



**Dr. Ignacio M. Rebaudi Basavilbaso**

Nació en la Ciudad de Buenos Aires el 19 de diciembre de 1977.

Cursó la carrera de Derecho en la Universidad de Buenos Aires, donde se graduó con el título de abogado en el 2002.

Posteriormente se especializó en Derecho de la Alta Tecnología en la Universidad Católica Argentina y realizó diversos cursos, tanto en Argentina como en los Estados Unidos.

Ingresó al Poder Judicial de la Nación en el año 1996 y actualmente se desempeña como Juez Nacional en lo Civil como subrogante.

En cuanto a la labor docente es profesor regular de Derecho en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad de la Marina Mercante, dirigiendo la carrera de Abogacía de esta última.

Es autor de diversas publicaciones referidas al derecho privado.

Este libro ha sido escrito sobre la base de una serie de conferencias realizadas por los autores en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF), en el marco de un curso de actualización sobre el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Esas clases, modificadas, ampliadas y enriquecidas con el estudio de la nueva legislación, pero sobre todo por el aporte de una necesidad concreta de actualización (tanto para el quehacer diario como para la docencia que ejercen ambos autores en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires), han ido generando esta obra, que tiene por simple finalidad una sistematizada actualización del derecho de las obligaciones y de responsabilidad civil en el marco de la nueva legislación.

La obra, titulada *El Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho de las Obligaciones y Responsabilidad Civil*, pretende dirigirse a un universo amplio, abarcando a todos aquellos interesados en el quehacer jurídico, no solo estudiantes, miembros de la comunidad universitaria o profesionales, sino también a los hombres de empresa y a todo aquel que sienta frente al derecho privado la atracción que despierta nada menos que nuestro sistema de reglas de conducta que nos permite vivir en sociedad.

Ninguna obra jurídica posee carácter definitivo, ya que el derecho se caracteriza por una fluctuación constante, que nace de la incesante tarea de adaptación de la norma a las circunstancias sociales. Por esa razón los autores se comprometen a realizar un nuevo trabajo luego de transcurridos algunos años de la vigencia del nuevo Código, con la posibilidad de hacer un análisis crítico con aplicación concreta, con mayor doctrina y con jurisprudencia aplicable a las distintas novedades, y presentan esta obra que esperan que resulte de utilidad a todo operador jurídico.



El Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho de Obligaciones y Responsabilidad Civil

Gastón Alejandro O'Donnell  
Ignacio M. Rebaudi Basavilbaso

# El Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho de Obligaciones y Responsabilidad Civil

**Gastón Alejandro O'Donnell**  
**Ignacio M. Rebaudi Basavilbaso**



**Dr. Gastón Alejandro O'Donnell**

Nació en Buenos Aires el 16 de julio de 1964. Cursó sus estudios secundarios en el Colegio Nacional de Buenos Aires. Luego estudió en la Universidad de Buenos Aires, donde se graduó como abogado en 1987.

Posteriormente realizó diversos estudios tanto en Estados Unidos como en Europa (Irlanda).

Fue Presidente de la Asociación Dirigentes de Empresa (ADE) y actualmente es el Rector de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES).

Es autor de los libros *Elementos de Derecho Empresarial*; *Manual de Derecho Civil*; *El Derecho Comercial y su Aplicación al Marketing y al Management*, y *Derecho Privado Empresarial: Obligaciones y Contratos*; así como de diversos capítulos y artículos sobre derecho privado.

En cuanto a su labor docente, fue profesor de UCES, de la Universidad Católica Argentina y en la actualidad es profesor regular en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.





# **El Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho de Obligaciones y Responsabilidad Civil**

**Gastón Alejandro O'Donnell**

**Ignacio M. Rebaudi Basavilbaso**



2015, Buenos Aires, Argentina

O'Donnell, Gastón Alejandro,  
El Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho de obligaciones y  
responsabilidad civil / Gastón Alejandro O'Donnell; Ignacio Martín Rebaudi Basavilbaso.  
- 1a ed. - Buenos Aires : UCES - Editorial de la Universidad de Ciencias Empresariales y  
Sociales, 2015.  
328 p. ; 15 x 22 cm.  
  
ISBN 978-987-1850-12-9  
  
1. Derecho Civil. 2. Derecho Comercial . I. Rebaudi Basavilbaso, Ignacio Martín II. Título  
CDD 346

Fecha de catalogación: 29/07/2015

© El Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho de obligaciones y  
responsabilidad civil, 1ª edición, Agosto de 2015  
Gastón Alejandro O'Donnell e Ignacio Martín Rebaudi Basavilbaso

© EditUCES  
Paraguay 1338 (C1057AAV), Ciudad de Buenos Aires, Argentina

Queda hecho el depósito que establece la Ley 11.723

Diseño: NARDOS S.R.L.

Libro de edición argentina

No se permite la reproducción parcial o total, el almacenamiento, el alquiler, la transmisión o la transformación de este libro, en cualquier forma o por cualquier medio, sea electrónico o mecánico, mediante fotocopias, digitalización u otros métodos, sin el permiso previo y escrito del editor. Su infracción está penada por las leyes 11.723 y 25.446.

Todos los personajes de la presente obra son de ficción y no se refieren a ninguna persona del mundo real. Asimismo, los nombres utilizados por el autor son ficticios y, si coinciden con los de alguna persona, es por obra de la casualidad. Solo dos personas, lamentables víctimas de dos hechos trágicamente delictuosos, han sido, y una sola vez, ocasionalmente mencionadas con sus verdaderos nombres ya que permanecieron algunos días en los medios de comunicación como reflejos de los graves hechos de violencia que está viviendo nuestra sociedad.

Este libro se terminó de imprimir en el mes de Agosto de 2015, en Talleres Gráficos SERVICOP, La Plata, Prov. de Buenos Aires, Argentina.

*A mi hijo Juan Andrés, a Fabiana, a mis padres y hermanos.*

*G.O'D.*

*A mis hijas Lucía y Catalina, a mi mujer Inés, a mis hermanos  
y a la memoria de mis padres.*

*I.R.B.*



# **I. OBLIGACIONES**

## **Obligaciones en general**

### **Importancia de la Teoría de las Obligaciones:**

La teoría de las Obligaciones es sumamente importante porque ordena todo el pensamiento jurídico. Podemos afirmar que a partir de esta materia, se puede pensar el derecho común y entenderlo en su lógica más elemental. De otro modo, hasta se podría afirmar que todas las relaciones jurídicas privadas personales, son derecho de obligaciones.

El derecho de obligaciones se encuentra dentro del Derecho Patrimonial: allí están los Derechos Personales y los Derechos Reales.

El Código Civil y Comercial ha sistematizado el desarrollo de las obligaciones siguiendo un orden lógico. Ha tomado buena parte de los esfuerzos doctrinarios y pretende presentar esta rama del derecho imbuido de un concepto no sólo regulatorio sino también pedagógico, partiendo de la propia definición de obligaciones, lo cual es una novedad en nuestro derecho y en muchísimas legislaciones. Con un

lenguaje sencillo, toma las elaboradas producciones doctrinarias y pretende adaptarlas al campo normativo. Luego se ocupa de las distintas instituciones jurídicas que van apareciendo y se derivan a partir del desarrollo de la Teoría de la Obligación. Por ese motivo puede mirarse el Código Civil y Comercial no sólo como un plexo normativo sino también como un programa de estudio del Derecho de Obligaciones.

Por ese motivo en esta obra seguiremos el orden conceptual que ha plateado el propio Código Civil y Comercial, procurando abordar, en cuanto sea posible, las instituciones jurídicas reguladas en el orden que el Código establece. No siempre es posible hacerlo, pero la idea que se pretende materializar es presentar doctrinariamente los temas que trata el Código, para luego analizar qué solución encontró la norma. De ese modo se tendrá a la vista el impacto que ha producido el Código Civil y Comercial en el Derecho de Obligaciones y en el Derecho de Responsabilidad Civil.

### **Definición de Obligaciones:**

En el Derecho Romano, los juristas clásicos no dieron una definición. Aparece recién en las Institutas de Justiniano. Se las define como “Vínculo jurídico que nos constriñe a pagar algo”.

Para el tratamiento del derecho a partir del siglo XIX fundamentalmente, se ve que la mayoría de los Códigos no definen la Obligación.

Por su parte, el Código Civil del Vélez Sarsfield, en la nota al art. 495 expresa que nos abstenemos de definir porque las definiciones son impropias de un Código de leyes. El propio art. 495 del referido Código directamente expresa: Las obligaciones son de dar de hacer o de no hacer. Es decir, se refiere al contenido (prestación) de la obligación.

Toda definición es peligrosa pues es difícil que no tenga que ser alterada.

Pero hoy en el derecho moderno continental europeo la tendencia es que haya definiciones.

En ese sentido, la Doctrina Nacional fue trabajando a lo largo de los años en una definición. Finalmente se consensuó la siguiente: “Relación Jurídica en virtud de la cual un sujeto (deudor) tiene el deber jurídico de realizar en favor de otro sujeto (acreedor) determinada prestación”.

Análisis de la definición:

La definición adoptada arroja los siguientes elementos:

- Relación Jurídica: relación entre sujetos regulada por el derecho
- Deber: es específico y calificado (no es un acto libre)
- Sujeto pasivo (deudor) y sujeto activo (acreedor)
- Prestación: comportamiento o actitud debidos.

### **Presunción de inexistencia de la obligación:**

Es el principio que rige el sistema. No estaba expresamente establecido en el Código de Vélez. Se derivaba del principio de que no hay obligación sin causa.

### **Naturaleza jurídica:**

Es la calidad característica central. Se han dado diversas caracterizaciones de la obligación, lo que llevó a que a lo largo de los años no sea pacífica la naturaleza jurídica aceptada por todos los sistemas normativos. Podemos afirmar que hubo una clara evolución que fue humanizando el concepto y la acepción de la obligación.

***Concepción subjetiva: Potestad del acreedor.***

Tiene en cuenta sólo la posición del acreedor. Es la que finalmente concibieron Windscheid y Savigny pero tiene un claro origen en el primitivo Derecho Romano. Se trata de un Poder de la voluntad. Es un señorío sobre los actos del deudor (así como el derecho real otorga un señorío sobre las cosas, el derecho personal otorga un señorío sobre las personas).

La crítica más importante es conceptual. El deudor es sujeto y no objeto de la relación. A esto puede sumarse además que este concepto deshumaniza totalmente la posición del deudor, lo cual es inaceptable para la condición humana.

***Concepción objetiva: Interés del acreedor.***

Para Ihering, el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido. De allí la concepción del crédito en términos objetivos. Tiende a la satisfacción de un interés privado del acreedor. Pero si no se satisface con la prestación, habrá otros medios que satisfagan dicho interés.

También aquí existe una crítica. Es un avance, pero la mirada es incompleta. Sólo mira al acreedor y la satisfacción de su interés y se desentiende del deudor, de su posición y de su conducta. En realidad la posición y la conducta del deudor no es indiferente para el derecho.

***Concepción apropiada:***

Es la concepción superadora de las otras dos. Se dice que es apropiada porque concibe a la obligación con el carácter fuertemente humanista, propio de estos tiempos. Mira tanto al acreedor como al deudor. Es una concepción bipolar. Ve un deber jurídico y la contracara que es un derecho subjetivo. Por lo tanto hay una doble relación: Deuda y Responsabilidad.

*Relación de Deuda:* El deudor tiene el deber jurídico de realizar la prestación. El acreedor debe colaborar y el deudor puede, incluso, hacer el pago por consignación.

Si el deudor paga, el pago es debido y no corresponde su repetición.

*Relación de Responsabilidad:* El acreedor asume una actitud activa. Tiene la facultad de emplear las vías legales para lograr la ejecución específica (ejecución forzada o ejecución por otro) o bien reclamar una indemnización.

En la relación de deuda hay una expectativa a la prestación.

En la relación de responsabilidad hay una expectativa a la satisfacción.

**Deuda sin responsabilidad:** Caso de la Obligación Natural: En este caso, hay un vínculo por vía de excepción, pero no por vía de acción. Ej: Obligación prescripta. Obligación no reconocida en juicio.

Se fundan en el derecho natural y en la equidad.

### **Cómo tratan el tema las legislaciones:**

Sistema francés: Acepta la noción de obligación natural, aunque la trata incidentalmente.

Sistema alemán: No acepta la noción de una obligación natural. Se refiere a deberes morales o motivos éticos o de decoro.

*Doctrina negativa de la obligación natural:*  
Entiende que no es una verdadera obligación, por no ser coercible.

*Doctrina afirmativa de la obligación natural:*  
Esta concepción, por el contrario, entiende que están todos los elementos de la obligación: Sujetos (acreedor y deudor), Objeto, contenido, vínculo (aunque este sólo por vía de excepción), causa fuente y causa fin.

*Teoría predominante:* Son deberes morales o de conciencia, pero no están circunscriptos solamente al terreno moral, sino que han penetrado en el campo jurídico, otorgándole ciertos efectos.

El deber de conciencia es mucho más amplio que la obligación natural, pues pueden no estar alguno de sus elementos, como la prestación o la causa. Ej.: Caridad.

La obligación natural es una verdadera obligación, con todos sus elementos. Sólo que el vínculo es por vía de excepción. El deber moral o de conciencia es mucho más amplio. No hace falta que estén todos los elementos de la obligación natural. Toda obligación natural es un deber moral o de conciencia. Pero no todo deber de conciencia configura una obligación natural.

## **Comparaciones entre**

### **Derechos Personales y Derechos Reales**

Patrimonialidad	Patrimonialidad
Relativos	Absolutos
Alteridad (bilateralidad)	Rel. Directa e inmediata c/ la cosa
Autonomía de la voluntad creadora	<i>Numerus clausus</i>
Temporalidad	Perpetuidad

## Elementos de las Obligaciones

**Sujetos:** Son dos. El Acreedor y el Deudor. Puede ser una persona física o una persona jurídica, en cualquiera de los casos. Si se trata de una Persona física, debe tener capacidad para otorgar actos lícitos. Si se trata de una Persona jurídica, estas se rigen por el objeto social (no pueden otorgar actos notoriamente extraños a él).

Los sujetos pueden ser singular o plural. Es decir, uno o varios acreedores y/o uno o varios deudores.

**Objeto:** El qué de la relación. Aquello apetecible por el acreedor, sobre lo que recae su interés.

**Contenido:** Es el comportamiento del deudor tendiente a satisfacer el interés del acreedor.

Debe ser lícito, posible, determinado (o determinable) y patrimonial.

Es la prestación que consiste en un dar, hacer o no hacer.

**Vínculo:** Es la sujeción del deudor a los poderes del acreedor. Son poderes de agresión patrimonial (en el Derecho Romano Clásico recaían sobre la persona del deudor).

Se manifiesta de acuerdo con las siguientes posibilidades:

-Da derecho a una acción del acreedor para ejecutar el patrimonio del deudor

-Da derecho a oponer una excepción en caso de cumplimiento y pretender luego el deudor la devolución (repetición).

**Causa Fuente:** Es todo hecho dotado de virtualidad suficiente para establecer la obligación. En el art. 499 del Código Civil de Vélez Sarsfield se establecía que no hay obligación sin causa. Es decir, sin que sea derivada de un acto lícito o ilícito, de las relaciones de familia o de las relaciones civiles.

La clasificación clásica de las Causas fuente de la obligación es cuatripartita:

Contratos

Cuasicontratos

Delitos

Cuasidelitos

Algunos autores agregan, a su vez, la ley.

**Causa Fin:** La Teoría de la Causa ha tenido un enorme desarrollo en la filosofía. Desde Aristóteles podemos afirmar que se establecen cuatro causas en toda acción humana y también en toda acción de la naturaleza. La causa formal se refiere a la forma que adquiere un objeto o un proceso, la causa material se refiere al sustrato del que está hecho, a la materia; la causa fuente o eficiente se refiere a cuál es el hecho o el sujeto productor de una consecuencia y la causa final se refiere al “para qué” se ejecuta esa acción u ocurre ese hecho. Es clásico el ejemplo de la estatua, en donde Aristóteles establece que cuando un escultor toma un mármol y lo transforma en una estatua, se pueden reconocer cuatro causas que la producen. La causa formal es la forma que adquiere el mármol. La causa material es precisamente la materia por la que está constituido. La causa fuente o eficiente es el brazo del escultor, y la causa final es la idea del escultor, Es decir, para qué esculpe esa estatua.

Del mismo modo que una escultura, Aristóteles entendía que los hechos de la naturaleza también tenían cuatro causas. Por ejemplo la lluvia, como hecho natural, reconoce cuatro causas. La formal es el agua que adopta forma de gotas, la material es la composición del agua, es decir H<sub>2</sub>O. La causa eficiente es el proceso de condensación del agua. Pero además existe una causa final: llueve para que se rieguen los campos, crezcan los pastos y se alimenten los animales. De ese modo la especie humana puede continuarse, lo cual sería imposible sin la lluvia.

En la Teoría de la Obligaciones, se reprodujo esta idea de las diversas causas, pero se centró en la causa fuente y en la causa final. No existen dudas acerca de la existencia de la causa fuente, pues no puede concebirse que un sujeto esté obligado sin que pueda derivarse de ningún hecho. Toda obligación, por naturaleza, debe reconocer una causa que la crea. Pero sí se discutió arduamente la existencia de una causa fin en las obligaciones. ¿Es la causa final o finalidad un elemento de las obligaciones? ¿O es un elemento del acto generador de la obligación? ¿O no lo es en absoluto?

Aparecen así diversas concepciones a lo largo del tiempo. Son los llamados Causalismo, Anticausalismo y Neocausalismo.

*Causalismo:* Se desarrolló a partir de los autores franceses Domat y Pothier. El causalismo separa la causa de las motivaciones individuales de las partes. La causa, vacía de contenido, es un elemento de la obligación nacida de un acto lícito.

*Anticausalismo:* Un jurista belga, llamado Ernst fue quien desarrolló esta teoría. Entendió que

la noción de causa fin es superflua y se identifica con el objeto. Esto se ve con claridad en los contratos bilaterales. Por ejemplo en la compraventa, una parte se obliga a entregar un precio a cambio de una cosa. Por lo tanto la finalidad de uno de los contratantes, en nuestro caso la cosa adquirida, es el objeto para el cocontratante. Y desde el otro punto de vista, el precio que se obliga a pagar una de los contratantes y por lo tanto, el objeto de su obligación, es la finalidad por la cual se obliga el otro cocontratante a entregar la cosa.

*Neocausalismo:* Es la teoría superadora. Se plantea una pregunta fundamental y muy apropiada a la situación. Una cosa es qué debo y la otra es por qué me obligo. La causa fin integra el fenómeno de la volición. Las motivaciones individuales valen para esta tesis, en tanto sean exteriorizadas o sean conocibles. Ej. Locación de balcones para ver desfilas el rey. Una parte se obliga a pagar un precio para alquilar balcones para ver desfilas un rey durante su coronación. Si finalmente el rey enferma y no desfila, carece de causa fin la obligación de pagar ese alquiler.

El Código Civil de Vélez Sarsfield estableció en el art. 502 que la Obligación fundada en causa ilícita es de ningún efecto. Lo es cuando está en contra de las leyes o del orden público.

Se discutía cuál tesis tomó el código. (Llamabas era Anticausalista. También Ameal). Borda era Causalista. También Alterini y la mayoría de la doctrina nacional. Pero la causa fin no estaba en la obligación sino en el acto generador.

## **Reconocimiento de Obligaciones**

Para el Código Civil de Vélez Sarsfield es la declaración por la cual una persona reconoce que está sometida a una obligación.

Es tautológica. Pero toma partido por uno de los dos sistemas:

*Sistema francés:* Es Declarativo (debe existir una obligación anterior).

*Sistema alemán:* Es Constitutivo: Puede ser abstracto y no debe necesariamente existir una obligación anterior.

Para el Código Civil de Vélez Sarsfield se trataba de un acto jurídico

- Unilateral
- Declarativo
- Irrevocable.

## **Efectos de las Obligaciones:**

Son las consecuencias de las obligaciones. Podemos distinguir entre los efectos con relación al acreedor y los efectos con relación al deudor.

A) Con relación al Acreedor:

Principales: -Pago

- Ejecución forzada
- Ejecución por otro
- Indemnización

Auxiliares: -Medidas precautorias (embargo, inhibición, etc.)

-Acciones de Integración y deslinde del patrimonio (revocatoria, subrogatoria, de simulación y de separación de patrimonios)

B) Con relación al Deudor que paga: -Liberación  
-Rechazo de las acciones del acreedor.

*El Pago*: Es el cumplimiento exacto y espontáneo de la obligación. Satisface la expectativa a la prestación.

*La Ejecución específica* es la Ejecución forzada y ejecución por otro.

Modos de hacerla efectiva:

Compulsión personal: -Prisión por deudas. Es el hecho de que el deudor, por sólo serlo, pueda ir a prisión. Ej. Ordenanza Procesal Alemana.

-Contempt of Court.  
Es la desobediencia o menosprecio al tribunal. Existe en el Derecho anglosajón. Se traduce en una Sanción Disciplinaria de arresto frente a la desobediencia o menosprecio al tribunal que ordena pagar.

-Multas civiles. Es la Sanción civil represiva o retributiva: Puede ser legal, convencional o judicial.

a) Legales: La multa la fija la ley, cuando se produce una situación que se define como presupuesto para su aplicación. Un ejemplo muy actual es la multa que se establece por falta de registración laboral.

b) Convencionales: Es el caso de la Cláusula penal.

c) Judiciales: Es la multa que pena la inconducta procesal maliciosa, impuesta por los jueces.

*Ejecución forzada*: Consiste en emplear los medios legales a fin de que el deudor le provea aquello a que se ha obligado.

*Limitaciones*: Obligaciones de dar: La cosa debe existir, debe estar en el patrimonio del deudor y el deudor debe tener la posesión de la cosa. Si se dan los tres, se puede ejercer violencia (legal): Caso de desalojo para restituir al dueño.

Obligaciones de hacer y de no hacer: No se puede ejercer violencia sobre la persona del deudor.

*Astreintes*: Condenaciones conminatorias de carácter pecuniario que los jueces imponen a quien no cumple un deber jurídico impuesto por una resolución judicial.

Es un medio de compulsión del deudor. La multa se aplica sobre una conducta ya obrada. Las Astreintes se fijan hacia el futuro, para vencer la resistencia de quien incumple una orden de un juez.

Tampoco es una indemnización, porque se independiza totalmente de la cuantía del daño. Mira más el patrimonio del deudor o de quien se le imponen las astreintes.

Caracteres: Discrecionales  
Provisionales  
Conminatorias  
Pecuniarias  
Ejecutables  
Pronunciables a favor del acreedor y a su pedido  
Aplicables al deudor o a un tercero

*Ejecución por otro:* También satisface su interés el acreedor. No procede en las obligaciones de dar cosas ciertas; en las obligaciones de hacer *in tuito personae* y en las obligaciones de no hacer.

### **Responsabilidad por el hecho de otro**

En principio, los efectos de las obligaciones son para las partes. Pero hay casos en que se pueden hacer estipulaciones a favor de terceros. Y también hay casos en que la ley asigna responsabilidad a quien, sin haber obrado el acto que causa el daño, debe indemnizarlo por su particular relación con quien lo causa:

Hechos de los dependientes por los que responde el principal.

Hechos de los menores por los que responden sus padres o a quienes se les delega el ejercicio de la responsabilidad parental.

Teorías subjetivas: Culpa *in vigilando* o culpa *in eligendo*.

Teorías objetivas: Por introducir en la sociedad la posibilidad de que el dependiente cause daños

(riesgo creado) o por servirse de ese dependiente que le dará un beneficio (riesgo provecho).

Teorías normativas: Expresan que por una parte hay un deudor y por la otra hay un responsable determinado por la ley.

El damnificado tiene acción contra el autor y contra el civilmente responsable. El principal tiene acción de repetición.

En el caso de los dependientes: El fundamento del deber de responder es objetivo e inexcusable. Debe haber un hecho ilícito imputable al dependiente, una relación de dependencia y el daño debe ser causado en ejercicio o en ocasión de sus funciones.

En el caso de los incapaces, el fundamento es subjetivo: Se basa en la culpa *in vigilando* y admite prueba en contrario.

## **REFORMA**

Seguidamente se analizará el impacto que ha tenido la sanción del Código Civil y Comercial en las instituciones de Derecho de Obligaciones.

El art. 724 da una definición de obligaciones. Es la misma definición ya adoptada por la doctrina. Denota la naturaleza jurídica de relación de deuda y relación de responsabilidad. Nos entrega ciertos elementos de la obligación, como los sujetos, el objeto, el contenido y el vínculo.

El art. 725 nos da los Requisitos de la prestación: Lícita, posible, determinada y patrimonial.

El art. 726 legisla sobre la Causa: Se refiere a la causa fuente.

Por su parte el art. 281 (referido a actos jurídicos): Se legisla sobre la causa final. Adopta la tesis neocausalista.

El art. 727 se refiere a la prueba de la existencia de la obligación: Establece expresamente que la existencia de la obligación no se presume.

El art. 728 se refiere al Deber moral. Desaparece en el código la categoría de obligación natural. Se la subsume en una categoría más amplia que es el deber moral, con idéntico efecto (no se puede repetir lo pagado). Por eso ya no estará la clasificación entre obligaciones civiles y naturales.

El art 729: Introduce el requisito de la buena fe en la actuación de acreedor y deudor. Parecería que corresponde a la parte general de los contratos.

El art. 730: Se refiere a los Efectos con relación al acreedor. Retoma el art. 505 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

Con respecto a las Astreintes, se debe hacer la salvedad de que, cuando se trata de mandato a las autoridades públicas, se rige por el derecho administrativo (art. 804)

El art. 731 se refiere a los efectos con relación al deudor. Los incorpora.

El art. 732 refiere a la responsabilidad por los hechos de los dependientes. Estaría mejor ubicado en la parte de responsabilidad. Lo analizaremos allí.

El art. 733 se refiere al Reconocimiento de la Obligación: Acá se toma la tesis del reconocimiento declarativo.

El art. 734 admite también el reconocimiento constitutivo.

El art 735 se refiere al reconocimiento causal. Es el reconocimiento declarativo. Debe respetar el título originario si no hubiera una nueva y lícita causa de deber.

# **ACCIONES Y GARANTÍA COMÚN DE LOS ACREEDORES**

## **ACCIONES DIRECTAS**

Es la que compete al acreedor para percibir lo que un tercero le debe a su deudor.

El fundamento es el enriquecimiento sin causa. Se ve en materia de subcontratos:

El locador puede accionar directamente contra el subinquilino por los alquileres que no le paga a su inquilino. De este modo se evita que el inquilino y a su vez sublocador se enriquezca usando y gozando de la cosa y a su vez subarrendándola y cobrando los subalquileres al subinquilino sin pagarle los alquileres al propietario.

### *Caracteres*

- Es un medio de ejecución. El acreedor obtiene directamente lo que el tercero debe a su deudor, sin pasar por el patrimonio de éste. Es lo que se llama “embargo del crédito” y es a su vez, la diferencia con la acción subrogatoria, en la que lo que se obtiene entra en el patrimonio del deudor.
- Es una vía excepcional. La concede la ley por ser una restricción al principio del carácter relativo de la relación obligacional que se ciñe a acreedor y deudor.

### *Condiciones de ejercicio:*

- Crédito exigible
- Deuda correlativa

- Deudas homogéneas (por ejemplo ambas deben ser de dinero).

- Que estén ambos créditos disponibles. Es decir que no haya sido embargado ninguno de ellos.

- No es necesario citar al deudor en el proceso contra el tercero. Esto que en doctrina integra las condiciones de la acción directa típica no es lo que resolvió el nuevo Código Civil y Comercial. Aquí se dispuso que debe citarse al deudor en el proceso contra el tercero.

*Efectos:* Con respecto al Acreedor: Tiene acción contra el tercero sometida a un doble tope. No puede percibir más que lo que su propio deudor le debe a él ni tampoco más que lo que el tercero le debe a su deudor.

Además, la acción directa produce el embargo del crédito a favor del acreedor que acciona, de modo que lo que obtiene del tercero entra en el patrimonio del acreedor.

Es decir, ejerce la acción en provecho propio. Es la diferencia con la acción subrogatoria en la que lo que obtienen pasa al patrimonio del deudor. Es en provecho de este e indirectamente de la totalidad de los acreedores de este ya que el patrimonio es la prenda (garantía) común de los acreedores.

Con respecto al deudor: Se libera en la medida del pago efectuado por el tercero.

Con respecto al tercero: Puede oponer todas las defensas que le competirían contra el deudor (que es su propio acreedor) y contra el acreedor (que es el demandante).

*Casos:* -Sublocación de cosas

-Sublocación de obra

-Abogado vencedor en costas

-Caso de citación en garantía del asegurador. Es una acción directa atípica pues se debe demandar al causante del daño. En la acción directa típica, esta demanda es innecesaria.

### **Reforma**

Sistematiza la acción directa. Anteriormente, sólo se ocupaba la doctrina de sistematizarla y la ley la otorgaba directamente en ciertos casos excepcionales, en los que permitía accionar de manera directa contra el deudor del deudor.

Dispone que siempre debe citarse al deudor en juicio (art. 737. Inc.e).

Es decir, se inclina por la acción directa atípica.

# ACCIÓN SUBROGATORIA

## *Concepto:*

También llamada acción indirecta, oblicua o refleja, es la acción que se le otorga a un acreedor para ejercer judicialmente los derechos patrimoniales de su deudor, si éste es renuente en ejercerlos, y como consecuencia de dicha omisión perjudica a su acreedor.

En el caso de que una persona no ejerza sus derechos contra sus deudores, sea por cualquier causa (desinterés, generosidad, amistad, etc.), en la medida en que sea solvente no hay perjuicio a los acreedores. Pero, en caso contrario, la acción subrogatoria permite a un acreedor sustituir a su deudor, para reclamar al deudor de éste, tanto en créditos de fuente contractual como en los de origen extracontractual.

Su origen se remonta al derecho francés que difundió la máxima “el deudor de mi deudor es mi deudor”.

En síntesis, la acción subrogatoria permite que el acreedor pueda colocarse en el lugar de su deudor inactivo (subrogar) para reclamar un crédito que éste posee con un tercero, salvo los derechos que sean inherentes a la persona del deudor (ej. daño moral o acciones vinculadas con el Derecho de Familia, como las acciones de estado, etc.), y su fundamento radica en el principio de la garantía común de los acreedores.

## *Requisitos:*

- a) La titularidad de un crédito cierto, sea o no exigible (el acreedor que pretende ejercer los derechos patrimoniales de su deudor debe ser titular de un crédito aunque no sea exigible).
- b) La inacción del deudor que es fundamental (se debe

demostrar que el deudor no ejerce sus derechos y, por lo tanto, que existe una inactividad que justifica que el acreedor se subrogue en sus derechos).

- c) El perjuicio del acreedor (se debe tener un interés legítimo en accionar; por ejemplo, si el deudor es solvente y tiene otros bienes no se acredita el perjuicio del acreedor).

En el Código Civil de Vélez Sarsfield se la regulaba en el artículo 1196, al establecer que “los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, con excepción de los que sean inherentes a su persona”.

### **Reforma:**

En el nuevo Código Civil se regula esta acción en los artículos 739 a 742.

El artículo 739 establece las condiciones para su ejercicio de una manera clara (titularidad de un crédito, inacción del deudor y perjuicio del acreedor). Además, dispone que el acreedor no goza de preferencia alguna sobre los bienes obtenidos por este medio, lo que resulta importante porque los bienes que ingresen al patrimonio del deudor quedan expuestos al ejercicio de los derechos de todos los acreedores.

El nuevo artículo 740 regula el aspecto procesal: que el deudor debe ser citado para que comparezca en el juicio, cuestión no regulada en el anterior Código sino en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (arts. 111 a 114).

La citación es criticada por alguna doctrina pero permite que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada le sea oponible al deudor subrogado.

A su vez, el artículo 741 dispone los derechos excluidos de la acción subrogatoria, lo que tampoco era regulado en el régimen anterior (los derechos y acciones que por su naturaleza

sólo pueden ser ejercidos por su titular; los derechos y acciones sustraídos de la garantía colectiva de los acreedores y las meras facultades, excepto que de su ejercicio pueda resultar una mejora en la situación patrimonial del deudor).

Por último, en su artículo 742 se establecen las defensas oponibles, lo que es una novedosa inclusión de la normativa. Frente a la demanda de un acreedor subrogado, se le permite al deudor oponer todas las defensas que correspondan contra su acreedor originario.

También se permite al deudor interponer excepciones o causas de extinción a la demanda, aun cuando provengan de hechos posteriores a ésta, siempre que no sean en fraude de los derechos del acreedor, lo que consideramos totalmente novedoso y permite una interpretación uniforme al respecto.

# GARANTÍA COMÚN DE LOS ACREEDORES

## *Concepto:*

Tradicionalmente se ha considerado que el patrimonio del deudor es la garantía común de los acreedores, principio general que no se encontraba enunciado en ningún artículo del Código Civil de Vélez Sarsfield, pero que surgía de diferentes normas que permitían agredir los bienes del deudor ante el incumplimiento de una obligación.

El artículo 505 en su inc. 3° del Código Civil de Vélez Sarsfield permite al acreedor ante el incumplimiento de su deudor obtener “*las indemnizaciones correspondientes*”. En cuyo caso el deudor responderá con su patrimonio (art. 2312 del mismo Código).

Otro supuesto es el de las acciones reparadoras (simulación, revocatoria y subrogatoria) que tienen fundamento en el patrimonio del deudor como garantía común de los acreedores.

En definitiva, el principio por el cual la universalidad de los bienes del deudor constituye una garantía común para todos los acreedores, se relaciona plenamente con el carácter patrimonial que distingue al derecho de las obligaciones civiles y comerciales.

## *Límites:*

Como todo principio general, existen excepciones, ya que no todos los bienes del deudor son susceptibles de ser ejecutados, ni alcanza a todos los acreedores por igual, ya que los privilegiados tienen preferencia en el cobro sobre los quirografarios.

## **Reforma:**

En el régimen del nuevo Código se establece que todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que el nuevo Código o leyes especiales declaran inembargables o inejecutables (art. 242); son ejecutables tanto los bienes presentes como los futuros del deudor, pudiendo el acreedor exigir la venta judicial pero sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito (art. 743).

De esta manera se determina el principio general mencionado, y la posibilidad de que los bienes del deudor puedan ser ejecutados por los acreedores de manera igualitaria, salvo disposición en contrario, limitando la facultad de ejecución para impedir la utilización abusiva.

En el nuevo artículo 744 se mencionan todos los supuestos, reconocidos por la jurisprudencia y la doctrina, de bienes que se encuentran excluidos de la garantía común:

- a) Las ropas, muebles de uso indispensable del deudor, de su cónyuge o conviviente, y de sus hijos.
- b) Los instrumentos necesarios para el ejercicio personal de la profesión, arte u oficio del deudor.
- c) Los sepulcros afectados a su destino, excepto que se reclame su precio de venta, construcción o reparación.
- d) Los bienes afectados a cualquier religión reconocida por el Estado.
- e) Los derechos de usufructo, uso y habitación, así como las servidumbres prediales, que sólo pueden ejecutarse en los términos de los artículos 2144, 2157 y 2178.
- f) Las indemnizaciones que correspondan al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica.
- g) La indemnización por alimentos que corresponde al cónyuge, al conviviente y a los hijos con derecho alimentario, en caso de homicidio.

- h) Los demás bienes declarados inembargables o excluidos por otras leyes.

El fundamento de la exclusión de estos bienes de la garantía común es por razones de interés público asegurar condiciones mínimas de subsistencia o por encontrarse comprometida la dignidad humana, tanto del deudor como de su grupo familiar.

El listado claramente no es taxativo sino enunciativo y, en cada caso, el juez deberá indagar el alcance de la inembargabilidad.

Se advierte la inclusión de las indemnizaciones que correspondan al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica, como un ítem novedoso y altamente plausible.

Si bien alguna doctrina propiciaba la inembargabilidad, lo cierto es que la inclusión legal le otorga una jerarquía superior y con una clara noción de justicia; lo contrario implica que, si una persona sufre daño moral o material derivado de lesiones a su integridad psicofísica, luego de percibir la indemnización, esta pueda ser embargada y ejecutada por un acreedor con origen en otra causa.

Por último, el artículo 745 establece la prioridad del primer acreedor que embarga los bienes del deudor para percibir su crédito, quedando el resto de los acreedores sujetos al remanente de la ejecución.

Esta solución ya se encontraba regulada en el artículo 218 del Código Procesal Civil y Comercial, y no en el Código de Fondo, y otorga una respuesta en los casos en que existan varios embargos trabados sobre un mismo bien. No es un privilegio en el crédito, sino solo una preferencia a ser pagado en primer término, que adquiere el primer embargante.

## CLASES DE OBLIGACIONES

La doctrina da varias clasificaciones de obligaciones. El Código Civil de Vélez Sarsfield daba una clasificación extensa y detallada, aunque no asumía todas las clasificaciones posibles de las obligaciones. Es decir, no obstante caer muchas veces en una casuística, no agotaba el tema.

El nuevo código se inclina por una clasificación simple. Deja de lado algunas de las clasificaciones anteriores (como por ejemplo, la clasificación entre obligaciones civiles y naturales), pero pretende centrarse en las clasificaciones que sean de utilidad para el juzgador. Asimismo, trae como novedad la legislación sobre obligaciones concurrentes que serán tratadas especialmente, modifica algunos regímenes como el de las obligaciones en moneda extranjera del que también nos ocuparemos *in extenso* y adopta los siguientes criterios, en base a los elementos de las obligaciones.

### ***Por la naturaleza de la prestación:***

#### *Obligaciones de dar* (art. 746/749).

Las obligaciones de dar conllevan como prestación un hecho positivo, del mismo modo que las de hacer. Las de no hacer, por el contrario, importan un hecho negativo. El Código Civil y Comercial ha decidido dar normas generales a la obligación de dar, sin hacer una definición.

El art. 746 establece los efectos. El deudor de una cosa cierta está obligado a conservarla en el mismo estado en que se encontraba cuando contrajo la obligación, y entregarla con sus accesorios, aunque hayan sido momentáneamente separados de ella.

El art. 747 regula la entrega, que es precisamente el cumplimiento de la obligación de dar. Cualquiera de las partes tiene derecho a requerir la inspección de la cosa en el acto de su entrega. La recepción de la cosa por el acreedor hace presumir la inexistencia de vicios aparentes y la calidad adecuada de la cosa, sin perjuicio de lo dispuesto sobre la obligación de saneamiento.

El art. 748 regula la entrega de cosa mueble cerrada o bajo cubierta. Cuando se entrega una cosa mueble bajo cubierta y sin inspeccionar al tiempo de la tradición, el acreedor tiene un plazo de caducidad de tres días desde la recepción para reclamar por defectos de cantidad, calidad o vicios aparentes. Se trata de una norma muy imbuida de los derechos del consumidor en general. Una situación muy corriente en la compraventa de productos para consumo, especialmente lo que se denominan productos de consumo durable como los electrodomésticos.

El art. 749 legisla sobre la obligación de dar cosas ciertas para transferir el uso o la tenencia. En ese caso se aplicará lo normado en los títulos especiales.

A su vez, las obligaciones de dar pueden clasificarse en: Obligaciones de dar para constituir derechos reales (750/758) y Obligaciones de dar para restituir al dueño (759/761).

#### *Obligación de dar cosa cierta para constituir derechos reales.*

El art. 750 regula la tradición. El acreedor no adquiere ningún derecho real sobre la cosa antes de la tradición, excepto disposición legal en contrario. Sigue la más pura idea romanista, en donde la tradición es uno de los elementos necesarios para constituir un derecho real.

A partir del art. 751 y hasta el 753 se establece el régimen de mejoras. El 751 se refiere al concepto y clases de mejoras. Define mejora como el aumento del valor intrínseco de la cosa. Las mejoras pueden ser naturales o artificiales. Las artificiales, provenientes del hecho del hombre, se clasifican en necesarias, útiles y de mero lujo, recreo o suntuarias.

El art. 752 se refiere a los efectos de la mejora natural. La misma autoriza al deudor, que debe entregar al acreedor la cosa cierta, a exigir un mayor valor. Si el acreedor no lo acepta, la obligación queda extinguida, sin responsabilidad para ninguna de las partes. Es el caso de la ampliación de la superficie de un terreno por aluvión.

El art. 753 regula las mejoras artificiales, es decir las provenientes por un hecho del hombre. Aquí el deudor está obligado a realizar las mejoras necesarias, sin derecho a percibir su valor. No tiene derecho a percibir indemnización por las mejoras útiles ni por las de mero lujo recreo o suntuarias, pero puede retirarlas en tanto no deterioren la cosa. Es este el caso del obligado a entregar una cosa inmueble en la escritura, que decide retirar ciertos ornamentos (una araña de iluminación, por ejemplo) o aun una caldera que es una mejora útil a la cosa. Puede hacerlo, siempre que no dañe la cosa que debe entregar.

El art. 754 regula el régimen de los frutos. La fecha que marca la divisoria de aguas aquí es la de la tradición (muchas veces coincide con la entrega de la posesión). Hasta el día de la tradición los frutos percibidos le pertenecen al deudor; a partir de esa fecha los frutos devengados y no percibidos le corresponden al acreedor.

El art. 755 reproduce normas generales sobre los riesgos de la cosa. El propietario soporta los riesgos de la cosa. Los casos de deterioro o pérdida, con o sin culpa, se rigen por

lo dispuesto sobre imposibilidad de cumplimiento. Es decir, debe tratarse de una imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación. Y además debe haber sido producida por caso fortuito o fuerza mayor. En ese caso se extingue la obligación. Porque si esa imposibilidad sobreviene por causas imputables al deudor, éste debe pagar indemnización. Del mismo modo, cuando la imposibilidad con las mismas características es temporaria, tiene el mismo efecto extintivo cuando el plazo es esencial o cuando hace que el acreedor carezca de interés de modo irreversible.

El art. 756 se refiere a la concurrencia de varios acreedores de buena fe y a título oneroso al reclamo de bienes inmuebles. En ese caso tiene mejor derecho: a) El que tiene emplazamiento registral y tradición; b) El que ha recibido la tradición; c) El que tiene emplazamiento registral precedente y d) En los demás supuestos, el que tiene título de fecha cierta anterior.

El art. 757 regula la concurrencia de varios acreedores de buena fe y a título oneroso pero en este caso de bienes muebles. En este caso tiene mejor derecho: a) El que tiene emplazamiento registral precedente, si se trata de bienes muebles registrables; b) El que ha recibido la tradición, si no fuese registrable; c) en los demás supuestos, el que tiene título de fecha cierta anterior.

El art. 758 establece que el acreedor de buena fe que resulta frustrado en sus derechos conserva la acción de daños y perjuicios contra el deudor.

