

PANORAMA DEL DERECHO COMERCIAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION.

Por Eduardo M. Favier Dubois (h)¹

1.-INTRODUCCIÓN.

El Código de Comercio argentino, aprobado por leyes 15 y 2637, ha sido expresamente derogado por la ley 26.994, que sanciona al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y reforma a la Ley de Sociedades, con vigencia a partir del 1º de Enero de 2016 (art. 4º).

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación incorpora algunas de las materias comerciales y da un tratamiento unificado a las obligaciones y a los contratos.

Es así que regula a la contabilidad, a la rendición de cuentas, a la representación, a los contratos comerciales típicos, a las reglas de interpretación y al valor de los usos y costumbres en forma similar a cómo lo hacía el Código de Comercio derogado. Además, incorpora a los contratos comerciales atípicos y a los contratos bancarios, introduce reglas generales en materia de títulos de crédito y regula el contrato de “arbitraje” y los contratos “de consumo”.

El nuevo Código no deroga a las leyes comerciales que remplazaron a los libros tercero y cuarto del código de comercio, como son la ley de Navegación y la ley de Concursos y Quiebras, y también mantiene vigentes a todas las leyes “incorporadas” y “complementarias” del código derogado (ver infra).

Por su parte, el Registro Público de Comercio pasa a denominarse “Registro Público” a secas, y nada se regula específicamente sobre actos inscribibles, procedimientos y efectos de las registraciones.

En cuanto a las sociedades, la ley deroga a las sociedades “civiles” y modifica a la ley 19.550, cuyo nombre ahora será de “ley general de sociedades”, pasando a los “contratos asociativos” al texto del código civil.

Vale decir que desaparecen los conceptos de “comerciante”, de “acto de comercio”, de “contrato comercial” y de “sociedad comercial”.

¿Significa esto la desaparición del Derecho Comercial como tal?

Por supuesto que no.

Al respecto recordemos que el derecho comercial es una categoría histórica, aparecida en Occidente a fines de la Edad Media, que implica la aplicación de una ley especial, diferente a la ley ordinaria o civil, a ciertas personas y bajo ciertas situaciones.

Para ello el derecho comercial está integrado por dos clases de normas: las “delimitativas” y las “prescriptivas”.

Las normas “delimitativas” son las que disponen en qué casos se aplica la ley comercial, o sea describen los presupuestos de hecho o de derecho para la

¹ Doctor en Derecho. Ex juez nacional de Comercio. Profesor Titular de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho y de Derecho Económico II, ambas de la Universidad de Buenos Aires. Se agradecerán comentarios al correo: emfavierdubois@favierduboisspagnolo.com

aplicación de dicha ley pero sin establecer sus consecuencias. O sea informan “cuando” se aplica la ley comercial.

Son ejemplos de ellas las calificaciones como “actos de comercio”, “comerciante”, “sociedad comercial” y los presupuestos descriptos por el código de comercio derogado para aplicar la ley comercial a ciertos contratos civiles.

Por su lado, las normas “prescriptivas” son las que disponen cuáles son las consecuencias de aplicar la ley comercial, las que fundamentalmente consisten en: a) la aplicación de reglas nuevas o distintas a las civiles (que buscan dar seguridad y celeridad a los negocios y reducir los riegos); b) la competencia de los tribunales comerciales (que busca la especialización); y c) la atribución de la calidad de comerciante a sujetos que realizan en forma habitual ciertos “actos de comercio” (conceptualmente actos de “interposición en los cambios”), para imponerles exigencias en materia de identificación, capacidad y publicidad (registro mercantil), información general (contabilidad legal) e información específica (rendición de cuentas), como así para someterlos a un régimen de presupuestos especiales para el concurso preventivo (exigencias contables) y responsabilidades agravadas.

Como veremos seguidamente, si bien en el nuevo Código aparentemente se habrían unificado a los sujetos, a las obligaciones y a los contratos, en la realidad subsiste un régimen diferenciado que implica la vigencia actual del Derecho Comercial bajo otras pautas y, en algunas áreas, con mayor fortaleza.

2.-LAS PERSONAS HUMANAS “EMPRESARIAS” Y “CUASI EMPRESARIAS”.

2.1.-INTRODUCCIÓN.

Conforme con el art. 320 del Código Civil y Comercial de la Nación se somete, entre otros sujetos y entes, a ciertas personas humanas a una obligación especial: la de llevar contabilidad, si las mismas “...realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios”.

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

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

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

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

Analizaremos brevemente a continuación ambos conceptos.

2.2.- SUJETOS CON ACTIVIDAD ECONOMICA ORGANIZADA (CUASI EMPRESARIOS).

A continuación consideramos qué sujetos integran esta clase.

A.-EL ANTIGUO COMERCIANTE INDIVIDUAL.

Si bien desaparece en el nuevo código la figura del “comerciante”, quienes para el Código derogado revestían tal calidad, en tanto realizan una actividad económica organizada, mantienen ahora la obligación de llevar contabilidad, sean o no titulares de una empresa o de un establecimiento.

En consecuencia, esta clase comprende a quien realiza una interposición en los cambios asumiendo riesgos, actuando por “cuenta propia” en forma profesional, habitual y con fin de lucro.

O sea que esta categoría comprende al “comerciante” que no llega a ser un “empresario”.

Téngase en cuenta que desde el punto de vista conceptual, “comerciante” es quien realiza una actividad de intermediación en el cambio de bienes.

El “empresario”, por su lado, es el titular de una empresa, entendiendo por tal la actividad organizada de los factores de producción para producir bienes y servicios destinados al mercado. O sea que los conceptos no son idénticos. Para algunos autores hay una relación de género (empresario) y especie (comerciante).

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

B.-SUJETOS INDIVIDUALES NO CONSIDERADOS COMERCIANTES.

Dada la derogación de la figura del comerciante, y considerando que el concepto de “actividad económica organizada” excede la noción del art. 1º del derogado Código de Comercio, entendemos que hay sujetos “no comerciantes” que ahora se encuentran obligados.

Es el caso, principalmente, de los prestados de servicios que no se interponen en el comercio de bienes pero que despliegan una actividad económica organizada.

También aplica en esta categoría el caso del fiduciario persona física cuando la administración registra cierta complejidad (ver infra).

2.3..TITULARIDAD DE UNA EMPRESA.

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

Se ha definido a la empresa como la organización en la cual se coordinan el capital y el trabajo y que, valiéndose del proceso administrativo, produce y comercializa bienes y servicios en un marco de riesgo. Además, busca armonizar los intereses de sus miembros y tiene por finalidad crear, mantener y distribuir riqueza entre ellos².

² Alvarez, Héctor F. “Administración. Un enfoque interdisciplinario y competitivo”, Ed. Eudecor, Córdoba144., 2007, pag. 144.

También se ha dicho que es una organización con finalidad económica y con responsabilidad social, generadora de productos y servicios que satisfacen necesidades y expectativas del ser humano³.

A nivel jurídico la empresa no tiene un estatuto propio por lo que debe atenderse al régimen legal de sus diversos elementos descriptos, resultando de interés los aportes del derecho tributario⁴ y del derecho laboral⁵. La hacienda o fondo de comercio, será su elemento objetivo en tanto puede ser objeto del negocio de “transferencia” regido por la ley 11.867 lo que implica, además, cierta separación patrimonial entre acreedores del “fondo” y acreedores personales de las partes. El empresario será su elemento subjetivo, sea persona individual o jurídica, como el sujeto que es titular de todas las relaciones jurídicas y responsable de ella en tanto la organiza, dirige, explota y percibe sus resultados. un mismo empresario puede tener varias empresas como unidades productivas independientes (Anaya). Por su lado, los trabajadores, estarán regidos por las normas laborales, previsionales y sindicales respectivas. Por todo ello, el término “empresa” se utiliza en Derecho en forma ambigua ya que, ora designará al establecimiento comercial o industrial, ora se referirá al empresario titular y responsable de su acontecer, ora señalará la actividad cumplida, todo lo que exige diferenciar en cada caso los alcances de la expresión.

Por su parte, el concepto de empresario ha evolucionado en el mundo de la situación de empresario capitalista, como promotor, propietario y administrador, a una concepción de empresario profesional, que solo promueve y administra a la empresa, sin ser su dueño.⁶

En efecto, históricamente, las funciones del empresario pasaron de ser el suministrador del capital (teoría de Carlos Marx) a otras: organizador de los restantes factores de producción, tomador de decisiones dentro de la estructura empresarial, tomador del riesgo del negocio.

Ahora bien, cuando las funciones descriptas están fragmentadas entre distintas personas, o cuando el empresario no aporta capital porque lo toma prestado de terceros, cuando traslada el riesgo mediante múltiples instrumentos jurídicos (seguros, opciones, derivados, etc.), y cuando traslada la organización económica y las decisiones a asesores, mandatarios o empleados, ¿qué es lo que define al empresario?

³ Laborada Castillo, Leopoldo y De Ouani, Elio Rafael “Fundamentos de gestión empresarial”, Ed. Valletta Ediciones, Bs.As., 2009, pag. 56

⁴ Conforme con el Dictamen Nro. 7/1980 de la Dirección de Asuntos Técnicos y Jurídicos de la AFIP, define al término “empresa” para el impuesto a las ganancias como la “Organización industrial, comercial, financiera, de servicios, profesional, agropecuaria o de cualquier otra índole que, generada para el ejercicio habitual de una actividad económica basada en la producción, extracción o cambio de bienes o en la prestación de servicios, utiliza como elemento fundamental para el cumplimiento de dicho fin la inversión de capital y/o el aporte de mano de obra, asumiendo en la obtención del beneficio el riesgo propio de la actividad que desarrolla” (www.biblioteca.afip.gov.ar)

⁵ Según el art. 5º de la ley de Contrato de Trabajo (20.744 y sus modificaciones) la empresa es “la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos”

⁶ Alvarez, Héctor F. “Administración. Un enfoque interdisciplinario y competitivo”, Ed. Eudecor, Córdoba144., 2007, pag. 147.

Lo que lo define es ser “el centro” de una serie de contratos mediante los cuales la empresa adquiere su configuración⁷.

Por su parte, para el derecho laboral lo que define al empresario es la “dirección y organización de la empresa”.

Al respecto dice la ley que es “quien dirige la empresa por sí, o por intermedio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la empresa” (art. 5º, segunda parte, LCT).

También la ley laboral reconoce al empresario la facultad de organizar económica y técnicamente la empresa (art. 64 LCT), lo que implica las siguientes potestades: a) de organización; b) de dirección; c) disciplinaria; d) de variar unilateralmente ciertas modalidades del trabajo; y e) de denunciar sin causa el contrato de trabajo. Sin embargo, téngase en cuenta que en derecho laboral no siempre la noción de “empleador” se identifica con la de “empresario” ya que hay empleadores que no revisten tal calidad⁸.

Sentado ello, el concepto de “empresario” permite distinguir diversas categorías o roles que pueden o no coincidir en una misma persona: a) el empresario “de título”, que es el sujeto titular de la empresa y responsable por sus obligaciones; b) el empresario “de gestión” que es quien dirige la empresa⁹; y c) el empresario “de riesgo” que es el accionista o socio de la sociedad.

Además, debe tenerse presente la existencia de un empresario “indirecto”, como es el caso de la persona física controlante de la sociedad titular de la empresa, sujeto a las responsabilidades societarias (art.54 ley 19.550) y concursales (art.161 inc.2º ley 24.522) pertinentes.

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

2.4. TITULARIDAD DE “UN ESTABLECIMIENTO COMERCIAL, INDUSTRIAL O DE SERVICIOS”.

En rigor, la “empresa” y el “establecimiento comercial, industrial o de servicios” no son lo mismo porque el “establecimiento” es una parte de la empresa (hacienda o sustrato material) y no el todo (que incluye personal, know how, etc.).

Sin embargo, como la ley habla del “titular” (elemento personal), debe entenderse que se trata de dos conceptos análogos y que la reiteración pretendió ser ejemplificativa en el sentido de no dejar dudas de que el titular de un negocio debe siempre llevar libros.

En el punto cabe recordar que la ley 11.867, cuya vigencia se mantiene, declara elementos constitutivos de un “establecimiento comercial o fondo de comercio”, a los efectos de su transmisión por cualquier título, “las instalaciones, existencias en mercaderías, nombre y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales,

⁷ Cabanellas, Guillermo “La concepción de la empresa en el análisis económico del derecho” en la bora colectiva “Tratado de la Empresa”, Bs.As., 2010, Ed. Abeledo Perrot, tomo II-A pag. 314.-

⁸ Etala, Carlos E. “La empresa en el derecho del trabajo”, en la obra colectiva “Tratado de la Empresa”, Bs.As., 2009, Ed. Abeledo Perrot, tomo I, pag. 287.-

⁹ Es el concepto de “empresario”, del art. 5º, segunda parte, de la Ley de Contrato de Trabajo.

las distinciones honoríficas y todos los derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística (art.1º), disponiéndose un procedimiento de precio, información, edictos y oposiciones necesariamente previos al documento definitivo de transferencia que será objeto de inscripción en el Registro Público de Comercio (art. 12).

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

2.5.-AGENTES AUXILIARES DE COMERCIO.

No obstante no ser mencionados por el art. 320, ni haberse en el nuevo Código reglamentado sus profesiones, los agentes auxiliares de comercio, como son los corredores y martilleros, mantienen sus obligaciones profesionales especiales, incluyendo matrícula y contabilidad dado que tales obligaciones resultan de leyes especiales no derogadas, salvo respecto de los arts. 36 a 38 de la ley 20.266 sobre obligaciones y derechos del corredor.

Al respecto, cabe recordar que el corretaje consiste en la intermediación independiente entre la oferta y la demanda de determinado bien o servicio, a efectos de que las partes concluyan entre sí un contrato o negocio determinado. El corredor no debe estar ligado a las partes por relaciones de colaboración, subordinación o representación.

El corredor está sujeto a un estatuto especial, hoy regulado por la ley 20.266 a partir de su modificación por ley 25.028, que le exige un título universitario, su matriculación, libros especiales y determinados deberes, responsabilidades y sanciones estableciendo un verdadero poder de policía sobre la matrícula, que es de carácter local.

Al respecto, consideramos que la regulación del “contrato de corretaje” por los arts. 1345 a 1355 del nuevo Código no obsta a la vigencia de la ley especial, que no fue derogada sino parcialmente (art. 3º inc. c, ley 26994), sobre todo porque el art. 1355 establece que las reglas del contrato “no obstan a la aplicación de las disposiciones de leyes y reglamentos especiales”.

Por su parte, el martillero es el auxiliar encargado de los remates. El remate es un acto de intermediación por el cuál el martillero o rematador adjudica determinados bienes o derechos al mejor postor mediante un procedimiento denominado “subasta”. El martillero es designado por la parte oferente de los bienes y servicios y tiene derecho al reintegro de los gastos y a una comisión que, generalmente, se coloca en cabeza del adquirente. El que realiza remates en forma habitual y profesional está sujeto al estatuto especial establecido por la ley 20.266, modificada por ley 25.028, que exige título universitario, matriculación, libros especiales y los somete a una serie de deberes, responsabilidades y sanciones estableciendo un verdadero poder de policía sobre la matrícula¹⁰, que es local. El martillero actúa por cuenta y orden del oferente y, si éste no está presente, obra

¹⁰ Ver un caso de destitución del martillero y cancelación de su matrícula en el Plenario de la Cámara Comercial del 14-12-36 en autos “Migoya, Mauricio (LL 13-593), por haber vendido bienes propios.

como su comisionista (art. 10 ley 20.266) con lo cual asume personalmente las responsabilidades consiguientes.

Tratándose de una ley especial no derogada, rige la obligación contable del art. 15 de la ley 20.266.

Respecto de otros agentes auxiliares, continúan rigiendo las obligaciones contables que resulten de normas especiales no derogadas directamente por el código.

3.-LAS SOCIEDADES “EMPRESARIALES”.

Como ya se destacó, la ley 26.994, modifica a la ley 19.550 de sociedades “comerciales”, sustituyendo su denominación por la de LEY GENERAL DE SOCIEDADES, introduciendo diversas modificaciones.

En el punto hay que tener presente que el proyecto de la Comisión Redactora no fue el finalmente consagrado en el texto legal, motivo por el cuál los “Fundamentos” de la ley 26.994 solo tienen utilidad parcial.

En esta introducción queremos señalar como principios relevantes de la reforma societaria a los siguientes:

- a) La tutela de la “empresa” y de su “conservación”, mediante la exigencia de que haya empresa para que exista sociedad, derivada de la derogación de las sociedades civiles, y por el mecanismo de impedir la disolución, aun cuando quede reducida a un socio, facilitando la reactivación en todos los casos y eliminando los efectos liquidatorios de las nulidades.
- b) El reconocimiento del derecho al fraccionamiento patrimonial fundado en unidades de negocios distintas de una misma persona, consagrado por el sistema de Sociedad Anónima Unipersonal.
- c) El principio de autonomía de la voluntad y de libre asociación derivado de las reglas sobre contratos asociativos no taxativos.
- d) El principio del debido cumplimiento de los contratos al hacerlos obligatorios para las partes aunque no se hayan inscripto.
- e) La limitación de la responsabilidad a lo obrado por cada uno, restringiendo los casos de responsabilidad solidaria en los contratos asociativos y en las sociedades informales.

A continuación se brindará un panorama societario que resulta, tanto de la nueva ley general de sociedades, cuanto de algunas normas del cuerpo del nuevo Código Civil y Comercial.

