa justificada atribuible al comisionista, la determinación de la comisión se hará por peritos en caso de desacuerdo.

Precd: c. mtl. abrg. 139- 140- 141 -

Conc: c.c. 806- c. com. 99- 1239- 1247- 1291-

La comisión es siempre onerosa y es otra nota distintiva respecto del mandato que puede ser gratuito (c.c. art. 808). Si la comisión o remuneración debida al comisionista no ha sido establecida en el contrato, se determina según los usos del lugar en que realiza el negocio o mediante estimación pericial; peritaje que también resuelve el desacuerdo sobre la regulación de la retribución en el supuesto de una revocación del cometido, dispuesta por el comitente sin causa justificada antes de su conclusión.

La legislación comparada (v. gr. c.c. italiano, art. 1736 y c. com. argentino, art. 256), además de la comisión o retribución a que se refiere este art., reconoce al comisionista una comisión especial o suplemento de comisión, mediante la cláusula llamada *star del credere*, expresión con la que se indica la compensación pagada por el comitente al comisionista, si este garantiza el buen resultado de la operación o crédito (S. Melendo, en el Manual de Messineo). En otros términos, por virtud de esta cláusula, el comisionista se compromete a responder ante el comitente, total o parcialmente, del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los terceros con quienes contrata a mérito de la comisión, responsabilidad especial que le da derecho a cobrar una comisión adicional (Fernández, Messineo). Es el antiguo *estar del credere*, que significa afianzar el crédito (Vivante).

Este pacto, contemplado en el art. 142 del c. mtl. abrg., no está previsto en el Código, al igual que en el derecho mexicano (Rodríguez), su probable patrón legislativo en este Capítulo, aunque si le prohíbe expresamente para los corredores (art. 104, inc. 3), quienes no pueden garantizar los contratos en que intervienen. Sin embargo, no estableciendo la ley restricción ninguna para estipular esta cláusula en el contrato de comisión, ha de considerarse que ella puede ser pactada entre comitente y comisionista, porque existen motivos que la justifican si se atiende a que, como dice Rivarola (cit. de Fernández), importa una renuncia del comisionista al derecho que tiene de quedar liberado de toda obligación hacia el comitente, una vez cumplido el negocio.

ARTÍCULO 1.272.- (Rendición de cuentas). El comisionista, por su parte, está obligado a rendir cuenta documentada a su comitente a la conclusión del negocio encomendado o en las épocas establecidas.

En caso de demora responderá de los intereses causados desde la fecha en que debía rendir cuentas.

Precd: c. mtl. abrg. 133- 136-

Conc: c.c. 817- p.c. 687- c. com. 1247- 1267 - 1281 -1283-

Desde que el comisionista practica en su carácter de tal los negocios que le ha encargado el comitente, está obligado tanto por la ley comercial, como por el derecho común (c.c. art. 817 y p.c. art. 687) a rendir cuenta detallada y documentada (p.c. art. 689) de la comisión, sea que haya sido concluida o que haya sido interrumpida por revocación del comitente u otras causas.

JURISPRUDENCIA

1.- "La obligación de rendir cuentas, presupone la constitución de su personalidad jurídica mercantil en el comisionista, que le de calidad de comerciante para aceptar y ejecutar comisiones" (G.J. N° 266, p. 14).

2.- "Según el art. 1341 (817) del c.c. todo mandatario esta obligado a dar cuenta de su cometido al mandante" (G.J. N° 640, p. 6).

3.- "Si el demandado no presenta los libros y documentos que se le exigen por el actor como comprobantes de las cuentas rendidas y observadas, se procede a su comprobación en juicio ordinario" (G.J. N° 751, p. 11).

4.- "La aplicación del art. 405 (687) del p.c. supone que se hallen acreditados el derecho de exigir las cuentas y la obligación de rendirlas" (G.J. N° 890, p. 32).

5.- "Para exigir la rendición de cuentas, debe demostrarse el derecho que se tiene de pedir las y la obligación de rendirlas" (G.J. N° 1319, p. 76).

ARTÍCULO 1.273.- (Verificación de los efectos o valores recibidos). El comisionista debe verificar las mercaderías, efectos o valores recibidos, de acuerdo con los datos contenidos en las notas de remisión o constancia respectiva.

Si a tiempo de recibirlos existieran diferencias, éstas deberán certificarse por el mismo transportador o por la autoridad competente o asegurador, si lo hubiera.

En su defecto, responderá de cualquier diferencia.

Precd: c. mtl. abrg. 120- 132, 5) -

Conc: c. com. 1266-

Es una diligencia necesaria para eximirse de la responsabilidad sobre las diferencias que se den entre lo realmente recibido y las notas de despacho anexas a la comisión, que en caso de practicarla le atribuye la ley.

ARTÍCULO 1.274.- (Responsabilidad por pérdida de las mercaderías, efectos o valores recibidos). Será de responsabilidad del comisionista la pérdida de las mercaderías, efectos o valores que se encuentren en su poder, empero, si al devolverlos se atiene a las instrucciones del comitente, éste soportara tales pérdidas.

Precd: c. mtl. abrg. 129-

Conc: c. com. 1266 -

Debe distinguirse dos situaciones en la disposición del art. La primera, relacionada con la responsabilidad del comisionista por toda pérdida de los efectos o valores que se encuentran en su poder, porque al asumir la obligación que se le encarga, asume la de conservar las cosas encargadas en el estado en que las recibió y cuidar de ellas, que es una de las manifestaciones del cumplimiento del cometido que se le encarga. La segunda, se refiere a que no se le puede responsabilizar del cumplimiento de las instrucciones del comitente, de manera que si alguna pérdida se produce en la devolución de los efectos objeto de la comisión, por razón del cumplimiento de esas instrucciones, aquella es de cuenta del comitente, pues análogamente a lo que ocurre con el porteador (art. 966, 2) el comisionista está exento de responsabilidad, en el caso, cuando el daño proviene del hecho del comitente: sus instrucciones. En ambas situaciones, la ley se ajusta a los principios generales, haciendo responsable al comisionista o al comitente, de sus hechos propios.

En la primera situación, la responsabilidad del comisionista cesa cuando la pérdida o menoscabo sean debidos a casos fortuitos, fuerza mayor, transcurso del tiempo o vicio propio de la cosa, por aplicación de las reglas generales y, en particular, de los supuestos del art. 1267, conforme dispone el art. siguiente (1275).

ARTÍCULO 1.275.- (Deterioro o vicio propio). No será de responsabilidad del comisionista el deterioro o la pérdida de los efectos o bienes existentes en su poder que se originen por vicio propio o por caso fortuito.

Es obligación del comisionista hacer conocer a la autoridad correspondiente, luego que advierta el deterioro o la pérdida y dar aviso al comitente y asegurador sin demora alguna.

Precd: c. mtl. abrg. 120 -

Conc: c. com. 1266- 1267-

El comisionista, en los supuestos del art., queda obligado a acreditar, por medio de la certificación de la autoridad correspondiente, que el precepto no precisa cual sea, de que ha puesto en su conocimiento el hecho, sin perjuicio de dar el aviso inmediato al comitente. Ha de considerarse que la autoridad competente, según las localidades y las circunstancias, sea la autoridad aduanera, la municipal o la política (Intendentes y corregidores).

El incumplimiento de la obligación que impone este art., hace responsable al comisionista por los daños que dicho incumplimiento cause al comitente.

ARTÍCULO 1.276.- (Seguro y transporte de mercaderías). El comisionista debe contratar seguro por los riesgos a que estén expuestos los bienes y mercaderías remitidas al comitente si tiene instrucciones y provisión de fondos para ello, o dar aviso si esto no es posible.

Tiene también la obligación de contratar el medio de transporte adecuado, cumpliendo las obligaciones correspondientes al remitente señaladas en el contrato de transporte.

Conc: c. com. 952- 980- 1268 -

Este art. regula lo que en algunas legislaciones (v. gr. el c.c. italiano, arts. 1737 y s.) se denomina contrato de expedición y que, según se ha anticipado en la anot. al art. 1260, es una variante o particular manifestación de la comisión; subespecie también del mandato sin representación (Messineo), que se diferencia de la comisión en que mientras esta tiene por objeto, de ordinario, negocios de compraventa, la expedición tiene por objeto negocios de transporte de cosas (pero no de personas) y eventuales operaciones accesorias: retiro a domicilio, embalaje, operaciones aduaneras, seguro contra daños de transporte, etc.

La obligación de contratar el seguro, esta subordinada a las instrucciones del comitente y a la provisión de fondos para el efecto.

Véase además, lo pertinente, en las anots. a los arts. 952 y 980.

ARTÍCULO 1.277.- (Prohibición de comprar o vender para sí). Ningún comisionista puede comprar para sí lo que se le hubiera encargado vender, ni vender lo que se le haya encargado comprar, sin consentimiento expreso del comitente.

Precd: c. mtl. abrg. 125 -

Conc: c.c. 592, 6) - c. com. 1269-

En el supuesto del art. no mediando autorización expresa del comitente, lo que implica acuerdo libre y espontaneo sobre precios, condiciones, etc., común a todos los contratantes, la prohibición se funda en la incompatibilidad que el derecho común legisla en los arts. 386, 4) y 592, 6) del c.c.

Tratándose de un acto prohibido por la ley, prohibición que interesa al orden público, los supuestos del art. implican nulidad absoluta (c.c. art. 549, 5) y c. com. 822) y puede ser declarada a demanda de cualquier interesado y aún de oficio.

Se crítica esta disposición (en la doctrina) porque su carácter absoluto establece una solución contraria a los usos y practicas del comercio, que permiten al comisionista adquirir o enajenar tratándose de mercaderías o valores cotizables en la bolsa o mercado de valores, supuesto en el cual no cabe temer que abuse en el precio (Vivante), usos y practicas que tienen la conformidad de la más autorizada doctrina y que admiten las legislaciones más adelantadas (Segovia, cit. de Fernández, en el comentario de los arts. 262 y 263 del c. com. argentino, que contiene similar disposición a la de este art.).

ARTÍCULO 1.278.- (Marcas de las compras y ventas). El comisionista no puede tener efectos de la misma especie pertenecientes a distinto dueño o dueños, sin distinguirlos con una contra marca que evite confusión, ni puede alterar las marcas de los efectos que haya comprado o vendido por cuenta de su comitente.

Precd: c. mtl. abrg. 122 -

Conc: c. com. 1283 -

Esta disposición rige para todos los efectos ajenos que tenga el comisionista en su poder por cualquier clase de comisión.

ARTÍCULO 1.279.- (Condiciones de las ventas). El comisionista que, sin autorización expresa del comitente, haga préstamos, anticipos o venda a plazos, asume los riesgos de la cobranza, cuyo importe podrá exigir el comitente conforme a lo convenido, quedando a favor o a cargo del comisionista los resultados de tales contratos.

Precd: c. mtl. abrg. 128 -

Conc: c. com. 1263- 1280-

En todos los supuestos del art. en que el comisionista actúe contraviniendo la prohibición del comitente o sin la autorización de este, el comisionista puede ser constreñido, por el comitente, a pagar inmediatamente, salvo el derecho del comisionista a hacer propios los beneficios derivados de los plazos, anticipos o prestamos concedidos.

ARTÍCULO 1.280.- (Ventas a plazo y al contado). Las ventas a plazo autorizadas por el comitente sólo pueden hacerse por el comisionista con las necesarias garantías, salvo instrucciones en contrario del comitente.

Cuando las ventas se hagan al contado, el comisionista deberá indicar los nombres de los compradores, si así lo pide el comitente.

Precd: c. mtl. abrg. 142 -

Conc: c. com. 1279- 1292 -

La segunda fracción del art. ofrece un indudable error de formulación (probable errata de edición) y ha de considerarse que lo que se quiere significar, es que el comisionista debe indicar los nombres de los compradores, mediando pedido del comitente, cuando las ventas no se han hecho al contado, que es lo que previenen todas las legislaciones, v. gr. el c. com. argentino (art. 259), el c.c. italiano (art. 1732, 3) y el c. com. mexicano (art. 302). Pues en las ventas al contado, tal información no tiene razón de ser ni sentido.

En las garantías necesarias a que se refiere la fracción primera, puede admitirse procedente el star del credere (explicado en la anot. al art. 1271). Pero aún mediando esta forma de garantía, el art. en examen es de aplicación, porque esta no modifica las relaciones que entre comisionista y comitente derivan de su preceptuación.

ARTÍCULO 1.281.- (Morosidad en la rendición de cuentas). El comisionista moroso en la rendición de cuentas a su comitente, no puede cobrar intereses sobre los anticipos concedidos, desde la fecha en que haya incurrido en mora.

Precd: c. mtl. abrg. 136 -

Conc: c.c. 340- p.c. 688 - c. com. 1272 - 1284 -

Si el comisionista no rinde cuentas en la oportunidad debida, el comitente puede compelerle a hacerlo, judicialmente. La mora del comisionista pone a su cargo inclusive los riesgos de la devolución cuando lo hace encontrándose ya en mora.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "La mora en materia mercantil procede cuando el contrato reúne las condiciones para su exigibilidad en la vía ejecutiva, excepto el término y los jueces están en el deber de examinar de oficio si el contrato respectivo reúne o no esas condiciones" (G.J. N° 1243, p. 50).
- 2.- "El obligado se hace moroso desde que ha sido requerido para el cumplimiento o por el sólo vencimiento del término si así se ha estipulado" (G.J. N° 1299, p. 24).
- 3.- "Para constituir en mora al obligado no es preciso un juicio contradictorio en que se haga valer excepciones y se reduce simple y llanamente a la notificación que se efectúa al obligado con el proveído del juez que así lo ordena" (G.J. N° 1302, p. 30).

ARTÍCULO 1.282.- (Gestión de cobranzas). EL comisionista que no gestiona con la debida diligencia y oportunidad la cobranza de los créditos o no use de los medios legales para obtener su pago, responde de los perjuicios causados con su omisión o tardanza.

Conc: c. com. 1263 -

La cobranza a que se refiere este art., debe ser hecha tanto extrajudicial como judicialmente. No existe inconveniente ninguno para el efecto, ya que la operación ha sido realizada por el comisionista en su nombre, lo que veda al comitente actuar contra el tercero contratante porque con el no tiene ninguna relación de derecho. Si el comisionista descuida la debida diligencia a que esta obligado en la materia, responde de las consecuencias de su omisión.

JURISPRUDENCIA

"Al no verificar la cobranza del precio al vencimiento del plazo, (por las mercaderías vendidas en comisión) se constituye el comisionista por esa omisión en responsable de sus consecuencias y perjuicios" (G.J. N° 142, p. 405).

ARTÍCULO 1.283.- (Separación de cuentas). Cuando el comisionista realice negocios por encargo de distintos comitentes, llevara cuentas separadas de tales negocios e indicara en las facturas o comprobantes los efectos o valores correspondientes a cada comitente.

Precd: c. mtl. abrg. 122- 123-

Conc: c. com. 1278 -

Es una reglamentación de elementales previsiones contables.

ARTÍCULO 1.284.- (Distracción de fondos). El comisionista que diera destino distinto a los fondos de su comitente responde de los intereses desde la fecha de SU percepción y de los daños resultantes de la falta de cumplimiento de las instrucciones de éste, sin perjuicio de la acción penal correspondiente.

Precd: c. mtl. abrg. 1 37

Conc: c.p. 346- c. com. 1247 - 1281 -

Tres consecuencias derivan de la distracción de fondos en que incurra el comisionista: 1) responsabilidad de los intereses sobre la suma distraída, desde la fecha de su percepción; 2) resarcimiento de los daños que resulten para el comitente por el incumplimiento de sus instrucciones, provocado por la distracción, y 3) la acción penal correspondiente en su caso.

El interés debe liquidarse de conformidad con lo que determina el art. 798 (interés bancario moratorio) y con prescindencia de la ganancia que el comisionista haya obtenido con la operación indebida. El resarcimiento de los daños ha de conformarse a las reglas del derecho común (art. 786) y para el supuesto de la acción penal, el caso puede ser calificado como abuso de confianza (c.p. art. 346).

JURISPRUDENCIA

1.- "Comete abuso de confianza el acusado que dispone como de cosa propia, perdiéndolo en juego, el dinero que se le encomendó entregar a otra persona" (G.J. N° 339. p. 3198).

2.- "Reconocido el hecho de haber X cobrado la letra de cambio que para el efecto le entregó Z, al haberse apropiado de su valor, se califica el hecho de abuso de confianza y se aplica el art. 653 (346) del c.p." (G.J. N° 717, p. 35).

ARTÍCULO 1.285.- (Derecho de retención). El comisionista tiene derecho a retener los efectos o bienes recibidos o adquiridos por cuenta del comitente que se encuentren real o virtualmente en su poder, para que se le paguen los anticipos concedidos, gastos legítimos, comisiones e intereses si los hubiera. No podrá ser desposeído de ellos sin el previo pago.

En caso de quiebra del comitente, sin haber concluido la comisión, el comisionista tiene privilegio frente a los acreedores ordinarios de la masa, para que se le paguen los conceptos señalados.

Precd: c. mtl. abrg. 143 -

Conc: c.c. 1342- c. com. 810- 1246- 1628 -

El privilegio que la ley concede al comisionista, le da el derecho de ser preferido a todo otro acreedor, tratándose de sus comisiones y de los anticipos y gastos hechos por el. Para que la prelación que el art. establece tenga lugar, es necesario, como bien observa Rebolledo, que el comisionista este en posesión real de los efectos consignados en la comisión, o en posesión virtual (ficta) de los mismos, esto es, que se hallen a su disposición. El privilegio del comisionista esta sobre todo otro crédito.

ARTÍCULO 1.286.- (Terminación de la comisión). La comisión termina por muerte o inhabilidad del comisionista.

La muerte o inhabilidad del comitente no pone término a la comisión, pero es revocable por los herederos.

Precd: c. mtl. abrg. 146 -

Conc: c.c. 827, 4) - 833-

La comisión, por lo regular, reposa sobre una base de confianza que el comitente tiene en el comisionista, por razón de sus conocimientos, de su eficiencia, de su conducta, de su buena fama, etc. Se da en buena medida el elemento intuitus personae. Por esa virtud, la ley declara extinguida la comisión cuando esta no puede ser desempeñada ya por el comisionista por causa de muerte o de inhabilidad.

En el supuesto de la muerte del comitente, adquiriendo los herederos de este todos sus derechos y obligaciones por efecto de la sucesión, pueden, si así lo estiman convenir a sus intereses, revocar la comisión. Más, si no lo hacen, el comisionista continuará el desempeño de la misma, llenándola con arreglo a las instrucciones recibidas y dando cuenta a los herederos del comitente, hasta la conclusión del cometido, conforme de termina el art. 1263, primera fracción in fine.

No es el único modo de extinción de la comisión, la muerte o inhabilidad de este, Puede terminar también por revocación emanada del comitente antes de su conclusión, tan cual insinúa el art. 1271 en su 3º fracción, al ocuparse de la determinación de la retribución del comisionista en tal eventualidad.

También la quiebra del comitente o del comisionista debe considerarse como causa de terminación de este contrato, aunque, según Rodríguez, (en función de la legislación mexicana,

que tiene valor citarla aquí como patrón legislativo del Capítulo en estudio), el sindico autorizado por el Juez, puede continuar con el contrato. En el ordenamiento del Código, puede estimarse procedente esta continuación del contrato a tenor de lo dispuesto por los incs. 6) y 7) del art. 1563. (Véase la anot. al art. 1288).

ARTÍCULO 1.287.- (Comisión sobre títulos - valores). Cuando la comisión se refiere a la compra de títulos-valores, el comisionista responde de la autenticidad del último endoso, si lo hubiera, salvo que los interesados negocien directamente entre sí.

Conc: c. com. 514 - 526 - 1264 -

Es consecuencia propia de la función que cumple el comisionista. La salvedad, ha de entenderse en el sentido de que la negociación se ha efectuado directamente entre el comitente y el endosante del título - valor.

ARTÍCULO 1.288.- (Norma protectora de los derechos del comitente). Los efectos o valores dados en comisión no pueden ser embargados ni secuestrados por acción de los acreedores del comisionista, ni forman parte de la masa de la quiebra.

Conc: c. com. 1603 - 1611 -

Los efectos y valores dados en comisión, no son bienes del comisionista para que sean objeto de persecución por parte de sus acreedores o se pretenda incluirlos en la masa de la quiebra (arts. 1335 c.c. y 1603 c. com.).

El comitente, en el supuesto de quiebra del comisionista, tiene a su disposición facultad para peticionar dentro del proceso de quiebra y, en el plazo que al efecto señala el art. 1611 in fine, la separación de sus efectos y valores en poder del Y comisionista quebrado, acreditando sus derechos como corresponde.

ARTÍCULO 1.289.- (Aplicación supletoria de disposiciones). En los casos no previstos en esta Sección se aplicarán supletoriamente las disposiciones del mandato.

Precd: c. mtl. abrg. 147-

Conc: c. com. 1237 y s.-

SECCIÓN II

CONSIGNACIONES

ARTÍCULO 1.290.- (Concepto). La consignación es una forma de mandato por la cual una persona contrae la obligación de vender mercaderías u objetos a nombre y por cuenta de otra, previa la fijación de su precio o conforme se haya convenido.

Conc: c. com. 122- 1258 -

ARTÍCULO 1.291.- (Remuneración). El consignatario tiene derecho a una comisión cuya determinación tendrá como base:

- 1) El mayor precio obtenido en la venta con relación al precio fijado por el consignante, o
- 2) Un porcentaje sobre el valor de la venta, cuando consignante le haya limitado la facultad de alterar el precio prefijado.

A falta de estipulación expresa, se aplicara la usual en la plaza de ejecución de la operación y, en su defecto, la determinada por los peritos.

Conc: c. com. 1271 -

ARTÍCULO 1.292.- (Reglas en cuanto al plazo). El consignatario no puede devolver las mercaderías, ni el consignante disponerlas o exigir el precio de las vendidas, mientras este pendiente el plazo, salvo estipulación en contrario.

Conc: c. com. 1280 -

ARTÍCULO 1.293.- (Normas aplicables). En todo lo no previsto en esta Sección se aplicarán las disposiciones de la Comisión en todo lo compatible.

Conc: c. com. 1260 y s. -

Prácticamente, lo que la Sección legisla bajo la rubrica de consignaciones, simple y llanamente es la comisión que acaba de examinarse en la Sección anterior.

Según la legislación y los autores consultados, se tiene:

Rodríguez y la legislación mexicana, no la designa particularmente. Fernández, trata de las comisiones bajo la rubrica de comisiones o consignaciones, significando con la conjunción alternativa o una idea de equivalencia, o sea, que es lo mismo comisión que consignación. En la legislación italiana, la consignación es un contrato propio del derecho de navegación, al que se aplican las normas del c.c. sobre el mandato con representación (art. 287, Código de navegación), en el cual el consignatario o agente marítimo asume la figura del factor o representante general del armador o del representante del porteador.

El c. mtl. abrg. (arts. 107 a 148), se ocupa, en la materia únicamente de los comisionistas.

Tal parece que se trata de un exceso de prurito legislativo.

CAPÍTULO VI CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE MERCANTIL

ARTÍCULO 1.294.- (Concepto). Por el contrato de cuenta corriente mercantil los créditos y deudas resultantes de las remesas recíprocas de las partes, constituyen partidas indivisibles de abono o de cargo en la cuenta, de cada cuentacorrentista y únicamente el saldo resultante al cierre de la cuenta será un crédito exigible de acuerdo al contrato.

Conc: c. com. 1295 - 1345 -

La cuenta corriente no supone, como puede creerse vulgarmente, un mero sistema de contabilidad, empleado para asentar en el debe o el haber distintas partidas, para determinar al final, restando la menor de la mayor, el saldo resultante. Tal mecanismo contable es común a la cuenta corriente y a otras cuentas, como v. gr- la simple o de gestión, la apertura de crédito en cuenta corriente (art 1311) o el depósito en cuenta corriente (art. 1346), operaciones que son distintas de la que legisla el Capítulo, según se vera cuando se señale, más adelante, las diferencias que las distinguen.

Del punto de vista jurídico, el instituto en examen, es un contrato mediante el cual los contratantes acuerdan que los créditos y deudas emergentes de las operaciones que efectúen en un lapso determinado, se fundan, perdiendo su individualidad, en dos masas contrapuestas para ser liquidadas en la fecha convenida, con cuya compensación hasta la concurrencia de la menor, Se obtiene cuando resultan ser desiguales, el saldo deudor para una de las partes y acreedor para la otra (Fernández).

Supone una concesión recíproca de créditos, configurada como dice Messineo, en relaciones de crédito de carácter continuado. Se considera terminadas y canceladas las operaciones de las que resultan los créditos y las deudas inseridas en la cuenta, dentro de la cual pierden su individualidad al convertirse en meros elementos del eventual saldo. Las partidas de la cuenta no representan créditos y obligaciones separados y distintos, exigibles inmediatamente, porque deben ser estimados en conjunto y no cabe hablar de deudor o acreedor mientras la cuenta esta abierta y no se efectúe la liquidación final, calidades de las partes que recién se determinan con el conocimiento del saldo que arroje la liquidación. Anotadas las partidas en la cuenta, se convierten en partidas de esta, inexigibles e indisponibles hasta el cierre, para las partes (Messineo).

Su origen es relativamente reciente; resultado como todos los institutos mercantiles, de las necesidades del comercio. Sus antecedentes antiguos le presentan sólo como mera forma de contabilidad, para evitar transportes de numerario por cada operación realizada entre comerciantes relacionados en negocios continuados. La evidente comodidad que supone hacer liquidaciones periódicas, a fecha fija, evitando la remesa constante de facturas, documentos comerciales, etc., condujo en su regulación conocida, mediante su elaboración científica que, según Fernández observa, data del siglo pasado.

La determinación de su naturaleza jurídica, ha dado lugar a diversas teorías, cuya evolución sintéticamente relacionada enseña que los primeros autores que se ocuparon del tema niegan al instituto carácter de contrato y sólo ven en el un simple estado de hecho, resultado de una operación de contabilidad (Merlin, Frémery, Dalloz, Alauzet y otros, cit. de Fernández). Luego, se admitió que es un contrato, aunque sin carácter propio y apenas aplicación o variante o combinación de figuras conocidas de derecho: préstamo, mandato, cesión, transferencia, depósito (recíprocos). Fueron Delamarre y Le Poitvin (cit. de Fernández), los primeros en sostener que la cuenta corriente no es un simple cuadro de contabilidad, sino un verdadero contrato autónomo, per se stante (estable por si).

Todas las teorías posteriores reconocen sin discrepancia que se trata de un contrato autónomo, de características propias y definidas, aunque sosteniendo unos que se trata de un contrato consensual (Boistel, Lyon - Caen y Renault, Navarrini Vivante) y otros que es un contrato real (Delamarre y Le Poitvin, Supino, Vidari, Borsari, cit. de Fernández). La teoría de la consensualidad, es la que se acepta generalmente, atendido el hecho de que este contrato importa principalmente una concesión recíproca de crédito y se prescinde de toda idea de transmisión de propiedad como efecto de la inclusión de una partida en la cuenta corriente.

Su naturaleza jurídica, entonces, puede concretarse en el concepto de que es un convenio típico caracterizado, cuyo contenido determina el régimen jurídico de las sucesivas prestaciones que entre los contratantes se ejecuten (Rodríguez). Este es, un contrato normativo, de reglamentación, por tiempo indeterminado, o por tiempo determinado de las relaciones crediticias, emergentes de otras operaciones, que mantienen las partes (Messineo, Fernández).

Su objeto, aunque ya mencionado en lo anteriormente expuesto, está precisado por Vivante, así: consiste principalmente en que las partes se libran recíprocamente del reembolso inmediato de las remesas, para sustituirlas con el pago del saldo, al cierre de la cuenta, por cuya virtud las dos masas homogéneas e inseparables de dar y de haber que están de frente, se compensan por primera vez, dando lugar al solo crédito del saldo: único crédito para el cual se da una acción judicial (art. 1298).

Sus caracteres, a tenor de los conceptos expuestos son los siguientes: a) consensual (explicado al tratar de su naturaleza); b) bilateral, porque genera la obligación para ambas partes de insertar en la cuenta las operaciones sometidas al régimen de contrato; c) oneroso, en razón de que las diferentes partidas de la cuenta y su saldo devengan intereses; este extremo no está expresamente regulado en el Capítulo, como en otras legislaciones (v. gr. c. com. argentino, art. 777, 4) y c.c. italiano art. 1825) pero ha de considerarse procedente por aplicación de la regla general del art. 798; d) de ejecución continuada, porque se desarrolla mediante una serie de asientos sucesivos durante el plazo estipulado, y e) no solemne.

Tocante al último carácter señalado (no solemne), la doctrina predominante estima que este contrato no está sujeto a una forma determinada y, en consecuencia, ha de considerársele sometido a la regla general del art. 787. Su prueba, por consiguiente, puede acreditarse por todos los medios admitidos en el derecho comercial (art. 786). Si bien el asiento de partidas puede acreditarse en los libros de comercio de cada uno de los contratantes (cuando son comerciantes, art. 62), la prueba en este caso se refiere solamente a la relación de cuenta corriente, pero no al contrato, para el cual no hay exigencia de la forma escrita.

Respecto de la comercialidad del contrato, en la doctrina (europea sobre todo), se considera que tiene carácter comercial o civil, según la naturaleza comercial o civil de los negocios jurídicos que dan lugar a los créditos que se incluyen en la cuenta, con la presunción de su comercialidad cuando se realiza entre comerciantes (Vivante). En el ordenamiento del Código, aunque tenga lugar entre no comerciantes, este contrato será siempre de naturaleza mercantil por lo dispuesto en los arts. 6, inc. 21) y 1294 (que aquí se anota), que incluyen este contrato como instituto especialmente legislado en el ámbito del derecho comercial.

Cabe señalar, ahora, las diferencias de este contrato de cuenta corriente mercantil, con otras cuentas. La denominación con la adjetivación mercantil, empleada para oponerle al que se reglamenta con la denominación de contrato de cuenta corriente bancaria (arts. 1346 y s.), provoca confusiones que debió evitarse en una formulación legal subordinada a las corrientes modernas de la doctrina. Ello exige establecer las diferencias que se dan entre el contrato que se examina y otras situaciones jurídicas afines con las que frecuentemente se le confunde.

Desde luego, la primera diferencia se da con la cuenta de dar y haber o cuenta simple o de gestión, en la cual aunque se utiliza el aparato externo (el mecanismo contable) de la cuenta corriente, faltan la reglamentación normativa y unitaria de las relaciones de crédito y de débito entre las partes, propia del contrato en examen, por lo que la cuenta de gestión no es una relación jurídica, ya que las relaciones en cuanto a su cómputo siguen siendo autónomas y no se te aplican, por lo tanto, las normas de este Capítulo (Fernández, Rodríguez, Messineo).

En los créditos bancarios (art. 1309) se habla de apertura de crédito simple en cuenta corriente, cuando en la realidad y en el fondo no es más que una forma perfeccionada de préstamo a interés, cuya ejecución se desarrolla sobre el marco de la contabilidad en cuenta corriente, pero en el que las calidades de acreedor del Banco y de deudor del cliente son invariables, porque la operación no genera otros efectos jurídicos que los del contrato de préstamo y las distintas partidas de la cuenta únicamente representan sumas prestadas o devueltas (Fernández). Es una concesión de crédito unilateral radical mente distinta del contrato de cuenta corriente mercantil que por definición (v. caracteres, supra), supone bilateralidad en el crédito (Rodríguez; v. además la anot. al art. 1299).

En el depósito en cuenta corriente (arts. 1346 y s.) en la línea dogmática (según destaca Fernández) y en la regulación pertinente (arts. 1348 y s.) del Código, aunque con característica especial, las partes conservan invariablemente su calidad de depositante y depositario y, dados los caracteres de la operación, la de acreedor y deudor; el Banco paga los cheques que libra el depositante, a cuya disposición pone, en realidad, su servicio de caja, y su operación sólo tiene un parecido externo con el de cuenta corriente mercantil: la forma de contabilidad (Fernández). La figura afín comentada tampoco ofrece en sus operaciones una situación de bilateralidad siendo radicalmente distintas en sus efectos de los del contrato aquí anotado (Rodríguez; v. además la anot. al art. 1299).

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Una cuenta reconocida por el deudor tiene fuerza ejecutiva" (G.J. N° 479, p. 1075).
- 2.- "Las cuentas corrientes no aceptadas carecen de fuerza ejecutiva" (G.J. N° 661, p. 6).
- 3.- "Se puede entablar juicio ejecutivo por el acreedor por giros a descubierto contra un Banco, sobre el límite de una cuenta corriente" (G.J. N° 750, p. 56).
- 4.- "Las partidas de crédito en cuenta corriente, susceptibles de liquidación, no son exigibles ejecutivamente" (G.J. N° 758; A.S. de 13 de Agosto de 1903, cit. de Oropeza).

ARTÍCULO 1.295.- (Presunción). Se presume incluidos en la cuenta corriente todos los negocios propios del giro de los cuenta-correntistas.

Conc: c.c. 1318, III) - c. com. 196- 1294-

Las partidas de la cuenta pueden derivar de toda clase de negocios: remesas de mercaderías o de valores, de comisiones, de cobros efectuados por una parte para la otra. Cuando no se hayan determinado en el contrato cuales sean las operaciones que deben figurar en la cuenta corriente, se presumen destinadas a figurar todas las de los correntistas que se originan en sus relaciones comerciales. Es una presunción iuris tantum, que admite la prueba contraria del contrato.

ARTÍCULO 1.296.- (Registro de créditos y ejercicio de acciones). La remesa registrada en cuenta corriente conservara las acciones o excepciones referentes a la existencia o validez de los actos de que procediera. Si el acto fuera declarado inexistente o nulo, la partida correspondiente será cancelada en la cuenta.

Conc: c. com. 1295- 1297-

Aunque la operación individual, pase a la cuenta con la conformidad de ambas partes, estas conservan todos los derechos relativos a la operación generadora de la inclusión. Así, en una venta v. gr., si la mercadería resulta no ser la convenida, la inserción del crédito de precio en la cuenta, que equivale al pago, no quita al comprador la facultad de reclamar a que como tal tiene derecho, en la misma forma en que podría formularla si hubiera pagado el precio. Igualmente conserva el derecho de impugnar la validez de la operación si esta es nula o anulable, a fin de hacer excluir el crédito de la cuenta.

ARTÍCULO 1.297.- (Créditos con garantía real o personal). La garantía real o personal del crédito registrado en la cuenta beneficiará al cuentacorrentista que resultara acreedor al cierre de la cuenta, hasta el monto del crédito garantizado.

Conc: c. com. 1296 -

La subsistencia de las garantías con respecto al saldo de la cuenta corriente y hasta el importe del crédito originario, en el caso del Código, como en otras legislaciones (v. gr. la alemana, c. com. art. 356, cit. de Fernández; L. de títulos y operaciones de crédito mexicana, art. 305, cit. de Rodríguez), es una disposición preceptiva de la ley, que no puede ser modificada por convención de las partes. Otras legislaciones consideran extinguidas las garantías, aunque ello no obsta a que convencionalmente las partes puedan mantenerlas (Fernández).

ARTÍCULO 1.298.- (Embargo del saldo eventual). El saldo de la cuenta corriente puede ser embargado y perseguido en juicio por los acreedores del deudor; igualmente podrá ser cedido.

Conc: c.c. 384- p.c. 504- c. com. 1358 -

Esta disposición ha provocado muchas controversias por la situación desventajosa en que quedan los terceros acreedores, para quienes resultaría burlada la garantía patrimonial de sus derechos (c.c. art. 1335).

Se sostiene de un lado que, habida cuenta la no existencia de acreedor y deudor antes de la clausura de la cuenta, es jurídicamente imposible un embargo o retención sobre un crédito que no existe (Rivarola, Lyon-Caen y Renault, Thaller, Vivante, Dalloz y otros, cit. de Fernández). De otro punto de vista, se arguye que así haya en la cuenta en curso un vacío insusceptible de medida precaucional, es una enormidad jurídica privar a los terceros acreedores de su derecho de satisfacerse sobre los bienes de su deudor, ya que al cierre de la cuenta el crédito del deudor puede desaparecer (Herrera, cit. de Fernández).

La formulación del art. no corresponde a la solución que otras legislaciones han adoptado para el caso, con criterio jurídicamente equitativo y práctico. V. gr. el c. com. alemán, cuyo art. 537, establece:

"Cuando el acreedor de uno de los correntistas ha obtenido el embargo o la adjudicación de las sumas que corresponden a su deudor como saldo de la cuenta corriente, las partidas deudoras correspondientes a nuevas operaciones, posteriores al embargo, no pueden, con relación al mismo, incluirse en la cuenta".

A su vez, la L. de títulos y operaciones de crédito mexicana (art. 307), dice:

"El acreedor de un cuentacorrentista puede pedir el aseguramiento y la adjudicación del saldo eventual en la cuenta corriente. En este caso, no podrá tomarse en consideración con respecto al embargante, desde la fecha del aseguramiento, las partidas de cargo correspondiente a operaciones nuevas...".

El c.c. italiano (art. 1830) legisla la materia con análogo criterio.

La importancia práctica y equitativa del sistema de la citada legislación comparada, que contiene el verdadero principio aplicable al supuesto, resulta de que no se detiene el funcionamiento de la cuenta por el embargo, ya que solo puede practicarse sobre el saldo eventual; pero tampoco se deja totalmente ineficaz el embargo (como en el sistema del Código), permitiendo que los cuentacorrentistas queden en plena libertad para seguir operando, una vez que la ley quita efecto para el embargante a las partidas de cargo correspondientes a operaciones nuevas.

Sobre la cesión del saldo, resultante al cierre, no hay observación ninguna que hacer.

ARTÍCULO 1.299.- (Plazos para el cierre). El cierre de la cuenta y la liquidación del saldo se efectuara en los plazos convenidos al efecto y, en caso contrario, cada seis meses.

El crédito por el saldo será inmediatamente exigible o en los términos convenidos.

Conc: c. com. 794- 1300-

Es esencial para este contrato- lo que no ocurre con sus afines: apertura de crédito o depósito en cuenta corriente (v. la anot. al art. 1294)- que se fije plazo para la liquidación periódica y el establecimiento del saldo. Si el contrato omite ese plazo, rige el que supletoriamente señala el art.

La exigibilidad del saldo esta sujeta a la regla general de l art. 794, cuando el contrato no señala término.

ARTÍCULO 1.300.- (Extracto de la cuenta. Errores). El extracto de la cuenta remitido por un cuentacorrentista al otro, se entenderá aprobado si no se rechaza u observa dentro del término pactado; en su defecto, dentro de los quince días siguientes.

Cualquier error de guarismo o de cálculo en la cuenta se enmendará dentro del término de seis meses a partir de la fecha del cierre de la misma o a tiempo de haberse advertido el error.

Conc: c. com. 1299- 1356-

La aprobación de la cuenta puede tener lugar también con el silencio del cuentacorrentista a quien el otro le envía el extracto. El rechazo o la observación han de ser expesos, dentro del término pactado o del que señala la ley en su defecto: 15 días siguientes a la recepción del extracto.

Más, la aprobación, sea expresa o tácita o derivada del silencio, no precluye la impugnación por errores, omisiones, duplicaciones (Messineo). La formulación del art. (2ª fracción) para la enmienda de los errores, omisiones o duplicaciones, es deficiente. Ha de entenderse que la enmienda será pedida y hecha a tiempo de ser advertida o después, pero no más allá, en ambos casos, de los seis meses a contar de la fecha de la recepción del extracto de la cuenta. Es un término de caducidad (c.c. art. 1514) que establece la ley. Se supone que el correntista debe examinar el extracto una vez recibido y no después de seis meses, lo que le impide exigir la enmienda a tiempo de advertir el error, si el descubrimiento del mismo se ha hecho vencido ya el plazo de caducidad.

ARTÍCULO 1.301.- (Resolución del contrato). Si el contrato no tuviera plazo, cualquiera de los cuentacorrentistas puede, en cada época de cierre de la cuenta, rescindir el contrato, con preaviso al otro de por lo menos quince días a la fecha de cierre.

La muerte o incapacidad sobrevinientes de uno de los cuentacorrentistas pone fin al contrato. Sin embargo, los herederos o representantes y el otro cuentacorrentista, podrán declarar si continúa o no el contrato.

Conc: c.c. 519-

No es un caso de resolución el que señala la primera fracción del art., sino de rescisión, conforme expresa su texto, que corrige su equivocada rubrica.

En rigor, es un caso de rescisión por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, análogo al establecido por el art. 1023 para el seguro y que procede cuando la ley prevé expresamente la terminación del contrato, respecto de algunos institutos, si las partes no han fijado término y no hay mutuo consentimiento, que es el supuesto de la rescisión en general. Se aplica el principio que rige en el derecho común para todos los contratos de ejecución continuada o sucesiva carentes de plazo (Planiol y Ripert), habida consideración, además, de que se trata de un

contrato fundado en la confianza recíproca y de término indefinido (cuando no se pacta uno en el contrato), lo que hace indudable que cualquiera de las partes puede darle por terminado cuando así le convenga.

La muerte o la incapacidad sobreviniente de uno de los correntistas termina el contrato, porque como ya se ha dicho líneas antes, este es uno de los llamados intuitus personae, celebrado en atención a las condiciones personales del contratante. Su continuación por los herederos o representantes del muerto o incapacitado con el otro correntista, requiere, de alguna manera, acuerdo para mantener el contrato.

También puede terminar el contrato, por rescisión mutuamente consentida, o por haberse cumplido el plazo que se fijó en el contrato. La incapacidad del correntista, puede ser efecto de una interdicción, de una inhabilitación o de quiebra.

TÍTULO VII OPERACIONES Y CONTRATOS BANCARIOS

CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1.302.- (Operaciones y contratos bancarios). Las operaciones y los contratos mencionados en forma enunciativa en este Título sólo pueden ser realizados por los Bancos y entidades de crédito debidamente autorizados al efecto y conforme a la Ley respectiva.

Conc: c. com. 536- 1303- 1305- 1307- 1382- 1443-1451 - 1452 - 1453 - 1456 - L. 11 Julio 1928 - D.L. N° 9428, de 28 de Octubre de 1970, art. 9-

El art. presenta una formulación evidentemente desafortunada. Habla de operaciones y contratos mencionados en este Título, cuando, en realidad, no los menciona simplemente, nombrándolos recordándolos o haciendo mera referencia a ellos, sino que los regula y disciplina legislativamente, lo que indudablemente trasciende los límites de la pura mención. La forma enunciativa de la mención, que explícitamente subraya el art., no atañe al contenido de las regulaciones, sino que lo que pretende significar, con verdadera impropiedad, es que los contratos y operaciones regulados en el Título, no constituyen todas las operaciones o contratos que conciernen a la materia bancaria. Es decir, que la regulación del Título, sólo comprende algunos de los contratos y operaciones bancarios.

La ley respectiva, aludida en el art., que gobierna la materia bancaria, es la Ley general de Bancos de 11 de Julio de 1928, aún vigente en parte, porque ninguno de los varios proyectos de la nueva ley general propuestos dentro del proceso de la nueva codificación, ha alcanzado sanción. La nombrada ley general de 1928, ya no satisface los requerimientos de la organización y el funcionamiento bancarios actuales, cuya evaluación ha dejado aquella en innegable condición de desajuste, que la hace prácticamente inadecuada a las exigencias presentes, tal cual la evolución del derecho comercial y el progreso de la actividad comercial del país, dejaron casi obsoleto al c. mtl. abrg.

La autoridad administrativa de fiscalización competente, repetidamente nombrada en las disposiciones singulares del Título (v. gr. arts. 1303, 1305, 1307 y 1471), es el Departamento de Fiscalización del Banco Central de Bolivia, que ha sustituido a la Superintendencia de Bancos, que fue creada y organizada por la referida ley general de 1928 (Capítulo II), cancelada por el D.L. N° 9428 de 28 de Octubre de 1970, cuyo art. 9, dispone la incorporación al Banco Central de dicha Superintendencia, "con todas las funciones y atribuciones que actualmente cumple".

Con estas advertencias, que no han de repetirse sobre el particular en las ulteriores anotaciones, cuando las disposiciones de este y del siguiente Títulos mencionen nuevamente a dicha autoridad fiscalizadora, corresponde entrar en materia.

Las operaciones bancarias, son negocios jurídicos que tienen relación con las más variadas actividades de la vida económica de un país y conciernen a todos sus grupos sociales: la economía pública, el financiamiento de las empresas, el ahorro familiar y todas las operaciones de crédito, realizadas profesionalmente, dan lugar a diversas y variadas funciones bancarias. Comprenden un amplísimo campo de actividad que esta sometido a diferentes regulaciones (Rodríguez): contabilidad bancaria, que disciplina las normas de la ordenación contable de las empresas bancarias; la economía bancaria, relativa a las normas económicas de aplicación específica en este ámbito; la técnica bancaria, que concierne al mecanismo y a la especialización profesional (v. gr. mediante las escuelas bancarias); derecho bancario, que comprende el ordenamiento jurídico que gobierna la materia bancaria.

El derecho bancario supone el sistema de normas jurídicas que rigen las instituciones de crédito y sus operaciones (Rodríguez), cuya razón de ser esta en que no siempre la legislación mercantil común es suficiente para regular las nuevas operaciones que la práctica impone, ni para proteger al público y a la economía colectiva contra los riesgos - y aún los abusos- que resultan de la actividad bancaria. Desde luego, según advierte Rodríguez, no cabe postular un derecho

bancario como sistema autónomo frente al derecho mercantil, del cual es una rama, y sólo corresponde hablar de derecho bancario en el mismo sentido que se habla del derecho cambiario, derecho de sociedades, derecho de quiebras, etc.

Se entiende por Banco (y entidades de crédito) la específica organización que se dedica profesionalmente, esto es, en calidad de empresario (art. 6, inc. 2o), a la actividad bancaria, o sea, al ejercicio de operaciones o negocios de crédito (Messineo). Los Bancos son empresas que se encuentran en el centro de una doble corriente de capitales, dice Rodríguez, al que afluyen los capitales que no son inmediatamente necesitados por sus dueños y del que fluyen los que son requeridos por quienes están precisados de ellos: tomar dinero barato para suministrarlo un poco más caro, de modo habitual y como finalidad de existencia, esto es, profesionalmente, es la sustancia de la actividad bancaria y, en general, las operaciones por las cuales el Banco recibe dinero son operaciones de crédito, y aquellas por las cuales da dinero, también lo son.

De lo dicho y del tenor del art., surge como concepto de las operaciones bancarias, que son tales las que realizan las instituciones de crédito autorizadas para el efecto. Se caracterizan porque las que practican los Bancos y las entidades de crédito, sean de depósito, de ahorro, de capitalización, de crédito hipotecario, financieros o fiduciarios, consisten todas en una serie de operaciones de crédito.

Messineo, sin perjuicio de observar la impropiedad de la denominación operaciones bancarias, señala que lo que califica a los contratos de banca es el hecho de que asumen como materia negocios u operaciones de crédito y que, en cada uno de ellos, al menos una de las partes es un Banco, cuando no ocurre que ambas lo sean.

La operación de crédito, dice Rodríguez, implica una transmisión actual de la propiedad de dinero o de títulos, por el acreedor, para que la contrapartida se realice tiempo después por el deudor. Toda operación de crédito presenta indefectiblemente los rasgos mencionados: plazo, confianza en la capacidad de contraprestación y transmisión actual de dominio a cambio de una contraprestación diferida (Greco, cit. de Rodríguez).

De estas nociones, se concreta que la operación bancaria, cualquiera sea la que se considere, se caracteriza por ser una operación de crédito realizada profesionalmente. La calidad profesional de uno de los contratantes (Banco) configura un elemento caracterizante, dice Messineo, aún tratándose de simples servicios bancarios, como el de cajas de seguridad, que otro contratante cualquiera no esta en situación de poner a disposición del usuario (art. 1428).

Una clasificación de las operaciones bancarias y de crédito, puede hacerse desde diversos puntos de vista. El Código prácticamente se desentiende del problema, y en sus regulaciones no sigue exactamente un sistema definido.

Según Messineo, los contratos bancarios fundamentales, o típicos, pueden clasificarse- desde el punto de vista del Banco participante- en activos y pasivos (distinción solamente enunciada en el art. 1453), según que el Banco conceda créditos o que reciba créditos. Esta situación, del punto de vista del cliente se invierte. El autor citado, cataloga entre los contratos principales activos: la apertura de crédito, el anticipo, el mutuo pignoraticio e hipotecario, el descuento, el reporto; entre los pasivos: los depósitos de uso y ahorro, el mutuo pasivo, el redescuento, el comodato bancario, emisión de vales, cheques especiales.

Rodríguez, propone el cuadro siguiente (al que se agrega la indicación de las disposiciones pertinentes del Código, para la mejor apreciación del mismo en relación con el ordenamiento en examen):

I.- Operaciones bancarias activas: 1) apertura de crédito (art. 1309) que comprende: descuentos (art. 1324), créditos documentados (art. 1394), anticipos, (art. 1318), créditos para la producción (sin regla concreta en el Código); 2) cuenta corriente (art. 1294); 3) carta de crédito (art. 1332); 4) reporto.

II.- Operaciones bancarias pasivas: A) depósitos bancarios (Cap. III del Título y art. 1387 sobre depósito de títulos-valores); B) emisión de obligaciones bancarias (bonos, art. 1437); C) emisión de otros títulos bancarios (arts. 1440, cédulas hipotecarias y 1442, certificados fiduciarios); D) otras operaciones (art. 1453).

III.- Servicios bancarios: entre los cuales cabe señalar de los que regla el Código, en el Cap. IV de este Título, a) el fideicomiso (art. 1409), el alquiler de cajas de seguridad (art. 1428), la fianza bancaria (art. 1447), el servicio de caja (pagos y cobros, art. 1451).

ARTÍCULO 1.303.- (Intereses aplicables). Los intereses corrientes y moratorios, las comisiones y recargos aplicados, no pueden exceder de los límites máximos establecidos, de acuerdo con la Ley respectiva, por la autoridad administrativa de fiscalización competente.

En caso de exceder de tales límites las tasas serán reducidas al tipo de interés legal, sin perjuicio de las sanciones correspondientes.

Conc: c. com. 798 - 1302- 1339- 1361 - 1417-

El interés legal para las operaciones bancarias, como para todo negocio comercial, es el señalado por el art. 798, cuya anot. tiene pertinencia aquí.

ARTÍCULO 1.304.- (Créditos y depósitos en moneda extranjera). Los créditos otorgados por los Bancos en moneda extranjera y los depósitos que reciban también en la misma moneda se cubrirán y devolverán, respectivamente, conforme se prescribe en el artículo 795.

Conc: c.c. 405 - c. com. 795 -
Véase la anot. al art. 795 -

ARTÍCULO 1.305.- (Obligación de mantener en sus activos sumas equivalentes a los depósitos recibidos). Las entidades bancarias y de crédito tienen la obligación de mantener en sus activos valores equivalentes a las cantidades recibidas en depósito en la forma que, de acuerdo con la Ley respectiva, determine la autoridad administrativa de fiscalización competente.

Conc: 1302- L. gral. Bancos, 2-

Según la L. gral. de Bancos (art. 2) el término activo, a los fines del ordenamiento legal bancario, comprende todos los haberes de un Banco, excepto los que se confíen en custodia, los haberes que un Banco posee como agente y los haberes depositados en concepto de garantía por préstamos o descuentos. Luego, si se tiene en cuenta que equivalencia supone igualdad en el valor, estimación, potencia o eficacia de dos o más cosas, quiere decir que un Banco no puede recibir en depósito, sea a la vista, a plazo o en cuenta de ahorro (L. gral. de Bancos, arts. 8, 9 y 10), cantidades superiores al valor de su activo, de acuerdo a lo establecido por este art.

Ha de tenerse en cuenta, sobre este punto lo dispuesto por el art. 14 del D.L. 9440, que en su inc. b) atribuye al Banco Central la facultad de determinar la composición de activos y pasivos de los Bancos y demás entidades financieras.

ARTÍCULO 1.306.- (Retiro de fondos depositados). Los depósitos bancarios pueden ser objeto de retiro a la vista, a plazo o con previo aviso.

Si al constituir el depósito retirable con previo aviso no se señala el plazo del mismo, se entiende que puede ser retirado desde el día hábil siguiente al del aviso. Si el depósito se constituye sin mención especial de plazo, se entiende retirable a la vista.

Conc: c. com. 1346- 1383-

Según el propio texto del precepto, la operación bancaria de que este trata es propiamente la de depósito bancario, regulado en el Cap. III de este Título, y más concretamente en la Sección IV del mismo (v. los arts. 1346 y s. y 1383 y s.); depósito de dinero de categoría irregular, que puede ser a la vista, a plazo o con preaviso (v. el cuadro de la anot. al art. 1346) El depósito implica la obligación para el depositario (Banco o entidad de crédito autorizada) de restituir la cosa, a petición del depositante, que sigue siendo dueño de lo depositado. De ahí que el art., que pretende crear una figura de retiro de fondos depositados, carece de todo fundamento, porque trata de legislar con una denominación extraída de la consecuencia propia de una figura conocida, practicada y hace tiempo regulada, como es el depósito bancario de dinero.

ARTÍCULO 1.307.- (Secreto bancario). Las entidades bancarias y de crédito guardarán el debido secreto acerca de las operaciones que realicen y de la información recibida de sus clientes.

Las entidades bancarias y de crédito y funcionarios que violen esta disposición, responderán solidariamente de los daños y perjuicios ocasionados con ello, salvo- que deban revelar tales secretos por mandato del juez dentro de juicio, con los recaudados correspondientes, y por requerimiento fundado de la autoridad administrativa de control.

La información intercambiada entre los Bancos y entidades de crédito entre sí gozan también del secreto bancario.

Conc: c.p. 302- c. com. 1302- 1347 -

Es obligación de las empresas bancarias y entidades de crédito autorizadas, observar estrictamente el secreto bancario, que es una subespecie del secreto profesional (Messineo) y ella impone el deber de reserva respecto de todas las relaciones que se establecen entre el Banco y el cliente, así como en todas las operaciones que el Banco realiza con terceros, en interés o por cuenta del cliente, cuya naturaleza e importancia no puede revelar a terceros, a menos que se trate de cumplir algún mandato judicial, expedido por razón de un proceso en trámite y a través de la autoridad administrativa bancaria de fiscalización, que debe autorizar se proporcione la información requerida. Tampoco comprende el precepto las informaciones que intercambian los Bancos y entidades de crédito entre si, pero esas informaciones están bajo la protección del secreto respecto de terceros.

El fundamento de la obligación, según Messineo, reposa en usos resultantes de la observancia de un comportamiento establecido tácitamente, como norma de la voluntad colectiva.

El secreto bancario, en la L. gral. de Bancos de 1928, esta legislada en relación con la reserva que deben guardar los funcionarios del órgano administrativo fiscalizador, respecto de los negocios u operaciones de cualquier Banco que hayan llegado a su conocimiento, por razón de sus labores oficiales, bajo pena de sanciones disciplinarias en la vía administrativa y de las penalidades establecidas para la revelación del secreto profesional por el ordenamiento punitivo (c.p. art. 302).

ARTÍCULO 1.308.- (Prescripción). Los depósitos en cuenta corriente, en cuentas de ahorro y a la vista, prescriben en favor del Estado en el plazo de diez años desde la última operación realizada y siempre que hayan sido abandonados por sus titulares durante dicho lapso. En los depósitos a plazo, dicho término se computara desde la fecha de su vencimiento.

Conc: c.c. 1507- c. com. 786- 1470-

CAPÍTULO II CRÉDITOS

SECCIÓN I APERTURA DE CRÉDITO (O LÍNEA DE CRÉDITO)

ARTÍCULO 1.309.- (Concepto). Se entiende por apertura de crédito el acuerdo en virtud del cual un Banco se obliga a poner una determinada suma de dinero a disposición del acreditado en la medida de sus requerimientos o bien a realizar otras prestaciones que permitan a éste obtener crédito; el acreditado, a su vez, se obliga a reembolsar la suma utilizada o a cubrir el importe de las obligaciones contraídas por su cuenta, así como a pagar las comisiones, intereses y gastos convenidos.

Conc: c. com. 602- 1310- 1318 - 1323- 1338- 1340-

Entre las operaciones bancarias activas, la apertura de crédito es un contrato por cuya virtud el acreditante (Banco o entidad de crédito), se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, que tiene la facultad (no la obligación) de utilizarla en uno o más cobros, o también a emplear (el acreditante) su propio crédito en beneficio del acreditado.

En general, la apertura de crédito puede practicarse por no comerciantes y por comerciantes, sin tener autorización para operar como Banco o entidad de crédito, porque no son operaciones bancarias típicas (Rodríguez). Más, sus particularidades cuando son practicadas por los Bancos y entidades de crédito autorizadas, con carácter profesional y en masa, se destacan en su vinculación inexorable con las operaciones bancarias pasivas: recepción de dinero del público para proporcionarlo a quien lo necesita, obteniendo el beneficio (bancario) de la diferencia que resulta entre lo que paga para obtenerlo y lo que cobra para colocarlo (v. la anot. al art. 1302, en la parte relativa a la función específica de los Bancos).

El concepto de disponibilidad o poder de disponer, tiene destacada manifestación en este contrato, cuyo efecto práctico confiere a quien tiene la disponibilidad, uno de los atributos normales de la propiedad aún no siendo propietario (Messineo). El acreditado, a su vez, se compromete a restituir la cantidad que el Banco entregó directa o indirectamente al cumplir la obligación que asumió por él.

Por su estructura jurídica, se considera este como un contrato peculiar, que ni es oferta ni es préstamo, aunque estrechamente emparentado con este, según observa Rodríguez, quien le estima variante de una figura superior, que no concreta. Otros le consideran una figura propia de contrato que permite la disponibilidad de sumas de dinero, igual que los contratos estimatorios que tratan de la disponibilidad de cosas ajenas, y que, por eso, inclusive, le llaman contrato de disponibilidad (De Martini, cit. de Messineo).

Sus modalidades son varias. En realidad comprende el negocio jurídico que legisla esta Sección, como también los descuentos, anticipos, créditos documentados y otros (v. la clasificación consignada en la anot. al art. 1302). Facilita la comprensión de lo dicho, el cuadro que sobre sus modalidades propone Rodríguez:

Por el objeto de la obligación del acreditante	créditos de prestación	pagos anticipos descuentos	de títulos de créditos en libros
	créditos de obligación	de aceptación	simple crédito documentado
		garantía	fianza aval otras formas
Por la forma de disposición	simples		
	en cuenta corriente		
Por la garantía	descubierto	personal	fianza aval
	con garantía	real	prendaria hipotecaria fiduciaria especiales
Por su destino	libres	avío refacciones comerciales hipotecarios con emisión de cédulas o de bonos	
	especiales		

ARTÍCULO 1.310.- (Contrato). La apertura de crédito se formalizará mediante contrato escrito entre el Banco y el acreditado, en el cual, además de la naturaleza de la prestación, se estipulará por lo menos lo siguiente:

- 1) El importe del crédito otorgado, que puede ser de terminado o determinable, según su naturaleza o finalidad;
- 2) El plazo para utilización del crédito y de reembolso de las sumas utilizadas. La omisión de la última condición obliga al acreditado a reembolsar su importe dentro de los quince días siguientes a la fecha de notificación por el Banco:
- 3) Las garantías específicas, si las hubiera. Si se entregan títulos - valores por el acreditado en garantía del adeudo, no podrán ser descontados o cedidos por el Banco antes del vencimiento del contrato, sino cuando aquel lo autorice expresamente. La negociación indebida de los mismos obliga al Banco a responder al acreditado su restitución una vez pagada la obligación y los intereses correspondientes a la misma tasa pactada en el contrato de crédito;
- 4) La forma de utilización del crédito, que puede ser simple o en cuenta corriente, y
- 5) Las comisiones, intereses y gastos convenidos. El acreditado asume, en el momento de la formalización del contrato, la obligación de pagar al Banco una comisión, haga o no uso total o parcial del crédito y los intereses corren sólo sobre saldos deudores diarios que serán cubiertos al vencimiento de los plazos parciales estipulados. Vencido el plazo sin haberse efectuado el reembolso, corren, asimismo, los intereses moratorios.

Conc: c. com. 1309- 1311- 1312- 1313-

El contrato de apertura de crédito es consensual, bilateral, oneroso y principal. Debe constar por escrito ad probationem, lo que le hace formal (art. 787). Sus estipulaciones deben contener las especificaciones señaladas en los incs. del art.

El inc. 1) implica precisar el objeto del contrato, que según la regla general del art. 485 del c.c., debe ser determinado o puede ser determinable. Si ocurre que el contrato no señala de modo directo o indirecto la cuantía del crédito, su fijación corresponde al acreditante según otras legislaciones (v. gr. L. de títulos y operaciones de crédito mexicana, art. 293, cit. de Rodríguez).

Según el inc. 2) , la apertura de crédito puede hacerse a vencimiento fijo, esto es, por tiempo determinado, o bien por tiempo indeterminado, caso último en el cual su finalización se sujeta a lo dispuesto por la fracción 2ª del art. 1315. La restitución del crédito se hace en el plazo determinado en el contrato y, en su defecto, en el que señala este inc.

La apertura de crédito puede estar acompañada de una garantía real (prenda, hipoteca) o personal (fianza), prestada por el acreditado (inc. 3), garantía que no se extingue antes del fin de la relación, por el sólo hecho de que el acreditado deje de ser o no alcance a ser deudor. Pues, puede utilizar el crédito aún notificado por el Banco de su conclusión (art. 1315, 3ª fase) o tiene

que responder aún de las comisiones del acreditante aún cuando no haya hecho uso del crédito (inc. 5). Si la garantía llega a ser insuficiente, el Banco puede exigir un suplemento o la sustitución de la garantía, reduciendo el crédito o separándose de él en su defecto (arts. 315, c.c. y 1317, 3, c. com.).

Respecto de los incs. 4) y 5), v. las anots. a los arts. siguientes, 1311, 1312, 1316, y en lo que respecta a los intereses moratorios, la del art. 798.

ARTÍCULO 1.311.- (Apertura de crédito simple o en cuenta corriente). Cuando la naturaleza de la utilización del crédito es simple, la obligación del Banco termina por la concurrencia del monto del crédito y es exigible al vencimiento del plazo estipulado.

Si la apertura del crédito es en cuenta corriente, el acreditado que haga abonos a cuenta o remesas de dinero en reembolso parcial o total de las sumas utilizadas puede nuevamente utilizar el saldo resultante a su favor hasta el límite del importe del crédito y plazo de vigencia del contrato.

Conc: c. com. 1310, 4)- 1346-

Si en el contrato no se ha estipulado cosa diversa, el acreditado tiene derecho a disponer del crédito a la vista, mediante utilización de crédito simple (primera fracción del art.). Más, si hay estipulación particular sobre la disponibilidad, para que el crédito sea utilizado mediante sucesivas disposiciones, con facultad reconocida al acreditado de hacer reembolsos parciales que hagan recuperar al crédito su cuantía primitiva u otros saldos disponibles durante la vigencia del contrato, se trata de apertura de crédito en cuenta corriente (2ª fracción del art.).

ARTÍCULO 1.312.- (Intereses, comisiones y gastos). En el importe del crédito concedido no se entenderán incluidos los intereses, comisiones y gastos a cargo del acreditado.

Conc: c. com. 798- 1310, 5)-

El acreditado está obligado, normalmente, a pagar una comisión total sobre el importe del crédito que le concede el acreditante, además de los intereses por las cantidades de que disponga efectivamente, aparte los otros cargos (que el inc. 5, del art. 1310 llama gastos convenidos) que se establecen según las reglamentaciones bancarias y las costumbres mercantiles.

De acuerdo al art., las comisiones, intereses y cargos, no pueden estar incluidos en el crédito concedido, porque puede dar lugar a que se consideren esos conceptos omitidos en el contrato y generar una duplicación de los mismos por efecto de lo dispuesto en el art. 798, de manera que la prevención del art. tiene razón justificada.

ARTÍCULO 1.313.- (Provisión de fondos). Si en virtud de la apertura de crédito el Banco se obliga a aceptar o descontar letras de cambio, suscribir pagarés, prestar avales o garantías por cuenta del acreditado, éste le proveerá los fondos necesarios a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del documento, salvo pacto en contrario.

La aceptación, suscripción o garantía del acreditante por cuenta del acreditado, deba este constituir o no la provisión de los fondos necesarios, disminuirá el saldo del crédito utilizable en el importe correspondiente.

Conc: c. com. 1310- 1341-

Si el contrato tuviera por objeto realizar los servicios que señala el art., mediante provisión previa de fondos del acreditado, no habría apertura de crédito sino cualquier otro tipo de servicio bancario, v. gr., cobros y pagos (arts. 1451 y 1452).

El objeto preciso de la apertura de crédito consiste, pues, en que el acreditante debe poner a disposición del acreditado la cantidad prevista y en la forma convenida, por el plazo pactado, o bien asumir la obligación convenida en las circunstancias que se haya especificado en el contrato. Entonces, la provisión de fondos, corresponde en realidad al acreditante. La restitución de esos fondos, en la oportunidad convenida, importa el pago del crédito por parte del acreditado y no hay para que hablar de provisión de fondos por parte de este.

ARTÍCULO 1.314.- (Prohibición de terminar anticipadamente el contrato). El Banco no puede dar por terminado anticipadamente el contrato, salvo que ocurra alguna de las causas de extinción del crédito.

Conc: c. com. 1315 - 1317 - 1335 -

Si el contrato tiene plazo determinado, la desvinculación contractual antes del vencimiento, sólo es permitida al acreditante, cuando concurre causa justa. Constituyen justa causa los supuestos de extinción enumerados en el art. 1317 y cualesquier de ellos hace procedente la terminación anticipada de la apertura de crédito, dispuesta ad nutum (a voluntad) por el Banco. Cabe pacto

en contrario de las partes (Messineo), esto es, que el acreditante puede estar facultado por el contrato para hacerlo. Producida la justificada terminación anticipada, según; alguna de las causales del art. 1317, queda suspendida toda ulterior utilización del crédito. El Código no dice nada sobre la restitución de lo utilizado en esta eventualidad. Ha de suponerse que debe esperarse el cumplimiento del plazo fijado para el efecto. En el derecho comparado (v. gr. el c.c. italiano, art. 1845, 2), la restitución no puede ser exigida por el Banco sino después de 15 días de la terminación anticipada.

ARTÍCULO 1.315.- (Utilización del crédito). Efectuada la apertura de crédito, el acreditado podrá o no utilizarlo dentro del plazo señalado en el contrato.

La falta de plazo para la utilización del crédito faculta a cualquiera de las partes a declarar concluido el contrato, previa notificación a la otra.

Si la notificación fuera hecha por el Banco, el acreditado podrá utilizar el crédito dentro de los quince días siguientes. Vencido dicho plazo, se extinguirá el crédito en la parte no utilizada.

Conc: c. com. 1314- 1317-

Si el contrato no especifica plazo determinado, cada una de las partes, puede separarse del contrato mediante preaviso, dentro del término pactado al efecto o, en caso contrario, según las determinaciones del art., quedando el plazo de 15 días para el acreditado, en caso de preaviso del acreditante, para utilizar el crédito, vencido el cual expira la disponibilidad del mismo sobre la parte no utilizada.

Respecto de la utilización del crédito, cual lo establece el art., cabe dejar definido que el acreditado no está obligado a usarlo, pero deberá pagar la comisión convenida aunque no disponga del crédito (art. 1310, 5).

ARTÍCULO 1.316.- (Fuerza ejecutiva). En los contratos de apertura de crédito podrá convenirse que la determinación del saldo del crédito por el Banco, al día del vencimiento, hará fe en juicio y surtirá todos los efectos legales pertinentes y a ello quedarán sometidos el deudor y los avalistas.

El contrato de apertura de crédito y liquidación de la cuenta tendrá fuerza ejecutiva, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito legal previo.

Conc: p.c. 487, 3)- c. com. 561- 581-

Véase en lo pertinente la anot. a los arts. 561 y 581 y la jurisprudencia inserida a los mismos.

ARTÍCULO 1.317.- (Extinción del crédito). El derecho de utilización del crédito se extingue:

- 1) Por haber el acreditado utilizado su importe total;
- 2) Por expiración del plazo fijado para su utilización;
- 3) Por no mejorarse las garantías cuando éstas hayan disminuido de valor;
- 4) Por la cesación de pagos, concurso de acreedores o quiebra del acreditado;
- 5) Por inhabilitación del acreditado para el ejercicio del comercio;
- 6) Por muerte o interdicción del acreditado, a menos que se hubiera pactado otra cosa;
- 7) Por disolución, fusión o transformación del acreditado, en caso de ser persona jurídica.

Conc: p.c. 562 - c. com. 21-22-378-382-384-398-1314-1315-1487-1542-

Extinguido el crédito por cualesquiera de las causales consignadas en la enumeración del art., cesa, en consecuencia, el derecho del acreditado a hacer uso de el en lo futuro. Tocante al punto 2) y para los casos de contrato con plazo de utilización indeterminado, ha de tenerse en cuenta las disposiciones del art. 1315, segunda y tercera fracciones.

SECCIÓN II ANTICIPO

ARTÍCULO 1.318.- (Concepto). Se entiende por anticipo el contrato por el cual un Banco concede un crédito de corto plazo al acreditado, por una parte del valor de los bienes o títulos-valores que este le entregue-en prenda.

Conc: c. com..882- 1309-

El anticipo es un contrato de apertura de crédito, por virtud del cual el acreditante pone a disposición del acreditado una parte del valor de la garantía prendaria que e'ste le proporciona (Rodríguez).

Sus notas características son las del contrato de apertura de crédito, tanto que el propio Código (art. 1323) declara aplicables las disposiciones reguladoras de este al instituto en estudio. No es un mutuo pignoraticio, como antes se le había considerado, sino una subespecie de apertura de crédito, caracterizada por el hecho de que la misma va necesariamente acompañada de una

garantía real (prenda de títulos - valores, mercaderías, documentos de depósito o de transporte) proporcionada por el anticipado o por un tercero al anticipante, mientras que la apertura de crédito puede ser, también simple, o garantizada solamente por fianza (Ascarelli, Valeri, Giordano, Messineo y otros).

Según la definición dada y el concepto que indica el art., la cuantía del contrato solo puede alcanzar a una parte del valor de la garantía, que es elemento esencial del contrato, y cuyo importe se determina por la calidad de la misma y por las condiciones del mercado.

Se destaca su significación económica por el hecho de que el comerciante que dispone de mercaderías o de títulos y no puede deshacerse de ellos definitivamente, para satisfacer sus requerimientos de dinero, acude al acreditante, quien se lo proporciona con la garantía real de dichas mercaderías o títulos.

Puede distinguirse anticipos sobre mercaderías o sobre títulos teniendo en cuenta la calidad del objeto de la prenda (art. 1319), y considerando la forma de disposición del crédito concedido, los anticipos, como la apertura de crédito, pueden ser simples o en cuenta.

Regla peculiar de este contrato, es la que permite que el anticipante (Banco o entidad de crédito) adquiera la disponibilidad de las cosas recibidas en prenda, cuando no han sido individualizadas se sobrentiende, y que restituya al anticipado otros tantos títulos o mercaderías de la misma especie y calidad (art. 1322).

Los derechos y obligaciones del acreditante, derivados de este contrato, son en general los inherentes a su calidad de acreedor prendario; la obligación del acreditado, principalmente, constituir la prenda.

ARTÍCULO 1.319.- (Clases, de prenda). Los anticipos pueden concederse con la prenda de mercaderías o de títulos - valores de contenido crediticio, de participación o representativos de mercaderías.

Conc: c. com. 882-

Pueden hacerse anticipos sobre títulos-valores de contenido crediticio, como las letras de cambio, los pagarés, los cupones de intereses, los bonos de fundador; sobre títulos representativos de mercaderías (certificados de depósito, bonos de prenda, conocimiento de embarque) y sobre títulos de participación (acciones, bonos o debentures).

ARTÍCULO 1.320.- (Mercaderías en Almacenes Generales de Depósito). Si las mercaderías están depositadas en Almacenes Generales de Depósito, el anticipo sobre ellas se hará mediante negociación del Bono de Prenda.

Conc: c. com. 689-

Si se trata de mercaderías depositadas en almacenes generales (v. la anot. al art. 689), se obtiene el anticipo con la entrega al anticipante del bono de prenda que acompaña al certificado de depósito. Si este no es negociable, lo que es perfectamente admisible y hace que el título - valor de tal índole se emita sin estar acompañado del bono de prenda, para obtener el anticipo se entrega el certificado mismo al acreditante, mediante endoso en prenda o anotación similar (art. 530), conforme disponen los arts. 1414 del c.c. y 882, 2ª fase, del c. com.

ARTÍCULO 1.321.- (Mercaderías no depositadas). Si la prenda recae en mercaderías no depositadas en Almacenes Generales de Depósito, los bienes pignorados deberán determinarse detalladamente, pudiendo depositarse en poder de un tercero, por cuenta del acreedor prendario o del propio Banco.

Conc: c. com. 882 -

Cuando las mercaderías no están depositadas en almacenes de depósito, la constitución de la prenda, como base del anticipo, requiere la determinación de las mercaderías, que quedan depositadas en poder del propio anticipante o de un tercero.

Tratándose de mercaderías en tránsito o en ruta, cabe contratar el anticipo con la prenda del título-valor correspondiente que es representativo de mercaderías (art. 712): carta de porte o conocimiento de embarque.