### *Obligaciones de dar para restituir*

El art. 759 establece la regla general: En la obligación de dar para restituir, el deudor debe entregar la cosa al acreedor, quien por su parte puede exigirla. Si quien debe restituir

se obligó a entregar la cosa a más de un acreedor, el deudor debe entregarla al dueño, previa citación fehaciente a los otros que la hayan pretendido.

El art. 760 se refiere a la entrega de la cosa a quien no es propietario, en el caso de bienes muebles no registrables. En ese caso, con relación a terceros, cuando el deudor hace, a título oneroso, tradición de la cosa a otro por transferencia o constitución de prenda, el acreedor no tiene derecho contra los poseedores de buena fe, salvo que la cosa fuera robada o perdida. Sí tiene siempre derecho contra los poseedores de mala fe.

El art. 761 se refiere a la entrega de la cosa a quien no es propietario en el caso de bienes registrables, sean muebles o inmuebles. Aquí el acreedor tiene acción real contra terceros que sobre ella aparentemente adquirieron derechos reales, o que la tengan en su posesión por cualquier contrato hecho con el deudor.

#### *Obligaciones de hacer y de no hacer (Art. 773/778).*

Las obligaciones de hacer también importan un hecho positivo, pero a diferencia de las obligaciones de dar, las obligaciones de hacer dicho hecho consisten en una actividad, no ya en la entrega de una cosa. Por su parte, las obligaciones de no hacer tienen como prestación un hecho negativo.

El Código las regula a partir del art. 773. Allí el concepto de la obligación de hacer es aquella cuyo objeto consiste en la prestación de un servicio o en la realización de un hecho, en el tiempo, lugar y modo acordado por las partes.

El art. 774 precisa en qué consiste la prestación de un servicio. Puede consistir: a) En realizar una actividad con

la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen los buenos oficios o aplicar los mejores esfuerzos están incluidas aquí. b) En procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia. c) En procurar al acreedor el resultado eficaz prometido. En esta disposición está comprendida la cláusula “llave en mano” o “producto en mano”.

Si el resultado prometido consiste en una cosa, para su entrega se aplican las reglas de las obligaciones de dar cosas ciertas para constituir derechos reales.

El art. 775 se refiere a la realización de un hecho, es decir un *opus*. Aquí el deudor debe cumplirlo en tiempo y modo acordes con la intención de las partes o con la índole de la obligación. Si lo hace de otra manera, la prestación se tiene por incumplida y el acreedor puede exigir la destrucción de lo mal hecho, siempre que tal exigencia no sea abusiva.

El art. 776 se refiere a la incorporación de terceros. La regla es que se puede ejecutar la prestación por terceros, salvo que se trate de *obligaciones in tuito personae* porque así se ha convenido o por la naturaleza de la obligación o por las circunstancias del caso. En los contratos que suponen una confianza especial, se presume que se trata de *obligaciones in tuito personae*.

El art. 777 se refiere a la ejecución forzada. Sigue las reglas de los efectos de las obligaciones con relación al acreedor. Puede exigir: a) el cumplimiento específico; b) hacerlo cumplir por terceros a costa del deudor; c) reclamar los daños y perjuicios.

El art. 778 conceptualiza la obligación de no hacer como aquella que tiene por objeto una abstención del deudor o tolerar una actividad ajena. Su incumplimiento imputable permite reclamar la destrucción física de lo hecho y los daños y perjuicios.

### ***Por la determinación de la prestación***

Puede tratarse de obligaciones de dar cosas ciertas y cosas inciertas. Estas últimas pueden ser obligaciones de género (art. 762/763) u obligaciones de dinero (art. 765/772).

#### *Obligaciones de género*

El art. 762 las define como las que recaen sobre cosas determinadas sólo por su especie y cantidad. Por ejemplo, un Quintal de Soja.

Las cosas debidas en una obligación de género deben ser individualizadas. La elección corresponde al deudor, excepto que lo contrario resulte de la convención de las partes. La elección debe recaer sobre cosa de calidad media, y puede ser hecha mediante manifestación de voluntad expresa o tácita.

El art. 763 expresa que antes de la individualización, el caso fortuito no libera al deudor. Después de hecha la elección se aplican las reglas sobre la obligación de dar cosas ciertas.

El art. 764 establece que estas normas se aplican también a los bienes que no son cosas.

#### *Obligaciones de dar dinero*

La obligación es de dar dinero cuando desde su mismo nacimiento el deudor está obligado a entregar una determinada cantidad de moneda.

Tuvieron siempre un régimen legal específico, pero subsidiariamente también se les aplicó el régimen de las obligaciones de género o de dar cantidades de cosas, pero sólo en aquellos preceptos en que sean compatibles.

El dinero es aquella cosa mueble que se utiliza como medida de valor para toda clase de bienes.

Es la medida general de cambio.

Antiguamente la moneda tenía un valor intrínseco. Se utilizaban distintas cosas como la sal, por ej., hasta metales preciosos.

Luego la comenzó a emitir el Estado a través de metales también con valor intrínseco.

Más tarde se inventó el sistema de encaje. Se prometía la restitución de los valores en depósito a quienes los reclamasen. El dinero era convertible y se denominaba moneda de papel.

Luego, cuando dejó de ser convertible, se pasó al concepto de papel moneda. Se trata sólo de una moneda fiduciaria.

Funciones del dinero: -Medio de cambio

-Medida de valor de los demás bienes.

Caracteres:

-Cosa mueble

-Fungible

-Consumible

-Divisible

-Tiene curso legal: El acreedor no puede rehusarse a recibirla cuando es ofrecida por el deudor en cumplimiento de una obligación.

-Tiene curso forzoso: El que la emite (BCRA) queda dispensado de reembolsar los billetes a la vista con los bienes que lo respalden (es inconvertible).

*Obligaciones en moneda nacional:* Rige el principio nominalista.  $\$1=\$1$  más allá de que su poder adquisitivo se pudo haber depreciado con el tiempo.

*Responsabilidad por incumplimiento:* El deudor moroso debe los intereses. Sean convencionales, legales o judiciales.

*Interés moratorio:* Se deben en razón de la ley cuando se cae en mora (cuando el incumplimiento se hace jurídicamente relevante).

La tasa de interés puede ser: Convencional (punitorio), legal o judicial (moratorio).

*Indemnización suplementaria:* No rige para los incumplimientos culposos. Puede exigirse una sobretasa en caso de incumplimiento doloso.

*La tasa del interés moratorio:* En la década del 90, la CSJN en principio entendió que se trataba de una cuestión federal y aplicó la tasa pasiva. Luego entendió que no era cuestión federal y la dejó librada a los jueces. Es así como los distintos fueros dictaron fallos obligatorios para establecer qué tasa de interés aplicar.

Fuero Comercial: Plenario “La Razón S/Quiebra” Tasa Activa.

Fuero Laboral: Tasa Activa “Libre Destino”.

Fuero Civil: Plenario: Tasa Activa.

## **Intereses**

Son los aumentos paulatinos del capital. En razón del precio del dinero (como si fuera un alquiler) o en razón de un incumplimiento.

Son:

- Legales:                   - Moratorios (en virtud de la mora)
- Retributivos (para mantener incólume el capital adelantado. Ej. el mandatario o el gestor de negocios).

- Voluntarios:    - Compensatorios (precio por el préstamo de dinero)
- Punitivos (cuando se pactan por las partes los intereses moratorios).

Intereses excesivos: Bajo la vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield, se declaraba la nulidad por ser contrarios a la moral y las buenas costumbres o bien cuando eran contrarios a las leyes o al orden público (objeto del contrato -art. 953 C.C.- o bien finalidad de la obligación -art. 502 C.C.-).

También cuando había usura (tipo penal regulado en el art. 175 bis C.P.). Cuando se explotaba la necesidad, ligereza o inexperiencia del deudor (lesión).

### *Anatocismo*

Es la capitalización de los intereses, de modo que se suman al capital y se producen nuevos intereses (interés compuesto).

El Código Civil de Vélez prohibía el anatocismo. Salvo que lo pactaran las partes luego de nacida la obligación o cuando la deuda era liquidada judicialmente y el juez mandara pagarla y el deudor fuere moroso en hacerlo.

El Código de Comercio admitía la capitalización automática de intereses en la cuenta corriente bancaria (cada tres meses), en la cuenta corriente mercantil y en el mutuo mercantil.

A partir de la ley 23.928: El Código Civil dispuso que no se deben intereses de los intereses, salvo:

- Convención de partes, con la periodicidad que se pacte.
- Deuda liquidada judicialmente, el juez la mande pagar y el deudor fuere moroso en hacerlo.
- Son válidos los pactos de capitalización de intereses basados en la evolución periódica de los intereses de plaza.

Además de lo dispuesto, en el Fuero Comercial: El Plenario Calle Guevara y el Plenario Uzal S.A. autoriza a capitalizar los intereses; en los casos en que haya condena a pagar los intereses que cobran los bancos públicos se pueden capitalizar los intereses del mismo modo que lo hace la banca que se toma como referencia.

### *Obligaciones en moneda extranjera*

En el Código Civil de Vélez se las tomaba como de dar cantidades de cosas.

Para la ley 23.928, la obligación en moneda extranjera debe considerarse como de dar sumas de dinero. Por lo tanto debe entregarse en especie la moneda extranjera que se debe.

## **Reforma**

Art. 765: Concepto: La obligación es de dinero cuando el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación.

En caso de moneda extranjera, se considera como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

Art 766: El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada.

Del juego de ambos artículos, se desprende que se trata de una obligación facultativa. Conforme el art. 786 (obligaciones facultativas), el acreedor sólo puede exigir la entrega de moneda extranjera (obligación principal), pero el deudor puede liberarse cumpliendo la obligación accesoria: esto es, entregando moneda local (de curso legal) al tipo de cambio oficial.

La excepción a esta solución la da el nuevo Código al Depósito Bancario. Este contrato se encuentra dentro de los Contratos Bancarios, que como capítulo especial el Código ha decidido regular.

Analizaremos en consecuencia la regulación concerniente a los contratos bancarios, para luego abordar esta excepción a las obligaciones en moneda extranjera. Más tarde, veremos en mayor detalle las obligaciones dinerarias en general.

El CAPÍTULO 12 se titula: Contratos bancarios. En su Sección 1° se establecen las Disposiciones generales.

En el Parágrafo 1° se regula sobre la Transparencia de las condiciones contractuales.

Allí se dispone en el art. 1378, lo siguiente: Aplicación. Las disposiciones relativas a los contratos bancarios previstas en este capítulo se aplican a los celebrados con las entidades comprendidas en la normativa sobre entidades financieras, y con las personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en esa legislación cuando el Banco Central de la República Argentina disponga que dicha normativa les es aplicable.

Esta norma nos lleva a tener en consideración el Régimen legal de las Entidades financieras. Seguidamente se analizará.

## **I. La Economía Bancaria**

### **1. Introducción**

Comenzaremos a introducirnos en el estudio de la dinámica de las entidades financieras, a partir de conocer el funcionamiento del sistema financiero nacional e internacional, el Banco Central de la República Argentina (principal ente rector y de contralor del sistema nacional) y de las distintas entidades financieras autorizadas por ley. No obstante, como una forma más sencilla de abordar el tema, es necesario conocer someramente el funcionamiento de la economía bancaria.

Conforme a lo señalado más arriba, debemos introducirnos en la principal fuente del sistema bancario. El dinero.

Podemos considerar el dinero como un instrumento generalizado en el desenvolvimiento de las sociedades que han alcanzado un importante grado de cultura. Su uso es propio de aquellos grupos que lo utilizan como medida de la organización de los cambios de productos que puedan adquirir

y para pagar los servicios recibidos, estructurándose de este modo la economía en forma monetaria.

Esta economía, tal cual hoy se conoce, comenzó con el trueque de bienes a cambio de otros que pudieran satisfacer necesidades del grupo familiar. Esta situación se extendió hasta que las poblaciones comenzaron a asentarse, produciéndose a partir de allí el proceso de división del trabajo. Dicha división requirió un producto de aceptación común como unidad e instrumento de los cambios. De ese modo, dicha unidad de cuenta fue variando en el tiempo, logrando de ese modo calidades, tamaños y pesos uniformes respecto de los materiales empleados. Este proceso alcanzó un mayor desarrollo a partir del empleo de metales para ser utilizados como moneda, culminando en la actualidad con el uso de moneda inmaterial, basada en el crédito y la confianza, producto de la intervención en la economía de las instituciones bancarias.

De este modo, la función del dinero, y de los bancos y mercados de valores puede ser explicada sencillamente.

En primer lugar, debemos considerar un “aparato” en el que sólo existen dos sectores, empresas y familias, que a su vez son conceptos interrelacionados dado que las familias trabajan en empresas y, a su vez, las empresas pertenecen a familias, pero para simplificarlas consideraremos como dos unidades independientes.

Las unidades familiares prestan trabajo y reciben de las empresas el salario correspondiente, formándose de tal modo una corriente de salario contra dinero. Por otro lado las empresas entregan bienes y servicios a las familias, y los pagan con el dinero que antes habían recibido, conduciéndose así, de retorno.

En esta economía simple podrían producirse dos tipos de alteraciones:

- a) Al disminuir el gasto de la población: En un principio quedaría ociosa una masa monetaria en poder de las familias que no tendría aplicación alguna, de este modo las empresas sufrirían el impacto de la acumulación de bienes sin consumir, reduciendo su producción en razón de la disminución de la demanda, con el consiguiente resultado de familias desocupadas. Estas últimas se verían esforzadas a gastar lo acumulado en forma ociosa. Luego, y como consecuencia, las respectivas demandas de trabajo y bienes, se adecuarían a su nivel y los flujos de fondo se acomodarían al nuevo ritmo.
- b) Al aumentar los gastos de las familias: Disminuyen las reservas (ahorro) de las familias, aumenta el requerimiento de trabajo por las empresas y la producción de bienes, creciendo en consecuencia los flujos de dinero. Debemos tener en claro que la simplicidad de este esquema no basta dado que no sólo hay familias y empresas, sino que es necesario concebir todo un aparato económico con etapas claramente delimitadas de producción, industrialización, comercialización, distribución y consumo.

Como consecuencia de lo explicado más arriba, en manos de las familias queda un remanente (renta no consumida) que constituye el ahorro genuino. A partir de este momento el ahorro se dirige a:

1. Si se busca mantener el ahorro con criterio de liquidez deberá buscarse alguna institución que maneje los

fondos flotantes de la sociedad, es decir que cumpla la función bancaria.

2. En caso de buscar una mayor productividad se deberá participar en empresas en funcionamiento a través de la inversión indirecta de capital, canalizada a través del “mercado de valores”, o bien por la inversión directa, invirtiendo el ahorro en empresas.

De tal modo se determinan dos corrientes en el flujo de dinero: Flotante: ubicado en los bancos; e Inversor: que puede optar entre la inversión directa o indirecta.

## **2. Ley de gravitación de los bancos**

Los bancos son entidades especializadas en el manejo del ahorro flotante; su inversión permite el equilibrio entre las empresas, ya que en las transacciones la entrega de las mercaderías y el pago de los servicios no operan necesariamente en forma simultánea con los cobros de éstos; entonces interviene la banca (gente auxiliar de los negocios) recogiendo el ahorro redundante de algún sector de la economía y volcándolo en otro a fin de que el trabajo social esté integrado.

Esto es así dado que hay plazo entre sectores y velocidades en las ventas y cobros, así como en la colocación de las mercaderías. A fin de subsanar esta situación los bancos -que no forman parte del circuito de producción- atraen el dinero flotante y expulsan el dinero mediante la creación de crédito bancario, con sus préstamos ordinarios.

La acción de dichas fuerzas en oposición, que tienen como centro a la banca, constituyen la “ley de gravitación bancaria”, por lo cual se produce una corriente centrífuga

(hacia afuera) proveniente del banco, para colocar los recursos líquidos que han acumulado y, por otro lado, una corriente centrípeta (hacia adentro) cuando el banco recoge el flujo de ahorro que busca el empleo o seguridad y renta.

Hasta este momento hemos empleado la palabra “banco” en reiteradas oportunidades, pero aún no la hemos definido. Oportuno es, entonces, señalar la definición, independientemente de la definición legal que más adelante veremos en el análisis del régimen legal de las entidades financieras, que nos da Baiocco en su obra *Crédito, bancos y operaciones bancarias* y que dice: “Banco es la empresa cuya actividad habitual y fundamental es actuar entre la oferta y la demanda de crédito, mediante la recepción de depósitos de dinero a la vista o a plazo, por cuenta propia o ajena, y el otorgamiento de medios de pago a terceros, con el ejercicio del crédito, constituyéndose en deudor de aquellos que le proveen fondos y en acreedor de aquellos que las utilizan”.

### **3. Recursos operativos de los bancos**

Al momento de comenzar a operar, los bancos no pueden prescindir de su propio capital, no obstante que luego y al desarrollarse sus negocios, éste resulte una cifra reducida.

Así, para los bancos, tienen mayor importancia los depósitos directos de su clientela, que luego serán “derivados” o “creados” por la misma gestión bancaria. Toda la dinámica bancaria reposa en este mecanismo.

De esta manera, encontramos tres categorías bien tipificadas en los depósitos recibidos por los bancos:

- Caja de ahorros: Se constituye con una pequeña corriente de ahorro genuino de la clase media y de los

grupos inferiores de la subsiguiente clase que tiene ingresos menores; mediante el depósito en bancos pueden llegar a sumas que en algún momento inducen a inversiones directas, necesarias para la promoción económica.

- Cuentas corrientes: De particulares, profesionales y rentistas, también de empresarios y empresas que proveen los recursos y la clientela para asegurar la normal dinámica de un banco.
- Plazo fijo: Esencialmente absorbe dinero desocupado que acude a los bancos en los trances difíciles de los negocios, cuando no hay inversiones provechosas y seguras y sale de éstos al activarse el ciclo.

Respecto de su origen, podemos clasificar a los depósitos en dos grupos:

- Los directos: Reservas monetarias o disponibilidades de la comunidad que fluyen a los bancos.
- Los derivados o “creados”: Son las acreditaciones de acuerdos de crédito hechos por los bancos a los clientes y, en lugar de entregarlos en efectivo, se acreditan en sus respectivas cuentas corrientes.

De este modo, vemos que los bancos en los depósitos directos son intermediarios y actúan como custodia del dinero, mientras que en los depósitos derivados la banca actúa como creadora de dinero, que circula con iguales efectos que la moneda fiduciaria, aunque con diferentes instrumentos.

#### **4. Dinámica del dinero bancario**

Tradicionalmente la función del medio de pago fue cumplida por la moneda acuñada, de metal fino, pero en la actualidad el mundo civilizado utiliza la moneda fiduciaria,

el billete de banco, que decenios atrás constituía el más importante vehículo intermediario de las transacciones. Poco a poco lo fue reemplazando el dinero bancario, que es el saldo de cuenta corriente pagadero por cheque.

Según la garantía que lo respalda, el billete puede ser:

- Representativo de metal: Con total respaldo en plata u oro existente en las arcas del emisor.
- Fiduciario: La reserva metálica es inferior a la suma de la emisión. Circula como si fuera billete de plena garantía por la fe que merece el emisor. Es convertible al 100%.
- Curso forzoso: Carece de garantía y convertibilidad. Este billete circula porque la ley le dio poder cancelatorio y la obligación de no aceptación forzosa

A través de lo expuesto más arriba, hay en consecuencia, tres tipos de moneda:

- Acuñada: Actualmente en desuso.
- Fiduciaria: Utilizada para los pagos que necesariamente deben hacerse en efectivo.
- Bancaria: Es la generada por la acreditación de las operaciones activadas de los bancos, en las cuentas de depósitos de sus clientes, sirve para la atención de los pagos más significativos de los negocios de la sociedad.

## **5. Mercado de dinero y de capitales**

Existen diferentes flujos de dinero y destinos del ahorro. Estas corrientes se interrelacionan, siendo los bancos sus vasos comunicantes hasta que encuentran la inversión correspondiente. De este modo podemos encontrar tres zonas claramente definidas:

- a) Mercado de dinero de corto plazo propiamente dicho: Se constituye por los depósitos directos de la población para atender sus necesidades corrientes y las disponibilidades de las empresas por depósitos directos o derivados para su financiación. También en forma transitoria, sumas inactivas del mercado de largo plazo, hasta encontrar otras colocaciones.
- b) Mercado a largo plazo o de capitales: El ahorro propio de este mercado busca la inversión a largo plazo en razón de ser ahorro genuino que busca la renta. Los plazos siempre pasan del año y los capitales se colocan mediante la compra de títulos públicos, acciones, hipotecas y toda otra forma que asegure la renta en el tiempo.
- c) Mercado de cambios: Se forma con los negocios de comercio exterior. Es la oferta de divisas en moneda extranjera por los exportadores y la demanda de divisas por los importadores, operaciones de los especuladores en moneda extranjera y transferencias internacionales a corto y largo plazo.

De este modo, vemos cómo cada mercado tiene sus fuentes específicas de fondos, mientras que el destino de los mismos es distinto.

Para finalizar este punto, debemos tener en claro que los oferentes (inversores, ahorristas) y los demandantes (sectores productivos, Estado) de fondos concurren al mercado financiero buscando satisfacer sus deseos y necesidades.

Este mercado se desdobra en mercado de dinero y mercado de capitales. El primero de ellos opera en el corto plazo y a él recurren las empresas que financian sus necesidades de capital de trabajo o las que hacen a su ciclo operativo; el segundo opera en el mediano y largo plazo, utilizándose, por

lo general, para inversiones en activos fijos (plantas fabriles, obras de infraestructura); su período de recupero es muy lento. La financiación en cuestión sólo es otorgada por organismos especializados como la banca de inversión y el mercado bursátil. Analizando ambos mercados, el movimiento de dinero en el mercado de capitales es mayor que el del mercado de dinero, pero para su función depende de la dinámica del mercado de dinero.

## **II. Sistema Financiero Internacional**

En razón de que es muy numerosa la cantidad de entidades financieras internacionales existentes en la actualidad y con el fin de no abrumar con datos, citaremos a alguna de ellas, desarrollando la actuación del Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional y el Banco Interamericano de Desarrollo.

Podemos nombrar otras instituciones internacionales como el Banco Internacional de Ajustes, Banco de Exportación e Importación, el Develop Loan Fund, Commodities Credit Corporation, International Cooperation Administration, etc.

### **1. El Banco Mundial**

Este banco, también conocido como Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, fue creado junto con el Fondo Monetario Internacional en 1944, durante la Conferencia Financiera y Monetaria de las Naciones Unidas, celebrada en Bretton Woods, New Hampshire, EE.UU. y comenzó a operar en 1946.

Son Estados miembros del Banco los fundadores que se adhirieron al Fondo Monetario antes del 31 de diciembre de 1945, mientras que los miembros posteriores del Fondo

ingresan al Banco en el momento y condiciones que se dispongan. Nuestro país se incorpora a esta Institución en 1956.

Podestá Costa y Ruda, en el tomo II de su obra *Derecho internacional público*, sostienen que el Banco tiene como funciones ayudar a la reconstrucción y desarrollo de los Estados miembro, particularmente el desarrollo de los países en vías del mismo; promover las inversiones privadas en el extranjero garantizando o participando en préstamos de esa naturaleza y, en caso de necesidad, complementando dichas inversiones haciendo uso de fondos del capital el banco, o recaudos por él o de sus demás recursos; coordinar los préstamos que haga o garantice con empréstitos internacionales conseguidos por otras vías, otorgando prioridad a los proyectos de mayor utilidad y urgencia.

El Convenio constitutivo del Banco dispone que sea administrado por una junta de Gobernadores, por Directores Ejecutivos, por un Director Gerente, y demás funcionarios y empleados.

La fuente originaria de los recursos con que cuenta es el capital integrado por los gobiernos miembro. Se le agregan a éstos las reservas que se forman con sumas separadas de los beneficios. Los EE.UU. son el mayor accionista del Banco, suscribiendo el 25,34% de su capital. También los fondos provienen del pago de préstamos anteriores.

Con la intención de mejorar las condiciones en que se otorgan créditos a los países más pobres, se creó como filial del Banco Mundial, en 1960, la Asociación Internacional de Fomento, cuyos fines son: promover el desarrollo económico, aumentar el nivel de vida y la productividad en las zonas menos desarrolladas, que sean miembros de esta Asociación, a través de aportes de recursos financieros.

Los créditos otorgados por la Asociación son muchos más flexibles que los que implementa el Banco Mundial, dado que se conceden sin interés, a pagar en 50 años y el reembolso comienza a los 10 años de otorgado el crédito.

Si bien estos créditos poseen gran facilidad en lo que respecta a su repago, no es nada obtenerlos dado que entre las condiciones que se deben cumplir para conseguirlo, el país debe tener un ingreso per cápita muy bajo, problemas serios en su balanza de pagos e imposibilidad de conseguir fondos de otra manera. Asimismo, el país debe ser estable en términos políticos, económicos y financieros.

Otra filial del Banco Mundial es la Corporación Financiera Internacional, creada en 1956. Ésta tiene como objeto complementar los préstamos del Banco promoviendo el desarrollo económico en los países menos desarrollados a través de su impulso a la iniciativa privada en dichos Estados.

Esta filial, junto a inversores privados, ayuda a establecer, mejorar y ampliar empresas privadas productivas a través de inversiones; también pondrá en contacto al capital privado local y extranjero para aprovechar oportunidades de inversión; y por último, ayudará a crear las mejores condiciones para la inversión extranjera en dichos países.

Las inversiones que efectúa la Corporación consisten en préstamos que, por un lado, devengan interés y, por el otro, dan algún derecho a participar de los beneficios que dé la empresa prestataria.

Estas entidades son organismos especializados de las Naciones Unidas y a su vez tienen una personalidad jurídica diferente de ella.

## **2. El Fondo Monetario Internacional**

El Fondo, al igual que el Banco Mundial, fue creado en los acuerdos de Bretton Woods, firmados en 1944, pero empezó a funcionar en 1947.

Según su convenio constitutivo, promueve la cooperación monetaria internacional, la estabilidad cambiaria entre sus miembros, la creación de un sistema multilateral de pagos para las operaciones de cuenta corriente efectuadas entre los miembros y el crecimiento del comercio internacional. Conforme a sus estatutos, se debe ser miembro del Fondo para poder integrar el Banco Mundial.

Su estructura se compone por una Junta de Gobernadores, el Consejo Directivo, un Director General y personal de Secretaría.

Para cumplir con sus fines, el Fondo puede realizar operaciones con monedas de oro u otras transacciones con sus miembros, puede aumentar sus recursos recurriendo a préstamos y a complementar los fondos de reserva de los participantes en cuenta de derechos especiales de giro.

## **3. El Banco Interamericano de Desarrollo**

En 1960 se pone en marcha la institución con la Primera Asamblea de Gobernadores del Banco, cuya sede se encuentra en Washington, EE.UU.

Entre sus objetivos podemos mencionar:

- a) promover la inversión de capitales públicos y privados con fines de desarrollo;

- b) utilizar su capital, fondos obtenidos en mercados financieros y otros recursos para financiar el desarrollo de los países miembros;
- c) estimular la inversión privada cuando destine actividades o empresas que contribuyan al desarrollo económico y complementar las inversiones privadas si no hay capital particular disponible;
- d) orientar a los países en la mejor utilización de los recursos para que su política tienda al desarrollo;
- e) proveer asistencia técnica para la preparación, financiamiento, y ejecución de planes y proyectos de desarrollo.

Esta entidad, cuya Asamblea de Gobernadores es su autoridad máxima, se compone por los países integrantes de la O.E.A., agregándose Canadá, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Holanda, Israel, Italia, Japón, Reino Unido, Alemania, Suiza y Yugoslavia.

El B.I.D. efectúa operaciones ordinarias (duras) y especiales (blandas).

Son operaciones ordinarias las financiadas con recursos del Banco y préstamos que él efectúe, garantice o participe, reembolsables en la moneda en que se efectuaron. Son operaciones especiales los préstamos realizados en condiciones o términos que permitan hacer frente a circunstancias especiales que se presenten en algunos países o proyectos. Podrán ser reembolsados total o parcialmente en la moneda del país miembro, en cuyo territorio se lleve a cabo el proyecto financiado. La parte del préstamo no reembolsable en la moneda del país miembro deberá pagarse en la moneda en que se pactó el préstamo.

Los préstamos ordinarios se hacen para acelerar el proceso de desarrollo de los países miembro, financiando proyectos públicos o privados para planificar e instalar actividades productivas.

Las operaciones especiales se otorgan a proyectos reproductivos que se ejecutan en un país donde sea evidente que la balanza de pagos dificultaría su reembolso en las condiciones de los préstamos ordinarios.

### **III. El Banco Central y su carta orgánica**

#### **1. Concepto y funciones específicas de la banca central**

Marcelo Cañelas señala que “se trata de un instituto que maneja un sistema de bancos que evolucione con moneda dirigida”. A partir de lo expuesto, podemos señalar dos rasgos comunes de los modernos bancos centrales:

- a) Consultor del gobierno: Como banquero del Estado y consejero en sus operaciones financieras y bancarias.
- b) Operativo: Es común que los bancos centrales asuman la responsabilidad más importante en la tramitación y gestión de las transacciones en las que el gobierno sea parte, más aún si tienen características internacionales.

A partir de lo dicho nos vamos abocar al desarrollo de las funciones y problemas en la banca central en general, como paso previo al análisis de nuestra legislación.

- a) Emisión: Constituye la función más antigua de estos bancos, por lo que en un principio se los llamaba bancos de emisión. Esta función indispensable requiere

la necesidad de centralizar y monopolizar la emisión, tendiéndose así a uniformar los billetes emitidos en cuanto a diseño, color, forma, valores y a “regular” la circulación, dado que con anterioridad la emisión se condicionaba a la reserva áurea existente.

Cañelas sostiene que la creación de dinero por los bancos centrales es a través de:

- compra de oro y divisas en la plaza;
- otorgamiento de crédito a los gobiernos;
- operaciones de regulación en el mercado abierto (compraventa de valores, títulos, etc.);
- crédito directo a los bancos y otras entidades financieras;
- redescuento a bancos y otras entidades;
- el pago de gastos generales y sueldos del Banco Central;
- la emisión de billetes.

- b) Centralización de reservas metálicas: Estrechamente ligada a la emisión estaba la función de conservar reservas áureas por el emisor en su tesoro; así las bancas centrales se convertían en bancos de reservas y atesoraban el oro garantía de las emisiones.

En el sistema del “patrón oro puro” la reserva era el oro acuñado; en el “patrón barra oro”, esta se conformaba con oro acuñado más divisas convertibles; mientras que en “patrón cambio oro”, por lingotes de oro y oro acuñado, así como divisas convertibles. En la actualidad la tendencia lleva a conformarlas por divisas convertibles.

También encontramos dos principios, el monetario, en que la reserva debe ser del 100% sobre billetes emitidos, y el de la proporcionalidad, en el que la reserva áurea deberá ser proporcional al total de la

emisión. El fin de la reserva es otorgar sanidad monetaria al sistema, dando así confianza pública al valor financiero creado. Sin embargo, hoy el concepto puramente monetarista de que las reservas deben respaldar el 100% de los billetes emitidos ha sido criticado y no rige como norma mandatoria para el Banco Central. Hoy la regla monetaria es mucho más flexible, en función de la demanda de dinero que haya en la sociedad y las propias metas de inflación que se fije el programa monetario del Banco Central. Es decir, el Banco Central puede regular la oferta monetaria en función de la aceptación de esa oferta por parte de la población (demanda de moneda), es decir que la acepte y no la haga circular a gran velocidad cambiándola por otros bienes o por moneda extranjera, y de las metas inflacionarias que se vayan fijando.

- c) Redescuento: En la actualidad los bancos centrales al redescantar documentos de comerciantes inyectan dinero a la circulación. Cuando redescuenta documentos al gobierno, auxilia a éste en sus dificultades financieras transitorias; cuando redescuenta una letra de cambio, facilita la exportación, etcétera.
- d) Relaciones con los gobiernos: En algunos casos los bancos centrales actúan como banquero, agente y consejero del gobierno. Villegas nos dice que: “La banca central actúa como banquero, agente y consejero del gobierno. En su calidad de banquero del gobierno, mantiene las cuentas bancarias de la Nación y sus dependencias o reparticiones y de las empresas estatales; otorga anticipos extraordinarios transitorios a los gobiernos entretanto se recauden impuestos o se colocan empréstitos; otorga anticipos extraordinarios

en épocas de guerra, grandes depresiones o catástrofes; realiza operaciones de compra y de venta de moneda extranjera para la atención de los pagos gubernamentales, ya sea de atención de los servicios de la deuda externa como para pagar las compras en bienes y servicios que efectúe el gobierno en otros países.

Como agente y consejero de los gobiernos realiza también importantes funciones. En algunos países se le ha comendado la administración de la deuda pública. Recibe las suscripciones a empréstitos del gobierno, se hace cargo del pago de los intereses de la deuda nacional [...]. En toda esta actuación la banca central puede ser un instrumento de enorme utilidad, pero también puede ser de daño. Al conceder anticipos o préstamos a los gobiernos, debe cuidar que por este medio no se descontrola la emisión o la existencia de medios de pago”.

- e) Función reguladora y de control del sistema bancario: La banca central regula, coordina y controla todo el sistema bancario de un país.

La regulación puede ejercerse de distintas maneras, por ejemplo: fijando capitales mínimos que se les exigen a las entidades, estableciendo las reservas de efectivo mínimo y los porcentuales de interés, etcétera.

Asimismo, el control puede ser cualitativo o cuantitativo. El primero de ellos tiende a lograr el mejor uso del crédito y requiere para ser implementado una economía planificada. El cuantitativo es el control de la cantidad de medios de pago que se efectúa aumentando o disminuyendo la reserva de efectivo mínimo que deben constituir las entidades financieras.

Por ejemplo, si se quiere aumentar la liquidez en el mercado se baja adecuadamente el encaje obligatorio.

En nuestro país, el Banco Central puede recurrir al control cuantitativo en forma directa y al cualitativo a través de “recomendaciones” a la banca comercial y otras entidades del sistema institucionalizado.

A través de inspecciones, el Banco Central vigila el cumplimiento de las normas sobre liquidez y solvencia, sanciona las infracciones, etcétera, ejerciendo así el poder financiero del que está dotado.

- f) Otras funciones de la Banca Central: Guardián de las reservas en efectivo de los bancos comerciales, compensación de cuentas con transferencia de saldos bancarios a través del *clearing*.

## **2. Carta orgánica del Banco Central de la República Argentina**

### **Antecedentes. Regulación previa a la reforma de la ley 26.739**

#### **a) Organización del Banco Central**

La organización del Banco Central ha sufrido fuertes cambios a partir del año 2012. Previo a ello, estaba regulado por la ley 24.144 que se basaba en el concepto de “autonomía del Banco Central” del Poder Ejecutivo Nacional. Luego, como se dijo, fue fuertemente modificada. Sin embargo, para entender su lógica actual, partiremos de su regulación anterior y luego se analizarán los cambios introducidos por la legislación actual.

En ese orden de ideas, analizaremos primero la ley 24.144 (como dijimos, hoy modificada) que prevé en su art. 1º que

ésta es una entidad autárquica del Estado Nacional, teniendo domicilio en la Capital Federal.

Este Banco estará gobernado por un Directorio que se compone por un presidente, un vicepresidente y ocho directores, estos serán designados por el Poder Ejecutivo Nacional con acuerdo del Senado de la Nación y durarán 6 años en sus funciones, pudiendo ser reelegidos.

### **b) Objetivos del Banco**

Tal como lo señala su carta orgánica, es misión primaria y fundamental del Banco Central de la República Argentina preservar el valor de la moneda, debiendo desarrollar una política monetaria y financiera dirigida a salvaguardar las funciones del dinero como reserva de valor, unidad de cuenta e instrumento de pago para cancelar obligaciones monetarias en todo de acuerdo con la legislación que dice el Poder Legislativo.

A los fines de resguardar la independencia de este organismo frente al Poder Ejecutivo, la ley dispone que en la formulación y ejecución de la política monetaria y financiera el Banco Central no estará sujeto a órdenes, indicaciones o instrucciones del Poder Ejecutivo nacional.

Asimismo, la ley dispone que son otras funciones del Banco Central las de:

- a. regular la cantidad de dinero y observar la evolución del crédito en la economía;
- b. vigilar el buen funcionamiento del mercado financiero y aplicar la ley de entidades financieras y demás normas que, en su consecuencia, se dicten;
- c. actuar como agente financiero del Estado Nacional,

asesor económico, financiero, monetario y cambiario del Poder Ejecutivo Nacional y depositario y agente del país ante las instituciones monetarias, bancarias, financieras internacionales a las cuales la Nación haya adherido;

- d. concentrar y administrar, en su carácter de agente financiero del Estado Nacional, sus reservas de oro, divisas y otros activos externos;
- e. propender al desarrollo y fortalecimiento del Mercado de Capitales;
- f. establecer y ejecutar la política cambiaria en un todo de acuerdo con la legislación que sancione el Congreso de la Nación.

### **c) Operaciones del Banco**

El art. 17 de la carta orgánica establece cuáles son las operaciones que el Banco está facultado para realizar. Éstas son las siguientes:

- a. emitir billetes y monedas, conforme la delegación de facultades realizada por el Congreso de la Nación;
- b. otorgar redescuentos a las entidades financieras por razones de iliquidez transitoria, que no excedan los 30 días corridos hasta un máximo por entidad equivalente a su patrimonio;
- c. otorgar adelantos en cuenta a las entidades financieras por iliquidez transitoria, que no excedan los 30 días corridos, con caución de títulos públicos u otros valores, o con garantía o afectación especial o general sobre activos determinados, siempre y cuando la suma de los redescuentos y adelantos concedidos a una misma entidad no supere, en ninguna circunstancia, el límite fijado en el apartado anterior;

- d. las derivadas de convenios internacionales en materia de pagos y la toma de préstamos de organismos multilaterales u oficiales extranjeros, bancos centrales o entes de los cuales sólo el Banco pueda ser prestatario, por sí o por cuenta del Tesoro Nacional como Agente Financiero de la República, sin que en ningún caso pueda comprometer las reservas de libre disponibilidad que respaldan la base monetaria;
- e. ceder, transferir o vender los créditos que hubiere adquirido de las entidades financieras afectadas de problema de liquidez.

Asimismo, el Banco podrá también:

- a. comprar y vender a precio de mercado, en operaciones de contado y a término, títulos públicos, divisas y otros activos financieros con fines de regulación monetaria y cambiaria;
- b. encomendar a los Fideicomisos que constituya el Poder Ejecutivo Nacional o las entidades financieras que autorice para ello, la gestión y transferencia de activos y pasivos financieros;
- c. comprar y vender oro y divisas;
- d. recibir oro en custodia;
- e. actuar como corresponsal o agente de otros bancos centrales o representar o formar parte de cualquier entidad de carácter internacional existente o que se cree con el propósito de cooperación bancaria, monetaria o financiera;
- f. recibir depósitos en moneda nacional o extranjera;
- g. establecer políticas financieras orientadas a las pequeñas y medianas empresas y las economías regionales, por medio de exigencias de reserva o encajes diferenciales.

#### **d) Operaciones prohibidas al B.C.R.A.**

- a. conceder préstamos al Gobierno Nacional, provincias, municipios, excepto que el Banco podrá financiar al primero a través de la compra, a precios de mercado, títulos negociables emitidos por la Tesorería General de la Nación;
- b. garantizar o endosar letras y otras obligaciones del Gobierno Nacional, provincias, municipios y otras instituciones públicas;
- c. conceder préstamos a personas físicas o jurídicas no autorizadas para operar como entidades financieras;
- d. efectuar redescuentos, adelantos u otras operaciones de crédito, excepto en los casos previstos por los incs. b) y e) del punto: Operaciones permitidas;
- e. comprar y vender inmuebles, con la excepción de aquellas operaciones que sean necesarias para el normal funcionamiento del Banco;
- f. comprar acciones salvo las emitidas por organismos financieros internacionales;
- g. participar directa o indirectamente en cualquier empresa comercial, agrícola, industrial o de otra clase;
- h. colocar sus disponibilidades en moneda nacional o extranjera en instrumentos que no gocen sustancialmente de inmediata liquidez;
- i. emitir títulos, bonos o certificados de participación, de colocación o de cumplimiento obligatorio para las entidades financieras;
- j. pagar intereses en cuentas de depósitos;
- k. otorgar garantías especiales que directa o indirectamente, implícita o explícitamente, cubran obligaciones de las entidades financieras, incluso las originadas en la captación de depósitos.

### **e) Relaciones con el Gobierno Nacional**

Las operaciones más importantes que el Banco puede sostener con el Gobierno Nacional son las siguientes:

- a. financiamiento al Gobierno Nacional a través de la compra, a precios de mercado, de títulos negociables emitidos por la Tesorería General de la Nación;
- b. el Banco facilitará al Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos el control de todos los actos relativos a la colocación de empréstitos públicos y a la atención de los servicios de la deuda pública;
- c. el Banco deberá informar al Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos sobre la situación monetaria, financiera, cambiaria, flujos de fondos y balance de pagos.

### **f) Régimen de cambios**

El Banco asesorará al Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y al Congreso de la Nación en todo lo referente al régimen de cambios y a establecer las reglamentaciones que correspondiesen. También dictará las normas de cambios y hará ejercer a través de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias la fiscalización que su cumplimiento exija.

### **g) Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias**

La carta del B.C.R.A. dispone que éste ejercerá la supervisión de la actividad financiera y cambiaria por intermedio de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias, que

dependerá directamente del presidente de la entidad. Éste es un órgano desconcentrado que depende presupuestariamente del B.C.R.A. Son funciones de la Superintendencia las siguientes:

- a. Calificar las entidades financieras a los fines de su ley regulatoria;
- b. Cancelar la autorización para operar en cambios;
- c. Aprobar los planes de regularización y/o saneamiento de las entidades financieras;
- d. Implementar y aplicar las normas reglamentarias de la Ley de Entidades Financieras;
- e. Establecer los requisitos que deben cumplir los auditores de las entidades financieras y cambiarias.

Entre las facultades de la Superintendencia podemos señalar las siguientes:

- a. establecer un régimen informativo y contable para entidades financieras y cambiarias;
- b. disponer la publicación de balances mensuales de entidades financieras, estados de deudores y además informaciones útiles para el análisis de la situación del sistema;
- c. ordenar a las entidades que cesen o desistan de llevar a cabo políticas de préstamos o de asistencia financiera que pongan en peligro su propia solvencia;
- d. dictar normas para obtener por parte de las entidades financieras, de recursos en moneda extranjera y a través de la emisión de bonos, obligaciones y otros títulos, tanto en el mercado local como los externos;
- e. extender la aplicación de la Ley de Entidades Financieras a personas no comprendidas en ella, cuando así

lo aconsejen el volumen de sus operaciones y razones de políticas monetaria, cambiaria o crediticia, previa consulta con el presidente del Banco;

- f. aplicar las sanciones que establece la Ley de Entidades Financieras por infracciones cometidas por las personas o entidades o ambas a la vez, a las disposiciones de la misma.