3.1.-EL NUEVO CONCEPTO DE “SOCIEDAD” Y LA DEROGACIÓN DE LAS “SOCIEDADES CIVILES”.

El artículo primero de la actual Ley General de Sociedades, establece que “Habrà sociedad si una o más personas, en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas...”

Al haber desaparecido el régimen de las sociedades civiles de los arts. 1648 y siguientes del derogado código civil (ley 340), que no exigía, para que exista sociedad, la “forma organizada”, ni la aplicación de los aportes a “la producción e intercambio de bienes y servicios”, resulta que en el concepto legal actual de la

“sociedad” resulta imprescindible el “objeto empresario”, o sea la existencia de una organización para la producción e intercambio de bienes y servicios.

Por su parte, el art. 1442 del Código Civil y Comercial, entre las disposiciones generales para los contratos asociativos, dispone que éstas se aplican a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, “que no sea sociedad”.

De tal suerte, toda asociación de dos o más personas, con fines de lucro, donde haya aportes para obtener utilidades de su aplicación, pero sin explotar una empresa no es sociedad y queda subsumida en algunas de las figuras de los “contratos asociativos”, que en el código son contratos sin personalidad jurídica (arts.1442 a 1478).

En definitiva, a partir de la ley 26.994, las sociedades no se denominan más “comerciales” pero deben ser todas “empresarias”.

3.2.-LAS SOCIEDADES ANONIMAS UNIPERSONALES.

La ley 26.994, entre otras modificaciones, introduce la figura de la “sociedad anónima unipersonal”¹¹.

Los requisitos de esta nueva categoría son relativamente simples: solo se admite que sean unipersonales las sociedades anónimas (art.1º), se trata de un acto jurídico unilateral, no puede ser único socio otra sociedad anónima unipersonal (art.1º)¹², la denominación debe ser “sociedad anónima unipersonal, su abreviatura o la sigla “S.A.U.” (art. 164); la integración del aporte debe ser un 100% al momento de la constitución (art.187), están sujetas a fiscalización estatal permanente (art. 299 inc.7º), lo que implica que deban tener sindicatura plural (art.284, segundo párrafo, ley 19.550) y directorio plural en forma obligatoria (art.255, segundo párrafo, ley 19.550)¹³.

Se trata de la primera vez que la ley admite expresamente como sujetos a las sociedades inicialmente unipersonales, cuando el tema se hallaba negado o muy controvertido como ocurrió al negarse el concurso preventivo de “Great Brands” por el juez de primera instancia¹⁴.

En cuanto a la utilización de la nueva figura, consideramos dos casos posibles:

En primer lugar, el de la subsidiaria totalmente integrada de una empresa extranjera que, al contar con la figura de la sociedad anónima unipersonal, podrá

¹¹ Es un tema recurrente de los últimos proyectos legislativos, aunque con diversos alcances en cada caso. Ver Favier Dubois (h), E.M. “Los límites de la sociedad unipersonal y el abandono de la empresa en el nuevo concepto de sociedad”, en “Nuevas perspectivas en el derecho societario y el Anteproyecto de reforma de la Ley de sociedades comerciales”, Bs.As., 2005, Ed.Ad Hoc, pag.89.

¹² Pensamos que la incapacidad se refiere solo a las sociedades anónimas unipersonales argentinas pero que no afecta a las sociedades extranjeras unipersonales, regidas por sus propias leyes en materia de capacidad de participar en otras.

¹³ Ver Vítolo, Daniel “La errónea regulación de las sociedades unipersonales en la reforma a la ley de sociedades propuesta en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación- Anexo II-“, en la obra “Las Reformas al Derecho Comercial en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Legis, Bs.As., 2012 pag. 287 y stes.

¹⁴ Ver la evolución del tema en Favier Dubois (h), E.M. “La resolución general 2/05 de la Inspección General de Justicia y el debate sobre las sociedades off shore”, en La Ley, 2005-B-1028.

ser la única socia fundadora de una sociedad local (filial) sin verse sometida a los riesgos “de agencia” que derivarían de la necesidad de contar con otro socio local. En segundo término, para las empresas nacionales de cierta envergadura, o las que ya están sometidas al art. 299 LS (con tres síndicos y tres directores), la posibilidad de establecer unidades de negocios con patrimonios y personalidad jurídica diferenciada.

Lo que queda claro es que la nueva figura no atiende a la problemática de la limitación de la responsabilidad del empresario individual.

3.3.-LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDADES Y EL NUEVO ESTATUTO DE LAS SOCIEDADES “INFORMALES”.

El nuevo texto de la ley de sociedades da una importancia fundamental al principio de autonomía de la voluntad, reduce el régimen de responsabilidades y cambia fundamentalmente el régimen de la sociedad informal, o sea el que aquella que no acudió a instrumentarse como una sociedad “típica” (SRL, S.A., etc.) y, por ende, se regía hasta ahora por las reglas de las “sociedades de hecho” (arts. 21 a 26 ley 19.550).

La ley 26.994 modifica tales artículos para crear una nueva categoría societaria a la que denomina “de la Sección IV”, y que se corresponde al concepto de “sociedades informales” y agrupa, en una misma regulación, a las que hoy son las “sociedades civiles” (con objeto empresario), las “sociedad de hecho o irregulares” y las sociedades “nulas o anulables por atipicidad o falta de requisitos formales”.

Pues bien, a diferencia de lo que ocurría con la ley 19.550, en el nuevo texto el contrato sí puede ser invocado entre los socios y sus cláusulas pueden oponerse contra los terceros que las conocían al contratar, incluso respecto de quién representa a la sociedad, todo lo que evita conflictos entre los socios y también con terceros.

También la sociedad podrá adquirir bienes registrales a su nombre, por un acto de reconocimiento de todos los socios, permitiendo separar los bienes personales de los bienes afectados a la empresa familiar.

Además, y esto es muy importante, salvo pacto expreso o que se trate de una sociedad “colectiva” que no pudo inscribirse, la responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad no es solidaria e ilimitada como ahora, sino que pasa a ser mancomunada y divide en partes iguales.

Finalmente, el pedido de disolución de un socio no opera si hay plazo pactado y, si no lo hay, opera recién a los noventa días pero permite a los restantes continuar con la sociedad pagando la parte social a los salientes, todo lo que garantiza la continuidad.

3.4.-LA CAPACIDAD DE LOS SOCIOS.

El nuevo Código supera a la limitación de la ley anterior, que solo permitía a los cónyuges ser socios de sociedades en las que tengan responsabilidad limitada, y los autoriza a integrar cualquier tipo de sociedad, incluyendo a las informales de la Sección IV recién referidas (nuevo art. 27 L.S.).

Vale decir, desaparece la actual contingencia de que a una sociedad “comercial de hecho” entre marido y mujer, o con hijos y nueras, se la repute como nula y se le exija la liquidación y/o se le impida la “regularización”.

En cuanto a las sociedades por acciones, se admite que puedan ser socias de otras sociedades por acciones, de SRL y que puedan ser parte de contratos asociativos (art.30), lo que despeja para siempre los fantasmas de la incapacidad, de la sociedad de hecho, y de la posibilidad de invocar el contrato, en el caso de los “joint ventures”, “consorcios” y demás alianzas estratégicas entre empresas.

3.5.-OTRAS REFORMAS DE LA LEY SOCIETARIA.

Entre otras reformas relevantes de la ley de sociedades cabe destacar las siguientes:

A.-LA UNIPERSONALIDAD SOBREVINIENTE.

Ya no va a ser causal de disolución en ningún tipo social (arts. 94 y 94 bis).

Si se trata de sociedad en comandita simple, por acciones o de capital e industria, al convertirse en unipersonal se transforman automáticamente en S.A. Unipersonal, si no deciden otra cosa en los tres meses (art. 94 bis).

Nada se dice sobre qué pasa cuando una SRL o una Sociedad Colectiva, o incluso una S.A., que no sea una SAU, quedan con un único socio, tema que deberá ser despejado por la doctrina, al igual de qué pasa si las comanditas o la de capital e industria devenidas unipersonales no se ajustan a los requisitos de la SAU (omiten designar tres directores y tres síndicos y no se someten al contralor estatal permanente).

En caso de exclusión en sociedad de dos socios, el inocente asume el activo y pasivo social, sin perjuicio del art. 94 bis.

B.-DEROGACION DE LA NULIDAD POR ATIPICIDAD.

Desaparecen la nulidad de la sociedad atípica y la anulabilidad por ausencia de requisitos esenciales no tipificantes (art. 17).

La omisión de requisitos esenciales tipificantes o no tipificantes, o la inclusión de elementos incompatibles con el tipo social, priva a la sociedad de los efectos del tipo y la sujeta a la Sección IV (“sociedades informales”).

C.-GENERALIZACIÓN DEL INSTITUTO DE LA REACTIVACIÓN SOCIETARIA

El art. 100 de la ley general de sociedades permite que cualquier causal de disolución pueda ser removida bajo las siguientes condiciones: a) decisión del órgano de gobierno; b) eliminación de la causal disolutoria; c) viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad; d) no haberse cancelado la inscripción registral; e) dejando a salvo los derechos de terceros y las responsabilidades asumidas.

El instituto de la reactivación también está legislado en materia de personas jurídicas privadas, con menores requisitos (art. 166 del código civil y comercial).

3.6.-APLICACIÓN DE REGLAS DE LAS PERSONAS JURIDICAS PRIVADAS.

Al haberse calificado en el nuevo código a las sociedades como personas jurídicas privadas (art. 148 inc.a), les resultan aplicables una serie de normas en forma

subsidiaria a las normas imperativas de la ley de sociedades y a las reglas del acto constitutivo y reglamentos (art. 150).

Entre dichas normas pueden destacarse de interés:

-Su existencia comienza desde la constitución (art. 142).

-La inoponibilidad de la personalidad jurídica no puede afectar los derechos de terceros de buena fe (art. 144 in fine).

-La participación del Estado no modifica su carácter privado (art. 149).

-Las personas jurídicas privadas constituídas en el extranjero se rigen por las normas de sociedades constituídas en el extranjero de la ley general de sociedades (art. 150 in fine).

-El nombre social está sujeto a requisitos de veracidad, novedad y aptitud distintiva, tanto respecto de otras denominaciones sociales como de marcas y otras designaciones, sin poder inducir a error (art. 151).

-Las modificaciones no inscriptas producen efectos desde su otorgamiento y son oponibles a los terceros que las conozcan (art. 157).

-Si en los estatutos no hay previsiones especiales y lo consienten todos los que deben participar del acto, se admiten las asambleas a distancia (art. 158 a)

-Se admiten las asambleas y reuniones "autoconvocadas" si todos concurren y el temario se aprueba por unanimidad (art. 158 b).

-Los administradores deben implementar sistemas preventivos para evitar el conflicto de intereses (159).

-En caso de bloqueo de las decisiones en una administración colegiada, el presidente o algún administrador puede ejecutar los actos conservatorios, convocando a asamblea dentro de los diez días, la que puede conferirle facultades extraordinarias para actos urgentes o necesarios (art. 161).

3.7.-NUEVAS NORMAS SOBRE TRANSFERENCIAS, COMPROBANTES Y REGISTRO DE ACCIONES.

El cuerpo del Código Civil y Comercial contiene algunas de ellas, a saber:

Si se trata de bienes gananciales, el Código exige expresamente el asentimiento del otro cónyuge para enajenar o gravar acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública (art.470 b), sin perjuicio de que su infracción no es oponible a terceros portadores de buena fe (art. 1824).

Ahora bien, siendo las acciones títulos valores (art. 226 ley de sociedades), y dado que el art. 1815, segunda parte, del nuevo Código dispone que las referencias a bienes registrables no se aplican a tales títulos valores, cabe considerar que la acción reipersecutoria del legitimario contra los terceros adquirentes de bienes registrables no procede en el caso de donación de acciones.

Por otra parte, el Código regula la expedición de comprobantes de saldos de títulos valores no cartulares (art. 1851), en norma aplicable a las "acciones escriturales" (art.208 último párrafo, ley de sociedades) y también, en normativa aplicable al libro de Registro de Acciones (art.213 ley de sociedades), el Código establece en los arts. 1876 a 1881 un procedimiento de denuncia, publicaciones, verificaciones ante un perito judicial y sentencia judicial ordenando confeccionar un nuevo libro y las inscripciones respectivas.

3.8. LA SITUACION DE LAS SOCIEDADES DE PROFESIONALES¹⁵.

Si bien el Código no tiene una regulación específica sobre las “sociedades de profesionales” en general, sí posee algunas disposiciones que impactan directamente sobre el estado de situación anterior a su vigencia, como son las siguientes:

A.-La imposibilidad de constituir sociedades “civiles” por los profesionales.

Como se dijo, se ha producido la derogación de las “sociedades civiles”, existiendo un solo régimen normativo contenido en una ley general de “sociedades” que requiere siempre un objeto “empresario” en tanto el art. 1º sigue diciendo “...para la producción e intercambio de bienes o servicios...”.

De ello se sigue que la discusión de la admisión de sociedades entre profesionales a condición de que sean civiles ha quedado sin efecto, debiendo entenderse que las sociedades de profesionales pueden asumir cualquier tipo “empresarial” previsto por la ley, o la forma de un contrato asociativo sin personalidad jurídica (ver infra letra C).

A su vez, las sociedades civiles de profesionales existentes, si están organizadas como empresa, pasan a ser sociedades de la Sección IV de la ley general de sociedades, con mejor responsabilidad.

Pero si tales sociedades no son empresarias, deberían quedar reducidas a un contrato asociativo, con lo cual perderían el beneficio de la personalidad jurídica diferenciada que antes detentaban.

B.-La reforma de la sociedad profesional para el ejercicio de la sindicatura societaria.

En concordancia con ello es que la ley 26.994 modifica el art. 285 de la ley de sociedades, suprimiendo la referencia a “sociedad civil con responsabilidad solidaria” y disponiendo ahora: “Para ser síndico se requiere: 1. Ser abogado o contador público, con título habilitante, o sociedad con responsabilidad solidaria constituida exclusivamente por éstos profesionales...”.

En el régimen de la nueva ley, tal sociedad debería ser una “sociedad colectiva” (art.125 L.S.) ya que los otros tipos que admiten responsabilidad ilimitada lo hacen solo respecto de una categoría de socios, lo que contradice la exigencia de “exclusividad” de profesionales con responsabilidad solidaria que impone el art. 285.

Por nuestra parte también pensamos que puede ser otro tipo social, con responsabilidad limitada en general, como la S.A. o la S.R.L., pero con una cláusula expresa de no limitación de responsabilidad y solidaridad de los socios respecto del ejercicio profesional, o sea de la relación con sus clientes, con los terceros afectados por la práctica profesional y con las autoridades regulatorias respectivas.

¹⁵ Ver del autor “Las sociedades entre profesionales para la prestación de servicios”, La Ley 2012-B, p.837, en co-autoría con Eduardo M. Favier Dubois (p).

C.-La nueva regulación de las “agrupaciones de colaboración”.

Otra novedad del Código se refiere a la regulación de los “contratos asociativos” (art. 1442) y, dentro de ellos, a la regulación de las “agrupaciones de colaboración” (art.1453 y conc.).

El Código establece “Hay contrato de agrupación de colaboración cuando las partes establecen una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades”.

Como se ve, en el Código se ha suprimido la exigencia de que las partes sean sociedades o empresarios individuales, como así que la actividad sea “empresarial”, lo que permite su utilización por los profesionales en las denominadas sociedades “de medios”.

D.-La no aplicación de la exención contable para “profesiones liberales” en los casos de sociedades de profesionales.

Finalmente, todas las uniones de profesionales que asuman forma “societaria”, en tanto personas jurídicas privadas (art. 148 inc.a), no podrán aprovechar la exención de contabilidad de las “personas humanas que desarrollan profesiones liberales” (art. 320, segundo párrafo).

En el punto, consideramos que la exención de exigencia contable “por el volumen de su giro”, cuando tal exigencia no sea conveniente según lo determine la jurisdicción local (art. 320, segundo párrafo), no resulta aplicable a una sociedad donde deben rendirse cuentas a los socios.

Por su parte, las asociaciones de profesionales bajo forma de “agrupación de colaboración”, a pesar de no ser “sociedades” ni “sujetos de derecho” (art. 1442, segundo párrafo), aunque estén constituidas solo por “personas humanas” y cualquiera sea su “volumen de giro”, tienen expresa obligación de confeccionar “estados de situación” y llevar los libros que requiera la naturaleza e importancia de la actividad (art. 1455 inc. L), los que deberán someter a los participantes dentro de los 90 días del cierre del ejercicio (art. 1460).

3.9.-LOS CLUBES DE CAMPO CONSTITUIDOS COMO ASOCIACIONES BAJO FORMA DE SOCIEDAD ANÓNIMA.

A.-EL CLUB DE CAMPO COMO SOCIEDAD ANÓNIMA.

La configuración de una sociedad anónima como alternativa para dar forma jurídica a un club de campo es una modalidad muy difundida en nuestro medio, al amparo del art. 3º de la ley 19.550, cuya vigencia hoy se mantiene¹⁶.

En este caso los socios aportan a la sociedad anónima las partes comunes de un club de campo y mantienen la propiedad exclusiva sobre sus parcelas domiciliarias.

La sociedad anónima tiene como objeto principal prestar los servicios, no solo de los sectores recreativos, sino de los espacios comunes de circulación y

¹⁶ Ver del autor “El Club de Campo como sociedad anónima. Principios y normas legales aplicables”, Errepar, DSE, nro. 303, tomo XXV, Febrero 2013, pag. 103 en coautoría con E.M.Favier Dubois (p).

cercamiento y de los servicios de provisión de agua, vigilancia y limpieza, recaudando las cuotas o contribuciones que podrán ser de carácter general o con fines específicos¹⁷.