Finalmente, cabe advertir respecto de estos arts. (1320 y 1321), que en el anticipo sobre mercaderías depositadas en almacenes generales o sobre mercaderías en tránsito, no se trata de anticipo sobre mercaderías en realidad, sino de una apertura de crédito sobre títulos.

ARTÍCULO 1.322.- (Devolución de la prenda). Si se conviene expresamente, el Banco podrá restituir al acreditado otros tantos títulos o mercaderías de la misma especie y calidad que las recibidas en prenda.

Conc: c. com. 876

Comprendido en la anot. al art. 1318.

ARTÍCULO 1.323.- (Disposiciones aplicables). Son aplicables al anticipo, en lo conducente, las disposiciones que regulan la "Apertura de Crédito" de este Título.

Conc: c. com. 1309-

Comprendido en la anot. al art. 1318.

SECCIÓN III **DESCUENTO**

ARTÍCULO 1.324.- (Concepto). Se entiende por descuento el acuerdo en virtud del cual el descontatario transmite a un Banco la titularidad de un crédito de vencimiento futuro y este último anticipa al primero el importe del crédito, descontando del valor nominal los intereses por el tiempo que falte para su vencimiento.

El descontatario responderá del pago del importe nominal del título-valor en caso de no ser pagado a su vencimiento.

Conc: c. com. 491 - 498- 1327-

Se entiende por descuento la apertura de crédito, mediante la cual el acreditante pone una suma de dinero a disposición del acreditado, a cambio de la transmisión de un crédito de vencimiento posterior (v. la anot. al art. 1309, i.f.). El importe del crédito que concede el acreditante, es igual al del crédito que adquiere disminuido en una cantidad proporcional al tiempo que falta para su vencimiento. En síntesis, puede decirse que es la adquisición al contado de un crédito a plazo (Rodríguez).

La noción que da Messineo, sin ser contradictoria del anterior concepto, contiene una más minuciosa descripción: contrato con prestaciones recíprocas, por el cual el descontador se obliga frente al descontatario a pagarle el importe de un crédito pecuniario, frecuentemente cambiario, que este alega contra un tercero, antes de que ese crédito haya vencido a cambio de la cesión del mismo.

Por su naturaleza jurídica, es sin duda un autentico contrato de apertura de crédito (Rodríguez), por virtud del cual el acreditante pone a disposición del acreditado una suma de dinero, que este la restituye mediante el crédito cuyo vencimiento ha de ocurrir en fecha posterior a aquella en la que el acreditante tiene que poner a disposición del acreditado la suma importe del crédito. No hay venta del crédito o del título del crédito descontado, ni mutuo pecuniario, ni transferencia del título de crédito. El anticipo de que habla la ley, puede significar prestar u otra cosa análoga" dice Messineo, pero no ciertamente pagar un precio, para poder hablar de compraventa del crédito.

No hay descuento sin pacto o acuerdo, así muchas veces este sea tan sencillo que se reduzca a la manifestación tácita de consentimiento, implicada en la realización del descuento. Unas veces puede tratarse de una operación aislada, otras es una de las diversas formas de utilización del crédito.

En la técnica del descuento, regularmente, el Banco descontante tiene en cuenta el número y calidad de las firmas responsables que consigna el documento, el plazo de vencimiento y el origen. Por el origen los títulos descontables (particularmente letras de cambio) son comerciales o financieras, según que surgen de una operación efectiva sobre mercaderías u otros valores o del sólo propósito de proporcionarse dinero sin que descansen en operación alguna real de cambio de valores o de producción, entre las que se cuentan las llamadas letras de favor o de complacencia. En la práctica, los Bancos sólo descuentan letras pagaderas en los lugares donde tienen su establecimiento principal o sucursales.

La compensación debida por el descontatario al descontador, comprende los intereses o tasa del descuento que a veces incluye comisión por gastos, llamada también, en el derecho comparado, descuento, que constituye económicamente el precio del uso de la suma anticipada (Messineo), precio que se deduce del monto de la suma que el descontador abona al descontatario. El tipo de descuento se señala por lo regular con intervención del organismo administrativo fiscalizador, con carácter general.

Los efectos del descuento, son: a) entre descontante y descontatario produce todos los efectos del endoso pleno: transmite a aquel la titularidad del documento descontado, que supone la facultad de ejercitar el derecho literal y autónomo mencionado en el (v. la anot. al art. 491) y el descontante queda plenamente legitimado (v. la misma anot. citada) frente a terceros y hace responsable del pago del documento descontado al descontatario frente al descontante (art. 510); b) en defecto de pago del título descontado, el descontatario responde frente al descontante, como endosante u obligado de regreso y el descontante tiene todas las acciones

contra el descontatario y los demás obligados cambiarios (arts. 581 y última fracción del que aquí se anota).

ARTÍCULO 1.325.- (Documentos descontables). Pueden ser objeto de descuento los títulos-valores de contenido crediticio, tales como letras de cambio, facturas cambiarias y otros de plazo futuro que reúnan las características de los primeros y no devenguen interés durante el plazo que falte para su vencimiento.

Conc: c. com. 541 - 592 - 717 -

Los documentos descontables más importantes en la práctica del descuento, son las letras de cambio y, entre estas, por regla general, se concede preferencia a las letras comerciales, porque suponen valores reales y son vistas con más confianza que las letras financieras, que económicamente descansan en el vacío (Rodríguez).

En la práctica bancaria comparada, también se conoce el redescuento, que consiste en la operación de descontar documentos que su titular ha adquirido en calidad de descontante. Generalmente los Bancos de Bancos (centrales) o un Banco de potencialidad mayor, redescuentan letras a todos los Bancos del país o a otros Bancos de potencialidad menor (Rodríguez, Messineo). La ley original del Banco Central (de 20 de julio de 1928), contiene regulaciones al respecto (art. 52, 2).

ARTÍCULO 1.326.- (Intereses moratorios). Vencido el plazo sin haberse efectuado el reembolso al Banco descontante, correrán los intereses moratorios hasta la fecha de pago.

Conc: c. com. 798- 1334-
Véase la- anot. al art. 798-

ARTÍCULO 1.327.- (Pago anticipado). En caso de pagarse la obligación antes de la fecha de vencimiento, el Banco descontante devolverá el importe de los intereses no devengados a la misma tasa de la operación original.

Conc: c. com. 1324 -

ARTÍCULO 1.328.- (Derechos derivados de la provisión). El Banco descontante de letras de cambio adquiere los derechos derivados de la provisión.

Conc: c. com. 583 -

Señalados los efectos propios del descuento en la anot. al art. 1324, no se encuentra explicación a este precepto. Desde luego, la regulación del Código ni menciona siquiera la relación de provisión en materia de letras de cambio, la cual es presupuesto sine qua non para la circulación de los cheques (v. la anot. al art. 600). Tampoco puede considerarse el precepto aplicable al descuento de cheques, operación imposible a tenor del art. 606 (v. la anot. respectiva).

Parece tratarse de una incrustación impertinente.

ARTÍCULO 1.329.- (Descuento de letras documentadas). El Banco descontante de letras documentadas, tendrá los derechos de un endosatario en garantía sobre los títulos representativos correspondientes, mientras los conserve en su poder.

Conc: c. com. 530-

Este tipo de descuento supone un crédito documentado, del que ya se ha hablado en la anot. al art. 850, in fine, al tratar de la forma de pago de compraventas mercantiles contra entrega de documentos.

Es una apertura de crédito por la que el acreditante se obliga a pagar o bien a aceptar letras en favor de un tercero, por cuenta del acreditado, contra presentación de ciertos documentos, anexos generalmente a letras que, por eso, se llaman documentadas.

Por lo regular, representa la forma habitual para atender los pagos del comercio exterior y aún del interior entre comarcas lejanas (Rodríguez). Suple la necesidad de que el comprador importador disponga de dinero, para pagar las mercaderías antes de su recepción y de que el vendedor exportador sea pagado al entregar (las mercaderías o la documentación), sin esperar el momento de la recepción material de las mercaderías por parte del comprador.

No se trata en puridad del crédito documentado (acreditivo) - a pesar de alguna similitud - de que trata la Sección II del Capítulo IV de este Título, que se ocupa de la actividad bancaria como intermediaria en los pagos (art. 1394, y s.).

La particularidad del descuento de letras documentadas, radica en que la función que cumple el Banco descontante es la siguiente (Messineo): el Banco no entrega los documentos al comprador sino contra el monto de la letra y no libera al vendedor (endosante y descontatario)

de su obligación de regreso, sino en cuanto la letra de que el Banco (descontante) es endosatario, sea pagada por el comprador.

El carácter de endosatario en garantía para el descontante, atribuye a este los derechos de la prenda (v. la anot. al art. 530, i.f.), razón por la cual, el título debe encontrarse en su poder para ejercitar los derechos que esta condición supone.

SECCIÓN IV PRÉSTAMO DE DINERO (O MUTUO)

ARTÍCULO 1.330.- (Concepto). El préstamo de dinero, como una forma del mutuo, es un contrato por el cual el prestatario se obliga a devolver al Banco prestamista una suma igual a la recibida de éste en los plazos estipulados y, además, a pagarle los intereses convenidos.

Conc: c. com. 972 -

El mutuo que legisla esta Sección, es la misma operación que ya se ha examinado con el Cap. IX del Título II de este Libro, con la particularidad de que interviene como una de las partes un Banco, como también pueden intervenir como partes sólo Bancos, cuando la operación se concreta entre un Banco de dimensiones mayores que presta dinero en mutuo a otro de dimensiones menores.

Sin embargo, la referida particularidad, no quita ni agrega nada al instituto legislado por los arts. 972 y s., de lo que resulta que este capítulo representa un indudable dispendio legislativo.

ARTÍCULO 1.331.- (Perfeccionamiento del contrato). El contrato de préstamo no se perfecciona sino con la entrega del dinero al prestatario en la cantidad convenida y deberá constar por escrito.

Cuando el préstamo se convenga para que sea por entregas parciales, este se perfecciona con la primera entrega que haga el Banco prestamista y que igualmente constará por escrito.

Conc: c.c. 879 - c. com. 787 -

Su característica y naturaleza de contrato real, hace necesaria la entrega para el perfeccionamiento del contrato. Tanto el art. 879 del c.c., como el 972 del Código, definen esa característica, cuando especifican que el mutuo supone que una parte entrega a la otra, etc.

ARTÍCULO 1.332.- (Plazo y lugar de entrega y pago). Si no se ha estipulado acerca del plazo o lugar de la entrega, ésta debe hacerse luego que la reclame el prestatario, pasados diez días de la celebración del contrato y en el domicilio del Banco.

Asimismo, si se ha omitido el lugar del reembolso del préstamo a su vencimiento, éste se hará en el lugar donde se recibió el mismo.

Conc: c. com. 796 -

ARTÍCULO 1.333.- (Intereses y plazos no determinados). Los préstamos bancarios devengarán los intereses autorizados.

En los préstamos por tiempo indeterminado, no podrá exigirse al deudor su devolución sino pasados quince días a contar de la fecha de requerimiento escrito que se le hubiera hecho.

Conc: c.c. 415- c. com. 794- 798- 974-

ARTÍCULO 1.334.- (Intereses moratorios). Es aplicable al préstamo de dinero lo dispuesto en el artículo 1326.

Conc: c. com. 798- 975- 1326-

ARTÍCULO 1.335.- (Devolución anticipada del préstamo). El prestatario puede, libremente, devolver por anticipado al Banco prestamista la suma prestada y pagar los intereses por el tiempo corrido desde la utilización del préstamo hasta la fecha de devolución.

El prestamista no puede pedir la devolución del importe sino después del vencimiento del plazo estipulado.

Conc: c. com. 1314- 1337-

JURISPRUDENCIA

1.- "Usando del derecho que le confiere el art. 778 (313) del c.c. el deudor puede renunciar al término que se le concedió y cancelar (la suma prestada), antes del vencimiento de la obligación" (G.J. N° 519, p. 2).

2.- "Satisfecha la deuda al Banco, antes del vencimiento (aunque sea) por un tercero a nombre y en descargo del deudor, conforme al art. 827 (295) del c.c., no procede ninguna acción ejecutiva" (G.J. N° 627, p. 8).

ARTÍCULO 1.336.- (Pagos a cuenta). Los pagos a cuenta, cuando no resulte expresa su aplicación, se imputarán en primer término al pago de intereses, por orden de vencimiento, y después al del capital.

Conc: c. com. 797- 976-

ARTÍCULO 1.337.- (Incumplimiento de las amortizaciones). Cuando se pacten cuotas de amortización periódicas, la simple mora del deudor en el pago de una cuota dará derecho al acreedor para exigir la devolución del importe en su integridad, salvo pacto en contrario.

Conc: c.c. 315- c. com. 1335-

SECCIÓN V CARTAS DE CRÉDITO (O CARTAS ORDENES DE CRÉDITO)

ARTÍCULO 1338.- (Concepto). Por la carta de crédito el Banco otorgante instruye a otro Banco o corresponsal para que entregue a la vista, a un tercero beneficiario, una cantidad fija de dinero o cantidades hasta la suma señalada como límite.

Si no se señala término de duración, la carta quedará cancelada a los seis meses a contar de su expedición.

Precd: c. mtl. abrg. 474- 475- L. gral. Bancos 1928, art. 136, 8)-

Conc: c. com. 1309- 1344- 1345 _

En general, la carta de crédito, o carta de crédito mercantil como la llama el c. mtl. abrg. (arts. 474 y s.) o carta - orden de crédito como la designa la fuente de este, el c. com. español de 1829 (arts. 572 y s.), que, a su vez, repite la denominación y la metodología de las Ordenanzas de Bilbao en la materia (Malagarriga), es una orden de pago dirigida por una persona, denominada dador, a otra que es el destinatario, a efecto de que entregue a un tercero o beneficiario, designado en la misma, determinada cantidad fija o varias cantidades indeterminadas de dinero, con un límite máximo que se señala en el documento.

Económicamente considerada, evita el inconveniente del transporte de dinero efectivo durante los viajes y supone una disponibilidad en efectivo para realizar las operaciones que determinan el viaje, supliendo con ventaja la dificultad de negociar cheques ordinarios, por lo regular no admitidos en las plazas donde no sea conocido el girador.

Se dice que es simple, cuando va dirigida a una sola persona o corresponsal, y circular la dirigida a varios corresponsales del dador u otorgante, quienes al efectuar entregas parciales hacen constar estas en el mismo documento, restándolas de la suma máxima señalada en el.

En el ordenamiento comercial abrogado, las cartas de crédito tienen siempre carácter comercial, porque deben dirigirse de un comerciante a otro (art. 474). En el ordenamiento vigente, también tienen el mismo carácter, pero restringido al ámbito de la actividad bancaria (art. 6, inc. 20), una vez que la Sección en examen la regula como operación entre Bancos.

La determinación de su naturaleza jurídica, puede corresponder a la de una operación de crédito, o a la de un simple servicio bancario de mediación de pagos, según la alternativa que se haya estipulado en conformidad con lo dispuesto por el art. 1341.

La determinación del plazo de vigencia de la carta de crédito (2ª fracción del art.) también está condicionada al elemento causal de la carta de crédito, según emane de un crédito otorgado por el dador o de un simple servicio de mediación de pagos. En el primer caso, el plazo legal, en defecto de uno convencional, parece una solución lógica; en el segundo, si el beneficiario ha pagado previamente el importe para obtener la titularidad de la carta de crédito (art. 1341), si no hay plazo convencional, no puede tener efecto el plazo legal, como no puede tenerla la facultad de anulación según prevé el art. 1343: eadem est ratio.

Aunque el art. no lo dice explícitamente, como lo hacen otras legislaciones (v. gr. c. com. argentino, art. 485), la carta de crédito ha de ser necesariamente nominativa, según doctrina uniforme (Fernández).

ARTÍCULO 1.339.- (Remuneración). La expedición de cartas de crédito es remunerada.

Conc: c. com. 1303 -

Sea operación de crédito o servicio de mediación de pagos, la causa de su otorgamiento, como toda operación bancaria, esta sometida a la regla general del art. 1303.

ARTÍCULO 1.340.- (No negociabilidad). La carta de crédito no es negociable ni se acepta. Tampoco es protestable y no confiere al beneficiario derecho alguno contra la entidad a quien va dirigida.

Preced: c. mtl. abrg. 478 -

Conc: c. com. 550- 569- 1309-

El fundamento de la disposición de este art., reposa en el carácter de la operación, particularmente si ella obedece a la concesión de un crédito. Por eso, respecto del precedente del art. (c. mtl. abrg. art. 478), que legisla la materia exclusivamente como operación de crédito, Rebolledo explica la razón del precepto señalando que la entrega de una carta de crédito, fundada en la confianza que tiene el dador en el portador o beneficiario y que no supone por parte de este la entrega de fondos a aquel, no hace admisible el protesto ni puede conceder acción alguna en caso de que el destinatario no la cubriera. Más, en el supuesto de que el beneficiario ha pagado el importe de la carta de crédito, esto es, ha hecho provisión de fondos, parece que la solución no es la correcta. Sin embargo en el segundo supuesto, se aplica el art. 1342.

ARTÍCULO 1.341.- (Obligación del beneficiario). El beneficiario tiene la obligación de depositar en el Banco, en el momento de la expedición de la carta de crédito, el monto a ser utilizado o a reembolsarle, si es emergente de un crédito, conforme se haya estipulado. En este último caso, si no lo hace, el Banco otorgante podrá exigirle mediante acción ejecutiva el importe adeudado, con los intereses y costas del juicio.

Preced: c. mtl. abrg. 480-

Conc: c. com. 1313 - 1342- 1343 -

Comprendido en la anot. al art. 1338.

ARTÍCULO 1.342.- (Obligaciones del Banco otorgante) Cuando el beneficiario haya depositado en poder del Banco otorgante el importe de la carta de crédito, éste estará obligado a restituirlo si la carta no fuera pagada y resarcirá, en su caso, los perjuicios ocasionados.

Si el beneficiario hubiera dado fianza o asegurado de otro modo el importe de la carta y esta no fuera pagada, el Banco otorgante estará obligado, asimismo, al pago de los perjuicios. Este monto no puede exceder de la décima parte del importe que no hubiera sido pagado y, además, los gastos causados por el otorgamiento de la garantía.

Conc: c. com. 1341- 1343-
Comprendido en la anot. al art. 1340.

ARTÍCULO 1.343.- (Facultad de anulación de la carta de crédito). El Banco otorgante de una carta de crédito podrá anularla en cualquier tiempo, salvo en el caso que el beneficiario haya depositado el importe de la carta en su poder o la haya garantizado. En caso de anulación deberá dar aviso al beneficiario y aquel a quien fuera dirigida.

Preced: c. mtl. abrg. 479-
Conc: c. com. 1341 - 1342 -
Comprendido en la anot. al art. 1338.

ARTÍCULO 1.344.- (Obligación del pagador). El Banco o corresponsal destinatario tiene la obligación de registrar en la propia carta de crédito las cantidades entregadas al beneficiario, con objeto de establecer en cualquier momento el importe que queda disponible, debiendo, además, quien realice el último pago, retener la carta de crédito para devolverla al otorgante.

Conc: c. com. 1338
Comprendido en la anot. al art. 1338.

ARTÍCULO 1.345.- (Reembolso al destinatario). Quien expida una carta de crédito queda obligado frente al Banco o corresponsal a cuyo cargo la otorgó por la cantidad que este entregue al beneficiario, dentro de los límites establecidos y siempre que el pago se hubiera hecho dentro del plazo de vigencia de la carta de crédito.

Si entre ambos existe cuenta corriente, el que pague podrá reembolsarse el importe pagado, dando aviso de tal operación y adjuntando los recibos firmados por el beneficiario.

Preced: c. mtl. abrg. 476 -
Conc: c. com. 1294- 1338 -

Las relaciones entre el otorgante y el destinatario, dependen de las vinculaciones jurídicas anteriores a la emisión de la carta de crédito. En todo caso, ha de tenerse en cuenta la disposición del art., en el sentido de que la validez del pago que efectúe el destinatario al beneficiario, esta condicionada a que se haga dentro del plazo convencional que señale el documento o, en su defecto, del plazo legal (art. 1338, 2ª fase).

CAPÍTULO III

Descargado desde el sitio www.bolivianland.net

DEPÓSITOS EN BANCOS

SECCIÓN I CUENTA CORRIENTE BANCARIA

ARTÍCULO 1.346.- (Concepto). Por el contrato de cuenta corriente el cuentacorrentista entrega, por si o por medio de un tercero, a un Banco autorizado al efecto, cantidades sucesivas de dinero, cheques u otros valores pagaderos a su presentación, quedando este obligado a su devolución total o parcial cuando se la solicite por medio del giro de cheques. Asimismo, puede prestar servicios de caja.

Cualquier depósito a la vista que efectúe el cuentacorrentista se entenderá entregado en cuenta corriente salvo indicación distinta.

Precd: L. gral. Bancos 1928, arts. 8- 9- 10- 136, 1), 3) y 13)-

Conc: c. com. 535 - 869 - 1306- 1311 - 1348 - 1352 -1356- 1371- 1386-

Corresponde, en primer término, establecer las nociones generales de los depósitos bancarios, que se ha dado como rubrica general a los institutos reglados por el Capítulo que se inicia con este art.

Los depósitos en Bancos, según la clasificación esquemática consignada en la anot. al art. 1302 in fine, son operaciones bancarias pasivas, las cuales, en esencia y sintéticamente definidas (Rodríguez), consisten en la admisión de capital ajeno para su inversión lucrativa, en las formas previstas por la ley.

De esa noción general de las operaciones bancarias pasivas, emana el concepto de depósito en Bancos, que es el que se hace en dinero o de títulos de crédito en instituciones bancarias o entidades de crédito legalmente autorizadas y en los límites de la respectiva autorización.

Las diversas clases de depósitos bancarios son las que Rodríguez consigna, sintetizando las principales categorías de estas operaciones, en el cuadro siguiente:

Depósitos bancarios	Depósitos regulares	de dinero	de dinero	simples
			de títulos valores	en administración
	Depósitos irregulares	de títulos valores	a la vista	en cuenta de cheques
			a plazo con preaviso	no en cuenta
			de ahorro	a la vista con preaviso
				a plazo
			a la vista	en cuenta
			con plazo o preaviso	en firme

Advierte Rodríguez, sobre la inclusión en el cuadro anterior de los créditos regulares de dinero y de títulos, que ellos no son, propiamente, operaciones pasivas, porque no representan capitales de que el Banco pueda disponer. Sin embargo, respecto de los títulos ha de considerarse lo dispuesto por el art. 1388, que admite su depósito irregular.

La denominación de depósitos irregulares bancarios, comprende una serie de depósitos caracterizados por el hecho de que el Banco recibe el dinero depositado en propiedad y dispone de el en la forma que mejor estime convenir, con la obligación de restituir dinero de la misma especie y calidad del que fue objeto del depósito. Como el Banco depositario adquiere la propiedad, como facultad de disponibilidad, del dinero depositado, no esta obligado a restituir el mismo dinero recibido en depósito, sino otro tanto de la misma especie y calidad. Esta nota distintiva descansa en el fundamento dogmático del instituto, al que están conformadas las reglas generales contenidas en los arts. 862 del c.c. y 876 del c. com.

El Código, en la rubrica de la Sección en examen, da al instituto que regula una denominación (cuenta corriente bancaria), que no encuadra en la doctrina moderna, la cual le califica con mayor exactitud científica (Fernández) como apertura de crédito en cuenta corriente o depósito en cuenta corriente, según exista provisión de fondos o crédito acordado por el Banco. La L. de 5 de Diciembre de 1912 (art. 1), que reglamenta el uso del cheque, con la debida propiedad y dentro de la moderna calificación señalada, habla de depósitos en cuenta corriente o de crédito (en cuenta corriente) concedido en descubierto.

Se trata de una institución con características específicas, por cuya virtud difiere de la cuenta corriente mercantil, según se ha destacado ya en la anot. al art. 1294, in fine. Como esta, el depósito en cuenta corriente, es una cuenta que tradicionalmente se lleva como la cuenta corriente propiamente dicha (la mercantil), por debe y haber, pero en el depósito en cuenta corriente no funciona, como en aquella, la indivisibilidad, porque en el se produce la compensación no de una sola vez al cierre de la cuenta (art. 1299), sino en forma sucesiva y escalonada, de tal modo que, en cualquier momento y no sólo a su cierre, se puede establecer el saldo y, por consiguiente, quien es deudor y quien es acreedor (Malagarriga).

Las operaciones que legisla el Código en este Capítulo, por consiguiente, son en realidad las de apertura de crédito y depósito, reglamentadas en cuanto a su desarrollo con el sistema de contabilidad de cuenta corriente mediante un servicio de caja, que el Banco presta a su cliente a través de la institución del cheque (arts. 600 y 601), que facilita el uso del crédito acordado o la extracción de las sumas depositadas (art. 602).

La existencia de la cuenta corriente bancaria, supone como requisito sine qua non (Fernández), que una de las partes sea una institución bancaria autorizada. Tienen, en general, tal carácter las entidades que se ajustan a las determinaciones de la L. gral. de Bancos (11 de Julio de 1928), únicas que pueden desarrollar la actividad bancaria y usar cheques para la disponibilidad de los fondos. En tal virtud, sólo los Bancos pueden recibir depósitos en cuenta corriente y con carácter ilimitado. Las financieras o entidades dedicadas al ahorro y capitalización (arts. 1454 y s.), en los casos especiales y para los fines específicos a que se refieren las disposiciones que las regulan, reciben el depósito de las cuotas fijadas en el contrato (arts. 1362, 1373 y 1454).

ARTÍCULO 1.347.- (Contrato de cuenta corriente). El contrato de cuenta corriente entre el Banco y el cuenta correntista constará por escrito, conteniendo los derechos y obligaciones que se deriven para ambas partes.

El Banco podrá aceptar solicitudes de apertura de cuenta corriente a personas capaces para contratar y que gocen de crédito en opinión reservada del Banco.

Conc: c.c. 483- c. com. 787- 1307- 1349-

La apertura de una cuenta corriente bancaria, desde luego, supone un depósito a la vista: la cuenta de cheques descansa en tal depósito (Rodríguez). Las condiciones requeridas para la apertura (o el contrato según el art.), por lo regular son determinadas en las reglamentaciones internas de los Bancos, que están sometidas a la aprobación de la autoridad administrativa de fiscalización competente o deben conformarse a las reglamentaciones generales de esta (art. 1361). Por tal razón el cliente, por lo regular, se somete a un contrato - tipo, de adhesión.

Para abrir una cuenta corriente bancaria, tienen capacidad todos los comerciantes (art. 5) y todas las personas, individuales o colectivas, que sin serlo tengan capacidad según el derecho común (c.c. art. 4 y 54). En las cuentas de ahorro, esta regla general tiene la excepción que señala el art. 1364 para los menores de 18 años, que pueden ser además expresión de las excepciones contenidas en los párrafos III y IV del art. 5 del c.c.

La determinación del crédito del interesado en la apertura, es una cuestión que depende del criterio del Banco, fundado en la apreciación de diversos elementos de juicio, antecedentes e informaciones que se acostumbra pedir por el Banco y suministrar por el interesado.

La identidad del cuentacorrentista a que se refiere el art. 1349, importa la necesidad y la conveniencia de determinar debidamente la individuación del interesado en la apertura o titularidad de una cuenta corriente bancaria, individuación que desde luego empieza por la fijación precisa de la identidad y de la capacidad. Las consecuencias de la inobservancia en la verificación debida, son las que señala el art. 1349, que pudo haber sido, en esa parte, formulado con el que se anota aquí, porque la principal preceptuación relativa a la capacidad, es una duplicación de la que da este art.

ARTÍCULO 1.348.- (Formas de depósito). Cuando se trate de depósitos o remesas en dinero y en cheques a cargo del mismo Banco, el cuentacorrentista podrá utilizar tales sumas de inmediato, mientras que en los depósitos con cheques de otros Bancos u otros títulos - valores, la disponibilidad estará supeditada a la cláusula "salvo buen cobro".

Conc: c. com. 1346-

El texto del precepto no tiene coherencia con su rúbrica. Esta se refiere a las formas de depósito, que pueden ser a la vista que, a no mediar indicación diversa del depositante cuentacorrentista, se entenderá hecho como abono para su cuenta corriente (art. 1346, 2ª fracción), o, como ocurre de ordinario, de abono en cuenta.

El texto del art. regula, en cambio, la oportunidad de la disposición de lo depositado, según que el abono se haga en dinero efectivo o en cheques de otros Bancos u otros títulos - valores. En el primer caso, la disponibilidad o utilización puede ser inmediata al abono; en el segundo supuesto, rige la cláusula salvo buen cobro, que supone que ha de esperarse el cobro de los documentos en cuestión, corriendo mientras tanto el cuentacorrentista abonante todos los riesgos que se produzcan.

Para hacer los depósitos, el cuentacorrentista o la persona que los efectúa, suscribe la nota o papeleta de depósito en la que constan el dinero o los títulos que se entrega al Banco, con indicación de la cuenta en que han de ser abonados, la cual papeleta autorizada con el sello del Banco y la firma del empleado receptor, acredita el depósito. El abono en dinero, no suscita dificultad ninguna; el que se hace en títulos-valores (cheques, letras de cambio, pagarés, cupones, etc.), plantea diversos problemas. Tratándose de cheques certificados, la disponibilidad es inmediata como si se tratara de dinero efectivo (v. la anot. a los arts. 629 a 631). Los cheques corrientes, como las letras de cambio, pagarés, giros y demás títulos vencidos mediante endoso y los cheques al portador mediante simple entrega.

ARTÍCULO 1.349.- (Capacidad e identidad del depositante). La apertura de una cuenta corriente obliga al Banco a comprobar la capacidad jurídica e identidad del cuentacorrentista, y lo hará responsable de los daños y perjuicios causados a terceros por el incumplimiento de esta obligación.

Conc: c.c. 483- L. 10 Dic. 1927, art. 1- c. com. 786- 1347-
Comprendido en la anot. al art. 1347.

ARTÍCULO 1.350.- (Compensación de deudas). El Banco podrá debitar o acreditar en la cuenta corriente del titular el importe de las obligaciones exigibles de los cuales sean recíprocamente acreedores o deudores, salvo que, tratándose de cuentas colectivas, no corran a cargo de todos los titulares de la cuenta.

Tampoco se podrá efectuar la compensación cuando el cuentacorrentista o cualquiera de éstos haya sido declarado en quiebra, concurso preventivo o de acreedores.

Conc: c.c. 363- p.c. 563- c. com. 1352- 1490-

La compensación de que trata el art., se opera en el caso de que el cuentacorrentista tenga en juego más de una cuenta o de que existan otras obligaciones o créditos a cargo o a favor del mismo, en relación con el Banco. Este esta autorizado por este art., para efectuar la compensación de saldos en cualquier momento, dando, desde luego, el aviso correspondiente al interesado.

La excepción para el supuesto de las cuentas colectivas, ha de entenderse en el sentido de que la compensación, sólo procede cuando las condiciones recíprocas de acreedor o deudor que la hacen posible, concurren en el Banco de una parte, desde luego, y en todos los titulares de la cuenta conjunta de la otra.

La disposición de la 2º fracción del art., se explica por las regulaciones relativas al concurso de acreedores, al concurso preventivo y a la quiebra, contenidas en los arts. 563 del p.c. y 1490 y 1582 del c. com. respectivamente. Los concursos o la quiebra del depositante, inmovilizan la cuenta hasta que se justifica el derecho de disposición de los liquidadores o representantes del insolvente o quebrado. La inmovilización sólo afecta a la disponibilidad, ya que los depósitos que se hagan durante el concurso o la quiebra quedan comprendidos en la inmovilización.

En la compensación regulada por este art., ha de tenerse en cuenta que, por lo regular, los Bancos están autorizados para cargar en cuenta el importe de aquellos gastos que realicen por cuenta del depositante, así como las comisiones por el cumplimiento de encargos (por ejemplo, cobro de títulos - valores depositados) y por el manejo de la cuenta.

ARTÍCULO 1.351.- (Autorización a un tercero para el manejo de la cuenta). Mediante poder notariado el cuentacorrentista puede autorizar a un tercero el giro de cheques.

Conc: c. com. 1237 -

Toda persona que tenga abierta una cuenta corriente bancaria, puede autorizar a un tercero para hacer disposiciones de las sumas depositadas, mediante el libramiento de los cheques respectivos. Por lo regular, en el derecho comparado y en la práctica, es bastante la autorización firmada en los registros especiales que con este fin lleva la institución depositaria, registro en el cual también tiene que constar la firma del autorizado, medie o no poder notariado especial.

ARTÍCULO 1.352.- (Cuentas colectivas). Las cuentas corrientes abiertas a nombre de dos o más personas podrán manejarse en forma indistinta o conjunta, según lo convenido con el Banco.

En las cuentas indistintas, cualquiera de los titulares, por sí solo y sin necesidad de la intervención de los restantes titulares, podrá disponer de los fondos de la cuenta, pero las responsabilidades serán solidarias. El carácter indistinto y la forma de disponer el saldo en caso de muerte de alguno de los titulares deben constar en el contrato. En su defecto, se presume que la cuenta es conjunta. En las cuentas conjuntas ninguno de los titulares, individualmente considerados, podrá ejercer tales derechos si no es con la intervención de los restantes titulares.

Se podrá establecer en el contrato una combinación de ambas modalidades.

Conc: c. com. 1346 - 1350 -

Una cuenta puede abrirse a nombre de varias personas, pudiendo quedar autorizada cualquiera de ellas indistintamente para su manejo o que sea necesaria la firma conjunta de todos los titulares, conforme dispone el art. cuya formulación es lo suficientemente clara.

ARTÍCULO 1.353.- (Pago de cheques sin fondos suficientes). En caso que el Banco, a título de excepción, pague cheques por importe superior al saldo disponible en la cuenta corriente, el excedente será exigible dentro del plazo de veinticuatro horas de su aviso y el cuentacorrentista estará obligado a reponerlo. En caso contrario, se aplicarán las disposiciones relativas al giro de cheques sin fondos suficientes. Esta permisión sólo será posible cuando se trate de cantidades pequeñas.

El extracto de una cuenta corriente tendrá fuerza probatoria, salvo prueba en contrario.

Conc: c. com. 640 -

El supuesto del art. depende exclusivamente del criterio del Banco que, de ordinario, se manifiesta según los antecedentes, el crédito y el tipo de relaciones permanentes que le vincula con el cuentacorrentista. Como la permisión depende del criterio del Banco y los elementos señalados, la entidad del pago del sobregiro lo determina el propio Banco, que, en la práctica, previo acuerdo con el cuentacorrentista, da paso a avances en cuenta o sobregiros, que son formas manifiestas de una apertura de crédito acordada, así sea por brevísimo tiempo, hasta que el cuentacorrentista haga la provisión de fondos, interferida muchas veces por circunstancias ajenas a su voluntad.

Prueba contraria al extracto de la cuenta corriente, puede constituir la nota o papeleta de depósito, que el Banco entrega al depositante toda vez que este hace abonos en su cuenta (v. la anot. al art. 1348).

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 1 del art. 640.

ARTÍCULO 1.354.- (Estado de cuenta). El cuentacorrentista tiene derecho a ser informado del movimiento y saldo de la cuenta en cualquier momento que desee y, por lo menos semestralmente, mediante el extracto de cuenta que contenga el movimiento del semestre anterior el cual deberá enviarse dentro de los diez primeros días de terminado el semestre. El cuentacorrentista podrá presentar su conformidad o reparos dentro de los diez días siguientes a su recepción. Transcurrido este plazo, se presumirá la exactitud del estado de cuenta, sin que esto excluya la facultad de impugnarla en caso de errores de anotación u omisiones.

Conc: c. com. 1371 -

La principal característica del depósito en cuenta corriente, es que el Banco depositario está obligado a tener sus cuentas corrientes al día, para fijar su situación respecto al cliente y poder informarle, en el momento que este desee, sobre sus saldos disponibles. Es precisamente una de las diferencias capitales (Fernández) entre la cuenta corriente bancaria y la cuenta corriente mercantil; pues, mientras en esta las liquidaciones compensatorias sólo tienen lugar en las fechas convenidas (art. 1299), porque fundamentalmente importa concesión recíproca de crédito, en la bancaria la compensación se opera al asentarse cada abono de crédito y cada cargo de débito, obteniéndose el saldo que, si es favorable al cliente, queda a disposición inmediata del mismo, y si es favorable al Banco este puede exigir al vencimiento del término convenido o al establecido por el art. anterior (1353), si no hay convenio que permita el sobregiro, o, en su defecto, proceder a la clausura o cierre de la cuenta en la forma prevista por el art. 1359.

Los términos establecidos por el art., no pueden modificarse por las partes, en el sentido de ampliar los dos primeros: el período semestral de liquidación y los diez días primeros de terminado el semestre para despachar el extracto o estado de cuenta, porque su finalidad es asegurar el cumplimiento de obligaciones que, en salvaguarda de los intereses del cliente, impone la ley a los Bancos. Tampoco se puede restringir el término dentro del cual el cuentacorrentista puede formular sus reparos al estado de cuenta (10 días), porque semejante

restricción puede conducir prácticamente a la supresión del derecho de control que la ley acuerda al cliente, dificultándole o impidiéndole la revisión conveniente del estado de cuenta y de las operaciones que este refleja. De permitirse tales convenciones a las partes, es fundado temer que ellas podrían ser impuestas por los Bancos, con abuso de su preponderante situación de hecho y con evidente detrimento de los derechos de los particulares (Fernández).

La presunción respecto de la exactitud de la cuenta, en caso de silencio del interesado, es *iuris tantum*, una vez que no excluye la posibilidad de impugnar errores de anotación u omisiones que pueden acreditarse con la prueba que regula el art. 1356: notas de abono y cheques o notas de cargo, lo que importa prueba en contrario.

El incumplimiento por parte del Banco de la obligación que impone este art., no conlleva sanción específica señalada por la ley, de lo que se infiere que sólo acarrea, en su caso, la común de daños y perjuicios como en el caso del art. 1359.

ARTÍCULO 1.355.- (Terminación del contrato). Las partes pueden poner término al contrato en cualquier tiempo. En todo caso, el cuentacorrentista está obligado a devolver al Banco los formularios de cheques no utilizados y, además, a tiempo de retirar el saldo a su favor, dejará en cuenta los importes necesarios para cubrir los cheques girados pendientes de pago.

En caso que el Banco opte por terminar unilateralmente el contrato, debe sin embargo, pagar los cheques girados mientras exista provisión de fondos y no haya transcurrido el plazo para su presentación. El Banco, en este caso, tendrá la obligación de dar aviso con la debida oportunidad al cuentacorrentista.

Transcurridos los plazos para el cobro de los cheques, el depositante podrá retirar cualquier otro saldo resultante a su favor.

Conc: c. com. 1357 -

De ordinario, el precepto sólo rige para el Banco, porque el cliente puede extraer en cualquier momento el saldo, sin previo aviso, extracción que determina la conclusión del contrato y el cierre consiguiente de la cuenta, si transcurre el plazo señalado por el art. 1357, primera fase, sin movimiento, particularmente sin que se efectúen depósitos.

Aún así, la regla del art. es que la voluntad unilateral del Banco o del cuentacorrentista, determina la conclusión del contrato.

ARTÍCULO 1.356.- (Prueba de los depósitos y pagos). Los depósitos y los retiros de la cuenta corriente se probarán mediante los registros llenados por el Banco y, principalmente, con los recibos de depósito o notas de abono y cheques o notas de cargo, respectivamente.

Conc: c. com. 1346-

Véase las anots. a los arts. 1346, 1348 y 1354, en lo pertinente.

ARTÍCULO 1.357.- (Conclusión del contrato). El retiro del total del saldo de la cuenta no implica la conclusión del contrato, sino después de un año sin hacer nuevos depósitos, salvo lo dispuesto en el artículo 1.355.

Si la cuenta permanece inactiva por más de dos años, existiendo saldo, se tendrá por concluido el contrato. El saldo se devolverá al interesado, salvo rehabilitación de la cuenta.

Conc: c. com. 1355 - 1360-

A lo dicho en la anot. al art. 1355, sobre las consecuencias del retiro total de los fondos depositados por el cuentacorrentista, cabe añadir respecto del precepto contenido en la primera fracción de este art. que, cuando el cliente no desea cerrar la cuenta tácitamente mediante ese expediente, debe dejar en ella un pequeño saldo, en cuyo caso, si no ha dado movimiento a la cuenta durante el lapso que señala la segunda fase del art., el Banco podrá dar por concluido el contrato, sin perjuicio, no obstante, de que el cliente puede rehabilitar la cuenta, según determina el art. 1360.

La inactividad de la cuenta, importa, como indica el art., que no se haga abono alguno en ella durante el lapso que al efecto señala, con la consecuencia de la extinción del contrato.

ARTÍCULO 1.358.- (Retención de fondos). La orden de juez competente disponiendo la retención de fondos del cuentacorrentista, afectará tanto al saldo actual en la hora y fecha en que el Banco reciba la notificación del Juez, como a las cantidades depositadas con posterioridad hasta el límite señalado en la orden respectiva. El Banco en este caso, apartará de la cuenta su importe y lo pondrá a disposición del juez ordenante; en caso de no hacerlo, responde de los perjuicios ocasionados al demandante.

Conc: p.c. 504 - c. com. 1298 -

Notificado el Banco, tenedor de valores del ejecutado en cuenta corriente bancaria, queda constituido en depositario judicial y sujeto a las obligaciones y responsabilidades que determinan los arts. 160 y 161 del p.c., por cuya virtud, en el caso, se da una figura de depósito judicial, que es una de las formas del depósito necesario como efecto de un mandato de la ley.

Tiene importancia la determinación de la hora y el día de la notificación para los efectos que señala el propio art.

La inobservancia de estas obligaciones por parte del Banco, en el supuesto de que pague indebidamente, no obstante la notificación, libramientos del cliente ejecutado cuya cuenta ha sido objeto del mandato judicial de retención, da lugar a la responsabilidad que señala el art. y que puede ser hecha efectiva en el mismo proceso de ejecución que se sigue contra el cuentacorrentista, por el Juez de la causa, mediante trámite incidental o sumario (*).

JURISPRUDENCIA

- 1.- "La retención judicial produce los efectos del secuestro convencional y constituye un verdadero depósito, con las obligaciones impuestas al depositario" (G.J. N° 606, P 9)
- 2.- "No hay retención por cantidad indeterminada" (G.J. N° 756, p. 25).
- 3.- "La facultad de pedir la retención de sumas de dinero pertenecientes al deudor, según el art. 471 (504) del p.c., es procedente sólo en juicio ejecutivo y no, como ocurre en el caso de autos, en juicio ordinario" (G.J. N° 1248, p. 64).

ARTÍCULO 1.359.- (Clausura de la cuenta). Cuando el cuentacorrentista incurra en alguno de los casos mencionados en el artículo 640, además de las sanciones previstas en el Código Penal, el Banco procederá de inmediato a la clausura de la cuenta, dando aviso a la autoridad administrativa competente para fines de comunicación y cierre de toda otra cuenta en el sistema bancario del país.

El incumplimiento de esta disposición hace responsable al Banco, de los daños y perjuicios ocasionados a terceros.

Conc: c. com. 640- 1360-

JURISPRUDENCIA

Véase los casos Nos. 1, 4, 7 y 10 del art. 640.

ARTÍCULO 1.360.- (Rehabilitación de cuentas). Toda rehabilitación de cuentas clausuradas será ordenada por la autoridad administrativa competente, o en caso de acción penal, por el juez. La orden de rehabilitación se comunicará al sistema bancario del país para los fines consiguientes.

Conc: c. com. 1357- 1359 -

ARTÍCULO 1.361.- (Reglamentación). La autoridad administrativa competente deberá reglamentar las condiciones y requisitos de apertura, funcionamiento, cierre y otros de las cuentas de que trata esta Sección.

Conc: c. com. 1303, primera parte, i.f. -

SECCIÓN II **DEPÓSITOS EN CUENTAS DE AHORRO**

ARTÍCULO 1.362.- (Facultad de efectuar depósitos y retiros). En las cuentas de ahorro, el ahorrista podrá hacer depósitos sucesivos y retirar fondos de su cuenta a la vista o con previo aviso de acuerdo a la importancia de los pedidos y con sujeción a la reglamentación respectiva.

Estos depósitos son de plazo indeterminado y gozan de los beneficios citados en el artículo 1.366 hasta la cantidad máxima de dinero que, para cada titular, señala el reglamento respectivo.

Precd: L. gral. Bancos 1928, arts. 149- 150- 151-

Conc: c. com. 1363- 1366- 1368- 1369- 1378- 1386-1469- 1471-

El depósito en cuenta de ahorro, es un depósito irregular de dinero, porque el depositario recibe la propiedad del dinero depositado y la facultad de disponer de él, según las conveniencias de su actividad y dentro de los límites que la ley permite, con la obligación de restituirlo en dinero de la misma especie y calidad, en las condiciones previstas por la reglamentación particular que rige el contrato.

Es un depósito bancario, particularmente definido y legislado, y según el art. 10 de la L. gral. de Bancos de 1928, importa abonos en cuenta especial de ahorro verificados en cantidades limitadas, bajo condiciones restringidas, que disfrutan de ciertos privilegios conforme a la ley. Supone un permiso necesario para la organización y funcionamiento (art. 152, L. 1928) de las entidades, sea como Bancos de ahorros o como secciones de ahorros de los Bancos comerciales

(art. 150, L. 1928), cuya actividad es reunir los pequeños ahorros de la colectividad para invertirlos en operaciones productivas de intereses (art. 149, L. 1928).

La finalidad de capitalización, es la nota distintiva que le caracteriza: el depositante forma un capital por acumulaciones reiteradas con el propósito de conservarlo para disponer del mismo en alguna eventualidad (Rodríguez). Este sistema de capitalización se practica por las capas más humildes de la población, con enorme multiplicidad de depositantes que dejan su dinero por largo tiempo en la entidad depositaria que les evita los gastos y riesgos de la custodia o de la fácil disponibilidad teniéndolo a mano y les permite ganar intereses, lo que importa un estímulo para el ahorro. La economía colectiva también se beneficia y fortalece: los pequeños capitales, reunidos con el ahorro común, empleados en descuentos de títulos o anticipaciones a los comerciantes o industriales permiten a estos, por tal medio, extender el movimiento de sus negocios con incremento del provecho general.

La nota peculiar de este depósito, consiste en que el Banco admite sucesivos abonos para su ingreso en la cuenta y sucesivas disposiciones para cargo de la misma. El abono en cuenta se hace mediante nota de depósito, semejante en todo a las que se ha examinado en la cuenta corriente bancaria (v. la anot. al art. 1348 i.f.), con la sola diferencia de que la nota de depósito especial, lleva la indicación cuenta de ahorro y cuya constancia se asienta en la libreta respectiva (art. 1363). La modalidad de retiro o disposición es diversa; no se emplea cheque para el efecto, sino la anotación en la indicada libreta (art. 1363); según la cantidad del importe que se retira y de acuerdo a la reglamentación pertinente, puede hacerse a la vista o puede hacerse con preaviso.

Otra de sus características, es que no tiene plazo determinado. Estas modalidades particulares, hacen que se le distinga del depósito de ahorro en firme, que es un depósito de ahorro a plazo (Rodríguez). Este tiene las mismas características que todos los depósitos bancarios irregulares de dinero con interés, pero con dos notas diferenciales: la primera que consiste en que como depósito en firme, se reduce a una operación de constitución y a una operación de disposición, sin que el depositante tenga la obligación o el derecho de hacer sucesivos abonos o retiros; la segunda que consiste en que es un depósito a término o a plazo, en el sentido técnico preciso de la palabra, esto es, que el depositante no puede pretender recuperar el dinero depositado antes del cumplimiento del plazo convenido.

ARTÍCULO 1.363.- (Libreta de ahorro). Fuera de los comprobantes de contabilidad, los depósitos y los retiros se anotarán en una libreta que el Banco deberá proporcionar

gratuitamente al depositante, los mismos que deberán guardar conformidad con el movimiento de abonos y cargos de los registros llevados por el Banco.

Precd: L. gral. Bancos 1928, arts. 159- 162-

Conc: c. com. 1362 - 1367 -

Los depósitos figuran registrados en los libros o en los comprobantes (fichas) de contabilidad de las entidades que los reciben, en una cuenta especial, abierta a nombre del depositante y anotados en libretas especiales por los dependientes de la entidad y, por lo regular por medios mecánicos, que se suponen precisos, juntamente con los reembolsos o retiros y los intereses devengados, capitalizados semestralmente (art. 1365), a favor del depositante (v. la anot. al art. 1367).

ARTÍCULO 1.364.- (Cuentas de menores de edad). Los menores de edad pueden mantener cuentas de ahorro, pero los retiros de fondos sólo pueden ser hechos por los padres o tutores del menor. Los que hubieran cumplido dieciocho años de edad podrán disponer de los fondos depositados, salvo oposición de sus padres o tutores.

Precd: L. gral. Bancos 1928, arts. 157- 163 -

Conc: c.c. 5, II), III), IV) - c.f. 365- c. com. 13-

De acuerdo a las reglas generales contenidas en los arts. 5, II) del c.c. y 249 del c.f., las disposiciones (retiros) en las cuentas de menores, se hará por los representantes legales (padres, tutores). Estas reglas generales, sin embargo tienen sus excepciones.

Desde luego, el menor emancipado y habilitado (art. 13) puede manejar su cuenta de ahorro sin ninguna otra intervención ni interferencia.

Igualmente los emancipados de más de 18 años, a pesar de lo dispuesto por el art. 365 del c.f., a menos que exista la oposición de los padres o tutores que permite el art. in fine. Este punto requiere ciertas aclaraciones: si no hay la oposición mencionada, el menor mayor de 18 años, emancipado o no, puede manejar con toda libertad su cuenta de ahorro, abonando y disponiendo de los fondos abonados. Si se da la oposición mencionada, el menor puede acudir al Juez familiar, en demanda de la autorización que señala el art. 470 del c.f., quien escuchadas las razones de la oposición, dispondrá lo que mejor convenga al interés del menor. Además, ha de tenerse en cuenta las situaciones previstas por el art. 5 parágrafos III y IV del c.c.: si el menor ejerce por cuenta propia la profesión para la cual está habilitado o trabaja, esta plenamente

autorizado por la ley para administrar y disponer libremente del producto de su trabajo, libertad que supone la independencia para manejar una cuenta de ahorro sin depender de la tuición de ningún representante, así no estuviera emancipado, si tal cuenta es resultado de dicho producto de su trabajo, sobre todo.

El precepto del art. parece inspirado en el art. 1837 del c.c. italiano, aunque incompletamente, pues, este deja a salvo las disposiciones legales especiales, esto es, las que aquí se han mencionado como excepciones a la regla del art.

ARTÍCULO 1.365.- (Intereses). Los depósitos de ahorros devengan intereses capitalizables cada treinta de junio y treinta y uno de diciembre de cada año, salvo que se autorice un plazo menor para la capitalización de intereses. Las tasas serán establecidas por la autoridad administrativa competente teniendo como base los mínimos y máximos señalados en la disposición legal correspondiente.

Conc: c. com. 800-

La capitalización de intereses periódicamente, según las reglamentaciones pertinentes y en la tasa que estas fijan, es propia de cada clase de operaciones, expresamente dispuesta por la ley y que tiene por finalidad estimular el ahorro (v. la anot. al art. 800).

ARTÍCULO 1.366.. (Exención de impuestos e inembargabilidad). Los fondos depositados en cuentas de ahorro, intereses producidos y su transmisión hereditaria, están exentos de toda clase de impuestos y tasas en la forma señalada en el artículo 1.362.

No son embargables hasta la cantidad máxima señalada en el reglamento respectivo, a menos que se trate de obligaciones alimenticias o contraídas directamente en favor del Banco depositario, el cual en su caso, deberá retener el saldo ordenado por el juez u oponer el beneficio de compensación.

En caso de muerte del ahorrista, el saldo podrá entregarse a un beneficiario señalado expresamente en la libreta o, en su defecto, a los herederos llamados por Ley.

Conc: c. com. 1362- 1468- 1469-

Estos son los privilegios mencionados en el art. 10 de la L. gral. de Bancos de 1928, citado en la anot. al art. 1362 y responden a la finalidad de estimular la capitalización mediante ahorro.

Las devaluaciones monetarias, que no resguardan el valor constante de este tipo de ahorro, constituyen una brutal confiscación que despoja de su capitalización al pequeño ahorrista y aniquila el ahorro con innegable deterioro de la economía colectiva. Una administración responsable y de conducta realmente honesta y respetuosa del bien público, ha de mantener las garantías necesarias y convenientes al estímulo del ahorro, en servicio del propio interés general.

ARTÍCULO 1.367.- (Intransferibilidad y ejecutabilidad). La libreta de ahorro se expedirá en forma nominativa y contendrá el reglamento respectivo. No es transferible y constituye título ejecutivo contra el Banco a favor del titular de la cuenta o de quien éste designe como beneficiario o, en su caso, de sus herederos, sin necesidad de reconocimiento de firma ni otro requisito previo.

Conc: p.c. 487, 3) - c. com. 516- 1363 -

A tiempo de abrir la cuenta de ahorros, el Banco entrega al depositante una libreta para el objeto, ya señalado en la anot. al art. 1363, de registrar en ella sucesivamente los depósitos, los retiros y los abonos de intereses. Esta libreta tiene que ser necesariamente nominativa (no se permiten libretas al portador, como en otras, legislaciones, v. gr. la italiana, c.c. art.. 1863). En la libreta nominativa se presume propietario de la misma al que esta inscrito en el documento y ha registrado su firma en el Banco (salvo el caso de los representantes que manejan cuentas de menores, que son los que registran sus firmas al efecto). No es transferible y representa una relación jurídica entre el titular y el Banco, sin otra derivación que en favor del beneficiario si está expresamente nombrado o de los herederos en su caso.

No es un título - valor, sino un simple documento de identificación del depositante y de registro de las vicisitudes de la cuenta.

Se expresa en las libretas, el nombre del Banco el del cliente, el número de la cuenta y las condiciones generales señaladas en la reglamentación pertinente, para el gobierno de las operaciones que se admite practicar al cliente.

Su carácter de título ejecutivo en favor del titular y contra el Banco, reposa en la expresa determinación de este art. y de la que preceptúa sobre títulos ejecutivos el art. 487, 3) del p.c.

El señalamiento del beneficiario, en el derecho comparado, se hace al abrirse la cuenta de ahorro, mediante la redacción de una nota de disposición testamentaria, en la propia libreta y en la ficha correlativa de caja que esta en poder del Banco, que produce todos los efectos de un autentico testamento en lo que se refiere al importe de la cuenta de ahorros, sistema que no tiene inconveniente de ser aplicado en el ordenamiento del Código de acuerdo al art., que menciona la posibilidad de designar beneficiario. Por lo demás, como toda disposición testamentaria puede ser revocada o sustituida con otra disposición posterior.

ARTÍCULO 1.368.- (Terminación del contrato). Cada una de las partes puede poner término al contrato en cualquier tiempo. Si fuera el ahorrista, éste retirará el saldo a su favor con los intereses devengados y devolverá la libreta para su inutilización.

Conc: c. com. 1362-

ARTÍCULO 1.369.- (Clausura por inactividad). Las cuentas de ahorro inactivas por más de cinco años serán clausuradas y el saldo será puesto a disposición del ahorrista, con abono de los intereses ganados.

Conc: c. com. 1362 -

ARTÍCULO 1.370.- (Bonos o certificados de ahorros). Los bonos o certificados de ahorro extendidos por los Bancos autorizados, son títulos - valores que no podrán devengar un interés superior al señalado por la autoridad administrativa competente. Las modalidades de giro, derechos y obligaciones del titular y Banco emisor, características y otros, serán regulados en el reglamento respectivo.

Conc: c. com. 677- 1437-

El bono de ahorro es un título-valor, representativo de un depósito de ahorro a plazo, que produce interés y que incorpora los derechos y obligaciones que para ambas partes resultan del respectivo contrato (arts. 491, 1302).

Según observa Rodríguez, el bono o certificado de ahorro, no responde tanto a la necesidad del que ahorra, como a una conveniencia del Banco emisor, que persigue el objeto principal de obtener crédito a plazos más largos en lo posible, al mismo tiempo que evitar la pesada tarea que representa el tener que llevar miles de pequeñas cuentas sometidas a cálculos, si no complicados, pero si sumamente engorrosos.

Pueden ser nominativos, a la orden o al portador, si se considera sometido este tipo de bonos a la regulación general de bonos u obligaciones (que como títulos - valores, es eso lo que son) establecida por el art. 643. o, solamente nominativos, si se considera que (por razón de la ubicación del precepto, la que no es suficiente para el efecto) como especie de los depósitos en cuenta de ahorros, esta sometida a la regla del art. 1367, que, desde luego, no concilia con el carácter de título - valor y sus consecuencias (incluida la de su circulación), que expresamente señala para el caso el art. en examen.

El pago de estos bonos de ahorro se efectúa a su vencimiento y no antes, dado su carácter de documento de depósito a plazo. Sin embargo, como título-valor, están sometidos a las leyes de la circulación de los títulos - valores (según sea nominativo, a la orden o al portador).

Pueden ser emitidos según la práctica y el derecho comparado, con cupones o sin ellos, lo que puede considerarse permitido en el ordenamiento del Código, por aplicación, en lo que concierne, de los arts. 644, 669 y 677. Los que no llevan cupones perciben los intereses a la conclusión del depósito, en tanto que los que los llevan, cobran sus intereses a medida que se van produciendo los vencimientos. En la práctica comparada (Rodríguez), en los bonos sin cupones los intereses se capitalizan para devengar nuevos intereses (como en la cuenta de ahorro), sistema que ofrece el máximo de simplificación del depósito de ahorro con interés, porque todas las operaciones se reducen a la entrega del dinero y recepción del bono y a la del cobro de este a su vencimiento: los bonos se emiten por el importe (valor nominal) del ahorro y los intereses, debidamente capitalizados, que este debe producir. En el caso de los bonos con cupones, se emiten por el valor nominal del ahorro y los intereses se cobran en las fechas de los vencimientos, sin que se proceda a su capitalización, que no corresponde por razón de su cobro.

Aunque el precepto no contiene indicación precisa, ha de entenderse que la remisión a la reglamentación respectiva sobre la emisión de estos bonos, importa que dicha reglamentación debe especificar la preceptuación necesaria sobre los detalles de contenido de los bonos. En lo pertinente, puede estimarse de aplicación analógica, las reglas sobre el contenido de bonos o debentures (art. 645).

ARTÍCULO 1.371.- (Normas aplicables). En todo lo no previsto para depósitos de ahorro serán aplicables, en lo conducente, las disposiciones relativas a cuentacorrentistas, excepto el artículo 1.354.

Conc: c. com. 1346 y s.- 1354-

La exclusión del art. 1354, responde a que el estado de cuenta en el caso de las cuentas de ahorro, consta permanentemente en los registros de abonos y cargos, con indicación de los saldos, en la propia libreta. En lo demás y en lo conducente, se aplican las disposiciones que señala este art.

ARTÍCULO 1.372.- (Extraño o robo de la libreta). En caso de extravío o robo de la libreta se dará inmediato aviso al Banco depositario para evitar cualquier pago indebido. En la expedición del duplicado de la libreta se seguirá el mismo procedimiento que el establecido para los títulos - valores nominativos.

Conc: c. com. 726-

La disposición aplicable es la señalada en la concordancia, que regula la reposición de títulos- valores nominativos.

SECCIÓN III **CUENTAS DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA VIVIENDA**

ARTÍCULO 1.373.- (Concepto). Por el contrato de préstamo diferido, un Banco o entidad de crédito autorizado se obliga a poner una determinada suma de dinero a disposición de una persona, titular de la cuenta, después de que ésta haya constituido un fondo de ahorro mediante entregas periódicas y constantes a aquél, establecidas en función de la suma total y del plazo convenido, con destino exclusivo a la adquisición, construcción, terminación o mejoras de su vivienda o para liberación de un gravamen que pese sobre su propiedad.

La falta total o parcial de las entregas para constituir el fondo en los plazos convenidos, retrasará por el mismo tiempo el plazo de utilización del crédito.

Conc: c. com. 1376- 1379- 1381- 1386-

Se trata de una operación de cuenta de ahorro combinada con préstamo, con la finalidad específica y exclusiva señalada en el art.: adquisición, construcción, terminación o mejoras de vivienda del ahorrista o con el objeto de liberar de un gravamen que pesa sobre la propiedad. En este último caso, de lo que se trata en la práctica es de facilitar al ahorrista obtener un gravamen en condiciones más convenientes para el sea por razón de intereses más bajos o de amortizaciones más llevaderas, una vez que por el préstamo que obtiene con el fondo de ahorro, el bien liberado del gravamen original ha de ser a su vez gravado en garantía del préstamo con fondo de ahorro (art. 1374, 2ª fase).

ARTÍCULO 1.374.- (Intereses). El fondo de ahorro y el préstamo devengara intereses a las tasas establecidas en el reglamento respectivo, sin poderles recargar con gastos adicionales, salvo los de constitución y cancelación de la garantía y, en su caso, los del seguro.

La garantía consistirá en la hipotecaria del inmueble adquirido, construido o mejorado. Independientemente, la entidad de crédito contratará por cuenta del ahorrista una póliza de seguro de desgravamen hipotecario para el caso de fallecimiento o invalidez.

Hasta la cancelación del préstamo no se podrá enajenar la vivienda ni alterar su destino originario, salvo pacto en contrario.

Conc: c. com. 1378 -

ARTÍCULO 1.375.- (Derecho del ahorrista). El ahorrista tendrá derecho a elegir el inmueble a adquirirse o el contratista que ha de ejecutar la construcción o mejoras donde se invierta el préstamo; pero en ningún caso la suma del fondo ahorrado más el importe del préstamo y el de los otros préstamos hipotecarios que pudieran existir, serán superiores a la suma necesaria para la compra, construcción, terminación o mejora.

Conc: c. com. 1380 -

ARTÍCULO 1.376.- (Plazo para solicitar el crédito). Una vez completado el monto propuesto de ahorro por el titular en el plazo convenido, éste podrá solicitar al Banco o entidad de crédito la concesión del correspondiente préstamo para la finalidad señalada.

A la solicitud se acompañara testimonios de la titulación del inmueble que desee adquirir o mejorar y, en su caso, el contrato para la realización de la obra.

Conc: c. com. 1373- 1377 -

ARTÍCULO 1.377.- (Mora). La entidad de crédito incurrirá en mora cuando pasados treinta días de recibida la documentación que indica el artículo anterior, no ponga la suma pactada a disposición del ahorrista que ha cumplido con sus obligaciones o no fundamenta su negativa.

Conc: c.c. 341, 4) - c. com. 1376-

Por efecto de la regla de derecho común contenida en el art. 341, 4), del c.c., aplicable en la materia (art. 786), no se precisa requerimiento previo para la mora del obligado, en este caso del Banco o entidad de crédito autorizada, y ella se produce por ministerio de la ley. La fundamentación de la negativa de que habla el art. ha de entenderse, para mejor inteligencia del precepto, como justificación de la misma, ajustada a las determinaciones del reglamento respectivo, que de ordinario se considera parte integrante del contrato correspondiente. En su caso, el ahorrista, puede contradecir judicialmente la justificación y obligar al Banco a cumplir la obligación asumida, si el ahorrista demuestra que, de su parte, ha dado cumplimiento a todas las condiciones convenidas y a las impuestas por la ley.

ARTÍCULO 1.378.- (Efecto de retiro parcial). Si el titular de la cuenta opta por retirar parcialmente el fondo ahorrado, la cuenta perderá el carácter de ahorro para vivienda y se considerará, a todos los efectos, como cuenta de ahorro ordinaria, caso en el cual se ajustarán los intereses por la transformación operada.

Conc: c. com. 1362- 1374-

El supuesto sólo puede ocurrir en el caso de que el ahorrista se encuentre en el período de constituir el fondo de ahorro; pues, si el préstamo ya ha sido concedido, ese retiro no es posible, porque los depósitos ulteriores ya tienen, en realidad, el carácter de amortizaciones (art. 1379).

ARTÍCULO 1.379.- (Pago del crédito). El pago del crédito se realizara por el sistema de amortizaciones constantes, conforme al reglamento respectivo.

Conc: c. com. 1373 -

ARTÍCULO 1.380.-(Rescisión del contrato por el ahorrista). Si aún no fue dispuesto el crédito, el ahorrista podrá rescindir el contrato y obtener, en el plazo que al efecto se estipule, la devolución del importe de su ahorro, más los intereses devengados.

Conc: - c. com. 1375 -

ARTÍCULO 1.381.- (Rescisión del contrato por la entidad de crédito). Si el ahorrista no deposita tres cuotas sucesivas de ahorro, a pesar del requerimiento escrito que se le haga, el Banco o la entidad de crédito podrán rescindir el contrato sin necesidad de declaración judicial.

Rescindido el contrato, el Banco o la entidad de crédito, mediante comunicación dirigida al ahorrista, harán conocer su decisión y pondrán a disposición del titular el saldo resultante a su favor.

Conc: c. com. 1373 -

ARTÍCULO 1.382.- (Asociaciones Mutuales de Ahorro y Préstamo para la Vivienda). Las asociaciones mutuales de Ahorro y Préstamo para la Vivienda autorizadas, se rigen por la Ley y Reglamento respectivo.

Conc: c. com. 1302 -

Estas son las entidades especializadas que, en realidad, se dedican principalmente a la actividad concreta regulada en esta Sección, desarrollada en las reglamentaciones pertinentes debidamente aprobadas por el organismo administrativo competente.

SECCIÓN IV **DEPÓSITOS A LA VISTA Y A PLAZO**

ARTÍCULO 1.383.- (Depósitos a la Vista y a Plazo). El depósito de dinero a la vista es restituible a simple pedido del titular del depósito, con la sola presentación del certificado de depósito.

El depósito de dinero a plazo fijo es restituible una vez transcurrido el plazo convenido, con la sola presentación del certificado de depósito.

Los depósitos a plazo fijo, por su naturaleza, devengan intereses.

Precd: L. gral. Bancos 1928, arts. 8- 9-

Conc: c. com. 1306- 1386-

Véase la anot. al art. 1306.

Las disposiciones de la L. gral. de Bancos, citadas entre los precedentes, definen como depósitos a la vista, aquellos que son legalmente exigibles al Banco dentro de un plazo menor de 30 días y los depósitos a plazo, como aquellos cuyo pago no pueden ser legalmente exigibles al Banco dentro de un período menor de 30 días.

Las nociones que da el art., se conforman mejor con la doctrina actualizada (Rodríguez). Depósito a la vista, es el depósito irregular bancario de dinero, en el sentido de que el Banco depositario adquiere la propiedad del dinero que recibe en depósito y se compromete a devolver otro tanto de la misma especie y calidad en el acto que el depositante lo solicite. Dinero en depósito a plazo, es también un depósito irregular de dinero en el que, a diferencia del anterior, el Banco depositario sólo está obligado a restituir su importe, una vez que ha transcurrido el plazo que se fija en el contrato o en el certificado de depósito.

Se ha discutido la naturaleza del depósito a plazo, que es considerado por varios autores más bien que un depósito, un préstamo, habida cuenta la existencia de plazo y el pago de intereses. Sin mayores consideraciones, otros autores sostienen que se trata de un auténtico depósito, porque la nota que subraya el carácter de la operación es el propósito de custodia de dinero.

Los certificados de depósito, son las notas que expresan los nombres del depositante y del depositario, la cantidad depositada y la obligación de restituirle a la vista. En los depósitos a plazo, contienen además, el plazo de restitución y la cuantía de los intereses que ha de percibir el depositante. Son documentos de identificación del depositante y de individuación de las condiciones del depósito y, según el art. 1384, infra, son negociables.

ARTÍCULO 1.384.- (Documentos que respaldan el depósito). Tanto el depósito a la vista como el depósito a plazo fijo deben ser documentados mediante la expedición por el Banco depositario de certificados nominativos o al portador; con los datos necesarios para su identificación y condiciones convenidas. Estos certificados pueden ser negociables.

Conc: c. com. 516- 540-

La documentación del depósito mediante los documentos señalados, supone que el contrato es formal, porque el certificado implica la forma escrita para tal documentación (art. 787).

ARTÍCULO 1.385.- (Título ejecutivo). Los certificados de depósito, a la vista y a plazo fijo, constituyen título con fuerza ejecutiva contra el Banco a favor del titular o del beneficiario del mismo, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito previo.

Conc: p.c. 487, 3) - c. com. 1316 -

Respecto de la fuerza ejecutiva, v. la anot. al art. 1316 y la referencia contenida en ella.

SECCIÓN V

DISPOSICIONES APLICABLES A LAS SECCIONES ANTERIORES

ARTÍCULO 1.386.- (Exclusión de depósito en caso de liquidación de la entidad bancaria). En caso de liquidación de un establecimiento bancario o entidad de crédito, los depósitos en cuentas de ahorro y ahorro para la vivienda, se excluirán de la masa de liquidación y se procederá, antes de dar comienzo a la misma, a la devolución íntegra de los saldos e intereses devengados a los titulares que acrediten su derecho.

Los depósitos en cuenta corriente bancaria, a la vista y a plazo en las mismas circunstancias, tendrán preferencia en su devolución siguiendo en prelación a los depósitos señalados en el párrafo anterior, una vez conocida la masa distribuible.

Conc: c. com. 392- 1346- 1362- 1373- 1383-

Esta disposición, comentada ya en la anot. al art. 384, sobre liquidación de sociedades, garantiza un tratamiento especial y de excepción para los depósitos en cuenta de ahorro y de ahorro para vivienda en primer lugar y luego para los depósitos en cuenta corriente bancaria y para los depósitos a la vista y a plazo.

CAPÍTULO IV SERVICIOS BANCARIOS

SECCIÓN I DEPÓSITOS DE TÍTULOS VALORES

ARTÍCULO 1.387.- (Depósito regular). El depósito de títulos, joyas o metales preciosos u otros, obliga al Banco depositario a su conservación, custodia y posterior restitución, cuando lo reclame el depositante, exactamente en el mismo documento o valor recibido.

Conc: c. com. 872-

Con las disposiciones de los capítulos anteriores (I a III de este Título VII), se ha examinado las operaciones bancarias activas y pasivas, cuya manifestación típica es la función bancaria de intermediación en el crédito. El Capítulo cuyas regulaciones inicia este art., trata de las operaciones que algunos autores (Rodríguez) llaman neutrales, o contratos bancarios neutros, otros (Messineo), para indicar que con ellas el Banco no cumple ninguna de aquellas funciones distintivas de las operaciones pasivas o activas, dando o recibiendo crédito, sino que se limita a

actuar como simple mediador en cobros o pagos a cumplir mandatos o comisiones y, en general, a prestar determinados servicios.

Entre ellos, puede mencionarse:

- las transferencias o giros (art. 1451);
- la emisión de cheques (bancarios y de viajero; art. 1451);
- cartas de crédito o acreditivos (cuando se emiten contra pago de su importe; art. 1394);
- la mediación en los cobros (art. 1452);
- el servicio de caja y tesorería (para los servicios en general señalados en los arts. 1451 y 1452, y 1346 primera fracción, ib fine);
- los servicios de cajas de seguridad (art. 1428);
- la mediación en la emisión de acciones y obligaciones (bonos o debentures; arts. 687, 745, 1437, 1440).
- las representaciones, mandatos, comisiones (arts. 225, 654, 1453);
- la mediación en la ejecución de contratos (arts. 225, 1453);
- depósitos regulares (art. 1387);
- certificados de participación (arts. 745, 1442);
- fianza bancaria (art. 1447).

El depósito regular que legisla este art., como ya se anticipó en la anot. al art. 1346, es propiamente una operación de servicio bancario, porque el Banco tiene la obligación de conservar los objetos del depósito y de restituir los mismos y no otros semejantes. No es operación bancaria pasiva como el depósito irregular, en el cual el Banco depositario recibe dineros o títulos de que puede disponer, para devolver otro tanto de la misma especie y calidad (v. la anot. al art. 1346).

Resulta de lo dicho que la inclusión del depósito irregular de títulos o valores a que se refiere el art. siguiente (1388) entre los servicios bancarios, no tiene pertinencia con la materia del art. Por su propio concepto general (art. 876) y por la definición conformada a el que contiene el art. 1388 (infra), el depósito irregular de que se ocupa este, no es en rigor un servicio bancario, sino una operación pasiva de depósito irregular, que puede estar regido por el art. 876 o por el art. 1346.

El depósito regular que este art. regula, no siendo, como ya se ha dicho, intrínsecamente una operación bancaria, ni pasiva ni activa, puede en rigor ser asumido también por personas que no sean Bancos. Se le reconoce diversas manifestaciones y, según ellas, varias denominaciones:

Se llama depósito en custodia, cuando el objeto del depósito, en el que de ordinario el depositario es un Banco, obliga a este para que cuide de la conservación y las proteja de destrozos, las cosas depositadas que, por lo regular, son de mérito. Se manifiesta (Messineo), en dos formas: a) depósito cerrado (art. 1392), consistente en la entrega de un pliego sellado o lacrado o de recipiente (cajas, sobres, etc.) y en el que el depositario responde del recipiente o pliego, como tal, en el sentido de que debe restituirse en su identidad e integridad; b) depósito abierto, por el que se entrega al depositario objetos preciosos, joyas, pinturas y, de ordinario, títulos - valores individualizados, de los cuales aquel debe cuidar en custodia, para restituir los mismos en su identidad. Ambos depósitos cerrados y abiertos, son depósitos comunes (La Lumia, cit. de Messineo).