Entre otras funciones la Superintendencia podrá, con previa autorización del presidente del B.C.R.A., disponer la suspensión transitoria, total o parcial, de las operaciones de una o varias entidades financieras, por un plazo máximo de treinta días, pudiéndose renovar la misma hasta el máximo plazo de noventa días.

Durante este plazo no podrán trabar medidas cautelares ni realizar actos de ejecución forzada contra la entidad, serán nulos los compromisos que aumenten los pasivos de las entidades y se suspenderá su exigibilidad, así como el devengamiento de los intereses, con excepción de los correspondientes por deudas con el B.C.R.A.

Asimismo, la Superintendencia podrá solicitar se revoque la autorización para operar una entidad financiera.

Para cumplir con sus funciones, este organismo podrá requerir de las empresas y personas comprendidas en la Ley de Entidades Financieras, casas, agencias, oficinas y corredores de cambio, exportadores e importadores u otras personas físicas o jurídicas que intervengan directa o indirectamente en operaciones de cambio, la exhibición de sus libros y documentos, el suministro de todas las informaciones y documentación relacionadas con las operaciones que hubieren realizado o en las que hubieren intervenido y disponer el secuestro

de los mismos. También la ley le confiere la posibilidad de requerir el auxilio de la fuerza pública si encuentra obstáculos o resistencia en el cumplimiento de las funciones de inspección a su cargo.

Finalmente y como consecuencia de su investigación, la Superintendencia se encuentra facultada para formular los cargos ante los fueros correspondientes por infracciones a las normas cambiarias y financieras, y para solicitar embargos preventivos y demás medidas precautorias por los importes que se estimen suficientes para garantizar las multas y reintegros que sean impuestos por el juez interviniente.

## **REFORMA DE LA CARTA ORGÁNICA DEL BANCO CENTRAL (Ley 26.739 )**

La Presidente, que regía la entidad bancaria al momento de la reforma de su carta orgánica, ha señalado los puntos más importantes que recoge dicha reforma, en el prólogo al *“Marco Legal del Sistema Financiero, 2012”*.

De ese modo, se ha expresado que el viernes 6 de abril de 2012 entró en vigencia de la nueva Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina (ley 26.739). El centro de la reforma se encuentra en el art. 3º, que reestablece un mandato múltiple para el B.C.R.A., en el que no solo se promueve la estabilidad monetaria y del sistema financiero, sino que también se procura el pleno empleo de los recursos y el desarrollo de la economía con equidad social.

Según la visión de la Presidenta del Banco Central de ese momento, Mercedes Marcó del Pont, en esta ley se recuperan los objetivos que, desde su creación en 1935 y hasta 1992, siempre habían formado parte del mandato del B.C.R.A.; entre ellos, se recobra y fortalece una cuestión fundamental: la

injerencia de la autoridad monetaria en el canal del crédito. Como lo indica la historia económica universal, el crédito se constituye un instrumento primordial en el apuntalamiento del crecimiento de la economía. Por ello, se le devuelve al B.C.R.A. su capacidad de hacer que el sistema financiero esté al servicio de la evolución y el crecimiento de la economía real y que el crédito esté disponible, en condiciones razonables, para las actividades e inversiones productivas, y para las empresas de cualquier tamaño y localización geográfica.

Reconociendo que es necesario supervisar otros segmentos del sector financiero, la ley también amplía el perímetro regulatorio. La elevada interconexión que evidencian los sistemas financieros en la actualidad torna indispensable contar con una normativa que permita tener un conocimiento más profundo del sistema financiero para poder regular su funcionamiento y así evitar desequilibrios en el futuro. En el mismo sentido, se faculta al B.C.R.A. a establecer normas que preserven el buen funcionamiento del sistema, reglamentando aquellos aspectos que impliquen una limitación a la competencia e incorporando expresamente la facultad de proteger los derechos de los usuarios de servicios financieros, promoviendo una mayor integración con las autoridades públicas competentes en la materia y un mayor nivel de bancarización como herramienta de inclusión social.

Abandonando el régimen de tipo de cambio fijo y recuperada la facultad de definir la relación (paridad) entre el dólar y el peso, los fundamentos que justificaban la relación fija entre base monetaria y reservas internacionales desaparecieron y esa relación fija fue eliminada; por lo tanto, con la nueva Carta el nivel de reservas que el B.C.R.A. debe mantener se vincula con su capacidad para atender las demandas del balance de pagos, está en función de la conducción de las

políticas cambiarias y monetarias, y se define, pues, a través de un ejercicio dinámico y permanente de evaluación de los riesgos que enfrenta la economía argentina. Sólo las reservas que excedan ese nivel podrán ser utilizadas exclusivamente para el pago de deudas soberanas. La Carta también amplía los límites previstos en el art. 20, generando un canal adicional de financiamiento al Gobierno Nacional, bajo determinadas circunstancias, equivalente al 10% de sus ingresos en efectivo. Estos adelantos, al ser de carácter transitorio, deben ser cancelados dentro de los dieciocho meses de su otorgamiento. Por último, se reestablece un vínculo más estrecho entre las decisiones de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias (SEFyC), el Directorio y la Presidencia del B.C.R.A. La experiencia mundial durante la presente crisis internacional ha demostrado que la supervisión de las entidades debe mantenerse dentro del Banco Central, ya que en caso de que el sistema bancario enfrente necesidades transitorias de liquidez la autoridad monetaria será la encargada de otorgar un eventual apoyo financiero. Estas decisiones deben estar bajo la autoridad de la Presidencia y del Directorio del Banco, en una total sintonía con el conjunto de las políticas de crédito, cambiarias y monetarias que se adopten.

Estas modificaciones constituyen una recuperación de prácticas e instrumentos que estuvieron en la génesis de los bancos centrales y en la tradición que hizo posible que éstos tuvieran un rol en el proceso de desarrollo económico. También reflejan las necesidades de un mundo cambiante que atraviesa desde hace algunos años una crisis de las más grandes de la historia económica mundial. La nueva Carta Orgánica le otorga al B.C.R.A. facultades e instrumentos para incidir, a través del crédito, sobre el empleo y la producción, reconciliando la estabilidad monetaria y financiera con el devenir de la economía real.

## **IV. Ley 21.526 de Entidades Financieras**

El esquema de este capítulo, para su mejor comprensión, seguirá uno a uno los distintos capítulos de la Ley de Entidades Financieras.

### **1. Ámbito de aplicación**

Dice el art. 1º de la ley 21.526 que: “Quedan comprendidas en esta ley y en sus normas reglamentarias las personas y entidades privadas o públicas -oficiales o mixtas- de la Nación, de las provincias o municipalidades que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros”.

Al respecto, Villegas sostiene que no cabe hacer distinción alguna entre personas y entidades, ya que la ley no admite la actuación de personas físicas (art. 9º de la ley 21.526)

Con respecto a la última parte del artículo, las entidades deben recibir créditos del público (depósitos) y, a su vez, dar créditos (préstamos) ya que la actividad financiera consiste justamente en dar y recibir créditos. A su vez, quedan comprendidas en la ley las entidades que realicen sólo una intermediación habitual.

#### **a) Entidades comprendidas**

Son las enumeradas en el art. 2º, que a continuación se reproducen:

- a. bancos comerciales;
- b. bancos de inversión;
- c. bancos hipotecarios;
- d. compañías financieras;

- e. sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda y otros inmuebles;
- f. cajas de crédito.

El mismo artículo dice en su último párrafo que la enumeración no es excluyente de otras entidades que realicen la actividad de “intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros”. Asimismo, el art. 3º prevé la extensión de las disposiciones de la ley a personas y entidades públicas o privadas no comprendidos expresamente en ella, cuando el B.C.R.A. lo considere por el volumen de sus operaciones o por razones de política monetaria y crediticia.

### **b) Autoridad de aplicación**

El B.C.R.A. tendrá a su cargo la aplicación de esta ley y dictará normas reglamentarias que fueren menester para su cumplimiento y ejercerá la fiscalización de las entidades en ella comprendidas (art. 4º, ley 21.526).

Es de este modo como la ley 21.526 consagra al B.C.R.A. como la persona que detenta el poder de policía financiero.

Marienhoff, en su *Tratado de derecho administrativo*, sostiene que el poder de policía es “la potestad del Estado reguladora de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes”.

Este poder del Estado para regular la actividad de los habitantes abarca a parte de la consabida seguridad, salubridad, etc., y a la “defensa y promoción de los intereses económicos de la comunidad” (Marienhoff).

La regulación por el Estado de la actividad financiera se hizo a través de distintas normas, empezando por la Constitución Nacional, en donde se reserva también el poder de emitir moneda como facultad del Estado Nacional.

A fin de poder llegar a mejor conocimiento del tema, podemos decir, como Villegas, que “poder de policía financiero es la facultad del Estado Nacional de reglar la actividad financiera, determinar los derechos y deberes del Estado Nacional y de los particulares en esta materia; consecuentemente el “poder de policía financiero del Banco Central” es la potestad de reglamentar esa actividad conforme a las leyes generales, con normas interpretativas y de integración, ejercer la vigilancia y aplicación de las normas legales que regulan esta actividad y aplicar las sanciones a la transgresión de este régimen específico que el Estado Nacional delegó en esta institución.

El poder de policía financiero se funda en que el crédito y la actividad financieros es un “servicio público”, que el Estado presta directamente o delega en particulares (bancos, compañías financieras, etc.). Se dice que es un servicio público que presta el Estado ya que son funciones que él mismo y por mandato constitucional se reserva jurídicamente, pudiendo delegar en particulares dicha prestación en razón de funcionalidad y eficiencia.

También se funda en que el régimen regulatorio de dicha actividad es de derecho público, estableciendo el Estado normas de subordinación; conformando éstas, tal como sostiene Cassagne, una compleja gama de poderes o potestades jurídicas administrativas que integran el denominado régimen exorbitante del derecho privado.

Las normas citadas fijan condiciones para autorizar el ejercicio de la actividad financiera, los deberes y derechos de las actividades, las infracciones y sanciones que correspondan y delegan en el B.C.R.A. la aplicación de este régimen legal.

## **2. Facultad de dictar normas reglamentarias**

A través de memorándum, resoluciones y circulares, el B.C.R.A., reglamenta las disposiciones legales aplicables y dicta una normativa dinámica necesaria para el funcionamiento y control de la actividad bancaria. Esta facultad está consagrada en el art. 4° de la ley 21.526. La reglamentación en cuestión, para ser válida, debe subsumirse en la ley general; en caso contrario, excedería sus límites y carecería de toda validez.

## **3. Poder de aplicar la ley**

El art. 4° de la Ley de Entidades Financieras dicen en su primera parte que: “El Banco Central de la República Argentina tendrá a su cargo la aplicación de la presente ley, con todas las facultades que ella y su Carta Orgánica le acuerdan”. De este modo, el B.C.R.A., autoridad de aplicación de la ley en cuestión, autorizará previamente el funcionamiento de las entidades y podrá revocar tal autorización.

Para la autorización mencionada, el B.C.R.A. evaluará “la conveniencia de la iniciativa, las características del proyecto, condiciones generales y particulares del mercado y los antecedentes y responsabilidad de los solicitantes y su experiencia en la actividad financiera” (art. 8° de la ley 21.526).

La misma ley establece las operaciones que cada entidad puede realizar, las operaciones prohibidas y las limitadas.

## **4. Poder de fiscalización y control**

Liquidez y solvencia: Las entidades deben mantener una liquidez y solvencia coherente con su finalidad (art. 30 y 31, ley 21.526), así como su responsabilidad patrimonial se debe adecuar a su objeto.

El art. 30 establece que las entidades deben seguir las normas que se dicten en especial sobre:

- a. límites a la expansión del crédito, tanto en forma global como para los distintos tipos de préstamos y de otras operaciones de inversión;
- b. otorgamiento de fianzas, avales, aceptaciones y cualquier tipo de garantía;
- c. plazos, tasas de interés, comisiones y cargos de cualquier naturaleza;
- d. inmovilización de activos; y
- e. relaciones técnicas a mantener entre los recursos propios y las distintas clases de activos, los depósitos y todo tipo de obligaciones e intermediaciones directas o indirectas, de las diversas partidas de activos y pasivos, y para guardar los créditos, garantías e inversiones.

Esta norma determina la relación que debe existir entre los compromisos asumidos por las entidades (depósitos, etc.) y el patrimonio de la entidad. Esta misma, al formar parte de un “sistema”, puede contraer obligaciones por mucha mayor suma que la del patrimonio propio.

Por otro lado, el art. 31 establece la obligatoriedad de que las entidades mantengan un efectivo mínimo sobre el monto de los depósitos, en moneda nacional o extranjera. Dicho efectivo mínimo, en la actualidad, no cumple tanto el papel de garantía que tenía, sino que es más instrumento del Estado para regular la masa monetaria y la política crediticia.

El art. 32 obliga a las entidades a mantener los capitales mínimos que exige el B.C.R.A.

Aquí también se delega la determinación de los mismos en el ente rector.

El art. 33 de la ley dispone que las entidades deben destinar por año, al fondo de reserva legal, la proporción de utilidad que establezca el B.C.R.A., ésta no será inferior al 10% ni superará el 20%.

Es el B.C.R.A. el que controla dicha disposición. De esta manera cuando no cumpla una entidad, deberá dar las explicaciones que correspondan. Cuando el banco crea que están afectadas la solvencia o liquidez de una entidad, o cuando ésta se exceda en la utilización de los límites operativos asignados, deberá, en esos casos, presentar un programa de saneamiento y regularización.

Informaciones: Para que el Banco Central pueda cumplir su control, las entidades están obligadas a: llevar la contabilidad en la forma dispuesta por el B.C.R.A. y presentar balances, estados contables e informaciones que solicite el mismo.

Las entidades financieras están obligadas a dar su contabilidad, libros, correspondencia, documentos y papeles a los funcionarios que el B.C.R.A. designe para fiscalizar.

## **5. Facultad sancionatoria**

Sanciones: Esta facultad termina de configurar el ejercicio del control que el Banco Central ejerce sobre las entidades financieras. En el art. 41 de la ley 21.526 se encuentran las sanciones aplicables, previo sumario administrativo, a las entidades o a las personas físicas responsables (directores, gerentes, etc.). Estas son:

1. Llamado de atención.
2. Apercibimiento.
3. Multas (para su aplicación el B.C.R.A. tendrá en cuenta la magnitud de la infracción, el perjuicio ocasionado a terceros, el beneficio ocasionado para el

infractor, el volumen operativo del infractor y la responsabilidad patrimonial de la entidad).

4. Inhabilitación temporaria o permanente para el uso de la cuenta corriente bancaria.
5. Inhabilitación temporaria o permanente para desempeñarse como promotores, fundadores, directores, administradores, miembros de los consejos de vigilancia, síndicos, liquidadores, gerentes, auditores, socios o accionistas de las entidades reguladas por ley.
6. Revocación de la autorización para funcionar.

Las sanciones establecidas por los puntos 1 y 2 sólo son recurribles por revocatoria ante el presidente del B.C.R.A., mientras que las previstas por los puntos 3, 4, 5 y 6 serán apelables al solo efecto devolutivo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal. Respecto de la sanción de revocación de la autorización para funcionar y hasta tanto se resuelva el recurso interpuesto, dicha Cámara dispondrá la intervención judicial de la entidad sustituyendo a los representantes legales en sus derechos y facultades.

Los recursos mencionados deberán interponerse y fundarse ante el B.C.R.A. dentro de los 15 días hábiles a contar desde la fecha de notificación de la resolución. Si el recurso fuera de apelación, las actuaciones deberán elevarse a la Cámara dentro de los 15 días hábiles siguientes.

La prescripción de la acción que nace de las infracciones referidas se operará a los 6 años de la comisión del hecho que la configure. Ese plazo se interrumpe por la comisión de otra infracción, y por los actos y diligencias de procedimientos inherentes a la sustanciación del sumario, una vez abierto por resolución del presidente del Banco Central. La prescripción

de la multa a los 3 años contados a partir de la fecha de la notificación de dicha sanción firme.

Respecto de la prescripción, Villegas sostiene que tiene mayor razonabilidad un plazo de dos años, ya que “de otra forma se mantiene sobre las entidades una espada de Damocles permanentemente, en forma innecesaria”.

Consecuencias mediatas de una sanción: Villegas expresa al respecto que la ley 19.550, de sociedades comerciales, establece la responsabilidad personal y solidaria de los directores y síndicos de Sociedades Anónimas, cuando en su actuación violaren normas legales, estatutarias o reglamentarias (art. 274). La sanción del Banco Central evidenciará que el responsable ha violado normas legales o reglamentarias de la actividad financiera, en consecuencia, se estaría en presencia del supuesto del art. 274 de la ley de sociedades comerciales.

## **6. Autorización y condiciones para funcionar**

Las entidades comprendidas por esta ley no podrán iniciar sus actividades sin previa autorización del B.C.R.A.

Esa entidad, al considerar la autorización para funcionar, evaluará la conveniencia de la iniciativa, las características del proyecto, las condiciones generales y particulares del mercado, y los antecedentes y responsabilidad de los solicitantes y su experiencia en la actividad financiera.

La ley 21.526 prevé en cuanto a la forma jurídica de organización de estas entidades que deberán constituirse como sociedades anónimas (cuyas acciones con derecho a voto deberán ser nominativas), salvo las entidades financieras de la Nación, provincias y municipios, las que se constituirán en la forma que establezcan sus cartas orgánicas.

Esta misma ley establece las siguientes excepciones:

1. Respecto de las sucursales de entidades extranjeras, éstas deberán tener en el país una representación con poderes suficientes de acuerdo con nuestra ley.
2. Los bancos comerciales podrán constituirse en forma de sociedad cooperativa.
3. Las cajas de créditos que también podrán constituirse en forma de sociedad cooperativa o asociación civil.

El art. 10 de la ley establece que no podrán desempeñarse como promotores, fundadores, directores, administradores, miembros de los consejos de vigilancia, síndicos, liquidadores, o gerentes de las entidades comprendidas en dicha ley:

- a. los afectados por las inhabilidades e incompatibilidades establecidas por el art. 264 de la ley 19.550;
- b. los inhabilitados para ejercer cargos públicos;
- c. los deudores morosos de las entidades financieras;
- d. los inhabilitados para ser titulares de cuentas corrientes u otras que participen de su naturaleza, hasta tres años después de haber cesado dicha medida;
- e. los inhabilitados por aplicación del inc. 5 del art. 41 de la ley, mientras dure la sanción;
- f. quienes por decisión de autoridad competente hubieran sido declarados responsables de irregularidades en el gobierno y administración de las entidades financieras.

Sin perjuicio de las inhabilidades enunciadas, tampoco podrán ser síndicos de las entidades financieras quienes se

encuentran alcanzados por las incompatibilidades determinadas por el art. 286, incs. 2 y 3, de la ley 19.550.

Publicidad: Las denominaciones que se utilizan en la ley 21.526 para caracterizar las entidades y sus operaciones sólo podrán ser empleadas por las entidades autorizadas, no pudiendo utilizarse denominaciones similares, derivadas o que ofrezcan dudas acerca de su naturaleza o individualidad. En caso de detectarse alguna transgresión a la norma, el B.C.R.A. podrá disponer el cese de la entidad en forma inmediata y definitiva, aplicar las sanciones previstas en el art. 41 de la ley e iniciar las acciones penales que pudieren corresponder asumiendo la calidad de parte querellante.

## **7. Operaciones**

El principio general está contenido en el art. 20 de la ley. Éste expresa que: “Las operaciones que podrán realizar las entidades enunciadas en el art. 2º serán las previstas en este título y otras que el Banco Central de la República Argentina considere compatibles con su actividad”.

De este modo, este artículo consagra una regla limitativa; la excepción a ésta son los bancos comerciales para los que rige el principio del art. 21 que les permite realizar todas las operaciones que no les sean prohibidas por la ley o por disposición del B.C.R.A.

Surge de la legislación, entonces, el principio de la “especialidad parcial”. Decimos especialidad, porque la ley enuncia para cada entidad las operaciones que corresponden, y también decimos que es parcial, porque se aplica el criterio de la “integración” en el art. 21 de bancos comerciales y en el art. 29 de la admisibilidad respecto de que las entidades financieras puedan ser titulares de acciones de otras empresas financieras.

## a) Bancos comerciales

Como ya fuera expresado, la Ley de Entidades Financieras fija el criterio de “integración” para con los bancos comerciales y les autoriza a realizar todas las operaciones activas, pasivas y de servicios que no le sean prohibidas por dicha ley o por las normas que con sentido objetivo dicte el Banco Central, en ejercicio de sus facultades.

Debemos decir respecto de estos bancos, junto con Villegas, que los bancos comerciales, que se han caracterizado en todo el mundo por operar con el “corto plazo” son en realidad los grandes “creadores” de dinero en la época contemporánea. En razón de que estos bancos operan principalmente con “depósitos a la vista”, siendo éstos aceptados generalmente como dinero y su transferencia a través de cheques les otorga un gran dinamismo de circulación, se considera a los bancos comerciales como instituciones monetarias.

Respecto de las funciones de esas entidades, el Dr. Zunino, en su obra *Entidades financieras*, señala las siguientes:

- a. funciones de captación: son las encargadas de atraer capitales inertes o transitorios, entregando a cambio un interés, seguridad u otra contraprestación;
- b. función de equilibrio: ésta puede desdoblarse en tres subfunciones:
  - equilibrio económico: adecuando el volumen y destino de sus operaciones y disponibilidad de capital a las posibilidades de los distintos sectores de la economía;
  - equilibrio social: adecuando el crédito de los diversos sectores sociales en relación

con las características propias de cada región;

- equilibrio político: trabajando mancomunadamente con el B.C.R.A. en el establecimiento de la política financiera adecuada a la realidad nacional;

- c. funciones de emisión: así los bancos introducen en el mercado la moneda bancaria, luego de un proceso (que ya explicamos) de desmaterialización de los medios de pago. Cuando nos referimos a “emisión” de los bancos comerciales, nos referimos a la moneda bancaria, ya que el B.C.R.A. es el único emisor de moneda fiduciaria.

## **b) Bancos de inversión**

Éstos esperan generalmente en el mediano y largo plazo y sólo complementariamente en el corto plazo, teniendo como fin financiar el desarrollo industrial.

En este sentido técnico, “inversión” significa la “creación neta de un capital”.

Es por eso que una persona con deseos de ahorrar recurre al “mercado de dinero”, donde actúan los bancos comerciales, quienes reciben un capital por medio de depósitos, y a su vez lo prestan, como ya fue explicado. Este mercado se caracteriza por sus operaciones a “corto plazo”, donde el capital depositado es de fácil extracción y el crédito demandado no se dirige a crear nuevos capitales, sino a resolver una situación momentánea, para perderse luego, como por ejemplo, el comerciante que solicita un crédito con el objeto de aumentar su capital circulante. La fácil extracción no representa

para el banco un problema de iliquidez, debido al constante fluir de capitales que reemplazan al desaparecido.

Paralelo a este mercado monetario, actúan los bancos de inversión, en donde las transacciones no buscan ya solucionar una situación momentánea o ubicar un “ahorro flotante”, es decir, sin un fin predeterminado, aquí se busca un crédito a largo plazo con destino a la “inversión”, que es lo mismo que decir con destino a la creación de nuevos capitales (edificios, maquinarias, etc.). Y se ofrece, por otro lado, al ahorro “creativo”, así denominado porque lleva un fin determinado y penetra en este mercado ya sea por medio de la participación directa de la empresa (acciones) o como préstamo a largo plazo.

De esta manera, queda caracterizado el ámbito en que actúan los bancos de inversión, siendo entidades que deben fomentar el desarrollo y, por lo tanto, es beneficioso que sólo puedan otorgar créditos a mediano y largo plazo.

Las operaciones que estas entidades puedan realizar, conforme al art. 22 de la ley, son:

- a. recibir depósitos a plazo;
- b. emitir bonos, obligaciones y certificados de participación en los préstamos que otorguen u otros instrumentos negociables, en el mercado local o en el exterior, de acuerdo con la reglamentación que el B.C.R.A. establezca;
- c. conceder créditos a mediano y largo plazo y complementaria y limitadamente a corto plazo;
- d. otorgar avales, fianzas u otras garantías y aceptar y colocar letras y pagarés de terceros vinculados con operaciones en que intervinieren;

- e. realizar inversiones en valores mobiliarios vinculados con operaciones en que intervinieren, prefinanciar sus emisiones y colocarlos;
- f. efectuar inversiones de carácter transitorio en colocaciones fácilmente liquidables.
- g. actuar con fideicomisos y depositarios de fondos comunes de inversión, administrar carteras de valores mobiliarios y cumplir otros encargos fiduciarios;
- h. obtener créditos del exterior y actuar como intermediarios de créditos obtenidos en moneda nacional y extranjera;
- i. realizar operaciones en moneda extranjera, previa autorización del B.C.R.A.;
- j. dar en locación bienes de capital adquiridos con tal objeto;
- k. cumplir mandatos y comisiones conexos con sus operaciones.

### **c) Bancos hipotecarios**

La hipoteca es una operación de crédito real. Es un derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero sobre los bienes inmuebles que continúan en poder del deudor.

Aunque la institución más importante vinculada con esta actividad es, sin duda, el Banco Hipotecario Central, no es la única que emplea este sistema. Esto ha traído aparejado el problema de adecuar las naturales características de esta operación al ritmo normal de aquellos bancos que, sin ser específicamente hipotecarios, mantienen secciones dedicadas a este fin.

Sus operaciones están enunciadas por el art. 23 de la ley:

- a. recibir depósitos de participación en préstamos hipotecarios y en cuentas especiales;

- b. emitir obligaciones hipotecarias;
- c. conceder créditos para la adquisición, construcción, ampliación, reforma, refacción y conservación de inmuebles urbanos y rurales y la sustitución de gravámenes hipotecarios constituidos con igual destino;
- d. otorgar avales, fianzas u otras garantías vinculadas con operaciones en que intervinieren;
- e. efectuar inversiones de carácter transitorio en colocaciones fácilmente liquidables;
- f. obtener créditos del exterior, previa autorización del B.C.R.A. y actuar como intermediarios de créditos obtenidos en moneda nacional y extranjera, y
- g. cumplir mandatos y comisiones conexos con sus operaciones.

#### **d) Compañías financieras**

Estas entidades financian la venta de bienes durables, asemejándose a los bancos de inversión, pero las primeras no pueden financiar compras a largo plazo y generalmente no están en condiciones de emprender los estudios técnicos que se requieren para financiar planes completos de instalaciones o ampliaciones de empresas.

Éstas conceden también créditos personales, coincidiendo su actitud con la de los bancos comerciales.

El art. 24 de la ley dice que sus operaciones podrán ser:

- a. recibir depósitos a plazo;
- b. emitir letras y pagarés;
- c. conceder créditos para la compra o venta de bienes pagaderos en cuotas o a término, y otros préstamos personales amortizables;
- d. otorgar anticipos sobre créditos provenientes de venta,

- adquirirlos, asumir sus riesgos gestionar su cobro y prestar asistencia técnica y administrativa;
- e. otorgar avales, fianzas u otras garantías, aceptar y colocar letras y pagarés de terceros;
  - f. realizar inversiones en valores mobiliarios a efectos de prefinanciar sus emisiones y colocarlos,
  - g. efectuar inversiones de carácter transitorio en colocaciones fácilmente liquidables;
  - h. gestionar por cuenta ajena la compra y venta de valores mobiliarios y actuar como agentes pagadores de dividendos, amortizaciones e intereses;
  - i. actuar con fideicomisos y depositarios de fondos comunes de inversión, administrar carteras de valores mobiliarios y cumplir otros encargos fiduciarios;
  - j. obtener créditos del exterior, previa autorización del B.C.R.A., y actuar como intermediarios de créditos obtenidos en moneda nacional y extranjera;
  - k. dar en locación bienes de capital adquiridos con tal objeto;
  - l. cumplir mandatos y comisiones conexos con sus operaciones.

**e) Sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda u otros inmuebles**

Según el art. 25, estas entidades podrán:

- a. recibir depósitos en los cuales el ahorro sea la condición previa para el otorgamiento de un préstamo, previa aprobación de los planes por parte del B.C.R.A.;
- b. recibir depósitos a plazo;
- c. conceder créditos para la adquisición, construcción, ampliación, reforma, refacción y conservación de viviendas u otros inmuebles, y la sustitución de gravámenes hipotecarios constituidos con igual destino;
- d. participar de entidades públicas y privadas reconocidas por el B.C.R.A., que tengan por objeto prestar apoyo

- financiero a las sociedades de ahorro y préstamo;
- e. otorgar avales, fianzas u otras garantías vinculados con operaciones en que intervinieren;
  - f. efectuar inversiones de carácter transitorio en colocaciones fácilmente liquidables;
  - g. cumplir mandatos y comisiones conexos con sus operaciones.

#### **f) Cajas de crédito**

Estas entidades son definidas por Villegas como: “la caja común formada por aportes de usuarios para autoabastecerse de crédito”.

La ley 21.526 establece que las cajas de crédito podrán:

- a. recibir depósitos a plazo;
- b. conceder créditos a corto y mediano plazo, destinados a pequeñas empresas y productores, profesionales, artesanos, empleados, obreros, particulares y entidades de bien público;
- c. otorgar avales, fianzas u otras garantías;
- d. efectuar inversiones de carácter transitorio en colocaciones fácilmente liquidables, y
- e. cumplir mandatos y comisiones conexos con sus operaciones.

### **8. Relaciones operativas entre entidades**

La ley 21.526 establece que las entidades realicen operaciones entre sí.

Las operaciones que les permite el art. 27 son: otorgar préstamos y comprar, y descontar documentos.

Esto favorece que no existan compartimientos estancos, es decir, sectores del sistema financiero con mucha liquidez y

otros que la vean reducida por razones estacionales o sectoriales. Esto permitirá, también al Banco Central, un mejor manejo de la política monetaria general.

## **9. Operaciones prohibidas y limitadas**

La ley 21.526 establece que las entidades financieras no podrán:

- a. explotar por cuenta propia empresas comerciales, industriales, agropecuarias o de otra clase, salvo expresa autorización del B.C.R.A., quien le deberá otorgar con carácter general y estableciendo en la misma límites y condiciones que garanticen la no afectación de la solvencia y patrimonio de la entidad. Cuando ello ocurriere, la superintendencia deberá adoptar los recaudos necesarios para un particular control de estas actividades.
- b. Constituir gravámenes sobre sus bienes sin previa autorización del B.C.R.A.
- c. Aceptar en garantía sus propias acciones.
- d. Operar con sus directores y administradores, y con empresas o personas vinculadas con ellos, en condiciones más favorables que las acordadas de ordinario a su clientela.
- e. Emitir giros o efectuar transferencias de plaza a plaza, con excepción de los bancos comerciales.

Asimismo, las entidades podrán ser titulares de acciones a otras entidades financieras, cualquiera sea su clase, siempre que medie autorización del B.C.R.A., y de acciones y obligaciones de empresas de servicios públicos en la medida en que sean necesarias para obtener su prestación.

## **10. Liquidez y solvencia**

### **Responsabilidad patrimonial**

Las entidades deben mantener los capitales mínimos que por reglamentación se establezcan.

Las entidades deberán destinar anualmente al fondo de reserva legal la proporción de sus utilidades que establezca el B.C.R.A., la que no será inferior al 10% ni superior al 20%. No podrá distribuir ni remesar utilidades antes de la aprobación de los resultados del ejercicio ni de la publicación del balance general y cuenta de ganancias y pérdidas.

### **Regularización y saneamiento**

La entidad que no cumpla con las disposiciones relativas a la liquidez y solvencia, o con las normas que al respecto dicte el B.C.R.A., deberá dar las explicaciones pertinentes, dentro de los plazos que éste establezca.

De este modo, la entidad deberá presentar un plan de regularización y saneamiento, en los plazos y condiciones que establezca el B.C.R.A. y que en ningún caso podrá exceder los 30 días, cuando:

- a. se encontrara afectada su solvencia o liquidez, a juicio del B.C.R.A.;
- b. se registraran deficiencias de efectivo mínimo durante los períodos que el B.C.R.A., establezca;
- c. registrara reiterados incumplimientos a los distintos límites o relaciones técnicas establecidas;
- d. no mantuviere la responsabilidad patrimonial mínima exigida para su clase, ubicación o características determinadas.

No obstante lo señalado, el B.C.R.A. podrá designar también veedores con facultad de veto, cuyas resoluciones serán recurribles, en única instancia, ante el presidente del B.C.R.A.

La falta de presentación, el rechazo o el incumplimiento de los planes de regularización y saneamiento facultará al B.C.R.A. para resolver, habiendo sido oída o emplazada la entidad y sin más trámite, la revocación de la autorización para funcionar como entidad financiera, sin perjuicio de aplicar las sanciones previstas en la ley en análisis.

### **Reestructuración de la entidad en resguardo del crédito y los depósitos bancarios**

Cuando a juicio exclusivo del B.C.R.A., adoptado por la mayoría absoluta de su Directorio, una entidad financiera estuviera en condiciones de que se le revoque su autorización para funcionar, aquél podrá autorizar su reestructuración en defensa de los depositantes, con carácter previo a considerar la revocación de dicha autorización. A tal fin podrá adoptar cualquiera de las siguientes determinaciones, o una combinación de ellas:

- I. *Reducción, aumento y enajenación del capital social:*
  - a. Disponer que la entidad registre contablemente pérdidas contra el provisionamiento parcial o total de activos cuyo estado de cobrabilidad, realización o liquidez así lo requiera, a solo juicio del B.C.R.A., y la reducción de su capital y/o afectación de reservas contra ellas.
  - b. Otorgar un plazo para que la entidad resuelva un aumento de capital social y reservas para cumplir con los requisitos establecidos por las normas aplicables,

el que deberá ser suscripto e integrado dentro de dicho plazo.

- c. Revocar la aprobación para que todos o algunos accionistas de una entidad financiera continúen como tales, otorgando un plazo para la transferencia de dichas ocasiones, que no podrá ser inferior a 10 días.
- d. Realizar o encomendar la venta de capital de una entidad financiera y del derecho de suscripción de aumento de capital. A este efecto, la entidad y los socios prestarán su conformidad y depositarán los títulos representativos de sus participaciones, si ello no hubiera ocurrido hasta ese momento.

## *II. Exclusión de activos y pasivos, y transferencia a otras entidades financieras:*

- a. Disponer la exclusión de activos a su elección, valuados de conformidad a las normas contables aplicables a los balances de las entidades financieras.
- b. Excluir del pasivo los depósitos definidos en los incs. d) y e) del art. 49, así como, en su caso, los créditos del B.C.R.A. definidos en el art. 53, respetando el orden de prelación entre estos acreedores.
- c. Autorizar y encomendar la transferencia de los activos y pasivos excluidos, manteniendo en cada caso la equivalencia entre los mismos.

## *III. Intervención judicial:*

Solicitar al juez de comercio la designación de un interventor judicial, con o sin desplazamiento de las autoridades estatutarias de administración, cuando resultara necesario

a fin de implementar las alternativas previstas en este artículo, y al solo juicio del B.C.R.A. se den los supuestos para que una entidad pierda la autorización para funcionar. El juez deberá designar como interventor a la persona que proponga el B.C.R.A. y dispondrá la intervención con las facultades que aquél solicite, que no podrán exceder las que corresponden a los órganos de administración o gobierno, según corresponda.

Esta intervención judicial, sujeta al procedimiento previsto en el apartado II, producirá la radicación ante el juez que la disponga de todos los juicios de contenido patrimonial que afectaren a los activos excluidos o se refieran a los pasivos excluidos.

## **11. Secreto**

Las entidades comprendidas en esta ley no podrán revelar las operaciones pasivas que realicen.

La ley sólo exceptúa de tal deber a los informes que requieran:

- a. los jueces en causas judiciales, conforme recaudos de las leyes de aplicación;
- b. el B.C.R.A. en ejercicio de sus funciones;
- c. los organismos recaudadores de impuestos nacionales, provinciales o municipales, sobre la base de las siguientes condiciones:
  - debe referirse a un responsable determinado;
  - debe encontrarse en curso una verificación impositiva con respecto a ese responsable, y
  - debe haber sido requerido formal y previamente.Respecto de los requerimientos de información que formule la Dirección General Impositiva, no serán de aplicación las dos primeras condiciones señaladas.
- d. Las propias entidades para casos especiales, previa autorización expresa del B.C.R.A., debiendo guardar estricta reserva el personal de las entidades.

Asimismo, las informaciones que el B.C.R.A. reciba o recoja en ejercicio de sus funciones, vinculadas con operaciones pasivas, tendrán carácter estrictamente confidencial. Este deber de confidencialidad es extensivo al personal de dicha entidad, o de auditorías externas que éste contrate para cumplir sus funciones.

## **12. Sanciones y recursos**

El B.C.R.A. sancionará las infracciones a la Ley de Entidades Financieras, sus normas reglamentarias y resoluciones dictadas por esa misma entidad, en ejercicio de sus funciones.

Las sanciones las aplicará el presidente del B.C.R.A. o la autoridad competente a las personas o entidades, o ambas a la vez, que sean responsables de las infracciones mencionadas, previo sumario que se instituirá con audiencia de los imputados, con sujeción a las normas de procedimiento que el Banco Central establezca y podrá consistir, en forma aislada o acumulativa, en:

1. Llamado de atención.
2. Apercibimiento.
3. Multas.
4. Inhabilitación temporaria o permanente para el uso de la cuenta corriente bancaria.
5. Inhabilitación temporaria o permanente para desempeñarse con promotores, fundadores, directores, administradores, miembros de los consejos de vigilancia, síndicos, liquidadores, gerentes, auditores, socios o accionistas de las entidades financieras.
6. Revocación de la autorización para funcionar.

El B.C.R.A. deberá reglamentar la aplicación de las multas, teniendo en cuenta para su fijación los siguientes factores:

- Magnitud de la infracción.
- Perjuicio ocasionado a terceros.

- Beneficio generado para el infractor.
- Volumen operativo del infractor.
- Responsabilidad patrimonial de la entidad.

Respecto de las sanciones de llamado de atención y apercibimiento, éstas sólo serán recurribles por revocatoria ante el presidente del B.C.R.A., mientras que las sanciones establecidas en los puntos 3, 4, 5, y 6 serán apelables, al solo efecto devolutivo, por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal.

En el caso del punto 6, hasta tanto se resuelva el recurso, dicha Cámara dispondrá la intervención judicial de la entidad sustituyendo a los representantes legales en sus derechos y facultades.

Los recursos deberán interponerse y fundarse ante el B.C.R.A. dentro de los 15 días hábiles a contar desde la fecha de la notificación de la resolución. Si el recurso fuera de apelación, las actuaciones deberán elevarse a la Cámara dentro de los 15 días hábiles siguientes.

Para el cobro de las multas aplicadas el B.C.R.A. seguirá el procedimiento de ejecución fiscal previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, siendo título suficiente la copia simple de la resolución que aplicó la multa, suscripta por dos firmas autorizadas del B.C.R.A., sin que puedan oponerse otras excepciones que la de prescripción, espera y pago documentado.

La prescripción de la acción que nace de estas infracciones se operará a los 6 años de la comisión del hecho que la configure. Ese plazo se interrumpe por la comisión de otra infracción y por los actos y diligencias de procedimientos inherentes a la sustanciación del sumario, una vez abierto por

resolución del presidente del B.C.R.A. La prescripción de la multa se operará a los 3 años contados a partir de la fecha de la notificación de dicha sanción firme.

### **13. Revocación de la autorización para funcionar, disolución y liquidación de las entidades financieras**

Cualquiera sea la causa de la disolución de una entidad financiera, sus autoridades legales o estatutarias deberán comunicarlo al B.C.R.A., en un plazo no mayor a los 2 días hábiles de tomado conocimiento de la misma. Igual procedimiento deberá llevarse a cabo cuando se disponga el cambio del objeto social.

El art. 44 de la ley 21.526 dispone que el B.C.R.A. podrá resolver la revocación de la autorización para funcionar de las entidades financieras:

- a. a pedido de las autoridades legales o estatutarias de la entidad;
- b. en los casos de disolución previstos en el Código de Comercio o en las leyes que las rijan como personas jurídicas;
- c. por afectación de la solvencia y/o liquidez de la entidad que, a juicio del B.C.R.A., no pudiera resolverse por medio de un plan de regularización y saneamiento, y
- d. en los casos que prevea específicamente la ley 21.526.

La resolución que disponga la revocación de la autorización para funcionar será apelable, al solo efecto devolutivo, por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal. El recurso deberá interponerse y fundarse ante el B.C.R.A. dentro de los 15 días hábiles siguientes.

Si se dispusiera la revocación de la autorización para funcionar, el B.C.R.A. deberá notificar dicha medida de inmediato

y de manera fehaciente a las autoridades legales y estatutarias de la ex entidad y al juzgado comercial competente, en su caso.

En los casos previstos en los incs. a) y b) del art. 44, las autoridades legales o estatutarias de la entidad lo solicitaren al juez de la causa, y éste considerare que existen garantías suficientes podrá, previa conformidad del B.C.R.A., el que deberá expedirse en el plazo de 5 días, autorizarlas a disponer a que ellas mismas administren el proceso de cese de la actividad reglada o de liquidación de la entidad.

En el caso en que se verifique la causal prevista en el incs. c) del art. 44 de la ley en análisis, aunque concurra con cualquier otra, o cuando se trate del supuesto previsto en el inc. d) del mismo artículo, sólo procederá la liquidación judicial de la ex entidad, salvo que corresponda su quiebra.

Si la resolución de la revocación de la autorización para funcionar dispusiere el pedido de quiebra de la ex entidad, el juez interviniente deberá expedirse de inmediato. No mediando petición de quiebra por el B.C.R.A., el juez podrá decretarla en cualquier estado del proceso cuando estime que se hayan configurado los presupuestos necesarios.

A partir de la notificación de la resolución que dispone la revocación de la autorización para funcionar y hasta tanto el juez competente resuelva el modo del cese de la actividad reglada o de la liquidación de la ex entidad, será nulo cualquier tipo de compromisos que aumenten los pasivos de la misma y cesará su exigibilidad y el devengamiento de sus intereses.

En caso de autoliquidación, liquidación judicial y/o quiebra de las entidades financieras, éstas quedarán sometidas a lo dispuesto por las leyes 19.550 y 24.522 en todo aquello que no se oponga a lo dispuesto en la Ley de Entidades Financieras.