Los propietarios de las parcelas son también los accionistas y se condiciona el ingreso de un nuevo asociado a su calidad de propietario de parcela, mediante limitaciones a la transferibilidad de las acciones.

B.-LOS “CONJUNTOS INMOBILIARIOS DEL NUEVO CODIGO.

El Código Civil y Comercial prevé expresamente una regulación para los “conjuntos inmobiliarios”, incluyendo en dicha categoría a los “clubes de campo” junto con los “barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a las normas administrativas locales” (art. 2073).

El art. 2074 señala como características: el cerramiento, las partes comunes y privativas, el estado de indivisión forzosa o perpetua de las partes, lugares y bienes comunes, reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento, limitaciones y restricciones a los derechos particulares y régimen disciplinario, obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes y entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas, siendo las diversas partes interdependientes y conformando un todo no escindible.

C.-MARCO LEGAL.

En cuanto a la normativa aplicable, el art. 2075 establece que “...Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal...” (arts.2037 a 2072) “con las modificaciones que establece el presente título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial”.

Continúa diciendo la norma que “Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubieran establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales, se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real”.

En el caso del Club de Campo bajo forma de sociedad anónima se configuraría esta situación de coexistencia de derechos reales (propiedad sobre los lotes), con derechos personales (calidad de socio), respecto de cada propietario, lo que también lo sujeta a la adecuación a las previsiones normativas del derecho de “propiedad horizontal especial”.

D.-DISPOSICIONES DEL NUEVO CÓDIGO.

Como consecuencia del imperativo señalado, que se coherente con lo establecido por el art. 150 a, que da preeminencia a las normas imperativas del Código sobre los estatutos y reglamentos, aplicable en tanto se trata de personas jurídicas

¹⁷ Acquarone, María T. “Los clubes de campo. Utilización de la sociedad anónima para su estructuración”, en Favier Dubois, E.M. (Director) “Negocios Parasocietarios”, Ed.Ad Hoc, 2ª Ed. Bs.As., 1999. pag.308.

privadas, los Clubes de Campo bajo forma de sociedad anónima, más allá de lo que dispongan sus estatutos o reglamentos, deberán cumplir las siguientes normas a partir del 1 de enero de 2016, debiendo entenderse que las alusiones legales al “reglamento de propiedad horizontal” deben entenderse referidas a los estatutos o reglamentos internos.

-Contribución al pago de las expensas.

El art. 2081 establece que “los propietarios están obligados a pagar las expensas, gastos y erogaciones comunes para el correcto mantenimiento y funcionamiento del conjunto inmobiliario en la proporción que a tal efecto establece el reglamento de propiedad horizontal.

Esta norma podría impedir la práctica de las empresas desarrolladoras de eximirse del pago de las expensas de los lotes aún no enajenados, en detrimento de la masa de propietarios.

-Transferencia de la calidad de socio.

El art. 2085 establece que el reglamento de propiedad horizontal puede prever limitaciones pero no impedir la libre transmisión y consiguiente adquisición de unidades funcionales dentro del conjunto inmobiliario, pudiendo establecer un derecho de preferencia en la adquisición a favor del consorcio de propietarios o del resto de propietarios de las unidades privativas.

Esto significa la imposibilidad de un derecho de no admisión ilimitado por parte del Club debiendo, por lo menos, conferir un derecho de preferencia que, en caso de no ejercitarse en tiempo y forma, permite el ingreso del tercero como propietario y como socio.

-Sistemas de mayorías para mejoras y obras nuevas.

Dada la remisión de las normas sobre conjuntos inmobiliarios a las normas sobre propiedad horizontal (art. 2075, segundo párrafo), las mejoras y obras nuevas sobre cosas y partes comunes pueden hacerse por mayoría de propietarios, previo informe técnico de profesional autorizado (art. 2051), y sujetas a revisión judicial en caso de impugnación.

Por su parte, si la mejora u obra nueva sobre cosas o partes comunes gravita o modifica la estructura en forma sustancial, debe realizarse con acuerdo unánime de los propietarios (art. 2052).

-Cambio del administrador designado por el desarrollador.

Según el art. 2066, debe realizarse una primera asamblea a los noventa días de cumplidos dos años del otorgamiento del reglamento, o del momento en que se encuentren ocupadas el cincuenta por ciento de las unidades funcionales, lo que ocurra primero, cesando el administrador designado en el reglamento de propiedad si no es ratificado por la asamblea.

4. LAS EMPRESAS FAMILIARES.

Si bien el nuevo código no incluye una legislación especial en materia de “empresa familiar” que regule, por ejemplo, su reconocimiento, la definición legal,

el principio de tutela y la reglamentación del protocolo de la empresa familiar con su publicidad y efectos, tal como en su momento reclamáramos¹⁸, sí prevé una serie de modificaciones al régimen antes vigente del que resulta, a nuestro juicio, un nuevo marco legal que es muy positivo para el mejor funcionamiento y continuidad de la empresa familiar y que analizaremos en los puntos siguientes¹⁹.

4.1.-LA ADMISIÓN DEL PACTO SOBRE HERENCIA FUTURA CUANDO SE TRATA DE UNA EMPRESA FAMILIAR.

Esta es a nuestro juicio la modificación más trascendente para la empresa familiar en tanto permitirá la mejor programación de la sucesión en la propiedad de la empresa.

El art. 1010 del Nuevo Código, en su segundo párrafo y como excepción a la prohibición general de pactos sobre herencias futuras, establece. “Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros”.

El texto atiende a la necesidad de facilitar la sucesión en la empresa familiar permitiendo al fundador transmitir la propiedad de la misma solo a los herederos con vocación de continuar la empresa, excluyendo a los demás.

El texto, que de algún modo coincide con una iniciativa nuestra en la materia²⁰, reconoce como antecedentes el “pacto de familia” de la ley Italiana del 14-2-2006, nro.55, art.2º, que introduce los arts. 678bis a octavo (similar a la francesa), y el art. 1056, segunda parte, del código civil español, reformado por la ley 7/2003.

4.2.-EL FORTALECIMIENTO DEL VALOR LEGAL DEL PROTOCOLO DE LA EMPRESA FAMILIAR.

¹⁸ Favier Dubois (h), E.M. y Medina, Graciela “Empresa Familiar. Proyecto de incorporación al Código Civil”, Rev. De Derecho de Familia y de las Personas, Ed. La Ley, Bs.As., año IV, nro.1, Enero-Febrero 2012, pag.4 y stes.

¹⁹ Ver del auto “Un nuevo marco legal para la Empresa Familiar en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, Errepar, DSE, nro.300, tomo XXIV, Noviembre 2012, pag. 1068 en coautoría con E.M. Favier Dubois (p).

r

²⁰ Ver de Favier Dubois (p) y (h) “Reformas legales pendientes para la Empresa Familiar: Panorama y propuestas normativas”, Errepar, DSE, nro. 296, tomo XXIV, Julio 2012, pag.631.

En principio el Protocolo es un acuerdo marco de las relaciones familia, propiedad y empresa, con valor moral y, en algunos casos, con limitado valor legal entre parte, discutiéndose su obligatoriedad para los herederos²¹.

Como regla, el Protocolo no tiene valor frente a terceros, salvo que se incluyan sus previsiones en los estatutos o reglamentos societarios inscriptos, o en fideicomisos u otros contratos traslativos de la propiedad.

Siendo ello así, el nuevo Código incrementa el valor legal del Protocolo entre partes y frente a terceros conforme a cuatro normativas.

En primer lugar, por la recién citada admisión que el texto hace del “pacto de herencia futura” en el art. 1010 del código civil, donde alude a “Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos...” lo que inequívocamente se refiere, aún sin nombrarlo, al protocolo de empresa familiar y, por ende, le da rango de contrato que incluye a disposiciones especiales con efectos entre partes y frente a terceros (ver 6.1).

En segundo término, el Protocolo puede ser incluido en la categoría de los “contratos asociativos” del art. 1442 y siguientes del nuevo código civil ya que es tanto “de colaboración” como “de organización” y también “participativo”, con una clara “comunidad de fin”: el funcionamiento y la continuidad de la empresa familiar. Estos contratos tienen libertad de formas (art. 1444), de contenidos (art. 1446) y “producen efectos entre las partes” aunque no estén inscriptos (art. 1447).

En tercer lugar, por aplicación extensiva de las normas sobre sociedades “informales” que permiten la invocación entre socios e inclusive la oponibilidad de las cláusulas frente a terceros que las conocían al contratar, respecto de contratos no inscriptos (arts. 22 y 23 de la ley de sociedades).

Finalmente, el art. 1024, contempla la extensión activa y pasiva de los efectos del contrato a los sucesores universales, salvo inherencia, incompatibilidad o prohibición, lo que autoriza a trasladar los efectos del protocolo a los herederos no firmantes.

4.3.-LA REDUCCIÓN DE LA PORCIÓN DE LA LEGÍTIMA HEREDITARIA Y LOS LÍMITES A LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN EN DONACIONES.

La porción legítima de los herederos forzosos se reduce en el nuevo código pasando de 4/5 a 2/3 en el caso de descendientes (art. 2445), vale decir que se aumenta la porción disponible del testador que pasa a ser un tercio de los bienes con los cuales puede favorecer la propiedad de aquellos herederos con vocación de continuar la empresa familiar, ampliando los márgenes de la programación de la sucesión.

Cabe señalar que de los 2/3 indisponibles el causante puede disponer que 1/3 se aplique como mejora estricta a descendientes o ascendientes con incapacidad (art. 2448).

Si bien el nuevo texto toma partida por los efectos reipersecutorios sobre adquirentes de bienes registrales en el caso de donaciones que afectaren la

²¹ Ver de Favier Dubois (p) y (h) “Aspectos jurídicos del Protocolo de la Empresa Familiar” en Errepar, DSE, nro. 286, tomo XXIII, septiembre 2011, pag. 990.-

legítima, admite que pueda desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero la cuota legítima (art.2458) y dispone una prescripción adquisitiva de la acción de reducción si poseyeron la cosa donada durante diez años desde la adquisición de la posesión (art. 2459).

Finalmente, el art. 2461, sobre transmisión de bienes a los legitimarios, establece que los legitimarios que consintieron la enajenación no pueden reclamar la imputación y la colación del excedente.

4.4.-LA POSIBILIDAD DE UN FIDEICOMISO SOCIETARIO INTEGRADO EXCLUSIVAMENTE POR MIEMBROS DE LA FAMILIA EMPRESARIA.

El fideicomiso accionario²² es sin lugar a dudas uno de los mejores instrumentos para la ejecución del protocolo de la empresa familiar en la medida que permite que las cláusulas y previsiones del Protocolo constituyan las “instrucciones” del fundador, como fiduciante, dadas al fiduciario ejecutor²³.

Ahora bien, una de las mayores resistencias de la familia empresaria es cultural ya que no admite que un no familiar tenga tanto poder como el fiduciario de administrar las acciones, votar en las asambleas, elegir autoridades y disponer sobre honorarios y dividendos.

El art. 1671 del nuevo Código establece que tanto el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario pueden ser beneficiarios.

La cuestión zanja una discusión con la ley anterior en la que la doctrina mayoritaria, que compartimos y era contraria a la actual solución, entendía que el fiduciario no puede ser al mismo tiempo beneficiario, lo que ocurre generalmente en el fideicomiso financiero donde el acreedor bancario es fiduciario y beneficiario, por implicar necesario conflicto de intereses.

Sin embargo, en materia de empresas familiares nos parece que la reforma es buena²⁴ ya que permitirá que, dentro del mismo grupo de la familia empresaria, uno de los herederos beneficiarios del plan de sucesión en la propiedad de la empresa, sea a la vez el fiduciario encargado de cumplir la manda del protocolo.

De tal modo, al no exigirse la inmixión de un tercero no familiar en la propiedad fiduciaria, las posibilidades de aceptación de este fideicomiso por la familia son mucho mayores, además del abaratamiento de los costos.

Por otra parte, el eventual conflicto de intereses puede ser debidamente controlado por los restantes beneficiarios familiares no fiduciarios.

4.5.-EL RECONOCIMIENTO DEL ARBITRAJE PARA DIRIMIR LOS CONFLICTOS EN LAS CUESTIONES PATRIMONIALES DE FAMILIA.

El nuevo Código regula al “contrato de arbitraje” en sus arts. 1649 a 1665, y entre las controversias excluidas del arbitraje incluye expresamente a “...las cuestiones no patrimoniales de familia...” (art. 1651).

²² Favier Dubois (h). E.M. “Fideicomiso y régimen societario. El fideicomiso sobre acciones de sociedad anónima”, La Ley tomo 2010-F, pag.842.

²³ Ver de Favier Dubois (p) y (h) “Los fideicomisos en la empresa familiar”, en ERREPAR, DSE, nro. 288, Tomo XXIII, noviembre 2011, pag. 1191 y también en “Revista de Derecho de Familia y de las Personas”, Ed. La Ley, año 3, número 10, pag. 13, Noviembre 2011

²⁴ Se trata de una opinión de la Dra. Graciela Medina a la que adherimos.

De ello se sigue que las “cuestiones patrimoniales de familia” como es todo lo referente a la empresa familiar y a las relaciones familia, propiedad y negocio, pueden expresamente ser sometidas a arbitraje, lo que refuerza la validez de las cláusulas arbitrales para resolver conflictos en la empresa familiar y la conveniencia del mecanismo del arbitraje que pueden poseer grandes ventajas sobre el judicial en materia de agilidad, confidencialidad y especialidad²⁵.

4.6.-LA OPCIÓN POR EL RÉGIMEN PATRIMONIAL CONYUGAL DE SEPARACIÓN DE BIENES.

Como una excepción al régimen general y supletorio de “comunidad de ganancias”, que es similar al actual, el nuevo Código posibilita a los cónyuges optar por un régimen patrimonial de separación de bienes (arts. 505 y stes.).

Tal opción se puede hacer por convención matrimonial (art. 446 inc.d-), en el acta del matrimonio (art. 420 inc. J-), o por convención modificatoria después de un año de matrimonio (art. 449).

Esta opción, que convendría sea incluida como una obligación de los integrantes de la familia empresaria en una cláusula del protocolo tal como es frecuente en España, impedirá que el cónyuge no familiar que se divorcie pueda ingresar como socio, recibir acciones o tener derechos patrimoniales contra la empresa familiar²⁶, lo que evitará una gran cantidad de conflictos contribuyendo a la paz en la empresa familiar.

Asimismo, en caso de fallecimiento del cónyuge familiar, el no familiar no recibirá nada como socio de la sociedad conyugal, sin perjuicio de que recibirá de los bienes propios una parte igual a la de sus hijos (art. 2433).

4.7.-LA ADMISIÓN DE LOS CONTRATOS ENTRE CONYUGES AUN EN EL REGIMEN DE COMUNIDAD DE GANANCIAS.

Al no haberse reeditado las disposiciones que prohíben los contratos entre cónyuges en el actual código civil (art. 1358 y conc.), el nuevo texto admite que cualquier contrato pueda ser celebrado entre cónyuges, incluyendo compraventa y donación.

Ello permite una mayor planificación patrimonial dentro de la familia empresaria con positivas repercusiones en la programación de la sucesión patrimonial sobre la empresa familiar.

5.-EL REGISTRO PUBLICO

El nuevo Código mantiene el sistema de publicidad mercantil para las sociedades, régimen que incluso extiende a personas jurídicas privadas sin fines de lucro, pero omite -aparentemente en forma deliberada- toda mención al “Comercio” y solo alude al “Registro Público” o a “Registros locales”, sin establecer ningún tipo de reglamentación en cuanto a la organización del Registro y a los presupuestos de las inscripciones.

²⁵ Ver Favier Dubois (h), E.M. (Director) “NEGOCIACION, MEDIACION Y ARBITRAJE EN LA EMPRESA FAMILIAR”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2012.

²⁶ Ver Favier Dubois (h). E.M.“La financiación de la Empresa Familiar y sus resultados contables frente a la liquidación de la sociedad conyugal”, La Ley t.2010-C, pag. 1225 y stes.

Sin embargo, frente a dicha omisión y ante el mantenimiento de las leyes incorporadas y complementarias del antiguo Código de Comercio, deben entenderse vigentes y aplicables las normas locales sobre Registros Públicos de Comercio (leyes 21.768 y 22.316, entre otras).

En cuanto a las personas humanas que desarrollan actividades económicas organizadas, no se prevé la inscripción registral de las mismas (salvo la de los auxiliares de comercio por leyes especiales), pero es claro que para rubricar sus libros deberán registrar sus antecedentes (ver infra).

En cuanto a las sociedades, se alude a la inscripción en el “Registro Público” y en el art. 5º de la ley respectiva se exige que los datos de la sede y de la inscripción se hagan constar en la documentación social.

En el nuevo art. 6º se da un plazo de 20 días para presentar el documento a inscribir, y de 30 días adicionales para completar el trámite, pudiendo ser prorrogado, desapareciendo la mención al control de los requisitos “legales y fiscales”.

Se traslada, lamentablemente, el régimen de oposición a las inscripciones del anterior art. 39 del código de comercio, dando derecho a hacerlo a la “parte interesada”.

Lo más importante es que la no inscripción no crea “irregularidad” sino que reconduce al régimen de las sociedades informales, con obligatoriedad entre otorgantes y oponibilidad a terceros que conocieren.