Se vincula a la forma del depósito que se acaba de examinar, la distinción del depósito en simple y en administración (arts. 1389 y 1390), también llamado este último a dossier (La Lumia cit de Messineo). En el primer caso se trata de un depósito abierto en custodia. En el segundo caso, el objeto esta constituido siempre por títulos - valores, pero a la prestación de la custodia, acompaña la de cuidar del ejercicio de los derechos inherentes a los títulos: cobro de cupones de dividendos o de intereses, de asistir a las juntas, control de sorteos, de efectuar los pagos que corresponda hacer, ejercicio del derecho de opción concedido a los poseedores en la emisión de nuevos títulos, llevar los títulos a la revalidación o resellado, etc.

ARTÍCULO 1.388.- (Depósito irregular). El depósito irregular de títulos o valores obliga al Banco depositario a restituir otros tantos de la misma especie y calidad. El rendimiento producido por los títulos durante el depósito corresponde al depositante.

Conc: c. com. 876-

Comprendido en la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 1.389.- (Necesidad de estipulación expresa). El depósito de documentos o valores en administración y el depósito irregular de los mismos, deben estipularse por escrito.

Conc: c.c. 492- c. com. 787-

La estipulación por escrito, supone que el contrato es formal (art. 787), desde luego. En ella debe expresarse el nombre del Banco, el nombre del depositante, los títulos (u objetos) que se depositan, específicamente designados o individualizados, la obligación de restitución, la especificación de si es un depósito simple o en administración y, para estar a las determinaciones de este art., de si se trata de un depósito regular o irregular. En el derecho comparado, esta

estipulación escrita, consta en certificados de depósito confidencial de títulos que emite el Banco en favor del depositante (Rodríguez). Véase, además, la anot. al art. 1387.

ARTÍCULO 1.390.- (Obligaciones del depositario). El depositario de documentos o valores en administración queda obligado a efectuar los cobros pertinentes y a realizar los actos conservatorios de los derechos del titular.

Conc: c. com. 874-

Comprendido en la anot. al art. 1387. Véase también la anot. al art. 874.

ARTÍCULO 1.391.- (Obligación del depositante). El depositante tiene la obligación de pagar al depositario la retribución pactada y los gastos de conservación, si los hubiera.

Conc: c.c. 856- c. com. 870-

No es un servicio gratuito y supone una retribución convenida que, indudablemente, debe ser lo primero que el depositante debe pagar, además de los gastos de conservación, cuando existan y no hayan sido comprendidos en la retribución. La falta de pago autoriza al Banco a ejercitar el derecho de retención (art. 810).

ARTÍCULO 1.392.- (Depósitos cerrados). Los depósitos efectuados en paquetes atados, sobres cerrados y lacrados o en otras formas de seguridad, cuyo contenido se ignore o se guarde en reserva, serán conservados en la misma forma como se los recibió, no respondiendo el depositario por su contenido, pero sí por su guarda y conservación.

Conc: c.c. 846- c.com. 872-

El art. legisla los casos en que el depositante quiera mantener la reserva de las cosas que deposita, extremo que debe constar en la estipulación (art. 1389), además de que la voluntad del depositante pueda manifestarse objetivamente en el hecho de presentar la caja cerrada, el sobre lacrado o con otro medio destinado al fin de la reserva.

La responsabilidad de la guarda y conservación del depósito hecho en tal forma, supone que si el depositario abriese el paquete atado o el continente cerrado o lacrado, cometería un acto doloso e ilícito, de cuyas consecuencias debe responder.

En la doctrina del derecho común, los autores consideran que el depositario en circunstancias extraordinarias y de urgencia, puede abrir el cofre cerrado o los paquetes sellados, en el propio interés del depositante, dando a este aviso inmediato (c.c. art. 847, II).

Véase además la anot. al art. 1387.

ARTÍCULO 1.393.- (Cesación de obligaciones y derechos). Siempre que con el asentimiento del depositante, dispusiera el depositario de los importes o cosas objeto del depósito, ya sea para sus negocios o para operaciones que el titular le encomiende, cesarán los derechos y obligaciones propias de ambas partes y se observarán las disposiciones aplicables al contrato en sustitución del depósito.

Conc: c.c. 861, 3) - c. com. 875-

Véase la anot. al art. 875.

SECCIÓN II CRÉDITOS DOCUMENTARIOS (ACREDITIVOS)

ARTÍCULO 1.394.- (Concepto). Se entiende por crédito documentario el acuerdo mediante el cual un Banco, obrando por cuenta y de acuerdo con las instrucciones del ordenante, se obliga directamente o mediante un corresponsal, a pagar a la orden del beneficiario una determinada cantidad de dinero o a pagar, aceptar o negociar letras de cambio, contra entrega de documentos, de conformidad a los términos y condiciones estipulados en el contrato.

Conc: c. com. 850-865-1395-1396-1399-1400-1401-1403-1407-

Relevante importancia tiene la función bancaria que esta Sección legisla, particularmente en el comercio internacional de importación y de exportación (Messineo), en las ventas contra entrega de documentos cuyo precio se paga por intermedio de un Banco, precisamente por medio de los créditos documentados o acreditivos (v. las anots. a los arts. 850 y 865).

Cabe señalar, desde luego, que cuando el Banco emite la carta de crédito para este objeto, contra entrega de su importe por parte del ordenante, no hay propiamente en la operación carácter de crédito, sino que es un simple servicio bancario de mediación en los pagos (v. la anot. al art. 1338). Cuando el Banco otorga crédito para el efecto, prácticamente se considera que se trata de una carta de crédito, examinada ya con los arts. 1338 y s. En la doctrina (v. gr. Rodríguez) y en la legislación (v. gr. los arts. 1395, 1398, 1404 a 1407) se habla simplemente de carta de

crédito o de carta comercial de crédito, para identificar la figura en estudio, confundiendo en uno dos institutos que, aunque similares, se legislan separadamente. Por una parte, la adjetivación comercial empleada en los arts. 1395 y 1398 resulta inútil si con ella se pretende establecer alguna diferencia, ya que la comercialidad de ambas figuras reglamentadas por el Código: cartas de crédito o cartas-ordenes de crédito (arts. 1338 y s.) y los créditos documentados o cartas comerciales de crédito o cartas de crédito (arts. 1394 y s.), esta definida por el art. 6, inc. 20: actos de comercio y por la inclusión de los mismos entre los contratos y obligaciones comerciales de que se ocupa el Libro III del Código, del cual forma parte el Título VII: operaciones y contratos bancarios, entre los que se regula el instituto que se examina.

Sin embargo, aunque operaciones similares, sea que exista apertura de crédito o que llenen una simple función de mediación en los pagos, puede establecerse su distinción atendiendo al hecho de la especialidad del crédito documentado que, de ordinario, tiene aplicación prevaleciente en el comercio internacional de importación y exportación, con frecuencia más conexas con la venta cif particularmente (Messineo).

Para resolver los inconvenientes que se suscitaban en las llamadas compraventas marítimas (Malagarriga), relativamente al pago del precio, y ante la exigencia de los vendedores de efectuar el embarque de las mercaderías vendidas teniendo la plena seguridad del pago, se implanta esta modalidad de pago contra entrega de documentos, cuyo mecanismo es el siguiente:

El comprador obtiene que un Banco abra crédito al vendedor por el importe de la compra, sea abonando la suma correspondiente (caso en el cual el contrato versa sobre un servicio bancario), sea mediante crédito que le acuerda el Banco (caso en el cual hay operación bancaria de crédito, además del servicio). El Banco, llamado acreditante o emisor, notifica al vendedor (beneficiario) generalmente por intermedio de un corresponsal (Banco notificador o confirmante, según los casos: art. 1399), la apertura del crédito del cual puede hacer uso en determinado plazo entregando al Banco los documentos convenidos con el comprador. El Banco notificador no precisa la aceptación del vendedor, aceptación que ya está dada en razón del contrato celebrado con el comprador y por eso el vendedor, al recibo de la notificación, se concreta a presentarse al Banco para hacer efectivo el cobro contra entrega de los documentos que acreditan el embarque, el mismo que ha hecho el vendedor después de recibir la notificación mencionada.

La operación explicada, supone una triple vinculación jurídica: a) entre el comprador (ordenante) y el Banco (acreditante) que a su pedido abre crédito al vendedor (beneficiario); b) entre el vendedor (beneficiario) y el Banco (acreditante), particularmente cuando este (en el crédito

irrevocable) se compromete en forma directa y abstracta con aquel; c) entre el Banco acreditante y el Banco corresponsal, cuando aquel actúa por intermedio de este, vínculo que es en absoluto independiente de los dos premencionados, asumiendo el Banco acreditante la responsabilidad por la omisión o negligencia en que incurra su corresponsal, a menos que este se haya constituido en confirmante, supuesto en el cual asume responsabilidad solidaria con el acreditante (art. 1399).

La naturaleza jurídica del crédito documentado, ha de ser determinada - se dice (Ripert, Thayer, Fernández)- prescindiendo de las figuras clásicas del derecho civil y ateniéndose únicamente a la realidad de los hechos, tal como las necesidades del comercio las presenta y a las finalidades que se persigue con el instituto. Habida cuenta esta consideración, el contrato de crédito documentado en sui generis con caracteres y finalidades propios perfectamente definidos: el Banco en cumplimiento de la obligación que contrae con el comprador, abre el crédito al vendedor, ante quien se obliga a pagarle determinada suma cuando le presente ciertos documentos en un plazo también determinado. Al notificar el Banco al vendedor que le ha abierto el crédito o - lo que es lo mismo-que efectuara el pago, asume frente a este una obligación directa e independiente del contrato de compraventa que vincula a comprador y vendedor; este tiene en cuenta la solvencia y seriedad del Banco acreditante más que la del comprador, razón por la cual exige precisamente esta forma de pago.

Si el crédito es revocable (art. 1397), no existe obligación jurídica del Banco con respecto al vendedor. Se considera que se trata de una obligación potestativa pura a tenor del art. 505 del c.c. (Fernández), habida cuenta la amplia facultad del Banco, aceptada en el comercio sin limitaciones y confirmada normativamente por el art. 1397, que permite afirmar que en realidad a nada se obliga desde que, aún en el mismo momento en que el vendedor se presente para hacer efectivo el cobro del acreditivo, el Banco puede negar el pago anunciando la revocación del crédito, lo cual, indudablemente, dice Fernández, es contrario a todo concepto jurídico de la obligación y resta, por tanto, eficacia al instituto en cuanto a la garantía perseguida por el vendedor.

Precisamente para superar la ineficacia que entraña la revocabilidad del crédito, se tiene la forma más compleja de esta operación en el crédito irrevocable o confirmado, por cuya virtud el Banco, en lugar de asumir frente al comprador el encargo de pagar el acreditivo, asume en nombre propio, frente al beneficiario o vendedor, la obligación directa de pagar el acreditivo, lo que conlleva la de no-revocarle, porque en ella está interesado el vendedor que, en este caso, es contratante del Banco mismo (Messineo), que está por tanto investido de un derecho exigible. Se ha dado gran discrepancia en la doctrina sobre la naturaleza de la figura jurídica que asume

el Banco con la irrevocabilidad del acreditativo. Se han dado muchas teorías: delegación imperfecta, contrato a favor de tercero, mandato irrevocable, promesa del hecho de un tercero, promesa abstracta, etc. Parece que lo indicado es, como se ha advertido al iniciar la consideración de la naturaleza jurídica de este contrato, conceptuarle como un contrato especial autónomo, cuya economía no encuadra dentro del molde de ninguno de los contratos clásicos del derecho (Fernández). Messineo, conforme con la legislación que comenta (c.c. italiano, art. 1269) considera al instituto, como una delegación de pago, lo que no parece conciliar con la definición que el mismo autor da del crédito irrevocable, cuando dice que la obligación del Banco frente al vendedor es abstracta y autónoma, respecto de la relación entre el Banco y el comprador.

ARTÍCULO 1.395.- (Contenido de la carta comercial de crédito). La carta comercial de crédito deberá contener, por lo menos, los siguientes datos:

- 1) Nombre del Banco que extienda la carta (acreditante) y del corresponsal, si lo hubiera;
- 2) Nombre del ordenante de la carta (comprador);
- 3) Nombre del beneficiario (vendedor);
- 4) Cantidad máxima de dinero que debe entregarse o por la cual pueden girarse letras de cambio a cargo del Banco que extienda la carta;
- 5) Tiempo dentro del cual puede hacerse uso del crédito;
- 6) Documentos y requisitos que deben presentarse y ser acreditados para la utilización del crédito, y
- 7) Lugar y fecha de expedición, y firma autógrafa del acreditante.

Conc: c. com. 1394 - 1404 - 1406 -

El art. enumera las especificaciones mínimas necesarias que debe contener el acreditativo (que parece denominación más propia para despejar confusiones con la carta - orden de crédito regulada por los arts. 1338 y s.). Tocante a la documentación que debe presentarse para hacer efectivo el acreditativo (inc. 6), Véase la anot. al art. 859, (inc. 3: remisión de los documentos).

ARTÍCULO 1.396.- (Clases de crédito). Los créditos pueden ser revocables o irrevocables, confirmados o no confirmados, rotativos acumulables o no acumulables, transferibles o no y otras formas que se señalaran expresamente en el contrato.

Conc: c. com. 1394- 1397- 1398- 1402- 1404-

Las modalidades mencionadas en el art., pueden ser convenidas entre el Banco acreditante y el comprador ordenante, según las relaciones que este haya contraído con el vendedor beneficiario, particularmente respecto de los acreditivos rotativos, acumulables o no, transferibles o no, cuyos conceptos están implícitos en su sola enunciación.

Se llama crédito revocable, el acreditivo abierto sin pactos especiales, de modo que corresponde al acreditante el derecho de revocar el crédito a su arbitrio (art. 1397). Es irrevocable, cuando el acreditante queda obligado, por el pacto especial de la irrevocabilidad, a mantener el acreditivo durante un cierto plazo sin poder revocarlo y reatado al cumplimiento de la obligación dentro de ese plazo (art. 1398). El crédito es confirmado, cuando el beneficiario queda notificado de la apertura del acreditivo hecho por el Banco acreditante, por conducto de otro Banco (generalmente el Banco corresponsal) que confirma la apertura del acreditivo, de manera que el Banco confirmante responde solidariamente con el acreditante frente al beneficiario (art. 1399). Para ser confirmado un crédito, debe ser irrevocable (Rodríguez). La transmisibilidad esta reglada por el art. 1404.

Véase, además, lo pertinente en la anot. al art. 1394.

ARTÍCULO 1.397.- (Revocabilidad). El crédito revocable no constituye un compromiso definitivo entre el Banco y el beneficiario, pudiendo ser modificado O cancelado sin aviso al beneficiario, aún durante su vigencia.

En caso de omisión, el crédito será considerado revocable aunque se señale fecha de vencimiento.

Conc: c. com. 1394 - 1396 - 1398 -
Comprendido en la anot. a los arts. 1394 y 1396.

La revocación puede obedecer a diversas causas, particularmente en los casos en que el Banco acreditante, ha acordado crédito al comprador para abrir el acreditivo y resulta que este ya no ofrece garantías de solvencia, sea, por ejemplo, que haya sido declarado en quiebra o por otras causas. El Banco acreditante ejerce esta facultad ad nutum, es decir, a voluntad, sin limitación ninguna y sin obligación de expresar el motivo (Torres, cit. de Fernández). Tampoco requiere estar autorizado expresamente por el contrato ni por manifestación alguna independiente de su arbitrio. Es así por que, el propio art. ib fine, en ausencia de estipulación de irrevocabilidad (u omisión de la cláusula de revocabilidad en el contrato), declara que se considerara revocable el acreditivo, aún cuando tenga plazo determinado.

ARTÍCULO 1.398.- (Irrevocabilidad), Si en la carta comercial de crédito constara la irrevocabilidad de ésta, el Banco acreditante contrae una obligación definitiva en favor del beneficiario, siempre que todos los términos y condiciones del crédito hayan sido satisfechos. Cualquier modificación o anulación ulterior debe efectuarse con la conformidad de todas las partes interesadas.

La carta comercial de crédito no utilizada por el beneficiario durante el tiempo convenido, podrá revocarse por el Banco acreditante en cualquier tiempo, aún en el caso de constar en ella la irrevocabilidad. Utilizada en parte, conserva su carácter de tal en cuanto al saldo.

Conc: c.c. 519- c. com. 1394- 1396- 1397 -
Comprendido en las anots. a los arts. 1394 y 1397.

Cabe insistir en que el mecanismo de la operación, trátase de crédito revocable o de crédito irrevocable, es idéntico en ambos casos, consistiendo la diferencia en que en el primero (art. 1397) el Banco acreditante puede revocar el acreditativo, dejando al vendedor en la situación de no tener seguridad de que se hará efectivo el crédito indefectiblemente contra la presentación de los documentos, mientras que en el segundo, el Banco acreditante no puede revocar el crédito, lo que confiere al vendedor plena seguridad de pago, razón por la cual, esta última forma es la más difundida en el comercio internacional.

Las modificaciones ulteriores implican la concurrencia y consentimiento de todas las partes (acreditante, ordenante y beneficiario, y, en su caso, Banco confirmante), por aplicación del principio general contenido en el art. 519 del c.c., aplicable en la materia por virtud de lo dispuesto por los arts. 786 y 803 del Código.

El acreditativo no utilizado por el beneficiario dentro del plazo establecido para el efecto, puede ser revocado, en cualquier tiempo después de transcurrido ese plazo y aún cuando haya sido emitido con carácter irrevocable.

Utilizado en parte, conserva la irrevocabilidad por el saldo durante el lapso que queda pendiente del plazo estipulado.

Véase, además, la anot. al art. 1406.

ARTÍCULO 1.399.- (Notificación y confirmación de la carta de crédito). Un crédito irrevocable puede ser notificado al beneficiario por intermedio de otro Banco o corresponsal, sin obligación por parte de este último por la sola notificación; pero, cuando el Banco acreditante autorice a otro Banco o corresponsal a confirmar su crédito irrevocable y éste lo hace, la confirmación obliga solidariamente al confirmante.

Conc: c.c. 435 - c. com. 788 - 1394 -
Comprendido en las anots. a los arts. 1394 y 1396.

ARTÍCULO 1.400.- (Obligaciones del Banco acreditante). El Banco acreditante, por el contrato de crédito documentario, contrae las siguientes obligaciones principales:

- 1) Abrir en sus registros un crédito a favor del beneficiario y remitirle la correspondiente carta comercial de crédito, directamente o por medio de corresponsal, notificándole este hecho y las condiciones del crédito abierto para su utilización;
- 2) Obtener directamente o por medio de un corresponsal los documentos relativos al crédito, practicarles un examen cuidadoso y según el caso, notificar o entregarlos al interesado;
- 3) Pagar el valor del crédito o aceptar o descontar las letras giradas por el beneficiario, pudiendo también utilizar al corresponsal para que a título de mandatario, ejecute los pagos, aceptaciones o descuentos, según el tipo de crédito.

Conc: c. com. 1394 - 1401 -

Las obligaciones enumeradas en el art., corresponden al mecanismo de la operación, que ha sido explicado en las anots. a los arts. anteriores.

El inc. 3), menciona otras modalidades de la concesión de crédito para los fines del instituto. Ellas pueden consistir en el descuento de letras documentadas (v. la anot. al art. 850), mediante el cual, el vendedor en lugar de exigir el pago del precio al contado contra entrega de documentos, esta autorizado a girar contra el comprador, que se compromete a aceptarla, una letra de cambio; título - valor al que van anexos los documentos (títulos representativos y accesorios, v. la anot. al art. 859, inc. 3) que circularan en adelante independientemente con la letra de cambio, y que puede ser descontado por el Banco acreditante o por otro, generalmente indicado por el comprador.

Otra variante (Messineo) constituye el caso de que el vendedor, en vez de pedir al Banco acreditante el inmediato pago del precio, gira contra este una letra, que dicho Banco acepta,

haciéndose así obligado cambiario principal (a término) frente al vendedor, a cambio de recibir los documentos representativos.

Se aplican las disposiciones pertinentes según el tipo de crédito que se haya utilizado.

ARTÍCULO 1.401.- (Obligaciones del ordenante). El ordenante del crédito documentario contrae las siguientes obligaciones principales:

- 1) Retirar los documentos que amparan el embarque de las mercaderías, inmediatamente del aviso del Banco acreditante o a más tardar dentro de los tres días siguientes;
- 2) Reembolsar al Banco acreditante, en las fechas establecidas, el importe del pago que haya efectuado al beneficiario, cuando no haya constituido depósito previo por el equivalente y siempre que dichos pagos se hayan ajustado a las instrucciones dadas al Banco acreditante;
- 3) Pagar la comisión, intereses y gastos inherentes a la apertura de crédito, sea o no utilizado, excepto en el caso en que haya sido revocado por el Banco, unilateralmente, y
- 4) Constituir, cuando así lo exija el Banco, las garantías reales o personales que respalden la operación.

Conc: c. com. 1394- 1400-

ARTÍCULO 1.402.- (Otras formas de crédito). La relación contractual entre el Banco y ordenante, cuando no se sustente precisamente en el pago efectivo del Banco a favor del beneficiario, puede tener como base el "crédito de firma", "crédito de aceptación", "aval" o "crédito de fianza o garantía", que se regulará por las normas pertinentes de este Código.

Conc: c. com. 1396-

ARTÍCULO 1.403.- (Excepciones). El Banco acreditante sólo podrá oponer al beneficiario las excepciones derivadas de la carta comercial de crédito y las personas (*) que tenga contra él.

Conc: c. com. 1394-

Las excepciones derivadas del acreditativo, principalmente han de referirse, al incumplimiento de alguna condición en la entrega de los documentos, nada más, y no a las deficiencias de estos en relación con el contrato y con el contenido del acreditativo (art. 1407). Las de orden personal, son las que pudieran darse entre acreditante y beneficiario y en ningún caso las excepciones que resulten de las relaciones entre el ordenante (comprador) y el acreditante (Banco).

ARTÍCULO 1.404.- (Transferencia). La carta de crédito es transferible cuando así se haga constar expresamente en ella. En este caso el crédito podrá transferirse por fracciones hasta el total de su cantidad, de no prohibirse expresamente. A su vez, sólo podrá utilizarse parcialmente cuando así se autorice.

Conc: c. com. 501- 1395- 1396-

La transferencia total o parcial del acreditivo, esta subordinada a las especificaciones del contrato, que autoriza la transferibilidad del documento.

Desde luego, la transferencia sólo puede hacerla el beneficiario, porque el crédito es abierto en su beneficio. En caso de ejercitar esa facultad, el beneficiario queda sujeto a todas las obligaciones que en la confirmación (art. 1399) se haya estipulado a su cargo (Rodríguez).

ARTÍCULO 1.405.- (Responsabilidad del Banco frente al ordenante). El Banco acreditante responderá frente al ordenante conforme a las reglas del mandato y deberá cuidar escrupulosamente que los documentos presentados por el beneficiario tengan la regularidad establecida por la carta comercial de crédito.

Conc: c. com. 1237- 1245 -

La responsabilidad del Banco acreditante, frente al ordenante, por su culpa o negligencia, se rige por las reglas generales del derecho. Habrá responsabilidad evidente cuando efectúa el pago sin exigir la entrega de todos los documentos convenidos o acepta otros de distinta naturaleza y cuando surja manifiestamente del contenido de la factura o del certificado, que se trata de mercaderías distintas de las estipuladas (inc. 6, art. 1395).

La misma responsabilidad tendrá el Banco acreditante, salvo pacto en contrario, por los actos de quien, designado por el, lo substituye en la ejecución de la operación (Rodríguez).

En general, siendo las relaciones entre el acreditante y el ordenante, las que originan todo crédito o servicio bancarios (según los casos) respecto de la mercadería y en tanto el Banco no se desprenda del conocimiento a la orden, posee derecho de retención (art. 810).

ARTÍCULO 1.406.- (Vencimiento). Si la carta comercial de crédito no indica fecha de vencimiento, se entiende que el crédito estará vigente por seis meses contados a partir de la fecha de notificación al beneficiario.

Conc: c. com. 794-1395, 5) -

Es regla general que la obligación del Banco acreditante frente al vendedor beneficiario, nace en el momento en que la notificación de apertura del crédito (art. 1399) tiene lugar, esto es, cuando llega a su conocimiento y no desde que se despacha. De ahí que, aún siendo irrevocable el acreditativo, antes de la notificación el Banco puede revocarlo por decisión propia o siguiendo las instrucciones del ordenante (Fernández).

ARTÍCULO 1.407.- (Carta de crédito y transacción en que se basa). La carta de crédito por su naturaleza es diferente al contrato de compra - venta o relación sobre el cual haya de aplicarse el crédito abierto. Por esta circunstancia, ni el Banco que extendió la carta ni el corresponsal, en su caso, contraen ninguna responsabilidad en cuanto a la forma, suficiencia, exactitud, autenticidad, o efecto legal de algún documento concerniente a dicho contrato. Tampoco en cuanto a la designación, cuantía, peso, calidad, condiciones, embalaje, entrega o valor de las mercaderías que representan los documentos, ni en lo referente a las condiciones generales o particulares estipuladas en la documentación, a la buena fe o a los actos del remitente o cargador o de cualquier otra persona. Igualmente no contrae ninguna responsabilidad en lo relativo a la solvencia y reputación de los encargados del transporte o de los aseguradores de las mercaderías.

Conc: c. com. 824 - 1394 -

La intervención del Banco acreditante, es ajena en absoluto al contrato de compraventa y se limita al pago al vendedor y a la comprobación de que los documentos que este le entrega se ajusten a lo estipulado o, en defecto de estipulación, a lo que sea reglamentario o de uso en el lugar de destino, que es donde el comprador ha de tener la disponibilidad de los efectos.

Es principio consagrado por el art. 15 de las Reglas aprobadas por el VII Congreso de la Cámara de comercio internacional, reunido en Viena en 1933 (cit. de Fernández y a las cuales, probablemente, se refiere el art. siguiente, 1408), que los Bancos, salvo instrucciones diversas, deben exigir los siguientes documentos:

a) En el tráfico marítimo: juego completo de conocimientos marítimos en forma negociable y transmisible; póliza o certificado de seguro transmisible; factura.

b) En los transportes interiores: juego completo de conocimientos fluviales negociables y transmisibles, o recibo fluvial o recibo ferroviario, o duplicado de la carta de porte; póliza o certificado de seguro transmisible; factura.

Para el transporte aéreo se aplican estas normas, adecuadas a las regulaciones propias del c. aé. (arts. 149 y s.).

c) En el tráfico postal: recibo postal; póliza o certificado de seguro transmisible; factura. En el transporte aéreo, según estas normas adecuadas a las regulaciones del c. aé. (art. 156 y s.).

Según las Reglas de Viena los Bancos están autorizados a no exigir los documentos de seguro, si obtienen del beneficiario prueba suficiente, a juicio de ellos, de que el seguro esta cubierto por el ordenante o por el destinatario de las mercaderías.

(Véase sobre el seguro en las ventas cif, la regla 14 de Varsovia, en la anot. al art. 861, y en la anot. al art. 859 lo relativo a la remisión de documentos).

Tampoco incumbe al Banco acreditante ni a su corresponsal, por lógica consecuencia de lo dispuesto en el primer período del artículo, responsabilidad de la existencia de las mercaderías en las condiciones convenidas, porque es cuestión extraña al contrato de crédito documentado, que no tiene por que constarle.

ARTÍCULO 1.408.- (Aplicación supletoria de las Reglas de Usos Uniformes de los Créditos Documentarios). En cuanto a lo no previsto en esta Sección, se aplicaran supletoriamente, las "Reglas y Usos Uniformes de los Créditos Documentarios", de ultima revisión.

Conc: c. com. 1394 y s.-

Comprendido en la anot. al art. anterior.

SECCIÓN III **FIDEICOMISO**

ARTÍCULO 1.409.- (Concepto). Por el fideicomiso una persona, llamada fideicomitente, transmite uno o más bienes a un Banco, llamado fiduciario, quien se obliga a administrarlos o

enajenarlos para cumplir una finalidad determinada en provecho de aquél o de un tercero llamado beneficiario.

Preced: L. gral. de Bancos, 11 Julio 1928, arts. 166 - 173 -

Conc: c. com. 226- 1410- 1412- 1413- 1442-

Según puede verse por la referencia dada en los precedentes, la materia del instituto, no es nueva en el ordenamiento legal. La ley general de Bancos de 11 de Julio de 1928, en su Capítulo XII, autoriza y regula el funcionamiento de secciones de fideicomiso en los Bancos comerciales e hipotecarios. El art 173 de dicha ley, determina que sólo los Bancos debidamente autorizados pueden tener y ejercer los poderes de fiduciario de un fideicomiso.

El concepto que del instituto da el art., se conforma al que la doctrina enuncia sobre el mismo: conjunto de bienes destinados por el fideicomitente a un fin lícito y determinado cuya realización se encomienda a una institución fiduciaria (Rodríguez).

Los antecedentes históricos del instituto, enseñan evidentes conexiones lógicas con la fiducia y el fideicomiso romanos y con el fideicomiso testamentario del antiguo derecho español.

La reglamentación de la Sección en examen, esta indudablemente tomada del fideicomiso mexicano, que deriva del trust anglo - sajón, hijo a su vez, según observa Rodríguez, del fideicomiso romano o de ciertas instituciones germanas. En México, la influencia anglo- sajona se traduce en las leyes de las instituciones de crédito de 1924 y reglamentarias de los Bancos de fideicomiso de 1926 (cit. de Rodríguez), mientras en el ordenamiento nacional la misma influencia se refleja en la L. gral. de Bancos de 1928, cuya sanción fue sugerida y proyectada por la misión Kemmerer.

Aunque históricamente emparentado con la herencia fideicomisaria, prohibida en el ordenamiento común (c.c. art. 1170), difiere en su finalidad, cual se vera al considerar su naturaleza jurídica, para cuya mejor comprensión, cabe una somera referencia a la herencia fideicomisaria (*).

La institución hereditaria por medio de fideicomiso o sustitución fideicomisaria, para favorecer a los incapaces de recibir la herencia, después de un largo período de vacilante eficacia que los autores hacen remontar hasta los tiempos de Numa, se hizo obligatoria desde Augusto. Los términos usuales para la ordenación de estos fideicomisos, eran: peto, rogo, volo, fidei tuae commito (pido, ruego, mando, encomiendo a tu fe) y las Instituciones de Justiniano, contienen este ejemplo de institución hereditaria por fideicomiso: "que Lucio Ticio sea mi heredero. Te

ruego Lucio Ticio, que en cuanto puedas adir esta mi herencia, la restituyas a Cayo Seyo" (Cit. de Scaevola). Después de muchas vicisitudes para dar eficacia al instituto, como por ejemplo la cuarta del heredero fiduciario, que era una participación que le acordó el Senado - consulto Pegasiano, para que el fiduciario aceptara y transmitiera el fideicomiso al heredero fideicomisario, y de los excesos a que se llegó en su larga vigencia, fue proscrito de la legislación común, siguiendo el ejemplo que inició el c.c. francés de 1804 (art. 896), que continuaron el c.c. boliviano de 1831 (art. 503), el italiano de 1865 (art. 899), entre otros. La proscripción alcanzó tanto a los fideicomisos hereditarios llamados temporales, como a los designados perpetuos cuyo tipo era la institución conocida con el nombre de mayorazgo, derivado de los fideicomisos familiares del derecho romano, comprendidos bajo la común designación de vinculaciones.

Excluida la institución hereditaria por fideicomiso, prohibida expresamente por el art. 1170 del c.c., que en el ordenamiento del Código cabe incluirla entre las prohibiciones del art. 1413 (infra), el fideicomiso es una variedad de los negocios fiduciarios, que implican crédito y confianza.

Su naturaleza jurídica, exige una consideración desde un triple punto de vista (Rodríguez): a) como negocio jurídico b) como modalidad particular del derecho de propiedad, y c) como operación bancaria.

a) Como negocio jurídico, es fiduciario porque presenta la discrepancia, propia de este tipo de negocios jurídicos, entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo figura que se da cuando las partes eligen una forma jurídica cuyos efectos exceden, con conocimiento de las partes, los de los exigidos para el fin práctico que se persigue. Por ejemplo hay negocio fiduciario cuando para cobrar una letra de cambio se hace un endoso en propiedad, que da muchas más facultades de las que son estrictamente indispensables para el cobro del documento, para lo que bastaría un endoso en procuración o en cobranza, que no transmite la propiedad (art. 529). Igual negocio fiduciario existe, cuando para garantizar a un acreedor se inscribe a nombre de este la propiedad del bien inmueble dado en garantía, inscripción que hace aparecer al acreedor como dueño del mismo para todos los efectos legales y no como simple titular de un derecho real de garantía, extremo que queda confinado a las relaciones entre acreedor y deudor.

De esta característica resulta que, en los negocios fiduciarios el aspecto real configura una traslación de dominio, con efectos plenos frente a terceros, mientras el aspecto interno de naturaleza obligatoria, condiciona los alcances de la transmisión, pero sólo con efectos inter partes. Por consecuencia de lo dicho, corresponde considerar el fideicomiso, ampliando el concepto dado anteriormente (supra), en función del señalado por este art., como el negocio

jurídico por el cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación obligatoria de cumplir, solamente, la finalidad a la cual han sido ellos destinados.

Además, es un negocio jurídico indirecto (Rodríguez), mediante el cual se busca la realización de fines que se obtienen normalmente por otro. Así, v. gr. los fines del fideicomiso como la transmisión de bienes para fines de beneficencia, para pago de rentas, para garantía de obligaciones, para administración, etc., podrían lograrse mediante negocios reglamentados por la legislación común o especial, como la compraventa, el mandato, la comisión, la prestación de servicios, la hipoteca, etc. Por esto se dice que el fideicomiso es un negocio jurídico indirecto, en cuanto que la transmisión de bienes, que es su base, no persigue los resultados propios de la misma, sino otros cuya determinación depende del acto constitutivo (art. 1411). La transmisión, dice Rodríguez, se quiere realmente, pero no por y para los efectos de ella, sino por y para los que la constitución del fideicomiso señala, los que podrían obtenerse mediante la utilización de otros negocios jurídicos.

b) Como modalidad particular del derecho de propiedad, el fideicomiso implica una estructura peculiar del derecho de propiedad (Rodríguez). Según el art. el fideicomiso supone una traslación de dominio en favor del fiduciario, traslación que debe ser inscrita en el registro de los derechos reales (c.c. arts. 1538 y 1566, y c. com. art. 1411). La tradición del dominio produce efectos frente a terceros y presenta al fiduciario como dueño de los bienes que se le han transferido para la atención del fideicomiso. Este dominio, tiene caracteres especiales y el fiduciario no tiene el libre uso, disfrute y libre disposición de los bienes, porque sus facultades dominicales están sometidas a limitaciones precisas:

- 1) Se ejercen en función del fin a realizar, no en interés del fiduciario (arts. 1410, 1414 y 1423).
- 2) El beneficio económico del fideicomiso es para el fideicomisario o beneficiario (art. 1415, 2).
- 3) El fideicomisario puede impugnar los actos del fiduciario que salga de los límites funcionales del establecimiento y cuya remoción puede demandar (art. 1415, 3) y 1420).
- 4) Extinguido el fideicomiso, los bienes se restituyen al fideicomitente o sus herederos (art. 1422), y nunca puede beneficiar al fiduciario (arts. 1423 y 1424).

c) Como operación bancaria, el fideicomiso solo puede practicarse por un Banco, que es la institución de crédito privativamente autorizada al efecto, por disposición del art. Según Rodríguez, la legislación mexicana, patrón legislativo de la Sección en estudio, impuso esta

limitación al trust anglosajón adoptado en el instituto, atendida la adecuación conveniente al propio ordenamiento.

Como operación bancaria el fideicomiso es un acto de comercio (art. 6, inc. 20). Y aunque se duda de si debe considerársele como operación bancaria pasiva o como servicio bancario, parece que hay razones para encuadrarle mejor en el grupo de los servicios bancarios (Rodríguez) cual lo hace el Código.

Los elementos personales del fideicomiso, son normalmente tres: el fideicomitente que es quien establece el fideicomiso y destina para el cumplimiento del mismo los bienes necesarios; el fiduciario, a quien se transmite la propiedad de dichos bienes y se encarga del cumplimiento de la finalidad asignada al fideicomiso, y el fideicomisario o beneficiario, que es quien recibe el provecho que el fideicomiso implica (v. la anot. al art. 1424). Pueden ser fideicomitentes las personas individuales o colectivas que tengan capacidad para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso requiere (L. 1928, art. 170). Fiduciarios, sólo pueden ser las instituciones bancarias (L. 1928, art. 173). Y fideicomisarios o beneficiarios, pueden ser las personas individuales o colectivas que tengan capacidad para recibir el provecho que el fideicomiso implica (L. 1928, art. 170).

Los elementos reales, están constituidos por: a) toda clase de bienes y derechos, excepto aquellos que, conforme a ley, sean estrictamente personales de su titular; b) las finalidades, que pueden ser de garantía, de renta, de beneficencia, y c) la retribución (v. los arts. 1410 y 1417).

Los elementos formales, están considerados en la anot. al art. 1411

ARTÍCULO 1.410.- (Patrimonio autónomo). Los bienes objeto de fideicomiso constituyen un patrimonio autónomo; no forman parte de la garantía general con relación a los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones derivadas del fideicomiso o de su ejecución.

Conc: c. com. 1409- 1442-

Lo dicho en la letra b de la anot. al art. anterior, se resume en la disposición de este art., que declara los bienes constituidos en fideicomiso como un patrimonio se parad o, o patrimonio fin o de afectación (Rodríguez), que no es un patrimonio sin titular. En el caso del fideicomiso, este tiene un titular jurídico en el fiduciario, que es el dueño, así sea temporal y revocable. El fideicomisario y el fideicomitente son titulares económicos, porque a ellos van los beneficios de la propiedad y la propiedad misma al concluirse el fideicomiso (arts. 1415 y 1416).

El fiduciario es dueño del patrimonio, pero dueño fiduciario, esto es, con dominio limitado, aunque no por eso deja de ser dominio, es decir, es dueño en función del fin que debe cumplir y dueño normalmente temporal (arts. 1413, 3) y 1421).

En tales caracteres reposa la razón de ser de este art.: el fiduciario es dueño jurídico pero no económico de los bienes que recibió en fideicomiso, que ejerce las facultades dominicales, pero en provecho ajeno.

ARTÍCULO 1.411.- (Constitución). El fideicomiso entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes.

La constituida "Mortis causa" deberá serlo por testamento, conforme a las normas del Código Civil.

Conc: c.c. 491, 5) - 1112 - c. com. 787-

Según observa Rodríguez, el fideicomiso normalmente es un negocio jurídico unilateral o plurilateral. La ley, al referirse a él, también emplea el término acto constitutivo (v. gr. arts. 1416 y 1417), pero solo como una expresión legal para no prejuzgar ninguna construcción de la doctrina; excepcionalmente, la ley también habla de contrato de fideicomiso (v. gr. art. 1418).

Como acto unilateral, puede establecerse por voluntad del fideicomitente en acto inter vivos: escritura pública debidamente registrada (c.c. arts. 491, 5), 1538 y 1566) o testamento. En este último caso la declaración es inmediatamente obligatoria y sólo puede revocarse el fideicomiso si expresamente se reservo esa facultad (art. 1416, 2); produce efectos frente a terceros por su publicación mediante el registro y no puede ser modificado por el fideicomitente sin acuerdo del beneficiario (art. 1421, 6).

Las aceptaciones del fiduciario y del fideicomisario son condiciones jurídicas para la ejecución del fideicomiso, no para su perfeccionamiento jurídico, porque no son manifestaciones de voluntad esenciales para integrar el negocio jurídico unilateral.

Cuando la estructura del acto constitutivo no es la de una declaración unilateral de voluntad, sino que representa declaraciones contrapuestas de voluntad del fideicomitente y del fiduciario, que aparecen como partes en el sentido auténtico de la palabra, se trata de un contrato con objeto determinado (c.c. art. 485) que induce a las partes a vincularse en la forma que la ley

señala (c.c. art. 450). La obligatoriedad de la aceptación del fiduciario, en este caso, no afecta la concepción del fideicomiso como contrato (Rodríguez), porque tal obligatoriedad no es ilimitada y es propia de ciertas situaciones en que uno de los contratantes presta un servicio público, como ocurre v. gr. con las empresas de transporte (v. en la anot. al art. 927 lo relativo a su carácter contractual) o las instituciones de crédito. La contractualidad, en el supuesto, se destaca en el hecho de que el fideicomitente, de acuerdo con el fiduciario, se reserva una serie de derechos que le constituyen en titular directo de acciones frente al fiduciario (art. 1416, particularmente, casos 1, 4 y 5).

Finalmente, cuando concurren a la constitución del fideicomiso, el fideicomitente asumiendo derechos y obligaciones frente al fiduciario y al fideicomisario, el fiduciario que los contrae frente al fideicomitente y al fideicomisario, y este que los acepta frente al fideicomitente y al fiduciario, se da el caso de un contrato plurilateral, por la unidad jurídica del negocio en el que intervienen, en realidad, tres partes.

ARTÍCULO 1.412.- (Nombramiento de fiduciario). Si en el acto de constitución no se hubiera hecho designación de fiduciario ni se hubiera establecido el procedimiento para su designación o si, por cualquier causa faltara, el nombramiento será hecho por el beneficiario sin alterar las condiciones del fideicomiso o, en su caso, por el juez.

Conc: c. com. 1409- 1414-

Solo pueden ser fiduciarias las instituciones bancarias (art. 1409). Si el fideicomitente no ha designado nominalmente al fiduciario, se procede conforme señala el art. Su probable fuente, la legislación mexicana, cuando la designación ha de ser hecha por el juez, atribuye esta facultad al de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes. La misma legislación, permite al fideicomitente, designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse (cit. de Rodríguez).

ARTÍCULO 1413.- (Fideicomisos prohibidos). Quedan prohibidos:

- 1) Los negocios de fideicomisos secretos;
- 2) Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas que Sucesivamente deban sustituirse por muerte de la anterior;
- 3) Aquellos cuya duración sea mayor a treinta años, salvo que el beneficiario sea una institución de asistencia, científica, cultural o técnica, con fines no lucrativos.

Conc: c.c. 459, 1) y 3) - 1170- c. com. 822- 1409-

El fideicomiso, como todo el complejo de relaciones entre el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario o beneficiario, es público y conocido por los terceros, no sólo porque la ley prohíbe los fideicomisos secretos (inc. 1) que son nulos (arts. 549, 1) y 3) del c.c. y 822 del c. com.), sino porque la ley establece la publicidad del fideicomiso, mediante su registro según la naturaleza de los bienes (arts. 1411 c. com. y 1538 y 1566 c.c.).

La prohibición del inc. 2) (tomado literalmente del art. 359, II) de la L. de títulos y operaciones de crédito mexicana), puede explicarse por las razones que determinaron la prohibición de la institución fideicomisaria de herencia o sustitución hereditaria fideicomisaria (art. 1170 c.c.; v. anot al art. 1409).

El fideicomiso es temporal, de ahí la fijación de un plazo máximo de duración (inc. 3), cuando no recae en finalidades de beneficencia o de promoción científica, cultural o técnica sin fines lucrativos. La constitución de fideicomisos en favor de beneficiarios con fines de utilidad pública, abarca un campo amplísimo para esta institución: los que se establecen en favor de los pobres, de un hospital de cierta clase de inválidos, de instituciones docentes, etc.

Las finalidades del fideicomiso pueden ser todas las que sean imaginables (Rodríguez), como actividades jurídicas, dentro de los límites de la licitud y de la determinación (art. 1409), excepto las expresamente vedadas por la ley.

ARTÍCULO 1.414.- (Atribuciones del fiduciario). Son atribuciones indelegables del fiduciario, además de las previstas en el acto constitutivo, las siguientes:

- 1) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad del fideicomiso;
- 2) Mantener los bienes objeto del fideicomiso separados de los propios y de los correspondientes a otros negocios de igual naturaleza y asegurar los mismos cuando así se haya estipulado en el acto de constitución;
- 3) Procurar el mayor rendimiento económico posible de los bienes objeto del fideicomiso, en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo;
- 4) Ejercitar personería para la protección y defensa de los bienes en fideicomiso contra actos de terceros, del beneficiario o del mismo fideicomitente;

- 5) Transmitir los bienes a la persona a quien corresponda, conforme al acto de constitución o de la Ley, una vez concluido el negocio en fideicomiso, y
- 6) Rendir cuentas de su gestión al beneficiario o, en su caso, al fideicomitente, cada seis meses y a su conclusión.

Conc: c. com. 1412- 1416, 4) - 1417- 1418- 1425-

El fiduciario tiene todos los derechos y acciones que requiera el cumplimiento del fideicomiso, conforme al acto constitutivo. Asume una serie de obligaciones de hacer, cuyo alcance depende de la clase de fideicomiso de que se trate y que, en general, establece el art. en las atribuciones que enumera.

El desempeño del cargo es obligatorio para el fiduciario y no delegable, en el sentido de no poderse transferir, parcial o totalmente, a otro fiduciario su cumplimiento o ejecución. Más, como para la atención del desempeño del fideicomiso, el Banco, que es una persona colectiva y requiere por tanto para obrar la intervención de personas individuales que la representen (v. la anot. al art. 163), ha de valerse necesariamente de uno o más funcionarios que son delegados fiduciarios (Rodríguez), designados al efecto y de cuyos actos responde directa e ilimitadamente la institución y sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales en que puede haber incurrido el delegado. Esta delegación, que no es la prohibida en el art., supone la constitución de apoderados particulares o generales, en el límite de los propios poderes del fiduciario.

La responsabilidad del fiduciario, se fija en torno a la actuación de un buen padre de familia, según la legislación mexicana, patrón legislativo de la Sección. Es la responsabilidad apreciada *in abstracto*, en relación con un tipo ideal, emanada de toda falta que no cometería un buen padre de familia y que es la que corresponde al mandatario (art. 815, I, c.c.), disposición esta aplicable al instituto por virtud del art. 1427.

ARTÍCULO 1.415.- (Derechos del beneficiario). El beneficiario tiene los siguientes derechos, además de los concedidos en el acto constitutivo y esta Ley:

- 1) Exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y, en su caso, hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas;
- 2) Perseguir la reivindicación de los bienes fideicometidos para reintegrarlos al patrimonio del fideicomiso, cuando haya salido indebidamente del mismo;
- 3) Impugnar los actos anulables del fiduciario dentro de los cinco años contados desde el día en que hubiera tenido conocimiento del acto que dé origen a la acción, y

4) Pedir a la autoridad administrativa competente, siempre que exista causa justificada, la remoción del fiduciario y, como medida preventiva, el nombramiento de un administrador interino.

Conc: c.c. 1453- c. com. 1425-

El beneficiario o fideicomisario, tiene, desde luego, todos los derechos establecidos en el acto o contrato de fideicomiso, según la naturaleza de este, tanto para exigir el estricto cumplimiento del mismo, cuanto inclusive para accionar la reivindicación de los bienes que el fiduciario hubiere dispuesto con exceso de sus facultades o con mala fe.

La acción reivindicatoria que el inc. 2) atribuye al beneficiario, no es una acción reivindicatoria propia (art. 1453, c.c.), puesto que se la da a quien no es propietario, en contra de quien si puede serlo (Rodríguez), para obtener la restitución de los bienes no en favor del titular de la acción (el beneficiario), sino al patrimonio de un tercero (el fiduciario). Así y todo, los efectos de esta acción son indiscutibles, dada su peculiaridad en función de la regla del art. 1410: patrimonio autónomo (patrimonio separado, patrimonio fin o de afectación: v. la anot. respectiva).

El plazo fijado por el inc. 3), para la impugnación de los actos anulables del fiduciario, es de caducidad (c.c. art. 1514), porque vencido el, supone que no se ha ejercitado el derecho de impugnación dentro del término de perentoria observancia fijado para el efecto.

Las causas justificadas para accionar la remoción del fiduciario (inc. 4), están señaladas en el art. 1420. La administración interina, ha de estimarse que no puede conferirse sino a otro Banco, una vez que sólo un Banco puede cumplir el cometido que supone el instituto (v. la anot. al art. 1409, letra c). En caso contrario, la imposibilidad de sustitución, aún interina, por falta de otra institución fiduciaria, dará lugar a la extinción del fideicomiso (art. 1421, 8).

ARTÍCULO 1.416.- (Derechos del fideicomitente). EL fideicomitente tiene los siguientes derechos:

- 1) Los que se hubiera reservado para ejercerlos directamente en el acto constitutivo del fideicomiso;
- 2) Revocar el fideicomiso cuando se hubiera reservado esta facultad en el acto constitutivo, pedir la remoción del fiduciario y nombrar al sustituto cuando ello hubiera lugar;
- 3) Obtener la devolución de los bienes al extinguirse el negocio fiduciario si no se hubiera previsto de distinto modo en el acto de su constitución;

- 4) Exigir rendición de cuentas;
- 5) Ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario, y
- 6) En general, todos los derechos expresamente estipulados y que no sean incompatibles con la naturaleza del fideicomiso.

Conc: c. com. 1414, 6) 1420-

En principio, la actuación del fideicomitente solo es precisa en el acto de constitución o en el contrato de fideicomiso, y la ley, en lógica correspondencia con la estructura de este negocio, dice Rodríguez, deja que el mismo produzca todos sus efectos sin la participación ulterior del fideicomitente, o aún después de su muerte e incluso en contra de su voluntad.

La voluntad creadora del fideicomitente tiene eficacia de modo permanente, porque de ordinario establece un complejo de relaciones estables, que pueden persistir por largo tiempo y aún indefinidamente, como puede ocurrir en los fideicomisos i a favor de personas colectivas, de orden público o de instituciones de beneficencia (art. 1413, 3), lo que ha dado lugar a que se mencione, y con razón, el carácter institucional del fideicomiso (Rodríguez), que aunque sin alcanzar a organizar un sujeto jurídico nuevo, engendra situaciones estables en torno al núcleo patrimonial de afectación.

Cuando el fideicomitente quiere asegurar su intervención de sujeto de esenciales derechos en el funcionamiento del fideicomiso, puede establecer en el acto de constitución unilateral o convenir en el contrato, la reserva de todos los derechos que no sean incompatibles con las atribuciones y derechos mínimos del fiduciario y del fideicomisario y con la estructura de la institución. Los derechos enumerados en el art. tienen aplicación aún en el supuesto de que el fideicomitente no los haya reservado expresamente en el acto constitutivo y opera ministerio legis.

ARTÍCULO 1.417.- (Remuneración). Todo negocio en, fideicomiso es remunerado conforme a las normas previstas en el acto de constitución y, en su caso, conforme a las tarifas que pudieran ser aprobadas por la autoridad administrativa competente.

Conc: c. com. 1303 - 1414 -

La retribución de la función y actuación del fiduciario, es una consecuencia lógica del carácter comercial y profesional de esa actuación. Se aplica el concepto general que informa la regla del art. 1303.

ARTÍCULO 1.418.- (Causas de renuncia del fiduciario). El fiduciario sólo puede renunciar a la gestión asumida por los motivos expresamente señalados en el contrato. A falta de estipulación, se presumen como causas justificadas para hacerlo, las siguientes:

- 1) Si los bienes en fideicomiso no rinden productos suficientes para cubrir las remuneraciones estipuladas a favor del fiduciario;
- 2) Si el fideicomitente, sus herederos o el beneficiario en su caso, se niegan a pagar dichas remuneraciones;
- 3) Si existen otras causas calificadas por el juez.

La renuncia del fiduciario requiere autorización previa de la autoridad administrativa competente.

Conc: c. com. 1414 -

El desempeño del fideicomiso es obligatorio (v. la anot. al art. 1414). Sin embargo, ello no supone que sea irrenunciable, si concurren causas justificadas para separarse de su desempeño. Estas causas pueden estar previstas en el acto constitutivo o en el contrato. Si no lo están, se consideran tales las que enumera el art. y las que a juicio del Juez imposibiliten al fiduciario continuar en el ejercicio del cometido.

La autoridad administrativa competente que debe autorizar la renuncia, ha de entenderse que es el Departamento de fiscalización del Banco Central (v. la anot. al art. 1302, en lo pertinente).

ARTÍCULO 1.419.- (Acciones de los acreedores del beneficiario). Los acreedores del beneficiario sólo podrán perseguir los rendimientos que se obtengan de los bienes en fideicomiso. No podrán comprender dichos bienes a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo. El negocio en fideicomiso, celebrado en fraude de acreedores, podrá ser impugnado por cualquier perjudicado.

Conc: c.c. 1446- p.c. 504- c. com. 786-

El primer período del art. es comprensible sin mayores explicaciones: los acreedores del fideicomisario solo pueden perseguir las rentas que obtenga del fideicomiso, porque es a lo que tiene derecho por virtud de este (art. 1409).

El segundo período, presenta una formulación equívoca, que puede presumirse error dactilográfico o de edición. Los acreedores del beneficiario no pueden perseguir los bienes constituidos en fideicomiso, así sus acreencias fueren anteriores a la constitución del mismo, porque el propietario de esos bienes es el fiduciario (art. 1409) y no cabe bajo consideración ninguna, autorizar a los acreedores de una persona perseguir la satisfacción de sus acreencias sobre los bienes de otra persona.

Es probable que el segundo período observado, haya sido concebido como párrafo adicional del tercer período, supuesto en el cual tiene razón de ser y consecuencia lógica con su antecedente, una vez que es condición propia para que prospere la acción pauliana (art. 1446, 4, c.c.), que es la que reconoce el art. en favor de los acreedores, pero del fideicomitente, que es quien constituye con sus bienes el fideicomiso, que se reputara hecho en fraude de aquellos, cuando haya sido establecido para burlarles, estando ya vigentes sus créditos y sin preocuparse de satisfacerles.

ARTÍCULO 1.420.- (Remoción del fiduciario). A solicitud del fideicomitente, del beneficiario o de los directamente interesados, el fiduciario puede ser removido por el juez competente cuando se le compruebe dolo o grave negligencia, descuido en sus funciones o cuando no acceda a la verificación del inventario de los bienes objeto del fideicomiso, del activo y pasivo y de los resultados de la gestión o se resista a dar la caución comprometida en el contrato.

Conc: c. com. 1416-

Entre los directamente interesados, además del fideicomitente y del fideicomisario, ha de contarse a los acreedores de este, v. gr., que según el art. anterior tienen derecho a hacer retener los rendimientos del fideicomiso que le aprovechan (p.c. art. 504). La caución de que trata el art. i.f., ha de estar consignada en el acto de constitución. Queda la duda de que un Banco acepte un fideicomiso con tal obligación, una vez que no se especifica el tipo de garantía, si ha de ser real o personal, último caso en el cual solo puede concebirse una fianza bancaria (Art. 1447), cuyas comisiones acrecentaran indudablemente el importe de la remuneración (art. 1417).

Por lo demás las causas de remoción deben ser debidamente acreditadas para justificar su procedencia.

ARTÍCULO 1.421.- (Causas de extinción). Son causas de extinción del fideicomiso, además de las establecidas en el Código Civil, las siguientes:

- 1) Expiración del plazo señalado en el contrato;
- 2) Cumplimiento de la condición resolutoria a la cual se haya sujetado;
- 3) Muerte del fideicomitente o del beneficiario cuando el suceso haya sido señalado como causa de extinción;
- 4) Disolución o liquidación de la entidad fiduciaria;
- 5) Haberse realizado sus fines o por la imposibilidad material de realizarlos;
- 6) Mutuo acuerdo entre el fideicomitente y el beneficiario, sin perjuicio de los derechos del fiduciario;
- 7) Revocación del fideicomitente cuando se haya reservado este derecho en el acto constitutivo;
- 8) Imposibilidad de sustitución por falta de otro fiduciario.

Conc: c. com. 1422 -

La referencia a las causas de extinción del fideicomiso establecidas en el c.c., es impertinente, porque dicho cuerpo legal no se ocupa del instituto, excepto en el art. 1170 que declara nulas las instituciones hereditarias por fideicomiso, cualquiera sea la forma que revista.

ARTÍCULO 1.422.- (Efectos de la terminación del negocio en fideicomiso). A la terminación del fideicomiso, por cualquier causa, los bienes del fideicomiso se revertirán al fideicomitente o, en su caso, pasarán a sus herederos, salvo estipulación en contrario.

Conc: c. com. 1421

Extinguido el fideicomiso, los bienes afectados al mismo que quedaren en poder del Banco fiduciario, se devuelven por este al fideicomitente o a sus herederos. La reversión se inscribirá también en los registros correspondientes, según la naturaleza de los bienes. El pacto en contrario aludido en el art., puede consistir en que el fideicomitente pudo señalar en el acto de constitución un destino diverso para esos bienes, v. gr. su transmisión al fideicomisario o beneficiario o a un tercero, pero nunca al fiduciario. La estipulación sobre esto último, si fuera consignada en el acto de constitución, será nula por determinación expresa de los arts. siguientes (1423 y 1424).

ARTÍCULO 1.423.- (Estipulación sin efecto). Es nula toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del fideicomiso, el dominio de tales bienes.

Conc: c. com. 822- 1424-

ARTÍCULO 1.424.- (Calidad de fiduciario y beneficiario). No son aceptables en una misma persona las calidades de fiduciario y de beneficiario. Si tal cosa sucediera, no podrá ser acreedor de los beneficios del fideicomiso mientras subsista la confusión.

Conc: c. com. 1423 -

El fideicomitente y el fideicomisario pueden ser la misma persona, pero el fiduciario jamás puede ser el beneficiario del fideicomiso (v. en la anot. al art. 1409, lo pertinente).

ARTÍCULO 1.425.- (Deberes del fiduciario en caso de duda y otros). El fiduciario, cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus deberes, o deba apartarse de las funciones señaladas en el acto constitutivo o, cuando así lo exijan las circunstancias, deberá consultar o pedir instrucciones al fideicomitente o beneficiario. En su caso, deberá hacerlo a la autoridad administrativa o al juez competente.

Conc: c. com. 1414- 1415 -

En primer término la consulta ha de ser hecha al fideicomitente, si vive. En su defecto al beneficiario. Habiendo discrepancia del parecer de estos con lo establecido en el acto constitutivo, relativamente al caso consultado, se acudirá a la autoridad administrativa que, para el caso, es el Departamento de fiscalización del Banco Central o, finalmente, ante el Juez competente.

ARTÍCULO 1.426.- (Condición suspensiva). El fideicomiso dependiente de una condición suspensiva no llegará a tener existencia si la condición no se realiza en el término señalado por el acto constitutivo.

Conc: c.c. 499 - c. com. 786 -

La condición suspensiva fallida- que no se produce dentro del plazo fijado o cuando se tiene certeza de que ya no sucederá el acontecimiento del cual depende- hace inexistente el acto constitutivo del fideicomiso, por aplicación de este art. conformado a la regla general del art. 499 del c.c.

ARTÍCULO 1.427.- (Disposiciones aplicables). Son aplicables al fideicomiso, en lo conducente, las disposiciones que regulan el depósito y el mandato.

Conc: c. com. 869- 1237

SECCIÓN IV ALQUILER DE CAJAS DE SEGURIDAD

ARTÍCULO 1.428.- (Obligaciones del Banco). Los Bancos que alquilen cajas de seguridad responden de la integridad e idoneidad de las mismas, comprometiéndose a dar a los usuarios libre acceso al recinto en que ellas se encuentren, durante los días y horas fijados en el contrato respectivo.

Precd: L. gral. Bancos 1928, art. 136, 13) -

Conc: c. com. 1429-

Es un servicio actualmente muy difundido y, en general, bien organizado. Se utiliza para la guarda de joyas, títulos - valores, documentos, etc.

Según el concepto que da el art. y la práctica de este servicio, el Banco debe poner a disposición del cliente una caja fuerte que, normalmente, tiene dos llaves, que son complementarias, porque para abrir la caja ha de utilizarse las dos, una de las cuales conserva el Banco y la otra se entrega al cliente. El acceso al local de las cajas esta restringido a los clientes o sus apoderados que, ambos, se identifican en su caso mediante contraseña especial. Además de poner a disposición del cliente la caja de seguridad, el Banco esta obligado a mantener el servicio de acceso a la misma y el de su vigilancia.

El contrato sobre la utilización de este servicio, tiene en apariencia los caracteres del depósito, de la prestación de servicios o del alquiler de la cosa; pero, en realidad no se trata de ninguno de estos contratos, ya que constituye una modalidad mixta de todos ellos (Rodríguez).

ARTÍCULO 1.429.- (Daños sufridos por los usuarios). En todo evento, los Bancos responden de los daños sufridos por los usuarios por la apertura indebida de las cajas, salvo casos fortuitos o de fuerza mayor. Cualquier pacto en contrario es nulo.

Conc: c. com. 1428-

El Banco responde de todo daño que sufra el cliente, causado por violencia cometida sobre la caja o de la apertura indebida de la misma. La reparación del daño exige, indudablemente, la prueba del mismo que aunque difícil no excluye ningún medio de prueba y debe demostrarse

que fueron colocados en la caja los objetos cuya pérdida se reclama, o que no fueron retirados los mismos de ella, o que no se ingresó al local de caja después de depositados los objetos en ella hasta que se produjo la violencia o la apertura indebida. Prueba preconstituida, para el efecto, puede obtenerse mediante acta notarial a tiempo de depositar los objetos en la caja o mediante acta levantada sobre el mismo extremo con la intervención del funcionario autorizado del mismo Banco.

ARTÍCULO 1.430.- (Remuneración por el uso). Los usuarios de las cajas están obligados al pago de un alquiler por el período estipulado en el contrato.

Conc: c. com. 1431 -

ARTÍCULO 1.431.- (Falta de pago). La falta de pago del alquiler por un período, faculta al Banco a requerir por escrito al usuario el cumplimiento de tal prestación. Si dentro de los quince días siguientes al requerimiento el usuario no pagara la suma adeudada ni desocupara la caja, el Banco podrá proceder a su apertura y desocupación levantando inventario prolijo con la intervención de un notario y cesando en su responsabilidad.

Conc: c. com. 1430-

El cliente paga el servicio que utiliza. La falta de pago da lugar a las providencias que detalla el art. La apertura debe ser hecha con la intervención de notario y levantamiento del inventario correspondiente.

ARTÍCULO 1.432.- (Alquiler a una o varias personas). Una caja puede ser alquilada a una o varias personas y cualquiera de ellas podrá abrirla, salvo estipulación en contrario.

En caso de conocerse la muerte, quiebra, concurso de acreedores, cesación de pagos o interdicción de alguno de los locatarios, los demás conservarán sus derechos; pero la apertura se hará mediante orden judicial, debiendo inventariarse su contenido y quedaran en depósito en el Banco los bienes que de modo ostensible aparezcan como de propiedad del difunto, incapaz o quebrado.

Conc: c. com. 793- 1604-

ARTÍCULO 1.433.- (Prohibición). Esta prohibido colocar en las cajas sustancias o drogas peligrosas o inflamables; explosivos, ácidos corrosivos o de cualquier otro genero peligroso,

reservándose el Banco a este fin, el derecho de inspeccionar o, en su caso, de pedir la inmediata desocupación, procediendo, en caso contrario, a la apertura de la caja con intervención de notario y, en su caso, pasando los antecedentes al Ministerio Público.

Conc: L.c.s.p. 20- 21- 31 -

El cliente tiene la obligación de no conservar en la caja objetos que puedan producir daños o cuya tenencia este prohibida por la ley y, en su caso, es responsable por todos los gastos, daños y perjuicios que ocasione a la institución con la inobservancia de esta obligación, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público, si resulta alguna violación del ordenamiento punitivo.

ARTÍCULO 1.434.- (Duración del contrato). El término del contrato puede ser indefinido, pero las partes pueden poner término al mismo en cualquier tiempo, notificando a la otra parte por escrito, con anticipación de quince días por lo menos.

Conc: c. com. 1435- 1436-

ARTÍCULO 1.435.- (Llave de la caja de seguridad). La llave entregada al usuario deberá restituirse al Banco una vez concluido el contrato. Si el usuario la pierde o extravía, será responsable de los gastos de reposición y de apertura de la caja.

Conc: c. com. 1434 -

ARTÍCULO 1.436.- (Prórroga tácita del contrato). Si el usuario no restituye la llave a su vencimiento, el Banco tiene derecho a considerar prorrogado el contrato por un período igual al original. Si el Banco recibe, con posterioridad al vencimiento del contrato, el pago del alquiler estipulado, se entenderá que conviene en dicha prórroga.

Conc: c.c. 710- c. com. 1434-

Es un caso de tácita reconducción o renovación tácita del contrato, regulado, en general, por el art. 710 del c.c.

SECCIÓN V **BONOS BANCARIOS**

ARTÍCULO 1.437.- (Concepto). Los bonos bancarios son obligaciones emitidas por un Banco autorizado al efecto, con garantía de una hipoteca u otra específica, directamente constituida

en favor de sus titulares, efectuada por la persona a quien el Banco acredite el importe de la emisión.

Conc: c. com. 677- 745 - 901 - 1370-

ARTÍCULO 1.438.- (Calidad de avalista del hipotecante). El hipotecante firmará los bonos como avalista del emisor y responderá solidariamente con éste de la obligación contraída frente a los tenedores de los bonos.

Conc: c. com. 559 - 561 - 788 -

ARTÍCULO 1.439.- (Disposiciones aplicables). Las obligaciones del Banco emisor quedan sujetas, en lo conducente, a las disposiciones que regulan los bonos emitidos por las sociedades anónimas y a la reglamentación respectiva.

Conc: c. com. 642 y s.- 677-

Las disposiciones de esta Sección, repiten dentro de las operaciones bancarias, la regulación de una materia ya legislada por los arts. 642 y s. (bonos y debentures), cuyo régimen, por expresa determinación de los arts. 677 y 1439, se aplica a los bonos bancarios, que como los debentures son documentos de obligación, representativos de fracciones de un crédito colectivo concedido al emisor, que en este caso es el Banco.

Respecto de la autorización del organismo fiscalizador competente, que para su emisión exige el art. 677, surge la cuestión relativa a que no se concreta a ciencia cierta a cual organismo ha de considerarse referido dicho precepto en el supuesto específico de la sección en estudio: si a la Dirección Nacional de Valores (art. 779) que interviene en toda emisión de títulos-valores (como los bonos en general), o al Departamento fiscalizador del Banco Central, encargado de la vigilancia del funcionamiento y de las operaciones bancarias (D.L. 9428, art. 9; v. la anot. al art. 1302 en lo pertinente). Cabe estimar que, en el caso, ambos organismos deben cumplir la función que la ley les encomienda.

Son prácticamente bonos hipotecarios, cuyo origen encuentran los autores (Rodríguez) en las letras de gage francesas y en los cartelle fondiari italiani. Sólo pueden ser emitidos por Bancos o instituciones de crédito hipotecario. Conceden a sus tenedores los derechos que en general corresponden a los obligacionistas o debenturistas. La garantía que las respalda de ordinario

consiste en una hipoteca y la especialidad de la misma supone la existencia de un crédito preferente sobre ella a favor de los tenedores de bonos.

SECCIÓN VI CEDULAS HIPOTECARIAS

ARTÍCULO 1.440.- (Concepto). Las cédulas hipotecarias son obligaciones emitidas por un Banco autorizado al efecto, las que conceden garantía preferente a sus titulares, sobre los créditos hipotecarios constituidos en favor de la entidad emisora o del patrimonio de esta según la naturaleza de la operación.

Preced: L. gral. Bancos 1928, arts. 136, 11) - 174, 3) -

Conc: c. com. 682- 687- 745 - 901 -

ARTÍCULO 1.441.- (Obligaciones del Banco emisor). Las obligaciones del Banco emisor quedan sujetas, en lo conducente, a las disposiciones de la Sección "Cédula Hipotecaria" y al reglamento respectivo.

Conc: c.com. 682 y s.- 687-

Es otro caso regulado ya en preceptos anteriores (arts. 682 y s.). La referencia contenida en el art. 1441, no se refiere a esta sección en examen, cual podría suponerse porque lleva igual rúbrica que la aludida en el precepto, sino a la Sección II del Capítulo VIII del Título II del Libro Segundo, que legisla en general la materia relativa a las cédulas hipotecarias como obligaciones que solo pueden emitirse mediante un Banco especialmente autorizado y con una garantía hipotecaria específica, que el acreditado debe constituir.

El antecedente más remoto de esta especie de títulos, le encuentran los autores (Rodríguez) en los emitidos por las landchaften alemanas. El Banco o institución de crédito hipotecario que emite las cédulas, tiene una triple posición: como emisor, es deudor solidario (art. 683); como representante común de los tenedores de cédulas u obligacionistas (art. 680) y como acreditante del particular que suscribe las cédulas

Por lo demás, v. las anots. a los arts. 682 y s.

SECCIÓN VII CERTIFICADOS FIDUCIARIOS

Descargado desde el sitio www.bolivianland.net

ARTÍCULO 1.442.- (Creación de certificados fiduciarios). Para la creación de certificados fiduciarios se requerirá que el acto de constitución del fideicomiso contenga autorización expresa para ello.

Conc: c. com. 1409 - 1410- 1445 -

ARTÍCULO 1.443.- (Autorización para la emisión de certificados de fideicomiso). La autoridad administrativa de fiscalización autorizará en cada caso la emisión de los certificados fiduciarios.

Conc: D.L. 9428, art. 9- c. com. 781, 5) - 1302 -

ARTÍCULO 1.444.- (Carácter de títulos - valores). Los certificados fiduciarios tienen el carácter de títulos-valores y otorgan a sus titulares los siguientes derechos:

- 1) A una parte alícuota de los productos de los bienes en fideicomiso;
- 2) A una parte alícuota del derecho de propiedad con relación a dichos bienes o al valor que se obtenga de la venta de los mismos, y
- 3) Al derecho de propiedad sobre una parte determinada del inmueble, en su caso.

Conc: c. com. 491 - 745 -

ARTÍCULO 1.445.- (Contenido de los certificados fiduciarios). Los certificados fiduciarios contendrán, por lo menos, los siguientes requisitos:

- 1) La indicación de ser "Certificado fiduciario";
- 2) Los datos de la escritura de constitución del fideicomiso y la autorización de la autoridad administrativa competente para la emisión de los certificados;
- 3) La descripción de los bienes en fideicomiso;
- 4) La valuación de los bienes;
- 5) En su caso, el valor nominal de los certificados;
- 6) Las facultades del fiduciario;
- 7) Los derechos de los tenedores, y
- 8) Lugar y fecha de su emisión, y firma de los representantes legales del fiduciario.

Conc: c. com. 1442 -

ARTÍCULO 1.446.- (Certificados nominativos). Si el bien en fideicomiso es un inmueble, los certificados fiduciarios serán nominativos.

Conc: c. com. 516 -

Las regulaciones de esta Sección, corresponden al fideicomiso de garantía, que puede ser, como se ha visto, una de las finalidades del fideicomiso (v. en la anot. al art. 1409, lo pertinente a los elementos reales del fideicomiso).

El llamado fideicomiso de garantía, que no sólo existe en la práctica sino que es un concepto legal (Rodríguez), consiste en que la transmisión de bienes al fiduciario se destina a garantizar con ellos el cumplimiento de obligaciones, de muy diversa naturaleza, que el fideicomitente puede asumir. Por ejemplo, un préstamo, un crédito, una emisión de obligaciones (que en el caso resultan ser los certificados fiduciarios, de que se ocupa esta Sección), un usufructo, la administración de bienes, etc., pueden garantizarse mediante la entrega en fideicomiso de ciertos bienes.

La expresión autoridad administrativa de fiscalización contenida en el art. 1443, para el caso, como se ha observado ya en la anot. al art. 1439, alude tanto a la Comisión Nacional de Valores (art. 781, 5), como al Departamento de fiscalización del Banco Central (D.L. 9428, art. 9) y ha de considerarse que ambos organismos deben cumplir, en la esfera de sus atribuciones, su función en esta materia.

Por lo demás, el carácter reglamentario de las disposiciones de esta Sección, claramente formuladas, no requieren mayores explicaciones, las mismas que pueden consultarse en las anots. a las normas concordantes pertinentes.

SECCIÓN VIII **FIANZA BANCARIA**

ARTÍCULO 1.447.- (Concepto). Por el contrato de fianza bancaria, un Banco o entidad de crédito debidamente autorizado, se comprometen a garantizar a una persona, frente al acreedor, el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el fiado, en un contrato de obra, pago de derechos arancelarios, consecuencias judiciales o administrativas y otros.

Conc: c. com. 902- 918- 1448- Lea. 13, a)- 31, d) y f)-

En la anot. al art. 871 se observa que algunos institutos, como el depósito, el mandato, la prenda, la fianza, v. gr., están regulados por partida doble: en el ordenamiento civil y en el comercial. En el caso de la fianza, en realidad, se tiene una triple reglamentación: una en el c.c. y dos en el c. com., que se ocupa de la fianza mercantil en general en los arts. 902 y s., y de la fianza bancaria en esta Sección.

La fianza bancaria, desde luego mercantil, puede considerarse como una fianza de empresa, esto es, que para ser fiador bancario es indispensable que actúe como tal una institución de fianza debidamente autorizada. para practicar este tipo de operaciones. Supone, en general, habitualidad en la práctica de las operaciones de fianza. Los Bancos y las instituciones de crédito, pueden otorgar este tipo de fianzas, aunque no tengan una autorización particular para ello ni, por supuesto, tengan que dedicarse a su práctica habitual (Rodríguez), porque la autorización esta implícitamente contenida en las regulaciones de esta Sección. La autorización, en realidad, se refiere a la que corresponde para el funcionamiento del Banco o de la institución de crédito y, con carácter particular y expreso, para las empresas que se organicen para atender exclusiva y habitualmente la concesión de este tipo de fianzas, especialmente respecto de los objetos señalados en el art.