## **14. Liquidación judicial**

Cuando se disponga la liquidación judicial, el juez competente deberá designar al liquidador judicial, conforme a lo dispuesto para los síndicos por la Ley de Concursos y Quiebras. En el supuesto de que se declare la quiebra de la entidad, el liquidador designado continuará desempeñándose como síndico.

El liquidador judicial podrá solicitar orden de allanamiento y el auxilio de la fuerza pública para asegurar el cumplimiento de la decisión del juez.

La liquidación judicial se realizará de acuerdo con las siguientes disposiciones y con aplicación de las normas sobre liquidación de sociedades, en lo que no queda expresamente contemplado a continuación:

- a. Desde la resolución de revocación de la autorización para funcionar, ningún acreedor por pausa o título anterior a la revocación podrá iniciar o proseguir actos de ejecución forzada sobre los bienes de la ex entidad, salvo que tuvieren por objeto el cobro de un crédito hipotecario, prendario o derivado de una relación laboral. Los embargos y/o inhibiciones generales trabados no podrán impedir la realización de bienes de la ex entidad y deberán recaer sobre el producido de su realización, por hasta los montos originalmente constituidos.
- b. La resolución que disponga la liquidación judicial tendrá la misma publicidad que la establecida por la Ley de Concursos para la declaración de quiebra, aplicándose de igual modo la publicidad y procedimiento para la insinuación y verificación de los créditos que componen el pasivo. Los pagos a los acreedores deberán

efectuarse con la previa conformidad del juez interviniente y aplicándose igualmente en forma analógica lo dispuesto por la Ley de Concursos y Quiebras para la liquidación de los bienes y proyecto de distribución y pago a los acreedores.

- c. El liquidador judicial determinará la totalidad de obligaciones exigibles provenientes de depósitos de sumas de dinero, estableciendo la procedencia del pago y genuinidad de los instrumentos.
- d. Sobre la totalidad de los fondos en conjunto, sin distinción por clase de depósitos, que la entidad liquidada tuviese depositados en concepto de encaje por efectivo mínimo, otros fondos existentes a la fecha de disponerse la revocación de su autorización para funcionar o los fondos resultantes de la transferencia de los activos excluidos. Los depositantes tendrán un privilegio especial, exclusivo y excluyente, con excepción de los acreedores laborales previstos en el inc. b) del art. 53 para la satisfacción de su crédito conforme a la siguiente prelación:
  - Hasta la suma de cinco mil pesos (\$5.000) por persona o su equivalente en moneda extranjera, gozando de este privilegio especial una sola persona por depósito.
  - Sobre el remanente de dichos fondos, la totalidad de los depósitos constituidos a plazos mayores a 90 días.
  - Sobre el saldo de dichos fondos, el remanente de los depósitos a prorrata.
- e. Los depositantes tendrán privilegio general y absoluto para el cobro de sus acreencias por sobre todos los demás créditos, con excepción de los créditos

con privilegio especial de prenda e hipoteca y los acreedores laborales el inc. b) del art. 53.

f. El liquidador judicial realizará informes mensuales sobre el estado de la liquidación, los que permanecerán a disposición de los interesados en el Juzgado interviniente en la liquidación.

g. Concluidas las operaciones de liquidación judicial, el liquidador presentará al juez interviniente el balance final con una memoria explicativa de sus resultados y con un proyecto de distribución de fondos, previa deducción de los importes necesarios para cancelar las deudas que no hubieren podido ser satisfechas. Esta presentación requerirá publicación por edictos.

Los socios y acreedores reconocidos solo podrán formular impugnaciones al balance final de la liquidación y al proyecto de distribución de fondos dentro de los 30 días hábiles siguientes a la última publicación y ellas serán resueltas por el juez en el expediente de la liquidación, donde los impugnantes tendrán derecho a intervenir en calidad de parte. La sentencia que se dicte tendrá efecto, aun con respecto a quienes no hubieran formulado impugnaciones. Transcurrido el plazo de 30 días hábiles sin que se hubieran producido impugnaciones, o resueltas éstas judicialmente, tanto el balance como el proyecto de distribución se tendrán por aprobados con las modificaciones que puedan resultar de la sentencia y se procederá a la distribución.

h. Las sumas de dinero no reclamadas por sus titulares serán depositadas en el juzgado interviniente por el plazo de 1 año, a contar de la publicación de la declaración judicial de finalización de la liquidación. Dichos fondos podrán ser invertidos a propuesta del liquidador judicial. Vencido el plazo señalado, el derecho de los acreedores prescribirá, destinándose los

importes no cobrados al Instituto Nacional de Previsión Social para Jubilados y Pensionados.

- i. Distribuidos los fondos o, en su caso, efectuada la entrega indicada precedentemente, el juez, mediante resolución que se publicará por 1 día en 2 diarios del lugar en que la entidad haya tenido su sede social, uno de los cuales será el de anuncios legales, declarará finalizada la liquidación. De este modo, los acreedores de la ex entidad no podrán accionar contra ella y únicamente hasta la concurrencia de los bienes no realizados, fondos no distribuidos o importes no depositados, sin perjuicio de las acciones que les correspondiere contra los socios individualmente.
- j. Los libros y la documentación de la entidad liquidada serán depositados en el lugar indicado por el juez, por el plazo de 10 años, a contar de la fecha de publicación de declaración judicial de finalización de la liquidación, a cuyo vencimiento serán destruidos.
- k. Todos los juicios de contenido patrimonial iniciados o a iniciarse en contra de la ex entidad o que afectaren sus activos tramitarán por ante el juez que entienda en la liquidación judicial.

## **15. Quiebras**

La ley 21.526 establece que las entidades financieras no podrán peticionar su concurso preventivo ni su propia quiebra, ni ser declaradas en quiebra a pedido de terceros, hasta la revocación de su autorización para funcionar.

Cuando la quiebra sea pedida por circunstancias que la harían procedente según la legislación concursal, los jueces rechazarán de oficio el pedido y darán intervención al B.C.R.A. para que, si correspondiere, se formalice la petición de quiebra.

En el caso de que la resolución del B.C.R.A. que dispone la revocación de la autorización para funcionar, comprendiere la decisión de peticionar la quiebra de la ex entidad, dicho pedido deberá formalizarse perentoriamente ante el juez competente, quien deberá pronunciarse en relación con ello.

Estando la entidad en proceso de liquidación judicial, el liquidador deberá solicitar de inmediato la declaración de quiebra si advirtiera la cesación de pagos por sí mismo, o en virtud de los pedidos de quiebra formulados por terceros. El juez deberá disponerla si advirtiera la existencia de los presupuestos falenciales. El pedido y la declaración tramitarán al igual que en la ley concursal, es decir, previa citación al deudor por el plazo de 5 días.

Habiéndose dispuesto las exclusiones de activos y pasivos y su transferencia a otras entidades financieras, ningún acreedor, con excepción del B.C.R.A. podrá solicitar la quiebra de la ex entidad sino cuando hubieran transcurrido 60 días corridos contados a partir de la revocación de la autorización para funcionar. Transcurrido dicho plazo, la quiebra podrá ser declarada a pedido de cualquier acreedor, pero en ningún caso afectará los actos de transferencia de los activos y pasivos excluidos realizados o autorizados de acuerdo con las disposiciones de la ley en análisis, aun cuando éstos estuvieren en trámite de instrumentación y perfeccionamiento.

Finalmente y respecto de los fondos asignados por el B.C.R.A. y los pagos efectuados en virtud de convenio de créditos recíprocos o por cualquier otro concepto y sus intereses, le serán satisfechos a éste con privilegio absoluto por sobre todos los demás créditos, con las siguientes excepciones en el orden de prelación que sigue:

- a. Los créditos con privilegio especial por causa de hipoteca, prenda y los créditos otorgados por redescuentos

- a entidades financieras por razones de iliquidez transitoria con plazo no mayor a 30 días y por un monto no mayor al patrimonio de la entidad y los adelantos en cuenta a entidades financieras por iliquidez transitoria por igual plazo, con caución de títulos públicos y otros valores, o con garantía o afectación especial o general sobre activos determinados, siempre y cuando la suma de los redescuentos y adelantos concedidos a una misma entidad no supere el límite fijado más arriba.
- b. Los créditos privilegiados emergentes de relaciones laborales, comprendidos en el art. 268 de la Ley de Contrato de Trabajo. Gozarán del mismo privilegio los intereses que se devenguen por las acreencias precedentemente expuestas, hasta su cancelación total.
  - c. Los créditos de los depositantes, de acuerdo con lo previsto en el punto 11.

### *Publicidad de la propuesta contractual bancaria*

A su vez en el art. 1379 se dispone: Publicidad. La publicidad, la propuesta y la documentación contractual deben indicar con precisión y en forma destacada si la operación corresponde a la cartera de consumo o a la cartera comercial, de acuerdo con la clasificación que realiza el Banco Central de la República Argentina. Esa calificación no prevalece sobre la que surge del contrato, ni de la decisión judicial, conforme a las normas de este Código.

Los bancos deben informar en sus anuncios, en forma clara, la tasa de interés, gastos, comisiones y demás condiciones económicas de las operaciones y servicios ofrecidos.

El Banco Central de la República Argentina emite comunicaciones de cumplimiento obligatorio para las entidades financieras. La comunicación “A 5637” del 25 de septiembre

de 2014 estableció un texto ordenado sobre la clasificación de los deudores. Allí se establece en la Sección Tercera, la “Tarea de Clasificación” que deben realizar las entidades financieras.

En lo específico, se establece que se deben llevar a cabo los siguientes procedimientos:

### 3.1. Procedimientos de análisis de cartera.

La entidad deberá desarrollar procedimientos de análisis de cartera que aseguren: a) un análisis adecuado de la situación económica y financiera del deudor y b) una revisión periódica de su situación en cuanto a las condiciones objetivas y subjetivas de todos los riesgos asumidos.

### 3.2. Periodicidad de clasificación.

La clasificación de los deudores deberá efectuarse con una periodicidad que atienda a su importancia -considerando la totalidad de las financiaciones comprendidas-, debiendo en todos los casos documentarse el análisis efectuado.

### 3.3. Manual de procedimientos de clasificación y previsión.

Se volcarán en un “Manual de procedimientos de clasificación y previsión”:

3.3.1. Los procedimientos implementados, de manera que permita apreciar el proceso seguido en la materia.

3.3.2. Los niveles que intervienen en el análisis y decisión en el otorgamiento de las facilidades, la clasificación de los deudores y el provisionamiento de las acreencias, según las atribuciones

que les hayan sido asignadas a cada uno de ellos y conforme a los requisitos establecidos para la aprobación de la clasificación y el provisionamiento.

- 3.3.3. El ejercicio de la opción de agrupar las financiaciones de naturaleza comercial de hasta el equivalente a \$2.500.000, cuenten o no con garantías preferidas, junto con los créditos para consumo o vivienda.
- 3.3.4. La circunstancia de que el legajo del cliente se encuentre en un lugar distinto del de radicación de la cuenta (por ejemplo: casa matriz o sucursal que sea asiento de gerencia regional), cuando ello haya sido determinado por razones operativas -vinculadas con la evaluación, otorgamiento y seguimiento de los créditos-.

En cuanto a las categorías que deben distinguirse, la normativa establece:

#### 4.1. Categorías.

La cartera se agrupará en dos categorías básicas:

##### 4.1.1. Cartera comercial.

Abarca todas las financiaciones comprendidas, con excepción de las siguientes:

##### 4.1.1.1. Los créditos para consumo o vivienda.

Los créditos de esta clase que superen el equivalente a \$2.500.000 y cuyo repago no se encuentre vinculado con ingresos fijos o periódicos del cliente

sino a la evolución de su actividad productiva o comercial, se incluirán dentro de la cartera comercial.

- 4.1.1.2. A opción de la entidad, las financiaciones de naturaleza comercial de hasta el equivalente a \$2.500.000, cuenten o no con garantías preferidas, podrán agruparse junto con los créditos para consumo o vivienda, en cuyo caso recibirán el tratamiento previsto para estos últimos.

Cuando el cliente mantenga financiaciones por ambos conceptos, los créditos para consumo o vivienda se sumarán a los de la cartera comercial para determinar su encuadramiento en una o en otra cartera en función del importe indicado, a cuyo fin los créditos con garantías preferidas se ponderarán al 50%.

De ejercerse, esta opción deberá aplicarse con carácter general a toda la cartera y encontrarse prevista en el “Manual de procedimientos de clasificación y previsión” y sólo podrá cambiarse con un preaviso de 6 meses a la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias.

#### 4.1.2. Cartera para consumo o vivienda.

Comprende:

- 4.1.2.1. Créditos para consumo (personales y familiares, para profesionales, para la adquisición de bienes de consumo, financiación de tarjetas de crédito).

4.1.2.2. Créditos para vivienda propia (compra, construcción o refacción).

4.1.2.3. Préstamos a Instituciones de Microcrédito -hasta el equivalente a \$1.250.000 y a microemprendedores (según lo previsto por el punto 1.1.3.4. de las normas sobre “Gestión crediticia”).

4.1.2.4. Las financiaciones de naturaleza comercial de hasta el equivalente a \$2.500.000, cuenten o no con garantías preferidas, cuando la entidad haya optado por ello.

El artículo establece que la publicidad, la propuesta y la documentación deben indicar con precisión y en forma destacada a qué clasificación corresponde la operación que se contratará con la entidad financiera. Es decir que se siguen los lineamientos de la Constitución Nacional en su artículo 42, que nos habla del derecho del consumidor a recibir una información adecuada y veraz y la Ley de Defensa del Consumidor, en su artículo 4° en lo que hace a la información a darse al consumidor, en forma cierta y objetiva, a su vez debe ser veraz, detallada, eficaz y suficiente.

Se establece, asimismo, que los bancos deben informar en sus anuncios en forma clara, la tasa de interés, gastos, comisiones y demás condiciones económicas de las operaciones y servicios ofrecidos. Se integran estas normas con los arts. 7 y 8 de la Ley de defensa del consumidor que establece la obligatoriedad de las condiciones de la oferta.

Todas estas normas referidas a la información a brindarse al consumidor, verdadera obligación de informar, han sido a su vez receptadas en el CCyC. El art. 1100 establece

que la obligación de informar por parte del proveedor hacia el consumidor comprende que la misma sea “en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato”.

Asimismo, el art. 1101 establece que está “prohibida toda publicidad que a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio; b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sea de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad”.

Por su parte el art. 1102 establece las acciones que pueden interponer los consumidores para el caso de violación a las normas sobre información y/o publicidad y el art. 1103 establece los efectos de la publicidad como integratorios del contrato.

### *Forma de los Contratos Bancarios*

Por su parte, el art. 1380, relativo a la Forma de los contratos bancarios, dispone: Los contratos deben instrumentarse por escrito, conforme a los medios regulados por este Código. El cliente tiene derecho a que se le entregue un ejemplar.

El nuevo Código establece la forma en que deben instrumentarse los contratos. En cuanto a la forma escrita, además de las tradicionales que incluyen instrumentos públicos o privados, se agrega la forma por instrumentos particulares firmados o no firmados. Conforme lo establece el art. 286,

puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos.

A su vez el art. 287 establece, con respecto a los instrumentos privados y particulares no firmados, lo siguiente: Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados. Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información.

De modo tal que todo impreso o registro visual o auditivo puede constituir un instrumento que formaliza un contrato. En la actividad bancaria es habitual dar a conocer por estos medios todo tipo de ofertas de contratos bancarios, e inclusive detalles que son a su vez elementos constitutivos de los mismos como plazos, o tasas de interés.

Asimismo, el art. 288 acepta la firma digital, además de la firma ológrafa, como prueba de la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde.

Por otra parte, cuando el presente código legisla sobre los contratos de consumo, en el art. 1106 establece que el requisito del cumplimiento de la forma contractual escrita se satisface si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar. A su vez, el art. 1107, referido a la información sobre medios electrónicos, para los casos en que las partes hayan utilizado técnicos de comunicación electrónicas o similares para celebrar un contrato de consumo a distancia. En estos casos el proveedor debe no sólo informar el contenido mínimo del contrato y

la facultad de revocar, sino todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos. Y por su parte, el art. 1108, referido a las ofertas por medios electrónicos, establece que tienen una vigencia durante el período que fije el oferente. En caso de que no se haya establecido así, será durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. Por su parte, el oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación.

### *Contenido de los Contratos Bancarios*

Asimismo, el art. 1381 legisla sobre el Contenido del contrato bancario. El contrato debe especificar la tasa de interés y cualquier precio, gasto, comisión y otras condiciones económicas a cargo del cliente. Si no determina la tasa de interés, es aplicable la nominal mínima y máxima, respectivamente, para las operaciones activas y pasivas promedio del sistema, publicadas por el Banco Central de la República Argentina a la fecha del desembolso o de la imposición.

Las cláusulas de remisión a los usos para la determinación de las tasas de interés y de otros precios, y condiciones contractuales se tienen por no escritas.

Normalmente en la operatoria bancaria se incluyen, además de la tasa de interés que el banco cobra a los clientes por préstamos de dinero, otros rubros como gastos, comisiones, tarifas, impuestos etc. Dichos rubros no siempre son comunicados al cliente de modo adecuado, veraz y suficiente, por lo que en innumerables oportunidades, el tomador de servicios bancario se encuentra en la necesidad de afrontar deudas que no le fueron informadas.

A partir de la entrada en vigencia de la ley de defensa del consumidor y su aplicación a la actividad financiera, esta situación se fue revirtiendo.

El Código avanza aquí en un tema clave. Se le debe especificar al cliente bancario y/o financiero no sólo la tasa de interés, sino también cualquier precio, gasto, comisión y otras condiciones económicas a cargo del cliente.

Sobre el tema de la tasa de interés, específicamente el Código puso especial atención. Si no está determinada en el contrato, se aplica una tasa de interés específica. Será la mínima en caso de que deba utilizarse la tasa activa (cuando el cliente toma dinero en préstamo) o la máxima en caso de utilizarse la tasa pasiva (cuando el cliente coloca dinero en depósito a interés). Ese mínimo y ese máximo será tomando en cuenta las operaciones promedio del sistema, informados por el Banco Central.

El Banco Central de la República Argentina informa periódicamente a través de su Boletín Estadístico, elaborado por las gerencias de estadísticas monetarias, distintas series de informaciones monetarias. Existen muy diversas operaciones activas, es decir en las que un banco coloca dinero en préstamo y, por lo tanto, cada banco cobra distintas tasas de interés por ese tipo de operación. Asimismo, existen también muy diversas operaciones pasivas, en las que un banco toma dinero que los clientes le colocan en depósito, pagando cada banco también distintas tasas de interés. El Banco Central publica las diversas tasas, desagregándolas por tipo de operación. De ese modo, se presentan:

## Tasas de interés por préstamos al sector privado no financiero

– Presenta las tasas de interés -promedio ponderadas por el monto de las operaciones- y la sumatoria de los montos operados (promedio mensual de saldos diarios de los adelantos; saldo deudor de las liquidaciones individuales del anteúltimo mes del sistema de tarjetas de crédito y capital efectivamente desembolsado en el mes -para el resto de los préstamos incluidos-) por préstamos otorgados a tasa de interés fija o repactable (la pactada en operaciones que estipulen, para la vigencia de la tasa contractualmente convenida, un período menor al plazo total de la operación) al sector privado no financiero en moneda nacional y en dólares estadounidenses. A partir de julio de 2010 la información referida a los instrumentos que se detallan seguidamente se presenta por el total y también desagregada, según corresponda a operaciones con tasa de interés distinta o igual a cero.

– Sobregiros sobre las cuentas corrientes abiertas en las entidades financieras. A partir de julio de 2010 los saldos respectivos se presentan según se hayan verificado o no en el marco de un acuerdo previo entre las partes. Cuentas a la vista abiertas en la entidad (excepto cuentas corrientes) que arrojen saldo deudor.

– Incluye los adelantos otorgados contra entrega de valores mobiliarios, cheques, certificados de obra o depósito de mercaderías y otras obligaciones de terceros y los anticipos efectuados sobre préstamos pendientes de instrumentación definitiva. A partir de julio de 2010 los saldos respectivos se presentan según se hayan verificado o no en el marco de un acuerdo previo entre las partes.

– Préstamos otorgados (a tasa de interés fija -pactada en el momento en que se acordaron por el período íntegro de vigencia del crédito- y a tasa de interés variable o repactable contractualmente pactada al concertarse la operación y susceptible de modificación durante la vigencia del crédito-) mediante la suscripción de letras, pagarés, transferencias, giros, facturas conformadas y otros documentos -con la firma de una sola persona o varias en forma mancomunada-. Los plazos en los que se los desagrega son los concertados, de maduración total, en el momento en que se originaron. A partir del 1° de abril de 2003 comprende también los préstamos destinados a la prefinanciación y financiación de exportaciones, independientemente de su forma de instrumentación.

– Préstamos de efectivo correspondientes a letras, pagarés y otros documentos transferidos a la entidad por endoso con responsabilidad para el cedente.

– Préstamos de efectivo correspondientes a letras, transferencias, giros, pagarés, certificados de obra, facturas conformadas y otros documentos transferidos a la entidad por endoso sin responsabilidad para el cedente o mediante cesión de crédito.

– Préstamos instrumentados directamente mediante hipoteca. No incluye préstamos con garantía hipotecaria accesoria ni créditos hipotecarios provenientes de la venta de inmuebles de la entidad. Los plazos en los que se los desagrega son los concertados, de maduración total, en el momento en que se originaron.

– Préstamos instrumentados directamente mediante prenda con registro o desplazamiento (inclusive la recibida por vía de endoso) con o sin pagarés. No incluye préstamos con

garantía prendaria accesoria ni los provenientes de la venta de bienes de la entidad (incluye los préstamos de empeño). Los plazos en los que se los desagrega son los concertados, de maduración total, en el momento en que se originaron.

– Préstamos para consumo otorgados, generalmente pagaderos en cuotas a personas físicas residentes en el país (hasta el mes de diciembre de 2001, se incluyen los préstamos otorgados bajo el sistema de tarjetas de crédito). Los plazos en los que se los desagrega son los concertados, de maduración total, en el momento en que se originaron. Exhibe, a partir del mes de enero de 2002, los préstamos acordados a través del sistema de tarjetas de crédito.

– Préstamos de efectivo instrumentados bajo esta modalidad (por crédito documentario se entiende el instrumento o título comercial mediante el cual el emisor, actuando por cuenta y orden de un cliente, se compromete a pagar o hacer pagar a un beneficiario -habitualmente de otra plaza-, con sujeción a los términos y condiciones que se establezcan, una determinada suma). Incluye otros préstamos de efectivo no instrumentados conforme a las siguientes modalidades: adelantos en cuenta corriente, otros adelantos, documentos a sola firma, documentos descontados, documentos comprados, hipotecarios, prendarios, personales, a titulares del sistema de tarjeta de crédito y créditos documentarios.

**Tasas de interés por préstamos al sector privado no financiero** (esquema disponible en la página de internet del BCRA con información desde el mes de junio de 1993 hasta el mes de septiembre de 2012 e incluido en las versiones impresas del Boletín Estadístico emitidas a partir del mes de junio de 1994 hasta el mes de octubre de 2012).

– Sobregiros sobre las cuentas corrientes abiertas en las entidades financieras.

– Cuentas a la vista abiertas en la entidad (excepto cuentas corrientes) que arrojen saldo deudor. Incluye los adelantos otorgados contra entrega de valores mobiliarios, cheques, certificados de obra o depósito de mercaderías y otras obligaciones de terceros y los anticipos efectuados sobre préstamos pendientes de instrumentación definitiva.

– Préstamos otorgados (a tasa de interés fija -pactada en el momento en que se acordaron por el período íntegro de vigencia del crédito- y a tasa de interés variable o repactable contractualmente pactada al concertarse la operación y susceptible de modificación durante la vigencia del crédito-) mediante la suscripción de letras, pagarés, transferencias, giros, facturas conformadas y otros documentos -con la firma de una sola persona o varias en forma mancomunada. Los plazos en los que se los desagrega son los concertados, de maduración total, en el momento en que se originaron. A partir del 1º de abril de 2003 comprende también los préstamos destinados a la prefinanciación y financiación de exportaciones, independientemente de su forma de instrumentación.

– Préstamos (a tasa de interés fija -pactada en el momento en que se acordaron por el período íntegro de vigencia del crédito- y a tasa de interés variable o repactable -contractualmente pactada al concertarse la operación y susceptible de modificación durante la vigencia del crédito-) instrumentados directamente mediante hipoteca. No incluye préstamos con garantía hipotecaria accesoria ni créditos hipotecarios provenientes de la venta de inmuebles de la entidad. Los plazos en los que se los desagrega son los concertados, de maduración total, en el momento en que se originaron.

– Préstamos (a tasa de interés fija -pactada en el momento en que se acordaron por el período íntegro de vigencia del crédito- y a tasa de interés variable o repactable –contractualmente pactada al concertarse la operación y susceptible de modificación durante la vigencia del crédito-) instrumentados directamente mediante prenda con registro o desplazamiento (inclusive la recibida por vía de endoso) con o sin pagarés. No incluye préstamos con garantía prendaria accesoria ni los provenientes de la venta de bienes de la entidad (incluye los préstamos de empeño). Los plazos en los que se los desagrega son los concertados, de maduración total, en el momento en que se originaron.

– Préstamos para consumo otorgados, generalmente pagaderos en cuotas (a tasa de interés fija pactada en el momento en que se concedieron por el período íntegro de vigencia del crédito- y a tasa de interés variable -repactable o susceptible de modificación durante la vigencia del crédito-) a personas físicas residentes en el país (hasta el mes de diciembre de 2001, se incluyen los préstamos otorgados bajo el sistema de tarjetas de crédito). Los plazos en los que se los desagrega son los concertados, de maduración total, en el momento en que se originaron. Exhibe, a partir del mes de enero de 2002, los préstamos acordados a través del sistema de tarjetas de crédito.

## Tasas de interés por depósitos

### *Tasas de interés por depósitos en caja de ahorros común y a plazo fijo*

– Depósitos constituidos (más intereses acreditados en cuenta) bajo el sistema de caja de ahorros -de acuerdo con la tipificación efectuada por el Banco Central de la República Argentina- correspondientes a una muestra de entidades

bancarias de Capital y Gran Buenos Aires, hasta agosto de 2000, a las entidades financieras con casas o filiales en ese mismo ámbito geográfico, desde septiembre de 2000 hasta junio de 2010 y a la totalidad de las entidades financieras, a partir de julio del mismo año, las que suministran información de sus casas y filiales de todo el país.

Comprende también:

- Cuentas especiales para la acreditación de remuneraciones, jubilaciones y pensiones (vigentes hasta junio de 2010)

- Cuenta “sueldo” (desde julio de 2010 hasta octubre de 2011).

- Cuenta sueldo y previsional (a partir de noviembre de 2011).

- Cuentas corrientes especiales para personas jurídicas (desde abril de 2001 hasta abril de 2010).

- Cuentas especiales para depósitos en efectivo (vigentes durante el año 2002).

- Cuenta gratuita universal (a partir de enero de 2011).

No incluye:

- Cuentas de ahorro vinculado con préstamos.

- Depósitos en cuentas especiales para círculos cerrados de ahorro.

- Depósitos en la cuenta “Fondo de desempleo para trabajadores de la industria de la construcción”.

– Cuentas abiertas mediante sistemas de incentivos o estímulos adicionales que impliquen una tasa de interés menor que la que se reconozca para cajas de ahorro abiertas fuera de esos sistemas. Los plazos en los que se los desagrega son los concertados, para su restitución, en el momento en que se originaron (en el caso de depósitos a 30 días de plazo -exclusivamente- se incluyen las operaciones a ese término o las que correspondan al inmediato siguiente cuando su vencimiento coincida con un día feriado).

Se excluyen:

– Las inversiones (transferibles e intransferibles):

A plazo constante.

Con opción de renovación por plazo determinado.

Con opción de cancelación anticipada.

A plazo con retribución variable.

– Depósitos a plazo fijo en los que se reconozcan incentivos o estímulos adicionales que impliquen una tasa de interés menor a la pactada para los depósitos que no tengan derecho a esos incentivos.

– Depósitos cuya retribución -total o parcialmente- consista en la entrega por adelantado al titular o puesta a su disposición de bienes de consumo durables.

– Depósitos especiales vinculados con el ingreso de fondos del exterior (Decreto 616/05).

– Depósitos a plazo fijo con cláusula CER.

– Depósitos especiales intransferibles vinculados con la exteriorización y la repatriación de capitales -Ley 26476 (vigentes a partir de abril de 2009).

– Tasa de interés promedio ponderado por monto, correspondiente a depósitos a plazo fijo de 30 a 35 días de plazo (con excepción del período 15.4.2002 / 31.10.2003, durante el cual se consideraron también los depósitos concertados de 7 a 35 días de plazo) y de más de un millón (de pesos o de dólares), constituidos en los bancos incluidos en una muestra de entidades de Capital y Gran Buenos Aires (hasta agosto de 2000), en todos los bancos con casas o filiales en ese mismo ámbito geográfico (desde septiembre de 2000 hasta junio de 2010) y en las casas o filiales de todo el país pertenecientes a la totalidad de las entidades bancarias, (a partir de julio de 2010). Incluye las tasas de interés y el plazo promedio (ambos ponderados por monto) y el importe de los depósitos a plazo fijo, cuyo capital se ajusta de acuerdo con la evolución del Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER), desagregados por estratos de monto.

### Información diaria sobre tasas de interés por préstamos al sector privado no financiero

Otorgamiento de préstamos de efectivo, a tasa de interés fija o repactable a empresas no prestadoras de servicios financieros, bajo la forma de adelantos en cuenta corriente en moneda nacional, con acuerdo de 1 a 7 días de plazo y de 10 millones de pesos o más.

Esta información está disponible en la página de internet del BCRA con datos a partir del mes de enero de 2009 e incluida en las versiones impresas del Boletín Estadístico emitidas a partir del mes de julio de 2009 (a su vez, estos datos se incorporan al cuadro VIII “Tasas de interés por préstamos al sector privado no financiero” a partir de la publicación del Boletín Estadístico correspondiente al mes de noviembre de 2012 con datos al mes de octubre de 2012).

Tasas de interés por préstamos a empresas de primera línea (esquema disponible en la página de internet del BCRA con información hasta el mes de julio de 2009 e incluida en las versiones impresas del Boletín Estadístico emitidas hasta ese mismo mes con datos al mes de junio del mismo año).

Otorgamiento de préstamos de efectivo, a tasa de interés fija, a empresas de primera línea, por un conjunto de entidades bancarias (hasta agosto de 2000), o por la totalidad de las entidades financieras con casas o filiales en Capital y Gran Buenos Aires (desde septiembre de 2000 hasta julio de 2009 y considerando los préstamos instrumentados bajo la forma de documentos a sola firma, exclusivamente). No se incluyen los préstamos de títulos valores ni de otros activos financieros, ni los préstamos con garantía de esos valores o con garantía real.

La categorización de una empresa como de primera línea presupone que pueda ser considerada como un deudor que demuestre que es capaz de atender holgadamente todos sus compromisos financieros (categoría 1. “en situación normal” de la clasificación de deudores comerciales establecida por el BCRA).

Los plazos en los que se los desagrega son los concertados, para su cancelación, en el momento en que se originaron.

Como se puede observar, la cantidad de operaciones que se hacen en el sistema, sin contar las colocaciones entre bancos ni las colocaciones con entidades financieras del exterior son múltiples.

En virtud de ello, la información brindada por el Banco Central de la República Argentina será relevante para el

juez, que deberá aplicarla en caso de que no sea especificada la tasa de interés en el contrato, como fue advertido *ut supra*. Asimismo, tampoco se admitirá cualquier tipo de remisión, tanto a las costumbres como a otros precios o condiciones, tal como expresa la norma “*in fine*”, ya que en esos casos, esas referencias se tendrán por no escritas.

Seguidamente el art. 1382 regula sobre la información periódica: El banco debe comunicar en forma clara, escrita o por medios electrónicos previamente aceptados por el cliente, al menos una vez al año, el desenvolvimiento de las operaciones correspondientes a contratos de plazo indeterminado o de plazo mayor a un año. Transcurridos sesenta días contados a partir de la recepción de la comunicación, la falta de oposición escrita por parte del cliente se entiende como aceptación de las operaciones informadas, sin perjuicio de las acciones previstas en los contratos de consumo. Igual regla se aplica a la finalización de todo contrato que prevea plazos para el cumplimiento.

Afirma Lorenzetti que “hemos afirmado que el banco es un profesional que se relaciona con profanos y a los cuales debe informar, y este deber es genético y funcional. Con relación a la cuenta corriente bancaria, el Código de Comercio establece que el banco se obliga a notificar por lo menos cada 90 días al cliente el estado de su cuenta, pidiéndole conformidad escrita, con derecho de observación por parte del cliente. Si no lo hiciere vencido el plazo que se le acordó para ello, las cuentas se considerarán conformadas. La Circular del Banco Central Opasi 2, Comunicación “A” 1199, fija en 30 días el plazo en que el banco debe notificar al cliente sobre el movimiento detallado y el saldo de su cuenta corriente, y extiende

a 60 días el plazo dentro del cual el cliente puede formular observaciones al saldo que se le notifica”.

Como se observa, el Código Civil y Comercial establece el plazo de 60 días para la realización de observaciones por parte del cliente a la información que debe proveerle el banco sobre los movimientos de las operaciones correspondientes a contratos de plazo indeterminado, típicamente la cuenta corriente bancaria. Su antecedente es la referida comunicación “A” 1199 del Banco Central.

Sin perjuicio de ello, el cliente puede iniciar las acciones previstas en los contratos de consumo. E igual regla se aplica a la finalización de todo contrato que prevea plazos para el cumplimiento. En este caso son de particular aplicación las normas que surgen de los arts. 1117 a 1122 del Código Civil y Comercial. Se refieren a las cláusulas abusivas y a ellas nos remitimos.

### *Rescisión de los Contratos Bancarios*

El art. 1383 legisla sobre la Rescisión: El cliente tiene derecho, en cualquier momento, a rescindir un contrato por tiempo indeterminado sin penalidad ni gastos, excepto los devengados antes del ejercicio de este derecho.

Sin perjuicio de las acciones que el art. 1382 pone en cabeza del consumidor de servicios bancarios, referidas al control judicial de las cláusulas abusivas, también se establece el derecho de rescisión en favor de este. Este derecho es de enorme importancia, puede ser ejercido siempre y en cualquier momento, y responde al principio de que ninguna persona puede estar obligada para siempre. Desde ya que también puede rescindir el contrato el banco, pero no será en

las mismas condiciones que podrá hacerlo el cliente, que es el profano, débil por definición en la relación de consumo.

El ejercicio de este derecho por parte del cliente lo podrá hacer sin necesidad de invocar ni probar causa alguna y no le generará ninguna penalidad ni gastos. La norma no lo dice, pero se extrae pacíficamente de su finalidad, que tampoco generará obligación de pago de indemnización alguna.

Sólo deberá abonar el cliente los gastos y penalidades devengados antes del ejercicio del derecho de rescisión.

Por su parte, el Parágrafo 2º regula específicamente sobre Contratos bancarios con consumidores y usuarios.

Allí se establece, en el art. 1384 la aplicación de sus disposiciones. Se dice claramente que las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad a lo dispuesto en el art. 1093.

Establece este artículo la aplicación a los contratos bancarios las disposiciones que hacen a los contratos de consumo. Remite para ello al art. 1093 que define el contrato de consumo como el “celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.

Vale decir que esta norma claramente toma partido por la aplicación de las normas de derecho del consumidor a los contratos bancarios, zanjando una discusión que estuvo abierta durante cierto tiempo.

La Ley 24240 de Defensa del Consumidor no ha hecho referencia expresa a su aplicación a los servicios bancarios. Por ello, algunos autores, Vgr. Bonfanti, argumentaron sobre su inaplicabilidad.

En la actualidad, no existen muchos autores que sostengan la referida inaplicabilidad, tanto en la doctrina nacional como extranjera. Se puede afirmar que se trata de un debate superado.

Sin embargo, se debe precisar que un banco puede tener múltiples relaciones, pero no todas ellas son reguladas por las normas sobre contratos de consumo. Un banco puede relacionarse con el Estado, con otros bancos del país o del exterior, con otras empresas nacionales o extranjeras y, a su vez, con clientes particulares.

Por ello, conforme expresa Lorenzetti, debe realizarse una calificación del vínculo. Para ello deben tomarse los elementos que constituyen la relación obligacional, que son los siguientes. A) Elemento Subjetivo: Banco. B) Elemento subjetivo: Consumidor. “No todos los clientes del banco son consumidores y por ello es necesario hacer precisiones. Se ha recurrido al distingo entre operaciones activas, pasivas o neutras para examinar la subsunción de las mismas a la ley 24240”.

Se debe recordar que las operaciones activas son aquellas en que el banco concede crédito, las pasivas son aquellas en que el banco toma depósitos y las neutras que consisten en servicios. Se debe distinguir si se trata de servicios que da el banco o los dan terceros y el banco sólo es el agente cobrador.

En las operaciones activas no hay dudas de que se trata de un contrato de consumo cuando el cliente es el destinatario final. En cambio, si se trata de un cliente que toma el dinero en préstamo para utilizarlo en un emprendimiento productivo o de comercialización, la cuestión es discutible y deberá estarse a las demás circunstancias del caso.

En las operaciones pasivas, si bien existió un argumento en el sentido de considerar al cliente, no como destinatario final sino como una persona que pone en circulación dinero y por eso lo coloca en un banco, a interés, esa posición ha sido totalmente superada. Es que quien utilizará posteriormente ese dinero y lo hará precisamente “circular”, será el banco a través de su actividad comercial o de inversión. En cambio, con respecto al cliente, esa relación se agotó con la colocación de ese dinero y por eso está claro que se trata de una operación de consumo.

En cuanto a las operaciones neutras, si se trata de servicios propios, destinados al consumo final, son operaciones de consumo. En cuanto a los servicios de terceros, en los que el banco es una agente que cobra los mismos, en principio no habría relación de consumo entre el cliente y el banco, salvo que se trate de un supuesto de excepción en que pueda demostrarse una conexidad relevante.

En cuanto al elemento objetivo, que son los servicios bancarios, si bien la ley 24.240 no hace mención expresa, esa discusión, como vimos, ha sido superada y hoy es casi indiscutible que, en los casos ya señalados, se trata de servicios de consumo.

### *Publicidad de los Bancos*

Por su parte, el art. 1385 se expone sobre la publicidad. Establece que los anuncios del banco deben contener en

forma clara, concisa y con un ejemplo representativo información sobre las operaciones que se proponen. En particular deben especificar:

- a) Los montos mínimos y máximos de las operaciones individualmente consideradas;
- b) La tasa de interés y si es fija o variable;
- c) Las tarifas por gastos y comisiones con la indicación de los supuestos y la periodicidad de su aplicación;
- d) El costo financiero total en las operaciones de crédito;
- e) La existencia de eventuales servicios accesorios para el otorgamiento del crédito o la aceptación de la inversión y los costos relativos a tales servicios;
- f) La duración propuesta del contrato.

Se retoman aquí los conceptos que se expresan de modo más genérico en el art. 1379. En virtud de ello, el análisis sobre la publicidad, la propuesta y la documentación de los servicios bancarios es aplicable a este artículo.

En lo específico, la norma en análisis establece que los anuncios que realiza el banco deben contener en forma clara, concisa y con un ejemplo representativo información sobre las operaciones que se proponen. Es muy precisa la norma. Quiere que el consumidor esté clara y suficientemente informado. Por ello no basta con información clara y concisa, sino que también debe darse un ejemplo representativo. Es muy común en los casos de otorgamiento de crédito que, por más que se informe la tasa de interés y los otros gastos ligados a la operación, el consumidor no sepa fehacientemente cuánto le cuesta finalmente, cuánto es lo que debe devolverle al banco. Por ello, la ley quiere que se le presente un ejemplo y que éste, además, sea lo suficientemente representativo. Es muy común que las entidades financieras anuncien préstamos personales al tanto

por ciento de interés anual. A ello deben sumarse ciertos gastos. Además, la devolución se hará conforme el sistema francés o el sistema alemán. Pues bien. Al final de la operación, el cliente no tiene muy claro cuánto debe pagar, o cuánto ya pagó. Se le debe dar un ejemplo. Esto es: “Cada n pesos de préstamos habrá un costo total de x. Al finalizar la operación, le habrá costado xx”.

Pero, además, la ley es muy precisa sobre los rubros sobre los que debe darse información: a) Los montos mínimos y máximos hacen a la necesidad financiera que el cliente puede tener. Son un elemento esencial a la hora de evaluar si la operación propuesta es adecuada para la necesidad de consumo que el cliente tiene. b) La tasa de interés y si es fija o variable. Como ya vimos en el art. 1381, se trata de un elemento esencial. Si no se la informa, el juez suplirá esa falta de acuerdo al mandato legal específico que surge de la referida norma. c) Las tarifas por gastos y comisiones, con indicación de los supuestos y la periodicidad de su aplicación: Se trata de costos muchas veces ocultos, que los clientes no pueden detectar y se encuentran de modo difuso, expandidos en diversas listas que las entidades bancarias no suelen mostrar, o lo hacen de un modo tal que la lectura para el consumidor es sumamente difícil. A partir de la vigencia de esta norma, no pueden dejar de explicitarse en forma clara, concisa y con un ejemplo representativo. d) El costo financiero total en las operaciones de crédito: Muchas veces el cliente entiende que su costo es sólo la tasa de interés. Sin embargo, existen muchos otros que, para su sorpresa, se entera después de que ya suscribió el contrato y adquirió la deuda. Por lo tanto, esto también debe informarse del modo explicitado. e) La existencia de eventuales servicios accesorios para el otorgamiento del crédito o la aceptación de la inversión y los costos relativos a tales servicios: Se trata de los llamados paquetes de servicios o

contratos conexos. Es muy frecuente en la actividad bancaria que se presenten contratos conexos, en donde el grado de relación es muy variable entre ellos. Por ejemplo, vincular una tarjeta de crédito a una cuenta corriente; ofrecer servicios de seguros o turismo ligados a una tarjeta de crédito, debitando el cargo sobre la misma, hacer conectar un mutuo hipotecario con un seguro, etc. Esas operaciones son frecuentemente ocultadas por las entidades bancarias, cuando no aparecen en letra chica en los contratos. También están obligados a informarlas del modo que la ley establece. f) La duración de la propuesta del contrato, a los fines de que no se obligue eternamente al consumidor.

### *Forma de los Contratos Bancarios de Consumo*

A su vez, el art. 1386 se refiere a la forma de este tipo de contratos. El contrato debe ser redactado por escrito en instrumentos que permitan al consumidor:

- a) obtener una copia;
- b) conservar la información que le sea entregada por el banco;
- c) acceder a la información por un período de tiempo adecuado a la naturaleza del contrato;
- d) reproducir la información archivada.