También el Registro deberá continuar practicando otras inscripciones no subjetivas, como son las de las transferencias de fondos de comercio (ley 11.867), como así la de los contratos asociativos de agrupación de colaboración, unión transitoria de empresa y consorcios de cooperación (ver infra).

6. LA CONTABILIDAD OBLIGATORIA Y EL SISTEMA DE REGISTROS CONTABLES.

6.1.-LOS OBLIGADOS CONTABLES QUE RESULTAN DEL CODIGO Y DE OTRAS DISPOSICIONES.

La norma básica en la materia es el art. 320 del Código Civil y Comercial de la Nación, el que dispone:

“Están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios. Cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la rubricación de sus libros, como es establece en esta misma Sección”.

“Sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales, quedan excluidas de las obligaciones previstas en esta Sección las personas humanas que desarrollan profesionales liberales o actividades agropecuarias y conexas no ejecutadas u organizadas en forma de empresa. Se consideran conexas las actividades dirigidas a la transformación o a la enajenación de productos agropecuarios cuando están comprendidas en el ejercicio normal de tales actividades. También pueden ser eximidas de llevar contabilidad las actividades que, por el volumen de

su giro, resulta inconveniente sujetar a tales deberes según determine la jurisdicción local”.

Ahora bien, ese nuevo texto debe complementarse, en primer lugar con otras disposiciones contables del mismo código unificado y, en segundo término, con lo que surge de leyes especiales no derogadas por la nueva legislación proyectada.

De ello resulta que en el nuevo universo normativo resulta que los obligados a llevar contabilidad pueden ser agrupados en cuatro categorías, a saber:

- a) Las “personas jurídicas privadas”, donde el fundamento de la exigencia contable debe buscarse, ora en su recurrencia habitual al crédito (sociedades y cooperativas), ora como una forma de rendición calificada de cuentas por la administración de intereses de terceros (los restantes casos).
- b) Los “entes contables determinados sin personalidad jurídica” expresamente obligados por ley, como es el caso de las Agrupaciones de Colaboración, Uniones Transitorias y Consorcios de Cooperación. El fundamento de la obligación contable estaría en una calificada rendición de cuentas de los administradores y representantes a los partícipes de estos contratos.
- c) Las “personas humanas que desarrollan ciertas actividades económicas”, como son el ejercicio de una actividad económica organizada, la titularidad de una “empresa” y la titularidad de un “establecimiento comercial, industrial o de servicios”. El fundamento debe buscarse en la “recurrencia habitual al crédito” propio de estas actividades.
- d) Los “agentes auxiliares del comercio” regidos por normas especiales, como es el caso de martilleros y corredores. El fundamento debe buscarse en su conexión, por intervención o facilitación, con operaciones económicas que interesan a terceros.

Cabe señalar que el Código no en todos los casos prevé la inscripción registral previa de todos los obligados a llevar contabilidad, como es el caso de las simples asociaciones, los sujetos con actividad económica organizada, etc., destacándose que se ha derogado la obligación de todos los sujetos mercantiles de matricularse en el Registro Público.

Sin embargo, entendemos que en tales casos la solicitud de “rubricación” de libros o de “autorización” de contabilidad informática, debe hacerse acompañada de los antecedentes del sujeto o ente que justifiquen su calidad de obligado, los que al quedar depositados en el Registro Público como antecedentes para nuevas rúbricas cumplirán una función de matricidad y de publicidad material.

Ello sin perjuicio de la expresa matriculación previa a la rúbrica a que pudieran obligar las leyes locales.

A continuación se analizará cada una de estas categorías.

6.2-LAS PERSONAS JURIDICAS PRIVADAS.

Las “personas jurídicas privadas”, son las enumeradas por el art. 148 del nuevo Código, gozan de personalidad jurídica diferenciada de sus miembros y administradores, y se les aplican, además de las normas especiales previstas para cada una, las normas generales establecidas por los arts. 150 a 167 del nuevo Código.

De tal suerte, son “personas jurídicas privadas” en el nuevo texto las siguientes: sociedades, asociaciones civiles, simples asociaciones, fundaciones, mutuales,

cooperativas, consorcio de propiedad horizontal y otros entes mencionados por otras leyes con similar finalidad y normas de funcionamiento.

Como ya se señaló, todas ellas están obligadas a llevar contabilidad, sin perjuicio de la eventual aplicación del criterio dimensional para eximir las en función del volumen de su giro (último párrafo del art. 320), lo que deberá establecer la jurisdicción local.

Se analizará a continuación y brevemente el repertorio del art. 148 del código civil y comercial.

A.-SOCIEDADES.

Cabe recordar que, como se señaló, la ley 26.994 deroga a las sociedades “civiles” y modifica a la ley 19.550 denominándola “ley general de sociedades” (LGS) y reformándola en varios puntos.

Se han mantenido y deben tenerse presente la existencia de normas sobre contabilidad de la actual ley 19.550, arts. 61 a 73.

Ahora bien, conforme la reforma de la ley 19.550, las sociedades pueden agruparse en dos grandes categorías.

En primer lugar, una categoría de sociedades “regulares” que son las inscriptas en el Registro Público (de Comercio) y que están tipificadas por la ley: colectiva, comandita simple, capital e industria, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima y sociedad en comandita por acciones.

Esta categoría incluyen tanto a la nueva “sociedad anónima unipersonal” (art.1º), como la asociación bajo forma de sociedad (art.3º).

En esta categoría también deben incluirse las sociedades “constituídas en el extranjero” de los arts. 118 y 123 de la ley, en la medida en que estén inscriptas.

Todas estas sociedades “regulares” están inscriptas y tienen la obligación de llevar contabilidad.

Como segunda categoría, aparecen en el nuevo texto legal las sociedades “de la Sección IV del Capítulo I”, sección donde antes se ubicaban a las sociedades no constituídas regularmente.

En esta categoría de sociedades, a las que proponemos denominar “sociedades informales”, se encuentran ahora ubicadas las siguientes: a) las sociedades atípicas, las que omitan requisitos esenciales tipificantes y no tipificantes, o tengan elementos incompatibles con el tipo; b) las sociedades de hecho o las sociedades típicas pero no inscriptas; y c) las sociedades civiles constituídas oportunamente, al haber desaparecido su regulación en el código civil.

Estas sociedades, a pesar de su informalidad, también son “personas jurídicas privadas” y, por ende, tienen la obligación de llevar libros.

Ahora bien, en este caso, su falta de matriculación impedirá la rubricación de sus libros dada su incumplida obligación de inscribirse (art.6º LGS),. Sin embargo, el tema podría subsanarse acudiendo, por extensión, a la regla de la rubricación “voluntaria” por parte del no obligado a llevar contabilidad prevista en el primer párrafo, segunda parte, del art. 320.

O sea que sin inscribirse (aunque sí identificándose, como en el caso de los bienes registrables), estas sociedades podrían acudir a la contabilidad regular.

B.-ASOCIACIONES CIVILES.

Se encuentran reguladas en el nuevo texto por los arts. 168 a 186 del código civil y comercial. No pueden perseguir fin de lucro como fin principal ni fin de lucro para sus miembros o terceros (art. 168). La ley prevé escritura pública, autorización e inscripción "en el registro correspondiente" (art. 169). La comisión revisora de cuentas es obligatoria para las asociaciones con más de 100 asociados (172) y debe estar integrada en todos los casos por quienes posean título profesional, salvo que para ser asociados se exija título, en cuyo caso se contratará profesionales independientes para asesorar (172). Si bien normas reglamentarias locales ya les exigen llevar contabilidad, la obligación con base legal recién aparecen en el nuevo Código.

C. SIMPLES ASOCIACIONES.

Se trata de asociaciones civiles, regidas por sus reglas, pero que habiéndose constituido por escritura pública o instrumento privado certificado, no tienen autorización estatal ni inscripción. Es más, las normas de las simples asociaciones (arts. 187 a 192) se aplican también a las asociaciones civiles del art. 168 mientras no se hayan inscripto.

Las simples asociaciones pueden prescindir del órgano de fiscalización si tienen menos de veinte asociados pero mantienen la obligación de certificar sus estados contables y los socios tienen el derecho de compulsar los libros y registros (190)

Como se ve se trata de un caso atípico de obligación de contabilidad sin obligación de inscribirse, por lo que bastará acreditar la existencia de la simple asociación para pedir la rúbrica de los libros al Registro Público correspondiente.

D.-LAS FUNDACIONES.

El nuevo texto recoge en gran parte a la ley vigente en la materia, ley 19.836 en los arts. 193 a 224.

Tienen como finalidad el bien común, sin propósito de lucro y mediante los aportes de una o mas personas. Se requiere instrumento público y autorización del Estado para funcionar, sin preverse una inscripción registral (art. 193).

Ya la ley 19.836 presente exigencias contables en sus arts. 23 a 26, las que serían sustituidas por la nueva reglamentación.

E.-LAS MUTUALES.

Las asociaciones mutuales siguen sujetas a la legislación especial constituida por la ley 20.322, ya que continúa vigente al no ser modificada por el nuevo código.

Se trata de asociaciones constituídas libremente sin fines de lucro por personas inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales o de concurrir a su bienestar material y espiritual, mediante una contribución periódica (art. 2º de la ley).

Deben inscribirse en el Registro Nacional de Mutualidades.

La normativa prevé obligaciones contables de los administradores y del órgano de fiscalización en materia de confección de balances y demás estados contables para su consideración por la asamblea (arts. 16, 17 y 24).

La ley no contiene una exigencia puntual sobre registros contables, lo que es suplido por las reglamentaciones del Instituto Nacional de Acción Mutual.

F.-LAS COOPERATIVAS

Son entidades que siguen reguladas por la ley 20.337 fundadas en el esfuerzo propio y la ayuda mutua para organizar y brindar servicios bajo ciertas pautas (art. 1º), destacándose que no pueden transformarse en sociedades comerciales ni asociaciones civiles (art.7º) y que no tiene por fin distribuir ganancias sino “excedentes repartibles” en concepto de “retornos” según las operaciones realizadas o servicios prestados por cada asociado (art.42).

La ley ya prevé la rubrica de los libros a cargo del “órgano local competente” que depende de la autoridad de aplicación (art. 38).

G.-EL CONSORCIO DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

El nuevo art. 2044, zanjando una antigua discusión doctrinal sobre si los consorcios eran o no personas jurídicas, establece que “El conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituyen la persona jurídica consorcio. Tiene su domicilio en el inmueble. Sus órganos son la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador...”

El reglamento de propiedad y administración se inscribe en el Registro Inmobiliario (art. 2038).

A nuestro juicio es una inclusión desafortunada en tanto no se reparó que al darse al consorcio de propiedad horizontal calidad de “persona jurídica privada”, sin un régimen especial, quedaría formalmente incurso en el art. 2º de la ley 24.522 y, por ende, sería sujeto pasivo de quiebra, lo que resulta incompatible con sus finalidades, ya fue rechazado por la jurisprudencia y es una posibilidad que nosotros descartamos (ver infra).

Por otra parte, si bien corresponde al administrador la rendición de cuentas a los copropietarios, el sistema de registros contables legales parece muy complicado para consorcios de escasa magnitud, debiendo entenderse que las reglamentaciones locales deberán eximirlos “por volúmen”.

H.-OTROS SUJETOS IDEALES PREVISTOS EN LA LEY.

El art. 148 inciso i) establece que son personas jurídicas privadas, además de las mencionadas expresamente, “toda otra contemplada en disposiciones de este código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.

Se admite, pues, la posibilidad de otras personas jurídicas privadas bajo dos condiciones, que haya norma expresa legal y que su carácter surja expresa o implícitamente de su finalidad y funcionamiento.

6.3.-ENTES CONTABLES DETERMINADOS SIN PERSONALIDAD JURIDICA.

Hay entes que si bien no tienen personalidad jurídica ni son sociedades, la ley les exige llevar contabilidad y, por ende, los considera como “entes contables”.

Se trata de algunos contratos asociativos como las agrupaciones de colaboración, uniones transitorias y consorcios de cooperación (ver infra).

6.4.-PERSONAS HUMANAS CON ACTIVIDADES ECONOMICAS DETERMINADAS.

A. REMISION.

A esta categoría ya nos hemos referido supra, a lo que remitimos.

B.-LA EXCLUSION DE PROFESIONALES LIBERALES Y AGROPECUARIOS SIN EMPRESA.

Por su lado, se excluyen expresamente (art. 320, segundo párrafo, primera parte) a los profesionales liberales y a las actividades agropecuarias cuando se trata de personas humanas que, aunque desarrollen actividad económica organizada no llegan a organizarse como “empresa”.

A efectos de determinar cuándo una actividad de un profesional puede ser reputada como “empresa” resulta útil acudir al derecho fiscal.

De diversos dictámenes sobre distintos impuestos, resulta el siguiente concepto tributario de la empresa: “la organización industrial, comercial, financiera, de servicios, profesional, agropecuaria o de cualquier otra índole que, generada por el ejercicio habitual de una actividad económica basada en la producción, extracción o cambio de bienes o en la prestación de servicios, utiliza como elemento fundamental para el cumplimiento de dicho fin la inversión de capital y/o el aporte de mano de obra, asumiendo en la obtención del beneficio el riesgo propio que la actividad que desarrolla”²⁷

Por tales razones se exceptúan los servicios profesionales, técnicos o científicos en donde el componente intelectual prevalece sobre el aporte de capital y/o de la mano de obra auxiliar o de apoyo.

En tal sentido, se ha considerado relevante, para juzgar o no la existencia de una empresa comercial a los fines tributarios, determinar si el trabajo de los otros profesionales empleados con título habilitante tiene aptitud o no para suplantar o independizarse del trabajo del profesional titular, existiendo empresa en el primer caso y no en el segundo.

En cambio, no se consideró relevante para considerar la existencia de una empresa la importancia o valor del equipamiento si lo más valioso y principal para la actividad es el intelecto personal del profesional a cargo.

En cuanto a las actividades agropecuarias, la ley también excluye a las “conexas” entendiendo por tal las dirigidas a la transformación o a la enajenación de productos agropecuarios cuando están comprendidas en el ejercicio normal de las actividades.

Vale decir que las conexas deben ser accesorias, habituales, y sin forma empresaria para gozar de la exención contable legal.

C.-EL CASO DEL ARTESANO.

Artesano es quien trabaja personalmente, con o sin ayuda de obreros o aprendices bajo su dirección, en la fabricación de objetos que vende o en la refacción de cosas de propiedad de su clientela (Zavala Rodríguez). O sea que es artesano tanto quien fabrica o elabora (carpintero, herrero, joyero, etc.), como quien realiza reparaciones (mecánico, afilador, electricista, plomero, gasista,

²⁷ Curotto, Jose Alberto “Concepto de empresa a los efectos de la exención en el impuesto sobre los ingresos brutos”, El Derecho, 27-2-03, nro.10.703, año XLI, pag.1, citando el dictamen 7/80 de la Dirección General Impositiva.

service, etc.). En el código de comercio la doctrina controvertía su calidad de comerciante, aplicando para diferenciarlo ora un criterio cuantitativo (según tenga o no capital, colaboradores y volumen de facturación) ora uno cualitativo (según la medida de su trabajo personal) (Anaya).

La jurisprudencia, en general, le ha negado carácter de comerciante, sin embargo, Etcheverry propone considerarlo como tal por no existir, a su juicio, diferencias cualitativas con el fabricante.

Por nuestra parte señalamos que mientras el artesano realice un trabajo personal, no podría ser considerado comerciante, lo que se corrobora con la autorización al fallido de ejercer “tareas artesanales” (art. 104 ley 24.522) a pesar de tener prohibido “ejercer el comercio” por su inhabilitación desde la fecha de la quiebra (art.238 de la misma ley).

En consecuencia, el artesano caerá o no en la figura de la “actividad económica organizada” o en la de titular de “empresa” o de “establecimiento industrial o de servicios”, según su situación cualitativa (personal, capital) y cuantitativa (trabajo propio).

D.-EL CASO DEL FIDUCIARIO PERSONA HUMANA.

Los negocios fiduciarios generan una específica obligación de rendir cuentas por parte del fiduciario en tanto en ellos coexisten una transferencia de propiedad y un mandato a cumplir en el marco de una relación de confianza.²⁸

Conforme con el art. 7º de la ley 24.441, último párrafo, “en todos los casos los fiduciarios deberán rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un año”.

Pero además de ese deber irrenunciable hacia el beneficiario, entendemos que el fiduciario debe también rendir cuentas al fiduciante²⁹.

En el Código Civil y Comercial el art. 1675 establece que la rendición de cuentas puede ser solicitada por el beneficiario, por el fiduciante o por el fideicomisario, en su caso, conforme con la ley, con las previsiones contractuales, y rendirse con una periodicidad no mayor a un año.

Ahora bien, cuando se trate de un fideicomiso que tenga cierto grado de “actividad económica organizada” el fiduciario tiene la obligación de rendir cuentas mediante el llevado regular de contabilidad emitiendo estados contables anuales por aplicación del art. 320 citado.

Al respecto, el art. 1º del Decreto 780/95 establece que “En todas las anotaciones registrales o balances relativos a bienes fideicomitidos, deberá constar la condición de propiedad fiduciaria con la indicación en fideicomiso”.

Por su parte, la Comisión Nacional de Valores en sus “Normas”, Cap.XV.5, en cuanto a los fideicomisos financieros, prevé la presentación a la Comisión de: a) estados de situación patrimonial; b) estado de evolución del patrimonio neto; c)

²⁸ Favier Dubois (h), E.M. “La sustentabilidad legal del Fideicomiso. Cuestiones generales y el caso del fideicomiso de garantía frente al concurso”, en “Tratado Integral del Fideicomiso”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2007, pag.319; en “Derecho de los Contratos” (Coord.F.Perez Hualde), Ed. Ad Hoc, Bs.As. 2008, pag.393, y en El Derecho del 3-8-08, pag.1.