La forma, requisitos de capital, facultades y demás elementos para la organización y funcionamiento de una empresa de fianza mercantil de tipo bancario, exclusiva y habitualmente dedicada a ese fin, ha de conformarse, dentro de las reglamentaciones pertinentes, a las establecidas para las instituciones de crédito y sometidas a la misma fiscalización que estas.

ARTÍCULO 1.448.- (Contrato escrito y contragarantías). El contrato de fianza constará por escrito y en cuyo documento se detallaran, además de los derechos y obligaciones de las partes, las contragarantías propuestas por el fiado o deudor.

Conc: c. com. 787- 902- 1447- 1449-

Es un contrato formal, porque requiere documento escrito para su celebración. Las contragarantías propuestas por el fiado, suponen que las instituciones de fianza tienen el derecho y a veces la obligación de procurarse garantías en relación con el reembolso de las cantidades que paguen por los fiados. Como derecho, pueden establecer los arreglos que estimen pertinentes con los fiados y con los fiadores de estos, en su caso. Como obligación, cuando las reglamentaciones pertinentes o la autorización del organismo fiscalizador competente señalen esa exigencia para las fianzas que excedan ciertos límites.

ARTÍCULO 1.449.- (Expedición de certificado o "Boleta de Garantía"). Independientemente del contrato de fianza, se extenderá por el Banco o entidad de crédito un certificado o boleta de garantía que contendrá, por lo menos los siguientes datos:

- 1) Mención de fianza bancaria, inserta en su texto;
- 2) Nombre y domicilio de la entidad afianzadora;

- 3) Nombre o denominación de la persona, natural o jurídica, a cuyo favor se otorgue;
- 4) Nombre y demás datos que identifiquen al fiado o deudor;
- 5) Mención de las obligaciones garantizadas, condiciones y circunstancias de la fianza;
- 6) Valor afianzado y plazo de vencimiento de la fianza;
- 7) Lugar y fecha de expedición, y
- 8) Firma autógrafa del representante de la entidad afianzadora.

Conc: c. com. 1448-

ARTÍCULO 1.450.- (Disposiciones aplicables). Los derechos y obligaciones de la entidad afianzadora se sujetaran, en lo conducente, a las disposiciones de la Fianza de este Código.

Conc: c. com. 902 y s.

SECCIÓN IX PAGOS Y COBROS

ARTÍCULO 1.451.- (Transferencias y pagos). Los Bancos podrán colocar fondos y efectuar pagos en plaza distinta a su residencia o en la misma por cuenta de sus clientes que, previamente, les abonen su importe o autoricen a cargarla en cuenta, mediante la entrega de giros, cheques de viajero, transferencias, órdenes de pago o de abono. Los giros, las transferencias y órdenes de pago y abono serán nominativos.

Conc: c. com. 1302-

ARTÍCULO 1.452.- (Cobranzas). El cobro de letras de cambio, pagarés, facturas cambiarias, cheques, cupones y documentos en general, por cuenta de sus clientes, se realizara por los Bancos en las condiciones previamente determinadas y conforme al reglamento correspondiente.

Conc: c. com. 1302-

Estos arts. se relacionan con la actividad bancaria de mediación en los pagos y en los cobros, cuyas normas, por lo regular, se establecen por los usos bancarios.

Las transferencias o giros, consisten en el pago que el Banco efectúa o manda efectuar por cuenta del cliente que abona el importe o autoriza que se le cargue en cuenta. El pago se hace

en la plaza en que la operación es solicitada o en plaza distinta, caso último en el cual se expide un giro, que es un documento que expresa una orden de pago que el Banco girador da a otro Banco en la plaza en que el pago ha de efectuarse. La transferencia implica que el cliente que la solicita tiene su cuenta en el Banco, el cual asienta el cargo en la cuenta de aquel y abona en la de quien debe recibir el pago de ella.

El cliente también puede solicitar la expedición de cheques (no solamente de viajero) por el Banco, pagadero en la plaza en que ha de requerir el dinero, a su orden o a la de otro destinatario. El Banco recibe el importe del cheque o lo carga en cuenta de quien solicita la expedición, si este mantiene cuenta en el Banco. En la práctica, estos cheques son frecuentemente utilizados, sin que la reglamentación y empleo de los cheques de viajero hayan disminuido su utilidad.

En la mediación en los cobros, los Bancos se encargan de cobrar letras de cambio, cheques, cupones, pagarés y documentos en general, por cuenta de las personas que les encargan ese servicio, mediante endoso al Banco para que este quede legitimado.

La intervención del Banco en estas mediaciones, supone el pago de las comisiones respectivas.

SECCIÓN X **OTRAS OPERACIONES Y SERVICIOS**

ARTÍCULO 1.453.- (Otros servicios). Los Bancos podrán realizar todas las demás operaciones activas y pasivas, de intermediación y servicios compatibles con su actividad, sin que la enumeración en este Título sea limitativa.

Conc: c. com. 1302 -

TÍTULO VIII **DE LA CAPITALIZACIÓN**

CAPÍTULO ÚNICO **AHORRO Y CAPITALIZACIÓN**

ARTÍCULO 1.454.- (Concepto). Por el contrato de capitalización o de ahorro y capitalización, la entidad autorizada al efecto se obliga frente al ahorrista a constituir en favor de éste un determinado capital pagadero en un plazo fijo, a cambio de la entrega de una cuota única o de cuotas periódicas y constantes, con derecho a participar en sorteos.

Conc: c. com. 1455- 1457- 1461

El concepto que da el art. sobre este contrato, tiene marcada semejanza con el que, en función de la legislación mexicana, propone Rodríguez: Contrato por el cual una institución de crédito, especialmente autorizada al efecto, se compromete a pagar una cantidad determinada en fecha fija o anticipadamente si la suerte así lo decide, contra pago de una prima única o de una serie de primas que hace el suscriptor.

Para Messineo, por el contrato de capitalización o de ahorro una parte hace efectivas aportaciones y la otra promete sumas o títulos de crédito a término diferido polianual. Se le asimila - dice este autor- a las loterías en ciertas condiciones, pero no cabe asimilarle al mutuo ni a la renta vitalicia y puede considerársele análogo al depósito de ahorro a largo vencimiento o al seguro sobre la vida a término fijo cuando no este ligado al elemento sorteo.

Es un contrato oneroso y de adhesión, habida cuenta que el cliente ha de admitir necesariamente las condiciones establecidas por el Banco capitalizador, aunque este no tiene absoluta libertad de imponerlas, ya que los contratos, como los cálculos que le sirven de base y de todo lo que a la organización del sistema concierne, están sometidos a la fiscalización del órgano administrativo competente (art. 1455, infra, i.f.).

Son elementos personales del contrato: a) el Banco o la empresa capitalizadora, sujetos como todas las instituciones de crédito, desde el punto de vista orgánico, a una peculiar organización (art. 1456) y que son las únicas entidades que pueden practicar operaciones de capitalización; b) el ahorrista (o suscriptor en la legislación mexicana), que es la persona que contrata con la empresa capitalizadora la entrega del capital a cambio de las primas; el beneficiario, es otro elemento personal, cuando ha sido consignado en el contrato y en el título y que es aquel a quien se debe entregar el capital o valores de rescate, en caso de muerte del ahorrista (art. 1458, 12).

Son sus elementos reales: a) su objeto, que no es un capital como cantidad de dinero, sino la obligación que asume la empresa capitalizadora de entregar una cantidad de dinero, en las condiciones previstas en el contrato (ahorro o atesoramiento con finalidad de previsión, según Messineo); la cantidad precisa de dinero es el objeto de esa obligación y constituye el capital estipulado en el contrato, cuya cuantía se fija inicialmente en el mismo (Rodríguez); b) la fijación de la duración del contrato, que no puede exceder del máximo de 25 años (art. 1459); c) las primas que al ahorrista debe pagar para tener derecho al capital, a participar en los sorteos y a las demás prestaciones (arts. 1463 a 1467); son periódicas, cuando deben abonarse en plazos

previstos (mensuales, trimestrales, semestrales, anuales) , cuya capitalización de en el transcurso del tiempo el capital previsto; es unica (art. 1462) cuando ella se paga por una sola vez, para obtener análogo resultado; una y otra se distinguen en prima pura y neta y comercial, la primera que equivale matemáticamente a los beneficios garantizados en el contrato de capitalización y la segunda que comprende la prima neta aumentada en la cantidad necesaria para cubrir los gastos de la empresa capitalizadora (art. 1460, v. además la anot. al art. 1015 sobre prima pura y neta y prima comercial o cargada en materia de seguros); también se distingue la prima inicial de la de renovación, según se refiere a la que hace el ahorrista para obtener el título a tiempo de celebrar el contrato y a las que paga después periódicamente.

Sus elementos formales, están constituidos por la propuesta respectiva, el contrato y el título (arts. 1455, 1457 y 1458).

ARTÍCULO 1.455.- (Perfeccionamiento del contrato). El contrato se perfeccionará cuando el ahorrista pague la cuota inicial a la entidad y entregue a la misma, debidamente firmado, el formulario de la propuesta respectiva, cuyo texto deberá estar autorizado por el órgano administrativo competente.

Conc: c. com. 787 - 1454 -

La propuesta ha de contener todos los elementos necesarios para la validez del contrato y para redactar el mismo y extender el título con el contenido determinado en el art. 1458. El contrato se perfecciona con la concurrencia de la oferta y de la aceptación. La primera está representada por la propuesta del cliente, presentada en el formulario de la empresa, y en la cual se adhiere a las condiciones generales enunciadas públicamente por esta o transmitidas por sus agentes y que van inseridas, además, en el texto del formulario y en el dorso de este. La aceptación de la empresa se configura en la aprobación de la suscripción, cuya manifestación objetiva consiste en el cobro de la prima inicial, por la cual otorga el recibo correspondiente, que en la práctica comparada se desprende del formulario de propuesta.

ARTÍCULO 1.456.- (Entidades autorizadas). Únicamente los Bancos y entidades de seguros en el ramo de vida, podrán dedicarse a negocios de capitalización, previo el cumplimiento de los requisitos señalados en las disposiciones legales pertinentes.

Conc: c. com. 979- 1302-
Comprendido en la anot. al art. 1454.

ARTÍCULO 1.457.- (Contrato). La entidad capitalizadora entregará al ahorrista, dentro de un plazo de cinco días, el contrato firmado por sus representantes legales, con la indicación del número correspondiente al mismo, con el cual tomará parte, en su caso, en los sorteos.

El contrato de capitalización no es negociable, pero, a solicitud del interesado que hubiera llenado los requisitos necesarios, la entidad lo reemplazará por un título en el cual se insertará expresamente su calidad de negociable.

Conc: c. com. 501 - 1454 - 1458 -

Comprendido en las anots. a los arts. 1454 y 1455.

Véase además la anot. al art. 1462.

ARTÍCULO 1.458.- (Contenido del título). El título de capitalización contendrá:

- 1) La indicación de ser título de capitalización;
- 2) El nombre, el domicilio, el capital social y pagado de la entidad emisora;
- 3) El número de identificación del título para participar en los sorteos, si los hubiera;
- 4) El capital contratado para su formación;
- 5) El plazo para el pago del capital y, en caso de sorteos, las condiciones en que deban efectuarse;
- 6) El importe de las cuotas a cargo del ahorrista y su periodicidad;
- 7) La fecha en que comenzará a regir el contrato y, en su caso, la de primer sorteo en que participará el título;
- 8) El nombre del ahorrista;
- 9) La tabla de valores de rescate, para el caso de terminación anticipada del contrato;
- 10) Las condiciones en que el ahorrista tendrá derecho a préstamos sobre su título y la tabla correspondiente a las sumas a que tiene derecho según la antigüedad del título;
- 11) Otros beneficios estipulados;
- 12) El nombre del beneficiario, para el caso de muerte del ahorrista;
- 13) Los casos de caducidad del contrato y las causas de extinción del mismo, y
- 14) Las firmas autógrafas de los representantes legales de la entidad emisora.

Conc: c. com. 1457-1459-1460-1461-1462-1463-1464-1465-1466-1467-

Comprendido en las anots. a los arts. 1454 y 1455. Véase además la anot. al art. 1462.

ARTÍCULO 1.459.- (Duración). La duración máxima del contrato de capitalización será de veinticinco años.

Conc: c. com. 1458, 5) -
Comprendido en la anot. al art. 1454.

ARTÍCULO 1.460.- (Planes técnicos). Los planes técnicos de capitalización deberán indicar la cuota pura a recibirse por la entidad y los recargos necesarios a juicio del órgano administrativo competente, para que aquella pueda desenvolver sus actividades prudentemente. Para el efecto, se establecerá un recargo destinado a cubrir los gastos de gestión de la entidad durante el tiempo de duración del contrato y, en su caso, los recargos destinados a cubrir los gastos de producción.

El capital a abonar por la entidad capitalizadora, al vencimiento del contrato, debe ser superior al importe percibido en concepto de cuotas comerciales.

Conc: c. com. 1458, 6) -
Comprendido en la anot. al art. 1454.

La segunda fracción del art., señala el derecho principal del ahorrista, que puntualmente ha entregado sus primas pactadas: recibir el capital estipulado, en el plazo señalado o anticipadamente si su título resultase favorecido en alguno de los sorteos, si los hubiera (art. 1461, 3). El importe del capital que la empresa capitalizadora debe abonar al ahorrista, ha de tener la entidad que señala dicha fracción.

ARTÍCULO 1.461.- (Sorteos). Las entidades de capitalización podrán establecer en sus contratos la realización de sorteos que se sujetarán a las siguientes normas:

- 1) Los ahorristas no podrán participar en más de un sorteo mensual;
 - 2) No podrán establecerse sorteos que admitan la posibilidad de que el ahorrista obtenga por medio de ellos una suma superior al capital que percibiría al vencimiento regular del contrato de capitalización;
 - 3) Los títulos deben establecer, expresamente, si los sorteos son garantizados o condicionales. Los sorteos garantizados prevén para los mismos un determinado recargo en las cuotas, de tal modo que la suma a abonarse quede preestablecida matemáticamente, debiendo determinarse la época y la frecuencia de los mismos.
- También podrán preverse sorteos garantizados que señalen, en forma técnica, otras fuentes de recursos para cumplir con ellos.

Los sorteos garantizados deberán autorizarse por el organismo administrativo competente, conjuntamente con la aprobación de los planes técnicos;

4) Los sorteos garantizados no podrán ser decrecientes en sus beneficios por el transcurso del tiempo o tener por objeto la liberación de pago de cuotas futuras a cargo del ahorrista. Tampoco podrá ser decreciente la probabilidad favorable de los sorteos ni la frecuencia de los mismos;

5) Los sorteos condicionales serán atendidos exclusivamente con recursos o fondos propios de la entidad capitalizadora, dentro de sus gastos de promoción, de tal modo que no puedan ser distribuidos mediante recargos a las cuotas de capitalización;

6) Los resultados de los sorteos deberán cumplir las garantías de seriedad, seguridad e imparcialidad y realizarse públicamente con la presencia de un notario de fe pública que levantará el acta respectiva. Sus resultados deberán publicarse para que sean ampliamente conocidos por los ahorristas.

Conc: c. com. 1454- 1458, 3) -

Es facultativo para la empresa incluir la realización de sorteos en las condiciones generales de sus formularios y, en tal supuesto, depende de la convención de las partes incluirlo en el contrato. Convenida la capitalización con sorteo, este esta sometido a la reglamentación que enumera el art., y que no requiere explicación porque su formulación esta claramente desarrollada.

ARTÍCULO 1.462.- (Registro de títulos). La entidad sólo reconocerá como titular a aquel cuyo nombre aparezca en el registro y en el título, salvo que éste haya sido emitido al portador, caso en el cual el tenedor será reconocido como titular. Sólo los títulos a cuota única podrán ser al portador.

Conc: c. com. 514- 1458-

Puede consultarse en lo pertinente, como explicación analógica del registro establecido en este art., la anot. al art. 251 sobre registro de las acciones de las sociedades anónimas.

El registro, se supone destinado a los títulos nominativos, los cuales, en principio no son negociables (art. 1457), a menos que se inserte expresamente la cláusula de negociabilidad, cumplidos los requisitos necesarios por el interesado. De lo dispuesto en los arts. 1457 y 1458, se desprende que los títulos sólo pueden ser nominativos. Sin embargo, el art. en examen, admite la procedencia de los títulos al portador para los contratos, de prima única y su circulación, naturalmente, esta sometida a la regla común para esta clase de documentos: la simple

tradición, lo que implica su negociabilidad sin necesidad de cláusula expresa que acredite tal carácter.

Esta formulación de las reglas del Código, con deficiente método sistemático, que muchas veces induce apariencias contradictorias en sus regulaciones, obedece sin duda a que no se ha conciliado debidamente las influencias de los diversos patrones legislativos que en ella parece haberse seguido. La posibilidad de emitir títulos nominativos y al portador, para el objeto de la Sección en examen, se ha tomado de la legislación mexicana (L. de instituciones de crédito, art. 130, cit. de Rodríguez).

ARTÍCULO 1.463.- (Pago de cuotas). Los contratos que se encuentren al día en el pago de sus cuotas tienen derecho a participar en el sorteo, estableciéndose que tendrán un plazo de treinta días, a partir del vencimiento, para hacerlo sin perder el derecho a participar en los sorteos durante ese tiempo. Vencido ese plazo, los títulos no tendrán derecho al premio, aunque su número resulte sorteado.

Conc: c. com. 1458, 6) -

La principal obligación del ahorrista es pagar las primas convenidas, para estar habilitado a ejercer los derechos que el contrato y la ley le atribuyen. El Banco carece de acción para exigir el pago de la prima, lo que implica, en opinión de Rodríguez, que el pago de la prima para el ahorrista más que una obligación importa una carga o condición de exigibilidad de sus derechos. Vencido el plazo de gracia que otorga el art., el título cae en mora, lo que le priva al ahorrista de percibir anticipadamente el importe de la capitalización pactada, en el supuesto de que el sorteo le favoreciera.

ARTÍCULO 1.464.- (Valor de rescate). El ahorrista que hubiera cesado en el pago de cuotas tendrá derecho al valor de rescate correspondiente, el cual deberá señalarse en el título. Su valor estará en función de las reservas matemáticas, de acuerdo con los planes técnicos aprobados por el órgano administrativo competente.

Conc: c. com. 1458, 9) -

ARTÍCULO 1.465.- (Prestamos con garantía del título). El ahorrista estará facultado a exigir a que se le adelante, con garantía de su título, una suma igual al valor de rescate. Este adelanto devengará los intereses autorizados al efecto y señalados en el título.

Conc: c. com. 1458, 10) -

ARTÍCULO 1.466.- (Título de valor reducido). El ahorrista que hubiera cesado en el pago de sus cuotas y no opte por reclamar el valor de rescate, podrá convertir el título en otro de valor reducido, sin derecho a intervenir en sorteos, salvo que en el contrato se establezca otro beneficio.

Conc: c. com. 1458, 11) -

ARTÍCULO 1.467.- (Rehabilitación del contrato). Durante el plazo de duración previsto en el contrato, el título caducado por falta de pago de cuotas, no habiendo mediado rescate o transformación del mismo, podrá ser rehabilitado con el pago de las cuotas vencidas, incluyendo los intereses correspondientes o con otros medios señalados en el contrato.

Conc: c. com. 1458, 13) -

Estos arts. (1464 a 1467), establecen en favor del ahorrista, como derechos, los llamados valores garantizados. En lo conducente, cabe considerar aplicable a la materia de estos arts. lo dicho en la anot. al art. 1142, sobre valores garantizados en materia de seguro de vida (el art. 1456, reconoce a las entidades aseguradoras en el ramo de vida, carácter de entidades autorizadas para el contrato en estudio).

Se considera que efectuado el pago de cierto número de primas o cuotas, el Banco capitalizador ya ha cubierto los gastos de adquisición y administrativos, por cuya virtud la ley autoriza al ahorrista que pago las primas, exigir el valor de rescate, según las tablas que al efecto van inseridas en los títulos.

Por el valor de rescate el Banco debe conceder prestamos a los ahorristas que lo soliciten con la garantía prendaria de los mismos títulos. Si el ahorrista no quiere seguir pagando primas, puede canjear su título por otro de igual vencimiento, pero reducido o saldado, esto es, sin la carga de pagar más primas aunque sin derecho a participar en sorteos. Los prestamos pueden también concederse para pago de primas, hasta el importe del valor de rescate.

Finalmente, por virtud del derecho de rehabilitación, el tenedor de un título en mora, puede rehabilitarlo con el solo pago de las primas devengadas e intereses.

ARTÍCULO 1.468.- (Inembargabilidad). Después de un año de vigencia del contrato respectivo, los depósitos del ahorrista no podrán embargarse, salvo por deudas alimenticias.

Conc: p.c. 179 - c. com. 1366 -

Las deudas alimenticias, son las debidas por razón de asistencia familiar (art. 14 c.f.), existiendo disposición pertinente de autoridad judicial (arts. 389 y 433, c.f.).

ARTÍCULO 1469.- (Liberación de impuestos y designación del beneficiario). Los fondos del ahorrista y su transmisión sucesoria están exentos de todo impuesto y tasas, en la forma señalada en los artículos 1.362 y 1.366.

En caso de fallecimiento del titular, sus derechos pasarán a sus herederos, a menos que el ahorrista hubiera designado beneficiario que deberá constar en el título mismo y en el registro a cargo de la entidad. En caso de discrepancia prevalecerá el que figure en el registro.

Conc: c. com. 1362- 1366- 1458, 12) -

Véase en lo pertinente las anots. a los arts. señalados en la concordancia.

ARTÍCULO 1.470.- (Prescripción de acciones). Las acciones derivadas del contrato de capitalización prescriben en diez años. Transcurrido el plazo de la prescripción, el saldo a cargo de la entidad será entregado al Estado.

Conc: c.c. 1507- c. com. 786- 1308-

ARTÍCULO 1.471.- (Fiscalización y control). El órgano administrativo de fiscalización ejercerá vigilancia y control sobre las entidades dedicadas al negocio de capitalización y ahorro, de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes.

Conc: c. com. 1362, primera parte- D.L. 9428, art. 9-

LIBRO CUARTO
PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

TÍTULO I
DEL PERITAJE Y ARBITRAJE

CAPÍTULO I
PERITAJE

ARTÍCULO 1.472.- (Procedencia). El peritaje es procedente cuando la apreciación de hechos controvertidos requiera conocimientos especiales.

Este medio de prueba es admisible cuando:

- 1) Lo estipule el contrato para probar determinados hechos previstos en el mismo;
- 2) La Ley o el juez dispongan la prueba pericial en puntos controvertidos.

Precd: c. mtl. abrg. 751- C. de Proced. 335-

Conc: c.c. 1331- p.c. 430 c.com. 40-99-158-436-1036-1055-1095-1239-1477-1618-

Consúltese sobre la materia de este Capítulo, en lo pertinente a las regulaciones del mismo, en el Código civil concordado y anotado y en el Código de procedimiento civil concordado y anotado, del autor, las anots. a los arts. 1331 a 1333 y 430 a 443, respectivamente.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso único del art. 365.

ARTÍCULO 1.473.- (Nombramiento de peritos). El nombramiento de peritos recaerá en personas versadas en asuntos comerciales, industriales, técnicos, científicos o artísticos, según lo requiera la naturaleza de los hechos controvertidos o, en su caso, en profesionales habilitados para dictaminar en materias de su especialidad.

Conc: p.c. 432- c. com. 1037- Lea. 115- 191, d) -

JURISPRUDENCIA

1.- "La facultad que tiene el Juez para nombrar perito dirimidor no esta subordinada al término de prueba" (G.J. N° 1230, p. 67).

2.- "Tanto la designación de peritos, así como la valoración de las operaciones practicadas por estos, son de la exclusiva apreciación de los jueces de instancia en ejercicio de la facultad potestativa que les atribuye los arts. 256 y 257 (441) del p.c." (Lab. Jud. 1976, p. 123)

ARTÍCULO 1.474.- (Procedimiento). El procedimiento para el nombramiento y actuación de los peritos puede ser estipulado en el contrato; en su defecto, se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil.

Las partes, de común acuerdo, podrán nombrar un perito único; si no hubiera acuerdo, cada parte nombrará el suyo y un tercero dirimidor. Este último será designado por el juez, si las partes no acuerdan su nombramiento.

Conc: p.c. 432 -

JURISPRUDENCIA

1.- "No inválida los informes periciales ni produce su nulidad la falta de juramento previo de los peritos a su presentación, según se ha establecido por la jurisprudencia" (G.J. N° 1297, p. 189).

2.- Véase el caso único del art. 365.

ARTÍCULO 1.475.- (Recusación y remoción). Los peritos pueden ser recusados y removidos conforme a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Conc: p.c. 433- 434-

ARTÍCULO 1.476.- (Fuerza probatoria). Si el contrato estipula el peritaje, el dictamen uniforme de los peritos nombrados por las partes, en su caso del tercero dirimidor o del perito único, tendrán el carácter de plena prueba.

En los demás casos, el carácter de la prueba pericial será apreciada por el juez conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil.

Conc: p.c. 441 -

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 2 del art. 1473.

ARTÍCULO 1.477.- (Normas supletorias). En todo lo no previsto en este Capítulo, se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil, en tanto no se opongan a estas disposiciones.

Conc: p.c. 430 y s.- c. com. 1472 -

CAPÍTULO II ARBITRAJE

ARTÍCULO 1.478.- (Sometimiento a arbitraje). Pueden someterse a la decisión de árbitros, las controversias en las que la ley permite transigir.

Precd: c. mtl. abrg. 761 -

Conc: p.c. 712- c. com. 759- Lea. 115- 191 -

Consúltese en el Código de procedimiento civil concordado y anotado, del autor, las anots a los arts. 712 a 746, que tienen aplicación a las normas de este Capítulo, salvo alguna ampliación estrictamente necesaria o alguna diferencia que en cada caso se señalará donde corresponda.

La tendencia general de la legislación comercial comparada, es difundir el arbitraje entre los comerciantes, cuya formula de someter controversias a un tercero sin acudir a los Tribunales de Justicia, tiene antecedentes en la Antigüedad y se empleó frecuentemente en la Edad media. Los comerciantes prefieren este sistema, porque consideran - se dice- que los juzgadores son más competentes y los trámites menos costosos y más rápidos que los de la justicia ordinaria.

Su difusión actual es notable y, aunque con las indudables variantes locales, esta reglamentado en todos los países y, en casi todos ellos, funcionan centros de arbitraje u organismos que actúan como tribunales arbitrales: generalmente las Cámaras de Comercio u otros organismos para ciertos ramos del comercio o de la industria. Por ejemplo: la Cámara arbitral de la Bolsa de Comercio de París, la Cámara Arbitral Marítima, la Corte de Arbitraje de los Cueros, etc., en Francia; los tribunales de arbitraje de asociaciones profesionales del algodón, lana, café, madera, etc., de Alemania; la London Court of Arbitration, la London Corn Trade Association, la London Stock Exchange, etc., en Inglaterra; la American Arbitration Association de los Estados

Unidos; la Asociación lanera, la Asociación del comercio de cereales, etc., en Italia (cit. de Cañizares).

Desde principios de este siglo, se ha desarrollado el arbitraje internacional, que comprende a partes o litigantes de distintos países. Es un ejemplo la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París. Para facilitar los arbitrajes internacionales, a iniciativa de la extinguida Sociedad de Naciones, se concluyeron el Protocolo de cláusulas de arbitraje de 24 de Septiembre de 1923 y la Convención para la ejecución de sentencias extranjeras de 26 de Septiembre de 1927, ambos instrumentos suscritos en Ginebra. La unificación de la legislación arbitral, es preocupación del Instituto Internacional para la unificación del Derecho privado, con sede en Roma, que tiene algunos proyectos elaborados sobre la materia (Cañizares).

JURISPRUDENCIA

1.- "La jurisdicción arbitral, depende solo de la voluntad de las partes y se hace efectiva cuando estas celebran el compromiso designando el objeto del litigio, las personas que eligen y las facultades que les dan" (G.J. N° 543, p. 17)

2.- "El compromiso que somete a árbitros cualquier caso de desacuerdo de los otorgantes, solo tiene efecto entre estos, de lo que se deduce que la demanda de un tercero, no puede seguirse sino ante los tribunales comunes " (G.J. N° 568, p. 20).

3.- "Los jueces árbitros desde su nombramiento ejercen jurisdicción y se hallan investidos de la potestad de resolver con independencia las cuestiones sujetas a su decisión, arreglando su procedimiento a la ley especial que rige la materia" (G.J. N° 640, p. 7).

ARTÍCULO 1.479.- (Validez de la cláusula compromisoria). Es válida la cláusula compromisoria que conste por escrito, mediante la cual las partes se obligan a someter a arbitraje todas o algunas de las diferencias surgidas entre ellas, en sus relaciones comerciales.

Sólo pueden pactar la cláusula compromisoria las personas capaces de contratar.

Precd: c. mtl. abrg. 762 -

Conc: c.c. 483- p.c. 712- 713- c. com. 1482-

JURISPRUDENCIA

Descargado desde el sitio www.bolivianland.net

- 1.- "Habiéndose pactado que cualquier desacuerdo en orden a las sociedades comerciales constituidas, se resolverá por jueces árbitros, debe cumplirse lo pactado conforme a la regla del art. 725 (519) del c.c." (G.J. N° 522, p. 11).
- 2.- "El compromiso para someterse al fallo arbitral, es un contrato que produce los efectos de toda obligación cuya nulidad puede ser demandada en la vía ordinaria, conforme a derecho" (G.J. N° 702, p. 6).
- 3.- "Si bien en la escritura social se convino el arbitraje, los actores renunciaron tácitamente a ese beneficio, de carácter privado, al someterse a la competencia de juez ordinario, así como el demandado al no oponer excepción de incompetencia deo, por implícito consentimiento de las partes, válida la jurisdicción de aquel" (G.J. N° 702, p. 57).
- 4.- "Estipulado por los socios que toda cuestión suscitada entre ellos, se resuelve por árbitros, se cumple la ley del contrato, mientras no haya prórroga de jurisdicción a los jueces ordinarios" (G.J. N 715, p. 18).
- 5.- "Celebrado el compromiso para someter a árbitros las diferencias que en el contrato se suscitaren, no se puede dejar sin efecto el convenio arbitral pactado" (G.J. N 1243, p. 44).
- 6.- "Pactado el compromiso arbitral, este tiene fuerza de ley entre las partes contratantes y debe ser ejecutado de buena fe, según el art. 725 (519) del c.c." (Lab. Jud. 1976, p. 74)
- 7.- "Existiendo en un contrato cláusula arbitral, los jueces ordinarios carecen de competencia para conocer del asunto" (Lab. Jud. 1976, p. 76).
- 8.- Véase el caso N° 4 del art. 803.

ARTÍCULO 1.480.- (Arbitraje en sociedades). En los contratos constitutivos de sociedades comerciales, se debe establecer si las diferencias surgidas entre los socios o de la sociedad con ellos o con sus herederos, se someterán o no a la decisión de árbitros. En caso de haberse omitido esta previsión se entenderá que se someten al juicio de árbitros.

No pueden ser sometidos a arbitraje los asuntos relativos a liquidación de sociedades, modificación del contrato social, exclusión y retiro de socios y situación legal de la sociedad.

Precd: c. mtl. abrg. 281 - 306-

Conc: p.c. 713- c. com. 127, 13) - 376-

Véase la anot. al art. 127 i.f. del c. com. y la del art. 713 i.f. del p.c.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Las cuestiones que se susciten en la sociedad mercantil, antes de su rescisión o disolución, se resuelven por árbitros" (G.J. N° 170, p. 815 j).
- 2.- "El propósito dominante en materia mercantil es que se definan las divergencias suscitadas entre los socios por los rápidos procedimientos del arbitraje y por eso el art. 306 del c. mtl. (1480, c. com.), concordante con el 231 (127, 13) del mismo cuerpo de leyes, de modo general y sin dar lugar a dudas prescribe que tales diferencias están sometidas al arbitraje (cuando no se excluye expresamente esta jurisdicción en el contrato social)" (G.J. N° 1223, p. 44).
- 3.- "Las divergencias entre los socios de una sociedad mercantil deben ser definidas por árbitros (arts. 231 y 306 del c. mtl. = a los arts. 127, 13) y 1480 del c. com.)" (G.J. N° 1233, p. 57).
- 4.- Véase los casos Nos. 1, 3 y 4 del art. 1479.

ARTÍCULO 1.481.- (Renuncia). El convenio arbitral otorgado mediante documento público implica la renuncia de las partes a iniciar procesos judiciales sobre los asuntos sometidos a arbitraje, salvo la ejecución del fallo.

Conc: c. com. 1482 -

Véase la anot. i.f. al art. 712 del p.c., en el Código de procedimiento civil concordado y anotado, del autor.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "Las diligencias preparatorias de la demanda, seguidas ante la justicia ordinaria, no importan renuncia de este procedimiento especial" (G.J. N° 700, p. 61).
- 2.- "Si bien el acuerdo arbitral puede renunciarse, acudiendo a la justicia ordinaria, mediante la prórroga de jurisdicción, tal renuncia no existe cuando una de ellas opone declinatoria en la justicia ordinaria, reclamando así la vigencia del acuerdo arbitral" (G.J. N° 1223, p. 44).
- 3.- Véase el caso N° 2 del art. 1482.

ARTÍCULO 1.482.- (Contenido del convenio arbitral). El documento por el cual las partes someten sus diferencias al procedimiento arbitral debe contener:

- 1) El nombre y domicilio de las partes;
- 2) Los puntos de diferencia que se someten a arbitraje;
- 3) El nombre de los árbitros nombrados por las partes y el del tercero dirimidor. Las partes pueden acordar el nombramiento de un arbitrador o amigable componedor único, y
- 4) La determinación de si los árbitros actuarán como arbitradores o amigables componedores, debiendo pronunciarse según equidad; o en su lugar, como árbitros de derecho, sometiéndose,

en este caso, a las regulaciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil. En caso de silencio se entenderá que se somete al juicio de arbitradores o amigables componedores.

Precd: c. mtl. abrg. 765 - 766-

Conc: p.c. 712- 714- 725- 739- c. com. 1479- 1481 -

En la legislación comparada, unas reglamentaciones distinguen entre compromiso y cláusula compromisoria; otras no hacen esa distinción. El compromiso- se dice- es un convenio que somete a arbitraje un litigio existente, mientras que la cláusula compromisoria somete a arbitraje litigios futuros (Cañizares). El p.c. legisla el instituto sin preocuparse de esa distinción (v. el art. 712 el p.c.). Los arts. 1483 y 1484 (infra) hablan de cláusula compromisoria, pero ello no supone la adopción de la distinción mencionada.

La presunción del inc. 4) i.f., es iuris et de iure (c.c. art. 1318).

JURISPRUDENCIA

1.- "La Corte de Oruro al aceptar ilegalmente el arbitraje sometido a ella por los copropietarios de las minas de Huanuni, para dirimir el desacuerdo suscitado sobre la elección de Gerente de la empresa y resolver como tal Corte el desacuerdo, en calidad de arbitadora, ha procedido fuera de la órbita de su jurisdicción y con exceso de poder, incurriendo en la nulidad prevista por el caso 2ª del art. 805 (lo del 254) del p.c." (G.J. N° 714, p. 3).

2.- "Cuando no se cumplen los requisitos señalados por el art. 13 (714) del p.c. (1482 del c. com. en materia comercial) y el otorgamiento del correspondiente documento que fije los puntos de la controversia, el laudo que se expida en semejantes condiciones es nulo y el juez ordinario no puede ejecutarlo" (G.J. N° 1349, p. 51).

ARTÍCULO 1.483.- (Procedimiento). Existiendo cláusula compromisoria por la cual las partes someten sus diferencias al juicio de arbitradores o amigables componedores, cualquiera de las partes puede acogerse al arbitraje haciendo conocer sus diferencias y designando su árbitro mediante carta notariada donde conste estos puntos. La otra parte deberá nombrar el suyo en el plazo de ocho días a contar de la fecha de su notificación. Los dos árbitros designados deberán reunirse dentro de los diez días contados desde el nombramiento del último árbitro. El objeto de esta reunión será designar a un tercero dirimidor, si las partes no lo hubieran hecho. El árbitro dirimidor en caso que los dictámenes de los árbitros sean diferentes o no coincidan, emitirá su fallo que tendrá fuerza de sentencia ejecutoriada.

Los dictámenes de los árbitros nombrados por las partes deberán ser presentados por separado, el primero, en el plazo máximo de treinta días a contar desde la conclusión del plazo de prueba, el cual no será mayor de quince días y, el segundo, dentro de los siguientes treinta días del dictamen del primero. La falta de presentación del dictamen de uno de los árbitros dentro del plazo establecido, determinará que el caso se resuelva conforme al dictamen del árbitro que lo presentó en término y tendrá la fuerza de sentencia ejecutoriada.

El árbitro que omita presentar su dictamen dentro del término establecido, responderá de los daños y perjuicios ocasionados a la parte que lo designó.

El dirimidor presentara su laudo en el término de veinte días de la última notificación, con los dictámenes de los árbitros de parte.

Conc: p.c. 717- 719- 730- c. com. 1484- 1485-

JURISPRUDENCIA

- 1.- "El Directorio de la empresa esta obligado a nombrar su Juez arbitro, en cumplimiento del acto que por instrumento, que según ley tiene fuerza bastante, se estableció para el efecto" (G.J. N° 595, p. 2).
- 2.- "El arbitro 3° no se extralimita de las facultades que le fueron conferidas en el compromiso, que expresamente le autoriza dirimir la discordia entre los otros dos árbitros y su decisión definitiva no admite recurso alguno" (G.J. N° 659, p. 11).
- 3.- "Al revocar la resolución del tercer arbitro (dirimidor) los jueces se apartan del tenor de la escritura de compromiso, desconociendo la jurisdicción de aquel, con infracción del art. 725 (519) del c.c." (G.J. N° 659, p. 11).

ARTÍCULO 1.484.- (Cumplimiento de la cláusula compromisoria). En virtud de la cláusula compromisoria, conforme se señala en el artículo anterior, cualquiera de las partes puede solicitar al juez el señalamiento de día y hora para audiencia a fin de concretar los puntos de diferencia sometidos a arbitraje. De no establecerse los mismos, el juez los fijara considerando los antecedentes y pruebas presentadas por las partes dentro de un plazo máximo de diez días de notificada la otra, con la solicitud.

Cuando una de las partes omita el nombramiento de su árbitro, a solicitud de la otra, el juez lo designará por aquella, transcurridos ocho días de su notificación.

Si los árbitros de parte no pudieran ponerse de acuerdo sobre el nombramiento del dirimidor; éste será designado por el juez, dentro de los diez días, a pedido de parte.

Conc: p.c. 716- 717- c. com. 1483-

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 5 del art. 1479.

ARTÍCULO 1.485.- (Rechazo de nombramiento). El arbitro podrá rechazar el nombramiento dentro de los ocho días de su notificación con su designación y se procederá a reemplazarlo con arreglo a lo dispuesto para su nombramiento.

En igual forma se procederá en los casos de renuncia, incapacidad o fallecimiento del arbitro.

El árbitro que tome conocimiento del asunto sometido a dictamen no podrá renunciar al cargo, salvo justa causa debidamente comprobada.

Precd: c. mtl. abrg. 769- 770- 771 - 772

Conc: p.c. 718 - 719-

ARTÍCULO 1.486.- (Normas supletorias). En todo asunto no previsto en este Título se aplicará, en lo conducente, las normas del Código de Procedimiento Civil en materia de arbitraje.

Precd: c. mtl. abrg. 761 - 779 - 819 - 820 -

Conc: p.c. 712 y s.- 739 y s.- c. com. 1483-

JURISPRUDENCIA

"Es legal la inhibitoria del juez cuando existe compromiso por el- cual las partes han pactado expresamente someter sus diferencias a la decisión arbitral" (Lab. Jud. 1972, p. 106).

TÍTULO II DEL CONCURSO PREVENTIVO Y QUIEBRA

CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Descargado desde el sitio www.bolivianland.net

ARTÍCULO 1.487.- (Concurso preventivo). Todo comerciante matriculado o sociedad comercial legalmente constituida que se encuentre en estado de cesación de pagos, podrá solicitar al juez la apertura del procedimiento de concurso preventivo que viabilice la celebración de un convenio con sus acreedores.

Tratándose de sociedades comerciales la petición será hecha por sus representantes legales. En las sociedades colectivas y comanditarias simples, deberá acreditarse el voto favorable de los socios que representen la mayoría absoluta del capital. En las anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada, será necesaria la conformidad de la junta o reunión de socios que corresponda.

Precd: c. mtl. abrg. 488, 1) - 489 -

Conc: p.c. 584- 588- c.com. 25,3)-1107,2)-1317,4)-1488-1492-1500-1547-1690-Lea.160-162-

La evidente similar naturaleza jurídica de la quiebra y el concurso preventivo, hace que se les considere instituciones absolutamente paralelas en su estructura económica y jurídica, con supuestos y consecuencias comunes, aunque con algunas excepciones (Rodríguez). Sin embargo, no parece lo indicado tratar de identificarles en unas disposiciones generales, como si fuesen una misma cosa, cuando, precisamente, esas excepciones a su común naturaleza les da carácter particular que requiere una regulación separada como, en definitiva, se hace en los capítulos II y III de este Título en examen. Estas generalidades (que en rigor, son discutibles), sólo acrecientan la extensión y la duplicación reiterada de las normas singulares del Código, además de provocar ciertas confusiones. Por lo regular, la legislación comparada se ocupa con carácter primordial de la quiebra y luego del concurso preventivo, como de un medio destinado a prevenirla.

El paralelismo del concurso preventivo con la quiebra, se refleja en estos presupuestos comunes: comerciante, cesación de pagos y concurrencia de acreedores. El concurso preventivo, requiere además, la honradez del comerciante (art. 1500) y la forzosa presentación de una proposición de convenio (art. 1501).

El art. no da el concepto del instituto y se limita a señalar quienes, encontrándose en estado de cesación de pagos, pueden intentarle. Tal estado, concurriendo las circunstancias que enumera el art. 1500 y que se examina en su lugar, puede dar lugar al procedimiento que obsta a que la quiebra se produzca. Su propósito, entonces, según el concepto que da Vivante, consiste en evitar la declaración de quiebra, con los graves efectos patrimoniales y morales que la

acompañan, cuando la posición del deudor resulte merecedora de consideración. El concurso preventivo, esta dirigido, dice Messineo, a procurar a los acreedores del comerciante caído en estado de insolvencia, cuya quiebra no ha sido declarada todavía, una satisfacción igualitaria de los respectivos derechos, salvo causas legítimas de prelación.

Cualquiera que sea la regulación de la quiebra, siempre será una institución perjudicial para el deudor, para los acreedores y para la colectividad: a) para el deudor, porque además del desapoderamiento de sus bienes y la sujeción a diversas inhabilidades (arts. 1582 y s.), queda enfrentando a un inevitable proceso penal independiente de la quiebra (arts. 1492 y 1668); b) para los acreedores, que según la experiencia de la quiebra, generalmente no cabe que esperen de ella un resultado apreciable, y c) para el Estado, que así sea aisladamente, ha de confrontar diversas consecuencias del daño que la quiebra supone. para la economía nacional y que no se compensa, ciertamente, con las sanciones penales al fallido (Malagarriga). Por todo ello, la declaratoria de quiebra no es un estado deseable, consideración que induce cierta tendencia en las legislaciones, a restringir los casos de su declaratoria, con el establecimiento de institutos preventivos como el que se examina.

Sus antecedentes históricos son escasos (Malagarriga). En el c. com. español de 1829 (art. 1003, fuente del 489 del c. mtl. abrg.), se establece la suspensión o cesación de pagos, caracterizada por la exigencia de que el comerciante que quisiera acogerse a ella debe tener un activo superior al pasivo. El grave colapso económico ocasionado por la guerra general de 1914-1918, hizo que diversos países (v. gr. Italia, Austria, Alemania Hungría, cit. de Rodríguez) introdujeran en su legislación la suspensión de pagos como institución preventiva de la quiebra, sin la exigencia del activo superior al pasivo, aunque condicionando su procedencia a los antecedentes de honradez requeridos para acogerse al procedimiento y a la necesaria conclusión de un convenio entre el deudor y sus acreedores.

En la reglamentación del Código, se la denomina indistintamente concurso o convenio preventivos (v. gr. este art. y el 1501), Torrico Sierra, entre los autores nacionales, y algunas legislaciones (v. gr. la italiana y la argentina) le llaman concordato preventivo (*).

Puede ser privado o extrajudicial y judicial, según se le somete o no a homologación. El Código, sólo se ocupa del judicial, lo que no importa que el extrajudicial este prohibido; por el contrario, cabe perfectamente admitirle, a mérito del art. 454, II) del c.c.: libertad contractual.

En la propia quiebra, también se da la posibilidad del convenio, llamado entonces resolutorio de la quiebra (art. 1644), de lo cual puede concluirse que, el convenio, en realidad, es una figura de la institución de la quiebra, que puede ser preventiva o sucesiva a la quiebra (Messineo). Mientras el convenio preventivo, tiene por finalidad prevenir la quiebra, el post - quebrario cumple la función de cerrar la quiebra. En ambos casos, es correcto hablar de convenio porque el mismo consiste en un pacto que el deudor celebra voluntariamente con los acreedores (arts. 1526 y 1646), así este subordinado a homologación.

Desde luego, se destaca que, en este convenio, a diferencia del sucesivo a la declaratoria de quiebra, no se excluye la supervivencia de la empresa, inclusive como medio de conciliar la satisfacción de los acreedores con la del salvamento de la empresa en desequilibrio económico y de la continuación de su actividad (arts. 450 y 1618). Además, se pone de manifiesto, entre sus caracteres fundamentales: a) la iniciativa exclusiva del deudor (arts. 1487 y 1500) para la apertura del procedimiento; b) que el deudor puede permanecer in bonis (Messineo), esto es, al frente del ejercicio de la empresa, así sea bajo vigilancia de un sindico (arts. 1503, 5), 1534 y 1559); c) como consecuencia, no determina la desposesión del deudor ni la indisponibilidad total de los bienes por parte de el (art. 1509); d) no da lugar a liquidación del activo (extremo en que consiste precisamente el salvamento de la empresa, según Messineo), a menos que el convenio se realice con cesión de bienes (art. 1503, 4); e) no da lugar a la formación de estado pasivo (art. 1501); f) no da lugar a acción penal, en cuanto la admisión del convenio supone que el desequilibrio se ha producido sin culpa del deudor.

Por regla general, solo pueden intentar la apertura del procedimiento, los comerciantes, individuales o sociales, que están matriculados e inscritos como tales en el registro de comercio (arts. 5 y 28 c. com. y 2 Rgto. rg. com.). Recuérdese que el art. 25, inc. 3) declara específicamente esta iniciativa como una obligación del comerciante. Ha de tenerse en cuenta en la aplicación de tal regla general, las particularidades siguientes:

1) Los comerciantes no inscritos (supuesto del art. 24) y las sociedades irregulares (art. 134), no pueden intentar el concurso (art. 1500, i.f.). La limitación obedece, sin duda, a que este procedimiento es un beneficio reservado al comerciante de buena fe, que se supone ha cumplido y cumple con las obligaciones generales prescritas por las leyes para el ejercicio del comercio, lo que le presenta investido de una actividad regular y por tanto legítima. Las sociedades irregulares pueden, sin embargo, ser declaradas en quiebra (art. 1491), cuestión diversa por lo demás.

2) En el caso de las sociedades: a) los representantes autorizados de ellas, si están en actividad (art. 163), con el voto afirmativo que requiere la 2ª fracción del art., según se trata de sociedades colectivas, comanditarias simples y sociedades por acciones y de responsabilidad limitada; la falta del quórum de votación requerido en los supuestos de dicha fracción, hace ineficaz la solicitud (art. 1488, fase final); b) el interventor judicial, si la sociedad esta intervenida (p.c. art. 164 y c. min. art. 183); c) por los liquidadores si la sociedad esta en liquidación (arts. 384, 387 y 1491, 3).

Sobre la naturaleza jurídica, v. la anot. al art. 1490.

ARTÍCULO 1.488.- (Caso de incapaces o comerciante fallecido). En caso de incapaces o inhabilitados la solicitud debe ser presentada por sus representantes legales y, en su caso, autorizada por el juez competente.

Podrá presentarse también por los herederos del comerciante fallecido en relación con el patrimonio del causante, pero esta petición no podrá intentarse después de seis meses del fallecimiento.

No existiendo el voto favorable o la autorización según lo señalado en este y anterior artículo, se tendrá por desistida la petición para todos los efectos legales.

Conc: c.f. 265- 266- 300- 353- 470- c. com. 1487-1547-

Este art. complementa el anterior, respecto de quienes pueden solicitar la apertura del concurso y contempla tres situaciones diversas:

a) La de los incapaces (menores e interdictos), cuyos representantes legales están señalados en los arts. 14, 15 y 16; la autorización judicial para el efecto es la que indica el procedimiento reglado por el art. 470 del c.f., en aplicación de las determinaciones de los arts. 265, 266, 300 y 353, del mismo cuerpo legal.

b) La de los inhabilitados, que según la terminología del Código son los emancipados sin la autorización judicial requerida por el art. 470 del c.f. (v. la anot. al art. 13); sin embargo, ha de considerarse que también comprende a los impedidos o prohibidos de ejercer el comercio por si mismos, quienes para el efecto pueden estar representados, correspondiendo ejercer la facultad que confiere el art. 1487 a sus representantes, según casos y circunstancias, particularmente si la cesación de pagos proviene de obligaciones que el ex - comerciante contrajo mientras no estaba impedido de ejercer el comercio y cuando ejercía éste.

c) Los herederos del comerciante fallecido, en relación con el patrimonio del de cujus, dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento y computables, por eso, desde la apertura de la sucesión, plazo que coincide con el que, pena de prescripción, señala el art. 1032 del c.c. para aceptar la herencia con beneficio de inventario.

La falta de autorización en los casos a) y b) , impide que la solicitud de concurso pueda prosperar. El juez competente para concederla es el de Instrucción familiar (c.f. art. 376, 4, a).

ARTÍCULO 1.489.- (Quiebra-Presunción). Podrá declararse en estado de quiebra al comerciante que sin usar el beneficio del concurso preventivo, cese en el pago de sus obligaciones, cualquiera sea la naturaleza de ellas.

Se presume el estado de cesación de pagos cuando concurra cualquiera de los siguientes hechos:

- 1) Incumplimiento en el pago de una o más obligaciones líquidas y exigibles;
- 2) Ausencia u ocultación del deudor o, en su caso, de los administradores y representantes de la sociedad sin dejar personero investido de facultades y con medios suficientes para cumplir las obligaciones;
- 3) Clausura o cierre, sin previo aviso por más de cinco días hábiles, del establecimiento o administración donde el deudor o sociedad desarrollaba su actividad habitual;
- 4) Venta de mercaderías o bienes a precios ostensiblemente inferiores a los de mercado u ocultación de los mismos;
- 5) Cesión de bienes en perjuicio de sus acreedores;
- 6) Revocación judicial de actos realizados en fraude de acreedores;
- 7) Recurrir a cualquier medio ruinoso o fraudulento para obtener recursos o eludir el cumplimiento de sus obligaciones;
- 8) Inexistencia o insuficiencia de bienes sobre los cuales se pueda trabar embargo;
- 9) Petición de concurso preventivo cuando éste no proceda o cuando, concedido, no se llegue a ningún convenio con los acreedores;
- 10) Incumplimiento de un anterior convenio preventivo.

Contra esta presunción sólo se admitirá prueba documental que permita al comerciante, de manera fehaciente y directa, demostrar que puede hacer frente a sus obligaciones líquidas y exigibles.

La declaración del estado de quiebra de un comerciante o sociedad extranjera es causa para la apertura del procedimiento de quiebra en la República, a pedido de acreedor cuyo crédito deba hacerse efectivo en el país y tendrá primacía con relación a los créditos que deban pagarse en el extranjero.

Conc: c. com. 1107, 2) - 1542- 1544- 1553-

La quiebra-presunción que anuncia la rubrica del art., cuyo texto legisla en realidad la presunción de la cesación de pagos, es una indudable originalidad del Código, que no tiene paralelo en la legislación comparada y que ha de considerarse resultado de una evidente mala formulación y peor titulación.

Desde luego, no cabe hablar de presunción de la quiebra, porque esta no supone un hecho, sino un estado jurídico: del mismo modo - dice Rodríguez con exacto criterio- que la incapacidad, salvo la derivada de la menor edad, no existe hasta que esta jurídicamente declarada, la quiebra descansa en un fenómeno económico que sólo tiene relevancia y eficacia jurídica, cuando el juez competente declara su existencia. Por eso, todas las leyes de quiebras se refieren expresamente a esa declaración; por ejemplo: la L. de quiebras italiana de 1942 (art. 5), dice que será declarado quebrado el comerciante que se encuentre en estado de insolvencia; la L. de quiebras mexicana, también de 1942 (art. I) prescribe que podrá ser declarado en estado de quiebra el comerciante que cesa en el pago de sus obligaciones; la L. de quiebras argentina (11719, de 1933 art. 1), declara que hay estado de quiebra desde el auto declarativo del mismo, lo que excluye toda idea de quiebra virtual o quiebra de hecho (Castillo, Malagarriga), conceptos, todos los citados, que no dan cabida al observado de presunción de quiebra.

Habida cuenta que es presupuesto de la quiebra el peculiar hecho orgánico del estado de insolvencia, que configura la cesación de pagos - que es el fenómeno económico mencionado en líneas anteriores- y que esta constituido por el desequilibrio económico, o sea, por la impotencia orgánicas para satisfacer regularmente las propias obligaciones (Messineo), los incumplimientos y los otros hechos exteriores que no sean incumplimiento, que enumera el art., son síntomas que hacen presumir la cesación de pagos, según manifiesta el propio art., es decir, que se ha producido el fenómeno económico del estado de insolvencia.

Se habla y se puede hablar de quiebra y de empresario quebrado o fallido, en dos significados conexos, pero autónomos: para aludir al procedimiento y al comerciante sometido a dicho procedimiento, y también para mencionar la situación de desequilibrio económico que determina la insolvencia y al comerciante que se encuentra en esa situación (v. en la anot. al art.

1542, la significación conceptual de la quiebra). En el primer significado, la terminología empleada es propia y responde al criterio jurídico antes señalado; en el segundo, supone un empleo corriente de la palabra, que por razón de brevedad o de comodidad de lenguaje, puede servir para admitir, incorrectamente, una noción de presunción de quiebra.

Respecto de los síntomas que detalla el art., ha de tenerse en cuenta, además, que el concepto de insolvencia o desequilibrio, no encuentra siempre su equivalencia en el hecho material del incumplimiento y no debe confundirse con este, conforme advierte con precisión Messineo: las dos situaciones no coinciden necesariamente en cuanto al hecho y, por lo regular, son siempre conceptualmente diversas. En efecto, dice este autor, puede haber cumplimiento y, sin embargo, existir insolvencia, v. gr., cuando el deudor por medios ruinosos (inc. 7) se pone en condición de cumplir, lo que si ciertamente no autoriza hablar de incumplimiento, pero, sin embargo, denuncia que hay insolvencia, ya que la situación objetiva de su patrimonio no le permitiría cumplir, sino recurriendo a medios extraordinarios, que agravan inclusive su situación. Por el contrario - añade Messineo- puede haber incumplimiento y no necesariamente insolvencia, v. gr. cuando el deudor niega algún pago, sobre la base de excepciones que de buena fe crea debidamente fundadas, o cuando no esta en situación de cumplir por momentánea indisponibilidad de cantidad liquida (inmovilización o iliquidez) de medios económicos, aún disponiendo de ellos en cantidad suficiente. Rodríguez, confirma estos puntos de vista cuando afirma, y con razón, que hay incumplimiento Sin insolvencia e insolvencia sin incumplimiento, porque el cumplimiento y el incumplimiento son hechos jurídicos, mientras la insolvencia es una situación económica, estado de hecho, que da paso a un estado jurídico.

Del resumen de los hechos enumerados en el art., se comprende que el incumplimiento esta ligado por lo menos a una obligación liquida y exigible que el comerciante no satisface, mientras que puede darse desequilibrio económico aún no estando en cuestión, de momento, una deuda a satisfacer y no satisfecha.

ARTÍCULO 1.490.- (Universalidad). El concurso preventivo o la quiebra produce sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, salvo las exclusiones legalmente establecidas.

Precd: c. mtl. abrg. 519 -

Conc: c.c. 1335 - p.c. 2 - 563 - c. com. 1559-1582-1584-1591-1603-1625-

Notas características comunes de la naturaleza jurídica de la quiebra y del concurso preventivo, son su universalidad y su oficiosidad (Rodríguez).

La universalidad, reposa en el fundamento del principio general reglado por el art. 1335 del c.c., que establece la garantía genérica patrimonial de los derechos de los acreedores y por cuya virtud, todos los acreedores, para la satisfacción de sus créditos, concurren sobre el conjunto de bienes del deudor.

El art. habla de la totalidad del patrimonio del deudor; el 1582 de todos los bienes de que es titular el declarado fallido, estén o no afectados al ejercicio del comercio y el 1603, repitiendo la regla del art. 1335 del c.c., se refiere a todos los bienes presentes y futuros del fallido. Estas disposiciones reflejan la universalidad objetiva, con la que se afirma la integración de todos los bienes del deudor en una sola masa de responsabilidad.

A su vez, el art. 1625, dispone que todos los acreedores del quebrado que quieran obtener pago, deberán solicitar el reconocimiento de sus créditos, con lo que se establece la universalidad subjetiva, con relación a los sujetos destinatarios de la liquidación que son todos los acreedores del deudor común.

La universalidad, supone además la del procedimiento, esto es, presupone el llamado fuero de atracción (v. la anot. al art. 1591), característica de los llamados procesos universales, como la quiebra y los concursos (preventivo en el derecho comercial y necesario y voluntario en el derecho común), entre otros, y que incluyen todos los procesos en los cuales, inevitablemente, debe examinarse en conjunto una multiplicidad de intereses que no pueden tener vida propia (Ossorio), lo que impone su acumulación, porque no pueden hacerse valer en juicio por separado (art. 1591).

Tocante a la quiebra misma en si y atendido su carácter predominantemente procesal (razón de su inclusión en este Libro, titulado de Procedimientos especiales), que induce considerar el problema sobre la base de especiales estudios de derecho procesal (Messineo, Rodríguez), se amplía lo relativo a su naturaleza jurídica en la anot. al art. 1542. Igualmente, en la anot. al art. 1500, respecto de las características propias del concurso.

Las exclusiones legalmente establecidas, aludidas en el art., comprenden los bienes inembargables por disposición de la ley (art. 179, p.c.) y los derechos e intereses que enumera el art. 1584, que se examina en su lugar.

La oficiosidad, significa que el impulso inicial y toda la continuación del proceso puede, y a veces debe, ser oficial (arts. 2 del p.c. y 1542 c. com.); la propia reestructuración del sindico - dice Rodríguez- de representante de los acreedores, a auxiliar de la administración de justicia (art.

1559) y el papel decisivo que desempeña el juez como director del procedimiento de quiebra, son los aspectos diversos que destacan esta característica.

JURISPRUDENCIA

1.- "El juicio universal de concurso no sólo es procedente con instrumentos que traen aparejada ejecución, sino con toda clase de obligaciones aún cuando no tengan fuerza ejecutiva" (G.J. N° 1236, p. 64).

2.- Véase el caso N° 3 del art. 1591.

ARTÍCULO 1.491.- (Quiebra de sociedades). La quiebra de una sociedad producirá la quiebra de sus socios que tengan responsabilidad ilimitada.

La quiebra de uno o más socios no produce por sí sola la de la sociedad.

Las sociedades en liquidación y las irregulares pueden ser declaradas en estado de quiebra.

Cuando se haga referencia al "fallido" o "deudor" se entenderá que la disposición comprende también a los socios ilimitadamente responsables.

Conc: c. com. 134- 173- 384- 1630-

El art. establece las relaciones que se dan entre la quiebra de la sociedad y la de los socios, según el tipo de aquellas, que por la claridad de su formulación no se precisan mayores explicaciones. Lo dispuesto en la fracción 3ª del art. esta comprendido en la anot. al art. 1487.

ARTÍCULO 1.492.- (Juez competente y acción penal pendiente). Será competente para conocer del procedimiento de concurso preventivo y de quiebra de un comerciante individual o de una sociedad comercial, el Juez de Partido en lo Civil en cuya jurisdicción se encuentre su establecimiento principal y en su defecto, el del domicilio.

En caso de quiebra de una sucursal de sociedad extranjera, será juez competente para conocer los procedimientos indicados el del lugar del establecimiento de la sucursal boliviana, sin consideración de la competencia de jueces extranjeros.

La persecución de los delitos cometidos con relación al estado de quiebra de un comerciante individual o de una sociedad comercial es independiente del concurso preventivo o de la quiebra.

Preced: c. mtl. abrg. 509 - 751 -

Conc: loj. 122. 5) - p.c. 6-567 p.p. 23-175 Tdo.Mvo. 26-35- c.com. 2-1487-1500- 1542-

La competencia del juzgador, desde el punto de vista personal, es la del juez del principal establecimiento y, en su defecto, del lugar del domicilio, según la regla del art. tomado del art. 13 de la L. de quiebras mexicana y que no se adecua ni a la regla del art. 24 del c.c. sobre domicilio ni a la del art. 10 del p.c. sobre competencia. Sin embargo, como ley especial que es el c. com., sus regulaciones se aplican con preferencia a las del derecho común (loj. art. 4).

No hay cuestión respecto de la competencia por razón de la materia, porque la jurisdicción para conocer asuntos civiles y comerciales, es una y no esta diferenciada en el-ordenamiento nacional.

Tocante a la competencia territorial, ha de tenerse en cuenta el juego de los principios de universalidad (art. 1490) y de territorialidad de la quiebra. Según el primero, la declaratoria de quiebra afecta a todos los bienes del deudor con independencia de su situación territorial. Con arreglo al segundo, los bienes situados en diferentes países tienen una situación jurídica diversa (principio de la *lex rei sitae*), por cuya virtud la quiebra sólo afecta a los bienes que se encuentran dentro del territorio del país en que la quiebra se haya declarado. Los Tratados de Montevideo de 1889, sobre derecho civil internacional (art. 26) y sobre derecho comercial internacional (art. 35) no alteran este principio.

Tocante a la tercera fracción del art., ha de tenerse en cuenta la prejudicialidad de la calificación de la quiebra (arts. 343 c.p. y 175 p.p.), en cuyo mérito no se puede proceder en la vía penal por los delitos definidos como de quiebra, sin que el juez competente haya calificado la quiebra, así el art. en su 3ª fracción define la acción penal como independiente del procedimiento de quiebra, siguiendo las definiciones de su patrón legislativo probable, la L. de quiebras mexicana, según las cuales (arts. 112 y 113, cit. de Rodríguez) la calificación de la quiebra es de competencia del juez penal, lo que hace impertinente la prejudicialidad.

Como la calificación de la quiebra, en el ordenamiento del Código (art. 1663), es todavía atribución del juez de la quiebra (por tanto de la jurisdicción civil-comercial), y, además, hecha la calificación debe remitir antecedentes al juez penal, si procede, para la acción penal (art. 1666), quiere decir que la prejudicialidad de la calificación de la quiebra sigue rigiendo en el ordenamiento patrio, a pesar de la comentada 3ª, fracción del art., inconsultamente incrustado en él.

ARTÍCULO 1.493.- (Privilegio de trabajadores y del Estado). Ni el concurso preventivo ni la quiebra afectarán los créditos de los trabajadores por sueldos y salarios devengados a la fecha del auto declaratorio, así como por prestaciones, indemnizaciones y demás beneficios sociales que les acuerda la legislación del trabajo, los que deberán ser atendidos prioritariamente, con el producto resultante de la explotación del negocio o de su liquidación.

Tampoco afectarán a los créditos fiscales exigibles a la celebración del convenio o declaración de quiebra, debiendo atenderse éstos con la prelación legal correspondiente.

Conc: c.c. 1345, 2)- 1346, 5) y 6) - c. com. 1620- 1621 -1628

Respecto de los sueldos, salarios e indemnizaciones de los trabajadores, ha de tenerse en cuenta, tanto las obligaciones anteriores a la declaración de la quiebra, como las posteriores a dicha declaración, trátase de sueldos, salarios, indemnizaciones u otros beneficios sociales. Entre los posteriores, no solamente se incluyen las indemnizaciones y beneficios sociales que sean consecuencia de la cesantía de los trabajadores resultante de la quiebra, sino las remuneraciones y beneficios que devenguen después de la declaratoria, por razón de lo dispuesto en el art. 1620.

Téngase claramente establecido que la disposición en examen da carácter absolutamente preferente a esos créditos, pero no les confiere de ninguna manera extraconcurabilidad (Rodríguez), lo que quiere decir que las obligaciones devengadas y las indemnizaciones, de cualquier fecha, que se deban, han de pagarse en la quiebra y por el sindico de ella, que realizara los bienes necesarios a ese efecto, después de la sentencia de reconocimiento (art. 1628), sin perjuicio de que el juez pueda disponer pagos parciales provisionales, de acuerdo a la facultad que le concede el art. 1636. Tocante a las remuneraciones por los servicios de los trabajadores posteriores a la declaratoria de quiebra, que supone la continuación de la explotación de la empresa, la decisión que adopte el juez en conformidad con las previsiones de los arts. 1618 y 1620, deberá contemplar las providencias necesarias para la atención de los pagos, que se imputarán al producido de la explotación autorizada.

La prelación acordada a los créditos fiscales, tampoco supone extraconcurabilidad y deberán pagarse a su tiempo, con la preferencia que les garantiza la ley.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 3 del art. 1628 y N° 2 del art. 1625.

ARTÍCULO 1.494.- (Publicidad). Toda publicación ordenada en este Título se hará en un órgano de prensa de amplia circulación nacional y en uno que circule regularmente en el lugar del domicilio del deudor, si lo hubiera, por tres veces con intervalos mínimos de cinco días, salvo disposición especial para determinados casos.

Conc: p.c. 125- 126- c. com. 1506-1508-1536-1552- Rgto. rg. com. 20-23-

La publicación que legisla este art. es del tipo publicidad noticia (Messineo), cuya razón de ser, cualquiera sea el medio con el que se la realiza (art. 125, p.c.), esta en que con ella se proporciona seguridad de los terceros en orden a las relaciones jurídicas en general y se evita que negocios y actos queden ocultos. Es, pues, un requisito que hace posible a los terceros conocer, si en ello tienen interés, el contenido de los negocios o actos, con que la ley garantiza la certeza del derecho objetivo.

La publicidad relacionada con el procedimiento de la quiebra, esta comprendida en el mencionado tipo de publicidad noticia, porque ella no se agota con la inscripción en los registros especiales (Rgto. rg. com. arts. 18 y 23 y c.c. 1540, 13 y 1552), sino que se integra con fijaciones y con inserciones en periódicos (o mediante radiodifusoras donde no los hay: art. 125 p.c.) y cuya observancia también debe registrarse (Rgto. rg. com., arts. 20 y 23, d).

ARTÍCULO 1.495.- (Inscripciones y notificaciones). La resolución que admita el procedimiento de concurso preventivo o la que declare la quiebra, se inscribirá en los registros correspondientes, se publicará en la forma prevista en el artículo anterior y surtirá efectos de notificación a los acreedores.

Independientemente de las publicaciones, el sindico, comunicará, por correspondencia certificada, la apertura del procedimiento de concurso preventivo o la quiebra a los acreedores, con todos los datos necesarios para su debida información. La falta de estas comunicaciones o su extravío no invalidará el procedimiento.

Conc: p.c. 120- 568- c. com. 29- 1496 - 1516 - Rgto. rg. com. 18- 20- 23-

Véase la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 1.496.- (Resoluciones que no necesitan notificación personal). Las demás resoluciones dictadas en los procedimientos de concurso preventivo y de la quiebra, surtirán

efectos respecto del deudor y de los acreedores en los términos del Código de Procedimiento Civil, sin necesidad de notificación personal, salvo que el juez la ordene de modo expreso.

Conc: p.c. 133 y s.- 137, 10) - c. com. 1495-

ARTÍCULO 1.497.- (Recursos de excusa y recusación). Durante la tramitación del concurso preventivo o de la quiebra sólo procederán las solicitudes de excusa del juez y las de recusación, expresamente determinadas por el Código de Procedimiento Civil.

Conc: p.c. 20- 22- 23- 32

ARTÍCULO 1.498.- (Resoluciones que no admiten recurso alguno). No admitirán apelación ni recurso de nulidad las resoluciones que:

- 1) Nombren o reemplacen al síndico del concurso preventivo o de la quiebra;
- 2) Autoricen a vender las mercaderías, bienes y valores que forman el activo;
- 3) Recaen sobre reclamaciones interpuestas contra decisiones del síndico del concurso preventivo o de la quiebra, en los límites de sus atribuciones;
- 4) Decidan acerca de la continuación de la explotación de la empresa.

Conc: p.c. 213, II) c. com. 1499-1558-1563-1565-1607-1612-1617-1618-

ARTÍCULO 1.499.- (Apelaciones y normas procesales). En los casos en que proceda el recurso de apelación, éste será concedido sólo en el efecto devolutivo, salvo en el caso de los artículos 1.553 y 1.661.

Todos los términos serán perentorios y se considerarán de cinco días en caso de no haberse fijado uno expreso. La carga de la prueba en cuestiones contradictorias se regirá por las normas del Código de Procedimiento Civil.

Conc: p.c. 139-220-223-225-375 c.com. 1498-1510-1530-1538-1553-1600-1629-1661-1668-

JURISPRUDENCIA

Véase el caso único del art. 1629.

CAPÍTULO II

CONCURSO PREVENTIVO

SECCIÓN I REQUISITOS, APERTURA Y TRÁMITE

ARTÍCULO 1.500.- (Condiciones). El deudor que se acoja al procedimiento de concurso preventivo prescrito en el artículo 1.487, deberá hacerlo dentro del décimo día de conocido o que debió conocer su estado de cesación de pagos, siempre que no se haya declarado la quiebra, si concurren en su favor las siguientes condiciones:

- 1) No haber sido declarado en quiebra durante los diez años anteriores a la fecha de la solicitud;
- 2) No haber celebrado otro concurso preventivo dentro de los tres años anteriores a la fecha de la solicitud;
- 3) No haber sido condenado por algún delito contra la propiedad, la fe pública o la economía nacional;
- 4) No estar legalmente sujeto a liquidación administrativa forzosa, y
- 5) Estar cumpliendo debidamente las obligaciones legales en cuanto al registro de comercio y a la contabilidad de sus negocios.

El comerciante no inscrito y las sociedades irregulares no pueden acogerse al procedimiento de concurso preventivo.

Precd: c. mtl. abrg. 506-

Conc: p.c. 584- 588- c. com.27-365-1487-1492-1501-1511-1516-1528-1647-1648-

Lea. 142-143-

Previamente, cabe complementar la anot. al art. 1490, con relación a las características de la naturaleza jurídica propias del concurso preventivo, que aunque no explícitamente reguladas en el Capítulo, están imbitas en sus preceptos.

Desde luego, en la doctrina (Rodríguez) se destaca el carácter de beneficio concedido al deudor mediante este procedimiento (carácter que declaran explícitamente algunas legislaciones, v. gr. la L. de quiebras mexicana, art. 428, cit. de Rodríguez), lo que se demuestra teniendo en cuenta que:

- 1) Impide la declaración de quiebra, librando al deudor de algunas de las consecuencias más dolorosas y perjudiciales de esta.

- 2) El deudor no pierde la administración de sus bienes (art. 1509).
- 3) El procedimiento concluye si el deudor reanuda el pago de sus obligaciones (art. 1528).
- 4) Se produce una moratoria (art. 1511), con suspensión de acciones ejecutivas hasta la celebración del convenio (art. 1514) y después de este si así se pacta (art. 1531).
- 5) Las restricciones a la capacidad personal del quebrado no se producen en el concurso o en algunas manifestaciones son menos severas (v. gr. compárese los arts. 1507 y 1587).

En suma, el procedimiento permite al deudor reajustar su economía y proponer un arreglo definitivo que impida la quiebra y permita la continuación de la empresa y su gestión al frente de ella.

Ese carácter de beneficio, da al procedimiento cierta función preferente a la quiebra, precisamente para que llene su finalidad preventiva (L. de quiebras mexicana, art. 399, cit. de Rodríguez). Su efecto es paralizar o interrumpir la tramitación de las demandas de quiebra, si hubieren, en tanto la quiebra no haya sido declarada, pudiendo inclusive oponerse la solicitud de concurso como excepción contra cualquier demanda, este presentada ya o se presente en el momento de oponer dicha excepción y con mayor razón si ya se tiene auto de admisión del pedido de concurso. También en la legislación argentina, el pedido de concurso prevalece sobre el de quiebra hecho por acreedor, si no llega a dictarse el auto declarativo.

El código, no sigue en este punto las regulaciones de la citada legislación mexicana, y se concreta a disponer una suspensión de acciones ejecutivas (art. 1514), que no suponen precisamente una demanda de quiebra, quitándole así al procedimiento la más atendible justificación de su razón de ser.