Se retoman también aquí los conceptos que se expresan de modo más genérico en el art. 1380. Por ello, el análisis sobre la forma de los contratos bancarios en cuanto a la transparencia de las condiciones contractuales es aplicable a los contratos bancarios con consumidores y usuarios del que trata específicamente este artículo.

En lo específico, la norma establece que el contrato debe ser redactado por escrito, de modo tal que permita al

consumidor: a) Obtener una copia. Es muy común que no se entreguen copias de los contratos a los consumidores de servicios bancarios. De ese modo queda en inferioridad de condiciones frente a la institución bancaria, pues muchas veces el cliente ignora qué ha firmado. La ley establece la obligatoriedad de la obtención de la copia para el cliente. b) Conservar la información que le sea entregada por el banco. Este inciso es más amplio que el anterior. Se refiere no sólo a los documentos firmados por el cliente sino a toda información suministrada por el banco que hace a la operación, tanto en cuanto a su publicidad, propuesta y documentación contractual. c) Acceder a la información por un período de tiempo adecuado a la naturaleza del contrato. Se refiere tanto al período anterior a la prestación del consentimiento, en donde el cliente debe informarse, como a todo el período durante el cual se desarrolla el contrato y el cliente debe o tiene la necesidad de consultar alguna de las condiciones. Muchas veces dicha información se expresa en medios electrónicos y debe conservarse todo ese período de tiempo. d) Reproducir la información archivada. Es un concepto técnico que se vincula con el inciso anterior. La información guardada por medios electrónicos debe poder ser reproducida por el cliente.

### *Obligaciones Precontractuales entre Banco y Consumidor*

El art. 1387 establece las obligaciones precontractuales. Antes de vincular contractualmente al consumidor, el banco debe proveer información suficiente para que el cliente pueda confrontar las distintas ofertas de crédito existentes en el sistema, publicadas por el Banco Central de la República Argentina.

Si el banco rechaza una solicitud de crédito por la información negativa registrada en una base de datos, debe

informar al consumidor en forma inmediata y gratuita el resultado de la consulta y la fuente de donde la obtuvo.

El Código en este aspecto es innovador, al establecer ciertas obligaciones a cargo del banco en la etapa anterior a la existencia del contrato. Taxativamente establece como obligaciones precontractuales un deber de información, que en realidad es una verdadera obligación de informar, sobre dos aspectos concretos, es decir dos objetos. El primero está constituido por las distintas ofertas de crédito existentes en el sistema, que publica el Banco Central. En el caso del segundo, que se da cuando es rechazado un crédito solicitado por un cliente por haber información negativa registrada en una base de datos, el objeto de la obligación de informar consiste en transmitirle al consumidor en forma inmediata y gratuita el resultado de la consulta y la fuente de la cual la obtuvo.

Esta obligación precontractual constituye sin lugar a dudas un nuevo estándar de buena fe en las negociaciones de los contratos. La ley tiene en este caso la necesidad de incluir estas obligaciones, basada en la fuerza de negociación diferente que existe entre las partes. Por eso, tratándose de una información disponible para el banco, el mismo debe transmitírsela inmediatamente al consumidor, para que se puedan de algún modo equiparar las posibilidades negociales entre dos partes que se sitúan frente al negocio de un modo desigual. El profesional, que cuenta con la información de todo el sistema y además recurre a bases de datos en donde se encuentra registrado su potencial cocontratante, dispone sin dudas de una posición más ventajosa frente al simple profano. Está claro que la información es poder y eso hace que estemos frente a un fuerte y a un débil, en la potencial relación que habrá de constituirse a través del contrato, cuando éste se formalice. La ley, en forma innovadora y que tiende al sano progreso de

las relaciones, estatuye estas dos obligaciones de informar, de carácter precontractual.

La información sobre las distintas ofertas de crédito se encuentra disponible en la página *web* del Banco Central de la República Argentina. Sin embargo, no alcanza con que el banco remita a su cliente a esa página *web*. La información debe ser dada por el banco directamente al cliente y debe ser suficiente como para que el cliente pueda confrontar las distintas ofertas de crédito. Debe incluir no sólo la tasa de interés, sino todos los otros gastos (como comisiones, costos, honorarios, *fees*, etc.) que pueden aparecer asociados con el crédito a otorgar. Se debe dar la información de conformidad con lo establecido en el art. 42 de la CN, el art. 4 de la ley 24.240 y el art. 1100 y concordantes del presente Código.

Con relación al rechazo de una solicitud de crédito por información negativa registrada en una base de datos, el contenido de la obligación de informar por parte del banco consistirá en dar al consumidor un objeto preciso y determinado: la información del resultado de la consulta y la fuente de donde la obtuvo, de modo inmediato y gratuito.

### *Contenido de los Contratos Bancarios de Consumo*

El art 1388 legisla sobre el contenido de este tipo de contratos. Sin perjuicio de las condiciones establecidas para los contratos bancarios en general, ninguna suma puede ser exigida al consumidor si no se encuentra expresamente prevista en el contrato.

En ningún caso pueden cargarse comisiones o costos por servicios no prestados efectivamente. Las cláusulas relativas a costos a cargo del consumidor que no están incluidas o que están incluidas incorrectamente en el costo financiero

total publicitado o incorporado al documento contractual, se tienen por no escritas.

En este caso el Código sigue la línea del art. 36 de la ley 24.240, reformado por la ley 26.993. En este ya se había incluido la obligación de informar importantes datos a los consumidores en las operaciones de crédito para consumo, entre ellas los gastos extra, seguros o adicionales, si los hubiere. En este caso se avanza aún más. Ninguna suma que no haya sido expresamente prevista puede ser exigida al consumidor. El artículo es muy preciso en este sentido. No se refiere a rubros, sino a la suma propiamente dicha. El quantum debe estar establecido en el contrato: Si no es así, no podrá ser exigido al consumidor.

Por otra parte, el artículo avanza aún más y establece taxativamente que en ningún caso pueden cargarse comisiones o costos por servicios no prestados efectivamente. Se refiere indudablemente a servicios cuyos montos fueron previstos en el contrato, pues, de lo contrario, caerían dentro de la previsión del primer párrafo, pero que no se han prestado efectivamente.

Por último, el artículo es muy preciso y taxativo con relación a costos que sí son informados en el contrato, pero no integran el costo total publicitado o incorporado al documento contractual o lo están de modo incorrecto, sea por cualquier omisión cuantitativa o cualitativa. En ese caso se tienen directamente por no escritas.

En este caso se ha seguido la línea de cierta jurisprudencia que establece: “Debe rechazarse la pretensión del banco sancionado por infracción al artículo 4° de la ley 24.240 tendiente a que se lo exima de responsabilidad por no haber informado al denunciante acerca del cobro de un cargo, alegando que le comunicó el cobro de un cargo equivalente,

pero con distinta denominación -en el caso “servicio atención saldo deudor” y “servicio atención de descubiertos no autorizados” respectivamente- ya que el recurrente no ha logrado acreditar la equivalencia de ambas denominaciones ni que el alcance del cargo en cuestión haya sido informado al consumidor”. (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, 14/04/2005, Banco Bansud C/Ciudad de Buenos Aires, DJ, 2005-2-952).

### *Información en los Contratos Bancarios de Consumo*

El art. 1389 establece qué información debe constar en contratos de crédito. Son nulos los contratos de crédito que no contienen información relativa al tipo y partes del contrato, el importe total del financiamiento, el coste financiero total y las condiciones de desembolso y reembolso.

Se sigue aquí la línea del artículo 36 de la ley 24.240, conforme reforma producida por la ley 26.993. En este se establece que “... en las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para consumo deberá consignarse de modo claro al consumidor o usuario, bajo pena de nulidad: a) La descripción del bien o servicio objeto de la compra o contratación, para los casos de adquisición de bienes o servicios; b) el precio al contado, solo para los casos de operaciones de crédito para adquisición de bienes o servicios; c) el importe a desembolsar inicialmente -de existir- y el monto financiado; d) la tasa de interés efectiva anual; e) el total de los intereses a pagar o el costo financiero total; f) el sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses; g) la cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar; h) los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere.

Cuando el proveedor omitiere incluir alguno de estos datos en el documento que corresponda, el consumidor

tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario. En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para consumo deberá consignarse la tasa de interés efectiva anual. Su omisión determinará que la obligación del tomador de abonar intereses sea ajustada a la tasa promedio del mercado difundida por el Banco Central de la República Argentina vigente a la fecha de la celebración del contrato.

La eficacia del contrato en el que se prevea que un tercero otorgue un crédito de financiación quedará condicionada a la efectiva obtención del mismo. En caso de no otorgamiento del crédito, la operación se resolverá sin costo alguno para el consumidor, debiendo en su caso restituirse las sumas que con carácter de entrega de contado, anticipo y gastos éste hubiere efectuado.

El Banco Central de la República Argentina adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las condiciones a que refiere el presente artículo, con lo indicado en la presente ley.

Se agrega aquí la información relativa al tipo y partes del contrato. Es para evitar confundir al consumidor sobre el tipo de contratación que está llevando a cabo y cuál es o cuáles son sus contrapartes.

#### *Los contratos Bancarios en Particular. El Depósito Bancario.*

La Sección 2º se dedica a los contratos en particular. En el Parágrafo 1º se legisla específicamente sobre el depósito bancario.

El art. 1390 define el depósito en dinero. Hay depósito de dinero cuando el depositante transfiere la propiedad al banco depositario, quien tiene la obligación de restituirlo en

la moneda de la misma especie, a simple requerimiento del depositante, o al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto.

El depósito bancario es un nuevo contrato típico que sanciona el presente Código. Está estructurado sobre la base del depósito irregular, en donde una parte transfiere a la otra, cosas fungibles o consumibles que, una vez entregadas, no pueden individualizarse. Cuando se trata de este tipo de cosas, como por ejemplo el dinero, el depositario adquiere la propiedad del mismo y puede disponer. Esto es, a diferencia del depósito regular, en donde no se transfiere la propiedad de la cosa depositada, sino que tiene lugar cuando una de las partes se obliga a recibir de otra una cosa con la sola finalidad de custodiarla, hasta que aquella la reclame.

Se trata, entonces, de un depósito irregular, cuyo objeto es el dinero y los sujetos son el depositante-cliente y el depositario-banco.

Es un contrato real, que se perfecciona con la entrega del dinero en depósito. Esto es, a diferencia del depósito regular, que a partir de la vigencia del presente Código pasa a ser un contrato consensual. Por lo tanto, no existe la promesa de depósito bancario como contrato nominado y regulado como tal en este Código, ni por ende la obligación de depositar por parte del cliente. Además, tratándose de una relación entre profesional y profano, en principio tampoco podrá resolverse la promesa de depósito bancario con una compensación de daños y perjuicios.

Obligaciones del depositario-banco en el depósito bancario: a) Obligación de restitución: El depositario-banco debe restituir el dinero recibido en depósito al depositante, a simple requerimiento de éste o al vencimiento del término o

del preaviso que hayan pactado las partes. Lo debe restituir en la moneda de la misma especie. Aquí existe una clara diferencia entre el depósito bancario con los contratos de mutuo entre particulares o cualquier otra obligación contractual de dar dinero.

En efecto, como ha sido visto, las obligaciones de dar dinero, en general, están regidas por este Código por el art. 765 y 766. El primero nos da el concepto de la obligación y establece que “la obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto 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.

Por su parte, el art. 766 establece que la obligación del deudor es “entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”.

Del juego de ambos artículos corresponde interpretar lo siguiente: la obligación dineraria es aquella en la cual se debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable al momento de constitución de la obligación. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada. Por lo tanto, si se designó una moneda extranjera, debe entregar la cantidad de moneda extranjera designada en el título de la obligación. Sin embargo, existe la facultad (obligación facultativa) del deudor de liberarse de su obligación entregando el equivalente de esa cantidad de moneda extranjera en moneda de curso legal. Esta facultad de liberarse entregando un objeto distinto del designado se fundamenta en que la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas.

Así se había establecido en el Código Civil de Vélez Sarsfield. Posteriormente la ley 23928 modificó el antiguo art. 617 del Código Civil y estableció que la moneda extranjera es moneda y suprimió, asimismo, la facultad que otorgaba el antiguo art. 619 del mismo Código de pagar en moneda nacional.

El proyecto de la Comisión Redactora mantenía esta lógica, pero fue modificada por el Poder Ejecutivo Nacional. Por lo tanto, se ha vuelto a la facultad del deudor de liberarse de su obligación pagando la deuda de moneda extranjera en su equivalente en moneda nacional, por considerarse que no se trata de una obligación de dar dinero, sino de una obligación de dar cantidades de cosas. Tratándose de cosas, se da el dinero en moneda nacional para que las mismas puedan adquirirse. Surgen, entonces, los temas de la fecha que habrá de tomarse para la cotización y del tipo de cambio que habrá de considerarse. Desde ya que es inimaginable tomar otra cotización de la moneda extranjera que la llamada “cotización oficial”. Si no existe un desdoblamiento oficial cambiario, toda otra cotización llamada vulgarmente “*blue*” está totalmente al margen de la ley y no puede considerarse.

Por otra parte, esta norma es de orden público y se aplica más allá de lo que hayan podido pactar las partes. Es muy frecuente que se pacten cláusulas contractuales que tomen como referencia la cantidad de moneda nacional que permita adquirir ciertos bonos nominados en dólares que al momento de ser vendidos en una plaza extranjera, den como resultado cierta cantidad de dólares. O bien que se obligue a dar la cantidad de moneda nacional necesaria para adquirir cierta cantidad de dólares en una plaza extranjera. Todo ese tipo de cláusulas se tiene por no escritas y deben integrarse con estas normas que son de orden público.

Sin embargo, se ha mantenido, con relación al contrato de depósito bancario, esta excepción. Aquí, dada la índole de la actividad, la obligación del banco es restituir lo depositado en la misma especie de moneda y no tiene la facultad de liberarse entregando el equivalente en moneda nacional. Se trata de una norma especial y es también de orden público. Por lo tanto, conforme a esta norma no pueden “pesificarse” los depósitos bancarios. En cambio, sí pueden pesificarse las obligaciones emergentes de relaciones entre particulares, que no sean entidades financieras.

- c) Derecho de compensación: Existía en el viejo Código de Vélez Sarsfield, pero no se ha mantenido en el presente.

Finalmente los arts. 1391 y 1392 regulan los depósitos a la vista y los depósitos a plazo. El art. 1391 establece: Depósito a la vista. El depósito a la vista debe estar representado en un documento material o electrónico que refleje fielmente los movimientos y el saldo de la cuenta del cliente.

El banco puede dejar sin efecto la constancia por él realizada que no corresponda a esa cuenta.

Si el depósito está a nombre de dos o más personas, cualquiera de ellos puede disponerlo, aun en caso de muerte de una, excepto que se haya convenido lo contrario.

El art. 1392, a su vez, establece: Depósito a plazo. El depósito a plazo otorga al depositante el derecho a una remuneración si no retira la suma depositada antes del término o del preaviso convenidos.

El banco debe extender un certificado transferible por endoso, excepto que se haya pactado lo contrario, en cuyo

caso la transmisión sólo puede realizarse a través del contrato de cesión de derechos.

Existen básicamente dos tipos de depósitos bancarios. El depósito a la vista y el depósito a plazo. El primero de ellos básicamente no es remunerado y puede ser retirado por el depositante en cualquier momento. Se representa por un documento material o electrónico que debe reflejar fielmente los movimientos y el saldo de la cuenta del cliente e incluso el banco tiene la facultad de dejar sin efecto las constancias que haya emitido por error y no correspondan a esa cuenta.

Es importante señalar que, para el caso de que el depósito a la vista esté a nombre de dos o más personas, se entiende que se opera en forma indistinta. Es decir que cualquiera de ellas puede retirarlo, incluso después de la muerte de alguno de los codepositantes. Esto admite estipulación en contrario.

El otro tipo de depósito es el depósito a plazo. Este es remunerado, siempre y cuando se mantenga por el tiempo convenido y, si el plazo no está expresamente determinado de manera cierta, por lo menos hasta el preaviso que deba darse.

El documento en el que consta el depósito es, en principio, transmisible por vía de endoso, salvo estipulación en contrario, en la que se pacte que sea por vía de la cesión de derechos. Es importante que se haya establecido la cesión por endoso, lo que permite la formación de un mercado secundario de estos depósitos y hasta su cotización en los mercados de valores.

Retomamos ahora la regulación en el Código de las obligaciones dinerarias en general.

El art. 767 se refiere a los intereses compensatorios. La obligación puede llevar intereses y son válidos los que

se han convenido entre el deudor y el acreedor, como la tasa también fijada para su liquidación. Si no fue acordada por las partes, ni por las leyes, ni resulta de los usos, la tasa de interés compensatorio puede ser fijada por los jueces.

Es decir, se trata del interés que compensa el uso del capital. Para su fijación, el Código da un orden de prioridades claramente establecido: Primero lo fijan las partes, luego la ley, y finalmente y de modo supletorio, el juez.

El art. 768 se refiere a los intereses moratorios. Establece que a partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determina:

- a) por lo que acuerden las partes.
- b) Por lo que dispongan leyes especiales;
- c) En subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central.

Obsérvese que el Código pretende respetar lo que las partes acuerdan en materia de tasa de interés para el caso de mora. Pero, en ausencia de acuerdo, se entiende que no fue un elemento esencial del contrato. Por lo tanto, entrarán a jugar aquí las leyes especiales o, en subsidio de estas, las reglamentaciones del Banco Central. O se da aquí ninguna facultad discrecional al Juez.

A su vez, el art. 769 regula los intereses punitivos. Establece que los intereses punitivos convencionales se rigen por las normas que regulan la cláusula penal.

El art. 770 legisla sobre el anatocismo. Establece que no se deben intereses de los intereses, salvo:

-Convención de partes o disposición legal con una periodicidad no inferior a 6 meses.

-Cuando se demanda judicialmente, desde la fecha de notificación de la demanda (esto estaba en el proyecto de 1987 y en el proyecto de 1998).

-Cuando la obligación se liquida judicialmente, desde que el juez la manda pagar y el deudor es moroso en hacerlo (esto no estaba en los proyectos del 87 y 98).

El art. 771 regula las facultades judiciales de reducción de intereses. Ya no se recurre al concepto genérico de que sea contrario a la moral y las buenas costumbres el objeto del contrato, sino a un concepto más específico: Cuando excedan el costo medio del dinero para operaciones similares.

Y el art. 772 se refiere a la cuantificación de un valor, para las obligaciones de valor. Son las que no se debe una suma de dinero *ab initio*, sino la referencia a un valor (ej: un automóvil, un quintal de soja). Se valúan en dinero al momento del pago. El dinero actúa *in solutione* y no *in obligatione*.

Se puede expresar en moneda que no sea de curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Se valuará en moneda de curso legal al momento del pago, al tipo de cambio oficial.

## **CLASES DE OBLIGACIONES**

*Por la complejidad de la prestación:* Simple (una única) o compuesta (más de una).

Compuesta: Alternativas (art. 779/785) y Facultativas (art- 786/789)

### *Obligaciones Alternativas*

El art. 779 nos da el concepto de obligación alternativa como aquella que tiene por objeto una prestación entre varias que son independientes y distintas entre sí. El deudor está obligado a cumplir una sola de ellas.

El art. 780 se refiere a la elección en este tipo de obligaciones. Excepto estipulación en contrario la facultad de elegir corresponde al deudor. Cuando son varios los deudores, se requiere unanimidad. Si la parte a quien corresponde la elección no se pronuncia, oportunamente, la facultad de opción pasa a la otra. Si esa facultad fue cedida a un tercero y éste no opta en el plazo fijado, corresponde al deudor designar el objeto del pago.

En el caso de las obligaciones periódicas, la elección realizada una vez no implica renuncia a la facultad de optar en lo sucesivo.

La elección es irrevocable desde que se la comunica a la otra parte o desde que el deudor ejecuta alguna de las prestaciones, aunque sea parcialmente.

Una vez realizada, la prestación escogida se considera única desde su origen y se aplican las reglas de las obligaciones de dar, de hacer o no hacer, según corresponda.

El art. 781 se refiere a la obligación alternativa regular. En el caso en que la elección corresponda al deudor y la alternativa se dé entre dos prestaciones, se aplican las siguientes reglas:

- a) Si una de las prestaciones resulta imposible por causas ajenas a la responsabilidad de las partes, o atribuibles a la responsabilidad del deudor, la obligación se concentra en la restante; si la imposibilidad proviene de causas atribuibles a la responsabilidad del acreedor, el deudor tiene derecho a optar entre dar por cumplida su obligación o cumplir la prestación que todavía es posible y reclamar los daños y perjuicios emergentes de la mayor onerosidad que le cause el pago realizado con relación al que le resultó imposible;
- b) Si todas las prestaciones resultan imposibles y la imposibilidad es sucesiva, la obligación se concentra en esta última, excepto si la imposibilidad de alguna de ellas obedece a causas que comprometen la responsabilidad del acreedor; en este caso el deudor tiene derecho a elegir con cuál queda liberado;

- c) Si todas las prestaciones resultan imposibles por causas atribuibles a la responsabilidad del deudor, y la imposibilidad es simultánea, se libera entregando el valor de cualquiera de ella; si lo son por causas atribuibles a la responsabilidad del acreedor, el deudor tiene derecho a dar por cumplida su obligación con una y reclamar los daños y perjuicios emergentes de la mayor onerosidad que le ocasione el pago realizado, con relación al que le resultó imposible;
- d) Si todas las prestaciones resultan imposibles por causas ajenas a la responsabilidad de las partes, la obligación se extingue.

El art. 782 se refiere a la obligación alternativa irregular, es decir, cuando la elección corresponde al acreedor y la alternativa se da entre dos prestaciones. Allí las reglas son las siguientes:

- a) Si una de las prestaciones resulta imposible por causas ajenas a la responsabilidad de las partes, o atribuibles a la responsabilidad del acreedor, la obligación se concentra en la restante; si la imposibilidad proviene de causas atribuibles a la responsabilidad del deudor, el acreedor tiene derecho a optar entre reclamar la prestación que es posible o el valor de la que resulta imposible;
- b) Si todas las prestaciones resultan imposibles y la imposibilidad es sucesiva, la obligación se concentra en la última, excepto si la imposibilidad de la primera obedece a causas que comprometan la responsabilidad del deudor; en este caso

el acreedor tiene derecho a reclamar el valor de cualquiera de las prestaciones;

- c) Si todas las prestaciones resultan imposibles por causas atribuibles a la responsabilidad del acreedor, y la imposibilidad es simultánea, el acreedor tiene derecho a elegir con cuál de ellas queda satisfecho y debe al deudor los daños y perjuicios emergentes de la mayor onerosidad que le reporte el pago realizado, si lo son por causas atribuibles a la responsabilidad del deudor; el acreedor tiene derecho a elegir con cuál de ellas queda satisfecho;
- d) Si todas las prestaciones resultan imposibles por causas ajenas a la responsabilidad de las partes, la obligación se extingue.

El art. 783 se refiere a que las opciones previstas en los dos artículos precedentes pueden ser ejercidas por un tercero cuando a éste se le confiere la elección.

El art. 784 establece que, cuando se autoriza la elección respecto de las modalidades y circunstancias, también se aplican las mismas reglas precedentes sobre el derecho de realizar la opción y sus efectos legales.

El art. 785, con relación a las obligaciones de género limitado, es decir, una cosa incierta pero comprendida dentro de un número de cosas, establece que se aplican las mismas reglas.

### *Obligaciones Facultativas*

El art. 786 da el concepto. Es la que tiene una obligación principal y una accesoria. El acreedor sólo puede exigir la

principal, pero el deudor puede liberarse cumpliendo la accesorio. El deudor dispone hasta el momento del pago para ejercitar la facultad de optar. Es el caso de una obligación pactada en moneda extranjera. Tal como establece el art. 765, el deudor puede liberarse entregando la cantidad suficiente de moneda nacional. El tipo de cambio no podrá ser otro que el oficial.

El art. 787 se refiere a la extinción que ocurre cuando la prestación principal resulta imposible, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder.

El art. 788 establece que, en caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por alternativa.

El art. 789 que se refiere a la opción entre modalidades y circunstancias, y la remite a las reglas de las obligaciones alternativas.

***Obligaciones con Cláusula Penal y Sanciones Conminatorias:*** (art. 790/804)

El art. 790 da el concepto de obligaciones con cláusula penal. Es aquella en la que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o no ejecutarla.

El art. 791 se refiere al objeto de la cláusula penal. Puede ser el pago de una suma de dinero o cualquier otra prestación que pueda ser objeto de las obligaciones, bien sea en beneficio del acreedor o de un tercero.

El art. 792 se refiere al incumplimiento de la obligación con cláusula penal. En ese caso debe la

pena si no prueba la causa extraña que suprime la relación causal. De modo que en este caso la responsabilidad es objetiva y, además, está eximido de la prueba del daño, ni la otra parte podrá alegar un daño menor o que no lo ha habido. Además, la eximente del caso fortuito debe ser interpretada y aplicada restrictivamente.

El art. 793 establece que la pena o la multa suple la indemnización de los daños cuando el deudor se constituyó en mora. Por otra parte, el acreedor no tiene derecho a una reparación mayor, aunque pruebe que la pena no es reparación suficiente.

El art. 794 explícitamente agrega que para pedir la pena el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor puede eximirse de satisfacerla, acreditando que el acreedor no sufrió perjuicio alguno.

Sin embargo, los jueces pueden reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor. Es decir, la cláusula penal es relativamente inmutable y puede reducirse en estos casos que recrean las circunstancias que se dan en el vicio de lesión.

El art. 795 establece que en las obligaciones de no hacer, el deudor incurre en la pena desde el momento que ejecuta el acto del cual se obligó a abstenerse.

El art. 796 le da la opción al deudor de cumplir la prestación o la pena, pero sólo si se reservó expresamente este derecho.

El art. 797 da la opción al acreedor de pedir el cumplimiento de la prestación o la pena. No puede pedir el cumplimiento de ambas cosas, a menos que se haya estipulado la pena por el simple retardo o que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal. Esto es muy común en los contratos de locación, en donde se fija una pena para el caso de retardo en la restitución al dueño, pero no obstante el pago de la pena, siempre debe cumplirse la obligación principal de restituir.

El art. 798 establece los casos en que debe resolverse la disminución proporcional de la pena. Son los casos en que el deudor cumple sólo una parte de la obligación o la cumple de un modo irregular o fuera del lugar o del tiempo en que se obligó y el acreedor la acepta. Es lo que se llama cumplimiento defectuoso y en ese caso, habiendo aceptación del acreedor, el juez debe disminuir la pena.

El art. 799 establece la divisibilidad de la cláusula penal. No importa que sea o no divisible la obligación principal, los codeudores o coherederos del deudor sólo deberán su parte proporcional de la cláusula penal, en caso en que ésta sea divisible.

El art. 800 establece que, si la obligación de la cláusula penal es indivisible o si es solidaria aunque divisible, cada uno de los codeudores o de los coherederos del deudor queda obligado a satisfacer la pena

entera. Es una de las consecuencias de la indivisibilidad.

El art. 801 se refiere a la nulidad de la obligación con cláusula penal. En caso de nulidad de la cláusula penal, no es nula la obligación principal, pero si hubiere nulidad de la obligación principal, es nula la cláusula penal. Es la consecuencia de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Sin embargo, se reconoce la excepción en el caso en que la obligación principal con cláusula penal fue contraída por otra persona para el supuesto de que la principal fuese nula por falta de capacidad del deudor. En ese caso es válida la cláusula penal.

El art. 802 marca que la extinción de la obligación principal sin culpa del deudor extingue también la cláusula penal.

El art. 803 establece que la cláusula penal es válida aunque se haya incluido para asegurar el cumplimiento de una obligación no exigible, siempre que no sea reprobada por la ley. Es lo que con anterioridad al presente Código se denominaba obligación natural y hoy se engloba en los llamados deberes morales.

El art. 804 regula las astreintes a las que ya nos referimos. Los jueces pueden imponer en beneficio del titular de un derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se deben graduar en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquel desiste

o de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.

La observancia de los mandatos judiciales impartidos a las autoridades públicas se rige por las normas propias del derecho administrativo.

***Por el objeto:*** Obligaciones divisibles (arts. 805/812)

Obligaciones indivisibles (arts. 813/824)

Las obligaciones son divisibles o indivisibles en tanto tengan o no por objeto prestaciones susceptibles de cumplimiento parcial.

### *Obligaciones Divisibles*

El art. 805 nos entrega el concepto de las obligaciones divisibles. Son las que tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplimiento parcial.

Los requisitos surgen del art. 806. Allí se expresa que la prestación jurídicamente divisible exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) Ser materialmente fraccionable, de modo que cada una de sus partes tenga la misma calidad del todo;
- b) No quedar afectado significativamente el valor del objeto, ni ser antieconómico su uso y goce, por efecto de la división.

El art. 807 prohíbe la división y reafirma el principio de integridad del pago en el caso de deudor y acreedor singulares. Si sólo hay un deudor y un acreedor,

la prestación debe ser cumplida por entero, aunque su objeto sea divisible.

El art. 808 consagra el principio de división. Si la obligación divisible tiene más de un acreedor o más de un deudor, se debe fraccionar en tantos créditos o deudas iguales, como acreedores o deudores haya, siempre que el título constitutivo no determine proporciones distintas. Es decir que primero debe estar-se al principio de división igualitaria. Este principio cede frente a lo que resulte del título constitutivo de la obligación.

Cada una de las partes equivale a una prestación diversa e independiente. Los acreedores tienen derecho a su cuota y los deudores no responden por la insolvencia de los demás. Es decir, en las obligaciones divisibles, cada parte responde por su prestación. A diferencia de las obligaciones solidarias, no hay representación recíproca de los codeudores ni se encuentran coligados los vínculos. Por lo tanto, en nada afecta el incumplimiento de la prestación por parte de un codeudor a otro codeudor ni tampoco en los casos de coacreedores.

El art. 809 marca el límite de la divisibilidad. La divisibilidad de la obligación no puede invocarse por el codeudor a cuyo cargo se deja el pago de toda la deuda. Es decir, en el caso en que tratándose de una obligación divisible y existan varios deudores, convencionalmente se acuerde que un codeudor se hace cargo de toda la deuda, éste no puede invocar la divisibilidad para pretender pagar sólo su parte.

El art. 810 regula el derecho al reintegro. En los casos en que el deudor paga más de su parte en la deuda:

- a) Si lo hace sabiendo que en la demasía paga una deuda ajena, se aplican las reglas de la subrogación por ejecución de la prestación por un tercero;
- b) Si lo hace sin causa, porque cree ser deudor del todo, o porque el acreedor ya percibió la demasía, se aplican las reglas del pago indebido.

El art. 811 fija el principio de participación. La participación entre los acreedores de lo que uno de ellos percibe de más se determina conforme el art. 841. Esto es las reglas de determinación de las cuotas de contribución que se establecen para las obligaciones solidarias. En este caso, las cuotas de contribución se determinan sucesivamente de acuerdo con:

- a) Lo pactado;
- b) La fuente y la finalidad de la obligación o, en su caso, la causa de la responsabilidad;
- c) Las relaciones de los interesados entre sí;
- d) Las demás circunstancias.

Si por aplicación de estos criterios no es posible determinar las cuotas de contribución, se entiende que participan en partes iguales.

El art. 812 prevé que, en caso de solidaridad, a la obligación divisible se le aplicarán las reglas de las obligaciones solidarias.

### *Obligaciones Indivisibles*

El art. 813 nos da el concepto. Son indivisibles las obligaciones no susceptibles de cumplimiento parcial.

El art. 814 expresa los casos de indivisibilidad. Establece que hay indivisibilidad:

- a) Si la prestación no puede ser materialmente dividida;
- b) Si la indivisibilidad es convenida; en caso de duda sobre si se convino que la obligación sea indivisible o solidaria, se considera solidaria;
- c) Si lo dispone la ley.

El art. 815 establece cuales prestaciones se consideraran indivisibles:

- a) De dar una cosa cierta;
- b) De hacer, excepto si han sido convenidas por unidad de medida y el deudor tiene derecho a la liberación parcial;
- c) De no hacer;
- d) Accesorias, si la principal es indivisible.

El art. 816 señala el derecho de los acreedores al pago total. Cada uno de los acreedores tiene derecho de exigir la totalidad del pago a cualquiera de los deudores, o a todos ellos, simultánea o sucesivamente.

El art. 817 establece el derecho a pagar por parte de cualquiera de los codeudores. Cualquiera de los codeudores tiene derecho a pagar la totalidad de la deuda a cualquiera de los acreedores.

Del juego de ambos artículos surge que se ha dejado de lado el llamado ***“principio de prevención”***. Este establece que el coacreedor que demanda el pago de la deuda a uno de los codeudores tiene derecho a que el pago le sea hecho a él; por su parte, el codeudor demandado es quien debe pagar la deuda y solo puede hacerlo en favor del acreedor que previno. Con la redacción de los dos artículos precedentes, el principio de prevención ya no juega en principio en las obligaciones

indivisibles como criterio general. Sólo por vía de remisión, cuando se aplican subsidiariamente las reglas de las obligaciones solidarias, el principio de prevención rige para la solidaridad activa, como más adelante veremos.

El otro principio que juega en las obligaciones indivisibles es el “*principio de propagación*”. Consiste en que los hechos ocurridos entre uno de los coacreedores y uno de los codeudores, relacionados con el cumplimiento de la prestación debida, producen efectos entre ellos y, por extensión, respecto de los demás coacreedores y codeudores. Pero, contrariamente, no se propagan los efectos de los hechos independientes de la prestación ocurridos entre uno de los acreedores y uno de los deudores, pues estos efectos sólo son válidos entre ellos. Es decir que, si uno de los codeudores paga la deuda, los efectos del pago se propagan a los demás. En cambio, si litigan uno de los coacreedores con uno de los codeudores, la cosa juzgada sólo afecta a los litigantes. Este principio sigue vigente, como se desprende de los artículos siguientes.

El art. 818 se refiere a los modos extintivos. La unanimidad de los acreedores es requerida para extinguir el crédito por transacción, novación, dación en pago y remisión. Igual recaudo exige la cesión del crédito. No así la compensación.

El art. 819 fija la responsabilidad de cada codeudor en donde no se propagan los efectos de los hechos independientes de la prestación. La mora de uno de los deudores o de uno de los acreedores y los

factores de atribución de responsabilidad de uno u otro no perjudican a los demás.

El art. 820 fija el criterio de contribución, pues si uno de los codeudores paga la totalidad de la deuda, por el principio de propagación, los efectos del pago se propagan a todos los codeudores. La deuda queda extinguida frente al o a los acreedores. Pero ese codeudor que pagó, o bien reparó la totalidad de los daños o bien realizó gastos en interés común, tiene derecho a reclamar a los demás la contribución del valor de lo que ha invertido en interés de ellos, con los alcances que determina el art. 841. Es decir, en este caso, el pago no libera a todos los codeudores que quedan obligados a contribuir al deudor que ha pagado. Y se remite a lo que dispone el referido artículo. Esto es, las reglas de determinación de las cuotas de contribución que se establecen para las obligaciones solidarias. En este caso, las cuotas de contribución se determinan sucesivamente de acuerdo con:

- e) Lo pactado;
- f) La fuente y la finalidad de la obligación o, en su caso, la causa de la responsabilidad;
- g) Las relaciones de los interesados entre sí;
- h) Las demás circunstancias.

Si por aplicación de estos criterios no es posible determinar las cuotas de contribución, se entiende que participan en partes iguales.

El art. 821 fija el criterio de participación. Es el mismo principio que se ve desde el ángulo opuesto. Si uno de los acreedores recibe la totalidad del crédito

o de la reparación de los daños, o más que su cuota, los demás tienen derecho a que se les pague el valor de lo que les corresponde conforme a la cuota de participación de cada uno de ellos, con los alcances que determina el art. 841.

Tienen igual derecho si el crédito se extingue total o parcialmente, por compensación legal.

Recordemos que se refiere a la aplicación de las reglas de determinación de las cuotas de contribución que se establecen para las obligaciones solidarias. En este caso, las cuotas de contribución se determinan sucesivamente de acuerdo con:

- i) Lo pactado;
- j) La fuente y la finalidad de la obligación o, en su caso, la causa de la responsabilidad;
- k) Las relaciones de los interesados entre sí;
- l) Las demás circunstancias.

Si por aplicación de estos criterios no es posible determinar las cuotas de contribución, se entiende que participan en partes iguales.

El art. 822 se refiere a la prescripción extintiva. En este caso rige el principio de propagación. La prescripción extintiva cumplida es invocable por cualquiera de los deudores contra cualquiera de los acreedores.

La interrupción y la suspensión del curso de la prescripción extintiva se rigen por lo dispuesto en el Libro Sexto. Aquí el Código Civil y Comercial se ocupa de las disposiciones comunes los derechos reales y personales, especialmente lo que hace a la prescripción y caducidad.

El art. 823 establece que las normas referidas a obligaciones solidarias son subsidiarias, es decir, se aplican subsidiariamente a las obligaciones indivisibles.

El art. 824 se refiere a la indivisibilidad impropia. Las obligaciones indivisibles propiamente dichas presentan dos características. a) Que no pueden ser fraccionadas y b) Que cualquiera de los codeudores está obligado frente a cualquiera de los acreedores al cumplimiento íntegro de la prestación. La indivisibilidad impropia se da cuando se cumple la característica a), es decir que no puede ser fraccionada la prestación, pero no se cumple la característica b), es decir que no se puede reclamar a cualquiera de los deudores o por parte de cualquiera de los acreedores el cumplimiento íntegro de la prestación.

Por ejemplo, cuando actúa un equipo médico para una operación, el anestesista debe cumplir su prestación, el cirujano la suya y los ayudantes de cirugía las suyas. El paciente no puede fraccionar sus requerimientos, pues él necesita ser operado y, por lo tanto, todos deben cumplir sus prestaciones. Pero no puede exigirle a uno de ellos que cumpla por entero la totalidad de la prestación, es decir que haga todo lo referido a la operación, pues no podría hacerlo. Es decir, la obligación de llevar adelante la operación no puede fraccionarse, pero no es posible exigírsela a uno solo de ellos, sino que a cada uno solamente puede exigirse su propia prestación

Lo mismo se da en el caso de una obligación de escriturar si se la venta la otorgan dos o más condóminos. No se puede exigir que uno de ellos cumpla

con toda la prestación, pues deben firmar todos los condóminos la escritura.

El efecto principal de la indivisibilidad impropia es que los acreedores o los deudores deben actuar conjuntamente.

El art. 824 establece que las disposiciones de este párrafo se aplican a las obligaciones cuyo cumplimiento sólo puede ser exigido por todos los acreedores en conjunto o realizado por todos los deudores en conjunto, excepto las que otorgan a cada uno el derecho de cobrar o pagar individualmente. Quiere decir que se aplican las reglas de la indivisibilidad propiamente dicha a la indivisibilidad impropia, contrariamente a lo que disponía el Código Civil de Vélez Sarsfield.

***Por el sujeto:*** Sujeto simple

Sujeto plural: Simplemente mancomunadas (arts. 825/826)

Obligaciones solidarias (arts. 827/849)

Obligaciones concurrentes (arts. 850/852)

Falsa pluralidad: Disyuntivas (arts. 853/855)

### *Obligaciones Simplemente Mancomunadas*

El art. 825 nos da el concepto. La obligación simplemente mancomunada es aquella en la que el crédito o la deuda se fracciona en tantas relaciones particulares independientes entre sí como acreedores

o deudores haya. Las cuotas respectivas se consideran deudas o créditos distintos unos de los otros.

El art. 826 establece los efectos. En lugar de establecer un régimen propio, como hacía el Código Civil de Vélez Sarsfield, expresa que los efectos de la obligación simplemente mancomunada se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles o indivisibles, según sea su objeto.

### *Obligaciones Solidarias*

El art. 827 nos da el concepto. Hay solidaridad en las obligaciones con pluralidad de sujetos y originadas en una causa única cuando, en razón del título constitutivo o de la ley, su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores, por cualquiera de los acreedores.

El art. 828 se refiere a las fuentes de la solidaridad, ya que la misma no se presume. La solidaridad debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación.

El art. 829 le da categoría normativa al fundamento principal de la solidaridad. Cuando hay solidaridad es porque se considera que existe representación recíproca de los coobligados o de los coacreedores. El artículo, en consecuencia, establece claramente que con sujeción a los dispuesto en este párrafo y en los dos siguientes, se considera que cada uno de los co-deudores solidarios, en la solidaridad pasiva, y cada uno de los coacreedores, en la solidaridad activa, representa a los demás en los actos que realiza como tal.

Por lo tanto, los caracteres de la solidaridad son los siguientes:

- a) Es excepcional, pues surge inequívocamente de la ley o del título.
- b) Cualquier acreedor tiene derecho a demandar la totalidad del crédito a cualquiera de los deudores y viceversa.
- c) Existe pluralidad de vínculos coligados. Es decir, cada deudor se relaciona con cada acreedor y cada acreedor se relaciona con cada deudor de modo independiente. Pero esa independencia no es absoluta, ya que en virtud de la representación recíproca de los codeudores entre sí o de los coacreedores, los vínculos están coligados. En virtud de ello ciertos actos ciertos actos otorgados en favor de uno de los sujetos propagan sus efectos a los demás.

Este principio de propagación en las obligaciones solidarias se plasma en diversas normas del Código Civil y Comercial. Por ello, las normas establecen en qué casos se propagan efectos y en qué casos no.

El art. 830 se refiere a las circunstancias de los vínculos y establece que la incapacidad y la capacidad restringida de alguno de los acreedores o deudores solidarios no perjudica ni beneficia la situación de los demás; tampoco la existencia de modalidades a su respecto.

El art. 831 se refiere a las defensas. Cada uno de los deudores puede oponer al acreedor las defensas comunes a todos ellos.

Las defensas personales pueden oponerse exclusivamente por el deudor o acreedor a quien correspondan, y sólo tienen valor frente al coacreedor a quien se refieran. Sin embargo pueden expandir limitadamente sus efectos hacia los demás codeudores, y posibilitar una reducción del monto total de la deuda que se les reclama, hasta la concurrencia de la parte perteneciente en la deuda al codeudor que las puede invocar.

De modo que los pagos parciales propagan efectos, de la misma manera que lo hace el pago total.

El art. 832 se refiere a la cosa juzgada. La sentencia dictada contra uno de los codeudores no es oponible a los demás, pero estos pueden invocarla cuando no se funda en circunstancias personales del codeudor demandado.

Es decir, existe una selectiva propagación de efectos en este caso.