²⁹ Ver de Favier Dubois (p) y (h) “La rendición de cuentas en el derecho comercial. Su vigencia en materia de negocios fiduciarios, asociativos y societarios”, Errepar, DSE, nro. 262, Septiembre 2009, T. XXI, pag. 967.

estado de resultados y d) estado de origen y aplicación de fondos, como así que se sigan los mismos criterios de valuación y exposición exigidos a las emisoras, que se brinde cierta información complementaria específica (art. 27), y una información anual y trimestral (art.28)³⁰.

Por su parte, en el Informe nro.28 del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Bs.As.³¹ considera necesario que, cuando la trascendencia económica y jurídica del patrimonio del fideicomiso, así como la gestión o administración involucrada en el contrato de creación (la cuál puede presentar un grado de complejidad asimilable a la de una entidad comercial o industrial) lo justifiquen, el fideicomiso presente información periódica en forma de estados contables (4.6.1.).

También recomienda presentar los cuatro estados exigidos por la Comisión Nacional de Valores para los fideicomisos financieros, pero sostiene que no todos son obligatorios si por las características del fideicomiso no se justifica dicha presentación (4.6.2.).

E.-LOS AGENTES AUXILIARES DEL COMERCIO.

Nos remitimos a lo dicho supra.

6.5.-EL CRITERIO DIMENSIONAL DE EXCEPCION: EL VOLUMEN DEL GIRO.

Como antecedente cabe mencionar que el código de comercio, en su art. 3º, tiene un criterio dimensional para clasificar a los comerciantes consistente en considerar las unidades de medida, que son las que tradicionalmente reflejaban si la venta era por menor o por mayor y que tal criterio se refleja en menores exigencias contables.

Sin embargo, en la actualidad, la aparición de los supermercados e hipermercados, denominados en España “grandes superficies”, exige otros criterios cuantitativos para diferenciar derechos, obligaciones y responsabilidades, tales como la cantidad de empleados o los niveles de facturación, que son los tenidos en cuenta en materia de MIPyMES³², o la cantidad de sucursales, proveedores o clientes, etc..

Estos nuevos criterios dimensionales tienen hoy aplicación en derecho tributario, en derecho laboral y previsional, incluyendo el denominado “balance social”, y en algunas normas de regulación económica como la ley de abastecimiento, parcialmente vigente.

El art. 320 in fine del Código dispone, con acierto, que “pueden ser eximidas de llevar contabilidad las actividades que, por el volumen de su giro, resulta inconveniente sujetar a tales deberes según determine cada jurisdicción local.

³⁰ Ver Resolución 368/2001 de la Comisión Nacional de Valores.

³¹ Verla en la publicación “Tratamiento contable del fideicomiso”, Edición, Bs.As.2008, y en particular los puntos 4.2.1.2. y 4.6. en páginas 11 y 13 del informe 28 del CPCECABA.

³² Así resulta de las leyes 24.467 y 25.300 sobre Pymes y su fomento. La primera computa hasta 40 empleados para cierta flexibilización laboral. Y ambas computan también las ventas, por actividad, para las bonificaciones de las tasas de interés (Ver el Dec. 159/05, la Resol. 24/01 y la Disposición 147/06 de la Secretaría respectiva).

Tal norma la juzgamos aplicable tanto a las personas humanas como a las personas jurídicas privadas cuyo volumen no justifique la exigencia, salvo el caso de los entes contables y de los agentes auxiliares de comercio, donde la exención no puede regir por asistemática.

Sin embargo, entendemos que lo mejor hubiera sido dar la posibilidad de “flexibilizar” las exigencias contables, pero no solo la de derogarlas.

En cuanto a la jurisdicción local, consideramos que podría resultar de las reglamentaciones del Registro Público que tenga a su cargo la rúbrica de los libros.

6.6. LA CONTABILIDAD VOLUNTARIA.

Finalmente, el art. 320, en la segunda parte de su primer párrafo admite expresamente que “Cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la rúbrica de los libros, como se establece en esta misma Sección”.

En realidad resulta útil para los casos dudosos de sujetos que no tengan claro si están o no comprendidos en la obligación contable y la asuman expresamente para evitar contingencias.

También para alguien claramente excluido, como el productor agropecuario o profesional no organizados como empresa, que le interese la protección de libros contables en debida forma.

El procedimiento, ente este caso, exige una suerte de “matriculación” al requerir que solicite su “inscripción” como presupuesto para solicitar luego “la habilitación de los registros o la rubrica de sus libros”.

6.7. CONTENIDOS DE LAS NUEVAS REGLAS CONTABLES.

En general, el nuevo código repite la estructura y disposiciones del código de comercio en materia de modo de llevar la contabilidad, registros indispensables, prohibiciones, forma de llevar los registros, estados contables, conservación, eficacia probatoria e investigaciones (arts. 321 a 328 y 330/331).

Las modificaciones implican avances, retrocesos y, también, oportunidades perdidas.

Como avances pueden señalarse los siguientes;

En primer lugar, permite la autorización para utilizar “ordenadores y otros medios mecánicos, magnéticos o electrónicos” para todos los sujetos obligados y no solo para las sociedades comerciales como es ahora (art. 329), permitiendo también conservar la documentación por soportes no papel.

En segundo término, es sana la exigencia de que los libros y registros permanezcan en el domicilio del titular (art.325), lo que además permite interpretar que, cuando son informáticos, no pueden ser llevados “en la nube”. Sin embargo, debió haber habido una mención más concreta en caso de contabilidad informática donde podría utilizarse algún servidor ubicado en el país y concretamente individualizado.

En tercer lugar, dispone expresamente que las formalidades también rigen para los libros “subdiarios” superando una discusión anterior (art. 327).

Finalmente, la admisión legal de la contabilidad “voluntaria” (art. 320, primer parte, in fine) resulta útil para los casos dudosos de sujetos que no tengan claro si están

o no comprendidos en la obligación contable y la asuman expresamente para evitar contingencias

Por su parte, a la hora de juzgar los desaciertos, estos van desde aspectos terminológicos, donde no se emplean los términos técnicos correspondientes, a cuestiones de fondo.

En éste ámbito se señala que no se incluyó al libro “Mayor” como libro obligatorio cuando claramente es un registro rector y fundamental para ubicar operaciones en una contabilidad (ver art. 322). Nada se dispone sobre la posibilidad de acceder a los libros de “terceros” como prueba ni su valor (art. 330). No se prevé expresamente el contenido del “inventario”, mencionado como libro en el art. 322 inc. b, pero no reglamentado por ninguna otra norma.

Además, y como ya se señaló, el Código instala un criterio dimensional por “volumen de giro de actividades” que delega en una ignota “jurisdicción local” (art. 320 in fine), pero además con la disvaliosa consecuencia de eximir lisa y llanamente de llevar contabilidad y no de reducir las exigencias por volúmen.

Por último, pueden mencionarse como oportunidades perdidas las siguientes: a) mantiene la obligación de registros contables como “carga” y no como ‘obligación’; b) no prevé sanciones específicas por infracciones contables; c) no reconoce el rol fundamental de la información contable para la apertura, investigación y evaluación en los procesos concursales; d) omite reconocer a las normas contables profesionales como fuente normativa luego de la ley y de las normas de las Autoridades de Contralor; e) omite exigir que cada empresa o ente contable designe un contador público como responsable; f) omite requerir que todos los estados contables, sin importar la forma jurídica del ente del que provienen, deban ser auditados, salvo el criterio dimensional; y g) omite obligar que la contabilidad informática sea debidamente perfilada en sus exigencias técnicas de fondo y que, en forma expresa, no pueda ser llevada en la nube (“cloud computation”) sino en ordenadores ubicados en el país y debidamente individualizados de modo de permitir su incautación en la quiebra.

7.-REPRESENTACION COMERCIAL Y RENDICION DE CUENTAS.

Se trata de dos instituciones netamente comerciales que aparecen reproducidas sustancialmente en el nuevo Código.

En materia de lo que era la representación comercial, si bien el nuevo Código no regula al factor de comercio ni al dependiente, lo cierto es que en el art. 367, dentro de la sección sobre representación voluntaria, bajo el título de “representación aparente”, incorpora soluciones similares a las del derogado código de comercio, a saber:

-La presunción de que quien tiene de manera notoria la administración de un establecimiento abierto al público es apoderado para todos los actos propios de la gestión ordinaria de éste.

-La presunción de que los dependientes que se desempeñan en el establecimiento están facultados para todos los actos que ordinariamente corresponden a las funciones que realizan.

-La presunción de que los dependientes encargados de entregar mercadería fuera del negocio están facultados a percibir su precio otorgando el pertinente recibo. En cuanto a la rendición de cuentas, que antes era una de las obligaciones típicas de los comerciantes que actuaban por cuenta ajena, el Código Civil y Comercial, dentro de las obligaciones, presenta una sección sobre “rendición de cuentas” que establece la obligación de rendirlas, entre otros, por “quienes son parte en relaciones de ejecución continuada, cuando la rendición es apropiada a la naturaleza del negocio” (art. 860 inc.b), debiendo hacerlo al concluir cada período o por año calendario (art. 861 b), admitiendo la aprobación tácita a los 30 días o en el plazo convenido o legal (art. 862). Como se advierte, subsiste la obligación condicionada a la naturaleza del negocio, o sea a que se trate de una relación comercial.

8.-PANORAMA SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES, CONTRATOS ASOCIATIVOS, EN MONEDA EXTRANJERA Y PRESCRIPCIÓN.

8.1.-ASPECTOS GENERALES.

Uno de los objetivos, largamente reclamados por parte de la doctrina y realizados en el nuevo Código, era el de la unificación de las obligaciones y de los contratos civiles y comerciales.

Al respecto, el Código Civil y Comercial presenta ahora las siguientes regulaciones:

- De contratos puramente civiles como la renta vitalicia, el juego y la apuesta
- De contratos civiles que eran también utilizados en las actividades comerciales, como son la permuta, la locación, obras y servicios, comodato, donación, cesión de derechos y transacción.

En el punto cabe destacar que, en materia de responsabilidad de los profesionales, el Código define una posición a favor que se trata de una responsabilidad “de medio” y no de “resultado”.

En efecto, establece en su artículo 1768 lo siguiente: “La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido a un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 8ª de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757.”³³

- De los contratos duplicados, o sea que tenían una distinta regulación en sede civil y en sede comercial, los que son la compraventa, el mandato, mutuo, fianza, depósito y prenda.

³³ Ver del autor “Impacto del Proyecto de Código Unificado sobre la Profesión Contable”, Errepar, DSE, nro. 299, Tomo XXIV, Octubre 2012, pag. 935 en coautoría con E.M. Favier Dubois (pater).

Al respecto, corresponde afirmar que en estos contratos se dio, en general, preferencia a la solución comercial por sobre la solución civil, la que aparece regulada como regla, mientras que la solución civil queda, en algunos casos, como excepción conforme con las circunstancias.

Ejemplo de ello son, en materia de compraventas, la venta de cosa ajena (art.1132), la señal confirmatoria (art. 1059), y la obligación de entregar factura que se presume cuenta liquidada (art.1145).

-De los contratos típicamente comerciales regulados por el código de comercio o leyes incorporadas al mismo como el leasing, transporte, consignación, corretaje, algunos contratos bancarios típicados, cuenta corriente y fideicomiso.

-Por otra parte, el nuevo Código incorpora y da estatuto legal a una serie de contratos comerciales que no tenían tipicidad jurídica, aún cuando existían en la realidad comercial y eran reconocidos por doctrina y jurisprudencia, como son el suministro, algunos contratos bancarios atípicos, factoraje, agencia, concesión, franquicia, bursátiles y arbitraje.

En estos contratos, cabe destacar también la tendencia a la limitación de responsabilidad, como en el caso de la franquicia donde se establece que los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral (art. 1520 inc. b).

-Otros contratos quedan fuera del Código, en leyes especiales, como las sociedades, los seguros, la prenda con registro y la transferencia de fondo de comercio.

-Finalmente, el código recibe de la ley societaria a los contratos asociativos dándoles una mejor formulación.

8.2.- LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS.

La ley 26.994 traslada al cuerpo principal del nuevo Código a los contratos asociativos que estaban en la ley de sociedades y en la ley 26.005, suprimiendo el requisito de que las partes sean empresarios o sociedades.

Estos "contratos asociativos", están ahora regulados en una suerte de "parte general" por los arts.1442 a 1447 del nuevo código, cuyas características son: tener por objeto la colaboración, la organización o la participación, tener "comunidad de fin" entre sus miembros, no reconocimiento de personalidad ni de naturaleza societaria, libertad de formas, plenos efectos entre las partes, aun en caso que se previera su inscripción y esta no tuviera lugar.

Vale decir que, por primera vez en derecho argentino, se admite en forma amplia y no taxativa la concertación de negocios asociativos sin el riesgo de ser considerados sociedades³⁴.

Las especies legisladas mencionadas a continuación, sin ser limitativas, son la del "negocio en participación", "agrupaciones de colaboración", "uniones transitorias" y "consorcios de cooperación".

³⁴ Ver del autor "La colaboración empresaria en el Mercosur mediante los Joint Ventures. Aptitud general y riesgo" en "VII Congreso Argentino de D.Societario...", Edit.La Ley, tomo IV, Bs.As., 1998, pág.64.

A.-NEGOCIO EN PARTICIPACIÓN.

Tiene por objeto la realización de una o más operaciones determinadas a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre personal del gestor. No tiene denominación, no está sometido a requisitos de forma, ni se inscribe en el Registro Público (art.1448).

Como se advierte es una derivación de la anterior “sociedad accidental y en participación”.

La ley no exige contabilidad al gestor sino solo rendición de cuentas (art.1451).

B.-AGRUPACIONES DE COLABORACION.

Estos contratos crean una organización común entre varios sujetos, sean personas humanas o personas jurídicas, con la finalidad de “facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad de sus miembros, o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades (art. 1453).

La Agrupación no puede perseguir fin de lucro ni dirigir las actividades de sus miembros debiendo recaer las “ventajas económicas” directamente en el patrimonio de los participantes (art. 1454).

Como se ve se trata de una suerte de mutual cuyo objeto es reducir costos o maximizar beneficios para sus miembros

Responde a la figura de las “Agrupaciones de colaboración empresaria” del art. 367 de la ley 19.550, habiéndose ampliado el elenco de posibles partícipes el que no queda restringido a los empresarios y a las sociedades.

La Agrupación, según el art..1455 inc. L debe llevar los “libros habilitados a nombre de la agrupación” disponiendo que deben ser “los que requieran la naturaleza e importancia de la actividad común” y debe confeccionar “estados de situación” de los que deriven beneficios o pérdidas (art.1460).

La obligación de llevar contabilidad está en cabeza del “administrador” previsto en el art. 1457.

C.-UNIONES TRANSITORIAS.

Es un contrato para el desarrollo o ejecución de “obras, servicios o suministros concretos” (art.1463) que constituye traspolación de la figura de la UTE del art. 377 de la ley 19.550 similar a la acontecida con las agrupaciones de colaboración.

Constituye la figura local del “joint venture” contractual con un objeto determinado.

Se trata de un ente con actividad externa frente a terceros, donde los miembros realizan prestaciones y reciben un resultado que puede implicar beneficios o pérdidas diferenciadas para cada partícipe.

El art. 1464 inc. L exige libros habilitados “a nombre” de la unión transitoria disponiendo que deben ser “los que requieran la naturaleza e importancia de la actividad común”

El sujeto obligado aquí a llevar la contabilidad de la U.T. es el “representante” del art. 1465.

D.-CONSORCIO DE COOPERACION

Es un contrato cuyo objeto es “una organización común para facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros a fin de mejorar o acrecentar sus resultados” (art.1471).

No puede dirigir la actividad de sus miembros y los resultados que genera el consorcio se distribuyen entre ellos en la proporción correspondiente.

A diferencia de la “Agrupación de colaboración” tiene fin de lucro y desarrolla actividad “externa” con resultados a repartir.

Debe confeccionar “estados de situación patrimonial” y sus movimientos deben constar en “libros contables llevados con las formalidades establecidas por las leyes “ (art. 1475).

Esta transposición del “consorcio de cooperación” de la ley 26.005, reitera el error de exigir estados de situación “patrimonial” cuando se trata de un ente sin patrimonio propio.

El representante es el obligado a llevar la contabilidad y confeccionar los estados de situación conforme con el art. 1476.

8.3.-LOS CONTRATOS EN MONEDA EXTRANJERA.

A. ANTECEDENTES.

La autonomía de la voluntad permite contratar en moneda extranjera, lo que genera la obligación de pagar en dicha moneda extranjera.

En su redacción original, el Código Civil disponía en el art. 617 “Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas”, en norma que se complementaba con el art. 619 del mismo código.

O sea, las monedas extranjeras eran cosas y, en caso de incumplimiento de entrega, daba éste lugar a daños y perjuicios.

Estos daños consistían en la obligación de abonar el equivalente en moneda nacional de curso legal al vencimiento de la obligación³⁵.

A partir del año 1991, con la ley de convertibilidad (ley 23.928), los artículos quedaron redactados de la siguiente manera: Art. 617: “Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero”.

Art. 619:”Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento.

En este esquema legal, que era el vigente, se asimila la moneda extranjera a la suma de dinero y ya no se trata de una cláusula estabilizadora, como antes, sino una verdadera obligación de dar dinero³⁶.