La iniciativa en este procedimiento, a diferencia de la quiebra, incumbe exclusivamente el deudor interesado, o sus representantes legales (art. 1487). Es una obligación del comerciante (art. 25, 3). En rigor, es una demanda que debe reunir los requisitos generales de estos actos procesales, más los particulares que le son propios, que se plantea - así sea con el carácter equivalente a una confesión, por la cual no hacen falta más pruebas- en ejercicio de un derecho: evitar con la sustitución del procedimiento concursal que la quiebra sea declarada. Su naturaleza configura la solicitud del interesado como la de la demanda judicial en sentido técnico (Candian, cit. de Rodríguez).

Las condiciones que según el art. deben concurrir en el solicitante, importan una especie de patente que acredita cualidades o méritos merecedores de consideración, que le hacen moralmente digno del beneficio del concurso (Messineo) o que abonan su honradez (Rodríguez).

A contrario, excluye a aquellos que no pueden solicitar la apertura del procedimiento, por encontrarse comprendidos en alguna de las circunstancias enumeradas y que, en caso de hacerlo, serían declarados en quiebra de oficio (art. 1542).

La ausencia de alguna de las condiciones en el solicitante, o el hecho de intentar el procedimiento pasado el plazo perentorio que señala el art., lo que implica por lo menos un intento de ocultamiento de la anormalidad de su situación, suponen en aquel, falta de probidad. Los comerciantes no inscritos y las sociedades irregulares, no merecen confianza porque ya incumplieron la ley de principio.

ARTÍCULO 1.501.- (Proposición y documentos que deben presentarse). La solicitud de apertura del procedimiento contendrá la proposición del convenio preventivo, la explicación de las causas del desequilibrio económico, con indicación de la fecha en que se produjo la cesación de pagos, y la afirmación, bajo protesta de decir la verdad, de estar dadas las condiciones del artículo anterior.

A ella se acompañaran los siguientes documentos:

- 1) Balance general de los negocios, cuenta de resultados, inventarios y demás estados financieros, certificados por un profesional habilitado;
- 2) Detalle de sus bienes, derechos y obligaciones, con indicación precisa de su composición, criterio seguido para su valuación, ubicación y gravámenes de los bienes; nombres y domicilios de todos sus acreedores y deudores; naturaleza y monto de las deudas y créditos pendientes;
- 3) Copia de los balances generales, cuenta de resultados y demás estados financieros de las cinco últimas gestiones, con sus certificaciones;
- 4) Certificado que acredite la inscripción en el Registro de Comercio. En caso de sociedades se deberá acompañar testimonio de la escritura constitutiva, de sus modificaciones y estatutos, así como la constancia de su inscripción respectiva;
- 5) Relación de todos los procesos en curso contra el deudor o promovidos por él, y
- 6) Si se trata de sociedades cuyos socios responden ilimitadamente de las deudas sociales, una nómina de estos socios, con indicación de sus domicilios.

Los libros de contabilidad, documentos y demás papeles del negocio quedarán desde ese momento a disposición del juez.

Si por cualquier causa no fuera posible efectuar la proposición del convenio preventivo juntamente con la solicitud de apertura del procedimiento, el deudor podrá hacerlo hasta veinte días antes de la fecha fijada para la celebración de la junta de acreedores.

Precd: 2. mtl. abrg. 502- 503- 504-

Conc: c. com. 1500-1502-1503-1504-1505-1518-1521-1547-1551-

La proposición de convenio tiene carácter de requisito insubstituible, porque, por definición puede decirse, el procedimiento tiene por fin alcanzar un acuerdo con los acreedores.

ARTÍCULO 1.502.- (Otros requisitos). Los documentos señalados en el artículo anterior, excepto los del inciso 3), deberán estar redactados a la fecha de la presentación de la solicitud o ser de reciente data y firmados, en los casos correspondientes, por el deudor y profesional habilitado.

En caso que alguno de los documentos no puede ser acompañado o se presente en forma parcial, el juez puede conceder un plazo no mayor de diez días a partir de la fecha de presentación de la solicitud, para el cumplimiento del artículo anterior.

Conc: c. com. 1501 - 1504-

ARTÍCULO 1.503.- (Medidas que pueden ser adoptadas). La proposición de convenio preventivo puede tener por objeto alguna o algunas de las siguientes medidas:

- 1) La simple espera, la remisión de parte de las deudas o ambas, o el pago escalonado de las mismas;
- 2) La constitución de sociedad con los acreedores ordinarios en la cual éstos tendrán calidad de socios o accionistas;
- 3) La reorganización de la sociedad deudora;
- 4) La cesión de bienes a los acreedores o su enajenación a terceros;
- 5) La administración de los bienes y negocios por un tercero o la continuación por el propio deudor bajo el control y vigilancia de un síndico y, en su caso, de un interventor designado libremente por los acreedores y que puede o no ser uno de ellos;
- 6) Cualquier otra forma que asegure el pago de las obligaciones del deudor o regule las relaciones de éste con sus acreedores.

La proposición de convenio debe consistir en prestaciones iguales para los acreedores ordinarios, no pudiendo depender de la voluntad del deudor.

Conc: c.c. 1441- c. com. 1501- 1504- 1518, 3, e)- 1521-1526- 1530-

Mientras los arts. 1501 y 1502 detallan la documentación que debe acompañarse, para justificar la apertura del procedimiento y su procedencia, y que debe presentarse juntamente con la proposición o, en su defecto, dentro de los veinte días siguientes al auto de admisión (art. 1501, i.f.) o de diez días si el defecto es parcial (art. 1502), este art. regula el contenido de la proposición, esto es, lo que el solicitante propone como objeto del convenio preventivo: quita, espera, o ambas combinadas, pago escalonado o las otras medidas que pretende que se adopten, incluida la de pago íntegro previsto en el art. 1526.

Esencialmente, entonces, dicho objeto puede ser remisorio o moratorio o remisorio-moratorio. La cesión de bienes, que ha de ajustarse a las reglas del art. 1437 y s. del c.c., no supone una cesión de la empresa o la dación en pago, cosas diversas, ya que solo implica el traspaso de la administración de los bienes (no la del derecho de propiedad), mientras puedan ser vendidos para cubrir las obligaciones del deudor con su producido (c.c. art. 1441).

La solicitud, sin los requisitos exigidos por el art. 1501, puede dar lugar a su rechazo, o a la declaratoria de quiebra si la inobservancia de los mismos recae sobre la presentación de los libros y documentos o cuando aparece que dichos libros se llevaron con infracción de las formalidades legales (arts. 40 a 43). También da lugar a la declaratoria de quiebra, la no aceptación de la proposición de pago (art. 1526, i.f.) y la inobservancia de la última fracción de este art., que es motivo de impugnación del convenio (art. 1529, 4) y que puede derivar en declaratoria de quiebra por anulación del mismo (art. 1538).

JURISPRUDENCIA

- 1.- "La ejecución se suspende mientras se resuelve la espera promovida" (G.J. N° 401, p. 319).
- 2.- "El otorgamiento del beneficio de espera, a mérito de haberlo pedido el deudor al mismo tiempo que el de remisión, no implica necesariamente la concesión de este último" (G.J. N° 439, p. 679).
- 3.- "La común intención de los acreedores y de la deudora al hacer practicar la liquidación confirmada con la declaración jurada de los peritos, ha sido darse por satisfechos los acreedores, de sus créditos, con el valor total, de las mercaderías, deudas activas, muebles y dinero efectivo entregados por la deudora, importando tal acto cesión voluntaria de bienes comprendida en el art. 857 (1438) del c.c." (G.J. N° 822, p. 24).
- 4.- Véase el caso único del art. 1584.

ARTÍCULO 1.504.- (Acreedores privilegiados). La proposición de convenio a los acreedores ordinarios puede quedar sujeta a otra proposición formulada a los acreedores privilegiados o a alguna categoría de éstos. Esta última proposición requiere unanimidad de los acreedores privilegiados para ser aprobada y no obligará a quienes, con posterioridad, soliciten el reconocimiento de sus créditos.

No lograda la unanimidad necesaria, se declarará la quiebra, salvo que el deudor mejore la propuesta o la garantía relativa a los acreedores ordinarios.

Conc: c. com. 1501 - 1502 - 1503 - 1522 -

ARTÍCULO 1.505.- (Facultad del juez). El juez dictara el respectivo auto dentro de los tres días siguientes a la presentación del memorial, admitiendo o negando la solicitud del procedimiento de concurso preventivo. En el primer caso, dispondrá se oficie a los demás jueces de la jurisdicción para el cumplimiento de lo señalado en el Artículo 1.514.

El juez rechazara la solicitud si no se ha dado cumplimiento al Artículo 1.501, o declarará la quiebra si los libros de contabilidad, documentos y demás papeles no hubieren sido puestos a su disposición o cuando los libros no estén llevados en la forma prescrita en este Código.

Conc: c.com. 1501 - 1506- 1514 -

El efecto inmediato de la admisión de la demanda, es el establecimiento del proceso concursal que viabilice la celebración del convenio (art. 1487), efecto que, a su vez, hace funcionar la prelación del procedimiento concursal sobre toda demanda de quiebra (v. la anot. al art. 1500).

La resolución pertinente ha de contener necesariamente las disposiciones enumeradas en el art. siguiente (1506).

La negativa puede dar lugar a un simple rechazo de la solicitud o a la declaratoria de quiebra, según los casos señalados en la 2ª fracción del art. El rechazo, que importa una desestimación in limine, puede obedecer a una matriculación tardía destinada únicamente a satisfacer los requisitos para el efecto de la presentación (arts. 1500, i.f. y 1504, 4), a la no debida demostración de la representación invocada para la presentación, a la falta de explicación, así sea sumaria, de la situación actual del presentante, a que los detalles sobre los bienes, obligaciones, acreedores y sus domicilios, gravámenes, deudores, etc., no llenen las condiciones requeridas, o a que la solicitud sea extemporánea por habérsela planteado fuera del término establecido para el efecto

(art. 1500), etc. La resolución de rechazo, es apelable, porque no esta incluida entre las restricciones del art. 1498.

ARTÍCULO 1.506.- (Contenido de la resolución). El auto por el cual se declare la apertura del procedimiento contendrá lo siguiente:

- 1) Convocatoria a junta general de acreedores que decidirá sobre la propuesta de convenio, señalando lugar, día y hora para su verificativo. Esta reunión deberá celebrarse dentro de los cincuenta días siguientes a la fecha del auto de admisión del procedimiento;
- 2) Publicación de edictos en la forma señalada en el Artículo 1.494;
- 3) Fijación de una fecha, que no excederá de diez días, para que los acreedores presenten sus solicitudes de reconocimiento de créditos;
- 4) Prohibición al peticionante, o en su caso a los socios ilimitadamente responsables, de disponer o gravar los bienes del negocio, salvo autorización del juez;
- 5) Nombramiento del síndico de entre las entidades o personas indicadas en el Artículo 1.560, fijando provisionalmente sus honorarios y la forma de pago, según los servicios a prestarse y la importancia de la empresa;
- 6) Orden para que constituya el deudor, en un plazo no mayor a cinco días, un depósito judicial por el importe que el juez estime necesario para cubrir los gastos de correspondencia, de publicaciones y otros necesarios;
- 7) Orden de inscripción del auto en los registros correspondientes.

Conc: c.com. 1494-1505-1508-1518-1522-1534-1560 - Rgto. rg. com. 18 -
Comprendido en la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 1.507.- (Prohibición de viajar). El deudor y, en su caso, los administradores o socios de responsabilidad ilimitada, no pueden viajar al exterior sin previa autorización del juez, si no se dispone otra medida precautoria.

Conc: c. com. 1587 -

No hay otra medida precautoria, para los fines que informan el precepto, que el arraigo (art. 1587), no admitido ya en el ordenamiento común civil, que se reduce a una constitución de domicilio (p.c. art. 319, 11), pero plenamente vigente en el ordenamiento punitivo (p.p. art. 193) y que, en la materia, es de aplicación por razón de lo dispuesto en el art. 4, i.f., de la loj: especialidad de la ley comercial.

ARTÍCULO 1.508.- (Desistimiento). El deudor no puede desistir de su petición después de la primera publicación de edictos.

Rechazada o desistida una petición de concurso preventivo, ninguna otra posterior será admitida dentro del año siguiente. Tampoco se admitirá si existiera demanda de quiebra pendiente.

Conc: c. com. 1494- 1506, 2) - 1528- 1542-

El desistimiento anterior a las publicaciones, pueden considerarse como el retiro de la demanda en el derecho procesal común (p.c. art. 303) (*). Producida la publicación, que se le reconoce en cierta medida con efectos semejantes a la notificación, se considera que no es admisible porque sería necesaria la conformidad de los acreedores (conformidad paralela a la del demandado que ha contestado la demanda en el procedimiento común, art. 304 del p.c.), explicación que Castillo (cit. de Malagarriga) comenta concisa pero cáusticamente observando que es difícil a esa altura del procedimiento saber quienes son los acreedores, lo que tampoco es exacto, una vez que se sabe quienes son a través de la proposición (art. 1501, 2). Parece así justificada la inclusión del precepto.

La 2ª fracción del art., tiende a evitar los pedidos sucesivos de concurso preventivo, que pueden hacerse frecuentemente como maniobras dilatorias para burlar inclusive demandas de quiebra planteadas por los acreedores, con el apoyo de la prevalencia del pedido de concurso si no esta declarada la quiebra (v. la anot. al art. 1500). A tal supuesto se refiere la parte final de la 2ª fracción del art. que obsta un pedido sucesivo, habiendo demanda de quiebra pendiente.

ARTÍCULO 1.509.- (Administración de bienes y negocios por el deudor). Durante el trámite del procedimiento, el deudor, comerciante individual o sociedad, conservara la administración de sus bienes y continuará las operaciones ordinarias de su empresa, bajo el control y vigilancia del síndico. Sin embargo, no podrá, disponer los bienes a título gratuito, constituir nuevas garantías, celebrar otros convenios relacionados con sus obligaciones y, en general, no podrá alterar la situación de los acreedores anteriores a la presentación de la solicitud de convenio ni hacer reformas o fusiones cuando se trate de sociedades, debiendo pedir autorización al juez cuando dichos actos resulten necesarios y urgentes para el desarrollo de las actividades del negocio o cuando excedan de la administración ordinaria del giro comercial.

Conc: c. com. 1510- 1513- 1516- 1534-

ARTÍCULO 1.510.- (Actos ineficaces y separación de la administración). Los actos realizados en contravención del Artículo anterior serán ineficaces, sin necesidad de revocación previa.

Cuando el deudor realice algún acto en perjuicio evidente de los acreedores, obstaculice la labor del síndico, omita los requerimientos de información de éste o del juez o incurra en falsedad, el juez podrá separarlo de la administración de los bienes y negocios y nombrar un reemplazante, quien deberá actuar dentro de las limitaciones y prohibiciones que debía observar el deudor. Esta resolución es apelable por el deudor. Si se negara la designación de administrador o interventor, podrán apelar el síndico o los acreedores.

Conc: c. com. 821 - 1499- 1509- 1513- 1521 - 1534-1536-

Estos dos arts. regulan las consecuencias jurídicas de la aceptación del pedido, relativamente a la administración de los bienes y negocios del deudor. Este, durante el procedimiento, conserva la administración de los bienes y el ejercicio de la empresa, sometido al control y vigilancia del síndico. Pero, esa gestión está limitada a los actos que no excedan la administración ordinaria, que supone únicamente la atención de las operaciones corrientes, sin que pueda realizar actos ni reformas o modificaciones de la organización comercial que alteren la situación de los acreedores, a menos que, siendo tales actos necesarios para la actividad del negocio, se obtenga la previa autorización del juez con las justificaciones debidas.

La aplicación correcta del art. 1509, importa que debe tenerse en cuenta, en general, las siguientes reglas: a) sobre actos que puede realizar sin restricciones el deudor: los comprendidos en los incs. 1) y 2) del art. 1584; b) sobre los actos que puede realizar bajo vigilancia: administración ordinaria, según el art. 1509; c) sobre actos que no puede realizar, sino previa autorización judicial: los mencionados en el mismo art. 1509, y d) sobre actos cuya realización no cabe ni con autorización judicial (que el juez no puede darla): la prosecución de procesos, v. gr., cuya suspensión ordena el art. 1514.

Todos los actos contrarios a las normas administrativas previstas para el caso, carecen en absoluto de eficacia respecto de los acreedores anteriores a la presentación y puede dar lugar a la separación del deudor de la administración del negocio (art. 1510).

Dicha ineficacia de los actos se produce de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial ninguna (art. 821). La separación de la administración, da lugar a la designación de un tercero para la dirección y atención de ella (art. 1521), pero sin más atribuciones que las reconocidas por la ley al deudor mantenido al frente de la administración.

La conveniencia de designar un reemplazante en la administración o simplemente un interventor, según lo dispuesto en el art. 1510, 2ª fracción i.f., es cuestión librada al criterio del juez, cuya negativa es apelable. Si solo se designa interventor, la función de este se limita a la vigilancia de la administración y del cumplimiento de los preceptos aquí anotados, más las facultades que el art. 165 del p.c. señala a los interventores judiciales, que son las de los interventores de la quiebra (art. 1570).

Estas restricciones en el ámbito administrativo para el deudor, rigen igualmente acordado y homologado ya el convenio (art. 1534) y su infracción supone el incumplimiento de este, lo que da lugar a la declaratoria de quiebra (art. 1536).

ARTÍCULO 1.511.- (Intereses). La presentación de la solicitud de concurso preventivo produce la suspensión de los intereses que devengue todo crédito anterior a la presentación de la solicitud, excepto de aquellos garantizados con prenda o hipoteca. Los intereses de los créditos garantizados con privilegio y posteriores a la presentación, sólo podrán ser reclamados sobre los importes provenientes de los bienes afectados a tal hipoteca o prenda.

Conc: c. com. 1500- 1513- 1514-

El efecto típico del procedimiento en examen es la suspensión de pagos, que en muchas legislaciones da el nombre al instituto y según el art. 1487 es causa de la apertura del mismo: todo comerciante que se encuentra en cesación de pagos podrá solicitar la apertura del procedimiento. Mientras este dure, los créditos anteriores a él no son exigibles (Rodríguez) y se produce una especie de moratoria (Messineo); de ahí la razón del art. 1514, que luego se vera. La suspensión de los intereses, se explica, entonces, según las reglas de interpretación fundadas en el argumentum a pari: eadem est legis ratio y por el argumentum a maiore ad minus, si lo más no está permitido, con mayor razón no lo está lo menos.

Sin embargo, el principio de la par conditio, base substancial de todos los procesos concursales, tiene sus excepciones, respecto de las obligaciones garantizadas con gravámenes específicos, que el art. excluye expresamente de sus disposiciones. Entre los créditos con privilegio, puede considerarse los mencionados en la 2ª fracción del art. 1513.

Desde luego, ha de entenderse que esta suspensión es eficaz desde el momento de la aceptación del procedimiento, hasta que se realice el convenio, que comprenderá lo que se pacte al respecto.

ARTÍCULO 1.512.- (Deudas en especie o en moneda extranjera). Si las deudas fueren en especie se calcularán a los efectos de la cuantificación del pasivo y del cómputo de mayoría para la votación, a su valor o precios de mercado al día de la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento o del vencimiento si fuere anterior, a opción del acreedor.

Igualmente, si fueran en moneda extranjera, para los mismos efectos, se convertirán al equivalente en moneda nacional al tipo de cambio de la presentación o vencimiento, como en el caso anterior.

Conc: c.c. 406- c. com. 1526 - 1577 -

ARTÍCULO 1.513.- (Contratos con prestaciones recíprocas). Con autorización del juez, el deudor podrá continuar con el cumplimiento de los contratos en curso de ejecución, cuando hubieran prestaciones recíprocas pendientes.

Las prestaciones cumplidas por el tercero dentro del concurso preventivo gozaran de privilegio.

Conc: c. com. 1509 - 1510 - 1511 -

Supone una excepción al efecto típico y general de la suspensión de pagos, a que se refiere el art. 1511 (v. la anot. respectiva), que se funda en la conveniencia de continuar o concluir los contratos de prestaciones recíprocas pendientes, que estaban en curso de ejecución al producirse la solicitud de apertura del procedimiento concursal, una vez que ellos implican sin duda que la situación económica del deudor ha de mejorar en alguna medida, o por lo menos no ha de empeorar. El privilegio acordado al tercero que efectúe prestaciones a mérito de dichos contratos, supone, a su vez, que los derechos de este, deben ser resguardados, una vez que las prestaciones que efectúa se hacen en una situación inconveniente para sus intereses, ya conocida por efecto del procedimiento concursal abierto. El privilegio en cuestión alcanza inclusive a los intereses de las prestaciones (art. 1511).

ARTÍCULO 1.514.- (Suspensión de acciones ejecutivas). La admisión del procedimiento de concurso preventivo produce la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial contra el deudor, salvo las ejecuciones de garantías hipotecarias y prendarias y las que tengan por causa obligaciones familiares o laborales, quedando interrumpida la prescripción de los créditos, cuyos juicios deberán radicarse en el juzgado que conoce del procedimiento.

No se podrán iniciar por cuerda separada nuevas acciones de contenido patrimonial contra el deudor por causa o título anterior a la presentación de la solicitud del procedimiento, a no ser que se trate de las salvedades indicadas.

Se mantendrán los embargos y otras medidas precautorias anteriores, salvo que recaigan sobre bienes necesarios para continuar con la explotación ordinaria de la empresa del solicitante del concurso, resolviendo el juez previo traslado al embargante e informe del sindico.

Conc: p.c. 564 - c. com. 1505 - 1511 - 1515 -

Siendo el efecto típico del procedimiento la suspensión de pagos (v. la anot. al art. 1511), tal suspensión implica la inexigibilidad de los créditos, mientras dure el procedimiento, por cuya virtud ningún crédito constituido con anterioridad podrá ser exigido al deudor, lo que, a su vez, se manifiesta en la suspensión o paralización de todos los procesos de contenido patrimonial, que es lo que se quiere significar con el empleo de la palabra crédito.

La suspensión de los procesos, supone, además, la interrupción o suspensión de los plazos procesales y todo ello quiere decir que no ha de realizarse en dichos procesos ninguna clase de diligencias. El efecto de la interrupción de la prescripción, supone que esta ni empieza ni corre en contra de la suspensión, mientras esta dure y no se apruebe el convenio o derive en declaratoria de quiebra. No cabe, según Rodríguez, aplicar este efecto a la caducidad, lo que ha de considerarse como observación correcta a falta de una determinación expresa, como en el caso del art. 1516, i.f., que permita la interrupción de la caducidad (art. 1514, c.c.).

Los efectos de la interrupción de la prescripción, son personales en relación con el suspenso o solicitante del concurso y no conciernen a los que se obligaren con el (Rodríguez).

La suspensión sólo alcanza a los procesos relacionados con las obligaciones patrimoniales del deudor, y las excepciones previstas en el art., comprenden:

a) A los que versan sobre bienes que están excluidos de la quiebra (art. 1584).

b) A los concernientes a obligaciones, laborales, familiares (generalmente asistencia familiar), o las que tienen garantía real, por razones de orden social y humanitario en el caso de los primeros y porque no repercuten sobre el principio de la par conditio creditorum consagrado en la última fracción del art. 1503, los segundos y los comprendidos en la letra a). Los acreedores con prelación conservan su posición (art. 1504).

La previsión de la última fracción del art., se comprende obviamente.

ARTÍCULO 1.515.- (Remanentes de remates extrajudiciales). El remanente de todo remate extrajudicial de bienes del deudor, o en su caso de socios con responsabilidad limitada, por acción de acreedores hipotecarios o prendarios, deberá depositarse en un Banco a la orden del Juez que conoce el concurso preventivo, cuyo comprobante con la rendición de cuentas documentada, será presentado dentro de los diez días siguientes al remate de que se trate.

De no hacerlo, el acreedor será multado con el uno por ciento del importe del remanente indebidamente retenido, por cada día de atraso, en favor de la masa del concurso, si ha mediado notificación judicial anterior.

La rendición de cuenta debe substanciarse como incidente, con intervención del concursado y del síndico.

El juez, en caso de necesidad y urgencia evidentes para el concurso, puede ordenar la suspensión temporal, que no exceda de noventa días, de la subasta considerada en este artículo. En tal caso, el servicio de intereses posteriores deberá pagarse con prioridad si resultara insuficiente el valor obtenido del bien gravado. Esta resolución será apelable por el deudor, el acreedor o el síndico.

Conc: c. com. 110- 1514- 1615 -

La de este art. es una disposición de formulación ciertamente extraña, una vez que admitir un remate extrajudicial por acción de acreedores hipotecarios o prendarios, solo puede explicarse en el supuesto de un pacto comisorio, expresamente prohibido en el ordenamiento común y en el especial del Código (arts. 1340 c.c. y 880 c. com.). Ha de considerarse que el precepto se refiere a una venta judicial, efecto de una ejecución forzosa, excluida de la suspensión de procesos prevista por el art. 1514.

Con dicha salvedad, puede considerarse el precepto claramente comprensible en sus demás disposiciones.

ARTÍCULO 1.516.- (Pedido de reconocimiento de créditos). Todos los acreedores anteriores a la solicitud deben formular al juez por escrito su pedido de reconocimiento de sus créditos, aunque no hayan vencido, indicando cantidad, causa, privilegios y acompañando los títulos justificativos o una copia legalizada de ellos. En este último caso, los títulos originales podrán ser requeridos por el juez cuando lo estime necesario.

El pedido de reconocimiento de créditos producirá efectos de una demanda judicial; interrumpe la prescripción e impide la caducidad de la acción correspondiente.

Conc: c.c. 1503- c. com. 1495- 1500- 1509- 1517- 1518 2)- 1533- 1535-

La demanda de reconocimiento se presenta dentro del término señalado por el inc. 3) del art. 1506: diez días (cuya iniciación no se precisa; v. la anot. al art. 1522), con las indicaciones que señala el art. y acompañada de los documentos justificativos o sus testimonios (v. en la anot. al art. 301, lo relativo a la impropia exigencia de copias legalizadas).

El efecto de demanda judicial que la ley atribuye al pedido de reconocimiento de créditos, recae sobre todo en la interrupción de la prescripción y de la caducidad (arts. 1503 y 1515, c.c. y 786 c. com.), en favor del acreedor presentante respecto de sus derechos y acciones.

ARTÍCULO 1.517.- (Reconocimiento de créditos por el juez). Vencido el plazo para presentar solicitudes de reconocimiento de créditos, el juez, una vez considerado el informe del síndico, antes de la junta de acreedores, decidirá declarando admisibles o inadmisibles las solicitudes presentadas.

El auto que declare el reconocimiento de créditos produce los efectos de la cosa juzgada. Sin embargo, en caso de dolo del deudor, podrá iniciarse la acción por esta causa dentro de los diez días siguientes a la reunión de la junta de acreedores.

Las acciones por dolo prescriben al año de concluida la junta. La deducción de esta acción no impide el derecho del acreedor a obtener el cumplimiento del convenio, sin perjuicio de las medidas precautorias a dictarse.

Conc: c.c. 1507- c. com. 1516- 1518, 2) - 1524- 1529-1535- 1537-

La demanda (o pedido) de reconocimiento de crédito, será informada por el síndico, con opinión fundada sobre la misma (art. 1518, 2), lo que equivale a una contestación de la demanda. Se supone que el síndico, en su informe, deberá tener en cuenta las observaciones que el concursado o suspenso pueda oponer, quien, así como los acreedores, están autorizados a manifestarlas en la reunión de la junta general de acreedores (art. 1522, 2ª fase).

La resolución del juez respecto del reconocimiento de créditos, tiene la fuerza que le atribuye el art., excepto en caso de dolo del deudor que da lugar a la acción que el mismo art. prescribe dentro del plazo (un año) y con las consecuencias que señala claramente (v. la anot. al art. 1537). Dicha resolución sólo puede ser expedida después de reunida la junta de acreedores (v. la anot. al art. 1522).

ARTÍCULO 1.518.- (Atribuciones y deberes del síndico). Serán atribuciones y deberes del síndico:

- 1) Efectuar las verificaciones y compulsas necesarias en los libros y documentos del concursado y, en su caso, en los del acreedor, pudiendo valerse de los elementos que estime necesarios;
- 2) Vencido el plazo para la presentación de pedidos de reconocimiento de créditos, deberá informar al juez, con opinión fundada, sobre la procedencia o improcedencia de cada crédito o privilegio en particular, que lo hará con la anticipación de por lo menos diez días a la celebración de la junta de acreedores;
- 3) Con la misma anticipación, debe presentar al juez y acreedores un informe general que contenga:
 - a) Las posibles causas de la cesación de pagos del deudor, con indicación de la fecha probable en la que se produjo;
 - b) Detalle de la composición del activo y pasivo, con estimación de los valores de realización, o recuperación de cada cuenta del activo;
 - c) Relación sobre la regularidad de la contabilidad, deficiencias observadas o incumplimiento de las normas relativas;
 - d) Referencias sobre la matrícula del deudor en el Registro de Comercio y, en su caso de sociedades, sobre las del contrato constitutivo y sus modificaciones, indicando el nombre y domicilio de los socios con responsabilidad ilimitada;
 - e) Evaluación de la proposición de convenio, con opinión fundada acerca de la posibilidad de cumplimiento y si aquella es susceptible de mejorarse;
 - f) Referencias de los hechos y circunstancias que contribuyan a la calificación de la conducta del deudor y de los administradores y representantes que actuaron por él;
 - g) En caso de sociedades, nómina de los socios o accionistas que no pagaron el capital suscrito o no hicieron los aportes correspondientes o que son deudores de la misma;
 - h) Enumeración de los actos del concursado considerados susceptibles de revocación o anulación;
- 4) Controlar el movimiento de caja y vigilar la contabilidad y todas las operaciones que efectúe el deudor, pudiendo oponerse a la realización de cualquier acto que perjudique a los acreedores. Cualquier discrepancia con el deudor sobre este particular será resuelta por el juez;

5) Comunicar al juez cualquier irregularidad que advierta en los negocios del deudor y en general, ejercer las atribuciones y cumplir los deberes del síndico de la quiebra, en todo lo que no sea incompatible con el concurso preventivo.

Conc: c. com. 1501 - 1503 - 1506, 5) - 1516 - 1517 -1519- 1521- 1660-

Como en la quiebra, la sindicatura, al igual que el juzgador, la intervención y la junta de acreedores, es un órgano del concurso preventivo, aunque con facultades distintas.

Desde luego, el síndico ha de ser designado en el auto de admisión del concurso (art. 1506, 5), de entre las personas o entidades indicadas en el art. 1560, de lo cual deriva que rigen para la sindicatura del concurso las disposiciones para la sindicatura de la quiebra, relativas a su ejercicio voluntario, a las personas impedidas de ejercerla o a las sanciones penales, por ejemplo (arts. 1516, 1562 y 1566).

La sindicatura del concurso se diferencia ampliamente de su homónima en la quiebra, porque, mientras en esta, esencialmente, corresponden al síndico todas las facultades de administración (art. 1558), en aquella el síndico sólo ejerce atribuciones de control y vigilancia (art. 1509), sea que la administración se conserve en manos del concursado o se la encomiende a un tercero (art. 1521). De esta evidencia, constante en las propias disposiciones de este art. y del 1563, deriva ciertamente inaplicable la previsión de la última parte del inc. 5), que encarga al síndico del concurso ejercer las atribuciones y cumplir los deberes del síndico de la quiebra, porque todo es incompatibilidad entre las funciones de administrar y las de solamente vigilar la ajena administración que se controla. Además, las de comprobación dirigidas a la justificación del pedido de concurso y las de evaluación de las posibilidades de cumplimiento de la proposición presentada por el solicitante del concurso, hacen que en la sindicatura del concurso, el objeto es alcanzar el convenio que asegure la supervivencia de la empresa (v. la anot. al art. 1487); en la de la quiebra, el objeto es su liquidación.

Por lo demás, las funciones enumeradas en el art., son claramente comprensibles, sin más explicaciones.

ARTÍCULO 1.519.- (Falta de información del síndico). Si el síndico no rinde el informe ordenado por el artículo anterior en el plazo señalado, responderá ante el juez de los perjuicios ocasionados con su demora e incumplimiento.

Conc: c. com. 1518- 1520-

ARTÍCULO 1.520.- (Remoción del síndico). El síndico podrá ser removido a solicitud de parte interesada o de oficio por mal desempeño del cargo o por no cumplir con sus obligaciones y deberes señalados, sin perjuicio de aplicarse las sanciones correspondientes.

Conc: c. com. 1519- 1565 - 1566 -

ARTÍCULO 1.521.- (Administración de los bienes por un tercero). Si en el proveído se designa a un tercero para administrar los bienes y negocios del concursado, en el mismo se le fijará sus funciones, atribuciones y responsabilidades que serán independientes a las del síndico, así como su remuneración, tiempo de duración en el cargo, de ser posible, y la forma de reemplazarlo.

Conc: c. com. 1503, 5) - 1510 - 1518 -

La administración puede ser encargada a un tercero, bien por iniciativa del deudor, expresada entre las medidas propuestas para el convenio preventivo (art. 1503, 5), bien por efecto de la pérdida de la administración propia, derivada de alguna de las causas señaladas en el art. 1510 (v. además lo pertinente en las anots. a los arts. 1510 y 1518).

SECCIÓN II **CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA Y VOTACIÓN**

ARTÍCULO 1.522.- (Deliberaciones de la proposición de convenio). Constituida la junta, previa comprobación de la identidad y representación de los concurrentes, se procederá a la lectura de la proposición de convenio y de las piezas que el juez estime necesarias.

Los acreedores y el deudor podrán hacer las manifestaciones que estimen pertinentes con respecto a la proposición y de cuanto se tenga que resolver acerca del reconocimiento de créditos.

Cuando el juez considere que la proposición está suficientemente debatida, la someterá a votación.

Si el juez estima necesario postergar las deliberaciones, lo hará fijando en el mismo acto una nueva fecha para la constitución de la junta, con la que quedarán notificadas las partes sin necesidad de otra formalidad.

Precd: c. mtl. abrg. 568 -

Conc: c. com. 1501 - 1502 - 1503 - 1504 - 1506, 1) -1526- 1528- 1644-

La junta de acreedores es convocada, con señalamiento preciso de lugar, día y hora, por el juez, en el auto de apertura del procedimiento (art. 1506, 1) y debe reunirse dentro de los cincuenta días siguientes a la expedición del mismo.

Con arreglo a las determinaciones de este art., tiene, esencialmente, las atribuciones siguientes:

- a) la admisión del convenio, y
- b) los demás acuerdos relacionados con la marcha del concurso.

Si el convenio fuese rechazado expresamente por la junta, el juez no tiene más que proceder, Sin otra opción (art. 1525, ultima fracción), a la declaratoria de quiebra. Habrá rechazo, cuando haya votado en contra del convenio tal mayoría que haga imposible obtener su aprobación con las mayorías establecidas por el art. 1526, para cada una de las alternativas que plantea: mayoría simple de acreedores que representen mayoría del capital computable para la votación o tres cuartas partes de los acreedores que representen por lo menos las dos terceras partes del capital. Se entiende que hay rechazo expreso, con la consecuencia de la declaratoria de quiebra, también en el supuesto de la segunda fracción del art. 1504, que se refiere a la falta de unanimidad de los acreedores privilegiados y consiguiente falta de mejores garantías para los acreedores ordinarios por parte del deudor.

Ha de entenderse que la fecha señalada para la presentación de las demandas de reconocimiento de créditos, esta comprendida dentro de los cincuenta días fijados para la celebración de la junta (v. la anot. al art. 1516), de manera que con los correspondientes informes del sindico, que deben estar producidos por lo menos diez días antes de la reunión de la junta de acreedores (art. 1518, 2), esta pueda considerarlas entre las piezas cuya lectura debe disponer el juez, para que los acreedores formulen las manifestaciones pertinentes (fracción 2? del art.) , encaminadas a ilustrar y justificar la resolución que el juez ha de tomar, sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de las demandas de reconocimiento de créditos.

La postergación de las deliberaciones de la junta (fracción 3?) es una facultad otorgada al juez, que actuara en el supuesto según casos y circunstancias.

ARTÍCULO 1.523.- (Inasistencia del deudor a la junta). La inasistencia del deudor o de su representante legal a la junta de acreedores dará lugar a la declaratoria de quiebra, salvo imposibilidad debidamente justificada.

Conc: c. com. 1542- 1581 -

ARTÍCULO 1.524.- (Votación). La votación se hará por:

- 1) Los acreedores ordinarios que hayan sido reconocidos como tales;
- 2) Los acreedores a quienes se les hubiera rechazado el privilegio que pretendían podrán hacerlo como los acreedores ordinarios o abstenerse de hacerlo. En el primer caso, se entenderá que renuncian al privilegio pretendido, en el segundo, no se los tomará en cuenta para el cálculo de las mayorías;
- 3) Los acreedores privilegiados que antes o a tiempo de votar renuncien expresamente a su privilegio.

Conc: c. com. 1517- 1525 - 1532 -

ARTÍCULO 1.525.- (Prohibidos de votar). No podrán votar el cónyuge y los parientes del deudor dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, si sus cesionarios hubieren adquirido sus créditos dentro del año anterior a la presentación de la solicitud de convenio.

Si se trata de una sociedad no podrán votar los socios ni los administradores.

Conc: c. com. 1524 -

Los arts. 1523 y 1524, no requieren mayores explicaciones. El 1525, las precisa para hacer inteligible su formulación deficiente. La prohibición reposa en el supuesto de que los prohibidos de votar son los acreedores del concursado. La inteligencia del art. quedara facilitada, con la sola lectura del art. 127, párrafo 3º, de la L. de quiebras italiana, su probable fuente, que, con más propiedad, dice:

"Se excluyen del voto y del computo de la mayoría el cónyuge del deudor, sus parientes y afines hasta el cuarto grado y los que se hubiesen hecho cesionarios o adjudicatarios de los créditos de dichas personas desde menos de un año de la declaración de la quiebra".

En el caso del art. en examen, sustituida la ultima frase relativa a la declaración de la quiebra, por la de solicitud del concurso, la norma queda indudablemente comprensible.

ARTÍCULO 1.526.- (Propuesta de pago íntegro y otras formas). Si la propuesta consiste en el pago íntegro de los créditos en un plazo no mayor de un año, se aprobará por el voto de la simple mayoría de acreedores que representen mayoría del capital computable.

La mayoría de personas se determinara tomando en cuenta sólo a las personas con derecho a voto presentes en el momento de la votación y la mayoría de capital por la suma total de los créditos ordinarios reconocidos y los privilegiados cuyos titulares renunciaron al privilegio.

Toda otra propuesta requerirá para su aprobación de las tres cuartas partes de los acreedores que representen por lo menos a las dos terceras partes del capital computable.

Si no se acepta la proposición de pago, se deberá declarar la quiebra.

Conc: c. com. 1503-1512-1530-1646-
Comprendido en la anot. al art. 1522.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "La junta de acreedores tiene facultad para conceder la espera pedida, pero no para resolver sobre documentos simulados que requieren justificación y prueba en juicio" (G.J. N° 55, p. 511).
- 2.- "Procede la espera cuando habiéndose pedido colectivamente la espera y la quita parcial de créditos, sólo se obtiene la espera con el plazo de 6 a 12 meses pero no la quita, de que no se hace mención alguna en el acuerdo de acreedores ni en el decreto de la homologación" (G.J. N° 439, p. 679).

ARTÍCULO 1.527.- (Acta). De las deliberaciones y del resultado de la votación, se dejará constancia en acta que será firmada por el juez, el secretario, el deudor y acreedores participantes, no afectando su validez si cualesquiera de estos últimos omiten hacerlo.

Precd: c. mtl. abrg. 567-
Conc: p.c. 102, 5) y 6) - 103- c. com. 786- 1647-

ARTÍCULO 1.528.- (Suspensión del procedimiento por reanudación del pago de obligaciones). En cualquier tiempo, antes de la reunión de la junta de acreedores, el juez podrá declarar

concluido el procedimiento si el deudor demuestra su capacidad de reanudar el cumplimiento de sus obligaciones, oídos el síndico y el interventor, si los hubiera.

El deudor en este caso no podrá volver a pedir nuevo procedimiento de concurso preventivo sino después de un año de su solicitud.

Conc: c. com. 1500- 1508- 1522-

El art. se refiere solo a una de las formas en que puede terminar el procedimiento de concurso preventivo. La determinación relativa a la intervención condicional del síndico (si lo hubiera), no concilia con las preceptuaciones esenciales del propio procedimiento, una vez que el síndico tiene que ser nombrado a tiempo de admitirse la solicitud de concurso (art. 1506, 5). La condición relativa al interventor, es lógica, ya que este solo puede ser nombrado por los acreedores (aplicación del art. 1571).

Además, el procedimiento puede concluir:

1) Por la celebración del convenio, que es el supuesto normal del procedimiento, como la salida adecuada a la índole de la institución y, caso en el cual, ya no cabe hablar del procedimiento de concurso preventivo (art. 1500), sino del convenio preventivo, como lo hacen, por ejemplo, los arts. 1501, 1529, 1537, con cuya conclusión el procedimiento ha llenado su finalidad.

2) Por la declaración en quiebra por falta de convenio (v. gr. art. 1504 i.f. o 1526 i.f.) y por la conversión del procedimiento en quiebra (v. gr. arts.: 1505, 2ª fracción, falta de presentación de libros y documentos, o 1523, inasistencia del deudor a la junta de acreedores, o 1530, última fracción, cuando prospera la impugnación del convenio, o 1531, por falta de homologación del acuerdo para el convenio). La conclusión del convenio por su incumplimiento o porque su nulidad ha sido declarada (arts. 1536 y 1537), son propiamente casos de conclusión del convenio, no del procedimiento, según la distinción que para el efecto se ha hecho en el punto 1) supra.

3) El pago total sin convenio, caso en el cual no tiene el procedimiento razón de continuar. Este pago puede ser inmediato o mediante el sistema previsto en este art.

SECCIÓN III **IMPUGNACIÓN, HOMOLOGACIÓN, INCUMPLIMIENTO** **Y NULIDAD DEL CONVENIO**

ARTÍCULO 1.529.- (Impugnación). Los acreedores disidentes o que hubieran deducido incidente por no haberse presentado en término o porque no fueron admitidos sus créditos ordinarios, podrán impugnar el convenio dentro de los diez días siguientes a la finalización de la junta.

Precd: c. mtl. abrg. 574 -

Conc: c. com. 1517- 1530- 1531 - 1648-

JURISPRUDENCIA

"Si dentro del término establecido por el art. 574 del c. mtl. (1529, c. com.) los acreedores opositores no reclaman contra el convenio, es inadmisibles la reclamación posterior por estar deducida fuera del término previsto por la ley" (G.J. N° 215, p. 1175).

ARTÍCULO 1.530.- (Causales y resolución). La impugnación procederá sólo cuando concurra cualquiera de las siguientes causas:

- 1) Error en el cómputo de la mayoría necesaria para su aprobación;
- 2) Carencia de representación de acreedores que concurren a formar mayoría;
- 3) Exageración fraudulenta del pasivo, ocultación o, exageración fraudulenta del activo;
- 4) Existencia de acuerdo entre deudor y algunos acreedores en violación del último párrafo del artículo 1.503;
- 5) Incumplimiento de recaudos esenciales para la celebración del convenio que sólo podrá invocarse por quienes no asistieron a la junta.

Tramitada la impugnación como incidente, el juez deberá pronunciarse declarando la quiebra, si la impugnación es considerada procedente. Decidirá sobre la homologación de convenio si la impugnación es improcedente. Ambas medidas son apelables.

Precd: c. mtl. abrg. 580 -

Conc: p.c. 152- c. com. 3- 1499- 1503- 1526- 1529-

Debiendo tramitarse la impugnación, por disposición de este art., como incidente, el procedimiento aplicable (art. 3) es el del art. 152 del p.c. La impugnación sólo puede fundarse en alguna de las causales expresadas en el art. 1530 y debe ser opuesta dentro del plazo de 10 días que señala el art. 1529, finalizada que haya sido la reunión de la junta de acreedores, y cuyo

transcurso sin que se ejercite dicha facultad, da lugar a su caducidad por aplicación del art. 1514 del c.c.

Opuesta con las condiciones dichas, debe correrse traslado de la impugnación, con tres días de término para que sea contestada por el deudor e informada por el sindico; cabe el término de prueba incidental de seis días si hubieren cuestiones de hecho que probar, después de lo cual el juez debe emitir resolución, haciendo lugar a la impugnación o desestimándola, con las consecuencias señaladas en la fracción final del art. 1530: declaratoria de quiebra en el primer supuesto o acordando la homologación del convenio en el segundo, quedando abierta, en ambos casos, la facultad de apelar.

ARTÍCULO 1.531.- (Homologación). No deducida la impugnación en término o rechazada la interpuesta, el juez deberá homologar al convenio, teniendo en cuenta:

- 1) La conveniencia económica de proseguir con las actividades de la empresa y la adecuada protección del crédito;
- 2) Que la suma ofrecida no resulte inferior a las reales posibilidades económicas del deudor;
- 3) Las garantías o medidas dispuestas para asegurar su cumplimiento;
- 4) El merecimiento al concurso por parte del deudor, en relación con las causas del desequilibrio económico y con su conducta;
- 5) La subsistencia de causales de impugnación no invocadas, y
- 6) La regularidad de su contabilidad, así como las condiciones de su matriculación.

Si no se homologa el convenio, se declarara la quiebra adoptando las medidas de protección a los intereses de los acreedores. Esta determinación es apelable por el deudor.

Preced: c. mtl. abrg. 573 -

Conc: c. com. 1499- 1529- 1542- 1647- 1690-

Admitido el convenio por los acreedores, mediante el pronunciamiento mayoritario que corresponda al tipo de propuesta hecha por el deudor (art. 1526), o no impugnado o rechazada la impugnación que se hubiera planteado (art. 1530), debe emitirse la homologación del mismo, mediante sentencia (Messineo) o auto (que es lo mismo en su significado de falto) según la terminología empleada por el art. 1647.

La homologación se concede solamente después de un cuidadoso examen formal y de mérito (Messineo), esto es, que además de tener en cuenta las condiciones que enumera el art., ha de

juzgar no sólo acerca de la regularidad formal y de fondo del convenio, sino también acerca de su conveniencia y oportunidad, desde un doble punto de vista: el que concierne a si el ofrecimiento que se hace en el convenio, guarda proporción con las posibilidades del deudor, y el que atañe a las posibilidades de su cumplimiento (Rodríguez).

Si del examen formal y de mérito, aunque no exista impugnación y exista acuerdo de los acreedores, resulta que el convenio no llena las condiciones requeridas, el juez puede negar la homologación, con las consecuencias previstas en la ultima fracción del art.: declaratoria de quiebra del concursado, quien tiene derecho a intentar alzada contra tal fallo.

ARTÍCULO 1.532.- (Retroacción). Los efectos del convenio homologado se retrotraen, en todo caso, a la fecha de la votación.

Conc: c. com. 1524- 1531 - 1533 -

Si bien la palabra retroacción, supone acción hacia atrás, lo que señala el art. es el efecto retroactivo de la homologación, que tiene fuerza sobre lo pasado hasta el momento de la votación aprobatoria del convenio propuesto por el deudor. Era suficiente incluir el carácter extinc de sus efectos en la primera fracción del art. siguiente (1533).

El concepto propio del término retroacción, sin perjuicio de la noción retroactiva que envuelve, supone que la administración de la quiebra (el sindico propiamente), una vez concluida la auditoría de que trata el inc. 2) del art. 1563 y verificados los estados de todos los pagos y contratos que deban anularse, conforme a las disposiciones del Código (arts. 1600 y 1601) ha de iniciar las oportunas acciones o concretar las correspondientes incitativas al juez, a fin de obtener se reintegren a la masa los bienes a que aquellos actos y contratos se refieren, formulando, en su caso y de acuerdo a la atribución 7ª que el art. 1563 le confiere, las demandas que procedan contra los terceros que se negaren a efectuar el reintegro. Estas acciones o demandas, que de acuerdo a lo dispuesto por la fracción primera del art. 1600 no persiguen la declaratoria de revocación, que ya esta declarada por la ley y por eso surte efectos de pleno derecho, puede tramitarse en el mismo proceso, por la vía incidental. Es a esto que en el derecho comparado se da el nombre de retroacción de la quiebra (López - Moreno).

ARTÍCULO 1.533.- (Efectos del convenio homologado). La resolución de homologación del Convenio obligara al titular de la empresa y a todos los acreedores ordinarios anteriores a la solicitud de convenio, aunque no hayan participado del procedimiento. También produce

iguales efectos respecto de los acreedores privilegiados reconocidos en la medida en que hayan renunciado al privilegio.

Serán ineficaces los beneficios otorgados a los acreedores que excedan de lo establecido en el convenio.

El acta que contenga las deliberaciones y votación será inscrita en el Registro de Comercio, juntamente con la resolución de homologación del convenio.

Conc: c. com. 29-1516-1531-1532-1537-1676 Rgto. rg. com. 19-

ARTÍCULO 1.534.- (Administración de los bienes y vigilancia). Homologado el convenio, el deudor mantiene o recupera, según el caso, la administración de sus bienes y negocios, pero queda sujeto a las restricciones y sanciones establecidas en los artículos 1.509 y 1.510. También se mantienen las medidas previstas en el inciso 4) del artículo 1.506, salvo estipulación expresa en contrario.

En adelante, la función del síndico se limitará a vigilar el fiel cumplimiento del convenio durante todo el tiempo fijado para su ejecución, informando al juez sobre su desarrollo en las fechas que éste fije, sin perjuicio de la actuación del interventor, si lo hubiera.

Conc: c. com. 1506, 4) - 1509- 1510- 1536-

Estos dos arts., señalan los efectos que derivan de la homologación del convenio preventivo y sus disposiciones son lo suficientemente claras.

La nota importante de ellos, está en la continuación de las funciones del síndico, aunque limitadas a la vigilancia del cumplimiento del convenio. Por tal razón, el síndico continuará en el desempeño de su cargo, por todo el tiempo fijado para la ejecución del convenio, con el objeto de fiscalizar la conducta del deudor, la constitución y mantenimiento de las garantías acordadas, la realización de los pagos en las fechas convenidas y la observancia fiel de todas las estipulaciones pactadas en el convenio, informando al juez, en las oportunidades señaladas por este, sobre el desarrollo del cumplimiento y de las irregularidades que advirtiere.

Si se ha convenido la continuación o la imposición de la intervención, esta cumple sus funciones dentro de los límites señalados en el convenio, o, en su defecto, de los establecidos en las reglas del p.c. (art. 165), aplicables por disposición del art. 3.

Tocante a la concordancia señalada para el art. 1533, con el art. 1676, relativo a la rehabilitación de los admitidos al convenio preventivo, nótese que esta disposición no concilia con las determinaciones del art. 19 (inc. 2), que establece entre las causas de inhabilitación para ejercer el comercio, únicamente la declaratoria de quiebra y no comprende a los admitidos al convenio preventivo. Ha de suponerse que se refiere a los admitidos en el procedimiento de concurso preventivo, que han sido declarados en quiebra, por conversión de aquel en esta (v. en la anot. al art. 1528, el punto 2), caso en el cual la rehabilitación, es consecuencia de la quiebra y no del convenio preventivo. Esta interpretación, reposa en el propio ordenamiento del Código y permite corregir la deficiente formulación del art. 1676.

ARTÍCULO 1.535.- (Reconocimiento de créditos después de homologado el convenio). Los efectos del convenio homologado se aplican también a los acreedores que no hubieren solicitado reconocimiento oportuno de sus créditos, una vez que hayan sido reconocidos o declarados admisibles, no pudiendo reclamar a sus coacreedores las cuotas o importes recibidos como consecuencia del convenio. El juez deberá resolver la forma como se aplicarán los efectos ya ocurridos atendiendo a la naturaleza de las prestaciones.

Conc: c. com. 1516- 1517- 1536-

Así estuvieren los acreedores incluidos en el detalle proporcionado por el deudor en su proposición (art. 1501, 2), sólo pueden estar comprendidos en el convenio y en la homologación, aquellos que han hecho reconocer sus créditos mediante la presentación exigida por el art. 1516. Quienes omitieron ese requisito en su oportunidad, y se presentan después de homologado el convenio, se someterán a las disposiciones de este art., previo reconocimiento o declaración de admisibilidad de sus créditos, en un trámite incidental, que no prevé expresamente el art., pero que ha de entenderse es la solución que corresponde al supuesto que regula, quedando facultado el juez para adecuar la inclusión ulterior de los recurrentes extemporáneos al convenio homologado y la aplicación de los efectos ya producidos.

ARTÍCULO 1.536.- (Cumplimiento del convenio preventivo). Cumplido por el deudor el convenio preventivo en la forma prevista en los dos artículos anteriores, el juez deberá declarar concluido definitivamente el concurso, dando por finalizada la labor del síndico, regulando sus honorarios y disponiendo el cese de las medidas conservatorias y de control, sin perjuicio de las reservas expresamente pactadas.

La resolución debe publicarse por una sola vez en la forma que indica el artículo 1.494.

Si el deudor no cumple el convenio, total o parcialmente, el mismo juez, resuelto el convenio, declarará el estado de quiebra adoptando las medidas de protección a los intereses de los acreedores con notificación personal al deudor, y por edicto a los acreedores. La quiebra deberá declararse también en caso de que el deudor manifieste al juez su imposibilidad de cumplir el convenio en el futuro.

Conc: c. com. 1494- 1534- 1535- 1542- Rgto. rg. com. 20- 21-

El art. regla la conclusión del convenio, no del procedimiento (v. la anot. al art. 1528). Cumplido el convenio por el deudor, en la forma pactada, termina el concurso preventivo, con las consecuencias que señala la primera fracción del art. y la resolución correspondiente debe ser publicada e inscrita en el registro de comercio.

El incumplimiento, pone fin al convenio, sea que se haya producido en los hechos o que el deudor haya hecho manifestación expresa ante el juez, de su imposibilidad de cumplirlo. Al juez, no le queda sino declarar la quiebra (v. la anot. al art. 1528), adoptando todas las medidas propias de esta.

ARTÍCULO 1.537.- (Nulidad del convenio). El convenio podrá ser declarado nulo a instancia de cualquier acreedor comprendido en él, dentro del año a partir del auto que lo homologue. Se tramitará como incidente ante el juez que conoció el convenio preventivo.

Empero, la nulidad sólo puede fundarse en el dolo o fraude empleados para exagerar el pasivo, reconocer o aparentar privilegios inexistentes y ocultar o exagerar el activo.

Preced: c. mtl. abrg. 581

Conc: c.c. 482- 549, 5) - p.c. 152- c.com. 822-1517-1533-1538-1539- Rgto. rg. com. 22-

El dolo, según definición de Labeon, es toda astucia, mentira o maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro (Digesto, Lib. IV, tít. III, ley 1; cit. de Scaevola). En los supuestos del art., la exageración del pasivo, la concesión de reconocimiento o apariencia de privilegios inexistentes y la ocultación o exageración del activo, suponen verdaderas maquinaciones empleadas para engañar y defraudar, tal como en el supuesto del art. 1517, que se ocupa del dolo del deudor en el reconocimiento de créditos.

En tal caso, el art. autoriza demandar la nulidad del convenio y su trámite se ajustara al del incidente (p.c. art. 152 y c. com. art. 3), ante el mismo juez que conoció del procedimiento concursal.

Probada y deferida la nulidad judicialmente (art. 546, c.c.), la consecuencia es la declaratoria de quiebra, señalada por el art. siguiente (1538).

La acción prescribe al año de emitido el auto de homologación (c.c. art. 1507).

ARTÍCULO 1.538.- (Quiebra). El auto que anule el convenio deberá declarar la quiebra, adoptando las medidas propias de ésta. Es apelable.

Con: c. com. 1499-1537-

ARTÍCULO 1.539.- (Otros efectos). La nulidad del convenio, produce, además, los siguientes efectos:

- 1) Los acreedores recuperan todos los derechos que tenían antes de la apertura del concurso. Los pagos a cuenta recibidos en cumplimiento del convenio se consolidan en su favor, quedando subsistente su derecho para cobrar el saldo. El acreedor que hubiera recibido el pago total de su crédito queda excluido de la quiebra;
- 2) Se anulan las demás medidas adoptadas en cumplimiento del convenio, en cuanto se orienten a satisfacer los créditos comprendidos en él;
- 3) Libera de responsabilidad a los fiadores que garantizaron el cumplimiento del convenio;
- 4) Los acreedores privilegiados recuperan sus derechos renunciados para intervenir en la votación;
- 5) Los acreedores cuyos créditos fueren dolosamente exagerados quedaran excluidos de la quiebra;
- 6) Los bienes deben ser realizados sin más trámites, y
- 7) El síndico continúa ejerciendo sus funciones orientadas a la declaratoria de quiebra.

Con: c.c. 918- c. com. 1537- 1540- 1563-

En realidad, los enumerados en este art. más que efectos de la nulidad del convenio, son efectos de la declaratoria de quiebra, aunque esta se haya hecho por razón de la mencionada nulidad.

Todos ellos, son perfectamente comprensibles. Cabe únicamente destacar que la exclusión de los acreedores beneficiarios del dolo cometido por el deudor, se funda en la obvia razón de que

esa conducta dolosa si no ha sido coadyuvada ha sido por lo menos consentida por ellos, lo que denuncia mala fe en perjuicio de los coacreedores y la exclusión deviene como una sanción condigna.

El síndico asume las facultades propias que el estado de quiebra le asigna y queda sujeto a las regulaciones del art. 1563. No ejerce funciones simplemente orientadas a la declaración de la quiebra (como dice erróneamente el inc. 7), que ya esta declarada.

La declaratoria de quiebra, como consecuencia de la nulidad declarada del convenio, no requiere una actuación separada. Ambas declaraciones son conexas y deben pronunciarse en la misma resolución. Así lo establece claramente, el art. 1538. Por consecuencia, los efectos aquí anotados, derivan de la declaratoria de quiebra.

ARTÍCULO 1.540.- (Quiebra estando pendiente el convenio). En todos los casos en que se declare la quiebra, estando en convenio preventivo, se aplicaran los incisos 1) al 6) del artículo anterior.

El síndico, en este caso, debe reajustar los créditos ya reconocidos, sin necesidad de nueva petición.

Conc: c. com. 1539 -

Los casos aludidos, solo pueden ser resultantes de incumplimiento del convenio o de la manifestación del deudor hecha al juez en sentido de su imposibilidad de cumplirlo (v. la anot. al art. 1528). Pues, las previsiones del art. anterior se relacionan con un convenio que estaba en ejecución. En consecuencia, el reajuste de créditos encomendada al síndico, se relaciona con la deducción que debe hacerse de los pagos recibidos, conforme a convenio, por los acreedores. La recuperación de los derechos anteriores a la apertura del concurso (inc. 1) puede incluir la cancelación de las remisiones parciales que se hayan acordado (art. 1503, 1).

ARTÍCULO 1.541.- (Honorarios). En el concurso preventivo se aplicará el artículo 1.564 sobre regulación y pago de honorarios.

Conc: c. com. 1564 -

CAPÍTULO III **QUIEBRA**

SECCIÓN I TRÁMITE Y DECLARACIÓN DE QUIEBRA

ARTÍCULO 1.542.- (Casos). La declaratoria del estado de quiebra de un comerciante que haya cesado en el pago de sus obligaciones, se deberá hacer a pedido de uno o varios acreedores o del propio deudor o bien de oficio por el juez en los casos en que la Ley así lo disponga.

Precd: c. mtl. abrg. 487- 502- 510-

Conc: c.c. 1335- 1337- c. com. 1107,1)-1317,4)-1489-1492-1508-1523-1531-1536-1543-1544-1547-1548-1549-1550-1678-1685-1687 Lea.160-162-

Si bien es innegable que el carácter de la quiebra es predominantemente procesal y más particularmente de ejecución forzosa (v. la anot. al art. 1490), es igualmente innegable, dice Messineo, que no todas las normas que le regulan son de derecho procesal. Así, por ejemplo, no todos los efectos de su declaratoria corresponden al derecho procesal: el reconocimiento de créditos o formación de la masa pasiva (art. 1628), se refiere al valor de derecho sustantivo de tales créditos, o la asunción de los contratos bilaterales por parte del síndico y la liquidación del activo (masa activa), implica operaciones (pagos, entregas, cobros de créditos, venta de bienes, transacciones, etc., v. gr. arts. 1593, 1607, 1610, 1612, etc.) que son materia de derecho sustantivo, como lo son también los presupuestos de la revocatoria de la quiebra o de las acciones de reivindicación y de restitución que pueden ejercitarse respecto del quebrado (v. gr. arts. 1553 y 1611).

Siendo la finalidad general de la quiebra de naturaleza procesal, parece justificada su colocación entre las regulaciones procedimentales de la materia comercial, sin que ello obste a que, dado que esa finalidad también se consigue con medios e institutos que pertenecen al derecho sustantivo, pueda incluírsela - conforme estima Messineo- entre los institutos de derecho sustantivo y que se haga su exposición en una de derecho privado.

Conceptualmente, la quiebra, en primer lugar, supone el status jurídico, constituido por la declaración judicial de la cesación de pagos (arts. 1489 y 1542). En segundo lugar, se habla de quiebra para denotar el conjunto de normas legales que rigen los elementos del estado de quiebra, sus efectos respecto del comerciante y los que recaen sobre su patrimonio y las relaciones jurídicas de las que es titular. Finalmente, quiebra significa también el conjunto de normas instrumentales o procesales, relativas al estado de quiebra y a la actividad judicial de los órganos que de ella se ocupa. De ahí que, según observa Rodríguez, el derecho relativo al estado

de quiebra, a la persona, al patrimonio y a las relaciones jurídicas del quebrado, constituye el derecho material de la quiebra, en tanto que el relativo a las normas instrumentales, es el que puede llamarse derecho formal de la quiebra, cuya exposición separada que se advierte en las Ordenanzas de Bilbao, luego en el c. com. francés de 1807 y en la legislación ulterior influida por este, tiene su indudable fuente en la primera gran obra sistemática sobre quiebras de Salgado de Somoza, que ofrece una exposición distintiva de normas substantivas y procesales

En el derecho comparado actual, en unas legislaciones (v. gr. las de Alemania y España, particularmente; cit. de Rodríguez), la exposición por separado es la regla, conformada a la conveniencia doctrinalmente indiscutible de la regulación primordial del derecho material, para que la de las normas instrumentales tengan sentido. En otras (v. gr. la L. de quiebras italiana, la L. de quiebras mexicana y este Título II del Libro IV del Código) se sigue el sistema de la exposición conjunta de las normas procesales y substantivas, prescindiendo de una separación que se supone no ofrece doctrinalmente objeciones insalvables. Sin embargo, ha de advertirse que en las legislaciones italiana y mexicana, se legisla sistemáticamente, lo que equivale a una regulación distinta.

La reseña que de su evolución histórica hace Rodríguez, presenta a la quiebra como un producto de origen romano, con influencias germánicas medievales, cuya elaboración doctrinal, jurisprudencial y práctica se condensa en las grandes codificaciones.

Tiene importancia ofrecer un resumen de esa reseña. En el derecho romano no existe propiamente un sistema de quiebra, pero es indudable que son fuente remota de esta, numerosas disposiciones relacionadas con la ejecución forzosa de las obligaciones. Su desarrollo desde la manus injectio (procedimiento privado con aspecto penal) que permitía aprisionar, vender o matar al deudor juzgado o confeso, pasando por la missio in possessionem que autorizaba el apoderamiento de los bienes del deudor, la bonorum venditio que consistía en la venta de los bienes del deudor declarado por eso infame, o la actio pauliana, el interdictum fraudatorium y la restitutio in integrum destinados a obtener la reintegración más completa posible del patrimonio del deudor, se llega finalmente, para evitar sobre todo la infamia que la bonorum venditio suponía, a la cessio bonorum del derecho justiniano (cesión de bienes por parte del deudor). Todo este sistema romano de la ejecución forzosa, ofrece tres notas distintivas propias: a) no hay concurso de acreedores; b) no hay noción de insolvencia, sino procedimiento de enajenación, y c) no hay oficiosidad y predomina el impulso privado como director del procedimiento.

La influencia del derecho germánico, extraordinariamente manifestada en los ordenamientos legales italianos y españoles de la Edad Media aportó el concepto patrimonial de la obligación que hizo concebir la idea de la ejecución para la satisfacción directa del acreedor.

En la doctrina italiana (particularmente Rocco, cit. de Rodríguez), se da origen italiano a la quiebra, anterior al siglo XIII, aunque no se ofrece evidencia documental atendible. Es el derecho medieval español, el que presenta ya sistematizados los principios básicos de la doctrina de la quiebra. En la Partida V, tít. XIV (*), varias de sus leyes, regulan la intervención judicial, el desapoderamiento, la enajenación, y el pago ante el juez, el concurso de acreedores, la prelación de créditos, el convenio preventivo extrajudicial, la eficacia liberatoria del desapoderamiento, etc., y son estas leyes, ilustradas con el estilo, las costumbres y la práctica españoles, que sustentan el sistema de quiebras que Salgado de Somoza expone en su citada obra, las que tienen decisiva influencia en Europa y en las ciudades italianas, como se reconoce por los autores (v. gr. Kohler y Jaeger entre los alemanes, Bonelli, Brunetti y Rocco entre los italianos, Percerou entre los franceses, cit. de Rodríguez).

En dichos ordenamientos medievales italianos y españoles, se distinguen dos sistemas en el derecho concursal: el italiano, liberal, caracterizado por la autoadministración de la quiebra por los acreedores, y el español, oficial, caracterizado con la acentuada intervención judicial en todas las etapas del procedimiento y que es el que se ha generalizado y predomina en las grandes codificaciones.

Después de 1700 se difunden diversos ordenamientos: las Ordenanzas de Bilbao (1732), los de Lyon, Amsterdam, Bremen Hamburgo y Lubeck. Se establecen clases de quebrados, de las cuales la tercera se refiere a los fraudulentos, que son tenidos como infames, ladrones públicos, robadores de hacienda ajena con disposiciones sobre los efectos de la quiebra respecto del quebrado, sobre los pagos efectuados y por efectuar, sobre la responsabilidad penal, sobre la separación en la quiebra y la revocación de los actos en fraude de acreedores.

La reglamentación moderna de la quiebra se inicia con el c. com. francés de 1807, que fue modelo de casi todos los códigos europeos o americanos, entre ellos el c. com. español de 1829 que, a su vez, fue el modelo del c. mtl. abrg.

Esta reglamentación, en el derecho comparado actual, presenta, según Rodríguez, tres sistemas:

a) El que regula dos ordenamientos de quiebra paralela; civil el uno, para los no comerciantes; mercantil el otro establecido solo para los comerciantes. Es propio del ordenamiento español que en el c. com. de 1829 legislo la quiebra mercantil, dejando al antiguo derecho español el concurso civil (incorporado después al c.c. de 1889), sistema que ha sido seguido por casi todos los países hispanoamericanos. En Bolivia, a través del c. mtl. abrg. y de las leyes procedimentales abrogadas (Código de Procederes de 1832 y Compilación de las leyes del procedimiento civil de 1878), que corresponden a las disposiciones del Título en examen y al proceso concursal que regula el p.c. (arts. 562 y s.), respectivamente.

b) El que regula sólo el concurso de acreedores como institución mercantil, aplicable exclusivamente a comerciantes, propio del ordenamiento francés y algunos otros países influenciados por su legislación en la materia (v. gr. Bélgica, Luxemburgo).

c) El que regula la institución del concurso, aplicable por igual a comerciantes y no comerciantes, propio del ordenamiento germano y anglo - sajón (v. gr. Alemania, Inglaterra y los Estados Unidos).

Tocante a la denominación del instituto, según la reseña histórica que sobre el particular ofrece Malagarriga, fue Felipe II, quien se refiere en 1570 a los mercaderes, cambiadores y factores que quebraren, o rompieren o faltaren a sus créditos, aunque en sus disposiciones posteriores sigue, como hasta entonces, llamándoles alzados (terminología esta última empleada en algunos supuestos por el art. 643 del c.p. abrg., mantenida en el art. 344 del c.p. vigente).

Las Ordenanzas de Bilbao, emplean indistintamente la denominación de fallidos, quebrados o alzados y usa falencia y quiebra como sinónimos. El c. com. español de 1829, titula su Libro IV de las quiebras, denominación que no cambia con otra, excepto al calificar la quinta clase de quiebra como alzamiento (art. 1002), tal cual su derivado el c. mtl. abrg (Lib. 30 y art. 488, 5).

En el lenguaje corriente, también se emplea para designar el estado de quiebra, las expresiones falencia y bancarrota. Sobre el primero, se observa que significando idea de engaño (Real Academia) como que deriva del latín fallens o falentis parece vocablo propio sólo para designar al insolvente culposo o fraudulento, como en Francia, que con la voz failli se alude a este tipo de quebrados. Tocante al vocablo bancarrota (banqueroute en francés y bankruptcy en inglés), según los investigadores que han tratado el tema, proviene del italiano banco rotto: se dice que cada mercader en Italia, tenía en el lugar donde eran tratados sus negocios, un banco propio (v. en la anot. al art. 1302, la nota pie de página relativa al origen del nombre de banquero) para firmar sus notas, cobrar lo que se le debía, pagar a sus acreedores y cerrar sus operaciones

comerciales y que cuando el mercader desaparecía y se presumía fraudulenta su desaparición, se rompía el banco, ya para reprobado su conducta, ya para poner otro en su lugar.

Sobre la naturaleza jurídica de la quiebra, además de la universalidad y de la oficiosidad, características comunes a ella y al concurso preventivo, ya consideradas en la anot. al art. 1490, ha de tenerse en cuenta como particularmente propias del procedimiento de la quiebra, las que derivan de sus resultados (Messineo) y que son principalmente dos:

a) Es una medida conservativa (ámbito del proceso de conocimiento), dirigida a impedir que los bienes del deudor insolvente, se dispersen mediante actos de disposición, así estos hayan sido destinados a satisfacer alguna obligación singular (v. gr. art. 1600).

b) Es una medida ejecutiva (ámbito del proceso de ejecución) , destinada a satisfacer a los acreedores en la proporción que resulte posible, según las circunstancias, con el producto de la liquidación de los bienes del quebrado, y de manera igualitaria, esto es, respetando la igualdad de condición de los acreedores, salvo los derechos de prelación (arts. 1628 y 1634). La liquidación de las empresas en desequilibrio, a través de esta medida, es de interés general, dice Messineo, porque la tutela de los intereses particulares de los acreedores no satisfechos, es solo uno de los aspectos del instituto de la quiebra, en el que también concurre el fin del saneamiento de la economía pública, mediante la eliminación de las empresas enfermas, lo que le da el carácter publicístico que ha venido asumiendo cada vez en mayor medida y su carácter coactivo conexo, todo lo cual hace imposible que el deudor en desequilibrio económico pueda sustraerse a la quiebra que, concurriendo los presupuestos de ella, debe ser declarada aún de oficio.

También es de la naturaleza jurídica de la quiebra, su carácter de procedimiento ejecutivo colectivo (Messineo), en sentido subjetivo, porque no atiende únicamente el interés de un acreedor singular o de un grupo de acreedores, sino el interés de la totalidad de ellos y al efecto de la igualdad de trato entre los mismos por virtud del principio de par conditio creditorum, con la advertencia, sin embargo, de que este principio no beneficia a los quirografarios, puesto que los acreedores con garantía específica (prenda o hipoteca) siempre gozan del derecho de prelación, con la quiebra o sin la quiebra, siempre que no estén expuestos a la ineficacia de sus garantías por razón del inc. 3) del art. 1600. En sentido objetivo por el carácter de universalidad, ya examinado en la anot. al art. 1490.

Entendido el proceso de ejecución como aquel en el cual se pretende, no la declaración judicial de una situación jurídica, sino la satisfacción de una situación jurídica preestablecida, es amplia la corriente doctrinal que sostiene la tesis de la quiebra como un procedimiento ejecutivo,

contraponiendo los conceptos de proceso ejecutivo individual y proceso ejecutivo concursal o colectivo (v. gr. Calamandrei, Candian, Carnelutti, Navarrini, Percerou, Rodríguez). Se ha opuesto diversas objeciones a esta concepción; v. gr.: la diferente finalidad del juicio ejecutivo que persigue el pago de la obligación incumplida, mientras la quiebra persigue la eliminación de la empresa insolvente; que en la quiebra no hay incumplimiento de una obligación, mientras en el proceso ejecutivo ello es indispensable para accionarle; que en este es indispensable también la instancia de parte, mientras en la quiebra puede procederse de oficio, y que, finalmente, en la quiebra falta el título ejecutivo, etc., objeciones que según Brunetti (cit. de Rodríguez), sin desconocer que el procedimiento de la quiebra tiene muchas notas comunes con el proceso de ejecución común, hace de la quiebra un procedimiento de procedimientos, en el cual se desarrollan varios litigios, coordinados entre sí, para los fines de la ejecución universal, lo que le da carácter sui generis con parte de procedimiento de conocimiento, parte de ejecución, de jurisdicción voluntaria, de actividad administrativa aspectos todos ellos fundidos, pero que son práctica y doctrinalmente perfectamente identificables.

Carnelutti, observa que para el comerciante, además de la ejecución singular (de los bienes singulares) del derecho común, se ha constituido la ejecución colectiva (de todo el patrimonio), que a causa de su presupuesto (condición de desequilibrio económico, revelado por el síntoma exterior denominado insolvencia), recibe el nombre de procedimiento de quiebra medio que no consiste, como la ejecución singular ordinaria en la liquidación (conversión en dinero) de bienes singulares sino en la liquidación del patrimonio integro (activo del deudor). Añade este autor, que la acción de quiebra, dentro de la clasificación de las acciones desde el punto de vista puramente procesal, en el ámbito del proceso de conocimiento supone el poder de obtener la decisión sobre la demanda de quiebra, y en el ámbito del proceso de ejecución, el poder de obtener el cumplimiento de actos para la liquidación del patrimonio del quebrado.