Por otra parte, el deudor no puede oponer a los demás coacreedores la sentencia obtenida contra uno de ellos; pero los coacreedores pueden oponerla al deudor, sin perjuicio de las excepciones personales que éste tenga frente a cada uno de ellos.

También en este caso existe una selectiva propagación de efectos.

### *Solidaridad Pasiva*

El art. 833 establece el derecho a cobrar, que es la principal finalidad de la solidaridad pasiva. El

acreedor tiene derecho a requerir el pago a uno, a varios o a todos los codeudores, simultánea o sucesivamente.

El art. 834 se refiere al derecho a pagar, que es la contracara. Cualquiera de los deudores solidarios tiene derecho a pagar la totalidad de la deuda, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 837, que establece la posibilidad de renunciar a la solidaridad en beneficio de uno sólo de los deudores.

El art. 835 se refiere a los modos extintivos, especialmente como se aplica el principio de propagación de efectos. Con sujeción a disposiciones especiales, los modos extintivos inciden, según el caso, sobre la obligación, o sobre la cuota de algún deudor solidario, conforme a las siguientes reglas:

- a) La obligación se extingue en el todo cuando alguno de los deudores solidarios paga la deuda.
- b) La obligación también se extingue en el todo si el acreedor renuncia a su crédito en favor de uno de los deudores solidarios, o si se produce novación, dación en pago o compensación entre el acreedor y uno de los deudores solidarios;
- c) La confusión entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sólo extingue la cuota de la deuda que corresponde a éste. La obligación subsistente conserva el carácter solidario;
- d) La transacción hecha con uno de los codeudores solidarios, aprovecha a los otros, pero no puede serles opuesta.

El art. 836 se refiere a la extinción absoluta de la solidaridad. Si el acreedor, sin renunciar al crédito, renuncia expresamente a la solidaridad en beneficio de todos los deudores solidarios, consintiendo la división de la deuda, ésta se transforma en simplemente mancomunada.

El art. 837 se refiere a la extinción relativa de la solidaridad. Si el acreedor, sin renunciar al crédito, renuncia expresa o tácitamente a la solidaridad en beneficio de uno solo de los deudores solidarios, la deuda continúa siendo solidaria respecto de los demás, con deducción de la cuota correspondiente al deudor beneficiario.

El art. 838 se refiere a la responsabilidad y la propagación de los efectos de la mora, la imposibilidad de cumplimiento y el dolo. La mora de uno de los deudores solidarios perjudica a los demás. Si el cumplimiento se hace imposible por causas imputables a un codeudor, los demás responden por el equivalente de la prestación debida y la indemnización de daños y perjuicios. Las consecuencias propias del incumplimiento doloso de uno de los deudores no son soportadas por los otros.

El art. 839 se refiere a la interrupción y suspensión de la prescripción. La interrupción y la suspensión del curso de la prescripción extintiva se rigen por lo dispuesto en el Título I Libro Sexto. Aquí el Código Civil y Comercial se ocupa de las disposiciones comunes los derechos reales y personales, especialmente lo que hace a la prescripción y caducidad.

El art. 840 fija el principio de contribución. El deudor que efectúa el pago puede repetirlo de los demás codeudores según la participación que cada uno tiene en la deuda.

La acción de regreso no procede en caso de haberse remitido gratuitamente la deuda.

El art. 841 fija la determinación de la cuota de contribución. En este caso, las cuotas de contribución se determinan sucesivamente de acuerdo con:

- a) Lo pactado;
- b) La fuente y la finalidad de la obligación o, en su caso, la causa de la responsabilidad;
- c) Las relaciones de los interesados entre sí;
- d) Las demás circunstancias.

Si por aplicación de estos criterios no es posible determinar las cuotas de contribución, se entiende que participan en partes iguales.

El art. 842 se refiere al caso de insolvencia de uno de los coobligados solidarios. En este caso la cuota correspondiente es cubierta por todos los obligados.

El art. 843 se refiere a la muerte de un deudor. Si muere uno de los deudores solidarios y deja varios herederos, la deuda ingresa en la masa indivisa y cualquiera de los acreedores puede oponerse a que los bienes se entreguen a los herederos o legatarios sin haber sido previamente pagado. Después de la partición, cada heredero está obligado a pagar según la cuota que le corresponde en el haber hereditario.

### *Solidaridad Activa*

El art. 844 establece el derecho al cobro. El acreedor o cada acreedor o todos ellos conjuntamente pueden reclamar al deudor la totalidad de la obligación.

El art. 845 establece el principio de prevención, que rige para la solidaridad activa y no fue incluido en el Código Civil y Comercial para la solidaridad pasiva, pese a ser un principio universal. Si uno de los acreedores solidarios ha demandado judicialmente el cobro al deudor, el pago sólo puede ser hecho por éste al acreedor demandante. Insistimos, no se ha establecido el principio de prevención en el caso de la solidaridad pasiva, es decir cuando se demanda el pago a uno de los deudores solidarios, en ese caso sólo ese deudor puede pagar la deuda, no los demás, ya que sólo el demandado es el que tiene el *ius solvendi* de la deuda. Esperemos que la jurisprudencia interprete este vacío legal.

El art. 846 se refiere a los modos extintivos y cómo se propagan los efectos. Se establece que, sujeto a disposiciones especiales, los modos extintivos inciden -según el caso- sobre la obligación, o sobre la cuota de algún acreedor solidario, conforme a las siguientes reglas:

- a) La obligación se extingue en el todo cuando uno de los acreedores solidarios recibe el pago del crédito;
- b) En tanto alguno de los acreedores solidarios no haya demandado el pago al deudor, la obligación también se extingue en el todo si uno de ellos renuncia a su crédito en favor del deudor, o si se produce novación, dación en pago o compensación entre uno de ellos y el deudor;
- c) La confusión entre el deudor y uno de los acreedores solidarios sólo extingue la cuota del crédito que corresponde a éste;
- d) La transacción hecha por uno de los coacreedores solidarios con el deudor no es oponible a los otros acreedores, excepto que estos quieran aprovecharse de esta.

El art. 847 se refiere al principio de participación que se da en la solidaridad activa. A diferencia de la solidaridad pasiva, que rige el principio de contribución, aquí rige este otro principio. Los acreedores solidarios tienen derecho a la participación con los siguientes alcances:

- a) Si uno de los acreedores solidarios recibe la totalidad del crédito o de la reparación del daño, o más que su cuota, los demás tienen derecho a que se les pague el valor de lo que les corresponde conforme a la cuota de participación de cada uno;
- b) En los casos del inciso b) del artículo 846 que es cuando alguno de los acreedores solidarios no haya demandado el pago al deudor, la obligación también se extingue en el todo si uno de ellos renuncia a su crédito en favor del deudor, o si se produce novación, dación en pago o compensación entre uno de ellos y el deudor; en ese caso los demás acreedores solidarios tienen derecho a la participación, si hubo renuncia al crédito o compensación legal por la cuota de cada uno en el crédito original; si hubo compensación convencional o facultativa, novación, dación en pago o transacción, por la cuota de cada uno en el crédito original, o por la que correspondería a cada uno conforme a lo resultante de los actos extintivos, a su elección;
- c) El acreedor solidario que realiza gastos razonables en interés común tiene derecho a reclamar a los demás la participación en el reembolso de su valor.

El art. 848 se refiere a las cuotas de participación. Las mismas también se determinan conforme a las reglas del art. 841, que recordemos que establece las reglas de

determinación de las cuotas de contribución para las obligaciones solidarias. En este caso, las cuotas de contribución se determinan sucesivamente de acuerdo con:

- m) Lo pactado;
- n) La fuente y la finalidad de la obligación o, en su caso, la causa de la responsabilidad;
- o) Las relaciones de los interesados entre sí;
- p) Las demás circunstancias.

Si por aplicación de estos criterios no es posible determinar las cuotas de contribución, se entiende que participan en partes iguales.

El art. 849 fija el supuesto de muerte de uno de los acreedores. En ese caso, el crédito se divide entre sus herederos en proporción a su participación en la herencia. Después de la partición, cada heredero tiene derecho a percibir según la cuota que le corresponde en el haber hereditario.

### *Obligaciones Concurrentes*

No eran admitidas en nuestro Derecho, sin embargo la doctrina las contemplaba.

Son las obligaciones de solidaridad imperfecta o “*in solidum*”.

Los caracteres son:

- Identidad de acreedor
- Identidad de objeto
- Diversidad de deudores
- Diversidad de causas de deber
- Generación de deudas distintas, a diferencia de las solidarias en las cuales la deuda es única.

Ej.: A da en comodato un libro a B. Ante un descuido, lo roba C. A (único acreedor) tiene el derecho de reclamar la indemnización (único objeto) a B (comodatario) o a C (ladrón), en virtud del contrato de comodato a B y en virtud del hecho ilícito a C (diversidad de causas). Las deudas son distintas.

El deudor que paga tiene acción de regreso contra el otro obligado, salvo que haya sido responsable a título personal (ej., el ladrón).

Una vez que el acreedor cobra de uno de los dos obligados carece de derecho a pretender el pago de los demás.

Casos:

- Sustracción de una cosa dada en comodato.
- Daño causado por el hecho ilícito del dependiente: Responden el autor del daño y el principal.
- Daño causado por hijos bajo responsabilidad parental: Responden sus padres solidariamente, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda haber a los hijos.
- Daño producido utilizando una cosa ajena: Responden el guardián que utiliza la cosa y el dueño.
- Daño causado a una cosa asegurada: Responde el causante del daño y la compañía de seguros.

## Comparación

	Obligaciones Concurrentes	Obligaciones Solidarias
Deudas	Varias deudas	Una sola deuda
Acreedor	Identidad (único)	Uno o varios
Deudor	Varios	Uno o varios
Causa	Diversidad	Unidad
Prescripción	La interrupción no propaga efectos	La interrupción sí propaga efectos
Mora	No propaga efectos	Sí propaga efectos
Rel. Interna	No existe contribución	Existe contribución
Pago c/subro	No hay subrogación	Sí hay para quien paga Gación

## REFORMA

El art. 850 entrega el concepto: Varios deudores deben el mismo objeto en función de causas diferentes.

Art. 851: Se refiere a los efectos:

Principal - El acreedor tiene derecho a exigir el pago a uno, a varios o a todos los codeudores, simultánea o sucesivamente.

Con relación a la satisfacción del acreedor:

- Si paga un deudor, la obligación se extingue para todos. Es decir que el pago propaga efectos al igual que las obligaciones solidarias.
- Si hay dación en pago, transacción, novación o compensación y se satisface íntegramente el interés del acreedor, la obligación se extingue para todos. Aquí es igual que en las solidarias. Además, en las solidarias, la transacción celebrada con uno de los deudores, aprovecha a todos. Pero, inversamente no puede serle opuesta.

Con relación a otros modos extintivos, que no satisfacen al acreedor:

- Tanto la confusión como la renuncia al crédito con respecto a uno de los obligados concurrentes no extingue la deuda de los otros. Ej., Daño causado por un hermano menor. Si muere el padre y hay confusión, la deuda queda totalmente vigente con respecto al hermano. Lo mismo en caso de remisión de deuda en favor del padre. Se diferencia con las solidarias ya que la renuncia con respecto a uno de los obligados extingue toda la obligación y la confusión sólo extingue la cuota de la deuda que corresponde a ese deudor.

La prescripción cumplida, la interrupción y la suspensión de su curso no propagan efectos. Se diferencia de las solidarias en las que sí se propagan los efectos.

Otras situaciones:

- La mora de uno de los deudores concurrentes no propaga efectos, a diferencia de las solidarias en las que sí se propagan.

-La sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada contra uno de los deudores no es oponible a los demás. Es decir que el acreedor debe demandar a cada uno para oponerle la sentencia. Sin embargo, los demás pueden oponer esa sentencia cuando no se funda en circunstancias personales del deudor demandado. Esto funciona igual que en las obligaciones solidarias.

-La acción de contribución del deudor que paga la deuda, contra los otros obligados concurrentes, se rige por las relaciones causales que rigen la concurrencia.

Art. 852: Normas subsidiarias: Se aplican las reglas de las obligaciones solidarias.

### *Obligaciones Disyuntivas*

Las obligaciones de sujeto plural pueden ser conjuntivas o disyuntivas. En las conjuntivas, que son las simplemente mancomunadas o las solidarias, los sujetos se vinculan por medio de la cópula “y”. De ese modo concurren todos al pago o al cobro de la deuda. En cambio, en las disyuntivas los sujetos se vinculan por la conjunción “o”, de modo que se excluyen entre sí. Ser uno u otro el que deba pagar o el que deba cobrar y los demás quedan eliminados del vínculo obligacional.

El art. 853 da los alcances de esta clase de obligaciones. Si la obligación debe ser cumplida por uno de varios sujetos, excepto estipulación en contrario, el acreedor elige cuál de ellos debe realizar el pago. Mientras el acreedor no demande a uno de los sujetos, cualquiera de ellos tiene derecho de pagar. El que paga no tiene derecho de exigir contribución o reembolso de los otros sujetos obligados.

El art. 854 se refiere a la disyunción activa. Si la obligación debe ser cumplida en favor de uno de varios sujetos, excepto estipulación en contrario, el deudor elige a cuál de estos realiza el pago. La demanda de uno de los acreedores al deudor no extingue el derecho de éste a pagar a cualquiera de ellos. El que recibe el pago no está obligado a participarlo con los demás. Como se ve, el principio de prevención no rige en este tipo de obligaciones.

El art. 855 se refiere a las reglas aplicables. Subsidiariamente se aplican las reglas de las obligaciones simplemente mancomunadas.

***Por la interdependencia:*** Principales y accesorias (arts. 856/857)

El art. 856 nos da la definición. Obligaciones principales son aquellas cuya existencia, régimen jurídico, eficacia y desarrollo funcional son autónomos e independientes de cualquier otro vínculo obligacional. Los derechos y obligaciones son accesorios a una obligación principal cuando dependen de ella en cualquiera de los aspectos precedentemente indicados, o cuando resultan esenciales para satisfacer el interés del acreedor.

El art. 857 señala los efectos. La extinción, nulidad o ineficacia del crédito principal, extinguen los derechos y obligaciones accesorios, excepto disposición legal o convencional en contrario. No es más que la aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

## **RENDICIÓN DE CUENTAS:**

### ***Concepto:***

La rendición de cuentas es la demostración ordenada y documentada, mediante la que una persona explica a otra las operaciones y el resultado de una actividad determinada, mientras que las cuentas son los registros de esa actividad.

En todos los supuestos de gestión de negocios ajenos, se deben rendir cuentas de esas gestiones, cualquiera sea su carácter.

### ***Código Civil de Vélez Sarsfield:***

En el régimen derogado no existía una regulación de este tipo, aunque la rendición de cuentas se encontraba tratada en varios artículos dispersos y respecto de situaciones especiales (arts. 458 a 467 del Código Civil sobre las cuentas de la Tutela, en el art. 475 del mismo Código respecto de la Curatela, en los arts. 1909 y sgtes. respecto de mandatario, etc.; y en arts. 68 a 74 del Código de Comercio).

### **Reforma:**

El nuevo artículo 858 del Código Civil define a la rendición de cuentas al disponer: “se entiende por cuenta la descripción de los antecedentes, hechos y resultados pecuniarios de un negocio, aunque consista en un acto singular”.

Luego agrega la norma: “Hay rendición de cuentas cuando se las pone en conocimiento de la persona interesada, conforme a lo dispuesto en los artículos siguientes”.

Esta definición y su tratamiento autónomo es una novedad del nuevo Código Civil que resulta muy importante para ordenar y sistematizar la normativa legal.

En el artículo 859 del nuevo Código se establecen los requisitos para la rendición de cuentas, de manera sistematizada, los que eran considerados procedentes tanto por la jurisprudencia como por la doctrina en general.

La rendición de cuentas debe ser hecha de modo descriptivo y documentado (art. 859 inc. a), incluir referencias y explicaciones razonablemente necesarias para su comprensión (inc. b), acompañar los comprobantes de los ingresos y de los egresos, excepto que sea de uso no extenderlos (inc. c), y concordar con los libros que lleve quien las rinda (inc. d).

En el artículo 860 del nuevo régimen legal se establece expresamente quiénes deben rendir cuentas; quiénes actúan en interés ajeno, aunque sea en nombre propio (inc. a); quiénes son parte en relaciones de ejecución continuada, cuando la rendición es apropiada a la naturaleza del negocio (inc. b) y quiénes deben hacerlo por disposición legal (inc. c).

La rendición de cuentas debe ser efectuada en la oportunidad estipulada por las partes (art. 861), al concluir el negocio (inc. a) o, si el negocio es de ejecución continuada, también al concluir cada uno de los períodos o al final de cada año calendario (inc. b).

La aprobación de las cuentas puede ser expresa o tácita según el nuevo artículo 862 (si transcurrió el plazo convenido o el fijado por ley y no se observaron, o el de treinta días de presentadas en debida forma).

Algo novedoso resulta ser la inclusión del artículo 863 en cuanto acepta la opinión doctrinaria de que si se presta conformidad con una rendición de cuentas sin reservas por un período determinado, se presume la aprobación de los períodos anteriores.

Por último, el nuevo artículo 864 dispone que una vez aprobadas las cuentas, el saldo debe ser pagado en el plazo convenido o el dispuesto por ley, o, en su defecto, en diez días (inc. a), y el obligado a rendirlas debe devolver al interesado los títulos y documentos que le hayan sido entregados, excepto las instrucciones de carácter personal.

## **MORA:**

### *Concepto:*

Si bien no resulta sencillo dar una adecuada definición de lo que se entiende por mora, siguiendo a Alterini consideramos que mora es el estado en el cual el incumplimiento material se hace jurídicamente relevante.

Llambías explica que toda disconformidad de conducta entre lo obrado y lo debido importa incumplimiento material del deudor. Pero ello no es suficiente para que produzca efectos jurídicos, para lo cual se requiere que la situación pase al estado de mora, consistente en una creencia compartida por acreedor y deudor acerca del incumplimiento en que éste ha incurrido.

Con la finalidad de regular esta situación, el codificador ha definido los distintos supuestos para que pueda considerarse un estado de mora, en el modo de su constitución que difiere generalmente dependiendo el tipo de obligación.

De allí la importancia para el derecho, toda vez que el incumplimiento material se hace jurídicamente relevante cuando promedia la constitución en mora.

El incumplimiento de una obligación puede ser total y absoluto, o puede ser relativo cuando el deudor cumple pero con un defecto en el tiempo, modo o lugar convenidos.

### ***Requisitos:***

- 1) dicho incumplimiento;
- 2) que sea imputable al deudor;
- 3) que el deudor esté constituido en mora;

### ***Modos de constitución en mora:***

- 1) Automática: la mora se produce por el solo vencimiento del plazo determinado en la obligación, sin necesidad de interpelación;
- 2) Interpelación: es la exigencia categórica que realiza el acreedor a los efectos de constituir en mora al deudor de una obligación.

### ***Interpelación. Formas de interpelar:***

La interpelación es un acto jurídico porque se persiguen consecuencias jurídicas, unilateral porque se necesita únicamente la voluntad de una sola persona y recepticio pues la finalidad es que la reciba el deudor interpelado.

Se puede interpelar:

- 1) Extrajudicialmente: puede concretarse por cualquier medio (teléfono, mail, etc.), pero lo importante es que se realice a través de un medio susceptible de comprobación ulterior en sede judicial (carta documento, acta notarial, etc.).
- 2) Judicialmente: en este caso la interpelación es ordenada por un juez e interviene en su cumplimiento un Oficial de Justicia mediante la intimación de pago.

### ***Efectos de la mora del deudor:***

- 1) Apertura de las acciones de responsabilidad (cuando el deudor incurre en mora el acreedor puede optar por pretender judicialmente la ejecución forzada, o la ejecución por otro, o reclamar la indemnización correspondiente).
- 2) Indemnización del daño moratorio (el deudor es responsable por los daños e intereses como consecuencia del incumplimiento de la obligación).
- 3) Imputación del caso fortuito (el deudor moroso soporta el caso fortuito).
- 4) Inhabilidad para constituir en mora (en las obligaciones correlativas el moroso no puede constituir en mora a la otra parte).
- 5) Operatividad de la cláusula resolutoria en los contratos bilaterales, que es implícita según los nuevos artículos 1087 y 1088 inc. b.
- 6) Pérdida de la facultad de arrepentirse, en caso de que las partes hayan pactado la facultad de arrepentirse, en caso de mora, quien entregó la señal la pierde en beneficio de la otra parte, y quien la recibió, debe restituirla doblada (nuevo artículo 1059 del Código Civil y Comercial de la Nación).
- 7) Facultad de exigir la prestación o la pena, no ambas sino una sola a su arbitrio (artículo 797 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación).

### ***Cesación de la mora del deudor:***

- a) Por el pago efectuado por el deudor o la consignación judicial.
- b) Por la renuncia del acreedor a hacer valer sus derechos (esta renuncia puede ser expresa o tácita).
- c) Por imposibilidad de pago.

### ***Mora del acreedor:***

Si bien en general el instituto de la mora se aplica ante el incumplimiento del deudor, puede llegar a suceder que el incumplidor sea el acreedor.

Por ejemplo, por falta de cooperación del acreedor a recibir el pago, que imposibilita con su proceder el cumplimiento de la obligación. En este caso debe existir un ofrecimiento de pago real e incondicionado por parte del deudor y una negativa injustificada del acreedor.

### ***Código Civil de Vélez Sarsfield:***

En el artículo 509 del Código Civil anterior se había establecido el principio general según el cual debe mediar requerimiento judicial o extrajudicial por parte del acreedor para que el deudor incurra en mora. Esto quiere decir que no existía mora sin interpelación.

La reforma establecida por la ley 17.711 abandonó el criterio anterior y estableció distintos supuestos: si hay un plazo convenido el deudor incurre en mora por el solo vencimiento de la deuda (1º párrafo del art. 509 del Cód. Civ. aplicable según la mayoría de la doctrina para obligaciones

de plazo cierto); en cambio, en el 2º párrafo del artículo mencionado se regulaba la mora para los casos de obligaciones de plazo tácito, o sea cuando la naturaleza y circunstancias de la obligación daban a entender que existía un plazo tácito para el cumplimiento de la deuda, en cuyo caso el acreedor debía interpelar al deudor.

El inc. 3º regulaba las obligaciones sin plazo, el que quedaba sujeto a fijación por parte del juez, y el inc. 4º eximía de responsabilidad al deudor por las derivaciones de la mora, si éste probaba que no le era imputable.

### **Reforma:**

Se consagra expresamente la regla general de la mora automática del deudor, la que se produce por el solo vencimiento del plazo fijado para su cumplimiento (art. 886).

En consecuencia, operado el vencimiento de la obligación, el deudor se encuentra en mora sin que sea necesaria actuación alguna del acreedor.

También se introduce en el mismo artículo la mora del acreedor, para el supuesto de que el deudor de una obligación sujeta a plazo tácito, o indeterminado propiamente dicho, le efectúe una oferta de pago y aquél se rehusase injustificadamente a recibirlo.

Como toda regla general siempre tiene excepciones, se regulan expresamente dos supuestos de excepción a la regla general de la mora automática, las obligaciones sujetas a plazo tácito en las que el acreedor debe interpelar al deudor; y en las obligaciones sujetas a plazo indeterminado propiamente dicho en las que el acreedor debe requerir judicialmente la fijación del plazo para el cumplimiento.

En ese sentido, se mantiene el criterio del código derogado respecto de las obligaciones sujetas a plazo tácito, cuando el plazo resultase de la naturaleza y circunstancias de la obligación, y se agrega que será en la fecha que conforme a los usos y a la buena fe deba cumplirse (art. 887).

En cuanto a las obligaciones sujetas a plazo indeterminado, se mantiene la misma regulación del Código derogado, toda vez que debe fijarse judicialmente, salvo en el caso en que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y cumplimiento (art. 887).

Se modifica la expresión “procedimiento sumario” por “procedimiento más breve que prevea la ley local”, lo que resulta positivo, atento a que el procedimiento sumario en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ha sido derogado por la ley 25.488, al margen del procedimiento que pueda encontrarse regulado en las distintas jurisdicciones.

En el artículo 887 se establece que en caso de duda se entenderá que el plazo es tácito, regulación que recepta la mayoría de la doctrina y jurisprudencia.

### ***Eximición:***

En el artículo 888 se mantiene el criterio adoptado por el Código Civil, pero con una redacción más ordenada y sistematizada, estableciendo que para eximirse de toda consecuencia jurídica derivada de la mora, el deudor deberá probar que no le es imputable, cualquiera sea el lugar de pago de la obligación, zanjando con esta última aclaración la discusión sobre los casos en que el lugar de pago sea el domicilio del deudor.

## **MODOS DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES:**

### **PAGO:**

#### ***Concepto:***

El pago es el cumplimiento por excelencia de la obligación y, por ende, su modo de extinción natural ya que pone fin a la relación jurídica satisfaciendo el interés del acreedor. Hay pago cuando el deudor realiza la prestación debida a favor del acreedor, que comporta al mismo tiempo la extinción de la obligación.

#### ***Definición:***

El artículo 725 del Código Civil de Vélez Sarsfield establecía el pago como “el cumplimiento de la prestación que hace el objeto de la obligación, ya se trate de una obligación de hacer, ya de una de dar”. La doctrina en forma unánime consideraba que se había omitido consignar a las obligaciones de no hacer, ya que la abstención debida también constituía el cumplimiento de la obligación.

En el artículo 865 del nuevo Código se mantiene el concepto de pago como “cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación”, pero se excluye la mención a las obligaciones de hacer y de dar, cuya distinción resultaba superflua.

En cuanto a la naturaleza jurídica, el nuevo artículo 866 termina con una controvertida discusión al respecto, al considerar el pago como un acto jurídico (antes la doctrina debatía sobre si se trataba de un hecho jurídico, acto jurídico, acto debido, entre otras posibilidades).

### ***Los sujetos del pago son:***

- 1) El sujeto activo o *solvens*, que es el que se encuentra legitimado para cumplir con la prestación (el deudor o en algunos casos un tercero).
- 2) Sujeto pasivo o *accipiens*, que es el que recibe el pago (el acreedor, el acreedor aparente, etc.).

### ***Objeto del pago:***

El objeto del pago es coincidente con la prestación comprometida, o sea, consiste en el cumplimiento de la dicha prestación. De allí que habrá pago si el deudor cumple con el plan prestacional asumido.

Para que se cumpla con el pago deben reunirse cuatro requisitos fundamentales o principios llamados de identidad, integridad, puntualidad y localización, que son incluidos expresamente en el artículo 867 del nuevo Código:

- 1) **Identidad:** Se requiere que el pago sea idéntico a la prestación asumida. Esto significa que lo que se entrega como pago debe ser exactamente lo mismo que se adeuda, salvo en el caso de las excepciones facultativas ya que en ellas el deudor puede cancelar una deuda sustituyendo una cosa por otra por encontrarse así convenidos. En el nuevo Código se regula en el artículo 868, manteniendo el mismo criterio en cuanto a que el deudor debe entregar la misma cosa que se obligó y el acreedor no está obligado a recibir una cosa por otra, aunque sea de igual o mayor valor (art. 740 del Código anterior anterior).
- 2) **Integridad:** Se requiere que el pago sea íntegro, o sea total. Esto significa que el pago debe cumplirse en su

totalidad; igualmente el acreedor puede aceptar pagos parciales, en el caso de una deuda en parte líquida y en parte ilíquida se puede pactar la líquida como excepción al principio y luego determinar la cuantía de la ilíquida. En el nuevo Código se regula en el artículo 869, manteniendo el mismo criterio del Código derogado, en cuanto a que el acreedor no está obligado a recibir pagos parciales, pero puede aceptarlos. A su vez, se mantiene como excepción el supuesto de una obligación que tuviese parte líquida y parte ilíquida. El artículo 870 dispone que en las obligaciones de dar sumas de dinero el pago es íntegro con intereses.

- 3) Puntualidad: Esto significa que el pago sea puntual (el pago debe ser efectuado en el tiempo convenido. En el nuevo Código se regula el principio de puntualidad en el artículo 871, en el que se distinguen los supuestos de obligaciones de exigibilidad inmediata, de plazo determinado, de plazo cierto o incierto, de plazo tácito y de plazo indeterminado. En lo referido al pago anticipado, el artículo 872 establece el mismo criterio del artículo anterior, en cuanto a que ante el pago anticipado de la deuda, no se reconoce el derecho a exigir descuentos.
- 4) Localización: Se requiere que el pago sea en el lugar convenido. El pago debe cumplirse en el lugar pactado por las partes; el lugar determina la ley aplicable al fijar la competencia del tribunal en caso de controversias. En el nuevo Código se regula en el artículo 873 el lugar de pago designado, estableciendo como regla general el lugar estipulado por acuerdo de partes, en forma expresa o tácita; y en el artículo 874 el lugar de pago no designado. En este último caso se considera el domicilio del deudor al momento del nacimiento de la obligación, si se muda el deudor, el acreedor puede exigirlo en el domicilio nuevo o en el anterior; igual

opción tiene el deudor si el pago debe hacerse en el domicilio del acreedor (salvo que deba efectuarse en el lugar donde se encuentre la cosa o donde deba cumplirse la obligación principal).

### ***Validez del pago:***

El artículo 726 del Código derogado establecía que “pueden hacer el pago todos los deudores que no se hallen en estado de ser tenidos por personas incapaces”. En el nuevo artículo 875 se mantiene el mismo criterio, pero con una redacción más clara al establecer que “*el pago debe ser realizado por persona con capacidad para disponer*”.

### ***Pago en fraude a acreedores; pago de créditos embargados o prendados y propiedad de la cosa:***

El nuevo artículo 876 del Código Civil regula que el pago se debe hacer sin fraude, en tal supuesto se aplicará la acción revocatoria o la ley concursal.

A su vez, el art. 877 consagra el principio de que el crédito debe encontrarse expedito, resultando inoponible al acreedor prendario o embargante el pago de aquel crédito.

En cuanto a la propiedad de la cosa, el artículo 878 establece concretamente el requisito de la propiedad para poder transferir el dominio sobre la misma al acreedor, en las obligaciones de dar cosas ciertas.

### ***Legitimación activa:***

El deudor, que es el sujeto pasivo de la obligación, en el pago es el sujeto activo, pues es quien debe realizarlo.

También pueden ser sujetos activos del pago los terceros interesados o no interesados.

En el nuevo artículo 879 se consagra en forma expresa el derecho a pagar de los deudores. En el caso de que sean varios deudores, se regirá por las disposiciones que correspondan a las obligaciones simplemente mancomunadas, solidarias, concurrentes, según corresponda.

### ***Efectos del pago por el deudor o por un tercero:***

En el caso de que el pago sea realizado por el deudor, se introducen en el artículo 880 expresamente los efectos principales del pago, que son: la satisfacción del interés del acreedor, la extinción de la obligación y la liberación del deudor.

En caso de que el pago sea realizado por un tercero interesado, el artículo 881 reconoce expresamente su legitimación activa, y lo define como “la persona a quien el incumplimiento del deudor puede causar un menoscabo patrimonial”, y puede pagar contra la oposición individual o conjunta del acreedor y del deudor.

Si el que paga es un tercero, el artículo 882, no señala que no se extingue el crédito y el tercero tiene acción contra el deudor: 1) como mandatario (con asentimiento); 2) como gestor de negocios (por ignorancia), y 3) como quien interpone acción de enriquecimiento sin causa (contra la voluntad del deudor).

### ***Legitimación pasiva:***

En este caso el acreedor, sujeto activo de la obligación, en el pago es el sujeto pasivo, pues es quien, en principio, debe recibirlo.

El artículo 883 establece la legitimación para recibir pagos, y le da efecto de extintivo del crédito al pago hecho:

- a) al acreedor, o a su cesionario o subrogante; si hay varios acreedores, el derecho al cobro de cada uno de ellos se rige por las disposiciones correspondientes a la categoría de su obligación;
- b) a la orden del juez que dispuso el embargo del crédito;
- c) al tercero indicado para recibir el pago, en todo o en parte;
- d) a quien posee el título de crédito extendido al portador, o endosado en blanco, excepto sospecha fundada de no pertenecerle el documento, o de no estar autorizado para el cobro;
- e) al acreedor aparente, si quien realiza el pago actúa de buena fe y de las circunstancias resulta verosímil el derecho invocado; el pago es válido, aunque después sea vencido en juicio sobre el derecho que invoca.

En esta enunciación que hace el legislador, se advierte que se incluyeron todas las opciones posibles de legitimados para recibir el pago.

Resulta importante destacar el efecto extintivo que se otorga al crédito, en los casos en que el pago se realice ante las personas que enumera el artículo.

### ***Derechos del acreedor contra el tercero:***

El artículo 884 regula el derecho del acreedor a reclamar al tercero el valor de lo que ha recibido, en todo o en parte, según los términos de la relación interna.

En cambio, si el pago se efectuó a quien posee el título de crédito al portador, o endosado en blanco (excepto sospecha fundada de que no le pertenece el documento o de no estar autorizado para el cobro), o al acreedor aparente, rigen las reglas del pago indebido.

***Pago a persona incapaz o con capacidad restringida y a tercero no legitimado:***

El nuevo artículo 885 no considera válido el pago realizado a una persona incapaz, ni con capacidad restringida no autorizada por el juez para recibir pagos, adecuando la normativa a los principios generales sobre capacidad de las personas.

Tampoco se considera válido el pago realizado a un tercero no autorizado por el acreedor para recibirlo, excepto que medie ratificación del acreedor. En este caso, se otorga validez al pago en tanto el acreedor resulte beneficiado.

***Supuestos especiales: Pago a mejor fortuna y beneficio de competencia:***

El nuevo artículo 889 dispone que las partes pueden acordar que el deudor pague cuando pueda, o mejore de fortuna; en este supuesto, se aplican las reglas de las obligaciones a plazo indeterminado, por las que el acreedor puede reclamar el cumplimiento de la prestación, y corresponde al deudor demostrar que su estado patrimonial le impide pagar. En caso de condena, el juez puede fijar el pago en cuotas (art. 890). Si el deudor falleciera, se presume que la cláusula de pago a mejor fortuna se establece en beneficio exclusivo del deudor; la deuda se transmite a los herederos como obligación pura y simple (art. 891), porque se entiende que el

beneficio era de la persona del deudor y no de sus herederos, al considerarse *intuito personae*.

En cuanto al beneficio de competencia, el nuevo artículo 892 lo define como un derecho que se otorga a ciertos deudores para que paguen lo que buenamente puedan, según las circunstancias, y hasta que mejoren de fortuna, en los mismos términos que el artículo 799 del Código derogado, pero con una redacción más clara.

El acreedor debe conceder este beneficio (art. 893):

- a) a sus ascendientes, descendientes y colaterales hasta el segundo grado, si no es que han incurrido en alguna causal de indignidad para suceder;
- b) a su cónyuge o conviviente;
- c) al donante en cuanto a hacerle cumplir la donación.

### ***Prueba del pago:***

En el nuevo artículo 894 se regula expresamente la carga de la prueba:

- a) en las obligaciones de dar y de hacer, sobre quien invoca el pago;
- b) en las obligaciones de no hacer, sobre el acreedor que invoca el incumplimiento.

Según lo establece el artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la carga de la prueba incumbe al que invoca el pago en el caso de que el acreedor demuestre

la existencia de la obligación (deudor o tercero). En cambio, incumbe al acreedor demostrar el incumplimiento de la obligación de no hacer por parte del deudor.

***Medios de prueba:***

El pago puede ser probado por cualquier medio excepto que de la estipulación o de la ley resulte previsto el empleo de uno determinado, o revestido de ciertas formalidades (art. 895).

En el artículo 896 se define al recibo como el instrumento público o privado en el que el acreedor reconoce haber recibido la prestación debida, regulando el artículo 897 el derecho a exigir el recibo como constancia de la liberación correspondiente para el deudor, o prueba de la recepción del pago para el acreedor. En el recibo el deudor puede incluir las reservas que se consideren pertinentes, y el acreedor está obligado a incluirlas pero se deja expresa constancia en el artículo 898 que las reservas no perjudican los derechos de quien extiende el recibo.

***Presunciones relativas al pago (art. 899):***

Se presume, excepto prueba en contrario, que:

- a) si se otorga un recibo por saldo, quedan canceladas todas las deudas correspondientes a la obligación por la cual fue otorgado;
- b) si se recibe el pago correspondiente a uno de los periodos, están cancelados los anteriores, sea que se deba una prestación única de ejecución diferida cuyo cumplimiento se realiza mediante pagos parciales, o que se trate de prestaciones sucesivas que nacen por el transcurso del tiempo;

- c) si se extiende recibo por el pago de la prestación principal, sin los accesorios del crédito, y no se hace reserva, éstos quedan extinguidos;
- d) si se debe daño moratorio, y al recibir el pago el acreedor no hace reserva a su respecto, la deuda por ese daño está extinguida.

### ***Imputación del pago:***

La imputación del pago es el mecanismo por el cual éste queda asignado a una u otra deuda cuando lo que se paga no alcanza para cubrir todas las que existen entre el deudor y el acreedor (art. 773 del Código derogado).

En el nuevo artículo 900 se establece que, si las obligaciones para con un solo acreedor tienen por objeto prestaciones de la misma naturaleza, el deudor tiene la facultad de declarar, al tiempo de hacer el pago, por cuál de ellas debe entenderse que lo hace. La elección debe recaer sobre deuda líquida y de plazo vencido. Si a deuda capital e intereses, el pago no puede imputarse a la deuda principal sin consentimiento del acreedor.

Puede realizar la imputación el acreedor al momento de recibir el pago (art. 921), en el caso de que el deudor no la haya realizado, conforme a estas reglas:

- a) debe imputarlo a alguna de las deudas líquidas y exigibles;
- b) una vez canceladas totalmente una o varias deudas, puede aplicar el saldo a la cancelación parcial de cualquiera de las otras.

La imputación también puede ser legal, en caso de que el deudor o el acreedor no la hayan realizado (art. 902): el pago se imputará:

- a) en primer término, a la obligación de plazo vencido más onerosa para el deudor;
- b) cuando las deudas son igualmente onerosas, el pago se imputa a prorrata.

En el caso de que el pago se haga a cuenta de capital e intereses y no se precise su orden, se imputará en primer término a intereses, a no ser que el acreedor de recibo por cuenta de capital (art. 903).

### ***Pago por consignación:***

En el supuesto de que el deudor se vea impedido a pagar una obligación, ya sea porque el acreedor no acepta el pago o porque existen otras dificultades, el régimen legal le permite al deudor consignar el pago para hacer efectivo su derecho de pagar y así obtener la liberación correspondiente.

En el nuevo artículo 904 se establecen los supuestos en los que procede:

- a) el acreedor fue constituido en mora;
- b) existe incertidumbre sobre la persona del acreedor;
- c) el deudor no puede realizar un pago seguro y válido por causa que no le es imputable.

### ***Requisitos:***

El pago por consignación está sujeto a los mismos requisitos del pago (art. 905), y se rige por las siguientes reglas (art. 906):

- a) si la prestación consiste en una suma de dinero, se requiere su depósito a la orden del juez interviniente, en el banco que dispongan las normas procesales;
- b) si se debe una cosa indeterminada a elección del acreedor y éste es moroso en practicar la elección, una vez vencido el término del emplazamiento judicial hecho al acreedor, el juez autoriza al deudor a realizarla;
- c) si las cosas debidas no pueden ser conservadas o su custodia origina gastos excesivos, el juez puede autorizar la venta en subasta, y ordenar el depósito del precio que se obtenga.

### ***Efectos:***

La consignación judicial, no impugnada por el acreedor, o declarada válida por reunir los requisitos del pago, extingue la deuda desde el día en que se notifica la demanda. En caso de que la consignación sea defectuosa y el deudor subsane ulteriormente sus defectos, la extinción de la deuda se produce desde la fecha de notificación de la sentencia que la admite (art. 907).

### ***Deudor moroso y desistimiento:***

El deudor moroso puede consignar la prestación debida con los accesorios devengados hasta el día de la consignación (art. 908).

Asimismo, el deudor puede desistir de la consignación antes de que la acepte el acreedor o de que haya sido declarada válida. Con posterioridad sólo puede desistir con la

conformidad expresa del acreedor, quien en ese caso pierde la acción contra los codeudores, los garantes y los fiadores (art. 909).

### ***Consignación extrajudicial:***

En los artículos 910 a 913 se introduce la posibilidad de que el deudor pueda consignar extrajudicialmente su deuda; se trata de un instituto novedoso, que se encontraba regulado como consignación privada en el Proyecto de reforma del año 1998.

Procedencia y trámite (art. 910). El deudor de una suma de dinero puede optar por el trámite de consignación extrajudicial. A tal fin, debe depositar la suma adeudada ante un escribano de registro, a nombre y a disposición del acreedor, cumpliendo con los siguientes recaudos:

- a) notificar previamente al acreedor, en forma fehaciente, del día, la hora y el lugar en que será efectuado el depósito;
- b) realizar el depósito de la suma debida adicionando los intereses devengados hasta esa fecha; este depósito debe ser notificado fehacientemente al acreedor por el escribano dentro de las cuarenta y ocho horas hábiles de realizado; si es imposible practicar la notificación, el deudor debe consignarlo judicialmente.

***Derechos del acreedor*** (art. 911). Una vez notificado del depósito, dentro del quinto día hábil de notificado, el acreedor tiene derecho a:

- a) aceptar el procedimiento y retirar el depósito, estando a cargo del deudor el pago de los gastos y honorarios del escribano;
- b) rechazar el procedimiento y retirar el depósito, estando a cargo del acreedor el pago de los gastos y honorarios del escribano;
- c) rechazar el procedimiento y el depósito, o no expedirse. En ambos casos el deudor puede disponer de la suma depositada para consignarla judicialmente.

***Derechos del acreedor que retira el depósito*** (art. 912).

Si el acreedor retira lo depositado y rechaza el pago, puede reclamar judicialmente un importe mayor o considerarlo insuficiente o exigir la repetición de lo pagado por gastos y honorarios por considerar que no se encontraba en mora, o ambas cosas. En el recibo debe hacer reserva de su derecho, caso contrario se considera que el pago es liberatorio desde el día del depósito. Para demandar tiene un término de caducidad de treinta días computados a partir del recibo con reserva.

***Impedimentos*** (art. 913). No se puede acudir al procedimiento previsto en este párrafo si, antes del depósito, el acreedor optó por la resolución del contrato o demandó el cumplimiento de la obligación.

***Pago por subrogación:***

El pago por subrogación transmite al tercero que paga todos los derechos y acciones del acreedor. La subrogación puede ser legal o convencional (artículo 914).

***Subrogación legal*** (art. 915). La subrogación legal tiene lugar en favor:

- a) del que paga una deuda a la que estaba obligado con otros, o por otros;
- b) del tercero, interesado o no, que paga con asentimiento del deudor o en su ignorancia;
- c) del tercero interesado que paga aun con la oposición del deudor;
- d) del heredero con responsabilidad limitada que paga con fondos propios una deuda del causante.