Vale decir que, en este sistema, la moneda extranjera es una suma de dinero que tiene poder cancelatorio, aunque sin curso legal, forzoso y obligatorio.

³⁵ Salerno, Javier Jose y Gesuiti, Juan Manuel “Normas cambiarias”, LL 2013-A-671.

³⁶ Trigo Represas, Felix A. “Las obligaciones en moneda extranjera antes y después de la pesificación”, en la obra colectiva “Obligaciones en Pesos y en Dólares”, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As., Sta.Fe, 2003, pag.43.

En consecuencia, hasta la vigencia del nuevo Código, en nuestro país existe un sistema dualista por el cuál, además de la moneda nacional existe la moneda extranjera que tiene naturaleza legal de suma de dinero con poder cancelatorio por sí misma, aunque sin curso legal, forzoso ni obligatorio³⁷.

O sea que la única forma para que el deudor cumpla la obligación de pago asumida en moneda extranjera en el contrato es con su entrega, sea dólares u otra la moneda foránea pactada³⁸, limitándose las consecuencias de la mora a la aplicación de intereses sin que corresponda, en principio, mayor resarcimiento (art. 622 del código civil)³⁹.

B.-SOLUCION DEL NUEVO CÓDIGO.

El art. 765 del Código Civil y Comercial establece que "...Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal".

Como se advierte, el nuevo Código vuelve al sistema original del Código Civil derogado, permitiendo que una deuda en dólares se pague en pesos a su "equivalente".

En el punto, el Proyecto se había modificado agregando "de conformidad con la cotización oficial", lo que luego se suprimió, por lo que queda latente el debate de si la única equivalencia es el "cambio oficial" o pueden reconocerse otras (vgr. "contado con liqui").

De todos modos, la nueva redacción aconseja, en toda transacción en moneda extranjera, se establezcan formas alternativas de cumplir la obligación en moneda extranjera para el caso de no existir libertad cambiaria, las que poseen plena validez⁴⁰.

Finalmente, en materia de depósitos bancarios en moneda extranjera, el art. 1390 dispone que el banco depositario tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie, lo que descarta la "pesificación" en dicho ámbito.

8.4.- LA ABREVIACION DE LA PRESCRIPCION.

El art. 2560 del Código establece el plazo genérico de prescripción: "El plazo de la prescripción es de CINCO (5) años, excepto que esté previsto uno diferente".

³⁷ C.N.Civil, Sala E, 30-5-2013, "Rzepnikowski, Lucía y otro c/Masri, David y otro s/ejecución hipotecaria", LL 7-10-13, pag.8 con comentario de Bilvao Aranda, Facundo M. "Contratos en moneda extranjera, buena fe y costas".

³⁸ Abatti, Enrique L., Rocca, Ival (h), y Guzman, María Cristina "Los contratos inmobiliarios en moneda extranjera, restricciones cambiarias e imprevisión", LL 2013-E, 9-9-2013, pag.1.

³⁹ Ver del autor "Obligaciones en dolares y operaciones con moneda extranjera. Situación legal de los contratantes y responsabilidad del Estado". Errepar, DSE, Nro. 313, Tomo XXV, Diciembre 2013, pag. 1320 en coautoría con E.M. Favier Dubois (pater)

⁴⁰ Ver Galmarini, Pedro "Cepo Cambiario: enfoque y alternativas", en JA 2013-IV, fasc.nº 7, nov.13-2013, pag.7

La norma implica también una “comercialización” del régimen general al brindar mayor seguridad a las transacciones y a los contratos.

9.-EL ARBITRAJE Y LA JURISDICCION COMERCIAL

9.1.-ARBITRAJE.

El arbitraje como forma de dirimir los conflictos, mediante su sometimiento a un tercero, se encuentra en los orígenes del derecho comercial. Su fundamento radica en la disponibilidad de los derechos subjetivos privados en tanto ello no afecte el orden público ni derechos de terceros (Anaya).

El arbitraje puede ser: a) libre o legal (cuando la ley lo impone); b) de derecho o de amigables componedores, según que el árbitro deba resolver según la ley o según su leal saber y entender; c) institucional o privado, según que se designe a un tribunal arbitral preconstituido o a árbitros ad hoc.

En el comercio internacional el arbitraje es la jurisdicción por excelencia para dirimir los conflictos.

En materia local, el código procesal reglamenta al “juicio arbitral”⁴¹, y si bien durante una época el arbitraje sufrió un gran desprestigio, en la actualidad ha recobrado vigencia, especialmente a favor de tribunales institucionales. Al respecto se destaca que existen normas que imponen el arbitraje en las sociedad cotizantes (art.38 dec. 677/01) o que admiten cláusulas arbitrales en los estatutos societarios (RG 7/05).

El nuevo Código Civil y Comercial, en su art. 1649, incorpora al arbitraje como contrato, permitiendo se someta cualquier controversia de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público.

La nueva normativa dispone sobre la forma, las controversias excluidas, las clases, la autonomía de la cláusula arbitral, la competencia, el dictado de medidas previas por medio del tribunal judicial, la revisión de los laudos, las cláusulas facultativas, el arbitraje institucional y el estatuto de los árbitros (arts.1650/1665).

9.2.-JURISDICCION COMERCIAL.

Por su parte, nada establece el Código Civil y Comercial sobre la jurisdicción comercial, la que tiene su origen en las corporaciones medievales, en las que los comerciantes eran juzgados por sus pares procurándose una justicia ágil y especializada. Suprimidas las corporaciones la justicia comercial subsistió dependiente del Estado en algunos países (Anaya).

En Argentina, hay tribunales de comercio en la Ciudad de Buenos Aires por derivación histórica del Consulado. En dicha Ciudad, atendida por jueces con rango federal, la materia comercial está ubicada, con carácter general, en la Justicia Nacional en lo Comercial (Favier Dubois) y además, para algunas materias específicas (navegación, patentes, marcas, transporte interjurisdiccional, etc.), en la Justicia en lo Civil y Comercial Federal⁴². En el resto del país no hay

⁴¹ Arts.736 a 772 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ley 17.454, t.o. dec.1042/81 y sus reformas).

⁴² Arts. 40 y 43bis del Dec.ley 1285/58, y art. 111 de la ley 1893.

tribunales comerciales pero algunas provincias cuentan con tribunales especializados en determinadas materias comerciales tales como sociedades, concursos y/o registro público de comercio (Mendoza, Córdoba, Salta, etc.).

Las ventajas de una justicia especializada son indudables aun cuando la creación de tribunales específicos debe estar en función del número de causas de cada jurisdicción, salvo el caso de concursos y quiebras donde a nuestro juicio los tribunales específicos deben imponerse en todas las jurisdicciones, sin excepciones, y con carácter federal (arts.75 inc.12 “bancarrotas” y 116 C.N.). La competencia comercial se determinaba por la naturaleza del acto, por la persona o por accesión a la causa o a la persona (Gomez Leo).

En el Código Civil y Comercial han desaparecido el “acto de comercio” como tal y la sujeción de los “comerciantes” a la “jurisdicción mercantil” (art. 5 del código de comercio derogado), sin embargo corresponde mantener la actuación de una justicia comercial separada ya que el Código nada dispone en contrario y son claras las grandes ventajas que brinda la especialización.

Al respecto, cabe recordar que en el orden nacional, el art. 43 bis del Dec. Ley 1285/58, dispone que “ Los jueces nacionales de primera instancia en lo comercial de la Capital Federal, conocerán en todas las cuestiones regidas por las leyes mercantiles cuyo conocimiento no haya sido expresamente atribuido a los jueces de otro fuero. Conocerán, además, en los siguientes asuntos: a) Concursos civiles; b) Acciones civiles y comerciales emergentes de la aplicación del Decreto N°15.348/46, ratificado por la Ley N°12.962; c) Juicios derivados de contratos de locación de obra y de servicios, y los contratos atípicos a los que resulten aplicables las normas relativas a aquéllos, cuando el locador sea un comerciante matriculado o una sociedad mercantil. Cuando en estos juicios también se demandare a una persona por razón de su responsabilidad profesional, el conocimiento de la causa corresponderá a los jueces nacionales de primera instancia en lo civil de la Capital Federal”.

Entendemos que dicha norma continúa vigente después de que comience la plena aplicación del nuevo Código por las siguientes razones:

-Las “leyes mercantiles” referidas por la norma no han desaparecido ya que son todas las que estaban incorporadas o complementando al Código Comercial derogado y que subsisten como complemento del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (art. 5º de la ley 26.994).

-Los “concursos civiles” ya habían sido unificados con los comerciales por la ley de quiebras vigente (24.522).

-Los contratos de locación de obra y de servicios se mantienen en los arts.302 y siguientes del Código.

-La única referencia que hoy carecería de sentido es la de “comerciante matriculado” que, eventualmente, debería ser cambiada por “persona humana con actividad económica organizada” o por persona humana titular de una “empresa” o de un establecimiento comercial, industrial o de servicios (art. 320 ya citado).

10.- LOS TITULOS VALORES

El Código Civil y Comercial incorpora todo un capítulo destinado a regular la normas generales aplicables a los “Títulos Valores” (art.1815 y siguientes).

En su concepción, los títulos valores “incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación y otorgan a cada titular un derecho autónomo” (art.1815) en cuyos términos al “portador de buena fe de un título valor que lo adquiere conforme con su ley de circulación, le son inoponibles las defensas personales que puedan existir contra anteriores portadores” (art. 1816).

Una disposición novedosa por su amplitud, que termina el camino iniciado por el art. 40 de la ley 23.697, es la libertad de creación de títulos valores de que goza cualquier persona, siempre que no se confundan con los títulos legislados, los que para ser “abstractos” deben estar destinados a la oferta pública, cumpliendo los recaudos específicos, o ser emitidos por entidades financieras, de seguros o fiduciarios financieros registrados ante el organismo de control de los mercados de valores (art. 1820).

Seguidamente, el Código reglamenta las defensas oponibles, el modo de trabar medidas precautorias sobre los títulos, las firmas falsas, el asentimiento conyugal, los efectos de la representación insuficiente, la responsabilidad solidaria solo de los creadores del título y no de los demás intervinientes, salvo disposición en contrario, la acción causal, los títulos representativos de mercaderías y de calidad de título valor a las cuotas partes de fondos comunes de inversión (arts. 1821 a 1829).

En otras disposiciones se fijan normas sobre títulos valores cartulares, títulos valores no cartulares, y los casos de deterioro, sustracción, pérdida y destrucción de títulos valores o de sus registros, distinguiendo los títulos valores en serie de los individuales.

La normativa del Código deja subsistente la regulación particular de los diversos títulos valores cartulares que resulta de leyes especiales (cheques, letra de cambio y pagaré, certificado de prenda con registro, acciones, debentures, obligaciones negociables, warrants, etc etc.), proclamando ser subsidiaria o inaplicable según el caso (art. 1834).

11.-CONCURSOS Y QUIEBRAS.

Si bien la ley 26.994 no modifica expresamente a la ley 24.522 de Concursos y Quiebras, estableciendo en su art. 5º que mantiene su vigencia, lo cierto es que la sanción del nuevo Código Civil y Comercial produce diversos impactos que se consignan seguidamente.

1.-NUEVA TERMINOLOGIA LEGAL, REMISIONES Y COMPATIBILIZACIONES.

En primer lugar se observa que el lenguaje de la ley 24.522 ha quedado en parte desfasado de la nueva legislación y debe ser “reemplazado” por las nuevas terminologías.

Así se advierte, en materia de las “personas de existencia visible” (art.2 y conc. LCQ), que tal nomenclatura ha sido reemplazada en la nueva legislación por la de “personas humanas” (art.19 y conc.).

También las “personas de existencia ideal” del art. 2º y éstas deben ser reemplazadas por las “personas jurídicas privadas” según el art.148 de la nueva codificación

Por su parte, las referencias de la ley 24.522 al código civil y al código de comercio, deben remitir al Código Civil y Comercial de la Nación, y las alusiones a las “sociedades comerciales” remitirán a las “sociedades”.

En segundo término se observa que el texto de la ley 24.522 es alcanzado por la reforma por lo menos al obligarlo a cambiar tres citas legales:

a) El art.20 de la LCQ cita textualmente al “artículo 753 del Código Civil” norma derogada y que deberá ajustarse a lo previsto por el art. 353 del nuevo CC y C.

b) El art, 241 inciso 6 relativo al privilegio del retenedor cita a la indemnización del art. 3943 del Código Civil correspondiendo actualmente referirse al art.2589 del Código Unificado.

c) El art. 293 de la Ley 24.522 la declara incorporada como libro IV del Código de Comercio, situación incompatible con la derogación de este último cuerpo legal.

En tercer lugar, hay casos que las normas del nuevo Código remiten directamente a las soluciones de la ley concursal, como por ejemplo:

a).En materia de compensación, el art. 930 inc.f), remite en cuanto a las obligaciones no compensables en el concurso o quiebra a los alcances que prevea la ley especial.

b) En materia de privilegios generales, el art. 2580 dispone que éstos se aplican en los procesos universales (concursos y sucesiones), rigiéndose siempre por la ley de concursos y quiebras.

Finalmente, se advierten muchas soluciones que compatibilizan al ordenamiento civil con el concursal, entre las que se destaca la posibilidad de concurso preventivo o quiebra de la masa indivisa insolvente, prevista por el art. 2360 del Código Unificado, la que es congruente con los arts. 2 y 8 de la LCQ.

2.- LA AMPLIACION SOLO APARENTE DE LOS SUJETOS CONCURSALES

El Código legisla sobre las “personas jurídicas privadas”, en noción que, como se dijo, debe entenderse equivalente a las “personas de existencia ideal de carácter privado” a que se refiere el art. 2º de la ley 24.522.

Las “personas jurídicas privadas”, son las enumeradas por el art. 148 del nuevo Código, gozan de personalidad jurídica diferenciada de sus miembros y administradores, y se les aplican, además de las normas especiales previstas para cada una, las normas generales establecidas por los arts. 150 a 167 del nuevo Código.

De tal suerte, son “personas jurídicas privadas” en el nuevo texto las siguientes: a) las sociedades; b) las asociaciones civiles; c) las simples asociaciones; d) las fundaciones; e) las mutuales; f) las cooperativas; g) el consorcio de propiedad horizontal; h) otros entes referidos por la ley con similar finalidad y normas de funcionamiento.

De tal enumeración, y de las respectivas regulaciones surgen, en apariencia, un nuevo sujeto concursal: el consorcio de propiedad horizontal.

En efecto, el nuevo art. 2044 del Código, zanjando una antigua discusión doctrinal sobre si los consorcios eran o no personas jurídicas, establece que “El conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituyen la persona jurídica

consorcio. Tiene su domicilio en el inmueble. Sus órganos son la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador...”

El reglamento de propiedad y administración se inscribe en el Registro Inmobiliario (art. 2038).

A nuestro juicio es una inclusión desafortunada en la medida que pudiera considerarse que, al darse al consorcio de propiedad horizontal calidad de “persona jurídica privada”, quedaría incurso en el art. 2º de la ley 24.522 y, por ende, sería sujeto pasivo de quiebra.

Rechazamos de plano tal interpretación por manifiestamente incompatible con las finalidades del consorcio, destacando que la posibilidad de quiebra ya fue rechazada por la mayoría de doctrina y jurisprudencia con fundamento en que se trata de un ente de existencia necesaria, dada la indivisión forzosa⁴³.

Al respecto, entendemos que la quiebra (y el concurso) sigue siendo improponible, aún en el régimen proyectado que no modifica el rol del consorcio y donde, además, el propio art. 2044, en su segunda parte, establece que la personalidad del consorcio se extingue por “la desafectación del inmueble del régimen de propiedad horizontal”, no previéndose el caso de quiebra, lo que demuestra la inaplicabilidad de tal solución para estos entes y autoriza a considerar que se presenta la situación de exclusión por ley especial, del art. 2 in fine de la ley 24.522.

3.-LA LIQUIDACION SIN QUIEBRA PARA EL FIDEICOMISO INSOLVENTE.

3.1.-LA NORMATIVA ANTERIOR Y LOS DEBATES EN CURSO.

El art. 16 de la ley 24.441, para el caso de que los bienes fideicomitidos sean “insuficientes” para atender a las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, prevé lo siguiente:

- a) Que tal situación no da lugar a la quiebra del patrimonio fideicomitado.
- b) Que deben incorporarse los recursos que prevea el contrato a ser suministrados por el fiduciante o por el beneficiario.
- c) Que a falta de tales recursos el patrimonio debe ser liquidado por el fiduciario enajenando los bienes y entregando su producido a los acreedores siguiendo el orden de los privilegios previstos para la quiebra.
- d) Que si el fideicomiso es financiero se aplican “en lo pertinente”, las normas del art. 24 (asamblea de tenedores con posible cambio de fiduciario,

⁴³ Así se ha dicho que “... habiendo estado de propiedad horizontal y diversos dueños, es una persona necesaria que inevitablemente debe tener continuidad, no pudiendo disolverse con la consiguiente desaparición del consorcio de la vida jurídica, ya que la indivisión forzosa del inmueble, hace ineluctable la permanencia de la comunidad organizada, y el régimen de este derecho real está basado en la existencia del consorcio ...” (Highton, Elena “Propiedad Horizontal y prehorizontalidad”, pág. 564). Si bien existe un antecedente jurisprudencial que llegó a pronunciarse afirmativamente sobre la declaración en concurso civil de un consorcio insolvente (fallo del 22/4/1969, Cámara 1a. Civil y Comercial de Mar del Plata), este aislado pronunciamiento no es ni remotamente el criterio mayoritario y predominante.-La Cámara de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, en sentencia del 30/10/1996 “Consortio de Propietarios Perú 1724 s/ pedido de quiebra formulado por Eva María Ramírez”, ha confirmado la sentencia de primera instancia en cuanto rechaza el pedido de quiebra al consorcio de propietarios.-” (ED. To. 171, pág. 601).-Además, en autos “Consortio de Propietarios de Edificio C. Calvo 869/75, le pide la quiebra Alvarez Egues, Neidi” - CNCOM - SALA D - 26/12/2005, se rechazó expresamente la posibilidad de que el consorcio fuera declarado en quiebra.

remisión o modificación de las deudas, instrucción sobre liquidación de activos y/o designación de otro enajenador).⁴⁴

Como se ve, no está prevista en la ley la liquidación judicial ni que el liquidador la solicite.