D'Avack, Apodaca, entre otros (cit. de Rodríguez), sostienen que no es un procedimiento judicial, sino de carácter administrativo, destinado a eliminar empresas económicamente insolventes.

De las características de medida conservativa y de medida ejecutiva de la quiebra, deriva que su teoría sólo puede entenderse debidamente, en función del incumplimiento de las obligaciones y del cumplimiento coactivo de las mismas (Rodríguez), no porque la quiebra importe necesariamente incumplimiento de obligaciones, sino porque supone una situación especial que presenta al deudor imposibilitado de cumplirlas a causa de su insolvencia, así aparezca aparentemente cumpliendo las vencidas, mediante diversos, hábiles o ruinosos, procedimientos (v. gr. art. 1489, inc. 7). Es en ese sentido que la quiebra configura una situación que ha de

producir efectos no frente a un acreedor determinado, sino en relación con todos los acreedores del deudor.

El alcance de esta interpretación, se comprende claramente a la luz del principio contenido en el art. 1335 del c.c.: el patrimonio habido y por haber de quien se obliga personalmente constituye la garantía común de sus acreedores, exceptuados los bienes inalienables e inembargables. Visto que los derechos personales no son coercibles de un modo directo, como lo son los derechos reales que permiten una satisfacción directa y se ejercen erga omnes, para la satisfacción de aquellos, en ausencia de cumplimiento, la ley autoriza y organiza la ejecución forzosa sobre todo el patrimonio del deudor (c.c. arts. 1337 y 1465), por lo cual el Estado, mediante la intervención de los órganos judiciales y coactivos apropiados, pone a disposición del o de los acreedores la fuerza social para obtener el cumplimiento efectivo de las obligaciones (Planiol y Ripert).

De ello, resultan dos posibles soluciones: el acreedor más diligente, más astuto, más despiadado o más afortunado, según los casos, puede cobrar y dejar a los demás sin posibilidad alguna de alcanzar la satisfacción de sus créditos; o bien se organiza la manera de procurar una satisfacción proporcional de todos los acreedores con todos los bienes disponibles del deudor (Rodríguez). La primera posible solución, responde al principio de prior in tempore, potior in jure (prioridad en el tiempo equivale a prioridad en el derecho). La segunda, reposa en el principio de la par conditio creditorum (condición paritaria entre diversos acreedores). La incompatibilidad entre ambos sistemas de solución, se resuelve en el derecho de quiebras (Rodríguez), cuyas finalidades, según los intereses en presencia, pueden establecerse así:

a) Los acreedores proceden según uno u otro de los sistemas indicados: con el primero en el supuesto normal de solvencia del deudor, con el segundo en el caso de insolvencia, en el que domina la idea del concurso, o sea la concurrencia de acreedores que compiten para obtener la satisfacción de sus derechos, que en la quiebra implica un orden de cumplimiento y pago, coactivamente organizado, frente al deudor y a sus acreedores. La legalidad de este orden y el alcance que el mismo puede tener, están definidos precisamente en los arts. 1335 y 1337 del c.c., cuya aplicación al instituto en estudio esta expresada en los arts. 1563, 1582 y 1628 del Código. Téngase presente que no hay aquí un derecho real de los acreedores sobre los bienes que componen el patrimonio del deudor, sino simplemente una garantía de responsabilidad ilimitada con todo el patrimonio de este, con sus especiales repercusiones jurídicas.

Nótese también que no todos los acreedores merecen igual consideración, de lo cual deriva las nociones de graduación y prelación, según la naturaleza de los créditos. Si conllevan garantía

específica, el principio prior in tempore, cobra toda su significación. El principio de la par conditio, no ha de entenderse como pago por igual, sino según el orden y en la proporción que establece la ley, o sea, que los acreedores deben recibir un trato igual para cobrar proporcionalmente, o íntegramente, según los privilegios, prelación y grado que la ley señala.

b) El deudor tiene el deber de declararse en quiebra, esto es, autodenunciar el incumplimiento potencial de sus obligaciones como consecuencia de la carencia de medios líquidos para atender las obligaciones vencidas en un momento determinado: cesación de pagos. La omisión de este deber, puede derivar en sanciones penales, según resulte de la calificación de la quiebra (art. 1666). Además, la finalidad de la quiebra respecto del deudor, implica la ineficacia, en general, de los actos realizados con posterioridad a la infracción del deber de responsabilidad (art. 1666), que consiste en la obligación de mantener en su patrimonio un activo disponible igual al importe de las obligaciones vencidas en cualquier momento y cuya inobservancia implica la cesación de pagos que determina la declaratoria de quiebra.

c) En la reglamentación moderna del instituto, el Estado legisla el funcionamiento de la empresa comercial como un valor objetivo de organización. Por eso, la conservación de la empresa es regulada como de interés público (arts. 450 y 1618) y por eso, cuando la liquidación forzosa es inevitable, la realiza directamente, mediante la intervención de sus órganos competentes a través del procedimiento de la quiebra, al mismo tiempo que administra justicia al asegurar a los acreedores un trato igualitario.

Es falsa, en consecuencia, la idea de que el procedimiento en examen tenga por objeto la eliminación de las empresas insolventes, como sería grotesco, observa Rodríguez con buen criterio, sostener que la medicina persigue la muerte de los enfermos. La finalidad de la quiebra, desde el punto de interés del Estado, supone un sistema de normas que persigue, en lo posible, salvar las empresas viables, en las que la insolvencia puede ser superada mediante el ajuste que el convenio supone (arts. 1500 y 1644).

Según el art. aquí anotado, son presupuestos necesarios de la quiebra:

a) La insolvencia, reflejada en la cesación de pagos, examinada ya al tratar del art. 1489 (v. la anot. respectiva).

b) Que el deudor sea comerciante, y ha de tenerse en cuenta que quien quiebra es el comerciante, persona individual o colectiva, no el establecimiento o la empresa comercial

(Messineo); véase, sin embargo, en la anot. al art. siguiente, lo relativo a la quiebra de un patrimonio.

c) La declaratoria judicial; el estado de desequilibrio económico (insolvencia) del comerciante, no equivale a quiebra; para que esta se produzca y se transforme de estado de hecho en estado de derecho es necesario que se la declare judicialmente, declaración que puede tener lugar, de oficio, a pedido del deudor o a pedido de uno o varios acreedores. Respecto de este último punto, el supuesto de la pluralidad inicial de acreedores, exigida por Candian (cit. de Rodríguez) es ajena a la legislación y a la doctrina que claramente establece que la declaratoria puede ser pedida por uno o varios acreedores, lo que muestra que la pluralidad de acreedores solicitantes no es requisito para la apertura la concurrencia de acreedores no es un supuesto de la quiebra, sino su causa; el ordenado tratamiento de ella, su finalidad (Rodríguez). Messineo, concuerda con que no es necesario que exista una inicial pluralidad de acreedores para la declaratoria, pero, conceptualmente, estima que cuando el acreedor sea uno solo, debería desaparecer la noción misma de concurso y la utilidad misma del procedimiento de quiebra.

A pesar de que la reglamentación del Título no lo establece específicamente, cabe identificar los órganos de la quiebra; son ellos: a) el juez (art. 1492), al que la doctrina considera el elemento central del procedimiento, aunque ha de advertirse que su destacada intervención esta subordinada al tipo de organización judicial, en buena medida, y la cual, en el país, para esos efectos, no puede decirse que sea satisfactoria.

b) El síndico (art. 1558), que es en la práctica la primera figura del procedimiento, así corresponda teóricamente al juez esa categoría. Su calidad de auxiliar de la justicia, que la deficiente formulación del Código (art. 1559) la minimiza al fundarla en la prohibición de adquirir los bienes del quebrado, le da, como bien anota Rodríguez, el carácter de representante del Estado, para ejercer la tutela que corresponde a este, en la liquidación o mantenimiento de una empresa que se encuentra en situación económica anormal.

c) La intervención (art. 1570), que representa los intereses de los acreedores, en la vigilancia de la actuación del síndico y en la administración de la quiebra, y

d) La junta de acreedores (art. 1573), en que se manifiesta el estado de unión de los mismos, como organismo deliberante de tipo discontinuo, pero que ejercita permanente función de vigilancia y control.

JURISPRUDENCIA

Descargado desde el sitio www.bolivianland.net

- 1.- "Aunque el art. 487 del c. mtl. (1542, c. com.) declara quebrados a los comerciantes que no satisfacen sus deudas, procedentes de contratos mercantiles, vencidos los plazos que tuvieren para el efecto, los efectos de la quiebra no tienen lugar sino después de su declaratoria" (G.J. N° 233, p. 1319).
- 2.- "La declaratoria de quiebra supone todas las formalidades establecidas por las leyes de la materia y no una simple combinación de acreedores" (G.J. N° 1350, p. 130).
- 3.- Véase el caso único del art. 1625.

ARTÍCULO 1.543.- (Otros casos). Podrá también declararse en estado de quiebra:

- 1) Al comerciante retirado o socio con responsabilidad ilimitada excluido de la sociedad, siempre que la petición sea hecha antes del transcurso de un año de tal acontecimiento;
- 2) Al patrimonio del comerciante difunto cuando lo pida un acreedor, hasta seis meses después de su fallecimiento, si la cesación de pagos ocurrió durante su vida;
- 3) A las sociedades disueltas, hasta un año después de su disolución, si la cesación de pagos se produjo durante el tiempo en que ejercitaba el comercio;
- 4) A los incapaces o inhabilitados que continúen la explotación de una empresa;
- 5) A los agentes de bolsa, corredores, rematadores y demás auxiliares autorizados de comercio, y
- 6) A las sociedades comerciales extranjeras con objeto principal en el país o sucursales de empresas extranjeras, en cuyo caso la quiebra afecta a todos los bienes existentes en el país.

La quiebra podrá declararse también a pedido de los herederos del comerciante fallecido con relación al patrimonio del causante, pero esta petición no puede intentarse después de seis meses del fallecimiento.

Conc: c. com. 13- 14- 15- 16- 777- 1542- 1548 -1550- 1589-

No se trata de otros casos de quiebra, como expresa la rubrica del art. Todos los casos que enumera, implican los presupuestos esenciales del procedimiento. insolvencia y calidad de comerciante del que ha de ser declarado en quiebra, de acuerdo al ordenamiento general y especial, que legisla la quiebra para los comerciantes (art. 1487 y 1542) y el proceso concursal común para los no-comerciantes (p.c. art. 562). Lo que el art. detalla, son, en realidad, ciertas particularidades circunstanciales de dichos presupuestos esenciales.

Los casos 1, 2, 4 y 5, comprenden al comerciante individual. La quiebra puede afectar al comerciante retirado o al socio excluido (inc. 1), en el supuesto de que la insolvencia se haya manifestado antes de la inactividad comercial o de la exclusión o, lo más tarde, dentro del año siguiente a ellas, como determinan con más propiedad, v. gr., las leyes de quiebra italiana y mexicana (arts. 10 y 3, respectivamente).

En el caso del inc. 2), se afecta el patrimonio de la sucesión del deudor difunto, si la insolvencia se produjo mientras estaba vivo. La eficacia de la quiebra, prácticamente, vinculará a los herederos, a menos que hayan aceptado la herencia con beneficio de inventario, supuesto en el cual responde solamente el patrimonio del difunto (c.c. art. 1041) y sin perjuicio de que la quiebra pueda ser pedida por los propios herederos (fracción final del art.).

El inc. 4) se refiere a los casos ya examinados con los arts. 14, 15 y 16, y establece las responsabilidades consiguientes, civiles y penales, para los representantes legales o los administradores que ejercen el comercio en nombre de los menores e incapacitados.

Los auxiliares de comercio, mencionados en el inc. 5), ejercen actividad comercial, por lo que están comprendidos en los presupuestos esenciales del procedimiento.

En todos los supuestos anteriores, hay uno o varios sujetos jurídicos comerciantes. No se trata de quiebra de patrimonios o empresas, extremo que se da únicamente en la de los bienes dados en fideicomiso, que sería una quiebra autentica de patrimonio no imputable a un sujeto jurídico comerciante, según observa Rodríguez.

En cuanto se refiere a las sociedades disueltas, ya se ha dicho que aún las que están en liquidación pueden ser declaradas en quiebra (v. la anot. al art. 1487), una vez que conservan su personalidad jurídica, así sea para el sólo efecto de la liquidación (arts. 384, 387 y 1491, 3ª fase).

El inc. 6), se refiere, en realidad, a los alcances de la quiebra sobre el patrimonio de las empresas que menciona.

ARTÍCULO 1.544.- (Pedido de acreedores). Si la quiebra es pedida por el acreedor, éste deberá probar: la calidad de comerciante del deudor, la validez y exigibilidad de su crédito y el estado de cesación de pagos del deudor, entendiéndose por tal la imposibilidad de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o por cualquiera de los hechos señalados en el artículo 1.489.

Preced: c. mtl. abrg. 510

Conc: c. com. 1489-1542-1545

El acreedor que insta la declaratoria, ha de acompañar a su demanda la necesaria prueba preconstituida sobre los puntos que señala el art.: certificado de la matrícula comercial del sujeto cuya quiebra se denuncia; algún título, validamente exigible, de los mencionados en el art. 487, inc. 3) del p.c., y señalamiento de alguna circunstancia indiciaria de las enumeradas en el art. 489. La presentación de un título ejecutivo, acompañado de la prueba de su incumplimiento (v. gr. letras protestadas, cheques rechazados por el Banco girado), supone un indicio valorable de insolvencia. Messineo, no considera que la iniciativa del acreedor deba fundarse necesariamente en un título ejecutivo. Pero, el art. en examen, condiciona la procedencia del pedido a la existencia de un crédito exigible, lo que configura la fuerza ejecutiva del mismo (p.c. art. 486) y, consiguientemente, la necesidad de un título ejecutivo.

La demostración de estos extremos, que puede requerir la prueba de hechos - pues la cesación de pagos es un estado de hecho- se hace en una especie de jurisdicción voluntaria, sin contradictorio y una vez cumplida esta etapa, aunque sea breve, recién se corre traslado al deudor para que conteste la demanda y pruebe su oposición si la plantea, en un procedimiento propiamente contencioso ya. Transcurrido el término común de prueba, que somete al acreedor demandante y al deudor demandado a la regla del art. 375 del p.c. (carga de la prueba) el juez pronuncia la resolución estimatoria o desestimatoria, esto es, haciendo lugar o rechazando la declaratoria de quiebra (art. 1545), que importa, según Messineo, una sentencia declarativa.

El acreedor demandante no puede desistir de su demanda iniciado el procedimiento, en modo alguno según se infiere del art. 1549, que, en este punto, deroga la regla general del derecho común (p.c. art. 302, que permite el desistimiento de la demanda antes de la contestación).

Su rechazo puede apelarse por el acreedor, de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 1499 y 1553, en el plazo de tres días. El deudor en igual plazo, puede plantear la revocatoria de la resolución, alegando no encontrarse en los casos previstos por el art. 1489 ni en estado de cesación de pagos y apelar si la revocatoria es denegada (art. 1555).

La revocatoria y su confirmación, en su caso, por inexistencia de causa justificada para la declaratoria, hace responsable de los daños y perjuicios causados al deudor, a quien instó la apertura del procedimiento (art. 1555).

Antes de la declaratoria, según las circunstancias (art. 1546) puede el juez, a pedido del acreedor que insta la apertura del procedimiento y con las responsabilidades consiguientes para este, en

su caso, disponer medidas precautorias de carácter inapelable, las mismas que pueden consistir en alguna o algunas de las previstas en los arts. 156 y s. del p.c., aplicables al caso por determinación del art. 3. La detención preventiva 'del deudor, es una medida precautoria propia del procedimiento en examen, que se llevara a efecto teniendo en cuenta las exigencias establecidas por los arts. 90 y 194 del p.p., en resguardo de las libertades públicas.

ARTÍCULO 1.545.- (Notificación al deudor). Acreditados los extremos citados en el artículo anterior, se correrá traslado al deudor para que conteste la demanda dentro de los tres días siguientes a su notificación.

En caso de oposición del deudor se abrirá un término común de prueba no mayor de quince días.

Transcurrido el plazo y oído al acreedor, el juez resolverá sin otro trámite, admitiendo o rechazando el pedido de declaratoria de quiebra.

Preced: c. mtl. abrg. 511 -

Conc: c. com. 1544- 1553 -

Comprendido en la anot. al art. anterior. El precedente legislativo de este art., autoriza el pronunciamiento de la declaratoria sin citación ni audiencia del deudor. Esta anomalía ha sido corregida por la nueva reglamentación, atendido seguramente el principio universal de que no se puede privar a nadie, y por lo tanto al deudor imputado de quiebra, de hacerse oír desde el comienzo del procedimiento, por aplicación de preceptos constitucionales y conforme con los principios sentados por la Declaración Universal de los derechos del hombre.

Así, el derecho de oposición reconocido al deudor, que supone un procedimiento de conocimiento dentro del general de la quiebra, particularizado por la admisión de prueba, aunque sin perjuicio del carácter sumario del pedido de declaratoria, tiene en la reglamentación vigente naturaleza distinta de la que tenía en el c. mtl. abrg. porque ahora no se puede pronunciar una declaración de quiebra, sin oír, así sea sumariamente, al deudor afectado por el pedido.

ARTÍCULO 1.546.- (Medidas precautorias). A pedido y bajo la responsabilidad del acreedor peticionante, incluso antes de la declaratoria de quiebra, el juez podrá adoptar medidas precautorias de protección de la integridad del patrimonio del deudor, si considera acreditado lo invocado por el acreedor y se demuestre peligro en la demora.

El juez podrá también ordenar la detención preventiva del deudor, expidiendo el correspondiente mandamiento.

Las decisiones del juez sobre estos puntos no admiten recurso alguno.

Precd: c. mtl. abrg. 521, 1) - 686 i.f.- 794 y s.-

Conc: p.c. 156 y s.- p.p. 90- 194- c. com. 3- 1551, 3)-

Comprendido en la anot. al art. 1544.

ARTÍCULO 1.547.- (Pedido por el propio deudor). El deudor que solicite la declaratoria de su propia quiebra, debe hacerlo dentro del plazo establecido en el artículo 1.500, si lo hace después, se admitirá su petición, pero quedará sujeto a la calificación de quiebra culpable, debiendo en todo caso acompañarse los documentos señalados en el artículo 1.501. Empero, esta omisión no impide la declaración de quiebra.

Tratándose de sociedades o incapaces, se aplicará lo dispuesto en los artículos 1.487 y 1488.

El deudor quedará obligado a poner de inmediato todos sus bienes a disposición del juez en forma conveniente para que el síndico de la quiebra pueda tomar posesión de los mismos.

Precd: c. mtl. abrg. 502- 503 - 505- 506-

Conc: c. com. 1487- 1488- 1500- 1501 - 1542- 1656-

Consúltese en lo pertinente las anots. a los arts. 1487, 1486, 1500 y 1501.

La presentación, pasado el término establecido en el art. 1500, castiga la ley con la calificación de quiebra culpable (art. 1565, inc. 12) y la omisión total o parcial de la documentación que debe acompañarse (art. 1501), no impide la declaratoria; pero la no-presentación oportuna de los libros, que en el supuesto del convenio preventivo determina la declaratoria de quiebra (art. 1505), en el pedido de quiebra hecho por el propio deudor, hace que ella sea calificada de culpable (art. 1556, inc. 10).

El comerciante individual, puede hacer la presentación por si o por medio de persona debidamente apoderada, con poder expreso bastante, quien deberá cumplir con todos los requisitos exigidos al mandante para la presentación.

En el caso de las sociedades mercantiles, la presentación la harán los representantes legales, munidos de las autorizaciones previstas en el art. 1487 (v. la anot. respectiva), con la

documentación pertinente detallada en el art. 1501, en lo que les corresponda, y particularmente del testimonio de la escritura de constitución social y del certificado de inscripción en el registro de comercio, aspecto último este que sirve para determinar la quiebra culpable de las sociedades irregulares (arts. 1491 y 1656, 11).

En el caso de los incapaces, la documentación que presenten los representantes legales, debe comprender la autorización judicial para la continuación del ejercicio comercial prevista por los arts. 271 y 353 del c.f. y por los arts. 14, 15 y 16 del Código.

Tratándose de una sucesión (fracción final del art.) la legitimatio ad processum, corresponde a los herederos, o al albacea, si lo hay (art. 1225, c.c.), si aún no ha sido aceptada la herencia (para lo que la ley concede plazo de 10 años según el art. 1029 del c.c., si no ha mediado acción interesada para hacerle reducir según el art. 1023 del mismo cuerpo legal).

Si el pedido del deudor fuere desestimado, este puede oponerse a la resolución negativa, mediante apelación (Rodríguez), porque el ejercicio de su iniciativa, si bien es, en general, una obligación, también es un derecho, porque no es menos verdad, en este último aspecto, que con la declaratoria se propone ejercer una facultad permitida por la ley, de pagar a sus acreedores en la forma que ella prevé para los casos de insolvencia.

Respecto del procedimiento subsiguiente a la presentación del propio deudor, no cabe otra cosa que la resolución del juez, una vez que la demanda del propio interesado, que equivale a una confesión, no precisa más pruebas.

ARTÍCULO 1.548.- (Quienes no pueden solicitar la quiebra), No pueden solicitar la quiebra los ascendientes o descendientes del deudor, así como el cónyuge y cesionarios que hubieran adquirido sus créditos.

Conc: c. com. 1542- 1543-

Esta restricción de la ley respecto del cónyuge, ascendientes y descendientes del deudor, obedece indudablemente a consideraciones morales evidentes.

Tocante a los cesionarios que hubieren adquirido créditos del deudor, parece que cabe una discriminación necesaria: el art. ha de considerarse referido a los cesionarios a título gratuito (art. 393, c.c.) y no a los cesionarios a título oneroso, ante quienes el cedente (el deudor en quiebra en este caso) esta obligado a garantizar la existencia y la titularidad del crédito cedido y

a responder por el en caso contrario y cuando ha garantizado expresamente la insolvencia del cedido (c.c. arts. 392 y 394), con la obligación de resarcir inclusive daños, cuya ejecución puede dar lugar a la denuncia de la quiebra por parte del cesionario, si el cedente aparece en estado de hecho de cesación de pagos.

En la jurisprudencia comparada (v. gr. la argentina, cit. de Malagarriga), también se considera excluido de la iniciativa al acreedor con garantía específica y sólo aceptable para la iniciativa al acreedor con privilegio general, o por insuficiencia de la garantía, al menos, al que la tiene específica. Se arguye como razón valedera el carácter de crédito especialmente privilegiado que distingue al del acreedor con garantía prendaria o hipotecaria, para el que rige respecto de su crédito el principio prior in tempore (v. lo pertinente en la anot. al art. 1542). Sin embargo, no caben mayores comentarios en el caso, habida cuenta el principio ubi lex non distinguit.

ARTÍCULO 1.549.- (Desistimiento). Iniciada la acción, ni el deudor ni el acreedor podrán desistir de la demanda de quiebra, salvo que el primero demuestre, antes de la publicación de edictos, que ha desaparecido su estado de cesación de pagos.

Conc: c. com. 1542

Comprendido en la anot. al art. 1542.

ARTÍCULO 1550.- (Quiebra del titular de varias empresas). Si la quiebra se origina por deudas contraídas en la explotación de una empresa unipersonal y el comerciante fuera también único titular de otras, todas ellas serán sometidas al procedimiento de quiebra ante el mismo juez. Empero la liquidación de cada empresa se mantendrá separada y los remanentes obtenidos en alguna de ellas pueden ser distribuidos entre los acreedores de las otras empresas.

Conc: c. com. 1542- 1543- Tdo. Mvo. 35 a 48-

Para que el procedimiento de la quiebra llene su objetivo esencial: igual trato de todos los acreedores, debe ser único dice Vivante. Ello implica que debe comprender todo el activo y todo el pasivo del quebrado. Así el comerciante ejercite diversos comercios, en distintos lugares y haya destinado a cada uno de ellos un capital separado, no puede pronunciarse contra el más que una sola sentencia, en el lugar donde tiene su principal establecimiento (art. 1492), esto es, donde dirige sus negocios y, consiguientemente, donde tiene sus libros, su caja, su archivo, su banca. Declarada la quiebra, el mismo juez conoce de todas las causas que tienen origen en la declaración de la quiebra.

Para el supuesto del comerciante que tenga diversos establecimientos en distintos países, se aplican los tratados respectivos. Según el de Montevideo de 1889, v. gr., sus arts. 35 a 48, aseguran el pago de los acreedores locales mediante los respectivos procesos de quiebra que deben abrirse en cada uno de ellos, afectando los bienes existentes en los mismos con entera separación y aplicando en cada país las leyes locales. En los casos no regidos por tratado, se aplica la previsión del art. 1543, inc. 6).

ARTÍCULO 1.551.- (Contenido del auto declarativo de quiebra). El auto, además de disponer expresamente la declaratoria de quiebra, de individualizar al deudor o deudores y en su caso a los socios ilimitadamente responsables, deberá contener:

- 1) El nombramiento del síndico y la determinación de la caución que debe otorgar;
- 2) Prohibición al quebrado para ejercer los derechos de disposición y administración de los bienes. Ella se anotará en los registros correspondientes;
- 3) Potestativamente, la detención del quebrado, o en su caso, orden de cursar las comunicaciones necesarias para asegurar el cumplimiento del artículo 1.587;
- 4) Orden a terceros para que entreguen al síndico los bienes del quebrado, adoptando las medidas necesarias para hacerlas efectivas;
- 5) Orden al quebrado para que entregue al síndico inmediatamente los libros de contabilidad obligatorios y voluntarios, así como los documentos y demás papeles, intimándolo para que dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1.501, si no lo hubiera hecho hasta entonces;
- 6) Orden al correo, telégrafos y análogos para que entreguen al síndico toda la correspondencia y comunicaciones dirigidas al quebrado;
- 7) La prohibición a los deudores del quebrado de hacerle pago o entregarle bienes directamente, con apercibimiento de doble pago en su caso;
- 8) Intimación al quebrado para que, dentro de veinticuatro horas, constituya domicilio procesal en el lugar de tramitación del juicio, con apercibimiento de tenerlo por constituido en los estrados judiciales;
- 9) La fijación de una fecha límite para que los acreedores presenten sus peticiones de reconocimiento de créditos y los documentos que acrediten sus derechos. Aquélla no será mayor de treinta días después de la publicación del último edicto, y
- 10) La convocatoria a la primera junta de acreedores para considerar y votar el convenio resolutorio cuando sea propuesto por el deudor o para conocer el informe del síndico, la cual se celebrará dentro de los diez días siguientes del plazo conferido a los acreedores en el inciso anterior, fijándose el lugar, día y hora, con apercibimiento de realizar válidamente cualquiera sea el número de acreedores concurrentes.

Precd: c. mtl. abrg. 520- 521 - 556- 558- 559-

Conc: c. com. 19-1501-1546-1552-1558-1560-1571-1573-1582-1586-1587-1625-1626-1631-1664-1676- Rgto. rg. com. 25-

El auto declarativo de quiebra, cuyo contenido regula este art. es una resolución que la doctrina, en general (Messineo Rodríguez, v. gr.) y la mayor parte de las legislaciones (v. gr. las leyes de quiebras italiana, art. 16, y mexicana art. 15) consideran sentencia. Se objeta esta definición, porque la resolución comentada no reúne los requisitos formales propios de la sentencia y se dice que no resuelve una cuestión de fondo (no es definitiva) ni una cuestión incidental (no es interlocutoria). Rodríguez, la estima interlocutoria, porque pone fin al incidente de declaratoria de quiebra, que se abre con la demanda del deudor, de los acreedores o de oficio, que admite prueba y que forzosamente debe ser concluido. El fondo del problema así como el tipo de sentencia que sea, es problema arduamente discutido por mercantilistas y procesalistas. Los puntos de vista más destacados, son:

- 1) Es de carácter ejecutivo, de naturaleza semejante a la que se pronuncia en un proceso de ejecución individual (en el que, según el ordenamiento patrio se denomina auto de intimación o auto de solvendo, según la legislación abrogada).
- 2) Es de conocimiento: a) simple, de carácter auténticamente declarativo; b) de carácter cautelar de conocimiento; c) es un título ejecutivo para la ejecución concursal.
- 3) Es un acto de naturaleza administrativa.

Con tales antecedentes, Rodríguez en función de la legislación mexicana- cuyas reglas similares a las del Código, además de hacer inferir que aquella es fuente probable de este en muchos aspectos relativos a la materia, permiten adoptar las conclusiones del autor citado- estima que la sentencia o auto que declara la quiebra, tiene carácter declarativo - constitutivo (*), porque en ella se distingue claramente:

Primero: una actividad declarativa, que recae sobre: los supuestos de la quiebra: calidad de comerciante y cesación de pagos (art. 1542 y primera fracción del art. en examen); b) declaración especial en los casos extraordinarios, como los comprendidos, v. gr., en los incs. 1 y 2 del art. 1543; c) declaración de competencia (art. 491, p.c. y c. com. 1492); d) época de la quiebra.

Segundo: una actividad constitutiva, que crea el estado jurídico de la quiebra (art. 1542), que crea la masa pasiva (art. 1591) y la situación de indisponibilidad del patrimonio del deudor (art. 1582).

El contenido, detallado en el art., que no precisa mayores explicaciones, puede resumirse en los siguientes puntos:

I) Disposiciones relativas a los órganos de la quiebra: a) sindicatura (inc. 1), b) intervención (art. 1571); c) convocatoria de junta de acreedores (inc. 10).

II) Disposiciones relativas a la publicación y registro de la declaratoria (inc. 2, i.f. y art. 1552); a la situación de los acreedores (inc. 9) y a la situación del quebrado (incs. 3 y 8).

III) Disposiciones sobre el aseguramiento de bienes (art. 1604) y particularmente: a) orden de entregar libros, balances y toda la documentación (inc. 5); b) privación de la administración de los bienes (inc. 2); c) prohibición de hacer pagos y entregar bienes al quebrado (incs. 4 y 7); d) órdenes a correos y telégrafos (inc. 6).

JURISPRUDENCIA

1.- "La detención (del quebrado) tiene carácter preventivo y su finalidad es la de precautelar los intereses de las personas afectadas por la quiebra, lo que hace inexcusable la fianza para conceder la libertad" (Lab. Jud. 1973, p. 91).

2.- Véase los casos del art. 1625 y N° 1 del art. 1631.

ARTÍCULO 1.552.- (Publicación). El auto que declare la quiebra será publicado por edicto durante tres días consecutivos en un órgano de prensa, como se indica en el artículo 1.494, haciendo conocer las disposiciones del artículo 1.551 incisos 1), 2), 4), 5), 7), 8) y 10).

Esta publicación deberá realizarse dentro de las veinticuatro horas de dictado el auto respectivo, bajo responsabilidad del secretario.

Precd: c. mtl. abrg. 553- 554- 555- L. 11 Oct. 1924, art. 7-

Conc: c. com. 1494 - 1551 - 1555 - 1653 - 1681 - Rgto. rg. com. 23 -

Comprendido en las anots. a los arts. 1494, 1551 y 1555.

ARTÍCULO 1.553.- (Apelación - Revocación). Contra la resolución que niegue la quiebra procede el recurso de apelación en ambos efectos que se interpondrá por el acreedor afectado dentro de

los tres días de su notificación. En igual término podrá plantear el deudor la revocación del auto declarativo de quiebra, fundando su pedido en el hecho de no hallarse su caso comprendido en el artículo 1.489 ó por no encontrarse en estado de cesación de pagos. La negativa a la petición del deudor da lugar al recurso de apelación, pero sólo en el efecto devolutivo.

Conc: p.c. 224- 225- c. com. 1489- 1499- 1545- 1555-1557-

Comprendido en la anot. del art. 1544. Aunque no lo dice el art., cabe admitir que el acreedor que se crea perjudicado por la revocatoria de la declaración de quiebra, puede también apelar por aplicación de la regla del art. 218 del p.c., a mérito de lo dispuesto por los arts. 3, 1499 y 1557 del Código.

JURISPRUDENCIA

1.- "Las providencias que ordenan francatura de testimonios y admiten la personería del apoderado del quebrado, sin que en ellas se haya resuelto nada sobre la revocatoria de la quiebra y la prisión del quebrado, no son autos definitivos ni causan gravamen irreparable a los recurrentes, siendo inadmisibile el recurso de nulidad conforme a lo dispuesto por el art. 817 (255) del p.c." (G.J. N° 1227, p. 13).

2.- Véase el caso único del art. 1629.

ARTÍCULO 1.554.- (Extinción por pago de deudas). La extinción del procedimiento sólo puede tener lugar si el deudor, dentro de los cinco días de su notificación con el auto de declaración de quiebra, deposita o consigna el importe de los créditos cuyo incumplimiento dio lugar a la declaratoria de quiebra, más sus accesorios.

Conc: c.c. 351, 1) - p.c. 507, 7) - c. com. 1556 - 1557 -

El pago es el medio por excelencia de extinción de las obligaciones y como excepción en la vía ejecutiva, particularmente,

ha de ser considerada la primera (Reus). Tiene carácter perentorio y cuando ha sido opuesta con evidencia documentada (p.c. art. 507, 7), que en el caso se configura con el depósito o consignación permitidos por el art., ya no tiene razón, en manera alguna, el ejercicio de ninguna acción. El pago, aún como resultado del procedimiento, sea mediante convenio, sea mediante la realización de la masa de la quiebra, concluye dicho procedimiento (art. 1642). En el supuesto del art. con igual, sino con mayor razón.

Esta forma de pago, puede hacerse directamente, sin alegarle o prometerle en la contestación u oposición que según el art. 1545 debe hacer el deudor dentro de los tres días siguientes a su notificación, o precisamente como fundamento y prueba de su oposición, alegando no hallarse su caso comprendido en el art. 1489 o no encontrarse en estado de cesación de pagos (art. 1553), alegación que se demuestra incontrovertiblemente con el depósito o la consignación de los créditos cuyo incumplimiento dio lugar a la apertura del procedimiento. Opuesto como excepción en la contestación (para lo que el deudor tiene 3 días de plazo), cuenta aún con dos días el deudor (según el plazo señalado por el art. en examen) para efectuar el pago y acreditar su excepción u oposición.

El plazo señalado por el art. es perentorio, lo que supone que vencido el, esta facultad caduca y el procedimiento ha de seguir adelante con todas sus secuelas.

La consecuencia es la que señala el art. 1556: las cosas vuelven al estado anterior a la declaratoria, salvo los actos legales de la sindicatura y los derechos legítimamente adquiridos por terceros, por efecto de la declaratoria en ese lapso.

ARTÍCULO 1.555.- (Revocación del auto). En caso de revocatoria del auto declarativo de quiebra por inexistencia de causa justificada hace, a quien solicitó la quiebra, responsable de los daños y perjuicios causados al deudor en el monto determinado por el juez.

Esta revocatoria se notificará y publicará en igual forma que la declaración de quiebra.

Conc: c. com. 1552- 1553- 1557-

Comprendido en la anot. al art. 1544. La publicación que ha de hacerse conforme prevén los arts. 1494 y 1552, comprende la inscripción en los registros correspondientes (art. 1551, inc. 2, i.f.)

ARTÍCULO 1.556.- (Extinción por pago). Extinguido el procedimiento de quiebra por pago de las deudas, volverán las cosas al estado que tenían antes de la misma, debiendo sin embargo respetarse los actos de administración legalmente realizados por el síndico y los derechos adquiridos durante la misma por terceros de buena fe.

Conc: c. com. 1554 - 1557 -

Comprendido en la anot. al art. 1554.

ARTÍCULO 1.557.- (Aplicación subsidiaria de normas). Para los casos enunciados en los cuatro artículos anteriores, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Conc: p.c. 215- 218- 507- 509- c. com. 1553- 1554-1555- 1556-
Comprendido en la anot. al art. 1553.

SECCIÓN II SÍNDICO

ARTÍCULO 1.558.- (Síndico). El síndico designado por el juez quedará encargado de la custodia y administración de los bienes de la quiebra, así como de su liquidación, y tendrá bajo la dirección de aquél, las facultades y obligaciones que correspondan a un- sustituto procesal del quebrado. El juez puede limitar tales facultades.

Precd: c. mtl. abrg. 592- 593 - L. 11 Oct. 1924, art. 5-

Conc: c. com. 1551, 1)- 1562- 1567- 1570- 1572- 1689-Rgto. rg. com. 25-

Según Rocco (cit. de Rodríguez), la figura del síndico y la sindicatura tienen antecedentes que se remontan al derecho romano, en el que presentan diversas estructuras y según Malagarriga la denominación de síndico, se usó por primera vez en los estatutos florentinos (sindaco). Esta denominación esta generalizada, con algunas excepciones, v. gr. comisarios en las legislaciones abrogadas de Bolivia y México, curador en Italia, trustee en los Estados Unidos.

Su evolución histórica, denota dos concepciones diversas: la que la considera como función representativa de los intereses de los acreedores, quienes intervienen en su designación, y la que la inviste con el carácter de una función pública, concepción esta última característica de la doctrina española. La L. de quiebras italiana (art. 30), superando la regulación de su precedente legislativo que conceptuaba al síndico como representante de los acreedores, le considera expresamente funcionario público y Messineo destaca que, como tal y pudiendo el síndico, en cada caso, promover los derechos del acreedor, o bien los del quebrado, o bien los de la quiebra como tal (como masa activa), o asegurar el respeto a los intereses generales, no puede ser asimilado a la figura del representante, esto es, que ejerce una función pública como órgano activo de la quiebra en su función ejecutiva concursal. El ordenamiento del Código (art. 1559), le confiere carácter de función pública al atribuirle calidad de auxiliar de la justicia, lo que tiene relevancia por la índole de las funciones que cumple, antes que por la prohibición a que dicho art. 1559 parece reducir los efectos de tal cualificación, prohibición que, por lo demás, esta

consignada en la regla general del derecho común (c.c. art. 592, incs. 2, 3 y 5), aplicable al caso por disposición del art. 1 del Código. Igual conclusión se infiere del art. 1566, que asimila al síndico a los funcionarios públicos en la aplicación del ordenamiento punitivo, que le corresponda en su caso.

Esto indica que el ordenamiento del Código, se aparta de la teoría de la representación que, en la doctrina, considera al síndico representante del deudor o de los acreedores que constituyen una comunidad particular, o de la masa concursal considerada por algunos con personalidad jurídica, y adopta la teoría de la función, según la cual el síndico no es un representante, sino un órgano oficial (que actúa en virtud de un derecho propio y en su propio nombre: Rodríguez y disposiciones de los incs. 4, 6 y 7, v. gr.), ya se diga que es un funcionario público en su calidad de auxiliar de la justicia, que dispone del patrimonio del quebrado para los efectos de su liquidación, ya se trate de persona que actúa tutelando intereses privados, dotado por consiguiente de una representación legal.

De ahí que no parece propio que se le considere un sustituto procesal del quebrado (como declara expresamente el art. en examen), porque el síndico no es nombrado para el solo fin de hacer las veces del quebrado.

Según estas consideraciones y atendida las múltiples funciones que la ley encarga al síndico, puede adoptarse, como adecuada, la definición que Rodríguez propone: persona encargada de los bienes de la quiebra, de asegurarlos y administrarlos, y, no habiendo convenio, de proceder a su liquidación y a la distribución de lo que por ellos se obtuviere, entre los acreedores reconocidos.

En su actuación, esta sometido a la dirección del juez, que es la primera figura entre los órganos del procedimiento de la quiebra (v. la anot. al art. 1542, i.f.) y a la vigilancia de la intervención (art. 1570).

ARTÍCULO I.559.- (Calidad de auxiliar de la justicia). En el desempeño de su función, el síndico tiene la calidad de auxiliar de la administración de justicia. No puede adquirir los bienes del deudor directamente ni por interpósita persona.

Precd: c. mlt. abrg. 602, 1)

Conc: c.c. 592, 2), 3) y 5) - c. com. 1490- 1565- 1569-1582-

Comprendido en las anots. a los arts. 1542 y 1558.

ARTÍCULO 1.560.- (Personas que pueden ser síndicos). El nombramiento de síndico puede recaer en entidades bancarias, en abogados, licenciados en economía auditoría, administración de empresas o contadores con título en provisión nacional y por lo menos con cinco años de ejercicio profesional.

Precd: c. mtl. abrg. 594 -

Conc: c. com. 1506, 5) - 1551, 1) - 1689 -

El art. regla la designación del síndico, siguiendo las tendencias modernas de la legislación italiana, belga y alemana, más próximas a la tradición española según Rodríguez, que tienen en cuenta, como principio medular, que el procedimiento de quiebra es una institución de interés público.

El juez tiene plena libertad para hacer la designación, pero dentro de las reglas de criterio que señala el art. y teniendo en cuenta las prohibiciones contenidas en el art. 1562 (infra). Si la designación recae sobre una entidad de crédito, esta actuará por medio de sus representantes o de apoderado especial. En el supuesto de reapertura de la quiebra (art. 1652), puede ser designado el mismo síndico u otro si el anterior no pudiere desempeñar ya la sindicatura.

La sección ha omitido la regulación de la caución que debe prestar el designado para el desempeño de sus funciones, prevista en el inc. 1, i.f. del art. 1551. Según la legislación mexicana (art. 43, cit. de Rodríguez), ella debe ser bastante a juicio y bajo responsabilidad del juez, debiendo correr los gastos que ocasione su constitución por cuenta de la masa de la quiebra. Cuando la designación recae sobre instituciones de crédito, la legislación comparada aquí citada, las exime de ese requisito porque se presume que tienen solvencia reconocida.

En la quiebra de Bancos, instituciones de crédito o entidades aseguradoras, la sindicatura debe recaer siempre en el órgano administrativo de fiscalización; según los casos, el Departamento de fiscalización del Banco Central o la Superintendencia nacional de seguros y reaseguros (art. 1689 y Lea. art. 161).

No es una función obligatoria, sino voluntaria. La aceptación, negativa y renuncia de la sindicatura ya aceptada y ejercitada en parte, están reguladas por el art. siguiente (1561), cuya claridad no requiere mayores comentarios. Cabe indicar, solamente, que la renuncia injustificada y, más aún, el abandono de las funciones sin esperar la asunción de ellas por el designado en su reemplazo, pueden dar lugar al resarcimiento de los daños que ocasionen, por aplicación de las reglas generales.

ARTÍCULO 1.561.- (Ejercicio voluntario). El ejercicio del cargo de síndico es voluntario. La persona designada puede aceptar o excusarse dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación con su nombramiento. Si no lo hiciera, se entenderá que la rechaza debiendo nombrarse a otra.

Aceptado el cargo, solamente puede renunciar por justa causa que impida su desempeño, calificada por el juez. El renunciante debe seguir en el ejercicio de sus funciones hasta la posesión del reemplazante.

Conc: c. com. 1606 -

Comprendido en la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 1.562.- (Personas que no pueden desempeñar el cargo). No pueden ser síndicos: el cónyuge o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el juez, el quebrado o los administradores de la empresa, así como las personas inhabilitadas para el ejercicio del comercio o aquellas que hubieran prestado servicios profesionales al quebrado en los dos últimos años.

Conc: c. com. 1558 -

Comprendido en la anot. al art. 1560.

ARTÍCULO 1.563.- (Atribuciones y deberes del síndico). Son atribuciones y deberes del síndico:

- 1) Tomar posesión de la empresa y demás bienes del fallido y encargarse de su administración;
- 2) Dentro de los quince días siguientes a su posesión, elevar informe de la auditoría practicada o elaborar el balance general, inventario y demás estados e informar al juez y a los acreedores sobre el estado de la empresa con su opinión fundada sobre el mismo. El juez, si hubieran motivos que así los justifiquen, puede ampliar el plazo para dicha presentación;
- 3) Rendir cuenta al juez e informarle, mensualmente, sobre su gestión y marcha del proceso de liquidación e informar extraordinariamente, cuantas veces el juez lo requiera;
- 4) Llevar o disponer, en su caso, bajo su responsabilidad que se lleve la contabilidad de la propia quiebra, adoptando el sistema más adecuado a ésta;
- 5) Tramitar las inscripciones hipotecarias sobre los bienes del quebrado a nombre de la masa;
- 6) Ejercitar y continuar todos los derechos y acciones correspondientes al deudor, con relación a sus bienes y a la masa de la quiebra, contra terceros y contra determinados acreedores de aquella, excepto en los casos estrictamente personales;

7) Intentar todas las acciones necesarias para la conservación y reintegración de la masa de la quiebra, así como atender las solicitudes de restitución de los bienes que deben separarse de la misma, y

8) En general, solicitar todas las medidas dispuestas por este Capítulo y otras necesarias para la rapidez y economía del trámite de la quiebra.

Precd: c. mtl. abrg. 598- 599- 600- L. 11 Oct. 1924, art. 5-

Conc: c. com. 324-1539,7)-1567-1568-1569-1578,1)-1605-1607-1617-1660-1692,3)

Las atribuciones y deberes consignados en la enumeración del art., que responden a la teoría de la función (v. la anot. al art. 1560) y que se explican claramente por si mismos, no son todos los dispuestos por el Capítulo (inc. 8) y ellos están complementados o ampliados en diversas normas subsiguientes, cuya relación ejemplificativa y resumida, es la siguiente:

- Obligación de guardar secreto sobre la correspondencia del quebrado (art. 1569).
- Facultad de exigir la labor coadyuvante dispuesta en el art. 1586.
- Incautación de bienes y documentos para su aseguramiento (art. 1604).
- Posesión y medidas conservativas de los bienes del quebrado (art. 1605).
- Disposición inmediata de bienes perecederos y otros (art. 1607).
- Cobro de créditos del fallido y medidas conservativas de los derechos de este (art. 1610).
- Venta de bienes que garantizan obligaciones del deudor o pago de las garantías específicas para conservar para la masa los bienes gravados (art. 1614).
- Los otros actos de administración enumerados en el art. 1617.
- Rescisión de los contratos de trabajo con el personal del quebrado y mantenimiento del que se considere necesario para la administración y liquidación de la quiebra (art. 1620).
- Informar sobre los bienes realizados, presentando la propuesta de distribución del producido y rendir cuentas (arts. 1563, 3) y 1634).
- Proponer la distribución complementaria del producido (art. 1638).
- Informar sobre las posibles causas de la quiebra, para la calificación de la misma (art. 1660).

JURISPRUDENCIA

"El apoderado del quebrado no puede tener injerencia ninguna en los negocios de aquel, correspondiendo al comisario de la quiebra (síndico, según el art. 1563 del c. com. vigente), la representación de los intereses de la firma fallida" (G.J. N° 1240, p. 43).

ARTÍCULO 1.564.- (Honorarios). Los honorarios del síndico se regularán por el juez de la causa, teniendo en cuenta los servicios prestados y la importancia de la quiebra, así como la forma de conclusión de la misma.

Precd: c. mtl. abrg. 604 -

Conc: Const. 7, j) - c. com. 1541 -

El del síndico es un trabajo remunerado, como es y debe serlo todo trabajo, según imperativo constitucional (art. 7, j) Const.). Su determinación, por razón de cuantía, forma y oportunidad de pago, etc., corresponde al juez.

ARTÍCULO 1.565.- (Remoción del síndico - Licencia). El juez puede remover al síndico de oficio o a petición de parte, por negligencia, falta grave o mal desempeño de sus funciones, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra.

Solo por motivos que impidan temporalmente el ejercicio del cargo, se puede conceder licencia al síndico, las cuales no podrán ser superiores a treinta días por año.

Precd: c. mtl. abrg. 605 -

Conc: c. com. 1559- 1566- 1572, 2) - 1653 -

El art. señala causas genéricamente mencionadas para la remoción, lo que implica que se deja al criterio del juez establecerlas según casos y circunstancias.

El mal desempeño del cargo, comprende toda infracción de las obligaciones que legalmente incumben al síndico. La falta grave, puede significar una actuación dolosa, como la de incurrir en las incapacidades que la ley señala (v. gr., infringir la prohibición del art. 1559 in fine, concordante con las de los incs. 2, 3 y 5 del art. 592 del c.c.). La negligencia es una conducta culposa.

ARTÍCULO 1.566.- (Sanciones penales). EL síndico que, en ejercicio de sus funciones, no cumpla con las disposiciones pertinentes, incurre en las sanciones previstas por el Código Penal para los delitos cometidos por los funcionarios públicos.

Conc: c.p. 142 a 156- 165- 302- c. com. 1565-

Aplicadas a la particular gestión del síndico, según casos y circunstancias, puede considerarse que el precepto en su genérica mención, sólo comprende algunas figuras delictivas en que como

funcionario público puede incurrir. V. gr.: peculado (art. 142), beneficio en razón del cargo (art. 147), negociaciones incompatibles con la función que ejerce (art. 150), incumplimiento de deberes (art. 154), abandono del cargo (art. 156), revelación de secreto (art. 302, concordante con el 1569 del c. com.). Todas las normas citadas, se entiende, corresponden al Código penal.

ARTÍCULO 1.567.- (Otorgamiento de poderes). Los deberes y obligaciones del síndico son indelegables. Sin embargo, podrá conferir poderes especiales y limitados para la administración, litigios y cobranzas, cuando los actos jurídicos respectivos así lo requieran o hubieran de realizarse en distinto lugar de aquel donde se encuentre el principal establecimiento del quebrado, con cargo a la masa de la quiebra y previa autorización del juez

Si la complejidad o volumen de los negocios del quebrado exigiera, a juicio del síndico, que en el lugar del principal establecimiento actúen uno o más mandatarios o coadministradores juntamente con el, deberá obtener la autorización del juez, precisando su número y alcance de las facultades que habrán de conferírseles.

Conc: c. com. 1558- 1563- 1568-

ARTÍCULO 1.568.- (Personal auxiliar de la sindicatura). El síndico, si la complejidad o volumen de la quiebra lo justifican, podrá también contratar los servicios de auxiliares o colaboradores ocasionales, así como abogados, licenciados en economía, auditoría y otros, con cargo a la masa de la quiebra. Para ello deberá pedir autorización al juez, precisando número de personas, tiempo de servicios, labores a realizar y remuneración.

El juez deberá tener en consideración, para conceder la autorización, el resultado probable de la tarea, la necesidad de colaboración y la importancia y tiempo de duración de los trabajos.

Conc: 1563, 8) - 1567-

Estos dos arts. se explican por si mismos, una vez que sus determinaciones están dirigidas a facilitar al síndico el mejor cumplimiento de sus funciones, según la importancia y los requerimientos de la administración y la liquidación de la quiebra.

ARTÍCULO 1.569.- (Secreto). El síndico deberá guardar secreto en relación con la correspondencia y comunicación dirigidas al quebrado y entregara a éste las de carácter personal.

Conc: c.p. 302- c. com. 1559 - 1563 -

JURISPRUDENCIA

"La revelación (de secreto) es un delito especial que no puede cometerse sino por las personas que, ejerciendo empleo, cargo o profesión, tienen el deber de guardar secreto" (G.J. N° 299, p. 1285).

SECCIÓN III INTERVENCIÓN

ARTÍCULO 1.570.- (Finalidad y número). Para vigilar la administración de la quiebra y la actuación del síndico, se designara entre los acreedores uno a cinco interventores, según la cuantía e importancia de la quiebra.

Los interventores representarán a los acreedores en el trámite de la quiebra.

Igualmente, se podrá nombrar los suplentes necesarios.

Precd: c. mtl. abrg. 585 -

Conc: c. com. 1558- 1571 - 1578, 2) -

La intervención es otro de los órganos de la quiebra (v. la anot. al art. 1542, i.f.). Su función esencial consiste en representar los intereses de los acreedores, mediante la vigilancia de la administración de la quiebra y de la actuación del síndico.

Su designación se hace provisionalmente por el juez, en el auto declarativo (art. 1551), nominación que puede ser mantenida o modificada por la primera junta de acreedores en la forma prevista por el art. 1571.

Corresponden a la intervención las facultades enumeradas en el art. 1572, en las condiciones y con las responsabilidades que este fija, y que implican todas las actuaciones que se consideran necesarias en interés de la quiebra y de los acreedores.

ARTÍCULO 1.571.- (Nombramiento provisional). El juez en el auto declarativo de la quiebra nombrará provisionalmente a los interventores necesarios. La primera junta de acreedores determinara su número y designara interventores con carácter definitivo, pudiendo este nombramiento recaer en los designados provisionalmente por el juez.

Conc: p.c. 164- c. com. 1551 - 1570- 1578 -
Comprendido en la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 1.572.- (Facultades y responsabilidades). Los interventores estarán facultados para:

- 1) Reclamar las decisiones del juez y de las del síndico que fueran manifiestamente perjudiciales para los intereses de los acreedores o violatorias de los derechos concedidos por las leyes;
- 2) Solicitar al juez la remoción del síndico, cuando así lo hubiera dispuesto la junta de acreedores;
- 3) Ejercer las acciones de responsabilidad contra el juez, previa aprobación de la junta de acreedores;
- 4) Solicitar convocatoria a juntas extraordinarias de acreedores;
- 5) Informar oportunamente o por escrito a los acreedores, acerca de aquellas resoluciones del síndico o del juez que pudieran afectar a los intereses colectivos o particulares de alguno o algunos de los acreedores, y
- 6) Designar a uno o más interventores de su seno, para la fiscalización de todas las operaciones de la administración de la quiebra y de la liquidación o de las señaladas específicamente.

Para el mejor cumplimiento de sus funciones tendrán la más amplia libertad para examinar los libros, correspondencia, expediente de la quiebra y demás documentos.

El ejercicio de las funciones de los interventores es "ad honorem" en cuanto a la masa de la quiebra, pero pueden ser remuneradas por todos los acreedores proporcionalmente a sus intereses.

Los interventores son responsables del desempeño de su cargo frente a los acreedores.

La aceptación del cargo y su remoción se rigen por las disposiciones establecidas para el síndico.

Precd: c. mtl. abrg. 587 -

Conc: p.c. 747 y s. - c. com. 1558 - 1565 - 1573 - 1612 y s.- 1635-
Comprendido en la anot. al art. 1570.

SECCIÓN IV

ESTADO DE UNIÓN DE LOS ACREEDORES

ARTÍCULO 1.573.- (Junta general de acreedores). Por la declaratoria de quiebra se establece el estado de unión de los acreedores, cuya primera junta general deberá celebrarse de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 10) del artículo 1.551, bajo la responsabilidad del juez.

Se podrá convocar también a junta general extraordinaria, cuando se trate de resolver cualquier otro asunto no considerado por la junta general ordinaria.

Precd: c. mtl. abrg. 558- 561 -

Conc: c. com. 1551, 1) - 1572, 4) - 1579- 1591 - 1646-

La junta de acreedores es otro órgano de la quiebra (v. la anot. al art. 1542, i.f.). Funciona como organismo deliberante, de tipo discontinuo y ejerce funciones permanentes de vigilancia y control.

En la legislación abrogada, tiene carácter de organismo básico, particularmente para el reconocimiento de créditos. La reglamentación vigente, siguiendo la tendencia general de las nuevas corrientes legislativas, ha disminuido notoriamente sus atribuciones, pasándolas al juez, al síndico o a la intervención; disminución de atribuciones que, según observa Rodríguez, obedece no sólo a razones doctrinales que informan las nuevas orientaciones de la quiebra, sino también a experiencias de orden práctico que aconsejan evitar los inconvenientes y las dificultades que suponen las reuniones de un organismo pluripersonal y de funcionamiento discontinuo y cuya reunión requiere el cumplimiento de ciertas formalidades.

No obstante, en el ordenamiento del Código, aunque con atribuciones más limitadas que en la legislación abrg., conserva como en la legislación mexicana (cit. de Rodríguez), carácter deliberativo, el que se configura en la facultad de tomar ciertas determinaciones como, por ejemplo, la asignación de una suma mensual para la subsistencia del quebrado y su familia o definir la liquidación de los bienes de la quiebra o la continuación de la explotación de la empresa (incs. 3 y 4 del art. 1578). En la legislación italiana, los acreedores, intervienen en la quiebra, apenas mediante una comisión, como organismo consultivo y con facultad para que sus miembros puedan hacer individualmente algunas inspecciones, en ejercicio de funciones limitadas de vigilancia (L. de quiebras, arts. 40, 41).

Se la define como la reunión de los acreedores del quebrado, legalmente convocados, para expresar su voluntad colectiva en las materias que la ley atribuye a su competencia.

Del análisis de la definición dada, resulta que debe tenerse presente los elementos siguientes:

a) Debe tratarse de acreedores del quebrado. Para las reuniones anteriores al reconocimiento de créditos, tal carácter se acredita mediante la presentación de los documentos señalados en el art. 1576. El acreedor con crédito ordinario observado, no podrá concurrir a la junta hasta que la observación sea resuelta (art. 1574), pudiendo hacerlo simplemente como acreedor ordinario (quirografario) aquel cuyo privilegio (y no el crédito mismo) haya sido observado (art. 1575). Producido el reconocimiento de créditos (art. 1628), los acreedores reconocidos, acreditan su derecho a concurrir a la junta, con la resolución respectiva.

b) La junta debe ser legalmente convocada, de acuerdo con las disposiciones de la ley al respecto; v. gr. inc. 10) del art. 1551, atr. 1579, art. 1645, etc.

c) La reunión debe efectuarse legalmente, lo que implica la presencia física de los acreedores o de sus representantes, constituidos en alguna de las formas previstas por el art. 1580.

d) Nótese que la ley no exige quórum determinado de presencia o asistencia para la validez de la reunión de junta, aunque si exige quórum de votación; que debe alcanzar determinadas mayorías, para diversas resoluciones; v. gr. arts. 1577, i.f., 1646, 1).

e) Las juntas solo pueden tratar las materias que la ley atribuye a su competencia, según sean ordinarias; o extraordinarias, distinción que hace la última fracción del art., aunque sin precisar en disposición alguna, cuando ha de considerarse que son de una u otra índole. Puede estimarse que serán ordinarias, las convocadas para los fines del art. 1578 y 1 que deben celebrarse de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1551, inc. 10), para el conocimiento del informe del síndico sobre reconocimiento de créditos (art. 1645) y para conocer la rendición de cuentas e informe final del síndico (art. 1534), si es que se convoca a junta para este último supuesto. Se estimaran extraordinarias las que tengan por objeto tomar acuerdos que no se relacionan con los supuestos anteriormente señalados, tales v. gr. la remoción de interventores y, en general, aquellos a los que genéricamente alude el art. 1579, como otras juntas.

Según el art. 1578, la primera junta será presidida por el juez, bajo cuya responsabilidad de acuerdo al art. en examen, debe celebrarse ella al tenor de lo dispuesto por el art. 1551, 10). No se dice quien presidirá las demás juntas. En silencio de la ley y habida cuenta que el juez es la primera figura entre los órganos del procedimiento de la quiebra, en el que el impulso procesal de oficio (p.c. art. 2) tiene indiscutibles manifestaciones de prevalencia, parece autorizado admitir que todas las juntas deben ser o serán presididas por el juez. Esta conclusión también se

infiere de la fracción 2ª del art. 1578, que se refiere a las actas de las reuniones, que bien pueden referirse a las de una sola junta (art. 1579, 2ª fracción) como a las reuniones de diversas juntas.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 2 del art. 1542.

ARTÍCULO 1.574.- (Créditos impugnados). El acreedor ordinario cuyo crédito fuera impugnado judicialmente, no podrá tomar parte en las juntas de acreedores hasta que sea resuelto su caso.

Conc: c. com. 1575 - 1576
Comprendido en la anot. al art. 1573.

ARTÍCULO 1.575.- (Crédito privilegiado impugnado). El acreedor cuyo privilegio fuera impugnado judicialmente será admitido en las deliberaciones en calidad de acreedor ordinario, hasta que se resuelva la impugnación.

Conc: c. com. 1574 - 1576 -
Comprendido en la anot. al art. 1573.

ARTÍCULO 1.576.- (Titular de crédito líquido y exigible). El titular de un crédito líquido y exigible, podrá presentar sus documentos al síndico antes de celebrarse cualquier junta para ser admitido en ella, sin perjuicio de obtener, posteriormente, el reconocimiento de su crédito por el juez.

Precd: c. mtl. abrg. 564 -
Conc: 1574- 1575- 1626-
Comprendido en la anot. al art. 1573.

ARTÍCULO 1.577.- (Voto). Cualquier asunto sometido a la consideración de la junta de acreedores y que fuera de su competencia, será resuelto por el voto de la mayoría de acreedores que representen simple mayoría del capital, computable, salvo en los casos en los cuales el juez requiera una mayoría superior.

Para el cómputo de mayorías es aplicable el artículo 1.512.

Precd: c. mtl. abrg. 566- L. 11 Oct. 1924, art. 11 -
Conc: c. com. 1512 - 1589- 1672 -

El quórum de votación que establece el art., importa que el de presencia o asistencia debe ser por lo menos el mismo (v. la anot. al art. 1573, letra d), porque si la junta se reúne con cualquier número de acreedores concurrentes y de créditos representados, sin alcanzar las mayorías que en casos concretos fija la ley, la junta reunida en tales condiciones no tiene capacidad para tomar acuerdos y, si no obstante los toma, tales acuerdos no tendrán validez ni eficacia.

Tampoco parece conformada al ordenamiento general y al especial del Código, que los supuestos de la necesidad de una mayoría superior a la simple del capital computable, sea referida al arbitrio del juez, quien sólo podrá señalar y exigir las mayorías establecidas por la ley, según los casos, como, por ejemplo, para el acuerdo sobre el convenio resolutorio (arts; 1526 y 1646). Precisamente para esos fines, la fracción final del art., hace aplicable para el cómputo de mayorías en las juntas de acreedores en la quiebra, las regulaciones del art. 1512.

ARTÍCULO 1.578.- (Orden del día). La primera junta general de acreedores será presidida por el juez y tratará básicamente los siguientes asuntos:

- 1) Conocer el informe del síndico acerca de la quiebra;
- 2) Designar entre sus miembros a los interventores titulares y suplentes;
- 3) Estudiar la posibilidad y asignar una suma mensual para la subsistencia del quebrado y de su familia, a título de alimentos necesarios mientras dure el juicio, con cargo a la masa, y
- 4) Determinar la liquidación de los bienes de la quiebra o la continuación de la explotación de la empresa.

El juez, como presidente de la junta, proveerá lo necesario para el buen funcionamiento y orden de la junta y dispondrá el levantamiento de las actas de las reuniones que firmara con el secretario del juzgado, el síndico, el deudor, el interventor o los acreedores participantes.

Las actas no serán afectadas en su validez si el deudor o los acreedores omiten firmarlas.

Precd: c. mtl. abrg. 559 - 560- L. 11 Oct. 1924, art. 9 -

Conc: c. com. 1563, 2) - 1570 - 1571 - 1612 y s. - 1618 y s.- 1665-

De la rubrica del art. se infiere que la convocatoria debe contener el orden del día, al que debe sujetarse la reunión de la junta, de lo cual deriva la consecuencia de que cualquier resolución o acuerdo que recaiga sobre asuntos no comprendidos en el orden del día, serán nulos, salvo

(Rodríguez) el caso de junta totalitaria de acreedores, al que en tal supuesto se aplica por extensión la regla del art. 299.

Básicamente, por disposición de la ley, el contenido del orden del día, debe ser el que señala el art. en su enumeración sin perjuicio de otros puntos que el juez puede incluir, en su carácter de órgano de la quiebra encargado de hacer la convocatoria (art. 1551, 10).

Por lo demás, v. lo pertinente en la anot. al art. 1573 y la anot. al art. 1618 respecto del inc. 4).

Las fracciones penúltima y última del art., tienen carácter reglamentario suficientemente comprensible.

ARTÍCULO 1.579.- (Otras juntas). Podrán celebrarse cuantas juntas de acreedores acordare el juez, así como las que pidieran el quebrado, los acreedores o el síndico.

Si en una reunión no se agotaran los asuntos consignados en el orden del día, continuará la junta al día hábil siguiente, debiendo el presidente de la junta señalar la hora antes de levantar la reunión, sin necesidad de nueva citación.

Precd: c. mtl. abrg. 561 -

Conc: c. com. 1573 - 1646 -

Comprendido en la anot. al art. 1573.

ARTÍCULO 1.580.- (Concurrencia personal o por representantes). Los acreedores podrán concurrir a las Juntas por sí o por apoderado constituido por poder o por comunicación dirigida al juez.

Precd: c. mtl. abrg. 563 -

Conc: c. com. 1238 -

Comprendido en la anot. al art. 1573.

ARTÍCULO 1.581.- (Asistencia del fallido). Para toda junta se citará al quebrado, quien concurrirá personalmente o mediante apoderado.

Precd: c. mtl. abrg. 562 -

Conc: c. com. 1238 - 1523 -

A las juntas asisten el juez, el síndico, los interventores, los acreedores y el quebrado. Estos últimos pueden concurrir personalmente o por medio de apoderado. Todos ellos deben ser notificados personalmente: síndico, interventores, quebrado. Los demás acreedores, que no formen parte de la intervención, lo serán por la prensa.

JURISPRUDENCIA

"Cuando el poder no contiene la facultad para que el apoderado intervenga en el juicio de quiebra, el apoderado carece de personería para intervenir en el o interponer recursos" (G.J. N° 1355, p. 11).

SECCIÓN V

EFFECTOS DE LA QUIEBRA CON RELACIÓN AL FALLIDO

ARTÍCULO 1.582.- (Pérdida de la disposición y administración de los bienes). El auto declarando la quiebra del comerciante producirá de pleno derecho, a partir de su fecha, la pérdida de la administración y de la libre disposición de todos los bienes de que es titular, estén o no afectados al ejercicio del comercio, inclusive de los que pudiera adquirir a cualquier título, mientras no haya obtenido su rehabilitación.

Precd: c. mtl. abrg. 514 -

Conc: c. com. 19- 81, 6)- 1350- 1490- 1551, 2)- 1583-1599-

El art. señala el primer efecto de la quiebra de naturaleza patrimonial (Messineo), por cuya consecuencia el quebrado queda privado de la administración y de la disponibilidad de los bienes, presentes y futuros, comprendidos aún los que estén fuera de la actividad comercial o de la empresa en desequilibrio económico.

Esta disposición esta complementada por el art. siguiente (1583), que declara ineficaces (art. 821) los actos de disposición o de goce sobre esos bienes que otorgare el declarado en quiebra, de tal manera que las adquisiciones de derechos reales o de crédito por parte de terceros, posteriores a la quiebra y teniendo su título en actos de disposición del quebrado, no producen efecto alguno respecto de los acreedores de la quiebra.

Este efecto supone el desapoderamiento de los bienes del deudor. Respecto de su origen y evolución, se considera como su remoto antecedente la *missio in possessionem* del derecho pretoriano - romano (Malagarriga), que equivalía a lo que hoy se llama desapoderamiento. En el

derecho estatutario de las ciudades italianas y en las primeras reglamentaciones inglesas del siglo XV, el deudor era desapoderado de sus bienes. En el antiguo derecho español, las Partidas le reglamentan. Las Ordenanzas de Bilbao, disponen que se entregue a los cónsules las llaves de la casa fallida y se inventaríe lo que en ellas se encontrare para su entrega a un depositario nombrado al efecto, antecedentes todos que recogió el c. com. francés de 1807 y paso a la legislación moderna, en la que el desapoderamiento ha evolucionado en diversas direcciones: en algunos países sólo comprende los bienes del deudor hasta el momento de la declaratoria, en otros comprende los bienes habidos y por haber (v. infra)

El estado jurídico especial para el quebrado que crea la declaratoria de quiebra, no importa uno de incapacidad (Rodríguez), sino uno de limitación en el ejercicio de sus derechos en relación con los bienes que han pasado a integrar la masa de la quiebra, respecto de los cuales no puede realizar actos de dominio y de administración con eficacia en perjuicio de los acreedores concursales. Que la declaratoria de quiebra, no constituye en incapaz al quebrado, sino que solo tiene efectos de limitación objetiva de su capacidad, se ve en el hecho de que el quebrado conserva su capacidad de ejercicio en la esfera de derechos y de bienes que no están comprendidos en la masa, porque no son objeto de desapoderamiento (arts. 1584, 1588) y, aún más, en relación con los bienes ocupados puede obrar con efectos validos entre las partes, aunque no produzca efectos frente a los acreedores de la quiebra.

Esta pérdida de las facultades de administración y disposición sobre los bienes comprendidos en la quiebra, es lo que se designa técnicamente (Rodríguez) desposesión o desapoderamiento, términos ya varias veces empleados en las anots. precedentes y en esta, líneas arriba, sobre el instituto en estudio.

Expresan con precisión el alcance de los efectos de la declaratoria de quiebra: no suponen la pérdida del dominio de los bienes, sino solo de su disposición. El quebrado queda desposeído o desapoderado de sus bienes, lo que le impide seguir administrándolos y disponiéndolos. El quebrado conserva el dominio sobre todos sus bienes, pero estrictamente limitado y para los fines que justifican el instituto, de acuerdo a las disposiciones de la ley. Si se admitiera la pérdida de dominio, tal conclusión no podría conciliarse con el destino de su producido para satisfacer las obligaciones que han determinado su desapoderamiento y liquidación y menos con la devolución al quebrado del saldo que resultare de la liquidación y pago total, ordenada por la fracción 2º in fine del art. 1642.

El sistema del mantenimiento del dominio del quebrado y de pérdida de su administración, como medida precautoria en garantía de los intereses generales, predomina en la legislación

comparada (España, Francia, Italia, México, Argentina, etc.). En el derecho anglo-americano, la quiebra determina el paso fiduciario de la propiedad de los bienes a un trustee, que como fiduciario los liquida y distribuye su importe. En el derecho alemán, la quiebra se configura como derecho real de prenda en favor de los acreedores sobre los bienes del quebrado (cits. de Rodríguez).

La extensión del desapoderamiento, esta limitada a los bienes enajenables con valor patrimonial y, así, los bienes comprendidos en la masa quedan negativamente delimitados por virtud de las disposiciones del art. 1584, complementado por el 1588, que señala los excluidos de la masa y sobre los que, por consiguiente, el quebrado conserva las facultades de administración y disposición.

Los bienes enajenables que forman el activo de la quiebra, son los presentes y los futuros (art. 1603), esto es, los bienes del quebrado ya existentes en su patrimonio a tiempo de la declaratoria, y los que, después de ella, ingresen al mismo en el futuro por cualesquier títulos, v. gr., herencia, legado, donaciones, etc., expresamente considerados en el art. 1585, infra. La formación de la masa de la quiebra con todos los bienes presentes y futuros, es la nota distintiva del sistema franco- español, seguido por el Código: desde el momento en que el deudor es declarado en quiebra y hasta que esta queda concluida (por la liquidación de los bienes o por el cumplimiento del convenio), los acreedores pueden pedir la continuación de la quiebra, dentro de un plazo dado (reapertura, art. 1651), pero no la declaración de una nueva, como ocurre en el derecho germano, en el que la quiebra sólo comprende los bienes presentes, de manera que cuando el quebrado adquiere otros bienes con posterioridad a la declaratoria, estos no forman parte de la masa activa, por lo que para actuar sobre ellos ha de declararse nueva quiebra (cit. de Rodríguez).

JURISPRUDENCIA

Véase el caso único del art. 81.

ARTÍCULO 1.583.- (Nulidad de enajenaciones). La enajenación de bienes por el quebrado en contravención de lo dispuesto en el artículo anterior, no produce efecto alguno.

Precd: c. mtl. abrg. 514, 1) -

Conc: c. com. 1582 - 1600 -

Comprendido en la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 1.584.- (Bienes excluidos). Se excluyen de la aplicación de los dos artículos anteriores los siguientes bienes y derechos:

- 1) Los bienes inembargables por disposición de la Ley;
- 2) Los derechos de naturaleza estrictamente personal, aunque en forma indirecta tengan contenido patrimonial, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1.588;
- 3) Las indemnizaciones por daños físicos o agravios morales;
- 4) El usufructo de los bienes propios de los hijos menores del quebrado. Los frutos y rentas que correspondan al quebrado caen dentro de la quiebra, una vez atendidas las cargas que legítimamente hubieran;
- 5) Los frutos de la administración de los bienes propios del cónyuge del quebrado;
- 6) Los derechos sobre bienes ajenos no transmisibles o para cuya transmisión sea necesario el consentimiento del dueño, conforme lo dispuesto en el artículo 1.611.

En todo caso, el juez limitará las exclusiones precedentes que estime necesarias, teniendo en cuenta el carácter universal del procedimiento de quiebra.

Conc: p.c. 179- c. com. 1145- 1490- 1588- 1603- 1611-

El inc. 1), comprende en general todos los bienes indisponibles por determinación de la ley, cuya inembargabilidad esta regulada por el art. 179 del p.c., que por lo regular son objeto de uso estrictamente personal o familiar, que carecen de valor de cambio o solo tienen un valor estimativo.

Los sueldos, salarios y las pensiones de asistencia familiar, sólo son embargables hasta el 20% (art. 179, p.c.). Atendida la facultad concedida al juez en la ultima fracción del art., relativo a la posibilidad de limitar las exclusiones, habida cuenta el carácter universal del procedimiento de la quiebra, se observa que algunos bienes que la ley estima inembargables (maquinarias, útiles, herramientas, instrumental, etc., según el caso 9, del art. 179 del p.c.), pueden dejar de ser, a veces, inembargables, en función de la naturaleza de la quiebra, ya que, sería absurdo (Rodríguez) que, por ejemplo, en el caso de una empresa declarada en quiebra, no se comprendiesen en su masa los efectos, maquinaria o instrumentos propios para el efecto o giro de su operación mercantil.