Subrogación convencional por el acreedor (art. 916). El acreedor puede subrogar en sus derechos al tercero que paga.

Subrogación convencional por el deudor (art. 917). El deudor que paga al acreedor con fondos de terceros puede subrogar al prestamista. Para que tenga los efectos previstos en estas normas, es necesario que:

- a) tanto el préstamo como el pago consten en instrumentos con fecha cierta anterior;
- b) en el recibo conste que los fondos pertenecen al subrogado;
- c) en el instrumento del préstamo conste que con ese dinero se cumplirá la obligación del deudor.

**Efectos y límites.** El pago por subrogación transmite al tercero todos los derechos y acciones del acreedor, y los accesorios del crédito. El tercero subrogante mantiene las acciones contra los coobligados, fiadores, y garantes personales y reales, y los privilegios y el derecho de retención si lo hay (art. 918).

**Límites.** La transmisión del crédito tiene las siguientes limitaciones:

- a) el subrogado sólo puede ejercer el derecho transferido hasta el valor de lo pagado;
- b) el codeudor de una obligación de sujeto plural solamente puede reclamar a los demás codeudores la parte que a cada uno de ellos les corresponda cumplir;
- c) la subrogación convencional puede quedar limitada a ciertos derechos o acciones.

## **COMPENSACIÓN:**

### ***Definición:***

La compensación, según el artículo 818 del Código de Vélez Sarsfield, tiene lugar cuando dos personas por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda. Ella extingue con fuerza de pago las dos deudas, hasta donde alcance la menor, desde el tiempo en que ambas comenzaron a existir.

### ***Código Civil de Vélez Sarsfield:***

En el Código de Vélez se regulaba la compensación en los artículos 818 a 831.

### **Reforma:**

En el artículo 921 se define a la compensación de una manera similar a la del anterior Código, al establecer que la compensación de las obligaciones tiene lugar cuando dos personas, por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda. Extingue con fuerza de pago las dos deudas,

hasta el monto de la menor, desde el tiempo en que ambas obligaciones comenzaron a coexistir en condiciones de ser compensables.

El artículo 922 establece, a diferencia del Código derogado, los cuatro tipos de compensación: legal, convencional, facultativa o judicial (esta clasificación era la que proponía la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria).

En el artículo 923 se mencionan expresamente los requisitos de la compensación legal:

- a) ambas partes deben ser deudoras de prestaciones de dar;
- b) los objetos comprendidos en las prestaciones deben ser homogéneos entre sí;
- c) los créditos deben ser exigibles y disponibles libremente, sin que resulte afectado el derecho de terceros.

El artículo 924 regula los efectos de la compensación legal, que comienzan a partir del momento en que ambas deudas recíprocas coexisten en condiciones de ser compensadas, aunque el crédito no sea líquido o sea impugnado por el deudor.

En caso de fianza, el artículo 925 dispone que el fiador puede oponer la compensación de lo que el acreedor le deba a él o al deudor principal. Pero éste no puede oponer al acreedor la compensación de su deuda con la deuda del acreedor al fiador.

Por último, si existen pluralidad de deudas compensables del mismo deudor con el mismo acreedor, el artículo 926 dispone que se aplican las reglas de la imputación del pago.

Los artículos 927, 928 y 929 introducen al régimen legal distintos tipos de compensaciones que no se encontraban en el anterior Código.

La compensación facultativa (art. 927) actúa por la voluntad de una sola de las partes cuando ella renuncia a un requisito faltante para la compensación legal que juega en favor suyo. Produce sus efectos desde el momento en que es comunicada a la otra parte.

La compensación judicial (art. 928) es la facultad de cualquiera de las partes de pedirle al juez la declaración de la compensación que se ha producido. La pretensión puede ser deducida simultáneamente con las defensas relativas al crédito de la otra parte o, subsidiariamente, para el caso de que esas defensas no prosperen.

La exclusión convencional (art. 929) faculta a las partes para excluir la compensación convencionalmente, en la medida en que no se viole el interés público.

Por último, el artículo 930 regula las obligaciones no compensables. No son compensables:

- a) las deudas por alimentos;
- b) las obligaciones de hacer o no hacer;
- c) la obligación de pagar daños e intereses por no poder restituirse la cosa de la que el propietario o poseedor legítimo fue despojado;
- d) las deudas que el legatario tenga con el causante si los bienes de la herencia son insuficientes para satisfacer las obligaciones y los legados restantes;

- e) las deudas y créditos entre los particulares y el Estado nacional, provincial o municipal, cuando:
  - i) las deudas de los particulares provienen del remate de bienes pertenecientes a la Nación, Provincia o Municipio; de rentas fiscales; contribuciones directas o indirectas o de otros pagos que deben efectuarse en las aduanas, como los derechos de almacenaje o depósito;
  - ii) las deudas y créditos pertenecen a distintos ministerios o departamentos;
  - iii) los créditos de los particulares se hallan comprendidos en la consolidación de acreencias contra el Estado dispuesta por ley;
- f) los créditos y las deudas en el concurso y quiebra, excepto en los alcances en que lo prevé la ley especial;
- g) la deuda del obligado a restituir un depósito irregular.

## **CONFUSIÓN:**

### ***Definición:***

Una obligación se extingue por confusión cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor.

### ***Código Civil de Vélez Sarsfield:***

En el Código anterior se encontraba regulada la confusión como modo de extinción de las obligaciones en los artículos 862 al 867.

### **Reforma:**

El artículo 931 establece que la obligación se extingue por confusión cuando las calidades de acreedor y de deudor se reúnen en una misma persona y en un mismo patrimonio.

A su vez, el artículo 932 regula que la obligación queda extinguida, total o parcialmente, en proporción a la parte de la deuda en que se produce la confusión.

## **NOVACIÓN:**

### ***Definición:***

La novación ha sido definida en el anterior régimen legal como la transformación de una obligación en otra (art. 891). El término “transformación” ha sido criticado por inexacto, puesto que lo que ocurre no es la transformación de una obligación en otra, sino la extinción de la obligación anterior y la creación de una nueva.

### ***Código Civil de Vélez Sarsfield:***

En el Código anterior se encontraba regulada en los artículos 801 a 817.

### **Reforma:**

En el nuevo artículo 933 se define a la novación como la extinción de una obligación por la creación de otra nueva, destinada a reemplazarla. De esta forma se corrige la utilización del término “transformación”, que resulta confuso por las razones expuestas precedentemente.

Como requisito fundamental, se requiere que las partes manifiestan su voluntad de novar, como se establece en el artículo 934. En caso de duda, se presume que la nueva obligación contraída para cumplir la anterior no causa su extinción.

Se han regulado las modificaciones que no importan novación; por ejemplo, la entrega de documentos suscriptos por el deudor en pago de la deuda y, en general, cualquier modificación accesoria de la obligación primitiva (artículo 935).

En el supuesto de que exista una novación por cambio del deudor, debe requerirse el consentimiento expreso del acreedor según el nuevo artículo 936. Asimismo, en el supuesto de que exista cambio de acreedor, también se requiere el consentimiento del deudor (artículo 937). Si este consentimiento no es prestado, hay cesión de crédito.

El artículo 938 establece los casos en los cuales no se produce la novación por causas que afectan a la obligación anterior. No hay novación, si la obligación anterior:

- a) está extinguida, o afectada de nulidad absoluta; cuando se trata de nulidad relativa, la novación vale, si al mismo tiempo se la confirma;
- b) estaba sujeta a condición suspensiva y, después de la novación, el hecho condicionante fracasa; o a condición resolutoria retroactiva, y el hecho condicionante se cumple; en estos casos, la nueva obligación produce los efectos que, como tal, le corresponden, pero no sustituye a la anterior.

El artículo 939 establece los casos en los cuales no se produce la novación por causas que afectan a la nueva obligación. No hay novación y subsiste la obligación anterior, si la nueva:

- a) está afectada de nulidad absoluta, o de nulidad relativa y no se la confirma ulteriormente;
- b) está sujeta a condición suspensiva, y el hecho condicionante fracasa; o a condición resolutoria retroactiva y el hecho condicionante se cumple.

### ***Efectos:***

El artículo 940 regula los efectos que produce la novación. Son dos las consecuencias principales: 1) La novación extingue la obligación originaria con sus accesorios, como efecto normal de la novación; 2) Crea una obligación nueva.

En el caso de la extinción de la obligación anterior, existe una excepción, que es el caso en que el acreedor puede impedir la extinción de las garantías personales o reales del antiguo crédito mediante reserva; en tal caso, las garantías pasan a la nueva obligación sólo si quien las constituyó participó en el acuerdo novatorio.

Por último, el artículo 941 establece la novación legal, que dispone que las disposiciones de esta sección se aplican supletoriamente cuando la novación se produce por disposición de la ley.

## **DACIÓN EN PAGO:**

### ***Definición:***

Como principio general, como se expusiera al analizar el pago como modo de extinción de las obligaciones, el deudor debe entregar la misma cosa a la que está obligado, y el acreedor no puede ser forzado a recibir una cosa por otra, aunque sea de igual o mayor valor.

No obstante, el acreedor puede recibir en pago de la obligación algo distinto a lo convenido, que si no es dinero se considera una dación en pago.

### ***Código Civil de Vélez Sarsfield:***

El anterior artículo 779 establecía que el pago queda hecho cuando el acreedor recibe, voluntariamente por pago de la deuda, alguna cosa que no sea dinero en sustitución de lo que se le debía entregar, o del hecho que se le debía prestar.

### **Reforma:**

En el artículo 942 se define que la dación en pago se da cuando la obligación se extingue al aceptar el acreedor, voluntariamente, como pago una prestación diversa de la adeudada.

Se rige por las disposiciones aplicables al contrato con el que tenga mayor afinidad (artículo 943).

En el segundo párrafo del artículo mencionado se establece que el deudor responde por la evicción y los vicios redhibitorios de lo entregado; estos efectos no hacen renacer la obligación primitiva, excepto pacto expreso y sin perjuicio de terceros.

## **RENUNCIA Y REMISIÓN:**

### ***Definición:***

La renuncia es considerada como un género y la remisión como una especie.

La renuncia como modo de extinción de las obligaciones se da cuando un acreedor abdica o desiste de un derecho subjetivo (declara que no cobrará su crédito).

En cambio, la remisión se da cuando un acreedor abdica o desiste de un derecho subjetivo, en forma gratuita y por acto entre vivos de su crédito, lo que conlleva a la liberación del deudor (básicamente el acreedor se da ficticiamente por pagado y perdona a su deudor).

### ***Código Civil de Vélez Sarsfield:***

En el Código anterior se encontraban regulados ambos modos de extinción de las obligaciones, la renuncia en los artículos 868 a 875 y la remisión en los artículos 876 a 887.

### ***Nuevo Código:***

El nuevo Código ha regulado de una manera más clara ambos institutos.

### ***Renuncia:***

En el artículo 944 se establece que toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no esté prohibida y sólo afecte intereses privados. No se admite la renuncia anticipada de las defensas que puedan hacerse valer en juicio.

A su vez, en el artículo 945 se regulan la renuncia onerosa y gratuita. Si la renuncia se hace por un precio, o a cambio de una ventaja cualquiera, es regida por los principios de los contratos onerosos. La renuncia gratuita de un derecho que sólo puede ser hecha por quien tiene capacidad para donar.

En cuanto a la aceptación de la renuncia, en el artículo 946 se establece que la aceptación de la renuncia por el beneficiario causa la extinción del derecho.

También la renuncia puede ser retractada mientras no haya sido aceptada, quedando a salvo los derechos adquiridos por terceros (art. 947).

La renuncia no se presume y es de interpretación restrictiva (art. 948), en cuanto a la forma en que debe ser realizada, existe libertad de formas (art. 949).

### ***Remisión:***

Se considera remitida la deuda, excepto prueba en contrario, cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el documento original en el que consta la deuda. Si el documento es un instrumento protocolizado y su testimonio o copia se halla en poder del deudor sin anotación del pago o remisión, y tampoco consta el pago o la remisión en el documento original, el deudor debe probar que el acreedor le entregó el testimonio de la copia como remisión de la deuda (artículo 950).

La remisión implica la renuncia a un derecho de crédito, que queda configurado cuando se entrega el título en el que consta la deuda.

Es por ello que las disposiciones sobre la renuncia se aplican a la remisión de la deuda hecha por el acreedor (art. 951).

La remisión de la deuda produce los efectos del pago. Sin embargo, la remisión en favor del fiador no aprovecha al deudor. La hecha en favor de uno de varios fiadores no aprovecha a los demás (art. 952).

En caso de pago parcial del fiador con anterioridad a la remisión hecha al deudor, no puede repetir el pago contra el acreedor (art. 953).

La restitución al deudor de la cosa dada en prenda causa sólo la remisión de la prenda, pero no la remisión de la deuda (art. 954).

## **IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO:**

### ***Definición:***

Ante el incumplimiento de una obligación, se activan los mecanismos previstos por la responsabilidad civil para que se pueda exigir el cumplimiento de la prestación. Pero puede suceder que el motivo de dicha circunstancia sea que la prestación resulte de imposible cumplimiento. En este caso la responsabilidad será inexistente.

### ***Código Civil de Vélez Sarsfield:***

En el Código de Vélez se regulaba este instituto pero como imposibilidad de pago (artículos 888 a 895) y no como imposibilidad de cumplimiento. A su vez, no se encontraba regulado el supuesto de imposibilidad temporaria.

### **Reforma:**

#### ***Definición:***

El artículo 955 establece que la imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados.

La imposibilidad puede ser temporaria, en ese caso, el nuevo artículo 956 dispone que la imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible.

Este instituto resulta una inclusión novedosa en la nueva legislación; no solo se trata el supuesto de imposibilidad de cumplimiento temporaria sino que establece los efectos que produce en la obligación existente.

## RESPONSABILIDAD CIVIL

Los efectos principales de las obligaciones son:

- Pago
- Ejecución Forzada
- Ejecución por otro
- Indemnización

Los primeros tres efectos se vieron en la parte de Obligaciones. La indemnización corresponde al capítulo de la Responsabilidad Civil.

El término responsabilidad tiene diversas acepciones.

**Acepción vulgar:** Todo aquel que debe cumplir es responsable.

**Acepción jurídica amplia:** Quien no ha cumplido y está sujeto a las acciones del acreedor que puede ejecutar forzosamente su crédito o hacerse procurar la cosa por otro o bien reclamar una indemnización.

**Acepción jurídica estricta:** Quien no ha cumplido y está sujeto a las acciones del acreedor que reclama indemnización.

Habitualmente se entiende responsabilidad civil con el alcance de sanción tal como ha sostenido Bustamante Alsina, exponente del pensamiento clásico de nuestra doctrina nacional. El responsable debe reparar el daño sufrido por otro sujeto.

Sin embargo, existen otras doctrinas extranjeras, como en Francia Jossierand, que sostiene que la responsabilidad es una distribución de daños. Frente a la ocurrencia de ciertos presupuestos, se distribuye quién debe responder por los daños causados. Y hay casos en que la propia víctima debe cargar con ellos.

Frente a este criterio se erigió otro sostenido por los hermanos Mazeaud, que niegan este criterio puro, que no se informa con concepciones morales. La responsabilidad se conecta con la idea de reparación. Hasta etimológicamente, responsable es quien debe responder. Por lo tanto, el daño debe ser reparado por quien lo ha causado, quien es su autor y no por la propia víctima. Y esa reparación implica una sanción para el causante del daño.

Distinto es el caso en que podamos estar frente a daños que no sean reparables como el daño conjetural que no es un daño cierto, el daño que no ha podido probarse, el daño que no está en relación de causalidad adecuada con el hecho del agente dañoso. Aquí la víctima sufrió daños, pero, por distintos motivos, no se pueden reparar.

También puede ocurrir que el autor no esté en condiciones de solvencia para satisfacer a la víctima. No es que la víctima sea la que responde, sino que el autor no puede de hecho responder.

El derecho de responsabilidad civil avanzó un paso más en sus concepciones. También a partir de aportes de la doctrina francesa, como Ivonne Lambert Faivre, se entiende que lo importante es que todo daño injusto sea reparado. Deja de interesar tanto que sea el autor del daño el que lo repare, o que

le impute moralmente la causación del daño. Lo que importa es que la víctima cobre su crédito de indemnización.

Y, como último avance, el derecho de responsabilidad civil plantea que no basta con sancionar a quien causa un daño ni que la víctima sea reparada. Se debe prevenir el daño y esa es también función del derecho.

## ÁMBITOS DE RESPONSABILIDAD JURÍDICA

**Ámbito Penal:** Es el ámbito de la sanción represiva o retributiva. Rige fundamentalmente la idea de retribución. Frente a un hecho sancionable, que se tipifica como un delito, se le restringe un derecho al autor, como la libertad ambulatoria.

Antiguamente, existía la venganza. Era básicamente individual y anómica. Cada individuo que sufría un mal buscaba vengarse individualmente de quien se lo había causado. Esa vengatividad está en el ser humano de modo innato. Fue estudiada por Freud quien en su “Introducción al Narcisismo” (1914) cuenta experiencias de niños que habiendo sufrido padecimientos tienden a producirse los a otros. Relata en ese sentido el caso de un niño llevado al otorrinolaringólogo a causa de una angina. Al regresar a su hogar el niño hizo con su hermanito menor todos los movimientos que el médico había hecho con él. Quiso vengarse de sus padecimientos, tal como todas las personas en todos los tiempos y en todas las civilizaciones tienden a infligir activamente a otros lo que pasivamente han debido sufrir a causa de otros. Luego, a partir de la cultura y en buena medida, por la educación, se va tendiendo a sublimar este deseo de venganza personal.

Posteriormente Hamurabi, sexto Rey de Babilonia, casi 1800 años antes de Cristo, es decir 38 siglos atrás, tuvo que formular el famoso Código de Hamurabi para impedir las desmesuras. Esa codificación fue denominada más tarde, principalmente por los Romanos, Ley del Talión. Fue simplificada a través del ojo por ojo, diente por diente. De ese modo el Estado se apropió de la venganza, que dejó de ser individual para ser Estatal.

Siendo que la venganza está arraigada en nuestro ADN, no se trata de una desviación de nuestra civilización, el derecho penal ha sido establecido para regularla. Se busca

así, en principio codificarla, para que no se tome venganza por mano propia.

El derecho penal nace así como una de esas sublimaciones. Atrás de la pena está siempre la venganza, de la sociedad o del individuo. De ese modo a través de la norma penal se busca hacer un mal al autor. Se parte de la idea de que existen bienes jurídicos protegidos. El autor violó esa protección a un bien jurídico. Por ello, se lo busca sancionar con una restricción a un derecho fundamental para causarle un mal y retribuirle el mal que el mismo causó. Por eso, el Estado incipiente que sancionaba normas penales establecía que debía cuidarse que el Derecho Penal ejerciera efectiva esa venganza sublimada. De lo contrario, aparecen las venganzas directas y privadas.

Para otros, ya en nuestros tiempos, esta idea es aberrante. La función de la pena es resocializar al autor de un delito. Es la idea de nuestra Constitución, cuando proclama que las cárceles de la nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo. Es decir, no se castiga al autor de un delito para que tenga y guarde, como sería la expresión vulgar. Se lo sanciona para que aprenda.

Por fin, para otros debieran extirparse las penas o llevarlas a su mínima expresión. Es lo que se conoce como abolicionismo penal o derecho penal mínimo. El problema, para esta corriente, no está en el autor del delito sino en las relaciones de exclusión y marginación que crea la sociedad. Se parte de la base de que existe una clase social que está estigmatizada y marginada de las relaciones de poder. Por ello, es la propia sociedad así estratificada la que impulsa a quienes se encuentran en esa clase a cometer delitos. Si se le aplica una pena a quien comete un delito se lo está excluyendo por

segunda vez. Por eso la función del derecho penal, para esta concepción abolicionista o de derecho penal mínimo, es incluirlo y no penarlo.

Esta concepción es altamente criticada, no sólo desde el punto de vista jurídico sino criminológico e incluso sociológico. Sin entrar en argumentos técnicos, es lo que surge del estado de opinión general en nuestra sociedad. Basta leer los diarios para recoger cuánto ha sido puesta en crisis esta concepción, tanto por las noticias sobre violencia diaria como por la opinión pública dominante. Como mínimo puede decirse que esta concepción no ha podido resolver los problemas de violencia social.

Opinan los abolicionistas que la dificultad práctica de poder llevar a cabo esta teoría radica en que la idea y manipulación de la venganza está muy arraigada en nuestra civilización debido a la concepción del tiempo que tenemos. Las civilizaciones industriales tienen una visión lineal del tiempo. Y, en términos de Nietzsche, la venganza es venganza contra el tiempo. El individuo tiende a vengarse porque ya no puede hacer volver el tiempo atrás. No puede hacer que lo que fue no haya sido. Los abolicionistas piensan que terminar con esta lógica implica un cambio civilizatorio. El resultado, según su parecer, sería muy bueno. La mayoría de los conflictos que se generan en materia penal serían susceptibles de soluciones reparadoras o conciliatorias. Pero antes debe removerse una gran dificultad: La “dificultad civilizatoria”. Es la que nos lleva a la venganza.

Hubo varios ejemplos en la historia de la humanidad sobre “dificultades civilizatorias”. Por ejemplo Stalin, que quiso construir la Dictadura del Proletariado para dar paso a la Unión Soviética, se encontró con la dificultad de que los

campesinos querían un pedazo de tierra para sí y animales para explotar. No querían que la tierra pasara a manos del Estado y trabajar para éste. Esa “dificultad civilizatoria” la resolvió asesinando a quince millones de campesinos durante los años que duró la reforma agraria.

Se trata de un pensamiento que invierte la lógica que comparte la sociedad. Es mesiánico y, por eso, es perverso. Lejos de ver a la civilización como un conjunto de valores, costumbres y normas a los que se ha llegado en un momento evolutivo de la sociedad, a las que debe tenerse en cuenta se la ve como una “dificultad” que debe ser removida. Si se quiere modificar esas costumbres y valores, en lugar de pensar que eso debe hacerse cuidadosamente buscando el consenso y tomándose el tiempo que la sociedad requiera, se la ve como una malignidad. La dificultad es algo malo que debe extirparse para poder “curar” a la sociedad.

Volviendo al Derecho Penal, lo cierto es que los ciudadanos no quieren que los crímenes queden impunes ni tampoco convivir con sus asesinos ni ladrones. No es que la venganza esté muy metida en la sociedad, como parte de nuestra civilización. Es parte de nuestra genética y el Derecho Penal viene a poner cauce a ese primitivo deseo. Por eso, no se trata de una dificultad a la que la civilización opone un “remedio” que sería el abolicionismo, sino que la sociedad vive como impunidad la falta de castigo a los culpables. Entiende que se debe sancionar a los culpables de los delitos.

Esa sanción tendrá por función no sólo ejemplarizar a la sociedad, es decir, visibilizar al autor de un delito y dar el mensaje de que quienes incurran en ellos serán sancionados; sino también resocializar al autor de un delito y tratar de reinsertarlo en la sociedad.

Sin embargo, toda la cuestión criminológica es muy compleja. El abordaje de la misma requiere sumo cuidado y atención. Además, es preciso no caer en dogmatismos muy rígidos, que nos hagan perder la perspectiva de la realidad. Como dice el Criminólogo De Simone, algunos se parapetan fuertemente en un dogmatismo de raigambre alemana y parecen creer que esos principios sacros impedirían las injusticias de este mundo, en tanto que otros centran su lucha en un problema político, que no es otro que la permanente limitación del poder punitivo que nace en la naturaleza humana. Ambas posturas, a nuestro juicio, abarcan el fenómeno que se pretende solucionar en forma insuficiente.

Reconocemos que hay académicos nacionales e internacionales que repiten e interpretan posturas de otros académicos, aceptándolas o rechazándolas. En ocasiones sus diagnósticos sobre la cuestión criminal son acertados, pero a mi juicio adolecen de dos debilidades: *a*) insuficiencia del enfoque, que no es interdisciplinario, y *b*) no aportan soluciones, porque probablemente la cuestión criminal, si se me permite llamarla así, es muy compleja y cambiante, y probablemente no tenga soluciones sencillas o definitivas.

Abordar el tema de esta problemática es esencial para trabajar en serio por la vigencia de los derechos a la dignidad humana, ya que lo opuesto equivale a anclarse en discursos emocionales, que al común de las personas no les solucionarán sus problemas cotidianos.

Pero, además, las soluciones debieran encontrarse teniendo en cuenta la naturaleza de los delitos que se cometen, la organización social sobre la cual operan y los valores que debe respetar el sistema judicial cuando se pone en movimiento frente a esta realidad.

Volvemos a De Simone, quien sostiene que las instituciones no se reducen hoy al ámbito territorial de los Estados, sino que estos se interrelacionan, no sin desigualdades, y son impulsados por el fenómeno de la globalización a actuar en conjunto con organizaciones legales o ilegales, regionales y/o internacionales, sometidas a renovadas y permanentes transformaciones. Aquí se debe enfrentar la permanente lucha contra el narcotráfico y el terrorismo fundamentalista, lo cual puede hacerse con eficiencia y racionalidad o como salvajes que luchan contra salvajes, y *dirty business*, públicos o privados, que en el medio se aprovechan de ese río revuelto.

El fracaso de un sistema penal represivo no representa sino el fracaso general de un sistema económico, social y político. Por ende, consideramos que las penas más severas no son la solución para que estas problemáticas se minimicen. Más aún, un “derecho penal para enemigos” sería un dogmatismo tan inútil como los demás dogmatismos, absolutamente ajenos a la realidad de un país y su ciudadanía.

El narcotráfico y el terrorismo suelen ser aliados, tal como lo demuestra el vínculo entre Escobar y la ETA, y esto genera un “narcoterrorismo” para paralizar al Estado y destruir a los carteles rivales.

En los países de nuestra región se debería tratar la cuestión penal mediante técnicas minimalistas y de justicia restaurativa, en tanto que para los casos más graves o los perfiles criminales más peligrosos se deben dictar condenas sin soslayar en lo más mínimo el debido proceso y el derecho de defensa, por las que amén de aplicar penas de prisión a los condenados de delitos graves, se proceda, además, al decomiso de los bienes mal habidos de los condenados por corrupción, narcotráfico y terrorismo.

Ello -pensamos- desmotivaría ese tipo de injustos, que es lo que, en definitiva, persiguen sus autores. El Estado debería emplear los recursos así obtenidos a reparar los daños causados por el delito en beneficio de la sociedad toda, derivándolos a organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro que los inviertan en la construcción de escuelas, hospitales o viviendas, o ayudando a la reinserción laboral de los marginados de la sociedad.

**Ámbito Civil:** La sanción en este ámbito es resarcitoria. Constituye una indemnización. La reparación civil consiste en la prestación que se impone al responsable de un daño injusto. Esta prestación se impone en función de la cuantía del daño causado. Esa es la medida de la indemnización. Se busca satisfacer a la víctima del daño por parte del victimario a través de una prestación patrimonial. No se busca causarle un mal al victimario. Algunos le llaman a este tramo de la responsabilidad, Derecho de Daños. Es una concepción muy generalizada en doctrina. Pero lo cierto es que la responsabilidad civil excede el mero hecho de reparar los daños causados. El nuevo Código establece una función preventiva y una función resarcitoria de la responsabilidad civil. Y esto es mucho más que sólo reparar los daños causados.

## Los Principios de Responsabilidad Civil

Son proposiciones lógicas no contradictorias que integran un sistema. Son las primeras premisas de un sistema o las directivas que permiten elaborarlo. Son el punto de partida para construir el sistema.

Estos principios, o bien se deducen de la noción de justicia, o bien se inducen a partir de las normas, la legislación comparada y la doctrina.

Algunos de ellos son los siguientes, sin pretender agotarlos todos.

1. Relatividad de los derechos subjetivos: Surge del art. 14 de la Constitución Nacional. Los derechos consagrados allí deben ser ejercidos conforme las leyes que reglamentan su ejercicio. Ningún derecho es absoluto.
2. Principio de Reserva: El art. 19 de la Constitución Nacional establece que ningún habitante será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe. A partir de este principio se construye la concepción clásica de la responsabilidad civil que establece que no puede haber responsabilidad sin transgresión normativa en sentido lato. Cuando se analiza si un hecho es ilícito y, por lo tanto, es idóneo para generar responsabilidad, se debe comenzar analizando si se transgredió alguna norma o la palabra empeñada en un acuerdo de voluntades. Si no es así, se debe descartar el análisis. Este principio está hoy en crisis.
3. No dañar a nadie. *Naeminem laedere*. Es una garantía de paz para la convivencia social. También tiene

raíz constitucional en el art. 19. Todo lo que no está prohibido está permitido. Pero nadie tiene derecho a dañar. Este principio, si bien lo elaboraba la doctrina, no estaba plasmado de modo indubitable en nuestro Código Civil. La reforma lo ha recogido.

4. Se debe responder por actos propios, no ajenos. Este principio clásico, también se ha puesto en crisis. Se consagra la responsabilidad por el hecho de otro o por el uso de cosas. Sin embargo, se sostiene que siempre habrá, por acción u omisión, un acto de la persona a quien se le refleja responsabilidad. Es el caso de los padres que responden por sus hijos menores, el principal que responde por el dependiente, el dueño de la cosa que es usada por otro que causa un daño.
5. Imputabilidad subjetiva: Es también un principio clásico. No hay responsabilidad sin culpabilidad y a la vez no hay culpabilidad sin voluntad. Es decir, debe haber discernimiento, intención y libertad. Se decía que pretender construir la responsabilidad sin culpabilidad es como armar un hombre sin cabeza. Es la teoría del Código Civil de Vélez Sarsfield. Es lo que sigue sosteniendo en gran medida la doctrina francesa, aunque introdujo la concepción de culpa objetiva.

A partir de la ley 17.711 se introdujo en el Código Civil la idea de Responsabilidad Objetiva. Para esta concepción, se prescinde de la idea de culpa y se observa solo la causalidad material. Es el caso de la responsabilidad por daños causados por el vicio o riesgo de las cosas.

6. Agravación del tratamiento por el dolo: Desde el Derecho Romano pasando por el Derecho Francés,

el Código Napoleón y las Partidas, todas estas legislaciones atienden a la conducta del agente dañoso. Consagran que el malvado debe responder con mayor extensión que el descuidado.

7. *Pacta sunt servanda. Rebus sic stantibus.* Los contratos deben cumplirse. Mientras las cosas sigan siendo así. Es decir, se debe honrar la palabra empeñada, pero siempre que se mantenga el estado de situación existente al momento de contratar. Expresa la tensión entre seguridad y equidad.
8. Buena fe. Fundamentalmente lo que se conoce como buena fe-probidad. Es el comportamiento de la gente de bien. Es lo común en la vida de relación y, por supuesto, en la vida jurídica. Cuando existe mala fe, se producen consecuencias jurídicas disvaliosas para quien la introduce.

## **CRITERIOS MODERNOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

**De la deuda de responsabilidad al crédito de indemnización:** A partir de las conceptualizaciones de Ivonne Lambert Faivre se comenzó a hablar de esta idea. Se parte de la base de que los ojos de la justicia miran a la víctima y no tanto a descubrir la imputabilidad sobre el autor. Impera más la injusticia del daño antes que desentrañar la injusticia de la conducta generadora. Se basa en la máxima que dice que “todo daño injusto debe ser reparado”.

En el derecho clásico, la víctima para ser resarcida debía probar todo: La antijuridicidad del hecho, la culpa del autor, el daño y la relación de causalidad. Hoy, en cambio, la víctima que ha sufrido un daño injusto, tiene un crédito de indemnización que nace con la mera producción del daño. El causante del daño deberá demostrar lo necesario para su liberación. Vale decir que no ha causado en sentido jurídico el daño en cuestión.

Esta concepción se manifiesta en lo siguiente:

a) Se diluye el requisito de la antijuridicidad: La exigencia de la violación de una norma en sentido lato para que comience el análisis de la responsabilidad del causante ya no es imprescindible ni necesaria.

Esto se empezó a plantear a partir de los casos de daños causados por actividad lícita del Estado. Por ejemplo, en los casos de construcción de subterráneos o pavimentación de una calle, que causan perjuicios a los comercios o a las estaciones de servicio porque no permite circular por la calle. La actividad del Estado es conforme a la ley. Es decir, no

transgrede norma alguna, pues es lícito que se haga la obra pública. Sin embargo, esa actividad, en principio lícita, causa daños que son injustos para quienes los padecen. Aparece entonces la discusión sobre la antijuridicidad, que pareciera que en principio no se verifica. Los tribunales y la doctrina comenzaron a aplicar en estos casos la teoría del abuso de derecho. Es decir, un derecho que no es ejercido regularmente. De este modo, se viola una norma, que es la que expresamente regula el abuso de derecho que no es amparado por la ley y se satisface el presupuesto de la antijuridicidad.

Sin embargo, esta construcción, producto de un esfuerzo interpretativo es unánimemente reconocido por la doctrina como un escollo legal que debía removerse. Y siempre se promovieron en los proyectos de reforma los modos de diluir el requisito de la antijuridicidad.

Todos los proyectos de reforma del Código Civil a partir del Proyecto de 1987 prescindieron de la antijuridicidad como presupuesto de responsabilidad.

b) Se deja de lado en algunos casos la idea de la culpa a partir de un acto voluntario. Puede haber, para esta concepción, culpa objetiva. Es decir, cuando el agente actúa sin voluntad jurídica, puede incurrir en culpa objetiva. Es una idea del Derecho Francés. Se compara la conducta obrada con la conducta diligente. Pueden incurrir en ella los dementes o los menores que no tienen capacidad. Los franceses aún dicen hoy “*pas de responsabilité sans faut*”. Es decir, no hay responsabilidad sin culpa. Pero puede haber culpa objetiva.

En estos casos siempre se analiza si hubo un desajuste en la conducta. Distinto es el caso de la Responsabilidad Objetiva. En estos casos se prescinde de la idea de culpa. Sólo se

analiza la causación material del daño sin analizar la conducta del agente que lo causa.

c) Cuando se exige culpa, se afina su concepto, bastando la menor negligencia.

d) En algunos casos se presume la culpa.

e) Se establece la responsabilidad objetiva. Rige básicamente la teoría del riesgo y la noción de garantía.

f) Se amplía el espectro de obligados a reparar el daño. Se extiende la responsabilidad por el hecho de otro y la responsabilidad colectiva.

g) Se consagra la indiferencia de la concausa, sobre todo en materia de accidentes de trabajo.

h) Rigen mecanismos alternativos de responsabilidad civil. Aparecen el seguro forzoso, los fondos de garantía. Los conceptos solidaristas intentan proteger a la víctima. Es lo que está en la base de la idea de seguridad social.

i) Rigen los principios de prevención y precaución. Estos son uno de los últimos principios en ser incorporados. Se procura una solución *ex ante* que evite la producción de daños. No se contenta con atribuir los daños a la desgracia. El derecho debe procurar evitarlos. Cuando se producen, se debe reparar a las víctimas. Pero lo primero es evitarlos. Se pasa de un *ex ante* a un *ex post*.

**Principio de Prevención:** Los daños deben ser evitados, tanto sea que deriven de actos ilícitos como de infracciones contractuales. Se habilitan mecanismos jurisdiccionales de tutela preventiva para impedir la realización posible del daño.

Se basa en la idea de que si la justicia debiera permanecer impasible frente a la inminencia del daño o de su agravación, ello importaría crear el derecho de perjudicar.

El Código Civil de Vélez Sarsfield lo adopta en las acciones posesorias, como la acción por vías de hecho que se otorga a quien es privado de la posesión y el Código Procesal en los interdictos, como por ejemplo el de obra nueva. En el caso de que la obra nueva pueda causar un daño grave e inminente, se otorga esta acción para que por vía judicial pueda paralizarse la obra.

También los casos de fallos ejemplares como la causa Riachuelo. En este caso la Corte Suprema obligó a hacer ciertas obras de saneamiento en un plazo perentorio para evitar que se agraven los daños. También existen otros casos resueltos por otros tribunales. Por ejemplo, a raíz de cierto accidente producido por ahogo en una cava que se llena de agua, además de reparar el daño sufrido reclamado por los derechohabientes, preventivamente se obligó a ciertas obligaciones de hacer: señalizar la cava y colocar una cerca protectora perimetral.

Hay antecedentes importantes en ordenamientos procesales comparados. Alterini nombra el art. 809 del Código Procesal Civil Francés, el art. 700 del Código de Procedimientos Civil Italiano. En Alemania existe la acción de abstención. Son mecanismos procesales previstos para la actuación jurisdiccional preventiva del daño.

Nuestra Constitución Nacional consagra en el art. 43 la acción de amparo.

Todos los proyectos de reforma del Código Civil, a partir del de 1987 se ocuparon del tema de la prevención del daño. El de 1998 fue el más explícito y antecedente directo de la actual reforma.

**Principio de Precaución:** Nació con la idea de proteger el medio ambiente. Entiende que, cuando exista un peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no debe funcionar como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

Este principio luego se extendió a la salud pública y a la alimentación.

## ÓRBITAS CONTRACTUAL Y EXTRA- TRACTUAL

Tienen génesis distintas y, por eso, tradicionalmente tuvieron regulaciones diversas.

**La órbita extracontractual:** La sola circunstancia de que el hombre conviva en sociedad determina que esté sometido a un deber general de no dañar. Es el principio “*Naeminem Laedere*”. La violación a este deber genérico determina la responsabilidad extracontractual.

**La órbita contractual:** Aquí se da el caso en que los hombres que viven en sociedad y tienen libre albedrío, excepto para causar daños, deciden resignar porciones de su libertad o entregar parte de su patrimonio a cambio de que otros sujetos le proporcionen cosas o hagan o dejen de hacer determinada prestación. Se limitan de algún modo esa libertad. De esa manera establecen obligaciones, que estas obligaciones pueden ser incumplidas. En ese caso generan responsabilidad contractual.

En esta órbita es esencial que exista una obligación preexistente que haya sido incumplida. En la extracontractual hay un deber general de no dañar.

### **Diferencias de régimen de las órbitas contractual y extracontractual.**

1. Génesis: En la órbita contractual hay una obligación preexistente que fue incumplida. En la extracontractual hay un deber general.
2. Estructura: En la contractual la obligación preexistente es sustituida por, o se le adiciona la obligación

nueva. Es decir, se exige cumplir la prestación más los daños y perjuicios producto de la mora o bien directamente se exigen los daños y perjuicios.

En la extracontractual nace una obligación nueva de reparar el daño, allí donde no había una obligación sino un deber general de no dañar.

3. Extensión de la responsabilidad: Es mayor en la extracontractual. Se reparan las consecuencias inmediatas, la mediatas y en algunos casos de dolo, las casuales.

En la contractual se reparan las inmediatas y, en caso de dolo, también las mediatas.

4. Plazos de prescripción: Es más largo en la contractual. El Código Civil de Vélez Sarsfield establecía un plazo general de diez años contra los dos años de la responsabilidad extracontractual. Estos plazos han cambiado en el nuevo Código Civil y Comercial, siendo el plazo general de cinco años y el de responsabilidad civil de tres años, sin distinguir órbitas.

### **Opción Aquiliana**

No obstante las diferencias de órbitas, nuestra legislación permitía optar para pasar de la esfera contractual a la esfera extracontractual. Esta posibilidad existía cuando el incumplimiento contractual era a la vez un delito de derecho penal.

Esto se daba en los casos de la venta como no gravada de una cosa gravada. Cuando ese compromiso se tomó en el boleto de compraventa, cuando se procede a escriturar y no

se levanta el gravamen, si se escritura igual con el gravamen, se incurre en incumplimiento contractual y en el delito de defraudación. En ese caso, quien acciona puede optar por pasarse a la órbita extracontractual y pretender un resarcimiento mayor, porque las consecuencias a resarcir tendrán mayor extensión.

Se discute en este caso sobre el cúmulo y la opción. Esto es, si se puede acumular lo mejor de cada régimen o si se opta, la opción debe ser en bloque. Si se admitiera el cúmulo, podría obtenerse un plazo más largo de prescripción (contractual) y un resarcimiento mayor (extracontractual). La solución que admitía nuestro derecho, al igual que el derecho comparado es la opción en bloque.

### **Marcha hacia la unidad de régimen**

El distingo de órbitas es histórico. En Roma regía la Ley de las XII Tablas para la Responsabilidad Contractual y la Ley Aquilia para la Responsabilidad Extracontractual. De ahí el nombre de Aquiliana.

Pero esos motivos de distingo no subsisten hoy. Por esa razón, la Doctrina invariablemente reclamó la unificación de órbitas.

Las mayores diferencias están en la extensión del resarcimiento y en los plazos de prescripción.

- a) La extensión del resarcimiento: Hoy en materia contractual se entiende por consecuencia inmediata a los daños conocidos o conocibles por el deudor por integrar la trama contractual. Esto pudo haberse pactado así en el contrato, pero también puede ser así por derivarse del principio de buena

fe. Es que la doctrina no se conformaba con que se indemnicen sólo las consecuencias que surgen expresamente del contrato, pues las que las partes no previeron expresamente, pero pudieron ser conocidas mediante el principio de buena fe, no pueden dejarse de lado. Si no, imperaría el reino de la mala fe y eso no satisface la idea de justicia.

Visto de ese modo, se equipara la responsabilidad contractual con la extracontractual. Porque estos daños conocidos o conocibles son las llamadas consecuencias mediatas en materia contractual. No habría diferencia con ella. Recordemos que las consecuencias mediatas son las que resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, pero deben ser previsibles. Si no lo son, estamos en presencia de las consecuencias casuales. Por lo tanto, sean daños conocidos o conocibles, porque hayan sido previstos expresamente o derivarse del principio de buena fe, las consecuencias a resarcir serán las mismas. Serán las que se derivan de lo estipulado en el contrato o de la conexión de este con un acontecimiento distinto pero basado en el principio de buena fe y que sean previsibles por las partes. Es decir hasta las consecuencias mediatas previsibles.

Así se equipara la responsabilidad contractual con la extracontractual, en la que se establece en la norma que se repara hasta las consecuencias mediatas previstas o previsibles en caso de culpa.

- b) Prescripción liberatoria: Aquí es una decisión de política legislativa definir si hay diferencias en los plazos de prescripción. No es una cuestión

que derive de diferencias ontológicas. Por ejemplo, en materia de derecho del consumidor se la estableció en tres años, sin atender a que se una cuestión de responsabilidad contractual o extracontractual.

Todos los proyectos a partir del año 1987 contemplaban abolir las diferencias de órbitas. El de 1998 directamente ya unificaba los regímenes contractual y extracontractual. Se mantuvo en la reforma.