En el caso “Fideicomiso Fidag” se sentó la siguiente doctrina: “*si es el propio fiduciario quien lo pide y nada se previó en el contrato sobre el procedimiento, cabe acceder a la liquidación judicial ya que en tal caso no hay motivos para negarlo cuando la liquidación judicial tutela mejor a los terceros*”.⁴⁵

Sin embargo ese fallo dejó varias cuestiones pendientes, a saber:

a).-El concepto de “insuficiencia del patrimonio fideicomitado”, que muchos autores asimilan a la “cesación de pagos” del derecho concursal⁴⁶.

b).-La conducta exigible al liquidador en caso de “insuficiencia” del patrimonio fideicomitado⁴⁷.

De lo que no puede haber dudas, a nuestro juicio, es que el fiduciario de un fideicomiso que tenga cierto grado de actividad deberá rendir cuentas (art. 7º LF) mediante el llevado de contabilidad⁴⁸ y emitiendo estados contables anuales⁴⁹ o trimestrales en el caso de los fideicomisos financieros⁵⁰.

c).-El procedimiento aplicable a la liquidación del patrimonio fideicomitado⁵¹.

Este es el caso que presenta más dudas y ha hecho reflexionar a la doctrina. Se señala que entre los diversos métodos de liquidación previstos por las leyes (sucesorio, condominio, etc.), el societario y el concursal⁵² aparecen con mayor aptitud para brindar las reglas a aplicar, proponiendo calificada doctrina la aplicación de un “mix” de pautas procedimentales⁵³.

d).-La posibilidad de concurso o quiebra del patrimonio fideicomitado.

⁴⁴ Ver de Favier Dubois (p) y (h) “El contrato de fideicomiso frente al régimen concursal: cuestiones generales y particulares”, Errepar, DSE, nro. 294, tomo XXIV, Mayo 2012, pag.373

⁴⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, 15-12-2010. Ver de Favier Dubois (h), E.M.: “La insuficiencia del patrimonio fideicomitado y su liquidación judicial a pedido del fiduciario”, en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Ed. La ley, año II, nro.3, junio 2011, pag.213.

⁴⁶ Por nuestra parte entendemos que es un concepto más amplio que puede englobar tanto a la aludida “cesación de pagos”, como así también a la “insolvencia” puramente matemática cuando el pasivo supera al activo, prevista en los arts. 962 y stes. del código civil para la regulación de la “acción de fraude”. Conf. Belluscio-Zannoni, “Código civil comentado...”, ed. Astrea, Bs.As., 2001, tomo 4, pag. 440 nro.4..

⁴⁷ Ver Parellada, Carlos A. “La responsabilidad civil del fiduciario por insolvencia del patrimonio fideicomitado”, en Maury (directora) y Grzona (coordinador), “Tratado teórico práctico de fideicomiso”, tomo 2, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2004, pag. 93 y stes. alguna doctrina destaca que es conveniente para los fiduciarios concurrir en forma voluntaria a los tribunales a realizar las liquidaciones para evitar impugnaciones. Ver Orelle, J.M. “Fideicomiso contractual y financiero”, pags. 159/161, cit. Por Joulíá, Emilio Cesar “Consecuencias y caminos ante la insolvencia del patrimonio fiduciario”, ED, nro.10.683, año XLI, 30-1-03, pag.2.

⁴⁸ Ver Favier Dubois (h), E.M. “La rendición de cuentas en el derecho comercial. Su vigencia en materia de negocios fiduciarios, asociativos y societarios”, Errepar, DSE, nro. 262, Septiembre 2009, T. XXI, pag. 967, en co-autoría con Favier Dubois (pater).

⁴⁹ Ver el art. 1º del Dec. 780/95 y la normativa publicada en “Tratamiento contable del fideicomiso”, Edicon, Bs.As.2008, puntos 4.2.1.2. y 4.6. en páginas 11 y 13 del informe 28 del CPCECABA; Faure, Darío J. “Fideicomisos. Aspectos generales, impositivos y contables”, Ed. Aplicación Tributaria, Bs.As., 2009, pag.123 y stes.

⁵⁰ Ver Resolución 368/2001 de la Comisión Nacional de Valores.

⁵¹ Ver las propuestas de Boretto, Mauricio “El fenómeno de la constitucionalización del derecho privado en Argentina y su impacto en el ordenamiento jurídico falencial”, RDCO, Sept./Octubre 2012, nro. 256, pag.354.

⁵² Ver a favor de aplicar la normativa concursal Joulíá, Emilio Cesar “Consecuencias y caminos ante la insolvencia del patrimonio fiduciario”, ED, nro.10.683, año XLI, 30-1-03, pag.2.

⁵³ Molina Sandoval, Carlos A. “El fideicomiso en la dinámica mercantil”, Ed. Abaco, Bs.As., 2004, pag.310 y stes; Ise Figueroa, Tomás “Cuasi concursabilidad de los bienes fideicomitados”, LL 1999-A-899.

No obstante la disposición legal, estableciendo que la insuficiencia patrimonial no dará lugar a la declaración de la quiebra (art. 16), lo que es aceptado por la mayoría de los autores⁵⁴, alguna doctrina considera igualmente aplicable el instituto de la quiebra o, según el caso, la posibilidad de acudir al concurso preventivo⁵⁵ o al acuerdo preventivo extrajudicial⁵⁶.

3.2.-LA LIQUIDACION SIN QUIEBRA EN EL NUEVO CODIGO

Como una importante novedad que, a nuestro juicio, trae el Código, aparece lo que denominados “liquidación sin quiebra”⁵⁷ del fideicomiso.

El art. 1687 del Código, en su tercera parte, dice “La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a esas obligaciones, no da lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación la que está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente”.

La solución incorporada no aclara demasiado los puntos a y b del número anterior pero ratifica la solución de no concursabilidad (punto d)⁵⁸ y arroja luz sobre el procedimiento aplicable (punto c) al disponer la liquidación judicial, por el juez competente y con aplicación de las normas de liquidación de la ley de concursos y quiebras, en lo que sea pertinente.

La calificada doctrina que ha considerado al tema ha entendido que el liquidador debe ser el propio fiduciario⁵⁹ o que eventualmente será un interventor designado por el juez⁶⁰.

A nuestro juicio, las normas de liquidación previstas para concursos y quiebras imponen la sustitución del fiduciario por un tercero especializado, imparcial y profesional, como es el síndico concursal.

¿De qué otro modo podrían cumplirse los procedimientos de verificación de créditos, informe general, liquidación y proyecto de distribución sin un tercero imparcial que opine sobre los créditos insinuados?

¿Quién podrá juzgar la responsabilidad del fiduciario para iniciar las acciones de responsabilidad contra éste que correspondan?

⁵⁴ Kiper-Lisoprawski “Tratado...” pag. 439.

⁵⁵ Games-Esparza “Fideicomiso y concursos”, Ed. Desalma, Bs.As., 1997, pag.36; Ingolotti, Juan Pablo “Algunas controversias presentes en el artículo 16 de la ley 24.441”, ED, t.233, nro.12.300, año XLVII, 22-7-09, pag.1.

⁵⁶ Por nuestra parte consideramos que la imposibilidad de quiebra es positiva en tanto tiende a limitar la responsabilidad de los que participan en un fideicomiso y siempre y cuando el mismo sea un fideicomiso típico (ver infra cap.8). Y, si no hay quiebra, mal puede haber concurso preventivo o acuerdo preventivo extrajudicial cuya frustración o incumplimiento (en el segundo caso), llevar a la vedada quiebra.

⁵⁷ La solución es análoga a la del art. 41 de la ley de quiebras 11.719, donde se preveía una liquidación sin quiebra para el deudor que la mereciera con efecto solo sobre los bienes pero sin los efectos personales de la falencia declarada. Ver Malagarriga, Carlos C. “Tratado Elemental de Derecho Comercial”, tomo IV, Bs.As. 1963, Tipográfica Editora, pag.153 y siguientes.

⁵⁸ Ver Bilvao Aranda, Facundo M. “El fideicomiso en el anteproyecto de unificación civil y comercial y su comparación con la regulación actual” en RDCO, año 256, Sept./Oct. 2012, pag. 378.-

⁵⁹ Junyent Bas, Francisco, “Reflejos...” op.cit. pag.40.

⁶⁰ Boquin, Gabriela F. “Insolvencia del Fideicomiso” en la obra “Las Reformas al Derecho Comercial en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Legis, Bs.As., 2012, pag. 148.

Es por eso que consideramos que el procedimiento aplicable es el de la liquidación prevista para la quiebra y que el mismo debe estar ante el juzgado concursal competente y con intervención de un síndico de la lista oficial, quien desapodera al fiduciario a esos fines.

Asimismo entendemos que el proceso puede ser instado por el propio fiduciario, cumpliendo los requisitos de información correspondientes, o por el beneficiario, el fiduciante o cualquier acreedor del patrimonio fideicomitado⁶¹.

La liquidación no importará hacer efectivos los efectos de la quiebra en materia de consecuencias personales, ineficacia, responsabilidad especial ni extensión de quiebra.

En caso de petición por el fiduciario, y cuando el fideicomiso insolvente tenga cierto grado de “actividad económica organizada” el fiduciario tiene la obligación de rendir cuentas mediante el llevado regular de contabilidad emitiendo estados contables anuales por aplicación del art. 320 del Código y, en su caso, presentarlos al juez de la liquidación para acreditar la insuficiencia patrimonial.

4.-MODIFICA EL STATUS Y FUNCIONES DEL SINDICO CONCURSAL

4.1.-RESPONSABILIDAD “DE MEDIO” Y NO DE RESULTADO.

El Código Civil y Comercial, al reglamentar la responsabilidad de los profesionales liberales, lo que incluye la responsabilidad de los contadores públicos, corrobora que las obligaciones de los síndicos son “de medio”⁶².

En efecto, establece en su artículo 1768 lo siguiente: “La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido a un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 8ª de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757.”

La obligación “de hacer” tiene como efecto desvincular al síndico del resultado del proceso, debiendo solo acreditar que empleó la diligencia necesaria en su conducta, lo que reviste la mayor importancia en situaciones tales como la venta de inmuebles del fallido por no traba de la inhibición en extraña jurisdicción cuando no había ningún elemento que obligara al síndico a trabar la medida en aquella.

4.2.-LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LOS “ESTUDIOS DE SÍNDICOS CLASE A”.

Es sabido el art. 253 inc. 1º de la ley 24.522 prevé la inscripción para aspirar a actuar como síndicos concursales de “estudios de contadores”, los que integrarán las listas de la “categoría A” a los fines de su selección.

Por nuestra parte entendemos que tales “estudios de síndicos Clase A”, como regla, carecen de personalidad jurídica propia a menos que expresamente revistan

⁶¹ Boquin, Gabriela F. “Insolvencia...”cit. Pag.149

⁶² Ver de Favier Dubois (p) y (h) “Impacto del Proyecto de Código Unificado sobre la Profesion Contable”, Errepar, DSE, nro. 299, Tomo XXIV, Octubre 2012, pag. 935

forma societaria o actúen como sociedades de hecho, lo que debe ser apreciado en cada caso⁶³.

No obstante, en algunos casos los tribunales concursales han exigido inscripción fiscal al estudio como tal y se ha pretendido regular los honorarios y librar los cheques a favor de la entidad, atribuyéndoles personalidad jurídica y fiscal, y no a nombre de sus miembros, lo que a nuestro juicio resulta inaceptable.

La discusión actual queda zanjada en el Código que regula a los “contratos asociativos” art. 1442), definidos como contratos de colaboración, de organización o participativos, con comunidad de fin, que no son sociedades, ni personas jurídicas, sin requisitos de forma, con libertad de contenidos y con efectos entre las partes aunque no se inscriban (arts. 1444, 1446 y 1447).

Dicha normativa prevé que cuando una parte trate con un tercero en nombre de la organización común, las otras partes no devienen acreedores o deudores de es tercero (art. 1445).

Como se advierte, el nuevo Código echa luz sobre la validez de estos contratos asociativos y sobre su carencia de personalidad jurídica y fiscal, lo que resulta de gran utilidad para los estudios de síndico clase A quienes podrán optar por un funcionamiento simplemente como contrato asociativo o adoptar una forma societaria concreta.

4.3.-MAYORES COMPETENCIAS Y FUNCIONES.

El Código amplía la competencia de los síndicos ya que, según nuestro criterio, les corresponde actuar en la liquidación sin quiebra de los fideicomisos insolventes (ver supra).

Por otra parte, si bien limita la legitimación del síndico para atacar la vivienda familiar en nombre de la quiebra (ver infra), ello no obsta a que el síndico pida la desafectación con fundamento en el abuso.

Por otra parte, la modificación habida en materia contable implica un ensanchamiento de las facultades de investigación del síndico, quien deberá determinar si se trata o no de un sujeto obligado a llevar contabilidad en los términos del art. 320⁶⁴.

Así, en el caso de “personas humanas” deberá determinar si desarrollan o no ciertas actividades económicas, como son el ejercicio de una actividad económica organizada, la titularidad de una “empresa” y la titularidad de un “establecimiento comercial, industrial o de servicios”.

También deberá analizar si hubo eximición por el “volumen del giro” (320, segundo párrafo, in fine) o si no correspondiendo por ley se trata de un caso de “contabilidad voluntaria” (320, primer párrafo, in fine)

Además debe tenerse presente la ampliación de los supuestos fácticos en los que se admite la “contabilidad informática”, que puede alcanzar a las personas humanas (art. 329), lo que enfrentará al síndico a mayores situaciones con dichas características debiendo, en algunos casos, acudir al apoyo interdisciplinario.

⁶³ Ver de Favier Dubois (p) y (h) “Las sociedades entre profesionales para la prestación de servicios”, La Ley 2012-B, p.837

⁶⁴ Ver de Favier Dubois (p) y (h) “Los sujetos obligados a llevar contabilidad en el texto del código civil y comercial en trámite”, Errepar, DSE, nro. 302, Tomo XXV, Enero 2013, pag. 23

Finalmente, cabe señalar que en materia de honorarios, el art. 1225, segundo párrafo, in fine, del Código mantiene la solución de morigerar la aplicación de la ley de aranceles por “desproporción”, hoy contenida en el art. 271, segunda parte, de la ley 24.522.

5.-REDUCE EL AMBITO DE LOS BIENES DESAPODERABLES

De diversas disposiciones del Código surge que el ámbito de los bienes que pueden ser objeto de desapoderamiento en la quiebra, liquidación y reparto a los acreedores ha disminuido, alterándose los efectos del art. 108 LCQ.

En esa materia, el Código Civil y Comercial:

a) Excluye a los frutos de los bienes de los hijos.

Mientras el art. 108 inc. 3º de la ley de concursos excluye a los bienes en usufructo de los hijos pero incluye a los frutos, el art. 697 del Código niega las rentas a los padres⁶⁵

b) Excluye a las indemnizaciones por daño moral y por daño material derivados de lesiones a la integridad psicofísica.

Es el art. 744 inc.f) del Código y, en tal sentido, amplía los bienes excluidos del desapoderamiento por el art. 108 de la ley concursal.

c) Excluye el inmueble destinado a la vivienda del deudor con mayor amplitud que en el régimen de “bien de familia”.

Ello surge de los arts. 244 a 256 del Código, pudiendo destacarse los siguientes cambios: Admite la afectación sin familia; Admite a los condóminos que no sean parientes; Es también beneficiario el conviviente; admite la subrogación real (cambio de la vivienda manteniendo la afectación); el producido del remate se entrega a los acreedores anteriores o al deudor, pero no a los acreedores concursales posteriores, negando legitimación al síndico concursal⁶⁶

6.-AMPLIA LA RESPONSABILIDAD FRENTE A LA QUIEBRA PERO REDUCE LOS SUPUESTOS DE EXTENSION AL SOCIO.

En materia de responsabilidades de representantes y terceros, el Código simplifica la definición de “dolo”, estableciendo el art. 1722 que “el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”, superando la actual discusión sobre la configuración del “dolo eventual” frente a la exigencia del art. 173 de la LCQ⁶⁷.

Sin embargo, el ámbito de la extensión de la quiebra al socio con responsabilidad ilimitada, del art. 160 LCQ, aparece reducido en su ámbito material frente a la casi desaparición de la responsabilidad ilimitada en materia societaria dada la reforma

⁶⁵ Bilenca, Juana E. “Incidencia de la reforma de los códigos civil y comercial en el régimen concursal argentino”, Errepar, DSE, nro.301, diciembre 2012, t.XXIV, pag. 1230 y stes.

⁶⁶ Levy, Lea “La vivienda familiar en el proyecto de código civil”, en Jurisprudencia Argentina, Bs.As., junio 20 de 2012, JA 2012-II, Fasc.12, pag. 38 y stes.