El inc. 2) comprende los derechos estrictamente relacionados con la persona y cuyo pleno ejercicio reconoce al quebrado el art. 1588, primera fase, que son los relativos al estado civil o

político, así tengan indirectamente un contenido patrimonial, como v. gr. los incluidos en el inc. 5), que tienen un régimen legal especial definido por el art. 110 del c.f.

Los caracteres personalísimos de los derechos a que se refiere este inc., solo pueden ser ejercidos por la persona del quebrado, sin que quepa admitir substitución ninguna por razones de orden público. Según la doctrina (Rodríguez), estos derechos abarcan las capacidades personales (capacidad intelectual, cualidades artísticas o aptitudes deportivas) a cuyo ejercicio no puede ser obligado el quebrado y las ganancias que obtenga el quebrado después de la declaratoria de quiebra, por el ejercicio de esas actividades personales (incluido su trabajo personal: art. 1588, 2ª fase), solo pueden ser embargados en un 20%, quedando inembargable el 80% comprendido en la exclusión dispuesta por el inc. 1 (p.c. art. 179, 1) y c. com. 1588, 2ª fase).

El inc. 3), se refiere a otro caso de inembargabilidad expresamente establecida por la ley (art. 1145: beneficios del seguro de vida y accidentes personales).

El inc. 4), carece de aplicabilidad, una vez que el c.f. vigente (*) ha suprimido el usufructo legal de los padres, que la legislación comparada, en general, les reconoce. La contradicción entre uno y otro ordenamiento especial, deriva de la falta evidente de coordinación en las tareas codificadoras.

El examen del inc. 5) esta comprendido en el del inc. 2).

El inc. 6) dispone la exclusión de los bienes ajenos y de los derechos sobre bienes ajenos. Además de las previsiones del art. 1611, que se refieren concretamente al caso, ha de tenerse en cuenta que el precepto tiene relación con aquellos derechos sobre bienes ajenos que no sean transmisibles por su naturaleza o para cuya transmisión sea necesario el consentimiento del dueño, tales como los derechos de uso y habitación, así como los de servidumbre, por lo menos en los casos en los que el *intuitus personae* es motivo determinante de los mismos. El usufructo, en general, es embargable, por lo tanto no excluible (Vásquez del Mercado, cit. de Rodríguez).

Aunque la ley no especifica el caso, en la doctrina (Rodríguez, Malagarriga), se considera que algunos bienes sometidos o sujetos a privilegios posesorios, quedan excluidos de hecho y de derecho y no pueden ser comprendidos en la masa de la quiebra, por ejemplo los bienes del quebrado que se encuentra en poder de personas que pueden ejercer un derecho de retención sobre los mismos. Conclusión correcta que se funda en la interpretación combinada de las disposiciones legales (v. la anot. al art. 810).

JURISPRUDENCIA

"No es atendible ninguna exclusión de bienes de la quiebra, cuando la cesión ofrecida por el deudor no es aceptada por los acreedores quienes, más bien, obtienen la declaratoria de la quiebra, lo que hace que no tengan aplicación las leyes pertinentes a la cesión" (G.J. N° 1361, p. 27).

ARTÍCULO 1.585.- (Herencia, legados o donaciones). Las herencias, legados o donaciones instituidos en favor del fallido hacen parte de la masa de la quiebra.

Precd: c. mtl. abrg. 514, 2) -

Conc: c. com. 1603 -

Comprendido en la anot. al art. 1582.

ARTÍCULO 1.586.- (Labor coadyuvante). El quebrado o los administradores de la sociedad, en su caso, están obligados a prestar toda la colaboración requerida por el juez o el síndico, para el esclarecimiento de la situación patrimonial y la determinación de los créditos.

Asimismo, están obligados a comparecer cada vez que el juez lo requiera para aclarar situaciones o dar explicaciones, pudiendo ordenarse su apremio en caso de resistencia.

Conc: c. com. 1551 - 1559- 1657, 13) -

El quebrado omiso o renuente a prestar esta cooperación, impuesta por la ley, puede dar lugar a que se le declare quebrado fraudulento según el art. 1657, 13). (v. la anot. al art. 1610).

ARTÍCULO 1.587.- (Arraigo). La declaratoria de quiebra produce los efectos civiles y penales de arraigo para el quebrado, quien no podrá abandonar el lugar del juicio sin autorización del juez, si no se adopta otra medida precautoria.

Conc: p.p. 193 - com. 1507 - 1551, 3) -

El arraigo, si no se ha dispuesto la detención del quebrado (art. 1551, 3), es una atenuación notable de la legislación abrogada (c. mtl. art. 521, 1), que dispone el arresto del quebrado. El precepto ha sido adoptado del art. 87 de la L. de quiebras mexicana, casi literalmente.

El quebrado, por efecto de este art., debe presentarse ante el juez, ante el síndico, ante la intervención o ante la junta de acreedores, toda vez que sea requerido por alguno de dichos órganos de la quiebra, a menos que por causa de impedimento debidamente comprobado y con autorización del juez deba comparecer mediante apoderado.

Determinado el arraigo por la declaratoria de quiebra, su infracción es motivo de sanción sea en la forma que establece el ordenamiento punitivo para la desobediencia a la autoridad (c.p. art. 160), sea en el ámbito concursal que regula el Código, que puede influir en la calificación de la quiebra como culpable y aún fraudulenta, según casos y circunstancias (art. 1656, 8 y 1657, 10).

JURISPRUDENCIA

- 1.- "No se quebranta ninguna ley, ordenándose legalmente el arraigo" (G.J. N° 650, p. 23).
- 2.- "Es procedente el arraigo cuando se teme la fuga de la persona demandada, para que permanezca en el lugar del juicio, bajo apercibimiento de captura en caso de quebrantarlo" (G.J. N° 1290, p. 13).
- 3.- Véase el caso N° 1 del art. 1551.

ARTÍCULO 1.588.- (Ejercicio de derechos personales). El quebrado conservará el pleno ejercicio de sus derechos estrictamente personales.

Los ingresos obtenidos por su trabajo personal sólo podrán ser retenidos en las proporciones establecidas por Ley.

Los derechos relacionados con su patrimonio son ejercidos por el síndico.

Conc: c. com. 1584-

Las dos primeras fracciones del art. están comprendidas en la anot. al art. 1584. La 3ª fracción, es consecuencia obvia de lo dispuesto en el art. 1563, inc. 6).

ARTÍCULO 1.589.- (Muerte o incapacidad del quebrado). La muerte, incapacidad o inhabilitación sobrevinientes del quebrado no afectarán el trámite ni los efectos de la quiebra, debiendo decidirse sobre la persona que represente a los herederos o al quebrado, en el término de quince días de acaecida la eventualidad prevista, a su vencimiento lo decidirá el juez competente.

Conc: c. com. 1543, i.f.- 1577-

La muerte del declarado en quiebra, durante el curso del procedimiento no obsta la prosecución del mismo, aunque, es claro, que su desarrollo no podrá abarcar ya todas las consecuencias que hubieran sido posibles en vida del quebrado fallecido, al cual no pueden alcanzarle las sanciones legales que afectan directamente su individualidad, particularmente las de orden punitivo (art. 1668).

ARTÍCULO 1.590.- (Menores e incapaces). La quiebra de la empresa administrada en nombre de menores e incapaces no afecta a éstos como a personas y a sus demás bienes, debiendo responder sus representantes legales.

Conc c.f. 275 =339- 353- c.p. 343- c. com. 14- 15-

SECCIÓN VI EFFECTOS SOBRE RELACIONES JURÍDICAS ANTERIORES

ARTÍCULO 1.591.- (Unidad de acción). Desde la publicación del auto que declara la quiebra, ningún crédito contra el quebrado constituido con anterioridad podrá hacerse valer en juicio por separado.

Los juicios en tramitación se acumularán al de la quiebra, salvo los de expropiación y los fundados en relaciones de familia y laborales que se encuentren en trámite.

El auto de quiebra producirá la interrupción tanto de las prescripciones como de los términos en los juicios por acumularse.

Precd: c. mtl. abrg. 519 -

Conc: c.c. 1503 - c. com. 1490 - 1514 - 1573 -

Otro de los efectos de la declaratoria de la quiebra, afecta la capacidad procesal del quebrado, quien, pronunciada la misma, queda privado no sólo de la administración de los bienes, sino que pierde la facultad, que pasa al síndico (arts. 1563, 3, y 1610, v. gr.), de estar en juicio como actor o como demandado, a menos que se trate de acciones de orden estrictamente personal (art. 1563, inc. 6, i.f.), como los del estado civil, por ejemplo, o de aquellas para las que conserva su capacidad procesal, v. gr. las relativas a bienes o derechos cuya administración y disposición conserva, por razón de la exclusión prevista por la ley (art. 1584) y las cuales serán procesalmente atendidas por el quebrado sin intervención ninguna del síndico.

Aún en los procesos que correspondan a las atribuciones del síndico en representación de la masa, el quebrado puede intervenir en ellos con plena capacidad, si afectan, en alguna manera, a los bienes o derechos excluidos o estrictamente personales. Esa participación se considera admitida, inclusive en los procesos propios de la masa que atienda el síndico desde la declaratoria de quiebra (art. 1558), en carácter de coadyuvante (Rodríguez), lo que concilia perfectamente con la obligación que la propia ley atribuye al quebrado (art. 1586). Puede también actuar el quebrado en todos los casos de omisión del síndico, en favor de la conservación del patrimonio de la quiebra: un protesto cambiario para prevenir la acción de reembolso, notificación de una sentencia, solicitud de embargo conservativo, acción para interrumpir la prescripción, etc., supuestos en que actúa tanto en su propio interés, como en interés de la masa (Vivante).

Consecuencia de este efecto sobre la capacidad procesal del quebrado, que deriva de la universalidad del proceso concursal (p.c. art. 563; v. la anot. al art. 1490), es la unidad de acción que declara este art., exigida por la nueva condición del patrimonio del quebrado, cuya suerte se desarrolla en interés de la masa, más que de aquel, y que se manifiesta no sólo con relación a los procesos que se intentaren con posterioridad a la declaración, sino también para la continuación de los pendientes.

Así, es ante el juez de la quiebra ante quien debe iniciarse toda acción contra el quebrado, para pretender el reconocimiento o la ejecución de créditos y se acumularan a los autos de la quiebra todos los procesos pendientes. La universalidad de la quiebra, tiene fuero de atracción, se dice en la doctrina y también en algunas legislaciones (v. gr. la L. de quiebras argentina de 1902, substituida por la de 1933, cit. de Malagarriga), porque se señala gráficamente que la declaratoria de la quiebra atrae hacia el juez de la misma, todas las acciones judiciales contra el fallido con relación a sus bienes.

La acumulación alcanza a todos los procesos en trámite excepto los consignados en la salvedad de la 2ª fracción del art.: de expropiación, de orden familiar y de orden laboral. No se concreta el tratamiento que merezcan los procesos con sentencia pronunciada v notificada en estado de ejecutarse. Ha de considerarse aplicable por analogía lo dispuesto por el art. 573 del p.c. respecto del concurso civil.

La interrupción de la prescripción y de los plazos procesales para los procesos por acumularse, dispuesta expresamente para el caso, es consecuencia lógica de la alteración de procesos en

curso, que deben adecuarse a una nueva situación creada por la declaratoria de la quiebra (art. 1503 c.c., y 141 período 2o p.c.).

La controvertida cuestión de si la acumulación alcanza a todos los procesos en que interviene el quebrado, sea como actor o como demandado, ya fue resuelta por la doctrina francesa y por la que sigue la ley de enjuiciamiento española (Caravantes y también Manresa y Reus), según las cuales sólo las demandas contra el concursado o contra los bienes concursados, se acumulan al proceso del concurso, y cuando la quiebra es demandante, debe seguirse las reglas del procedimiento ordinario, esto es, que los pleitos iniciados por el fallido o por el síndico, corresponden a los mismos jueces a los que habría correspondido conocer si no hubiera tenido lugar la quiebra. Esta solución es la que regula el Código, según se ve de lo dispuesto por los incs. 6) y 7) del art. 1563 y por el art. 1610.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "La acumulación mandada por el art. 509 (564, III) del p.c. tiene por objeto facilitar el examen de los respectivos derechos de cada uno de los acreedores presentados y determinar su derecho preferente" (G.J. N°715, p. 10)
- 2.- "La acumulación de obrados, cuando existe en otro juzgado otra demanda sobre el mismo objeto, es en concepto del art. 77 (336, 3) del p.c. una excepción dilatoria (previa) que debe ser propuesta por el demandado en su tiempo oportuno, es decir, antes de la contestación de la demanda, conforme al mandato del art. 83 (337) del mismo cuerpo de leyes" (G.J. N° 1227, P. 34).
- 3.- "Declarada la quiebra, no se puede proseguir ningún juicio ejecutivo contra el comerciante fallido fuera del juicio de quiebra al cual debe acumularse aquel, cualquiera sea el estado en que se encuentre, conforme dispone el art. 519 del c. mtl. (1591 c. com.)" (G.J. N° 1251, p. 60).
- 4.- Véase el caso N° 1 del art. 1490.

ARTÍCULO 1.592.- (Vencimiento de plazos). Por efecto de la declaratoria de quiebra, todos los créditos se consideran de plazo vencido y dejan de devengar intereses de cualquier tipo frente a la masa, con excepción de los garantizados con privilegio, como hipoteca o prenda, los cuales podrán ser reclamados por sus titulares hasta donde alcance el producto de la realización de la respectiva garantía.

Precd: c. mtl. abrg. 514, 3)

Conc: c.c. 315 - c. com. 1598 -

La razón del precepto es simple: si la concesión del término implica confianza en la capacidad de cumplimiento del deudor, la declaración de quiebra es motivo más que suficiente para que esa confianza no pueda subsistir, porque ha desaparecido su fundamento. Es una aplicación a la materia del principio general del derecho común contenido en el art. 315 del c.c.

La suspensión del curso de los intereses tiene efecto solo con relación a 2a masa (así lo expresa el art.), lo que, según observa Malagarriga, implica que ella no se produce con relación al fallido y a los codeudores. Tampoco le tiene respecto de los créditos con privilegio específico (hipoteca o prenda)" en razón de que revisten precisamente ese carácter y cuyos intereses sólo serán hechos efectivos sobre lo producido de los, bienes afectados al privilegio. Los créditos con privilegio general, no están comprendidos en la excepción.

El art. habla de vencimiento de créditos, cuando sería más correcto y más propio hablar de vencimiento de obligaciones o deudas del quebrado, como en la generalidad de las legislaciones (v. gr. la L. de quiebras mexicana, art. 128 y L. de quiebras italiana, art. 55, parágrafo 2; v. la anot. al art. 1598). Tocante al efecto de este vencimiento anticipado respecto de la compensación, v. la anot. al art. 1599.

JURISPRUDENCIA

"Aunque los términos no están vencidos, conforme a lo dispuesto por el art. 779 (315) del c.c., el deudor que ha quebrado no puede reclamar el beneficio del término, porque se consideran como vencidos los plazos" (G.J. N° 1236, p. 64).

ARTÍCULO 1.593.- (Contratos en curso de ejecución). En los contratos en curso de ejecución en los cuales, a tiempo de declararse la quiebra, este totalmente cumplida la prestación a cargo del quebrado, el otro contratante debe cumplir la suya. En el caso inverso, el contratante no fallido deberá pedir el reconocimiento de su crédito por la prestación que le es debida y si hubieran prestaciones recíprocas pendientes, el contratante no fallido tiene derecho a pedir la resolución del contrato dentro de los veinte días de la última publicación de edictos.

El síndico podrá pedir al juez el cumplimiento del contrato tomando a cargo de la masa el pago de la prestación pendiente. Si hubiera oposición se substanciará como incidente.

Conc: c.c. 568- c. com. 1594- 1619-

De la interpretación combinada de los principios generales de derecho y de las reglas particulares del instituto en estudio con relación a los contratos de prestaciones recíprocas en ejecución, conforme aconseja Rodríguez, cabe señalar que:

1) La quiebra por sí sola, no es causa de conclusión de los contratos bilaterales pendientes de ejecución. Sin embargo, esta conclusión no es absoluta y tiene sus excepciones. Hay ciertos contratos que terminan por la quiebra de una de las partes.

Por ejemplo: el mandato (c.c. art. 827, 4), la comisión, por inhabilitación del comisionista (art. 1286), ya que en su sentido amplio la quiebra equivale a inhabilitación. La quiebra del comitente si bien según la disposición citada en la frase anterior, no causa la terminación del contrato, esta se produce de todos modos por efectos del art. 1604, cuyo mi. 3) ordena incautarse los bienes del fallido en poder de terceros; en la apertura de crédito, por la quiebra del acreditado (art. 1317, 5)- en el depósito, por la quiebra del depositario, como efecto de la separación de bienes (art. 1611); en la cuenta corriente, por incapacidad (que puede ser resultado de la inhabilitación consecuente a la declaratoria de quiebra) de uno de los cuentacorrentistas (art. 1301).

2) El contratante in bonis puede suspender la ejecución del contrato hasta que se le garantice su cumplimiento por la quiebra o que sea cumplido primero por ella.

3) El derecho de pedir la resolución de los contratos queda subordinado al derecho del síndico a cumplir. Este tercer punto, particularmente, puede considerarse comprendido en la 2ª fracción del art. y el juez dará su autorización, haya o no haya oposición, teniendo en cuenta el mejor interés de la masa.

Con relación a la facultad reconocida al contratante no fallido, en el segundo período de la primera fracción del art., ha de tenerse en cuenta que este tiene derecho a exigir, o una declaración explícita de cumplimiento, o a demandar la resolución del contrato (c.c. art. 568), porque la quiebra no determina por sí sola un incumplimiento de los contratos bilaterales pendientes de ejecución, sino una suspensión de los mismos por efecto de la regla inadimpleti non est inadimplendum (Rodríguez), lo que no supone una resolución automática.

ARTÍCULO 1.594.- (Inaplicabilidad de la resolución por incumplimiento). El auto de quiebra hace inaplicables las cláusulas contractuales que estipulen la resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento, cuando esa resolución no se produjo efectivamente o no se demandó judicialmente antes de dicho auto.

Conc: c.c. 569 - c. com. 805 - 1593 -

La disposición de este art. esta referida concretamente la cláusula resolutoria expresa u ordinaria. Como los efectos de esta cláusula se producen ipso iure, sin necesidad declaración judicial ninguna en una situación normal, dent del procedimiento de quiebra el art. deroga ese carácter. Si produjo antes del auto de quiebra, el contrato llega resuelto ya a ella y ninguna relevancia le queda para esta. Si la resolución ipso iure no se produjo antes de la declaratoria, lo que corresponde, declarada la quiebra, una vez que el contrato sigue vigente, es que el contratante no fallido pueda actuar como en el caso previsto en el art. anterior: demandar la resolución en el plazo señalado al efecto; pues, la exigencia del art. en sentido de que esa demanda se haya hecho judicialmente con anterioridad al auto de declaratoria de quiebra carece de base y de explicación, una vez que antes de la declaratoria, en una situación que ha de considerarse normal, es también normal que el contratante no-fallido espere la consecuencia ordinaria de la cláusula, sin tener por que demandar una resolución que normalmente debe operarse por ministerio de la ley, y que presentada la situación anormal de la quiebra tenga la opción de demandar esa resolución que por el acaecimiento de tal hecho y por disposición de la ley especial no puede ya esperar que se opere ipso iure.

Es posible admitir que se ha dado alguna confusión en la formulación del art., que haya inducido a tomar por inaplicabilidad de la resolución por incumplimiento, la inaplicabilidad de la condición resolutoria, que no suponen una misma cosa arts. 569 y 494, 500 a 503 del c.c.).

Se dice que los créditos sujetos a condición resolutoria se consideran en caso de quiebra como incondicionados. No supone esto estimar desaparecida la condición, sino que dada su naturaleza se la considera perfectamente exigible, sin perjuicio de que si la condición se cumple durante la quiebra puede repetirse el importe correspondiente, como podrá hacerlo el deudor Si el cumplimiento de tal condición resolutoria se realiza después de la conclusión de la quiebra (Rodríguez) sin embargo, la redacción del art. deja entender que su regulación, esta referida a la cláusula resolutoria de incumplimiento regida por los arts. 569 del c.c. y 805 del c. com.

ARTÍCULO 1.595.- (Aportes no pagados). La declaratoria de quiebra hace inmediatamente exigibles los aportes de capital no pagados de los socios.

La petición se hará por el síndico o acreedores y el juez dispondrá de inmediato las medidas necesarias para asegurar el cobro de las acciones o aportes pendientes cuando no se trate de socios ilimitadamente responsables.

Conc: c. com. 159 - 243 -

Véase la anot. i.f. al art. 159. Los socios que están en mora respecto del pago de sus aportes. pueden ser ejecutivamente compelidos a su pago. Producida la quiebra, esa acción ejecutiva (art. 1610) compete al síndico. La excepción de los socios ilimitadamente responsables, responde al hecho de que la quiebra de una sociedad importa la de los socios que tengan responsabilidad ilimitada en ella (art. 1491, primera fase).

ARTÍCULO 1.596.- (Asociaciones accidentales). La declaración de quiebra de cualquiera de los asociados producirá la disolución de la asociación accidental o de cuentas en participación.

Los demás asociados no tendrán derecho sobre los bienes comprometidos por la quiebra sino después que los acreedores y los gastos hayan sido pagados íntegramente.

Conc: c. com. 365 - 392 -

El art. no concilia con la naturaleza propia de la asociación accidental o de cuentas en participación ni con las propias regulaciones del Código sobre ellas. Según advierte Messineo, con muy buen criterio, los efectos que señala el art., solo pueden tener eficacia tratándose de la quiebra del asociante, esto es, del gestor o dominus de la negociación (v. la anot. al art. 367):

Es a ese mérito que tienen razón de ser la 2ª fracción del art. y el asociado puede ser alcanzado por los efectos de la quiebra, sólo en cuanto resultare deudor de su aporte.

ARTÍCULO 1.597.- (Seguro). La quiebra del asegurado no resolverá el contrato de seguro de daños patrimoniales, siendo nulo cualquier pacto en contrario. En este caso, el asegurador será acreedor de la masa de la quiebra por las primas no pagadas.

Conc: c. com. 1044- 1068 -

La quiebra del asegurado, conforme ya se ha visto en la anot. al art. 1068, no resuelve el contrato de seguro de daños, ya que la masa sucede al quebrado en las obligaciones y derechos que del mismo se derivan.

La quiebra del asegurador, es cosa diversa y esta sometida a régimen especial (arts. 1685 y s. y Lea. 160 y s.).

ARTÍCULO 1.598.- (Contratos a término). En los con tratos a término, la quiebra de una de las partes, producida antes de su vencimiento, concede derecho a la otra a pedir el reconocimiento de su crédito por la diferencia a su favor existente a la fecha del auto de quiebra. En el caso inverso el contratante no fallido sólo estará obligado, a la fecha de vencimiento del contrato, a entregar a la masa de la quiebra la diferencia en su contra. De no existir al momento de la quiebra ninguna diferencia en contra o en favor de la masa de la quiebra, el contrato deberá resolverse sin adeudarse prestaciones.

Conc: c. com. 1592- 1610- 1619 -

Este art. tiene relación con el 1592, relativo al vencimiento e plazos y ofrece las soluciones adecuadas para los contratos con término, según cual de las partes ha quebrado y a cual de ellas favorece el término vigente.

Por regla general, el quebrado pierde el beneficio del término para todas las deudas, puesto que ya no merece la confianza que le fue concedida (v. la anot. al art. 1592) por eso mientras no se perjudica al quebrado, se apresura la liquidación (Vivante). La exigibilidad anticipada, vale para las deudas del quebrado, no para sus créditos, porque todo deudor tiene derecho al término convenido, salvo que el mismo haya sido declarado, a su vez, en quiebra. De ahí por que el art mantiene la vigencia del término para el contratante no fallido quien solo puede ser compelido al cumplimiento de su obligación respecto del quebrado, o sea de la masa por razón de la quiebra, al vencimiento del contrato.

Los demás supuestos del art. se comprenden perfectamente.

ARTÍCULO 1.599.- (Improcedencia de compensación). Los créditos a favor del fallido no serán compensables respecto a obligaciones contraídas por él, a no ser que se haya operado antes de la fecha de la declaración de la quiebra.

Conc: c.c. 369, 5) - c. com. 1582 -

Establece el art. como regla general, la improcedencia de la compensación, como resultado normal de la desposesión y de a inmovilización del patrimonio del quebrado (art. 1604). Una explicación comprensible, enseña que las deudas del quebrado (créditos contra la masa) no pueden compensarse con los créditos del quebrado (créditos de la masa), por dicha inmovilización y porque, además, permitiría implicaría trato de favor - contra el principio par

conditio- para el acreedor que con la compensación podría cobrar fuera de la quiebra el ciento por ciento de su crédito.

En razón de esta prohibición, el acreedor a plazo, que sea, a su vez, deudor del quebrado, no puede usar el vencimiento anticipado de su crédito, que es efecto de la quiebra (art.), para oponer la compensación. Debe pagar íntegramente la deuda y hacer reconocer su crédito en el pasivo de la quiebra (Vivante).

La excepción relativa a la compensación operada antes de la declaratoria de quiebra, sólo abarca la compensación legal o la judicial (c.c. arts. 363, 366, 367). La voluntaria (c.c. art. 375) hecha antes de la declaratoria, puede caer bajo la ineficacia que regulan los arts. 1600 y 1601.

ARTÍCULO 1.600.- (Actos ineficaces). Serán ineficaces, sin necesidad de revocatoria, los siguientes actos realizados por el quebrado en menoscabo de la masa, cuando los hubiera ejecutado a partir de la fecha de retroacción:

- 1) Enajenación de bienes a título gratuito o mediante una contraprestación de valor excesivamente inferior a la del quebrado;
- 2) Pago de deudas no vencidas, así como la dación de bienes en pago;
- 3) Constitución de garantías respecto de créditos contraídos con anterioridad al período de retroacción, para los que se hubiere convenido dicha garantía;
- 4) Los pagos, actos y enajenaciones hechos a título oneroso que se presumen en fraude de acreedores, si el síndico o cualquier interesado prueba que el tercero conocía el mal estado de los negocios del fallido, y
- 5) En el caso de quiebra de una sociedad, todo acuerdo de fusión, transformación o cualquier otra reforma estatutaria alterando la responsabilidad de los socios en menoscabo de la masa.

Deben entregarse al síndico tales bienes y los frutos de los bienes que se restituyeran a la masa y los réditos de las cantidades que se devolvieran.

La ineficacia de los actos puede Ser declarada de oficio, sin necesidad de petición expresa. Es apelable en el efecto devolutivo.

Precd: c. mtl. abrg. 516- 518-

Conc: c. com. 398- 405- 567- 1499- 1583- 1601- 1673-

El efecto ulterior de la declaración de quiebra, en el ámbito de los actos realizados por el quebrado, con o sin la concurrencia de terceros, en perjuicio de los acreedores, antes de la

declaratoria, se determina por el límite temporal, que señala el juez, para la retroacción y que no excederá los dos años anteriores a dicha declaratoria según el art. siguiente (1601) cuyo objeto esencial es determinar así el momento desde el cual se considera existente la cesación de pagos. Es decir, que la retroacción importa que los efectos de la quiebra no se producen a partir de la fecha de su declaratoria, sino a partir del momento anterior que el juez señala, por estimar que ya entonces el comerciante se hallaba en cesación de pagos (Rodríguez).

La noción y la finalidad de la retroacción esta dada en la anot. al art. 1532. Cabe aquí agregar que ella sólo comprende los actos anteriores a la declaratoria de quiebra y no puede ejercitársela sobre actos posteriores del quebrado, para los cuales procede la impugnación mediante nulidad (arts. 1551, 2) 1582 y 1583) Este tratamiento diverso para los actos anteriores y posteriores, se explica porque los segundos aparecen hechos por quien no tiene capacidad para realizarlos y, por tanto no pueden ser invocados frente a la masa, mientras que los primeros tiene n en principio validez porque en el momento de ser realizados el quebrado era plenamente capaz de administrar sus bienes y disponerlos, lo que justifica el régimen especial de ineficacia que regula el art., cuyo objeto persigue reconstituir la masa activa de la quiebra, tal como debe ser y que es propio del procedimiento de quiebra, que no precisa revocatoria expresa de los actos que presupone acciones ordinarias (v. gr. la pauliana, art. 1446, c.c.) y la demostración del fraude en perjuicio de los acreedores que, en la quiebra, se presume con la sola condición de que para los actos de carácter oneroso se acredite que el tercero conocía el mal estado del fallido a tiempo de concretar con el, el acto reputado ineficaz por efecto de la quiebra, esto es, que haya participatio fraudis, que no exige que deudor y tercero obren de común acuerdo, sino que basta que este sepa que el acto ha de ocasionar o agravar el empobrecimiento del deudor. La especialidad del régimen, además, produce efectos típicos: en la revocatoria (v. gr. la pauliana, art. 1447, c.c.) la revocación beneficia exclusivamente al acreedor diligente; la ineficacia que sanciona este art. beneficia a todos los acreedores concurrentes a la quiebra.

Las enajenaciones a título gratuito (inc. 1) y las operaciones aparentemente onerosas (de precio vil o de precio simbólico: negotium mixtum cum donationem), se sancionan porque prácticamente son regalos hechos por el deudor con dinero ajeno, siendo insolvente ya en el momento de realizarlos (Rodríguez), lo que justifica el carácter legal y automático del remedio: el sujeto que se encuentra en estado de desequilibrio económico, no puede permitirse erogar gratuitamente elementos de su patrimonio, que debe emplearlos en satisfacer a sus acreedores (Messineo).

Las deudas no vencidas (inc. 2) , son las no exigibles porque gozan del beneficio de un término, aún no transcurrido. No importa cual sea el medio del pago: dinero, títulos - valores o de cualquier otro modo.

La sanción del art. según el inc. 3) alcanza a los acreedores que con la ayuda o connivencia del deudor, después quebrado, obtienen particular ventaja en daño de los demás acreedores, contra la regla par conditio.

La sanción de los incs. 4) y 5) se fundan en análogas razones a las que informan la del inc. 3).

Siendo necesaria alguna actividad procesal para los fines restitutorios, ella se ventila y resuelve dentro del procedimiento de la quiebra, a iniciativa del síndico (art. 1563, 6 y 7), sin perjuicio de que el juez la ejercite de oficio. Los bienes indicados en el art. entran, por los medios señalados, automáticamente en la masa activa, saliendo de los patrimonios de quienes los habían recibido del quebrado, salvo que para la toma de posesión de los mismos (art. 1563, 1) se precise alguna providencia judicial, caso en el cual el juez debe incluirla en la resolución prevista por el art. 1601.

JURISPRUDENCIA

"Son validos los contratos celebrados por el vendedor o su apoderado antes de la declaratoria judicial de quiebra, quedando fuera de las consecuencias que señala el art. 517 del c. mtl. (1601, c. com." (Lab. Jud. 1973, p. 147).

ARTÍCULO 1.601.- (Fecha de retroacción de los efectos de la quiebra). La fecha a la que se deberán retrotraer los efectos de la quiebra será fijada por el juez hasta un máximo de dos años del auto de quiebra.

Determinada por resolución la fecha inicial de la cesación de pagos, que se dictará por el juez dentro de los diez días siguientes a la realización de la primera junta de acreedores, se publicara en la misma forma que el auto declarativo de quiebra.

Precd: c. mtl. abrg. 517 - 518-

Conc: c. com. 1600- 1670- Rgto. rg. com. 23 -

Véase la anot. al art. anterior. El precepto, adoptado del sistema italo - mexicano, es ampliamente flexible y deja al criterio del Juez señalar la fecha límite de la retroacción, aunque sin fijar la posibilidad de modificarla posteriormente, como ocurre en el sistema legislativo

citado, probable fuente del art. Supone mejor tratamiento del problema que el del c. mtl. abrg. que establece diversos plazos imperativos, según los casos y exige a los acreedores demostrar el fraude en los actos ineficaces.

Las relativas a la oportunidad de la resolución y su publicación, que comprende el registro de la misma (Rgto. rg. com art. 23, d), son reglas imperativas.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso único del art. anterior.

ARTÍCULO 1.602.- (Contratos de locación). La quiebra no produce la resolución del contrato de locación de los inmuebles destinados a la industria o al comercio del deudor, comprendidas las dependencias de los mismos que estuvieran destinadas a la vivienda del quebrado y de su familia. Sin embargo, si no se continua la explotación de la empresa, el locador podrá pedir al juez la resolución del contrato dentro de los treinta días de la última publicación de edictos, pero si continua la explotación de la empresa se estará a lo establecido en el artículo 1.622.

Si el fallido es locatario y utiliza lo locado exclusivamente como vivienda propia y de su familia, el contrato es ajeno a la quiebra y no puede reclamarse dentro de ésta los alquileres adeudados antes o después de la quiebra.

Conc: c. com. 1622 -

Por regla general, si el quebrado es el locador, la quiebra no influye en el contrato y la locación continua vigente, mientras que cuando el quebrado es el locatario, se aplica el art según los casos.

SECCIÓN VII ASEGURAMIENTO DE BIENES Y DOCUMENTOS

ARTÍCULO 1.603.- (Composición de la masa). La masa de la quiebra comprenderá todos los bienes presentes y futuros del fallido, así como todas las acciones. Se extiende a los bienes de los socios ilimitadamente responsables.

Precd: c. mtl. abrg. 547 -

Conc: c. com. 777- 1288- 1490- 1584- 1585 - 1611 -1624

Véase las anots. a los arts. 1490 y 1542.

ARTÍCULO 1.604.- (Incautación de los bienes, documentos y papeles). Dictado el auto declarativo de quiebra, se procederá de inmediato a la incautación de los bienes, documentos y papeles del quebrado en la forma más conveniente, de acuerdo con la naturaleza de los bienes, con sujeción a las siguientes reglas:

- 1) El juez, por sí mismo o por delegación expresa, con asistencia del síndico, precintará las puertas interiores y exteriores de los locales y oficinas del establecimiento del fallido y tomará las medidas pertinentes para asegurar los demás bienes;
- 2) Se procederá a la entrega directa de los bienes al síndico, previo inventario;
- 3) La incautación de los bienes del fallido en poder de terceros, designándose, en su caso, un depositario que podrá ser el mismo tenedor si ofrece garantías suficientes;
- 4) En cada uno de los libros de contabilidad se pondrá, después del último asiento, una nota en la cual conste el número de las hojas utilizadas hasta la fecha de la diligencia, inutilizando los espacios en blanco existentes entre asientos;
- 5) Ordenará al síndico la venta inmediata de los bienes de inminente deterioro o descomposición;
- 6) Los documentos de crédito en favor del quebrado que estuvieran por vencer se podrán encomendar a los Bancos para su cobro;
- 7) Se depositará el dinero existente en un Banco a nombre del juzgado de la causa, así como los importes por realización y cobros posteriores, luego de su percepción. El juez podrá habilitar al síndico el manejo de un fondo fijo que sea necesario para los asuntos ordinarios o extraordinarios que autorice, del cual se rendirá cuenta documentada con la periodicidad que se señale. El juez puede disponer también el depósito de los fondos en operaciones que generen interés en Bancos o entidades de crédito.

Precd: c. mtl. abrg. 539- 540- 541- 542- 545- 546-

Conc: p.c. 160-161- c. com. 58 - 1432 - 1563, 1) -1605- 1607- 1608- 1610-

Inicia el art. la regulación de las operaciones de la quiebra: actividades judiciales y administrativas que se desarrollan desde la ocupación de los bienes, seguida de su realización, hasta la distribución de lo que ella produzca.

El aseguramiento de bienes y documentos, tiene por fin esencial establecer la cuantía del activo, que permita saber de cuanto se dispone para satisfacer a los acreedores, a la vez que comprobar también las posibilidades que existan para alcanzar un convenio y fijar la responsabilidad del

quebrado en la calificación de la quiebra. Para el efecto, se procede a la ocupación o incautación de los bienes y a su inventariación que comprende el balance previsto por el art. 1563, 2).

La incautación persigue: a) someter de hecho los bienes del quebrado, muebles, inmuebles, corporales e incorporales, al poder jurídico del síndico para los fines propios de la quiebra: sujetarles materialmente a las responsabilidades de la misma para satisfacer con su producido a los acreedores; b) sustraerles de hecho al poder de disposición del quebrado: situación Jurídica de la desposesión o desapoderamiento (art. 1582), la ocupación de documentos, libros y papeles, permite conocer y determinar la situación patrimonial real del quebrado y proporciona los antecedentes jurídicos y económicos necesarios para ejercitar las acciones integratorias o restitutorias de la masa.

Esta actividad de los órganos de la quiebra tiene carácter administrativo y no es propiamente judicial (Rodríguez). Las normas que al efecto enumera el art. son de orden reglamentario y a ellas deben someterse los órganos encargados de ejecutarla.

El fundamento de la incautación reposa en el auto declarativo de quiebra (art. incs. 2, 4, 5, 6 y 7) y en las facultades que la ley confiere al síndico (art. 1563, 1).

Al practicarse la incautación no se distingue entre lo que es y lo que no es del quebrado. Se ocupa todo, incluso lo que resulte ser ajeno. La separación es una actuación posterior al inventario y balance, según resulte de la documentación incautada (art. 1611).

ARTÍCULO 1.605.- (Posesión del síndico). El síndico, después de tomar posesión de los bienes de la quiebra, adoptara las medidas necesarias para su conservación y administración.

Conc: c. com. 1563 -

ARTÍCULO 1.606.- (No aceptación). Si el elegido como síndico no hubiera aceptado el cargo, se realizaran igualmente las diligencias previstas y se podrá ordenar, en este caso, la intervención de la fuerza pública necesaria para la custodia del local, bienes y documentos.

Conc: c. com. 1561 -

ARTÍCULO 1.607.- (Bienes perecederos y otros). El síndico, en cualquier estado del juicio, podrá pedir, si el juez no lo dispone, la venta inmediata de los bienes perecederos, de los que estén expuestos a una grave disminución del precio y de los que sean de conservación dispendiosa. La

venta se efectuara con autorización del juez en la forma más conveniente para los intereses de la masa.

En la misma forma se procederá cuando sea necesario afrontar gastos de la quiebra, a falta de disponibilidad en caja.

Precd: c. mtl. abrg. 535 -

Conc: c. com. 1563, 8) - 1604, 5) - 1609- 1612 -

Esta es una previsión encaminada a la conservación del i valor patrimonial de los bienes comprendidos en la masa.

ARTÍCULO 1.608.- (Levantamiento de precintos). El levantamiento de precintos se realizará una vez entregados al síndico los bienes de la masa, previa constancia, con intervención del juez y secretario del juzgado o de la autoridad comisionada. La diligencia se practicará con citación al deudor, interventor y depositario judicial, si lo hubiera.

Conc: c. com. 1604-1609-

La ocupación de los bienes es un hecho jurídico, derivado de la situación Jurídica del desapoderamiento, efecto de la declaratoria de quiebra. Situación de derecho que trasciende a la realidad, mediante la aprehensión material de los bienes Más, no siendo posible que la aprehensión de todos los bienes se haga en un instante, siempre requiere un desarrollo que toma tiempo. Luego, para fijar las cosas, tal como ellas se encuentran al momento de la declaratoria, que produce inmovilización de hecho y de derecho en todos los bienes del quebrado, se impone precintos en los locales ocupados, medio que exterioriza la incautación e impide la extracción o sustracción de bienes o documentos, hasta que se determine en definitiva que se ocupa y que debe quedar sujeto al cumplimiento de la responsabilidad del quebrado (arts. 1604, 1, y 1606).

El art., regula, pues, la oportunidad y las condiciones en que debe producirse el levantamiento del precintado.

ARTÍCULO 1.609.- (Habilitación de días y horas). Para el cumplimiento de las diligencias mencionadas en los dos artículos anteriores, se consideran hábiles todos los días y horas.

Conc: loj. 252- c. com. 1607- 1604, 6) -

ARTÍCULO 1.610.- (Cobro de créditos del fallido). El síndico debe procurar, con la mayor diligencia posible, el cobro judicial o extrajudicial de los créditos adeudados al fallido, sin necesidad de autorización especial, otorgando los comprobantes necesarios.

Debe efectuar también todas las medidas conservatorias de los derechos del quebrado, judicial o extrajudicialmente. Para estos actos, tampoco requiere de autorización especial del Juez, a menos que sea para transigir, otorgar quitas, esperas, novaciones o comprometer de algún modo a la masa de la quiebra.

Conc: c. com. 1563, 6) y 7) - 1598- 1604, 6) -

Las medidas conservatorias, suponen conservación material y, también, conservación jurídica, esto es, la custodia de la integridad de los derechos. Ellas tienen particular aplicación respecto del inc. 6) del art. 1604: conservación y cobro de títulos valores: letras de cambio cheques, pagarés, acciones, debentures y similares, suceptibles de vencimientos inmediatos, ejercicio de derechos preferenciales, cobro de dividendos, participación en asambleas, que no ejercitados oportunamente ocasionaría quebranto a la masa, lo que autoriza proceder a su inventariación al tiempo mismo de la ocupación, conforme prevén expresamente otras legislaciones (v. gr. L. de quiebras mexicana, art. 175, V).

El quebrado debe comunicar oportunamente la existencia de créditos y títulos - valores, especialmente de aquellos que requieran gestión inmediata de conservación; obligación comprendida en las previsiones del art. 1586 (v. la anot. respectiva) cuya inobservancia puede influir en la calificación de la quiebra

Comprende también el art., todos los cobros y depósitos (inc. 7 art. 1604), que debe hacer el síndico, sin omitir la autorización expresa del juez para otorgar las facilidades y con cesiones que menciona su fracción segunda i.f.

ARTÍCULO 1.611.- (Separación de bienes de la masa). Podrán ser separados de la masa de la quiebra, previa acreditación de derechos:

- 1) Los bienes cuya propiedad no se hubiera transferido al quebrado;
- 2) Los inmuebles vendidos al quebrado cuyo precio estuviera pendiente de pago y la compraventa no hubiera sido legalmente inscrita;

- 3) Las mercaderías y muebles adquiridos a crédito no entregados al producirse la quiebra o los que se encuentren en tránsito para entrega al fallido, salvo que éste hubiera transmitido de buena fe los títulos representativos de las mercaderías;
- 4) El dinero remitido al quebrado para una comisión o mandato, siempre que haya prueba por escrito la fecha de cesación de pagos;
- 5) Los títulos-valores entregados al quebrado para cobranza y los adquiridos por cuenta ajena, siempre que estén emitidos o endosados directamente en favor del comitente o se compruebe que la tenencia proviene de una comisión.

El enajenante, comitente o endosante deberá hacer la petición en el juicio de quiebra, dentro de los veinte días siguientes a la última publicación de edictos. Si no hiciera la petición en ese término, los bienes pasaran definitivamente, a la masa de la quiebra y los titulares harán valer sus derechos como acreedores.

Conc: c. com. 1288- 1584, 6) - 1603 - 1619 -

La incautación de los bienes (art. 1604) comprende todos los que en el momento de la declaratoria están en poder del quebrado, con prescindencia de la autentica titularidad de su dominio. Se constituye así la llamada masa de hecho de la quiebra que, en el curso de las operaciones subsiguientes, se convertirá en masa de derecho (Rodríguez) o conjunto de bienes afectados a las previsiones de los art. 1335 del c.c. y 1528 del c. com., integrados al patrimonio de la quiebra todos los bienes que debiendo formar parte del mismo no fueron incautados (cobros pendientes, tercerías de dominio, acciones restitutorias, revocatorias, retroacción, etc.), y separados de los que indebidamente fueron ocupados.

La separación se intenta en el plazo que señala el art. i.f., vencido el cual hace del titular interesado un acreedor concursal más, lo que puede ocasionarle perjuicio en el valor de recuperación de su derecho. Desde el punto de vista procesal no supone una acción reivindicatoria independiente sino una cuestión incidental dentro del procedimiento de la quiebra, cuyo efecto determina la restitución inmediata del bien separado y sus accesorios.

Concretada a una enunciación ejemplificativa, la enumeración del art., principalmente, comprende:

- 1) Los bienes cuya propiedad no fue transmitida al quebrado, al tiempo de la declaratoria, como v. gr., las compraventas sujetas a modalidades que al no perfeccionar el contrato, no transfieren el dominio en tanto ocurra la modalidad pactada: compraventas de genero, a prueba, a

degustación, a ensaye, con muestra, sobre calidades, con reserva de propiedad o con garantía de buen funcionamiento (v. las anots. a los arts. 835, 836, 838, 839). En todas estas compraventas, como en todas las condicionales, la transferencia (inc. 1) no se produce y por consiguiente opera la separación. El amplio ámbito de este inc. comprende igualmente los bienes que el quebrado debe restituir por razón de: depósito, administración, arrendamiento, usufructo, consignación, comisión, tránsito, entrega a cobro, prenda (documentada).

2) La transferencia del dominio en los inmuebles, para el caso, a fin de tener eficacia frente a terceros (luego frente a la masa), requiere su inscripción en los registros de derechos reales (c.c. arts. 1538 y 1540, 1) y de comercio (art. 29, 11 y Rgto. rg com. art. 13). Si la transferencia estuviera pagada, se tramita la inscripción por el síndico o se acciona la reintegración de su importe a la masa, si existiera inscripción de otra transferencia del mismo bien.

Los incs. 3, 4 y 5, no requieren explicación.

SECCIÓN VIII **ADMINISTRACIÓN Y REALIZACIÓN DE LOS BIENES**

ARTÍCULO 1.612.- (Enajenación de los bienes). Una vez vencido el plazo fijado en el artículo 1.644, sin que el quebrado presente proposición de convenio resolutorio o cuando ésta no sea aceptada por los acreedores, ni sea legalmente admisible o no sea homologado el convenio por el juez, o bien no sea dispuesta la continuación de la empresa, deberá procederse de inmediato a la enajenación de los bienes de la masa, proponiendo al juez la forma y modos de enajenación, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.607.

Conc: c. com. 1572- 1578- 1607- 1613- 1644-

Con rubrica referida a la administración y realización de los bienes de la quiebra, la Sección legisla principalmente su realización, dedicando su último art. (1617) a enumerar otros actos de administración, regulados en varias disposiciones, asistemáticamente dispersas, v. gr. los arts. 1558, 1563, 1567, 1568, 1604, 1605, 1607 y 1610 y cuyos conceptos generales cabe precisar aquí.

Finalidad esencial de la administración de la quiebra, es conservación del conjunto de bienes y derechos de la masa cuyo valor es la garantía de los acreedores. Deriva de ello que el concepto de administración en el derecho comercial, sobre todo en la quiebra (Rodríguez), difiere del concepto de administración civil: la reglamentación de la quiebra prevé actos enajenación

requeridos para conservar el valor de los bienes (arts. 1604, 5) y 1607), o, lo que es típico, la continuación de la empresa, si es posible, para mantener su valor (art. 1618).

Las facultades directivas y decisorias - como se ha visto repetidamente ya- en orden a la administración de la quiebra incumben al juez, en tanto que el síndico es el encargado de llevar a la práctica las medidas requeridas por ella (Vivante Rodríguez). Con esos límites y esas características, la doctrina y la práctica distinguen, en la actuación administrativa del síndico, tres aspectos esenciales: fijación de la masa, conservación v realización del activo.

Una sistematización de todas las disposiciones de la ley arreglada a tal distinción, permite clasificar esa actuación administrativa, así:

- 1) Fijación de la masa: precintado; ocupación, toma de posesión; inventario, balance, avalúo; ocupación de los libros de contabilidad y documentación.
- 2) Conservación: del valor patrimonial de los bienes comprendidos en la masa, según sean:
 - a) bienes materiales, distinguiendo su deteriorabilidad, corruptibilidad o su costosa y difícil conservación;
 - b) dinero
 - c) títulos - valores;
 - d) la empresa como unidad;
 - e) ejercicio de derechos y acciones correspondientes al deudor;
 - f) iniciación y continuación de procesos;
 - g) defensa del quebrado o de la masa en las reclamaciones dirigidas contra ellos;
 - h) ejercicio de acciones integratorias o restitutorias de la masa;
 - i) actuaciones judiciales o no, pero de naturaleza eminentemente jurídica, como los registros, embargos y otros;
 - j) ejecución de contratos, desistimientos, transacciones (con autorización expresa del juez), contratación de personal, continuación de la empresa;
 - k) cobros, pagos y depósitos.

Atendido el diverso régimen jurídico aplicable a los actos de administración ordinaria y a los de administración extraordinaria, opera la regla general de que estos últimos requieren siempre autorización expresa, por lo regular del juez, y en algunos casos oídos los interventores o la junta de acreedores. Los actos de administración ordinaria son de incumbencia privativa del síndico, sin injerencia de los otros órganos, aunque sometidos a su fiscalización y vigilancia.

3) Realización del activo: que comprende la liquidación: transformación del activo en numerario, su distribución y rendición de cuentas.

Ahora bien, el art. se ocupa propiamente del tercer aspecto, vista la finalidad de la quiebra: satisfacción igualitaria de los acreedores. No importa esta contradicción con el principio de conservación de la empresa, que tiene por finalidad - como se ha dicho ya- asegurar que el valor de la masa responda lo más favorablemente a la de satisfacer adecuadamente a los acreedores. Si no se alcanza un convenio resolutorio o si no es viable la continuación de la empresa, el propósito de la ley es claro: cumplidos los requisitos que se señalan (reconocimiento de créditos, art. 1628 y firmeza del auto de declaratoria por la inviabilidad de las alternativas mencionadas), se procede de inmediato a la liquidación del patrimonio, mediante su conversión en numerario (doctrina uniforme).

Se estima que condicionar la realización del activo a la inexistencia de convenio (propio del sistema francés) deja la duda sobre si la finalidad del procedimiento es la liquidación o el convenio. Para las nuevas corrientes legislativas (sistema italo mexicano) cuando se trata de empresas no viables (imposibilidad de su continuación), procede la eliminación de las mismas para convertir su activo en numerario (Rodríguez), porque el convenio solo es uno de los modos por los cuales cesa la quiebra, como lo son también (Messineo) el pago total (art. 1642) o la insuficiencia de activo (art. 1650), v. gr.

La realización del activo, firme ya el auto de declaratoria y concluido el reconocimiento de créditos, comienza con la proposición que al efecto debe presentar el síndico al juez, quien dispondrá la enajenación inmediata, dentro de las formas y modos que señala la reglamentación de los arts. 1613, 1614 y 1616, que son lo suficientemente claros y precisos al respecto. La enajenación ha de ser inmediata a la decisión del juez, sin dilación, teniendo en cuenta las particularidades de dicha reglamentación.

El síndico, tramita las enajenaciones y la liquidación, a nombre del quebrado, que conserva la titularidad del dominio de los bienes comprendidos en la masa, de la que el es responsable a mérito de la resolución pertinente (art. 1551). Tratándose de venta forzosa, el síndico actúa por razón de un mandato judicial y no tiene relevancia la voluntad del titular del dominio sometido a la ejecución concursal.

ARTÍCULO 1.613.- (Orden de preferencias). La enajenación de los bienes deberá hacerse conforme al siguiente orden de preferencia, previa tasación:

- 1) Enajenación de la empresa como unidad económica
- 2) Enajenación en conjunto de los bienes que integren un establecimiento o sucursal susceptible de explotación unitaria;
- 3) Enajenación total o parcial de las existencias de la empresa, y
- 4) Enajenación aislada o singular de los diversos bienes integrantes de la empresa, si no fuera posible lo

Cuando existan circunstancias especiales se podrá optar por una combinación de las formas señaladas.

Si en los casos de los incisos 1) y 2), los trabajadores de la misma empresa constituyen sociedad o cooperativa para adquirirla, ésta será preferida respecto de cualquier otro interesado en igualdad de condiciones.

Conc: c. com. 450- 1612- 1616-Véase la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 1.614.- (Venta de bienes que garantizan créditos). Los acreedores garantizados con hipoteca o prenda sobre determinados bienes podrán pedir en cualquier tiempo su venta separada o inmediatamente, para que, con su producto, se liquiden y paguen sus créditos, salvo acreedores con mejor derecho. Si el importe de la venta no alcanzara para cubrir éstos, serán considerados como acreedores ordinarios por la parte no pagada.

El síndico puede pedir autorización al juez para pagar el importe total del crédito hipotecario o prendario ejecutado por el acreedor con fondos disponibles de la masa siempre que la conservación del bien signifique un beneficio evidente para los acreedores ordinarios.

Conc: c. com. 1623 -Véase la anot. al art. 1612.

ARTÍCULO 1.615.- (Remanente de remates extrajudiciales). En los juicios de quiebra se aplicara el artículo 1515.

Conc: c. com. 1515 - p.c. 573 -

Véase la anot. al art. 1515. Cabe aplicar a los supuestos de dicho art. 1515 y de este precepto, el art. 573 del p.c., que contiene la doctrina y la práctica de todos los procesos concursales, respecto

de los remanentes de los remates Judiciales aún no devueltos al quebrado, sea que se hayan verificado antes de la declaratoria o por efecto de lo dispuesto en el art. 1614, primera fracción.

ARTÍCULO 1.616.- (Enajenación de los bienes muebles o inmuebles). La enajenación de los bienes inmuebles de la empresa o de unidades económicas de explotación, se hará de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil en lo relativo al trámite de subasta y remate.

El juez determinará si la venta de los bienes muebles se sujetará a las normas para el remate de los de su clase o si se faculta al síndico para venderlos en forma directa, especialmente cuando por su naturaleza, su reducido valor o el fracaso de alguna otra forma de enajenación, la venta directa resulte de utilidad evidente para los intereses de la masa.

Conc: p.c. 525 - 533 - c. com. 1613 -
Véase la anot. al art. 1612.

ARTÍCULO 1.617.- (Otros actos de administración). El síndico tendrá además los siguientes actos de administración:

- 1) Ejercer los derechos inherentes a los títulos-valores que puedan perjudicarse o perderse por el transcurso de un plazo;
- 2) Proponer lo conveniente en relación con contratos en curso de ejecución, desistimiento, transacciones y otros similares y realizar los actos necesarios, una vez obtenida la autorización correspondiente;
- 3) Informe dentro de los treinta días del auto declarativo de la quiebra, acerca de la posibilidad de continuar con la explotación de la empresa, si de la interrupción pudiera resultar un daño grave a los intereses de los acreedores;
- 4) Hacer todos los gastos normales para la conservación o reparación de los bienes de la masa, previa autorización del juez, y
- 5) Convenir la locación o cualquier otro contrato sobre bienes de la masa a fin de obtener frutos, siempre que no implique transmisión de la propiedad y por tiempo no mayor al necesario para su realización previa autorización del juez.

Conc: c. com. 1563 -

Véase la anot. al art. 1612 y respectivamente a la enumeración del art., las de los arts. 1610, 1593, 1618, 1612 y 1602.

SECCIÓN IX CONTINUACIÓN DE LA EMPRESA

ARTÍCULO 1.618.- (Continuación de la explotación). Con el informe del síndico o de peritos en su caso, acerca de la posibilidad de continuar con la explotación de la empresa del quebrado o de alguno de sus establecimientos, el juez, dentro de los cinco días siguientes a su recepción, decidirá la conveniencia de tal explotación y, en su caso, señalará las condiciones del régimen.

Podrá decidir también la cesación de la empresa conforme a las circunstancias.

Conc: c. com. 1472, 2) - 1578, 4) -

Luego de examinar la situación en que se encuentra la empresa del quebrado, el síndico debe proponer al juez la posibilidad de continuar con su explotación, o la de alguno o algunos de sus establecimientos dentro del plazo que señala el art. 1617, 3?: 30 días desde el auto declarativo, mediante informe específico apoyado en el de la auditoría practicada con arreglo al art. 1563, 2), que ya debe contener opinión fundada sobre el estado de la empresa. El dictamen pericial, en su caso, sirve para definir toda duda o toda oposición promovida por los acreedores.

La facultad decisoria atribuida al juez, no parece contra(lecir lo dispuesto por el art. 1578, 4), que asigna a la junta de acreedores determinar, alternativamente, o la liquidación de la empresa o la continuación de su explotación, porque determinar no supone decidir, sino simplemente fijar los términos aceptables para los acreedores sin embargo, del preciso significado de decidir, en su sentido de resolver, empleado en el art., y el de determinar, deriva una indudable y por lo menos relativa incompatibilidad entre ambas disposiciones: si la junta de acreedores fija los términos de la continuación, el Juez no tiene un amplio y privativo arbitrio para decidir según resulta del irrestricto tenor del art.: decidirá la conveniencia de tal explotación y, en su caso, señalará las condiciones del régimen.

Además de tener en cuenta las determinaciones de la junta de acreedores, el informe del síndico y la opinión pericial, en su caso, el juez emitirá su decisión, en consideración de:

- 1) La conveniencia de la continuación, para conservar los valores que la empresa del quebrado representa, que es norma directriz de la ley (art. 450).
- 2) La salvaguarda de los intereses de los acreedores, que no deben sufrir grave daño con la continuación. Sin embargo, visto que cierto tipo de empresas solo tiene valor de explotación y

que sus elementos componentes apenas tienen significación económica, la continuación debe imponerse aún contra el parecer de los acreedores, porque es solución más conveniente para ellos mismos.

3) La viabilidad de la continuación y la utilidad social envuelta en su conservación, tienen gran influencia en la decisión del juez: solo puede ordenarse la continuación de una empresa que ofrezca las condiciones mínimas de posibilidad económica de mantenimiento de su ejercicio y que sea socialmente útil tanto desde el punto de vista de la colectividad, como desde el que concierne al personal de la misma.

Este último elemento, es sin duda determinante en la finalidad de la ley: sin dejar de salvaguardar los intereses de los acreedores se pretende salvar los de la colectividad aún cuando estos impliquen algún perjuicio para aquellos (Rodríguez), lo que responde a la fórmula de que ha de prevalecer el interés social, toda vez que entren en conflicto este y el interés individual (Planiol y Ripert).

La Sección no indica quien administrara la empresa cuya continuación se decida. Parece que debe ser el síndico, según la práctica comparada y según el art. 1623, i.f., que le encarga satisfacer normal y oportunamente a los acreedores hipotecarios y prendarios, las obligaciones posteriores a la continuación cuyo vencimiento tenga efecto después de la fecha de declaratoria de la quiebra y que, por razón de la continuación de la empresa ulteriormente dispuesta, no han sido ni han podido ser objeto de las previsiones del art. 1614. La capacidad para realizar los contratos necesarios para el giro de la empresa cuya continuación se ha dispuesto, atribuida al síndico por los arts. 1620, 1621, 1622 y 1623, también implican análoga conclusión. Y aún más, si la continuación no da los resultados esperados, el procedimiento de la quiebra continuara hasta la liquidación, lo que importa la actuación continuada del síndico.

En la continuación, la ejecución de los contratos (art. 1619) pasa de la administración extraordinaria (art. 1593, i f.) a la administración ordinaria, efecto que es el mismo para el supuesto de los arts. 1598 y 1611. Los contratos de trabajo, según decida el Juez, continúan y desaparece la causa de rescisión fundada en la suspensión de labores consiguiente a la liquidación (art. 1620). Se llevara una contabilidad adecuada a los fines de la continuación y según el tipo de empresa de que se trate (art. 1563, 4).

La situación jurídica de los nuevos acreedores, que adquieren tal carácter por virtud de las relaciones que establecen con el síndico o la administración de la empresa, en cuanto tal administración ejerce el comercio al frente de la empresa del quebrado, según doctrina uniforme

y el derecho comparado (Rodríguez), no es la de los acreedores concursales, puesto que no son acreedores del quebrado. Falta, sin embargo, definir cual ha de ser su situación si fracasa la continuación- y prosigue el procedimiento de la quiebra. (V. la anot. al art. 1624).

Finalmente, cabe señalar que la continuación puede adoptarse con objeto determinado, por cierto plazo, sea para la realización o enajenación de cierto stock de mercaderías o productos, o del stock general hasta cierta cuantía, llenados los cuales objetivos se procede a la realización del activo y a su distribución. Estas son manifestaciones que la reglamentación en examen no ha previsto en todas sus posibilidades y que han de ser, según casos y circunstancias, definidas en el régimen de condiciones que debe señalar el juez, en coordinación con las determinaciones que adopten los acreedores (art. 1577, 4).

ARTÍCULO 1.619.- (Contratos en curso de ejecución). Para el caso de continuarse con la explotación no se aplicaran las disposiciones contenidas en los artículos 1.593 último párrafo, 1.598 y 1.611.

Conc: c. com. 1593, i.f. - 1598 - 1611 -
Comprendido en la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 1.620.- (Contratos de trabajo). Los contratos de trabajo y de prestación de servicios en favor del quebrado quedaran rescindidos por efecto de la declaratoria de quiebra y los créditos derivados de ellos contra la masa pueden ser reconocidos con el privilegio que les corresponda. Sin embargo, el síndico, con autorización del juez, podrá proseguir con aquellos que fueran necesarios ; para la continuación de la empresa o para la administración o liquidación de la quiebra.

Conc: c. com. 1493 - 1621 -
Comprendido en la anot. al art. 1618.

ARTÍCULO 1.621.- (Obligaciones laborales del adquirente). Si la empresa es adquirida por un tercero, éste queda obligado al cumplimiento de lo dispuesto por la legislación del trabajo.

Sin embargo y para su caso, los importes que pudieran adeudarse a los trabajadores por el quebrado serán reconocidos y pagados por el síndico con cargo a la masa de la quiebra.

Conc: c. com. 1493 - 1621

El supuesto del art. es cosa diversa al verdadero tema de la Sección. Se trata de que la empresa es adquirida por un tercero dentro de las previsiones del art. 450 y se supone que con su producto se ha pagado a los acreedores del quebrado y la quiebra queda liquidada. Consiguientemente, no hay propiamente continuación de la empresa del quebrado. Existe un nuevo empresario y las obligaciones laborales resultantes de tal cambio, se rigen por las leyes sociales, tal cual ellas disponen.

ARTÍCULO 1.622.- (Contratos de locación). Decidida la continuación de la explotación de la empresa o la conveniencia de su venta en conjunto, subsistirán los contratos de locación en las condiciones preexistentes, corriendo directamente por cuenta de la masa de la quiebra los importes por alquileres y otros gastos.

Serán nulos los pactos que establezcan la resolución de tales contratos por la declaración de quiebra.

Cualquier acción promovida por el locador no impedirá la continuación de la empresa del quebrado ni la enajenación prevista en este Capítulo.

Conc: c. com. 1602 -Comprendido en la anot. al art. 1618.

ARTÍCULO 1.623.- (Acreedores con privilegio). En caso de continuarse con la explotación de la empresa, los acreedores hipotecarios y prendarios no podrán ejercitar los derechos señalados en el artículo 1.614, cuando los créditos no se hallen aún vencidos a la fecha de la declaración de la quiebra y el síndico satisfaga en forma normal y oportuna las obligaciones posteriores.

Serán nulos los pactos contrarios a esta disposición.

Conc: c. com. 1614

Comprendido en la anot. al art. 1618.

SECCIÓN X **OTROS ACREEDORES DE LA QUIEBRA**

ARTÍCULO 1.624.- (Gastos a pagarse directamente). Serán obligaciones a cargo de la masa de la quiebra y pagadas antes de su distribución:

1) Los honorarios del síndico y, en su caso, de mandatarios o coadministradores o auxiliares;

- 2) Las obligaciones derivadas del cumplimiento de órdenes del juez;
- 3) Las originadas por actos necesarios y útiles realizados por el síndico para la seguridad, conservación y administración de los bienes de la quiebra y las procedentes de obligaciones por diligencias judiciales o extrajudiciales realizadas en beneficio común, siempre que se hayan hecho con la debida autorización.

Conc: c. com. 1603- 1634- 1636- c.c. 1345-

El art. trata de los gastos de la quiebra. Gozan del privilegio general sobre todos los bienes de la masa (muebles e inmuebles), con grado de prelación primero, por disposición del inc. 1) del art. 1345 del c.c.: gastos de Justicia anticipados en interés común de los acreedores, tanto para liquidar como para conservar los bienes del deudor. Estos gastos incluyen todos los que ocasione la quiebra y no sólo los enumerados en este art., como por ejemplo, los mencionados en el art. 1633. e inclusive pueden comprender los créditos de los acreedores de la continuación de la empresa, cuando esta fracasa y se prosigue con el procedimiento de la quiebra (v. lo pertinente, en la anot. al art. 1618).

SECCIÓN XI

RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS Y SENTENCIA DE GRADOS Y PREFERIDOS

ARTÍCULO 1.625.- (Presentación de solicitudes). Los acreedores del quebrado, incluidos los que tuvieran privilegio, deberán presentar sus solicitudes de reconocimiento de créditos y preferencias en el plazo señalado en el artículo 1.551, inciso 9), con los documentos justificativos.

Precd: c. mtl. abrg. 636 -*Conc:* c. com. 1490 - 1551, 9) -

La regla general relativa a la universalidad subjetiva del procedimiento de la quiebra (arts. 1490 y 1591, v. las anots. respectivas), se concreta en este precepto: ningún acreedor del quebrado puede cobrar fuera del concurso, y el que quiera cobrar debe necesariamente hacer reconocer su crédito, así tuviera garantía real. Por eso, se dice que todos los acreedores, de un deudor quebrado son acreedores concursales y que los que solicitan el reconocimiento son acreedores concurrentes (Messineo, Rodríguez). Ha de distinguirse también a los acreedores concursales, sean o no concurrentes, de los acreedores de la masa: aquellos son acreedores del comerciante anteriores a la declaratoria de quiebra, estos son los que tienen créditos contra la quiebra, por efecto del procedimiento y de la actuación del síndico en su mérito (art. 1624).

La exigibilidad de los créditos de los acreedores concursales esta condicionada a su reconocimiento (art. 1551, 9), pero solo respecto de la quiebra (Rodríguez), lo que significa que el reconocimiento no es condición para su exigibilidad frente a los fiadores, deudores solidarios, etc., no quebrados. La necesidad de solicitar el reconocimiento abarca a todos los acreedores concursales, así tengan título ejecutivo o hayan iniciado ya procedimiento judicial contra el quebrado antes de la declaratoria.

El reconocimiento supone verificación de créditos. Es elemento básico del procedimiento para llenar la finalidad de este, en el sentido de satisfacer, en la medida de lo posible, a los que resultaren tener créditos contra el fallido. También sirve para hacer conocer la verdadera situación económica del deudor y orientar así el proceso hacia la solución más conveniente (Malagarriga). Sirve, en suma, para determinar la masa de acreedores, quienes son los acreedores y por que cantidades tanto para repartir después el activo, como para determinar el derecho de asistencia a las juntas y el peso que debe darse a cada uno en las deliberaciones para las cuales la mayoría se calcula no solo por el número de los votantes, sino por las sumas que representan (Vivante, conforme con los arts. 1526 y 1646).

Por su naturaleza jurídica, el reconocimiento de créditos es un proceso de reconocimiento inserto en el sistema concursal (Brunetti, cit. de Rodríguez). En su virtud, el acreedor para hacer efectivo su derecho sobre la garantía común, tiene que participar en el procedimiento de quiebra, no pudiendo aspirar a nada si no lo hace y quedando, además, sometido a los efectos de aquel cuyas consecuencias podrán ser invocadas contra el. Por tal razón, debe pedir el reconocimiento mediante un procedimiento de declaratoria, de lo cual resulta que se insertan e.- el procedimiento de quiebra un conjunto de acciones concentradas en un proceso plurilateral, en el que los acreedores forman entre si una litis consorcio, o sea, un conjunto de litigios en un procedimiento común.

Se tramita conforme a las determinaciones del art. 1626 y las oposiciones a las del art. 1627. Los reconocimientos y su grado de prelación para el pago, así como la exclusión por efecto de oposiciones comprobadas en dichos trámites, se resuelven en la sentencia de grados y preferidos (art. 1628), que ha de ajustarse a las normas de los arts. 1341 y s. del c.c. La sentencia es impugnada mediante apelación expresamente permitida por el art. 1629, con arreglo a la regla general del art.

Se admite declaraciones de crédito tardías (art. 1631), mientras no se haya agotado la distribución del activo de la quiebra (Messineo), aunque sin efecto sobre las distribuciones anteriores si la masa es insuficiente para satisfacerlas. Las presentaciones tardías, agotada - la

masa, como los acreedores que no fueran íntegramente satisfechos en sus créditos en la distribución efectuada, conservan sus derechos para ejercitarlos sobre bienes que el quebrado adquiriera posteriormente o aparezcan a su nombre (art. 1632).

JURISPRUDENCIA

1.- "En las quiebras, el único juez competente para conocer las acciones deducidas por los acreedores es el juez que declaró la quiebra" (G.J. N° 717, p. 28).

2.- "El fisco para cobrar impuestos debidos por el quebrado debe apersonarse ante el juez de la quiebra" (G.J. N° 1290, p. 73).

ARTÍCULO 1.626.- (Reconocimiento de créditos). El síndico formulara en duplicado, dentro del término establecido en el artículo 1.551, inciso 10), una nomina de los acreedores que hubieran solicitado el reconocimiento de créditos, con expresión del monto, naturaleza de éstos y documentos acompañados, así como su propio dictamen sobre la procedencia de cada una de las solicitudes.

El original se elevara al juez y la copia se pondrá en conocimiento de la primera junta general de acreedores.

Precd: c. mtl. abrg. 639 -

Conc: c. com. 1551, 10) - 1576 - 1627 -

Comprendido en la anot. al art. anterior.

JURISPRUDENCIA

"La clasificación de los créditos de la quiebra, determina que conforme a ella se verifique su pago y tienen preferencia aquellos que ocupan los primeros lugares en dicha clasificación, que ha sido aprobada por la junta de acreedores" (G.J. N° 904, p. 4).

ARTÍCULO 1.627.- (Oposición al reconocimiento de crédito). Cualquier acreedor o el fallido, presentes o no en la junta, pueden por ante el juez, oponerse al reconocimiento de la existencia, monto o prelación de un crédito. A tal fin, se les concederá un término de cinco días computables desde el siguiente al de la celebración de la primera junta de acreedores, sin necesidad de notificación personal, y se resolverá en la sentencia de grados y preferidos.

Precd: c. mtl. abrg. 641 -

Conc: c. com. 1626- 1628 - 1633 -

Comprendido en la anot. al art. 1625.

El síndico tendrá preparada la lista de acreedores solicitantes del reconocimiento a más tardar diez días antes del señalado para la celebración de la junta de acreedores (art. 1551, 10).

ARTÍCULO 1.628.- (Sentencia). El juez, dentro de los diez días siguientes a la recepción del informe del síndico, dictara sentencia de grados y preferidos, reconociendo al mismo tiempo los créditos a cargo de la masa y su cuantía. Asimismo, determinara el grado y preferencia correspondiente a cada uno de ellos.

Para fijar el grado y preferencia de los acreedores, el juez se sujetará al orden establecido por el Código Civil con respecto a los privilegios.

Precd: c. mtl. abrg. 650- L. 11 Oct. 1924, art. 18 -

Conc: c.c. 1353- c. com. 777- 1285- 1493- 1627- 1629-1631- 1632- 1633- 1634- 1636- 1688-

Comprendido en la anot. al art. 1625. Esta sentencia tiene carácter definitivo (art. 190, p.c.) y su objeto es fijar el reconocimiento, la graduación y la prelación de los créditos. De la interpretación de este art. combinada con la del anterior, resulta que la sentencia diferenciara claramente: a) los créditos que sean reconocidos; b) su graduación y prelación, y c) los créditos excluidos.

JURISPRUDENCIA

- 1.- "En la sentencia de grados sólo se declara la prelación con que han de ser pagados los créditos y no se resuelve acerca de los derechos contenciosos del deudor o de los acreedores, que deben ventilarse en el juicio respectivo" (G.J. N° 167, p. 784).
- 2.- "La sentencia de grados, cuando no se presentan instrumentos hipotecarios, deducidos los gastos de justicia, que ocupan el primer lugar, ordenara se pague a los acreedores a prorrata" (G.J. N° 696, p. 31).
- 3.- "El privilegio de los obreros recae únicamente sobre las obras que construyen y no se extiende a todo el inmueble del deudor" (G.J. N° 712, p. 25).
- 4.- "La enumeración de cantidad que hace la sentencia de grados, cuyo objeto es determinar el orden de preferencia de los pagos, no resuelve que se debe la indicada suma, sino en el sentido limitativo de que solo hasta ella goza de prelación" (G.J. N° 712, p. 26).
- 5.- "La sentencia de grados establece el lugar que ocuparan para el pago los preferidos, la cuantía depende de las liquidaciones" (G.J. N° 712, p. 27).

6.- Véase los casos único del art. 1626 v Nos. 2 del art. 1631 y 1 y 2 del art. 1632.

ARTÍCULO 1.629.- (Apelación de la sentencia). En caso de interponerse apelación contra la sentencia de grados y preferidos, en el término establecido en el artículo 1.499, ésta se concederá sólo en el efecto devolutivo, pudiendo ejecutársela previo otorgamiento de fianza suficiente para evitar perjuicios.

Precd c. mtl. abrg. 720-

Conc: c. com. 1499- 1628 -

Comprendido en la anot. al art. 1625.

La apelación para impugnar la sentencia de grados y preferidos, puede ser intentada por los acreedores, por la intervención o por el quebrado. Por efecto del art. 3, es aplicable a la materia el derecho extensivo para apelar, reconocido a los herederos y otros causahabientes del acreedor excluido (p.c. art. 222).

El orden de grados, con arreglo a las reglas del c. com. y del c.c., para no ser impugnado, ha de ser el siguiente:

I.- Acreedores de los gastos de la quiebra (art. 1624).

II.- Acreedores singularmente privilegiados: a) trabajadores y Estado (art. 1493)- b) gastos funerarios, c) de ultima enfermedad (particularmente cuando la quiebra se declara después del fallecimiento), arts. 1346, 1) y 2) del c.c. y 1543, 2) del c. com.).

III.- Acreedores hipotecarios, que cobran sobre los bienes hipotecados y su prelación dentro del grado se rige por las fechas de inscripción de las respectivas hipotecas (arts. 1392 v 1393, c.c.). Si de su remate queda saldo, este se destina a los grados siguientes. Si los demás bienes no hipotecados fueren insuficientes para pagar íntegramente a los acreedores de los primeros grados (I y II, supra), se dedicara su importe, en primer término, a estos y sólo lo que resta a satisfacer a los acreedores hipotecarios.

IV.- Acreedores con privilegio especial, v. gr. prenda (art. 134, c.c.) y todos aquellos que, según el Código o las leyes especiales, tengan un privilegio especial o un derecho de retención (art. 810). Cobran como los hipotecarios o según la fecha de su crédito si se trata de bienes no sujetos a registro,

distribuyéndose a prorrata entre los que concurren sobre una misma cosa determinada sin consideración de fechas, siempre que la ley no dispusiere expresamente lo contrario.

V.- Acreedores comunes o quirografarios, entre los cuales primero se atenderá a los acreedores por operaciones comerciales y después a los acreedores por derecho civil (Rodríguez).

JURISPRUDENCIA

"Las apelaciones en las causas de quiebra o sus incidentes, sólo se conceden en el efecto devolutivo, según los arts. 720 y 721 del c. mtl. (1629, c. com.)" (G.J. N° 1291, p. 36).

ARTÍCULO 1.630.- (Acreedores en la quiebra de sociedades colectivas y en comandita). En la quiebra de sociedades colectivas, los acreedores de los socios cuyos créditos fueran anteriores a la constitución de la sociedad concurrirán con los acreedores de ésta colocándose en el grado y preferencia que les corresponde.

La misma regla se aplicará a los socios con responsabilidad ilimitada en caso de quiebra de una sociedad en comandita;

Conc: c. com. 1491 -

El art. se explica a tenor del art. 1491, que dispone que la quiebra de las sociedades colectivas y en comandita, importa la de los socios colectivos y comanditarios con responsabilidad ilimitada. Por ello, los acreedores personales de los socios tienen derecho al reconocimiento de sus créditos dentro de la quiebra, según el grado y preferencia que les corresponda. Están sometidos a las reglas de la concursabilidad y, por eso, deben hacer reconocer sus créditos (art. 1625, v. la anot. respectiva), para poder cobrar de la masa de la quiebra, que se integra con todos los bienes de la sociedad de sus socios de responsabilidad ilimitada.

ARTÍCULO 1.631.- (Acreedores que no solicitaran reconocimiento). Los acreedores que, dentro del término concedido en el artículo 1.551, inciso 9), no hubieran presentado sus documentos, podrán obtener en cualquier tiempo, en el mismo proceso, el reconocimiento de sus créditos pero no tendrán derecho al pago de la cuota cuya distribución se hubiera dispuesto con anterioridad a ese reconocimiento, si el monto de la masa es insuficiente para el pago de los créditos oportunamente reconocidos

Conc: c. com. 1551, 9) - 1628 -

Comprendido en la anot. al art. 1625.

JURISPRUDENCIA

1.- "La sentencia de grados no puede ampliarse en favor del que no concursó oportunamente" (G.J. N° 643, p. 11).

2.- "Según el art. 297 (196) del p.c., pronunciada la sentencia definitiva, no se añadirá ni revocará en parte alguna, por tanto pronunciada la sentencia de grados, ningún acreedor puede presentarse recién a que se incluya su crédito" (G.J. N° 643, p. 11).

ARTÍCULO 1.632.- (Acreedores que se presentaran después de la distribución de la masa). Los acreedores que se presentaran después de la distribución de la masa o que no fueran satisfechos íntegramente con lo recibido de la misma, conservaran sus acciones personales contra el quebrado por el importe no pagado de sus créditos, para ejercitarlas sobre los bienes que posteriormente adquiriera este o aparezcan a su nombre.

Conc: c. com. 1628

Comprendido en la anot. al art. 1625.

JURISPRUDENCIA

1.- "Si después de dictada la sentencia de grados se descubren nuevos bienes (del quebrado), no se alteran las preferencias ya establecidas ni se favorece únicamente al acreedor que los descubrió" (G.J. N° 717, p. 14).

2.- "Aún cuando aparezcan nuevos bienes del deudor, que no se conocieron al ejecutar la sentencia de grados, no puede abrirse nuevo concurso ni dictarse nueva sentencia, distribuyéndose lo descubierto con la misma preferencia que ya se estableció" (G.J. N° 747, p. 6).

ARTÍCULO 1.633.- (Reembolso de gastos). Si se excluyera un crédito como consecuencia de la impugnación formulada por un acreedor, se reembolsarán a éste, con cargo a la masa, las costas judiciales y los gastos que justificadamente haya realizado.

Conc: c. com. 1627- 1628- 1636 -

Comprendido en la anot. al art. 1624.

SECCIÓN XII **DISTRIBUCIÓN DE LA MASA DE LA QUIEBRA**

Descargado desde el sitio www.bolivianland.net

ARTÍCULO 1.634.- (Informe final del síndico - Proyecto de distribución). Concluido el período de realización de los bienes y aprobada la última enajenación de los mismos, el síndico presentará dentro de los ocho días siguientes, un informe al juez que contendrá:

- 1) Un estado demostrativo del resultado de la realización de los bienes;
- 2) La rendición de cuentas de las operaciones efectuadas, incluidos los gastos autorizados, acompañando los documentos necesarios, y
- 3) Detalle de los bienes cuya realización no hubiera sido posible, así como de los créditos aún no cobrados o incobrables, con indicación de sus causas.

Presentara, además, un proyecto de distribución de la masa de la quiebra sobre la base de la sentencia de grados y preferidos, previendo las reservas necesarias.

Conc: c. com. 1624- 1628- 1635- 1637- 1638- 1692-

Una vez reunido el dinero, por la liquidación o por el ejercicio del negocio que haya seguido el síndico, luego que sean deducidos los gastos judiciales, las deudas de la masa (art. 1624), los alimentos concedidos al deudor (art. 1578, 3º), se procede al pago de los acreedores, mediante la distribución de lo realizado entre todos los acreedores en proporción a sus créditos reconocidos.

La Sección detalla la forma y las condiciones en que debe hacerse tal distribución, con un carácter reglamentario que no precisa mayores explicaciones.

ARTÍCULO 1.635.- (Observaciones). El informe y proyecto serán puestos en conocimiento del deudor, acreedores o interventor, quienes, dentro de los cinco días siguientes a la notificación, podrán formular observaciones, las cuales serán admisibles sólo cuando se relacionen con omisiones, errores o falsedades en cuanto a su contenido se refiere.

La resolución dictada aprobando el informe y el proyecto causará ejecutoria.

Conc: c. com. 1572- 1634-

El carácter de ejecutoria que la fase final del art. da a la resolución de que el mismo trata, deja inferir que esta no es apelable.

ARTÍCULO 1.636.- (Pago a los acreedores). Con el producto de la realización del activo se pagará a los acreedores, ejecutoriada que sea la sentencia de grados y preferidos.

Puede también efectuarse pagos parciales provisionales cuando se hayan realizado bienes por un valor estimado superior al cincuenta por ciento del total del activo o cuando, por auto fundado, lo ordene el juez, previniendo las reservas necesarias para atender los gastos de administración pendientes de pago.

En uno y otro caso, si el crédito consta en documento o en títulos - valores, el secretario dejará constancia del pago en el propio documento.

Cada pago a los acreedores será precedido de un estado de cuenta que se someterá, previamente, a la aprobación del juez.

Conc: c. com. 1624- 1628- 1633- 1637- 1639- 1640-1641- 1677- 1678-

Sentencia ejecutoriada es aquella que se considera firme porque no admite más recurso ordinario ni extraordinario. El acreedor debe presentar su título para exigir su cuota y, cuando este faltare, puede ser suplido con la sentencia de grados y preferidos o resolución de reconocimiento de créditos. Sin embargo, la exigencia de la fracción tercera del art.: constancia de pago insertada en el propio documento o título, es insustituible, porque con ella se busca evitar que el mismo se presente a otros codeudores solidarios para el pago del crédito entero (Vivante).

ARTÍCULO 1.637.- (Reserva). Antes de proceder a la distribución, se constituirán las reservas necesarias para atender los créditos sujetos a condición suspensiva o para los pendientes de resolución judicial o administrativa.

Si no hubiera término, la reserva se mantendrá por dos años, transcurridos los cuales se reintegrará a la masa. Dichas reservas se invertirán en forma que asegure su devolución y genere rendimientos.

Conc: c. com. 1634- 1636- 1678-

ARTÍCULO 1.638.- (Distribución complementaria). El producto de bienes no realizados a la fecha del informe final, así como el proveniente de desafectación de reservas o de nuevos bienes

ingresados al activo de la quiebra, deberán distribuirse directamente, sin necesidad de trámite ulterior, según propuesta del síndico aprobada por el juez.

Conc: c. com. 1634- 1678-

JURISPRUDENCIA

"Calificado y establecido el orden de preferencia en que deben ser pagados los créditos, con el conjunto de los bienes (realizados), quedan expeditas las acciones de los acreedores contra los derechos y sucesiones que puedan corresponder al deudor, cuando los bienes (realizados) no son bastantes para cubrir las deudas, ampliándose a aquellos la sentencia de grados y preferidos pronunciada" (G.J. Nº 717, p. 14).

ARTÍCULO 1.639.- (Prescripción). El derecho de los acreedores a percibir los importes de la distribución de la masa, prescribe en favor del Estado a los cinco años contados desde la fecha de su aprobación.

Conc: c.c. 1492- c. com. 1636-

ARTÍCULO 1.640.- (Pago de deudas que no devengan intereses). A las deudas del quebrado que no devengan intereses y se pagan total o parcialmente, antes de la fecha estipulada en el título - valor, se les hará, un descuento al tipo de interés legal por el lapso que se anticipa su pago.

Conc: c. com. 1636-

ARTÍCULO 1.641.- (Pago a tenedores de bonos u obligaciones). Los créditos de tenedores de bonos u obligaciones emitidos por sociedades anónimas, se computaran por su valor nominal, deducidas las amortizaciones o reembolsos efectuados, pagándose los intereses que correspondan.

Conc: c. com. 1636 -

SECCIÓN XIII **CONCLUSIÓN POR PAGO TOTAL**

ARTÍCULO 1.642.- (Pago total). El juez dictará resolución declarando concluida la quiebra cuando el quebrado o síndico realicen pago por efecto del convenio o pago íntegro de las deudas

Descargado desde el sitio www.bolivianland.net

a los acreedores reconocidos, los créditos pendientes de resolución y los gastos y costas del procedimiento, una vez aprobada la distribución definitiva.

Si quedara remanente líquido, deberán pagarse los intereses suspendidos a raíz de la declaración de quiebra. El saldo deberá ser entregado al deudor.

Conc: c. com. 1643- 1649- 1677-

Son varios los modos de la extinción o cesación del procedimiento de la quiebra. Según Messineo, unos son de clausura del procedimiento: a) la falta de proposición de demandas de admisión al pasivo (reconocimiento de créditos), extremo ciertamente improbable; b) la distribución final realizada del activo aún cuando los acreedores queden no-satisfechos completamente (arts. 1634 y s.); c) la insuficiencia de activo (arts. 1644 y s.); d) el pago íntegro, o, como también se dice, del ciento por ciento de las obligaciones del quebrado, que esta Sección legisla.

La quiebra, alcanzada su finalidad de procedimiento especial de liquidación de las deudas del quebrado, debe concluir (Rodríguez). Implica la íntegra extinción de las obligaciones de aquél (c.c. art. 351, 1), con efecto liberatorio para el quebrado y que configura una de las hipótesis en que, con el concurso de otros presupuestos, puede dar lugar a la rehabilitación civil del quebrado (art. 1677). Los efectos patrimoniales de la quiebra (no los personales: arts. 1643 y 1649), cesan y el procedimiento concluye, sin lugar a una reapertura de la quiebra que es la diferencia de este modo de extinción con los señalados en las letras b) y c), supra, en los que la falta de pago íntegro de todos los acreedores, hace que los derechos de estos no desaparezcan a pesar de la clausura de la quiebra y los pagos recibidos se consideran cantidades a cuenta, quedando abierta la posibilidad de exigir su complementación en el supuesto de una reapertura de la quiebra, que es posible dentro de un plazo limitado (dos años: art. 1651).

El art. alude al pago total hecho por el quebrado o por el síndico. El último supuesto importa que la distribución final realizada por el síndico (arts. 1634 y s.), ha extinguido totalmente las obligaciones del quebrado. El pago que pudiera hacer el quebrado, no se hará al margen del procedimiento, así haya financiado de alguna manera el importe necesario para el efecto se reputara hecho con dinero de la quiebra, porque entra en la masa todo lo que el quebrado adquiriera aún con posterioridad a su declaratoria (arts. 1490, 1585 y 1603). Cabe admitir que con la mención al quebrado, en realidad, se pretende significar la posibilidad de que un tercero, en atención al quebrado cumpla con las obligaciones de este, extremo que nada obsta (art. 295, c.c.), si no media oposición expresa del quebrado (c.c. art. 296). El pago total a través de la

distribución final de la masa, supone un pago con bienes de la quiebra; el realizado por un tercero, importa un pago extraconcursal (Rodríguez).

Si bien el pago integro- con bienes de la quiebra o de un tercero- pone fin a la quiebra en su aspecto civil, los efectos penales no desaparecen por ello, de modo que los quebrados culpables o fraudulentos siguen sometidos a la acción punitiva que corresponda (arts. 1643 y 1649, i.f.).

ARTÍCULO 1.643.- (Reglas aplicables). En todos los casos de conclusión por pago total se aplicará el artículo 1.649 última parte.

Conc: c. com. 1642 - 1649 -
Comprendido en la anot. al art. anterior.

SECCIÓN XIV **CONCLUSIÓN POR CONVENIO RESOLUTORIO**

ARTÍCULO 1.644.- (Solicitud de convenio). La quiebra | puede concluir también por convenio resolutorio. En este caso, el quebrado deberá presentar su proposición de convenio dentro de los veinte días contados desde la última publicación de edictos a que se refiere el artículo 1.552.

No se aceptará la solicitud cuando la quiebra se haya declarado por aplicación de alguna de las causas que originaron el fracaso del procedimiento de convenio preventivo o cuando se halle pendiente el cumplimiento de un convenio anterior.

Precd: c. mtl. abrg. 568
Conc: c. com. 1552 - 1612 -

El convenio, es considerado el medio más frecuente de cesación de la quiebra, que permite regular las relaciones entre el deudor- quebrado y acreedores, pasando sobre las diligencias normales del procedimiento: liquidación del activo y del pasivo. (Messineo).

Del punto de vista práctico y de conservación de los valores de organización de la empresa, que es preocupación fundamental en la ley (arts. 450 y 1618), la extinción de la quiebra por convenio es la forma más importante de conclusión de esa. (Rodríguez).

Desde luego, lo expuesto en las anots. a los arts. 1487, 1490 y 1500 y s., sobre el convenio preventivo, en lo pertinente, es aplicable en este examen del mismo instituto, aunque en el

marco del procedimiento de la quiebra, dentro del cual cumple la función de cerrar la quiebra (v. la anot. al art. 1487). Nótese al efecto, que el art. 1648, declara aplicables al convenio resolutorio las normas establecidas para el convenio preventivo en lo que la Sección no provea expresamente, que es casi todo.

En el más amplio sentido, convenio, para el caso (v. la anot. al art. 1503), es todo acuerdo entre el deudor - quebrado y los acreedores para obtener una quita (remisión), una espera, una dación en pago o la combinación de estos elementos, para el pago de las obligaciones de aquel. Aunque respecto de su naturaleza jurídica (sin ocuparse de su carácter de negocio plurilateral jurídico, cuestión propia del derecho civil limitadamente tratada a propósito del art. 793) tiene validez lo dicho sobre ella al tratar del convenio preventivo; queda, empero, un punto por dilucidar: se diferencia en la materia los convenios extraconcursales de los concursales (Rodríguez), refiriéndose con los primeros a los celebrados antes de la declaratoria de quiebra con vistas a impedir la (convenio preventivo) y con los segundos a los que se alcanzan en el curso del procedimiento de la quiebra, para suprimir los efectos de la declaratoria (convenio resolutorio). Sin ahondar el examen de la diferencia, que tiene fundamentos atendibles en la teoría, en el ámbito legislativo dentro de las regulaciones del Código, es inaplicable la diferencia en el ordenamiento de este, que al convenio preventivo también le llama, indistintamente, concurso preventivo, dándole así naturaleza concursal.

Su trámite supone las mismas etapas esenciales del preventivo: iniciativa y proposición; admisión por la junta de acreedores; aprobación judicial, impugnación. La iniciativa, corresponde al deudor- quebrado y debe hacerse en la oportunidad indicada por el art. Su procedencia esta limitada por las excepciones que consigna la segunda fase del art. El contenido de la proposición ha de sujetarse a las exigencias del art. 1503, en lo que sea aplicable (art. 1648).

JURISPRUDENCIA

"El pago a acreedores por una compañía que se encuentra en quiebra se hará guardando las normas previstas al efecto y los acreedores no pueden, en tal situación, seguir juicios aislados exigiendo el pago íntegro de sus créditos" (G.J. N° 1229, p. 68).

ARTÍCULO 1.645.- (Reunión previa convocatoria). Aceptada la solicitud se fijara fecha a los fines de votación, previa convocatoria a junta de acreedores con no menos de cinco días anteriores a su realización.

Preced: c. mtl. abrg. 569 -

Conc: c. com. 1573 - 1574 -

La determinación de la naturaleza jurídica del convenio, según los efectos derivados de las decisiones de la junta de acreedores sobre el mismo, es debatida a través de teorías contractualistas y procesalistas (Rodríguez). Se tiene entre las primeras: la de la voluntad obligada, que sujeta a los acreedores disidentes y ausentes a lo que la mayoría de los conformes decida, sin explicar justamente el por que de esa obligación; la teoría de la voluntad presunta, fundada en el principio *quod facit major pars id omnes facere videtur* (lo que hace la mayor parte para todos es conveniente), que no explica a satisfacción el por que de la obligación de los disconformes; la teoría de la representación, que atribuye a la mayoría la representación de la minoría, que tampoco ofrece un fundamento atendible a la obligación de los disidentes.

Según las teorías procesalistas, la vinculación de acreedores disidentes y ausentes deriva de la decisión judicial o por razón de la relación procesal, con olvido de que la decisión judicial solo aprueba un acuerdo mayoritario y que este obliga a quienes no consintieron en el; la teoría de la obligación legal, que considera a disidentes y ausentes obligados contractualmente por mandato de la ley, que es objetada por igual razón que las anteriores. Carnelutti, considera que el convenio representa una forma de expropiación del derecho de crédito del acreedor en beneficio del insolvente y en consideración al interés superior de la predican. Finalmente, también se estima que por las condiciones exigidas para la procedencia del convenio, incluida la decisión mayoritaria a falta de unanimidad, así como el control de regularidad formal y de fondo, para apreciar su procedencia, atribuida al juez, ha de considerarse que el convenio se descompone en dos momentos, correspondientes el primero a un pacto privado entre el deudor-quebrado y los acreedores y el segundo a una resolución procesal del juez de la quiebra, de todo lo cual resulta que se trata de un acto complejo, integrado por un negocio privado y un negocio procesal.

La decisión mayoritaria, obligatoria para todos, no parece tener otra explicación - y justificación- que, toda vez que no es posible lograr unanimidad, es la única forma de alcanzar decisiones cuando se trata de intereses plurilaterales concurrentes para un fin común.

Presentada la proposición, el juez la admitirá si reúne las condiciones previstas para su procedencia (art. 1644) y convocará a la Junta de acreedores para que la considere y vote En lo pertinente, se aplican las disposiciones de los arts. 1522 y s. para el efecto, según dispone el art. 1648.

ARTÍCULO 1.646.- (Condiciones para el convenio). Son condiciones para la viabilidad del convenio:

- 1) El voto favorable de los acreedores conforme se indica en el artículo 1.526, y
- 2) Comprender a todos los acreedores reconocidos.

Las obligaciones emergentes de salarios y beneficios sociales no se consideraran para determinar la mayoría prevista. Sin embargo, de ser exigibles deben ser cubiertos conforme a Ley.

En el convenio resolutorio se harán reservas necesarias para atender, en su caso, el pago de obligaciones condicionales o en litigio.

Conc: c. com. 1526 -

El art. 1526, aplicable al caso por disposición explícita de este precepto, exige que la aprobación de la propuesta del deudor-quebrado se haga por la mayoría de acreedores combinada con la mayoría de capital computable, que varía según se trate de pago total u otro tipo de proposición. Al exigir la ley, la mayoría numérica de los acreedores, quiere impedir que los grandes acreedores se impongan a los pequeños, y al exigir la mayoría de los créditos, quiere impedir que los pequeños acreedores se impongan a los más interesados (Vivante).

ARTÍCULO 1.647.- (Homologación del convenio y registro). El convenio se hará constar en acta firmada por el juez, el secretario, el deudor y acreedores y, en ella, se expresará el término de su vigencia. Será homologado además por el juez dentro de los cinco días siguientes al de la firma, siempre que se hayan cumplido los requisitos de fondo y forma previstos para el convenio preventivo.

El convenio y el respectivo auto que lo homologue, se inscribirán en el Registro de Comercio y en los demás que correspondan según la naturaleza de los bienes.

El auto que niegue la homologación es apelable en el efecto devolutivo.

Precd: c. mtl. abrg. 573 -

Conc: c. com. 29 - 1499 - 1527 - 1531 - Rgto. rg. com. 23, c) -

Cumplidas las condiciones de fondo, de forma y de oportunidad, el juez homologa el convenio. Esta aprobación Judicial y la conclusión de la quiebra, debe declarar el juez con carácter constitutivo.

La excepción relativa a salarios y beneficios sociales en los cálculos de la votación y las previsiones relacionadas con el pago de las obligaciones condicionales y en litigio, es propia del convenio post - quebrario.

La desaprobación del convenio, sea por la junta de acreedores o por el juez, determina la continuación de la quiebra. También, cuando la negativa de la homologación no ha si O apelada o si, intentada esta, ha sido confirmada.

ARTÍCULO 1.648.- (Régimen y efectos). En cuanto a lo demás se aplicaran las normas establecidas para el convenio preventivo.

El deudor deberá asegurar suficientemente el pago de los gastos y costas mediante depósito judicial antes de proveerse la restitución de sus bienes.

Conc: c. com. 1500 a 1541 -
Comprendido en las anots. a los arts. 1644 y 1649.

ARTÍCULO 1.649.- (Terminación del proceso). Sí, como consecuencia del convenio resolutorio, quedan pagados o asegurados todos los créditos reconocidos o si lo solicita la totalidad de los acreedores admitidos, en la misma resolución de homologación se declarará terminado el proceso. La conclusión del procedimiento no impide a la calificación de la conducta del fallido o sus representantes ni a la deducción o continuación de la acción penal.

Conc: c. com. 1642- 1643-

El art. confunde los efectos del convenio con los de la extinción de las obligaciones del deudor - quebrado, sea por pago total ya Visto con el art. 1642 o por pedido unánime de los acreedores (que supone una remisión). La clausura o conclusión del procedimiento de la quiebra, no solo procede en esos casos sino también por razón del convenio resolutorio, como lo reconoce expresamente el art. 1644 y porque ese es el objeto del mismo, una vez asegurado el pago de todos los créditos reconocidos, en la forma. acordada en el convenio.

El incumplimiento del convenio por parte del quebrado da lugar a la reapertura del procedimiento, o a una nueva declaratoria, para proseguir la liquidación y distribución de la masa. Esta es una consecuencia lógica, derivada además de la disposición del art. 1648, en relación con el 1536 relativo al incumplimiento del convenio preventivo, mutatis mutandis.

SECCIÓN XV CLAUSURA POR FALTA DE ACTIVO

ARTÍCULO 1.650.- (Activo insuficiente). Si la masa de la quiebra resulta insuficiente para pagar el total de las deudas a los acreedores, se hará la distribución a prorrata dentro de la prelación que se establezca. El Juez declarara suspendido el procedimiento, sin extinguirse el estado de quiebra ni sus efectos jurídicos. Igual medida se adoptará para el caso de no existir activo suficiente para cubrir los gastos del juicio, incluidos los honorarios de los profesionales intervinientes.

La suspensión del procedimiento por falta o insuficiencia del activo importa presunción de fraude, debiendo el Juez ordenar la detención del fallido, si goza de libertad provisional y su remisión al juzgado de turno en lo Penal para la instrucción del sumario correspondiente, salvo que la quiebra se califique de fortuita.

Conc: c. com. 1651 -

La forma de conclusión de la quiebra prevista en este art., desconocida en la legislación mercantil abrogada, es un instituto de origen francés, instituido por ley de 1838, modificatoria del c. com. de 1807 (Rodríguez). Concebida originalmente como simple suspensión de las operaciones de la quiebra, que dejaba subsistentes todos los efectos patrimoniales y personales de esta, fue regulada por la legislación comercial italiana como causa de extinción de la quiebra. Este sistema, mantenido en la actual L. de quiebras (art. 118, 4), se ha difundido a otras legislaciones, v. gr. la argentina (L. 11719, art. 85, 1) y la mexicana (L. de quiebras, art. 287).

Según dicho sistema, probado en cualquier momento de la quiebra, que el activo es insuficiente aún para cubrir los gastos que ella ocasiona, el juez, oídos el síndico, la intervención y el quebrado, puede declarar concluida la quiebra, sin que ello obste la responsabilidad penal que proceda.

No obstante la evidencia de tal avance doctrinal y legislativo, el Código mantiene el original sistema francés, al establecer simplemente que, en este caso, se considera suspendido el

procedimiento sin extinguirse el estado de quiebra ni sus efectos jurídicos, lo que muestra indudable inclinación al remoloneo entre concepciones superadas, a despecho de las corrientes en que, en general, aparece inspirado. Nótese además, la contradictoria formulación de sus reglas, a tenor del art. siguiente (1651) que determina la reapertura de la quiebra para el supuesto de su clausura (esto es de su extinción) por insuficiencia de activo.

La responsabilidad penal del quebrado, en este y en todos los casos, a pesar de la presunción inconsultamente incrustada en el precepto, depende de la calificación de la quiebra. En ella, como en toda calificación para efectos relacionados con el ordenamiento punitivo, cuyas reglas son de orden público por tanto, se aplican preferentemente, rige el principio de que se presume la inocencia del encausado mientras no se prueba su culpabilidad (p.p. art. 3, Const. art. 16, Declaración Universal de los Derechos del Hombre, art. 11).

SECCIÓN XVI **REAPERTURA DE LA QUIEBRA**

ARTÍCULO 1.651.- (Existencia de bienes). Si el proceso de quiebra hubiera sido clausurado por falta o insuficiencia de activo, y dentro de los dos años siguientes, se comprobara la existencia de bienes, se reabrirá el procedimiento a solicitud de cualquier acreedor.

Conc: c. com. 1650 -

ARTÍCULO 1.652.- (Designación de nuevos síndicos). El juez procederá a designar nuevo síndico si el anterior no pudiera desempeñar el cargo y se continuara el procedimiento desde el estado en que se encontraba al decretarse la clausura, ajustándose a la prelación ya establecida en la sentencia de grados y preferidos.

Conc: c. com. 1565 -

ARTÍCULO 1.653.- (Publicación). La reapertura de la quiebra se publicará en la misma forma que el auto declarativo de quiebra.

Conc: c. com. 1552 - Rgto. rg. com. 23 -

Según el art. 1651 y cual se ha observado en la anot. al art. 1650, la insuficiencia de activo produce la clausura del procedimiento de la quiebra y no su simple suspensión. De ahí a razón de la reapertura. Ahora bien, esa clausura tiene carácter provisional si la inexistencia de bienes por

liquidar desaparece, dentro de los dos años siguientes a la fecha en que fue dispuesta, sea por descubrimiento de bienes ocultos o por su adquisición posterior. Ha de tratarse, pues, de bienes desconocidos antes de la clausura. La iniciativa, aunque el art. la limita inexplicablemente a los acreedores, corresponde no solo a ellos, sino al propio quebrado y aún al juez, de oficio, por aplicación de la regla general del art. 1542.

Con la reapertura, prosigue la quiebra desde el punto en que fue interrumpida. No precisa nueva demostración de los presupuestos de la quiebra y es suficiente acreditar la declaración original, la extinción por falta de activo y la aparición de bienes. Los órganos designados pueden continuar en funciones, o se designa otros (art. 1652). Las publicaciones y registro de la resolución que dispone la reapertura se hace como indica el art. 1653.

SECCIÓN XVII **CLASES DE QUIEBRA**

ARTÍCULO 1.654.- (Clases de quiebra). La quiebra puede ser:

- 1) Fortuita;
- 2) Culpable, y
- 3) Fraudulenta.

Precd: c. mtl. abrg 488, 2), 3) v 4) -

Conc: c. com. 1663 -

La quiebra puede ser resultado de causas no imputables a la voluntad del deudor o, también, puede haber sido provocada por este, culpable (imprudencia, negligencia, impericia) o dolosamente. Por eso, se la distingue tradicionalmente en casual o fortuita, culpable y fraudulenta.

Su calificación (arts. 1660 y s.), significa la determinación de la responsabilidad o no-responsabilidad penal del quebrado y la de otras personas que hayan concurrido en la comisión de los hechos o actos que han ocasionado la quiebra (complicidad: art. 1671). La comisión de delitos, por otras personas, con ocasión de la quiebra, es cuestión diversa y esta sometida al ordenamiento punitivo como todo acto o hecho ilícito penado por la ley; tales los casos, v. gr. de los arts. 1672 (colusión con el quebrado) y 1673 (crédito simulado).

El c. mtl. abrg. como su fuente, el c. com. español de 1829, distingue cinco clases de quiebras, por: 1) suspensión de pagos; 2) insolvencia fortuita- 3) insolvencia culpable- 4) insolvencia fraudulenta; 5) alzamiento. Las nuevas corrientes legislativas, han reducido las causas de la calificación a las tres que señala el art. y que corresponden a las que ya las Ordenanzas d' Bilbao señalaban, cuyo Capítulo XVII (cit. de Malagarriga), distingue entre los atrasados, quebrados o fallidos, o sea, tres clases o géneros de que pueden resultar inocentes, y culpables, leve o gravemente, según sus procedimientos o delitos, de las cuales tres clases, los primeros eran inculpables, de los infortunios que les acaecieren y los demás eran los que arriesgaba los caudales ajenos, con dolo o fraude, por lo que se les estimaba como infames ladrones públicos, que debían ser entregados a la justicia ordinaria con la causa que se les hubiere hecho.

ARTÍCULO 1.655.- (Quiebra fortuita). Es fortuita cuando el comerciante hubiere sufrido la disminución de sus bienes debido a infortunios casuales inevitables y no imputables al fallido, al extremo de cesar en sus pagos.

Precd: c. mtl. abrg. 489 - 490 -

Conc: c. com. 1664 - 1677 -

Se dice que el concepto de la quiebra casual o fortuita es negativo, cuando la ley no la define, sino que enumera las circunstancias determinantes de la culpabilidad o de la fraudulencia, y la quiebra deviene casual porque no hay motivo para calificarla de culpable o fraudulenta (v. gr. la legislación argentina).

Pero, el ordenamiento del Código, como la L. de quiebras mexicana (art. 92) dan definiciones que permiten determinar un concepto positivo. La del art., concuerda también con la de su precedente legislativo, a propósito del cual Rebolledo anota que, para que la quiebra sea considerada fortuita, es necesario que el deudor haya procedido en su comercio sin dolo ni malicia alguna y que la insolvencia haya provenido de circunstancias puramente casuales e inevitables, como la baja en el mercado de las mercaderías compradas en un precio superior, las perdidas provenientes de algún siniestro como incendio, terremoto, inundación, naufragio, etc.

Este concepto, importa que los infortunios, esto es, el caso fortuito o la fuerza mayor, han de obrar en relación de causa a efecto con la situación de cesación de pagos.

ARTÍCULO 1.656.- (Quiebra culpable). Es culpable cuando el comerciante hubiera realizado actos que provocaron, facilitaron o agravaron el estado de cesación de pagos, debido a negligencia, imprudencia o descuido en el manejo de sus negocios.

Corresponden a esta clase, entre otros, los comerciantes que:

- 1) Realicen gastos domésticos en exceso de sus posibilidades con relación a sus ingresos y número de familiares a su cargo;
- 2) Realicen gastos en la empresa o negocio en exceso de una prudente administración, con relación a su capital y movimiento de sus operaciones;
- 3) Adeuden el doble o más de su capacidad de pago, en el lapso entre el último inventario y la quiebra;
- 4) Utilicen medios ruinosos para obtener recursos u ocasionen pérdidas a sabiendas, con el propósito de dilatar su estado de quiebra;
- 5) Asuman obligaciones por cuenta de terceros, en exceso de su capacidad o sin exigir las contragarantías necesarias;
- 6) Expongan o arriesguen sumas excesivas de dinero o bienes, en juegos, apuestas y otros actos semejantes;
- 7) Incumplan un convenio preventivo o resolutorio, salvo acontecimientos imprevistos que hagan imposible su ejecución, previa calificación del juez;
- 8) No comparezcan durante el juicio o dejen de cumplir con lo dispuesto en el artículo 1.587, gozando de libertad;
- 9) No presenten en tiempo oportuno la memoria, balances y demás estados financieros, tratándose de sociedades anónimas;
- 10) No lleven en forma regular los libros de contabilidad y documentación o no los presenten en su oportunidad;
- 11) No realicen en tiempo oportuno las inscripciones exigidas por Ley;
- 12) No hagan manifestación de convenio preventivo o de quiebra dentro del plazo señalado al efecto en el artículo 1.547.

Precd: c. mtl. abrg. 491 - 492

Conc: c. com. 1547- 1666- 1668 - 1671 - 1678 -

Es culpable la quiebra y será declarada tal, cuando concurren alguno o, algunos de los hechos, circunstancias o indicios que enumera el art. La fracción inicial de este, da la fórmula general de la quiebra culpable, al definir su calificación como los actos contrarios a las exigencias de una buena administración mercantil, que producen, facilitan o agravan el estado cesación de pagos. A diferencia de lo que ocurre con la quiebra fortuita, en la culpable no se da necesariamente una relación de causa a efecto entre las circunstancias previstas y la cesación de pagos (Rodríguez). Se trata de circunstancias coincidentes con la cesación, que la califican y la convierten en el delito de quiebra culpable.

La característica de la culpa es la ausencia de voluntad delictiva o conducta dolosa y se configura por la imprudencia, la negligencia o la inobservancia de las leyes, reglamentos, ordenes o resoluciones (c.p. art. 15).

De los supuestos enumerados en el art., unos se refieren a la conducta privada del comerciante (incs. 1 y 6) , otros a su conducta comercial en general (incs. 2, 3, 5, 9, 10 y 11) y otros a una conducta con relación a la quiebra misma o a convocatorias anteriores (incs. 4, 7, 8 y 12).

Esta enumeración es taxativa, no enunciativa, habida cuenta el carácter punible de los hechos y circunstancias que ella contiene y cabe aplicar al caso el principio *exclusa consentur omnis quae lex enumerando non inclusit*. De ahí que no parece explicable la formulación inicial de la 2º fase del art., cuando dice que corresponden a esta clase (de quebrados) entre otros los comerciantes que... No se sabe a que se refiere el inciso entre otros de la frase transcrita. Si a los comerciantes, su inclusión es ociosa (v. la anot. al art. 1542 lo relativo a los supuestos de la quiebra en la letra b); si a los hechos o circunstancias, es impertinente, porque no es propia de una enumeración, sobre todo si esta, como se ha dicho, es taxativa porque las analogías para los fines de los preceptos penales o de los hechos con ellos relacionados, son ilegales, salvo expresa indicación de otras circunstancias punibles en otra disposición legal. Por lo demás, la enumeración de los hechos, situaciones e indicios que configuran la culpa del quebrado, se comprende fácilmente y no requiere mayores explicaciones.

ARTÍCULO 1.657.- (Quiebra fraudulenta). Se reputa quiebra fraudulenta la del comerciante que, con dolo, disminuya indebidamente su activo, aumente su pasivo, otorgue preferencias indebidas a sus acreedores, abuse del crédito o niegue información en la quiebra.

Pertenece a esta clase, entre otros, los comerciantes que:

- 1) Se alcen con todo o parte de sus bienes o hagan abandono sin justa causa de sus negocios;
- 2) Destruyan, oculten, o hagan desaparecer total o parcialmente sus bienes;
- 3) Simulen deudas, gastos o pérdidas inexistentes;
- 4) Omitan en sus balances y estado de resultados cantidades de dinero, bienes y valores o muestren una situación falsa, aumentando indebidamente su pasivo o disminuyendo su activo;
- 5) Adquieran cualquier especie de bienes, poniéndolos a nombre de terceros para eludir sus obligaciones;
- 6) Favorezcan, con posterioridad a la fecha de retroacción, a algún acreedor, haciéndole pagos, dación en pago o concediéndole garantías o preferencias indebidas que éste no tuviera derecho o obtener;
- 7) Enajenen en forma persistente mercaderías o bienes o precios por debajo de su costo dentro del año anterior a la declaración de quiebra y cuyo precio adeudara en todo o parte;
- 8) No lleven los libros de contabilidad y de registro obligatorios, o los alteren, falsifiquen o destruyan de modo que resulte imposible establecer la verdadera situación económica;
- 9) Consuman o apliquen en sus negocios propios, fondos o efectos que tenían en comisión, administración, consignación, depósito o como agentes de retención, u oculten el curso de los mismos por cualquier espacio de tiempo;
- 10) Gozando de libertad provisional y siendo llamados por el juez, no se presenten sin causa justificada;
- 11) Reciban después de declarada la quiebra, dinero, efectos o bienes contraviniendo órdenes del juez;
- 12) Distribuyan o paguen dividendos ficticios de la sociedad fallida, con conocimiento de su ilegitimidad;
- 13) Se nieguen a dar las explicaciones que se les solicite sobre la situación patrimonial, o darlas en forma falsa.

Precd: c. mtl. abrg. 493- 494- 495-

Conc: c. com. 109- 124 - 1658 - 1666- 1668 - 1671 1679-

Según la fórmula de la primera fracción del art., la quiebra es fraudulenta cuando ella deriva de la conducta dolosa del quebrado, configurada en la intención y voluntad de defraudar y dañar, o, como dice el ordenamiento punitivo (c.p. art. 14), cuando el resultado antijurídico ha sido querido o previsto y ratificado por el agente, o es consecuencia necesaria de su acción.

La enumeración del art., que también ha de considerarse taxativa y no enunciativa, salvo expresa indicación de otras circunstancias punibles en otras disposiciones legales (v. la anot. al art. anterior), comprende hechos abiertamente delictuosos (incs. 1 a 5 y 12) y otros que suponen sanciones de la ley por violación o infracción de sus disposiciones (los demás incs.).

Si bien algunos de esos hechos abiertamente delictuosos pueden reputarse comprendidos en algunas figuras delictivas específicamente definidas por el ordenamiento punitivo, como por ejemplo: los del inc. 2 en los arts. 227 y 339 del c.p. (destrucción de productos y destrucción de cosas propias para defraudar, respectivamente); los incs. 3, 4 y 12, que implican engaños realizados para obtener beneficio o ventaja económica en el art. 335 del c.p. (estafa), tienen su propia penalidad determinada en el art. 343 del c.p., aunque no debe perderse de vista la aplicabilidad, según casos y circunstancias, de las reglas relativas a la conexión de los delitos (p.p. art. 35, casos 3),

Sobre las referencias a la contabilidad, adviértase que se reputa circunstancia culposa no haber llevado con regularidad los libros de comercio y se considera circunstancia dolosa y fraudulenta, no llevar los libros obligatorios o alterar, falsificar o destruirlos, lo que supone también hechos abiertamente delictuosos además de estar sancionados por infracción deliberada de disposiciones legales imperativas, que pueden, según casos y circunstancias también, merecer las sanciones previstas en los arts. 198, 199, 202 y 203 del c.p. (falsedad material falsedad ideológica, supresión o destrucción de documentos y uso de instrumento falsificado), por razón de conexitud.

ARTÍCULO 1.658.- (Otras quiebras fraudulentas). Es también fraudulenta la quiebra de los agentes, comisionistas o corredores de comercio, cuando se pruebe que hicieron por su cuenta, en nombre propio o ajeno algún negocio o acto distinto al de su actividad habitual, incluso cuando la causa de la quiebra no sea origen de tales negocios o actos.

Conc: c. com. 109- 1248- 1260- 1657- 1666- 1668-

El art. tomado del 97 de la L. de quiebras mexicana, se explica según Rodríguez, por la condición de comerciantes de los agentes de comercio y comisionistas y la de auxiliares del comercio de los corredores, por cuya razón están sometidos a ciertas prohibiciones para realizar actividades comerciales diversas de la propia actividad que corresponde a su función. No hace falta que se de relación causal entre la quiebra y los actos diversos a dichas funciones; basta la concurrencia de tales hechos para que la quiebra sea calificada, sin más, de fraudulenta, aunque en todos los casos es admisible la prueba en contrario, porque conllevan una presunción iuris tantum. En el

ordenamiento del Código, tal extremo esta expresamente admitido en el art. 109 para los corredores. Respecto de los agentes y comisionistas, el art. en examen, ha omitido, sin que se sepa por que el párrafo pertinente del art. 98 de la L. de quiebras mexicana, su evidente fuente, que admite la misma prueba en contrario en la quiebra del agente que se constituye en garante de las operaciones en que interviene.

ARTÍCULO 1.659.- (Calificación individual). En el caso de sociedades, la conducta individual tanto de cada uno de los directores, administradores, gerentes, fundadores o liquidadores, como de los representantes, apoderados, síndicos de la sociedad, incluido el síndico de la quiebra, deberá ser calificada según lo dispuesto en los tres artículos anteriores, atendiendo a su propia actuación, para efectos de la aplicación de la sanción penal.

Conc: c. com. 1670 - 1680 -

El problema de la quiebra de la sociedad y de los socios presenta diversas facetas, según la clase de sociedad de que se trate. En las colectivas y en comandita, la quiebra de la sociedad determina la de los socios de responsabilidad ilimitada (art. 1491) y estos sufren las consecuencias de la quiebra, en todos los órdenes, inclusive el penal, según la calificación respectiva, además de las responsabilidades por razón de una administración culpable.

Para las demás sociedades, en general, las obligaciones y sanciones que la ley impone a los quebrados, incumben a los representantes de la sociedad cuando el quebrado es un comerciante social.

El art. no determina sólo la responsabilidad penal del quebrado, sino también la de otras personas que pueden cometer delitos con ocasión de la quiebra, tal el caso del síndico de la quiebra, mencionado en el art. Si el objeto del precepto es la responsabilidad del quebrado, o de sus representantes legales en el caso de los comerciantes sociales, debió especificarse en norma aparte las responsabilidades penales en que se incurra con ocasión de la quiebra, tal cual para los supuestos de los arts. 1672 (colusión con el quebrado) y 1673 (crédito simulado).

SECCIÓN XVIII **CALIFICACIÓN DE LA QUIEBRA**

ARTÍCULO 1.660.- (Informe especial y plazo de presentación). Dentro de los quince días siguientes a la toma de la posesión del cargo, el síndico elevará informe especial al juez acerca

de las posibles causas y las características de la quiebra, en la forma como se prescriben en el procedimiento de concurso preventivo.

Precd: c. mtl. abrg. 681 -

Conc: c. com. 1518- 1563, 2) - 1661 -

La forma prescrita en el procedimiento de concurso preventivo, para el informe del síndico esta reglada en el art. 1518 particularmente en sus incs. 2) y 3), cuyas exigencias han de tenerse en cuenta para la facción del informe especial previsto en este art.

ARTÍCULO 1.661.- (Procedimiento). Con el informe indicado anteriormente, se correrá traslado al quebrado quien tendrá tres días para impugnarlo.

En este caso, se abrirá término de prueba que no excederá de diez días, vencido el cual se dictará resolución sin otro requisito calificando la quiebra, esta resolución es apelable en el efecto suspensivo.

Precd: c. mtl. abrg. 682-

Conc: p.c. 224- c. com. 1499- 1660- 1662-

No se preceptúa la intervención de los acreedores en el incidente de calificación a menos que sea para favorecer al quebrado (art. 1663, 5), o que exista una presentación de alguno de ellos pidiendo la calificación y señalando los hechos conducentes al efecto (art. 1662). En realidad, ni el síndico ni el acreedor, en el supuesto indicado, deben ser considerados partes en el incidente de la calificación (Malagarriga), lo que no obsta a que, en su caso, deban aportar las pruebas pertinentes a su informe o a su solicitud.

Si el informe del síndico considera fortuita o casual la quiebra, el procedimiento establecido en el art. no tiene razón, una vez que el quebrado no puede menos que manifestar su conformidad y gratitud, lo que no justifica el traslado previsto en este caso.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso único del art. 1629.

ARTÍCULO 1.662.- (Solicitud del acreedor). Si la solicitud de calificación de la quiebra fuera presentada por algún acreedor, deberá seguirse el procedimiento señalado en el artículo anterior.

Conc: c. com. 1661 -

Comprendido en la anot. al art. anterior.

ARTÍCULO 1.663.- (Reglas de criterio). Para calificar la quiebra el juez tendrá en consideración:

- 1) Si el deudor solicitó la declaración del estado de quiebra;
- 2) Las causas que originaron la quiebra;
- 3) El estado en que se encontraban sus libros de contabilidad;
- 4) El informe especial del síndico;
- 5) Las gestiones de los acreedores que se hicieren en favor del quebrado, y
- 6) Otras resultantes de la naturaleza de la quiebra.

Preced: c. mtl. abrg. 680 -

Conc: c. com. 1654 y s. -

ARTÍCULO 1.664.- (Libertad del quebrado). Si la quiebra fuera calificada como fortuita, el quebrado, de estar detenido, será puesto en libertad de inmediato, aún cuando se apelara de la resolución.

Preced: c. mtl. abrg. 684

Conc: c. com. 1551, 3) -

ARTÍCULO 1.665.- (Cesación de asignación económica). En los casos de quiebra calificada como culpable o fraudulenta, el fallido dejara de percibir la asignación que, con cargo a la masa, se le hubiera acordado a título de alimentos necesarios.

Preced: c. mtl. abrg. 686-

Conc: c. com. 1578, 3) -

ARTÍCULO 1.666.- (Remisión al juez en lo penal). La calificación de quiebra culpable o fraudulenta se hará conocer al juez en lo penal, para los fines de Ley disponiendo, en su caso, la detención del quebrado y cómplices que quedarán a disposición de dicha autoridad, remitiéndole, además, testimonio de las piezas pertinentes.

Preced: c. mtl. abrg. 686-

Conc. c.p. 343- p.p. 5 - 6- 7- c. com. 1656- 1657-

La quiebra por si sola no es un delito; es decir, que la cesación de pagos judicialmente declarada no esta tipificada como delito. Este surge, cuando en la calificación de la quiebra se prueba la existencia de ciertas circunstancias culposas o fraudulentas que la ley declara punibles. La declaración, en ese sentido, funciona como condición de punibilidad (Messineo) porque la misma queda casualmente vinculada al hecho incriminado. Esto es, el tipo delictivo se integra por la existencia de un comerciante, que cese en sus pagos y la cesación que coexiste con alguna de las circunstancias enumeradas en los arts. 1656, 1657 y 1658 (Rodríguez).

La penalidad de los delitos de quiebra culpable y de quiebra fraudulenta, esta señalada en el art. 343 del c.p. Es cuestión controvertida la relativa a la jurisdicción respecto de la calificación. Rebolledo, estima que debe corresponder al juez de la jurisdicción penal, en proceso que asegure la amplitud de defensa del quebrado. El penalista argentino Malagarriga (cit. de Malagarriga), sostiene la jurisdicción del juez común (civil - comercial), fundado en que "hay delitos que saltan a la vista y otros como la quiebra, que no pueden ser clasificados por cualquiera: todo el mundo puede ver y comprender que un hombre ha sido asesinado. No todo el mundo puede apreciar en el dédalo intrincado del giro de una casa de comercio, si la quiebra de esta es casual, culpable o fraudulenta. Alguien debe declararlo... ¿Se dará el encargo a la justicia represiva?

Se desnaturalizaría su carácter y se perjudicaría los intereses generales del comercio con esos procedimientos inquisitoriales... que no condicen con el carácter de ese delito especial que se llama quiebra... ¿Y quien mejor que el mismo Juez de comercio?.

ARTÍCULO 1.667.- (Ejecutoria del fallo de segunda instancia). El fallo de segunda instancia resolviendo el recurso de apelación contra la resolución que califique la quiebra debe ser dictado dentro de los quince días siguientes a la remisión de obrados por el inferior y contra el mismo procede el recurso de casación dentro de los términos de ley.

Conc: p.c. 250- 257- c. com. 3

La rubrica y el texto del art. carecen de coherencia.

JURISPRUDENCIA

Véase el caso único del art. 1629.

SECCIÓN XIX SANCIONES PENALES

ARTÍCULO 1.668.- (Sanciones al quebrado fraudulento o culpable). El comerciante cuya quiebra sea calificada como fraudulenta o culpable, además de su inhabilitación para ejercer el comercio, incurrirá en las sanciones previstas en el Código Penal.

La prescripción de la acción penal quedará interrumpida hasta la dictación de la providencia calificando la quiebra.

Conc: c.p. 33- 34- 106- 343- c. com. 19, 2) - 1656-1657- 1658-

Véase la anot. a los arts. 1656, 1657, 1658 y 1666.

El art. 34. del c.p. sanciona a los quebrados fraudulentos con la pena de dos a seis años de privación de libertad. Para los culposos S! reduce en un tercio.

ARTÍCULO 1.669. (Sanciones a representantes legales Los representantes legales que ejerzan el comercio en nombre de menores o incapaces o los administradores que los sustituyan debido a incapacidad o incompatibilidad de aquéllos para el ejercicio del comercio, además de su inhabilitación para ejercer el comercio por sí o por terceros, quedan igualmente sometidos a las normas previstas en el Código Penal, en caso de quiebra fraudulenta o culpable.

Conc: c.p. 33- 34 - 343 - c. com. 1590-

ARTÍCULO 1.670.- (Responsabilidad de administradores y otros). Los administradores y representantes de una sociedad a los que se refiere el artículo 1.659 que, sin revestir el carácter de quebrados, hubieran realizado actos fraudulentos o culposos por cuenta del fallido permitiendo o agravando la disminución de responsabilidad patrimonial de éste, deberán indemnizar los daños y perjuicios por los cuales se les declare responsables, quedando además inhabilitados para ejercer el comercio por sí o por terceros, independientemente de las sanciones penales que pudieron corresponderles.

Esta responsabilidad se aplicará a quienes actuaron por el fallido después de la cesación de pagos y en la época en que ésta se originó. A este fin no regirá el límite de retroacción señalado en el artículo 1.601.

Conc: c.p. 33- 34- 343- c. com. 19, 2)- 1659- 1601

Estos dos arts. (1669 y 1670) reiteran disposiciones anteriores, cuyas reglas pueden sintetizarse así: la responsabilidad penal resultante del delito de quiebra, recae sobre el quebrado si este es un comerciante individual; sobre los tutores de los menores e incapacitados o sobre los factores que los sustituyen, en los casos previstos en los arts. 14, 15 y 16, y sobre los representantes legales (directores, administradores, liquidadores) en la quiebra de sociedades.

ARTÍCULO 1.671.- (Cómplices y sanciones). Será declarado cómplice del quebrado todo el que le auxilie a sabiendas o le induzca antes o después de la declaratoria de quiebra, a realizar los actos señalados en los artículos 1.656 y 1.657.

Se les aplicarán por sanción:

- 1) La pérdida de todo derecho que pudieran tener en la masa de la quiebra;
- 2) La restitución a la masa de lo sustraído de ella por efecto de su complicidad incluyendo intereses, daños y perjuicios, y
- 3) Las penas previstas en el Código Penal.

Precd: c. mtl. abrg. 498- 499- 500-

Conc: c.p. 23 - 343 - c. com. 1656 - 1657 -

Se dice que no es exacto hablar de complicidad en la quiebra, puesto que las formas de cooperación en la comisión de delitos de quiebra abarcan diversas formas y manifestaciones, que van desde la coautoría hasta el encubrimiento, razón por la cual la L. de quiebras mexicana (art. 103, cit. de Rodríguez), ha suprimido el concepto de complicidad para referirse a los que presten auxilio o cooperación de cualquiera especie, por concierto previo o posterior, o induzcan directamente a alguno a realizar los delitos tipificados en los preceptos correspondientes. Aunque el art., según se ve de su texto, trata de seguir la inspiración de la legislación mexicana citada, no escapa a la terminología tradicional al emplear el término complicidad.

La pena para los cómplices e instigadores, que a sabiendas indujeren antes o después de la declaratoria de quiebra, a realizar los actos ilícitos señalados en el c. com., es la mitad de la que corresponde a los quebrados (art. 343, ultima fase, c.p.)

JURISPRUDENCIA

"Los jueces de instancia al dar a los cómplices la misma situación del quebrado, como si aquellos hubiesen cesado en sus pagos, que es la esencia de la quiebra, infringen la ley, ya que solo correspondía anotar la circunstancia de su complicidad para los fines de las condenaciones civiles penales que establece el art. 500 del c. mtl. (1671, c. com.)" (G.J. N° 1282, p. 2).

ARTÍCULO 1.672.- (Colusión con el quebrado). El acreedor que convenga con el quebrado o con otro, en interés de aquel, beneficio a cambio de votar en determinado sentido en cualquier junta de acreedores, se le pondrá la pena como cómplice del quebrado, incluyendo la pérdida de su crédito en beneficio de la masa.

Precd: c. mtl. abrg. 449, 5) -

Conc: c.p. 23 - 343 - c. com. 1577 -

Véase la anot. al art. 1654. La penalidad es la señalada para los cómplices según el art. 343 del c.p.

ARTÍCULO 1.673.- (Crédito simulado). El que por sí o por medio de otra persona solicite en la quiebra el reconocimiento de un crédito simulado, incurrirá en el delito de estafa.

Precd: c. mtl. abrg. 499, 4) -

Conc: c.c. 545- c.p. 335- c. com. 1600-

Véase la anot. al art. 1654. La penalidad para la estafa es de uno a cinco años y multa de 60 a 200 días (art. 335, c.p.).

ARTÍCULO 1.674.- (Libertad bajo fianza). El quebrado detenido podrá gozar de libertad provisional, previa constitución de fianza por un monto que, sumado al activo de la quiebra, sea suficiente para cubrir la totalidad de las deudas, gastos y costas del juicio.

El trámite para la concesión de este beneficio se sujetara a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal.

Conc: p.p. 196 y s.- 208 y s.- c. com. 1551, 3) -

JURISPRUDENCIA

Véase el caso N° 1 del art. 1551.

SECCIÓN XX REHABILITACIÓN

ARTÍCULO 1.675.- (Presentación de la petición). La petición de rehabilitación del quebrado, persona física o Jurídica, será presentada necesariamente en el juzgado donde se hubiera tramitado el procedimiento de quiebra.

Precd: c. mtl. abrg. 695 -

Conc: c. com. 19 -

La rehabilitación hace cesar todos los efectos personales de la declaración de quiebra. Supone tanto la reintegración del quebrado a la plenitud del ejercicio de sus derechos, como la declaración judicial por cuya virtud se opera dicha reintegración.

Es indispensable para ejercer nuevamente el comercio, para el comerciante que ha sido declarado en quiebra, según el inc. 2) del art. 19, que prohíbe ejercer el comercio a los quebrados mientras no obtengan su rehabilitación, disposición que es universal en la legislación mercantil (Rebolledo). El interesado debe acudir para el efecto, ante el juez del Juzgado en el que se procesó la quiebra, necesariamente.

ARTÍCULO 1.676.- (Admitidos al convenio preventivo). A los comerciantes o sociedades admitidos al convenio preventivo que hubieren pagado en su totalidad las sumas adeudadas, intereses y gastos o demostraran que sus acreedores les hubieran hecho remisión de sus deudas o saldos deudores o que unánimemente consintieron en su rehabilitación, ésta les será otorgada por el juez, sin otro requisito.

Esta disposición será también aplicable al socio con responsabilidad ilimitada de una sociedad admitida en convenio preventivo, que justifique haber pagado todas las deudas de la sociedad o que los acreedores le hubieran hecho remisión de sus deudas y accesorios.

En caso de ausencia, desaparición o negativa de cualquier acreedor, la suma adeudada será consignada en el juzgado. El certificado que acredite este hecho servirá de documento de pago.

Precd: c. mtl. abrg. 693 -*Conc:* c. com. 1533- 1534-

Esta disposición no tiene explicación. La inhabilitación es consecuencia de la declaratoria de quiebra (arts. 1, 2 y 1551, 2), no del convenio preventivo (v. la anot. i.f. a los arts. 1533 y 1534). Ahora bien, si el convenio preventivo no supone ninguna inhabilitación, es impertinente hablar de rehabilitación para los admitidos en convenio preventivo. Es probable que se trata de alguna confusión con el convenio resolutorio o post - quebrario, caso en el cual si procede la rehabilitación, porque hubo declaratoria de quiebra y consiguiente efecto de inhabilitación. Entonces, para acordar la rehabilitación se observarían los requisitos y condiciones que señala el art.

Según la L. de quiebras mexicana (art. 381, cit. de Rodríguez), Si hubo convenio post-quebrario, como su cumplimiento que va a pago íntegro, aún cuando la quiebra fuere fraudulenta, basta el pago y el cumplimiento de la pena para que proceda la rehabilitación.

Por lo demás, la índole reglamentaria de las disposiciones de la Sección, cuyas formulaciones son suficientemente claras, hacen innecesarias más explicaciones, excepto lo que sea estrictamente pertinente.

ARTÍCULO 1.677.- (Rehabilitación del quebrado fortuito). Será rehabilitado el quebrado fortuito que demostrara haber pagado sus obligaciones o a quien sus acreedores, unánimemente, le hubieran hecho remisión de sus deudas o, también unánimemente le aceptaron su rehabilitación.

Precd: c. mtl. abrg. 692 - 694 -

Conc: c.c. 358 - c. com. 1642 - 1655 - 1680-

ARTÍCULO 1.678.- (Rehabilitación del quebrado culpable). Para que proceda la solicitud de rehabilitación del deudor que hubiere incurrido en quiebra culpable será necesario:

- 1) Acreditar el cumplimiento de la pena impuesta o rebaja de la misma por el juez de acuerdo con el Código Penal;
- 2) Justificar el pago íntegro de sus deudas, costas y gastos o que sus acreedores le hayan hecho remisión de sus créditos o que todos ellos estén de acuerdo con su rehabilitación, y

3) Que hubieran transcurrido tres años contados desde la fecha del auto declarativo de quiebra.

Precd: c. mtl. abrg. 692 - 694 -

Conc: c.p. 96 - 97 - c.com. 19, 2) -1542-1636-1637-1638-1656-1679-1680

ARTÍCULO 1.679.- (Rehabilitación del quebrado fraudulento). El quebrado cuya quiebra se hubiera calificado de fraudulenta no podrá rehabilitarse sino después de transcurridos cinco años desde la fecha del cumplimiento de las condenas penales y de haber pagado todas sus obligaciones, costas y gastos o haber extinguido éstas conforme a Ley.

Precd: c. mtl. abrg. 697 -

Conc: c. com. 1657- 1678, 1) - 1680-

En la legislación abrogada (v. el precedente legislativo), el quebrado fraudulento no podía obtener rehabilitación para ejercer nuevamente el comercio, aún cuando hubiese cumplido la condena penal respectiva, porque, señala Rebolledo, se le consideraba - en la antigua legislación comparada en general-delincuente peligroso para una actividad cuya principal base de operaciones es la buena fe de quienes se dedican a su ejercicio. Las corrientes legislativas modernas, han superado tan exagerada sanción con que se afligía al quebrado fraudulento y cabe anotar que en la Argentina, antes de la reforma correspondiente (1902, cit. de Malagarriga), esa restricción fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema, criterio indudablemente destacable, porque supone que admitir la restricción comentada, sería admitir una especie de pena de infamia o de muerte civil (así sea limitada para el ejercicio del comercio) proscritas por la Ley fundamental, hace tiempo (actual art. 17 de la Constitución Política).

ARTÍCULO 1.680.- (Administradores, representantes y otros). Las disposiciones de los tres artículos anteriores se aplicaran igualmente a las personas mencionadas en el artículo 1.659.

Conc: c. com. 1659- 1677- 1678- 1679- 1684-

ARTÍCULO 1.681.- (Publicación de la solicitud). La solicitud de rehabilitación será publicada con los mismos requisitos exigidos para la publicación del auto declarativo; de la quiebra.

Conc: c. com. 1552- 1682- 1683- Rgto. rg. com. 23, d)

ARTÍCULO 1.682.- (Oposición). Las personas con derecho para oponerse a la rehabilitación, podrán hacerlo en un plazo improrrogable de veinte días, a partir de la fecha de la última publicación prevista en el artículo anterior.

Vencido el plazo, sin oposición alguna, el juez dictara resolución dentro de los tres días siguientes.

En caso de oposición se correrá traslado al quebrado para que conteste, asimismo, dentro de los tres días siguientes.

La resolución que conceda o niegue la rehabilitación es apelable. El auto de vista no admitirá recurso alguno.

Conc: p.c. 213, II) - 250, I) - c. com. 1499- 1681 -

ARTÍCULO 1.683.- (Publicación de la resolución). La resolución del juez que conceda la rehabilitación se publicará por cuenta del interesado, en la misma forma que la solicitud y será inscrita en el Registro de Comercio.

Conc c. com. 29- 1681 - Rgto. rg. com. 23, d) -

ARTÍCULO 1.684.- (Rehabilitación de administradores, representantes y otros). Los directores, administradores, gerentes, liquidadores, síndicos o representantes legales a quienes se hubiera aplicado la prohibición de ejercer el comercio o de administrar o representar sociedades, podrán solicitar su rehabilitación incluso antes que expire el término de dicha prohibición. El juez puede concederla si el peticionante, además de haber observado buena conducta, cumplió la pena impuesta.

Conc: c. com. 19 - 1680 -

No supone este art., duplicación de lo preceptuado en el 1680, del que, si, pudo ser simplemente párrafo. Se refiere al supuesto de que los personeros que menciona hayan sido pasibles solamente de una sanción de inhabilitación del ejercicio del comercio, sin otra condena de la que la inhabilitación fuese considerada como pena accesoria (art. 26, c.p.).

CAPÍTULO IV **REGLAS ESPECIALES SOBRE CONVENIO PREVENTIVO Y QUIEBRA**

SECCIÓN I
CONVENIO PREVENTIVO Y QUIEBRA DE BANCOS,
ENTIDADES DE CRÉDITO Y DE SEGUROS

ARTÍCULO 1.685.- (Sociedades sometidas al control del órgano administrativo de fiscalización). Ningún Banco, entidad de crédito o de seguros privados, cualquiera sea su denominación, será declarado en estado de quiebra sin la intervención previa del respectivo órgano administrativo de fiscalización, para que resuelva la liquidación y la tome a su cargo o en su defecto, si así correspondiera, dictamine la apertura del procedimiento de quiebra, conforme a la Ley respectiva.

Esta manifestación deberá efectuarse dentro de los sesenta días de su notificación. En caso de silencio se entenderá que procede la declaración de quiebra.

Cuando el órgano administrativo de fiscalización tenga conocimiento que se tramita alguna actuación judicial en contravención de lo dispuesto precedentemente, solicitara al juez la suspensión de ella, la cual se ordenará en el plazo máximo de las cuarenta y ocho horas siguientes, bajo responsabilidad del juez y so pena de nulidad.

Conc: c. com. 1542- 1686- 1688- 1690- 1691- D.L. 9428 de 28 Oct. 1970, art. 9- Lea. 160- 161- 162-

Este Capítulo regula las quiebras y convenio preventivo (suspensión de pagos) especiales, que pueden afectar a ciertas instituciones sometidas a régimen legal particular y que, por eso, y por la naturaleza de la función que cumplen, merecen un tratamiento especial. Se ha seguido, en este aspecto, el sistema de la L. de quiebras mexicana, repetidamente citada, cuyo último título (cit. de Rodríguez), legisla la materia, habida consideración de que es aconsejable aplicar el régimen general de las quiebras y concurso preventivo a las mencionadas instituciones, que son las de créditos, de seguros y de servicios públicos, pero con el establecimiento de un régimen especial definido y concretado en pocos preceptos, propios de la índole particular de dichas instituciones.

El órgano administrativo de fiscalización para los Bancos y las instituciones de crédito, es el Departamento de Fiscalización del Banco Central (D.L. 9428 de 28 de Oct. de 1970- v. la anot. al art. 1302). Para las entidades aseguradoras, es la Superintendencia Nacional de Seguros y Reaseguros (Lea. arts. 161 y s.). Para las empresas de servicios públicos, es el órgano

administrativo, nacional, regional o municipal, que haya otorgado la concesión del servicio (art. 1692, 1).

Desde luego, es principio básico que en los casos de las instituciones amparadas por este régimen especial, se aplicara con preferencia las regulaciones pertinentes y específicas de la ley especial a que obedece su creación y funcionamiento (art. 1687), de lo que deriva que las regulaciones del Título al que corresponde este Capítulo, se aplica en lo pertinente y subsidiariamente en todo lo que dicha ley especial no provea al

Tocante a las instituciones de servicios públicos o concesionarias de los mismos, es presupuesto que debe procurarse a toda costa la continuación del servicio público, el cual no puede ser interrumpido (art. 1692, 2 y 3).

Estas observaciones generales, facilitan la comprensión de la breve reglamentación contenida en este y los siguientes preceptos.

ARTÍCULO 1.686.- (Declaración de quiebra a instancia del órgano administrativo de fiscalización). Dispuesta la liquidación administrativa, no podrá declararse la quiebra sino a requerimiento del órgano administrativo de fiscalización, acompañando los documentos y conclusiones que respalden el requerimiento.

Conc: c. com. 1685 -

La iniciativa para pedir la declaratoria de quiebra, corresponde exclusivamente al órgano administrativo fiscalizador (Lea. art. 160). Quiere decir esto que ni los acreedores ni el juez de oficio, según las previsiones del art. 1542, pueden demandar la quiebra de las instituciones sometidas a este régimen

ARTÍCULO 1.687.- (Procedimiento). En el procedimiento de la quiebra de Bancos, entidades de crédito y de seguro se aplicaran con preferencia las normas específicas de las Leyes respectivas.

Conc: c. com. 1542 -

ARTÍCULO 1.688.- (Liquidación). La liquidación debe ser realizada directamente por el órgano administrativo de fiscalización que, por Ley, esté encargado de su control y vigilancia o por delegación de éste. El reconocimiento de créditos y de grados y preferidos deberá ser resuelto por el juez competente, previo informe del órgano administrativo de fiscalización.

Conc: c. com. 1628 - 1685 -

ARTÍCULO 1.689.- (Funciones del síndico). Las funciones del síndico señaladas para la quiebra deberán recaer en el órgano administrativo de fiscalización.

Conc: c. com. 1558 y s. - 1560-

ARTÍCULO 1.690.- (Concurso preventivo). El concurso preventivo en el caso de Bancos, entidades de crédito y de seguro se tramitará por intermedio del órgano administrativo de fiscalización, el cual dictaminará sobre la procedencia o no del concurso.

El convenio, una vez celebrado entre el deudor y sus acreedores, con sujeción a lo prescrito precedentemente, deberá ser homologado por el juez competente dentro de los diez días siguientes a su celebración.

Conc: c. com. 1487- 1531 - 1685 -

ARTÍCULO 1.691.- (Negativa de homologación). En caso de negativa de homologación y previa intervención de la autoridad administrativa de fiscalización, el juez abrirá el procedimiento de quiebra de la sociedad en el mismo auto que niegue la homologación.

Si el convenio no se celebra, o si celebrado y homologado, no es cumplido por la sociedad deudora, el órgano administrativo de fiscalización lo declarará así y enviará todo lo actuado al juez competente para que inicie el procedimiento de quiebra.

Conc: c. com. 1685 -

SECCIÓN II **QUIEBRA DE EMPRESAS DE SERVICIO PÚBLICO**

ARTÍCULO 1.692.- (Decisión del juez para que no se interrumpan los servicios). En los casos de quiebra de empresas concesionarias de servicios públicos imprescindibles, el juez sujetará el trámite a las siguientes normas:

- 1) Comunicara la solicitud de quiebra al órgano administrativo que haya otorgado la concesión o al que sea pertinente, el cual debe intervenir en los trámites de la quiebra que se refieren al interés de la prestación del servicio público;
- 2) La explotación del servicio público deberá continuar sin interrupción y sin necesidad de informe del síndico a que se refiere el artículo 1.563, inciso 2). No obstante ello, no exime a este funcionario de cumplir tal obligación;
- 3) Si del informe del síndico, o de peritos en su caso, se desprende la inconveniencia o imposibilidad de continuar con la explotación por resultar deficitaria o perjudicial para los intereses de los acreedores el juez debe comunicar este hecho al órgano administrativo pertinente para que decida lo conveniente a efecto de asegurar la continuación del servicio público.

Conc: c. com. 435 - 1563, 2) - 1634 -

DISPOSICIONES FINALES

ARTÍCULO 1.693.- (Abrogatoria). Se abrogan las disposiciones del Código Mercantil de 13 de noviembre de 1834, las leyes modificatorias y complementarias, y se derogan todas las disposiciones legales contrarias al presente Código.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

ARTÍCULO 1.- El Poder Ejecutivo dictará las disposiciones reglamentarias necesarias para la aplicación y cumplimiento de las materias reguladas en este Código.

ARTÍCULO 2.- El Poder Ejecutivo establecerá. un plazo para que la Cámara Nacional de Comercio, la Cámara Nacional de Industrias y sus afiliadas departamentales entreguen al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo los documentos y archivos que tuvieran a sus respectivos cargos, para que este organice y ponga en funcionamiento el "Registro de Comercio" a que se refiere este Código.

ARTÍCULO 3.- Las sociedades reguladas por este Código, cualquiera que sea su naturaleza, dentro de los ciento ochenta días de la fecha de su vigencia, adecuarán su organización y funcionamiento a las disposiciones que les son relativas. Para este efecto quedan eximidas del pago de todo tributo y especialmente del pago de timbre sobre estos actos solamente.

ARTÍCULO 4.- En el mismo plazo y alcances del artículo anterior, las instituciones bancarias y compañías de seguro adecuarán su organización y funcionamiento a las disposiciones de este Código que les sean relativas.

ARTÍCULO 5.- Los títulos- valores, actos y contratos mercantiles celebrados bajo el imperio de la legislación abrogada, conservarán su validez y los efectos reconocidos. en dicha legislación.

ABREVIATURAS

Abro.	abrogado
anot.	anotación (es)
art.	artículo
A.S. (AA. SS,)	Auto Supremo (Autos Supremos)
atrib.	atribución
cap.	capítulo
cgo.	código
conc.	concordancia o concuerda
Const.	Constitución Política
c. aer.	Código aeronáutico
C.c.	Código civil
c.com.	Código de comercio
c.f.	Código de Familia
c.mtl.	Código mercantil
c.men.	Código del menor
c.min.	Código de minería
c.p.	Código penal
C. de Proced.	Código de procedimientos de 1832
C.s.s.	Código de seguridad social
c. tb.	Código Tributario
c. ts.	Código nacional de Transito
D. (DD.)	Decreto (Decretos)
D.S. (DD. SS.)	Decreto Supremo (Decretos Supremos)
D.L. (DI. LL.)	Decreto - Ley (Decretos-Leyes)
ff.cc.	ferrocarriles
G.J. (GG. JJ.)	Gaceta Judicial (Gacetas Judiciales)
i.f.	in fine
inc.(s)	inciso(s)

Lab. Jud.	Revista "Labores Judiciales"
L.	Ley
Lib.	Libro
Lea.	Ley de entidades aseguradoras
L. rg. der. rles.	Ley del registro de derechos reales
L. Ads.	Ley de aduanas
L. imp.	Ley de imprenta
L. Hds.	Ley de Hidrocarburos
l.c.s.p.	Ley control de sustancias peligrosas
l. inv.	Ley de Inversiones
Loj.	Ley de Organización Judicial
L. org. Mpl.	Ley Orgánica de Municipalidades
L. proa. Int.	Ley de Propiedad intelectual
Mpl.	municipal
Nº	numero
Org.	Organización
p.	página
p.c.	Código de procedimiento civil
p.p.	Código de procedimiento penal
Precd.	Precedente
Rgto. Gral.	Reglamento General
R.	Reglamento
Rgto. nal. ts.	Reglamento nacional de tránsito
Rgto. rg. com.	Reglamento del registro de comercio
Rgto. s.p.a.	Reglamento de la Dirección de sociedades por acciones
s.	siguientes
Tdo. Mvo.	Tratado da Montevideo
tít.	titulo
v.	véase