⁶⁷ Ver Boquin, Gabriela “Influencia del Proyecto de reforma del Código Civil en las acciones de responsabilidad concursal”, Errepar, DSE, Suplemento Especial, Septiembre 2012, pag. 22 y siguientes y en la obra colectiva “Las Reformas al Derecho Comercial en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Legis, Bs.As., 2012, pag. 463.-

de la ley 19.550 que establece como regla la responsabilidad “simplemente mancomunada” (art. 125 de la nueva ley general de sociedades).

Finalmente cabe destacar que el Código es prolijo al incorporar expresamente como causal de impugnación de un contrato de fideicomiso a la acción de ineficacia concursal en el art. 1686⁶⁸, lo que si bien la doctrina admite en la actualidad, no figura expresamente en el art. 15 de la ley vigente.

7.-ALTERA PARCIALMENTE EL REGIMEN DE OBLIGACIONES, CONTRATOS Y PRIVILEGIOS FRENTE AL CONCURSO.

En las normas a que se hace referencia a continuación, se presentan en muchos casos previsiones del Código que son contradictorias con las de la ley concursal.

Una reciente interpretación entiende que tales normas rigen solo cuando no hay insolvencia, y que si hay insolvencia siguen rigiendo las soluciones concursales actuales⁶⁹.

Por nuestra parte entendemos que en cada caso debe tenerse en cuenta si la ley común (Código Civil y Comercial) prevé su aplicación incluyendo expresamente al concurso o quiebra o nada dice al respecto.

Así, si la propia legislación común (Código) prevé una solución expresamente aplicable al concurso preventivo o a la quiebra, consideramos que ello es insoslayable y que implica una reforma o cambio a la normativa concursal.

En cambio, si ninguna referencia se hace a la situación concursal, regirán soluciones diversas, sin alteración del sistema concursal.

De todos modos, como se verá, en algún caso puede lograrse una interpretación flexible que salve la solución concursal vigente en tanto de mayor utilidad.

Algunos de los casos más relevantes para destacar en esta colaboración son los siguientes:

7.1.-CADUCIDAD DE PLAZOS POR CONCURSAMIENTO.

Según la actual interpretación del art.572 del código civil vigente, tanto la quiebra como el concurso preventivo producen la caducidad de los plazos vigentes.

En el art. 353 del Código se establece expresamente, a diferencia de lo previsto para la quiebra, que “La apertura del concurso del obligado al pago no hace caducar el plazo, sin perjuicio del derecho del acreedor a verificar su crédito, y a todas las consecuencias previstas en la legislación concursal”.

Aparece aquí una modificación de la situación vigente que deberá ser interpretada en sus justos términos dada la redacción final del párrafo legal.

7.2.-OPONIBILIDAD DEL BOLETO DE COMPRAVENTA

El art. 1171 del Código contiene una solución similar a la del actual art.146, segundo párrafo, con la diferencia de que exige expresamente “fecha cierta”, lo que no pide el texto actual pero sí la jurisprudencia predominante.

7.3.-CONTRATOS A TÉRMINO.

⁶⁸ Raisberg, Claudia E. “Apuntes sobre algunos aspectos relevantes del Proyecto de código civil y comercial de la Nación unificado y el contrato de fideicomiso”, Errepar, DSE, nro.299, octubre 2012, t. XXIV, pag.960 y stes.

⁶⁹ Ciminelli, Juan M. y Colle, Claudia M. “Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación ¿incide realmente en el ordenamiento concursal?”, Errepar, DSE, nro.302, Enero 2013, t.XXV, pag.16 y siguientes.

El actual art. 153 de la LCQ dispone el derecho a la verificación de la diferencia en la quiebra a la fecha de la sentencia, y que si la diferencia es a favor del fallido se difiera el cómputo para el momento del vencimiento del plazo fijado.

El art. 1429 del Código dispone que si el contrato es celebrado en una bolsa o mercado de comercio, de valores o de productos, autorizados y bajo control estatal, las normas dictadas por dicho organismo pueden prever el modo de liquidación “ante eventos como el concurso, la quiebra...” de una de las partes.

En tal caso, la solución reglamentaria podría ser distinta a la de la ley actual.

7.4.-EFECTOS DE LA QUIEBRA SOBRE LA PERSONA JURIDICA.

El art. 163 inc.e) del Código dispone que la persona jurídica se disuelve por...”e) la declaración de quiebra; la disolución queda sin efecto si la quiebra concluye por avenimiento o se dispone la conversión del trámite en concurso preventivo, o si la ley especial prevé un régimen distinto”.

Similar solución se dispone para el art. 94 inc.6º de la Ley General de Sociedades. Si bien las soluciones no coinciden con la letra del actual art. 94 inc.6º de la ley 19.550, son contestes con la doctrina hoy vigente sobre el tema, basada en los cambios de la ley de concursos.

7.5.-RESOLUCION DE CONTRATOS POR QUIEBRA.

El art. 1494 inc. c) establece que el contrato de agencia se resuelve “por quiebra firme de cualquiera de las partes”, en solución a la que remite el art. 1509 para el contrato de concesión y el art. 1511 para los contratos de distribución.

Tal solución, concordante con el art. 147 de la ley de quiebras, desatiende la hipótesis de “continuación de la empresa” donde es posible que se autorice el mantenimiento de los “contratos en curso de ejecución” (arts. 190 inc. 5º y 191 inc. 6º LCQ)⁷⁰.

No obstante, pensamos que la “continuación de la empresa en quiebra” es una excepción no prevista por el texto “unificado” y que como tal sigue operando, máxime cuando podría considerarse no “firme” una quiebra continuado respecto de la situación de los contratos.

7.6.-DESCUENTOS POR PAGO ANTICIPADO.

Dice el art. 872 del Código que el pago anterior al vencimiento del plazo no da derecho a exigir descuentos”.

Si bien la solución del art. 128 de la ley 24.522 es que “deben deducirse los intereses legales por el lapso que anticipa su pago”, entendemos que no hay contradicción ya que la primera solución se aplicará en las relaciones “in bonis” y la segunda en caso de insolvencia.

7.7.-RENUNCIABILIDAD DEL CREDITO LABORAL.

El art. 2575 del Código, en su último párrafo, establece que “El privilegio del crédito laboral no es renunciable, ni postergable”.

Si bien el art. 43 de la ley concursal, en su décimo párrafo, dice que “...el privilegio que proviene de la relación laboral es renunciable...”, entendemos que la primera

⁷⁰ Bruzzo, Mario “Algunas incidencias del proyectado código civil y comercial de la Nación en el régimen concursal, en la obra “Las Reformas al Derecho Comercial en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Legis, Bs.As., 2012, pag. 458; Ver también Llobera, Hugo O.H., “Resolución de los contratos de comercialización por insolvencia”, en la misma obra, pag. 67 y siguientes-

norma no modifica a la segunda ya que rigen en situaciones distintas: in bonis no es renunciable y en el concurso preventivo sí.

7.8.-PRESCRIPCIÓN DE LAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS.

El art. 2560 del Código establece el plazo genérico de prescripción: “El plazo de la prescripción es de CINCO (5) años, excepto que esté previsto uno diferente”.

La mención sobre una posible excepción ha abierto una polémica con relación a los plazos de diez años que establecen algunos códigos fiscales provinciales para las obligaciones tributarias⁷¹.

Si bien la Corte Suprema de Justicia, en el precedente “Filcrosa”, estableció la vigencia del código civil en la materia, la excepción ahora contenida reaviva la polémica.

Por nuestra parte consideramos que continúa vigente el criterio de la Corte, que la prescripción es materia de la ley de fondo del Congreso de la Nación, y que las excepciones aludidas por el nuevo art. 2560 se refieren a otras disposiciones del Congreso Federal.

12.-LEYES INCORPORADAS Y LEYES COMPLEMENTARIAS DEL CODIGO DE COMERCIO.

Conforme establece el art. 5º de la ley 26.994, las leyes de contenido mercantil que actualmente integran, complementan o se encuentran incorporadas al Código de Comercio (excepto las expresamente derogadas por el art. 3º), mantienen su vigencia como leyes que complementan al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

En consecuencia mantienen su vigencia, entre otras, las siguientes leyes y normas mercantiles: leyes 928 y 9463 (Warrants), 9644 (Prenda agraria), 11.867 (Transferencia de Fondos de Comercio), 17.418 (Seguros), 20.091 (Entidades de Seguros), 20.094 (Navegación, habiéndosele incorporado algunos artículos del libro Tercero del Código de Comercio derogado), Dec.ley 5965/63 (Letra de cambio y pagaré); 20.266 y 25.028 (Martilleros y Corredores, parcialmente), 20.337 (cooperativas), 20.705 (Sociedades del Estado), 21.526 (Entidades financieras), 21.768 (Registros Públicos), 22.315 (IGJ), 22.316 (Registro Público de Comercio de la Capital Federal), 22.362 (Marcas), 23.576 (Obligaciones negociables), 24.240 y modificaciones (Consumidor), 24.441 (Financiamiento, parcialmente), 24.481 (Patentes), 24.452 (Cheques), 24.522 (Concursos y Quiebras), 24.587 (Nominatividad), 24.766 (Confidencialidad), 25.065 (Tarjetas de crédito), 25.156 (Defensa de la competencia) y 26.831 (Mercado de capitales); Dec. 897/95 (Prenda con registro) y Dec. 142.277/1943 (Sociedades de Capitalización y Ahorro).

Todo ello implica que, en definitiva, sigue habiendo “leyes comerciales” que son complementarias del Código Civil y Comercial de la Nación (art. 5º ley 26.994).

13.-LA MATERIA COMERCIAL A PARTIR DEL NUEVO CODIGO.

⁷¹ Ver la defensa de la posición provincial en Bruzzo, Mario “Algunas incidencias del proyectado código civil y comercial de la Nación en el régimen concursal, en la obra “Las Reformas al Derecho Comercial en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Legis, Bs.As., 2012, pag. 457.-

En apariencia el nuevo Código Civil y Comercial, contrariando la directiva constitucional que exige una legislación diferenciada entre la materia civil y la comercial, sea en textos separados o unificados (art. 75 inc.12 de la C.N.), no mantendría al “derecho comercial” como categoría diferenciada del “derecho civil”, con sus propias normas delimitativas y normas preceptivas, sino que prevería una misma regulación en materia de obligaciones y contratos para todas las personas humanas y para todas las personas jurídicas sin atender a la índole de sus actividades u operaciones.

Sin embargo, a nuestro juicio, la realidad es totalmente distinta.

Es que como se adelantó en su momento y según se fue desarrollando al analizar los diversos institutos, el Derecho Comercial subsiste en el nuevo Código con soluciones similares a las anteriores pero bajo otros presupuestos, a saber:

-El “comerciante” fue reemplazado por el “empresario” (o el cuasi empresario).

-El “acto de comercio” fue desplazado por la “actividad económica organizada”.

-El nuevo eje del derecho comercial es “la empresa”, sin la cuál no hay sociedad, y cuya continuación se procura mediante los mecanismos de tolerancia de la unipersonalidad sobreviniente, efecto no liquidatorio de las nulidades y posibilidad de reactivación societaria si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad (art.100 LGS).

-El derecho mercantil se expande en tanto:

a) En los contratos unificados, la regla es aplicar la solución comercial y la excepción la solución civil, invirtiéndose el sistema anterior, con lo cuál se “comercializa” al derecho civil aplicando soluciones mercantiles específicas tendientes a la celeridad de los negocios, la seguridad y la limitación de riesgos.

b) Se expanden las posibilidades del “arbitraje”, la obligación de rendición de cuentas y la representación negocial, que son instituciones mercantiles típicas.

c) La exigencia de contabilidad obligatoria, propia del derecho mercantil, se extiende a otros sujetos sin fin de lucro y donde no existe recurrencia habitual al crédito.

d) La exigencia de registración mercantil, se extiende a las asociaciones civiles.

-El Derecho mercantil se mantiene incólumne en las leyes complementarias del código de comercio que continúan como leyes complementarias del Código Civil y Comercial de la Nación, entre las que se cuenta la ley de concursos y quiebras que solo registra un impacto indirecto.

-No existe ningún óbice legal para el mantenimiento de la justicia comercial diferenciada tal como la establecen las leyes locales actuales.

Finalmente, también debe tenerse presente que en el derecho del consumidor existen diferentes derechos y obligaciones para el “productor” respecto del “consumidor” en los contratos y relaciones de consumo (art.1092 y stes.), lo que también implica un tratamiento diferenciado.

En definitiva, la materia comercial subsiste y se expande en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aún cuando sin una clara definición conceptual, lo que exige un esfuerzo especial del intérprete.

14.-REFLEXIONES SOBRE LA REFORMA CIVIL Y COMERCIAL.

Sin perjuicio de que todavía está fresca la sanción legislativa, que por la concreta aplicación de las nuevas normas recién se conocerán sus bondades y deficiencias, queremos formular, a manera de reflexión final, la siguiente evaluación provisoria.

En primer lugar debe advertirse que la sanción de un nuevo Código Civil y Comercial se aprecia innecesaria en tanto similares objetivos se podrían haber logrado con una reforma del Código civil anterior, al estilo de la del año 1966 (Borda), sin restar utilidad a casi 145 años de doctrina y jurisprudencia.

Sentado ello, el nuevo Código presenta una excelente sistemática en materia civil, el claro, es breve, es docente, es moderno y trae soluciones muy útiles e interesantes a diversos problemas.

Adviértase que logra articular al mismo tiempo un sistema publicista de defensa de la igualdad y derechos humanos, con un sistema privatista en materia contractual, y con una adecuada defensa del consumidor.

En materia comercial, el nuevo régimen legal que resulta del Código Civil y Comercial de la Nación y de la Ley General de Sociedades, favorece en general a las actividades empresarias, destacándose los siguientes puntos:

- Favorece la radicación y actuación de las empresas extranjeras y multinacionales al permitirles contar en el país con una subsidiaria totalmente integrada mediante la nueva figura de la "Sociedad Anónima Unipersonal", lo que elimina el "riesgo de agencia" (deslealtad del otro socio).

- Permite la descentralización operativa y patrimonial de empresas locales de cierta magnitud al permitirles constituir una o más "sociedades anónimas unipersonales" a condición de cumplir ciertos requisitos (pluritud de directores, de síndicos y fiscalización estatal permanente).

- Facilita los acuerdos entre empresas, los joint ventures, los consorcios y las alianzas estratégicas mediante un régimen abierto de "contratos asociativos" que pueden no inscribirse y que no tienen configuración societaria ni riesgo de quiebra.

- Facilita la actuación de grupos empresarios al permitir que las sociedades anónimas sean socias de SRL y de contratos asociativos.

- Facilita las sociedades y emprendimientos entre cónyuges al darles plena capacidad para celebrar contratos entre sí.

- Limita la responsabilidad de los empresarios en materia societaria y concursal al establecer la responsabilidad "mancomunada" en las sociedades informales.

- Limita la responsabilidad de los empresarios en materia laboral al disponer que en el contrato de franquicia el franquiciante no responde por las obligaciones laborales del franquiciado salvo el caso de fraude.

- Limita la responsabilidad fiscal al establecer una prescripción general de cinco años.

- Refuerza el valor obligatorio de los contratos asociativos y de sociedad, y de la autonomía de la voluntad, al disponer su carácter vinculante para las partes y para los terceros que lo conocieron al contratar, aunque no estuvieren inscriptos.

- Favorece a las empresas familiares con soluciones legales que les permiten evitar conflictos y lograr una mejor programación patrimonial y sucesoria, como son el pacto de herencia futura, la reducción de la legítima hereditaria, el valor del protocolo como contrato y los matrimonios con separación de bienes, entre otras medidas.

-Favorece a las sociedades de profesionales al permitirles optar por constituir una agrupación de colaboración o un consorcio de cooperación, sin personalidad jurídica ni fiscal.

-Impone reglas imperativas en Clubes de Campo y barrios cerrados que pueden afectar a los desarrolladores, como la no exención de pagar expensas, la remoción del administrador designado y la prohibición de la bolilla negra en las transferencias de propiedades, donde sí admite un derecho de preferencia.

-Respeto los depósitos en dólares pero dispone el pago de las obligaciones en moneda extranjera por su “equivalente”, lo que puede dar lugar a la aplicación del cambio oficial y exige pactar cláusulas especiales de equivalencia.

No obstante, el nuevo Código presenta algunas deficiencias técnicas y algunas de fondo.

En lo técnico, no aparecen bien delimitados los presupuestos de aplicación de la ley comercial (ver cap. 13).

En lo sustancial, tanto la regulación sobre contabilidad legal como la propia del “registro público” son antiguas y deficientes, desconociendo la importancia que tienen ambos institutos para el control de las responsabilidades en el capitalismo moderno, por lo que se requieren, con urgencia, leyes especiales que les amplíen contenidos y las reglamenten.

También cabe señalar que la inclusión de los consorcios de propiedad horizontal como personas jurídicas privadas las somete al riesgo de concurso o quiebra, incumpatible con su naturaleza.

En materia societaria, hay soluciones muy valiosas, como las señaladas precedentemente, pero se encuentra muy pobremente articulado el sistema de la “unipersonalidad sobreviniente” con el de las sociedades “informales”.

Como reflexión final, bienvenida sea la reforma que nos permitirá un reexamen general de los institutos jurídicos del derecho civil y del derecho comercial, grandes debates académicos y profesionales, y la búsqueda de interpretaciones valiosas, acordes con los valores y con las necesidades de los tiempos presentes.

Buenos Aires, Octubre de 2014.