### **Unificación de tratamiento, no identidad**

Sin embargo, la unificación del tratamiento no implica identidad. Ambas órbitas son ontológicamente diferentes. La eliminación o mantenimiento de sus regulaciones responden a razones de política legislativa. No obstante la unificación de tratamientos en el Código Civil y Comercial, existen casos en que sigue existiendo la diferencia de órbitas. Es el supuesto de la Ley de Accidentes de Trabajo. En este caso, si se demanda por el régimen de ART, estamos en presencia de la responsabilidad contractual. Es lo que la ley reguló para regir en el ámbito del Contrato de Trabajo cuando se produce un daño al trabajador en su salud. Sin embargo, se permite la llamada opción por la vía civil. Cuando ello ocurre, no es más que la llamada “opción Aquiliana” porque la vía civil que se utilizará será la que rige en materia de responsabilidad extracontractual, pues se toma a ese daño producido en la salud del trabajador como producto de un acto ilícito.

A partir de la vigencia de la codificación civil y comercial, se unifican los regímenes contractual y extracontractual. Pero es diferente, de todos modos, accionar por el sistema de ART tarifada que reclamar la reparación plena que prescribe el Código Civil y Comercial.

## **PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

Para que exista Responsabilidad Civil deben concurrir cuatro presupuestos. Si alguno de ellos no se verifica, no habrá responsabilidad generadora del deber de reparar.

Los presupuestos son:

1. Antijuridicidad o Ilícitud Objetiva o Incumplimiento Objetivo o Incumplimiento considerado en sí mismo o Incumplimiento considerado en sí propio. Es cuando se incumple la palabra empeñada o se transgrede la ley.
2. Factor de atribución de responsabilidad. Es una razón suficiente para imputar a un sujeto el acto de incumplimiento o transgresión normativa y, consecuentemente el deber de reparar las consecuencias dañosas.
3. Un daño. Es la lesión a un derecho subjetivo o un interés.
4. Una Relación de Causalidad entre el hecho y el daño, de modo que pueda verificarse que los daños fueron causados por el acto del agente.

Si no se verifican los cuatro presupuestos, no hay responsabilidad que dé lugar a indemnización.

### **ANTI JURIDICIDAD**

También se la denomina incumplimiento objetivo o ilícitud objetiva o incumplimiento considerado en sí mismo o incumplimiento considerado en sí propio.

Es la infracción a un deber impuesto por la ley o por la palabra empeñada en un contrato.

Se analiza el acto que contradice la ley o el contrato independientemente de toda subjetividad del agente. Éste incluso puede no tener voluntad o la misma estar viciada. Pero, aun así, el acto puede ser objetivamente ilícito si infringe una norma o un contrato.

En materia contractual, desde que los contratos son para las partes como la ley misma, quien incumple un contrato infringe la ley. Por lo tanto, incurre en antijuridicidad.

En materia extracontractual, el Código Civil de Vélez Sarsfield exigía claramente una transgresión a una norma que expresamente prohibiera una conducta. Si no se verificaba esa transgresión normativa expresa el acto no era objetivamente ilícito ni antijurídico.

Esta norma, que surgía expresamente del art. 1066 del Código Civil de Vélez Sarsfield, implicaba que debía confrontarse la conducta con la ley en sentido amplio, es decir con todo el plexo normativo disponible, lo que incluye a toda norma o reglamento dictado por autoridad competente, es decir, no sólo la ley emanada del Congreso. Por lo tanto, se reafirmaba el principio de reserva, pues todo lo que no está expresamente prohibido está permitido.

Además, como se dijo, se debe analizar la ilicitud objetiva confrontándola con todo el orden jurídico. Quiere decir que debe tenerse en cuenta si el ordenamiento, en algunos casos, justifica la conducta. Esto nos lleva al tema de las causas de justificación. Si existe alguna de ellas, el acto deja de ser ilícito pues está justificado por la propia ley. Es decir, deja de ser una violación a la norma, pues la propia norma lo justifica.

### *Causas de justificación*

- a) Ejercicio regular de un derecho. Si se causa un daño mediante el ejercicio regular de un derecho, el acto está justificado y, por lo tanto, no es antijurídico. Es lo que pasa frecuentemente en el mundo económico o de los negocios. Algunos pueden ganar y otros perder. Mientras se actúe en el ejercicio regular de un derecho está justificado el obrar.

El problema será si ese ejercicio es irregular, tal como se desarrollará más adelante.

- b) Legítima defensa. También justifica la conducta del agente y el acto se torna lícito. Para que ocurra, deben concurrir:
- Agresión ilegítima.
  - Necesidad racional del medio empleado para repelerla.
  - Falta de provocación suficiente de parte de quien se defiende.
- c) Estado de necesidad. Causar un mal para evitar un mal mayor e inminente al que ha sido extraño.
- d) Facultad pública o privada de atacar un derecho subjetivo. Derecho de los padres de corregir o hacer corregir a los hijos, o por parte de la autoridad, por ejemplo en la vía pública o en el ámbito público. Siempre debe ejercerse moderadamente y evitar los malos tratos.

- e) Consentimiento de la lesión por parte del damnificado, salvo que ese consentimiento sea contrario a una prohibición legal. Se incluye aquí el llamado “Consentimiento Informado” por el paciente que admite un tratamiento invasivo, como una operación. Si no fuera así, el cirujano estaría cometiendo un acto ilícito al paciente y dañándolo en su salud.
- f) La intromisión en la facultad ajena realizada en interés de un tercero y en atención a su voluntad real, expresa o presunta. Es el caso del gestor de negocios que es el que, sin tener un acuerdo de voluntades con quien en definitiva se beneficiará, realiza una gestión útil para otro. Por ejemplo, si en ausencia de un propietario, un vecino arregla un caño roto que inunda la propiedad.

También es el caso de quien voluntariamente se expone a un peligro para salvar la persona o los bienes de otro.

### *Daños causados por actividad lícita*

En principio, los daños causados por actividad lícita, estarían justificados. Sin embargo, muchas veces el daño que se causa es injusto y no se puede permanecer indiferente a quien lo padece. Por eso la doctrina desarrolló la idea de que, no obstante la actividad pueda estar admitida por la ley, si causa daños injustos, estos no se justifican. El autor, en este caso, incurre en un ejercicio irregular de un derecho y, por lo tanto, viola una norma, pues el derecho no ampara el ejercicio irregular tal como surge expresamente de la ley.

Es el caso de los daños causados por la actividad lícita del Estado. Cuando el Estado realiza ciertas obras públicas, como construir un subterráneo o pavimentar una calle, por más que llevar adelante este tipo de obras sea una actividad prevista por la ley y, por lo tanto, en principio lícita, puede causar daños injustos a los comercios aledaños durante el tiempo que dura la obra.

En esa situación, la doctrina primero y la jurisprudencia luego entendieron que se estaba frente a un ejercicio no regular de un derecho y, por lo tanto, el acto causante de daños injustos es ilícito porque viola expresamente una norma. Es la que manifiesta que el derecho no ampara el ejercicio irregular.

Si no fuera así, existiría un derecho de dañar y la justicia no puede permitirlo.

Toda esta concepción penetró decididamente en el Código Civil y Comercial, tal como se verá más adelante.

## **FACTORES DE ATRIBUCIÓN**

Estos pueden ser subjetivos u objetivos. Son la razón suficiente para imputar a un sujeto el acto que llevó a cabo por comisión, por omisión o por comisión por omisión, que ha sido violatorio de la norma o de la palabra empeñada.

### **Factores subjetivos**

Los factores subjetivos de atribución son el dolo y la culpa.

Pero antes de analizar los factores de atribución, se debe analizar la imputabilidad en primer grado porque el agente debe ser no sólo el autor material del ilícito o del incumplimiento contractual, sino también la causa inteligente y libre de ese comportamiento.

Debe, entonces, analizarse la voluntariedad del acto. El autor debe haber actuado con discernimiento, intención y libertad.

Configurada la imputabilidad en primer grado, se debe formular la de segundo grado que pone el acento en la reprochabilidad de la conducta. Es decir, la imputabilidad de primer grado apunta a si el agente realizó el acto con voluntad jurídica. La imputabilidad en segundo grado apunta a reprochar esa conducta. El grado de reproche será distinto si se actuó con dolo o si se actuó con culpa.

**Dolo:** Existen diversas acepciones de dolo. Como vicio de la voluntad es toda aserción de lo que es falso o simulación de o verdadero. Todo artificio, astucia o maquinación que se emplee con tal fin.

Como elemento del delito civil, el dolo es la intención de dañar. En materia contractual es la intención deliberada de no cumplir.

En el delito civil el dolo puede ser directo, es decir querer dañar. Pero también el dolo puede ser eventual, o sea que el agente se representa el resultado y se despreocupa de él y actúa igual produciéndolo. Se diferencia el dolo eventual de la culpa con representación en que en ésta el agente se representa el resultado pero confía en que, por su pericia o por su buena estrella, lo evitará. Sin embargo, si el resultado se produce, habrá actuado con culpa con representación.

Para la mayoría de nuestra doctrina, se exige que el dolo sea directo para estar en presencia de un delito civil.

**Prueba del Dolo:** El dolo no se presume. Debe probarlo quien invoca su existencia.

Dispensa del dolo: Es nula la cláusula de dispensa anticipada del dolo. Desnaturalizaría la obligación y, además, va en contra de la buena fe contractual, la moral y las buenas costumbres.

La sanción, para algunos autores, como Pizarro y Vallespinos, es la nulidad de la cláusula. Para otros, como Borda o Bustamante Alsina, la sanción es la nulidad de todo el acto. Y para otros, como Llambías, Alterini, Ameal y López Cabana, debe distinguirse si hay o no principio de ejecución. Si la hay, será nula la cláusula. Si no la hay, será nulo el contrato.

Lo que sí es posible es la renuncia a los efectos del dolo ya consumado.

Cuando existe dolo de terceros introducidos por el deudor para el cumplimiento de la obligación, en este caso responde el deudor. Se trata del dolo del representado o del dependiente. El representante del incapaz o principal responde por ese dolo.

Los efectos del dolo se plasman en la extensión del resarcimiento por el daño causado. Desde que el Código Civil y Comercial unificó el régimen de regulación de las órbitas contractual y extracontractual y modificó el tratamiento previsto en el Código Civil de Vélez Sarsfield, se verá más adelante cuáles son los efectos del dolo.

**Culpa:** Es la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

El Código Civil hablaba de diligencias en plural, que más bien aludía a trámites y no al deber de cuidado.

Los requisitos de la culpa son: La omisión de realizar la conducta que exige la naturaleza de la obligación. Puede ser como negligencia, es decir, no prever lo previsible o no adoptar la diligencia necesaria para evitar el daño. En definitiva, es hacer menos que lo que se debe hacer.

También puede ser como imprudencia. Se trata de una conducta positiva precipitada e irreflexiva.

Por último, puede ser como impericia en su arte o profesión. Se trata de la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada.

El otro requisito de la culpa es la ausencia de intención de dañar o de intención de no cumplir, pues en estos casos estaríamos en presencia de dolo.

*Existe culpa inconsciente, culpa con previsión y culpa consciente:* En la culpa inconsciente el agente no ha tenido previsibilidad en la producción del daño. Si la hubiera tenido, hubiera actuado de otra manera. En la culpa con previsión el agente se representa la posible producción del resultado, pero confía en poder evitarla con su pericia. En la culpa consciente el agente prevé el daño y, no obstante ello, actúa, corriendo el riesgo, a la espera de que el resultado no se produzca por azar o fortuitamente.

*Criterios psicológico, normativo e intermedio de la culpa:* El criterio psicológico implica un error de conducta, que no habría sido cometido por una persona cuidadosa. Es un estado de ánimo reprochable. El criterio normativo es un juicio de valor que el ordenamiento jurídico realiza hacia el agente por omitir ajustar su conducta a lo que le era exigible de acuerdo con las circunstancias del caso. El criterio intermedio pondera

de manera integral ambos datos. Existe una realidad subjetiva, psicológica y, además, la exigibilidad de la conducta por el ordenamiento habrá de desembocar la cuestión en el juicio de reproche. Es un criterio psicológico-normativo.

*La llamada culpa objetiva o culpa social:* Se trata de una noción edificada sobre un modelo rigurosamente abstracto e inflexible. Sería el modelo de hombre diligente. Para proteger a las víctimas, se prescinde de la negligencia del responsable y toda la cuestión se centra en el daño. La culpa sería, para esta posición, una disconformidad entre el acto y la norma de conducta, desprovista de toda valoración subjetiva o psicológica. En Francia se comenzó a denominar a este concepto de culpa, “culpa objetiva” y la adjudican incluso a los incapaces. En realidad, para nuestra doctrina se trata de un sofisma. Para Pizarro y Vallespinos sería una “culpa sin culpa”. En tales supuestos debe buscarse el factor objetivo de atribución o un criterio de justicia para imputar legalmente el daño causado.

### *Teoría de la Prestación o Graduación de la Culpa*

A partir del Derecho Romano Postclásico, básicamente contenido en las Institutas de Justiniano, comienza a formularse una clasificación de la culpa de acuerdo con su graduación.

La culpa grave significa no prever lo que cualquiera hubiese previsto. Se asimilaba al dolo en su tratamiento.

La culpa leve tiene dos versiones. La culpa leve en abstracto es no ajustar su conducta a la de un buen padre de familia. Es decir, se toma un cartabón general de comparación que hace las veces de “metro patrón” para juzgar y reprochar la conducta del agente. Si la conducta no se ajusta a

la que tendría un hipotético buen padre de familia, se incurre en culpa. No se consideran las circunstancias de la obligación según las personas, especialmente cómo se comporta el agente dañoso, el tiempo y el lugar.

La culpa leve, en concreto, es la omisión de la diligencia que pone el deudor en sus propios asuntos.

La culpa levísima fue introducida posteriormente por los glosadores, aunque ya había sido mencionada en el Digesto. Aquí la comparación se da con un muy buen padre de familia o un diligentísimo hombre.

Esta clasificación se vincula con la teoría de prestación de la culpa que básicamente establece:

-Si el contrato brinda utilidad solo para el acreedor, el deudor sólo responde por culpa grave.

-Si el contrato brinda utilidad para ambos, el deudor responde por culpa grave y leve en abstracto, como por ejemplo, en la compraventa y sólo en casos excepcionales responde por culpa leve en concreto.

-Cuando el contrato brinda utilidad sólo para el deudor, éste responde hasta por culpa levísima. Es el caso de un préstamo de dinero gratuito.

Vélez Sarsfield rechazó esta teoría en el Código Civil. En la nota al art. 512 cita a Zachariae y la califica como una de las más oscuras del derecho. El criterio de Vélez es el que mejor se adapta a la realidad, que presenta múltiples situaciones.

Si bien Vélez la rechazó, existen casos en que nuestras normas clasifican la culpa. Y así en materia de seguros,

la Compañía no responde cuando media culpa grave del asegurado. O en materia de administradores de sociedad comercial se debe actuar como un buen hombre de negocios. O en materia de sociedad civil, se debe poner el mismo empeño que en los actos propios cuando se conduzca en los asuntos societarios. Es que no porque no sea buena una clasificación general de la culpa en abstracto, frente a un caso concreto sea de utilidad realizar una graduación de la culpa de acuerdo con su intensidad.

### *Apreciación de la culpa*

Se trata de determinar en el caso concreto, si ha mediado o no el reproche subjetivo en la conducta del agente. Es juzgar si para el sujeto era previsible la dañosidad de la conducta. Los criterios pueden ser abstracto o concreto, es decir cómo se debe comportar el sujeto comparado con un módulo ideal de referencia o cómo se comporta normalmente el propio sujeto actuante para compararlo con la actuación en el caso concreto que se analiza.

Conforme a Orgaz, esa separación de criterios es más verbal que real. Siempre debe tomarse un cartabón general pero, analizado el caso, se debe atender a las circunstancias de las personas de tiempo y de lugar. El sistema de Vélez era a la vez abstracto y concreto para este pensamiento.

Sin embargo, para la mayoría de la doctrina, nuestro sistema era predominantemente concreto. El juez debía apreciar el caso concreto, “cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”.

La culpa debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación, conforme a las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar.

En los casos de los contratos que su ponen una confianza especial, deben tenerse en cuenta las condiciones personales del agente para establecer un deber de previsión mayor del que imponían las circunstancias en que actuaba. Fuera de tal caso, no deben ser tenidas en cuenta.

*Unidad y pluralidad de culpa:* Se discutía si existía una categoría diferente de culpa, para los casos de responsabilidad contractual o extracontractual. A partir de la reforma, esa discusión ha sido superada.

*Prueba de la culpa:* También existían reglas sobre quién debía cargar con la prueba de la culpa. Se diferenciaba la responsabilidad contractual y la extracontractual. Y dentro de ellas, las obligaciones de medio y de resultados, y la responsabilidad subjetiva u objetiva, e incluso los daños causados con intervención de cosas. Todo esto ha quedado superado por el Código Civil y Comercial

*Dispensa de la culpa:* También se discutía en qué casos puede haber dispensa anticipada de culpa o limitación del deber de reparar, que implicaría una limitación de la culpa. Se sostenía que no se puede dispensar la culpa grave, ni limitar la culpa de modo tal que se desnaturalice la obligación. Esto es, que bajo pretexto de limitar la culpa o la responsabilidad, bajo una cláusula cuantitativa, en los hechos se la termine excluyendo. Eso sucede cuando el monto al que se limita la responsabilidad es muy bajo, o cuando el monto de la franquicia por la que no se responde es muy alto.

## **Factores objetivos de atribución**

Cuando la atribución del hecho dañoso no está referida a la culpa, es decir, no es imputable moralmente al autor del hecho, el factor de atribución de responsabilidad es objetivo.

Es decir, cuando estamos en presencia de un factor objetivo de responsabilidad, se prescinde de la idea de culpa.

Este factor objetivo se desarrolló a partir de la dificultad de poder probar y reconstruir la acción humana. También de la enorme cantidad de daños anónimos que se producen y que son estadísticamente previsibles.

Es más, muchas veces es imposible verificar que efectivamente hubo una acción del hombre.

La más extendida de las teorías que fundamentan los factores objetivos de atribución es la teoría del riesgo. Quien utiliza una cosa o realiza una actividad que pueda considerarse potencialmente riesgosa, es decir, apta para causar daños, debe responder.

El eje del problema se desplaza. Se deja de lado la culpabilidad y se atiende a la causalidad. Es decir, se debe establecer qué hecho fue el causante del daño. Y luego se imputa ese hecho a un sujeto por su particular relación que tiene con la cosa que lo causa o con la actividad riesgosa.

Cuando no se puede determinar quién causó el daño, de todos modos no puede dejarse a la víctima sin reparación. Y esta obligación recae en el dueño de la cosa o titular de la actividad.

Los factores de atribución objetivos son la teoría del riesgo, en sus dos versiones, riesgo provecho y riesgo creado, y la noción de garantía.

El riesgo provecho indica que quien se beneficia con la realización de cierta actividad o el uso de cierta cosa debe responder en caso de que se causen daños.

La teoría del riesgo creado es más amplia. Quien introduce en la sociedad una cosa riesgosa o realiza una actividad riesgosa, independientemente del beneficio que obtenga, responderá por los daños causados.

La introdujo Borda en el Código Civil a partir de la reforma de la Ley 17.711. Se refirió a los daños causados por el vicio o riesgo de la cosa. Para eximirse de responsabilidad se deberá probar la culpa de la víctima, de un tercero por quien no se deba responder o el caso fortuito. También, que la cosa ha sido utilizada sin la voluntad expresa o presunta del dueño. Es lo que se llama la prueba de la fractura del nexo causal, pero con ciertos requisitos que la agravan. No basta el hecho de la víctima ni de un tercero. Hace falta culpa de la víctima o de un tercero.

La noción de garantía es otro factor objetivo de responsabilidad. Cuando una parte garantiza un resultado, el factor de atribución es objetivo. Se prescinde de la idea de culpa y, para eximirse de responsabilidad, también se deberá probar la fractura del nexo causal.

Es decir, los eximentes de responsabilidad en todos los casos de factor de atribución objetivo deben demostrar la interrupción de la relación de causalidad. Es lo que se llama “fractura del nexo causal”.

No importa demostrar la falta de culpa, sino que lo que debe demostrarse es que el daño no fue causado por la cosa ni por la actividad del titular. Y para el Código Civil el nexo de causalidad se fractura demostrando culpa de la víctima o de un tercero por quien no se deba responder. No basta con demostrar el mero hecho de la víctima ni del tercero.

También, como dijimos, se puede demostrar que la cosa se utilizó sin la voluntad expresa o presunta del titular o, el caso fortuito que es el eximente genérico.

## **RELACIÓN DE CAUSALIDAD**

El cuarto presupuesto de responsabilidad civil es que exista una relación de causalidad entre el hecho y el daño.

Es muy importante porque sólo habrán de repararse los daños que estén en relación adecuada de casualidad con el hecho.

Se debe distinguir causa, condición y ocasión.

La **causa** es la que produce el efecto. La **condición** es la que lo permite o, a lo sumo, remueve un obstáculo. La **ocasión** favorece la operatividad de la causa. Es como un catalizador.

Se trata, entonces, de desentrañar cuál es la causa que produce el efecto. Porque sólo esos daños causados por el hecho analizado serán los que deban repararse.

Desde antaño la teoría se preocupa por saber cuál es la causa que produce el efecto. Hay teorías que ponen en un plano de igualdad a todas las condiciones. Es decir, no distinguen entre las distintas condiciones y todas son las que conducen

al resultado. Entienden que todas son equivalentes. Por eso se las denomina como de “Equivalencia de las Condiciones” o “*Condictio sine qua non*”. Estas teorías poco ayudan a desentrañar la causa. Además, si todas las condiciones fueran equivalentes, la cadena causal nunca se cortaría y haríamos responsable de todo a Adán y Eva.

Hay teorías que sí distinguen entre las condiciones. La primera esbozada es la de la **causa próxima**. La condición más cercana a la producción del efecto es la verdadera causa productora. Esta teoría, además de no tener rigor científico, lleva a resultados injustos. Alterini ilustra con un caso muy claro. Es el caso de la enfermera que recibe un frasco cerrado y rotulado como antibiótico por parte de un laboratorio. Aplica ese antibiótico y, en realidad, se trataba de un veneno. La causa próxima es la acción de la enfermera. Pero sería una flagrante injusticia atribuirle a ella, que confía en todo el sistema de salud, el efecto. De hecho, lo causa el laboratorio que comete un error grave y el sistema de salud que no controla.

Una teoría que se desarrolló más tarde es la de la **condición más eficaz**. Es decir, debe buscarse la más activa de las condiciones. Pero puede existir el caso de una condición muy activa que, en realidad, no es la que produce el efecto. Si un concesionario invita a pasear en bote por las Cataratas del Iguazú y cruzar la garganta del diablo y el bote se va a pique, la condición más eficaz la pone las cataratas que tiene en ese lugar un salto de agua enorme. Pero el hecho es que el concesionario que lleva a pasear por ese lugar es el que produce el resultado.

Aparece, por último, la teoría de la **causa adecuada**. La causa es adecuada cuando produce un efecto que acostumbra a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas.

Es la que adopta nuestra doctrina, luego nuestra jurisprudencia y finalmente se plasmó en el Código Civil y Comercial.

## **Reforma**

### **Responsabilidad Civil en General**

El art. 1708 establece dos funciones de la responsabilidad civil. La prevención del daño y su reparación. La función preventiva es una novedad que reclamaba la doctrina. No hay experiencia hasta hoy en el derecho comparado.

El art. 1709 establece reglas claras de prelación normativa, de enorme utilidad interpretativa, en la medida que concurren disposiciones del Código y de la ley especial. El orden es:

- 1) Las normas indisponibles del Código y de la ley especial. Aparecen en el mismo rango y el Juez deberá hacer un esfuerzo hermenéutico para lograr una justa y adecuada interpretación.
- 2) La autonomía de la voluntad. Es decir, lo pactado por las partes.
- 3) Las normas supletorias de la ley especial.
- 4) Las normas supletorias del Código.

En el caso de un accidente de trabajo, las normas del Código y de la Ley de ART aparecen en un mismo rango. Habrá que ver qué opción se toma y qué interpretación se formula.

### **Función Preventiva**

Es una novedad para nuestro régimen de responsabilidad civil general. Si bien existen mecanismos disuasivos en

algunas leyes especiales, como el caso del establecimiento de los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor, es la primera vez que se sistematiza en una norma general como es el Código Civil y Comercial. La doctrina ya había planteado el principio de prevención dentro de los criterios modernos de responsabilidad civil.

Sin embargo, su aceptación dentro del pensamiento jurídico no es unánime. En general, se afirma que la función preeminente de la responsabilidad civil en todos los ordenamientos jurídicos es la reparación. Se define a la responsabilidad civil como la obligación de reparar el daño causado. Sin embargo, más allá del acierto de esta afirmación, no puede dejarse de lado que existe la predisposición a incluir dentro de esta disciplina a la función preventiva.

La función preventiva del daño podemos concebirla de dos maneras. La primera de ellas es la llamada prevención general. Toda imposición de una sanción implica prevenir que se causen futuros ilícitos, pues la sociedad asiste a esas decisiones y, por ende, es esperable que los sujetos se apeguen a la ley y no sean proclives a cometer hechos reprochables. Es una de las funciones de la pena en materia de derecho penal. Una función disuasiva y, por ello, preventiva. La segunda de ellas es la imposición de un remedio preventivo, es decir una decisión judicial que expresamente condene a ejecutar una conducta o abstenerse de una, con el fin de evitar la producción de un daño. Sobre esta manifestación de la prevención no existe consenso.

Podemos decir que en la actualidad la tendencia es a aceptar al remedio meramente preventivo como una condena de responsabilidad civil. Además, siempre es preferible la prevención del daño que su reparación posterior. Pero la doctrina

discrepa en que la evitación del daño sea una incumbencia de la responsabilidad civil. Hay quienes sostienen rotundamente que no y, por lo tanto la evitación del daño debe dejarse a otras ramas del derecho, como el Derecho Penal, el Derecho Administrativo o bien ese campo tan difuso desde lo jurídico que suele llamarse “políticas públicas” y quienes afirman que la responsabilidad civil comprende la condena meramente preventiva.

Los que sostienen que la evitación del daño no tiene lugar dentro de la responsabilidad civil entienden que la realidad nos muestra que en estos casos no se ha producido un daño cierto y la condena que se pueda dictar no es reparatoria. Es que para que el daño pueda repararse, el mismo debe ser cierto. Puede ser actual o futuro, pero debe haber certeza en que se producirá o que hay una chance concreta en que el mismo habrá de producirse. Por el contrario, el daño incierto, eventual o conjetural no puede ser reparado. En consecuencia, para este pensamiento, si la posibilidad de producirse un daño es solo una conjetura o una eventualidad, la pretensión de evitarlo no es del campo de la responsabilidad civil. Se suma a esto que la responsabilidad civil es definida siempre como la obligación de reparar el daño. Por lo tanto, una condena que no compense los daños causados, sino que los evite, no es parte de la disciplina que nos ocupa.

Por su parte, los que piensan que el remedio meramente preventivo es parte del campo de actuación de la responsabilidad civil lo hacen desde una posición funcional. Estos entienden que es perfectamente compatible y ayuda a buscar mejores resultados, que el mismo campo del derecho que se ocupa de compensar los daños sea también la que se encargue de prevenirlos. De este modo la prevención y la reparación son considerados fenómenos íntimamente ligados entre sí

que deben estar comprendidos dentro de la misma rama disciplinar. Ahora bien, dentro de este pensamiento, hay quienes sostienen que la evitación del daño es una reparación en sí misma y quienes sostienen que la prevención del daño es una condena independiente de la reparación. Quienes piensan que la evitación de un daño es, a la vez, repararlo hacen hincapié en que el daño inminente es un daño en sí mismo. La propia amenaza de que el daño se producirá causa un daño. Para algunos eso es un daño presente, para otros es un daño futuro y para un tercer grupo es un daño en evolución, que comienza con la amenaza y concluye con la producción concreta.

De este modo, la condena que ordena suprimir la amenaza repara el daño que la misma amenaza constituye y, a la vez, evita que acontezca el daño temido. Se entiende que no hay mejor modo de reparar el daño que evitar que el mismo se produzca. De esa forma, ni siquiera hace falta intentar volver a colocar las cosas como estaban antes de producirse el daño, porque el mismo fue evitado. La eficacia de la reparación sería del 100%.

Sin embargo, este pensamiento tiende a igualar conceptos que, en realidad, son ontológicamente diferentes. Para ayudarnos a razonar es interesante en este caso aceptar los aportes de la doctrina italiana que distingue entre “peligro de daño” y “daño de peligro” (“*pericolo di danno*” y “*danno da pericolo*”). El “daño de peligro” es la amenaza que causa un daño actual, el peligro de sufrir un perjuicio. Es decir, el “daño de peligro” es un daño cierto. La diferencia es que, cuando hablamos de “peligro de daño”, nos referimos al perjuicio futuro que podría derivar de esa conducta. Como se ve, esa amenaza, por el contrario, es eventual.

De acuerdo con esas diferencias, cuando nos encontramos con una amenaza de daño, podemos estar presentes frente a un daño actual consumado, un daño en ejecución o

simplemente frente a un daño futuro eventual. Frente al daño actual o frente al daño en ejecución, la medida judicial destinada a evitarlo no constituye una reparación, pues no procura darle al perjudicado un equivalente de ese daño, ni retrotraer los efectos del daño, sino evitar que acontezca un perjuicio futuro. Si consideramos el daño futuro eventual, la medida judicial que pueda tomarse a fin de evitarlo tampoco es una reparación pues es obvio que no puede repararse un daño incierto o conjetural. La existencia de este daño no es segura, por lo tanto, no puede repararse lo que no existe.

Y aquí se da lugar a la segunda crítica, más contundente que la anterior, a quienes sostienen que se trata de un daño futuro cierto, porque la realidad nos dice que dicho daño es tan eventual que la propia medida judicial lo evita. Por lo tanto, si este no se produce, es claro que era meramente eventual o conjetural. No tenía nada de cierto.

Por ello, es claro que incorporar las medidas preventivas dentro del campo de la reparación de daños es una contradicción y, por ende, es inaceptable.

Pero sostener que prevención del daño y reparación son cosas evidentemente distintas, no significa que el remedio meramente preventivo no sea parte de la responsabilidad civil. Si bien el daño evitable es eventual, eso no quiere decir que los fenómenos de la prevención y la reparación no estén íntimamente ligados y, por lo tanto, deben ser incluidos dentro de la misma disciplina. En definitiva, se busca que todo el fenómeno del daño sea atacado por el Derecho de Responsabilidad Civil, pues eso traerá mejores respuestas a los justiciables y se propenderá al avance de nuestras sociedades.

En suma, compartimos el criterio de incorporar la prevención del daño al Derecho de Responsabilidad Civil y, en

ese sentido, también la incorporación normativa que realiza la reforma que nos ocupa.

El art. 1710 recoge el principio de prevención. Lo establece como un deber general que se suma al deber general de no dañar clásico del Derecho Romano. Es decir, se deriva del “*naeminem laedere*” no sólo la obligación de reparar el daño cuando éste se produce, sino que previamente debe cumplirse el deber general de prevenir el daño.

El deber de prevención se expresa en los siguientes términos: Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

- a) Evitar causar un daño no justificado. Es decir que no se cause daño a menos que exista una causa de justificación como el estado de necesidad, la legítima defensa o el ejercicio regular de un derecho.
- b) Adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, el que lo evita tiene derecho a que este tercero le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa.

Es decir, se apunta a evitar el daño propio como el daño causado por terceros.

- c) No agravar el daño cuando ya se produjo.

El art. 1711 habilita la acción preventiva. Es decir, se crea un mecanismo jurisdiccional de tutela preventiva para impedir la realización posible del daño. El fundamento es que, si se permaneciera sin

actuar jurisdiccionalmente frente a una posibilidad cierta de daño inminente, estaríamos frente a un derecho a dañar.

El mecanismo jurisdiccional procede frente a la mera acción u omisión antijurídica que haga previsible la producción del daño, su continuación a su agravamiento.

No se requieren los otros presupuestos de responsabilidad civil. Es decir, no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

Por supuesto que tampoco se requiere relación de causalidad entre el hecho y el daño, porque por hipótesis, éste aún no se produjo.

El art. 1712 establece que la legitimación activa se le reconoce a todo aquel que acredite un interés razonable en la prevención del daño. Puede ser un posible damnificado directo o indirecto. O quien acredite un simple interés. Es muy amplia la legitimación.

El art. 1713 determina que la sentencia que admita la acción preventiva debe disponer, tanto a pedido de parte como de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda.

Es muy amplio el espectro de medidas que puede ordenar el juez.

Hay dos criterios que debe ponderar para asegurar la eficacia de la obtención de la finalidad: el de menor restricción posible y el de medio más idóneo.

Por ejemplo, si una obra en construcción puede causar un daño, no será la paralización lisa y llana de la obra la primera medida a evaluar por el juez, si puede ordenar medidas de seguridad que causen menos restricción y sean más idóneas para evitar el daño.

El art. 1714 se refiere a la punición excesiva. Pondera tanto las condenaciones pecuniarias administrativas como los llamados punitive damages o daños punitivos que, conforme a la Ley de Defensa del Consumidor pueden imponerse en sede administrativa; como las penales, como las civiles, es decir las astreintes, entre otras.

En el caso en que respecto de un hecho se provoque una punición excesiva o irrazonable, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto. Es decir, el juez debe computar que es excesiva o irrazonable y puede disminuirla.

El art. 1715 establece que incluso puede dejar sin efecto total o parcialmente la medida, con lo cual le da una facultad de morigeración cierta al juez frente a medidas que, por su naturaleza, son necesariamente provisionales y no importan derechos adquiridos. Esto recoge cuestionamientos efectuados por la doctrina que fundadamente se oponen a la fijación de daños punitivos en sede administrativa por los mecanismos fijados por la Ley de Defensa del Consumidor, porque se abre la puerta a la arbitrariedad. Prevé aquí la facultad expresa de recurrir al juez para que sean disminuidos. Lo mismo sucede con relación a las astreintes.

La función preventiva de la responsabilidad civil fue largamente desarrollada por la doctrina. Incluso las acciones de tutela preventiva fueron propuestas por los congresos de civilistas.

Sin embargo, se oyen voces de especialistas en Derecho Comercial que advierten que la finalidad de esta tutela, que es muy loable, puede ser distorsionada.

Se acerca el ejemplo de aquel que prepara su concurso preventivo y se “*stockea*” de crédito y de mercadería. En este caso, podría frustrarse por la acción preventiva de un potencial damnificado directo o indirecto, o aun más quien tenga un simple interés que sólo acredite que sea razonable, que alegue que existe un daño inminente de no pagarle al acreedor.

Sin dudas, habrán de suceder polémicas sobre el instituto.

El art. 1711 no dice expresamente que la acción procede frente a un daño no justificado o contra el ejercicio irregular de un derecho. Nada aclara. Por lo tanto, ya hay quienes sostienen que podrá haber planteos por esta vía que frustren mecanismos preparatorios para ejercer derechos que otorgan las leyes. Y habrá que dirimir en esos casos qué es lo que prevalece pues, conforme al orden de prevalencia, las normas indisponibles de este Código y de las leyes especiales se encuentran en el mismo rango de prioridad.

### **Función resarcitoria**

El art. 1716 establece el deber general de no dañar y lo lleva a una categoría normativa. Con anterioridad el art. 1109 del Código Civil de Vélez Sarsfield establecía la obligación de reparar el daño por quien por su culpa cause daño a otro. El eje estaba en la culpa y no en la violación del deber general de no dañar. Ahora, a partir de la sanción del nuevo Código, no se requiere culpa, pues se recoge el deber general

de no dañar y se lo fija expresamente en las normas. De modo que, si se infringe esta norma que establece este deber general, nace la obligación de reparar el daño causado.

Este deber general de no dañar se equipara al incumplimiento de una obligación. De este modo se equipara el tratamiento de la responsabilidad contractual con el tratamiento de la responsabilidad extracontractual, tal como se desprende de toda la regulación que sigue. Es decir, el nuevo Código Civil y Comercial trae como novedad la equiparación de regímenes contractual y extracontractual. No desaparece la diferencia de órbitas, pues éstas son ontológicamente distintas. Pero el tratamiento legal las equipara.

El art. 1717 regula la antijuridicidad. A partir de los planteos de la doctrina y de la jurisprudencia, se diluye ahora la exigencia de transgredir una prohibición legal expresa para que se verifique este presupuesto de responsabilidad. Directamente el eje pasa al daño injustificado. De ese modo se establece que toda acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.

Vale decir que, para evitar que se verifique la antijuridicidad, cuando estamos frente a la causación de un daño, se debe acreditar una causa de justificación.

El art. 1718 consecuentemente establece y sistematiza concretamente las causas de justificación. Antes estaban en el Código Penal y en el Código Civil. Se trata del ejercicio regular de un derecho, de la legítima defensa y del estado de necesidad.

Otras causas de justificación aparecen en los artículos siguientes.

El art. 1719 legisla sobre la asunción de riesgos. Establece que el hecho del damnificado puede interrumpir total o parcialmente el nexo causal. No hace falta acreditar la culpa de la víctima. Basta con el mero hecho de la víctima. Pero para establecer la fractura del nexo de causalidad deberá estarse a las circunstancias del caso. No cualquier exposición de la víctima a un hecho dañoso justifica el daño. Por ejemplo, durante una carrera de autos, quien imprudentemente se coloca en un lugar peligroso y se expone a un accidente, si este se produce, podrá resultar una causa de justificación al daño producido, pues desplazará la relación de casualidad.

Además, se establece una obligación concurrente en favor de quien se expone a un peligro para evitar un daño a otro, para indemnizarlo. Los obligados son el causante del daño y el beneficiario.

El art. 1720 legisla sobre el consentimiento informado. Si bien está regulado en leyes especiales sobre salud, aquí se sistematiza en la norma general, como es el Código. Es el caso del paciente que consiente la operación por el cirujano. Si no, éste estaría cometiendo un ilícito.

### **Factores de atribución**

El art. 1721 expresamente establece que pueden ser subjetivos u objetivos. El factor de atribución residual es la culpa (subjetivo). De modo que para el caso en que no se establezca un factor de atribución, éste será subjetivo.

El art. 1722 regula los factores objetivos de atribución. Lo define para los casos en que se prescinde de la idea de culpa. Es decir, cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad.

El art. 1723 regula la responsabilidad objetiva. Establece en qué casos puede existir esta responsabilidad. Incluso la admite en la órbita contractual ya que hay equiparación en el tratamiento de ambas órbitas. Lo remite a las circunstancias de la obligación o de lo convenido por las partes. Más abajo establecerá reglas que definen a quién le corresponde demostrar el factor de atribución y las circunstancias eximentes.

El art. 1724 define los factores subjetivos de atribución. Son la culpa y el dolo. Recoge los planteos doctrinarios, por lo que la innovación es mínima.

El art. 1725 se refiere a la comúnmente llamada prestación o graduación de la culpa y la apreciación de la culpa. En este caso no se gradúa la culpa en grave, leve o levísima, siguiendo la idea del Código de Vélez Sarsfield. Pero sí da reglas de apreciación de la culpa. La valora “en concreto”. No la compara con un cartabón general, como podría ser un buen padre de familia sino que la aprecia en concreto. Toma algunas normas del viejo código de Vélez y no varía respecto de este código. Sólo sistematiza y aclara cuál es la norma de apreciación que es en concreto.

### **Relación de causalidad**

El art. 1726 se inclina claramente por la teoría de la Relación de Causalidad Adecuada. Establece, asimismo, la extensión del resarcimiento en la órbita extracontractual.

El art. 1727 sistematiza y define los distintos tipos de consecuencias, que no varían con los conocidos anteriormente por el viejo Código Civil.

El art. 1728 establece la extensión del resarcimiento en la órbita contractual. La equipara a la responsabilidad aquiliana.

A partir del art. 1729 se establecen sistemáticamente los eximentes de responsabilidad. El primero de ellos es el hecho del damnificado. Pero aclara que las partes o la ley pueden agravarlo.

El art. 1730 regula el caso fortuito como otro de los eximentes de responsabilidad. Lo define como aquel que no puede preverse y previsto no puede evitarse. Lo equipara con la fuerza mayor como sinónimos.

El art. 1731 establece el hecho del tercero equiparable al caso fortuito como eximente de responsabilidad también.

El art. 1732 establece la imposibilidad de cumplimiento como eximente de responsabilidad. Por ejemplo, en las obligaciones de hacer *in tuito personae*, si ocurre el fallecimiento del obligado. Vgr. un pintor único. No genera obligación de indemnizar, sino que exime de responsabilidad.

El art. 1733 establece en qué casos el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento es irrelevante.

El art. 1734 establece reglas de prueba de los factores de atribución y de sus eximentes. Los coloca en cabeza de quien los alega.

El art. 1735 introduce la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

El art. 1736 establece las reglas sobre la prueba de la relación de causalidad, que pesa en cabeza de quien la alega, salvo disposición en contrario.

## **DAÑO RESARCIBLE**

### ***Introducción:***

El daño resarcible: el daño como fenómeno fáctico es diferente del daño jurídico.

Tanto para el damnificado como para el responsable, el significado y el alcance pasan por una cuestión conceptual que no es unánime.

Un sector de la doctrina considera que el daño es una lesión a un derecho subjetivo (patrimonial o extrapatrimonial); otros afirman que es una lesión a un interés legítimo y, por último, otro grupo entiende que se debe tomar en cuenta el resultado o consecuencia de la acción que causa detrimento.

En un sentido amplio, el daño se identifica con la ofensa o lesión a un derecho, o a un interés no ilegítimo, de orden patrimonial o extrapatrimonial.

Coincidimos con Pizarro y Vallespinos en que, así concebido, todo acto ilícito, por definición, debería producirlo, pues la acción u omisión ilícita presupone siempre una invasión en la esfera de derechos ajenos.

El solo hecho de una intrusión indebida determina que el autor deba cesar en su acción y restablecer el equilibrio alterado.

### ***El Código Civil derogado:***

El Código de Vélez atribuye otro significado a la expresión “daño”, al tiempo de considerarlo como elemento o

presupuesto de la responsabilidad civil (arts. 1068, 1069 y concordantes).

Según este Código, el daño ya no se identifica con la sola lesión a un derecho de índole patrimonial o extrapatrimonial, o a un interés que es presupuesto de aquél, sino que es la consecuencia perjudicial o el menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entre la lesión y el menoscabo existe una relación de causa-efecto, en la que el daño resarcible se identifica con esto último.

### **Reforma:**

En los fundamentos de la Comisión integrada por Lorenzetti, Highton y Kemelmajer, al presentar el anteproyecto, se distinguió el daño de la indemnización sobre la base de los siguientes criterios:

El daño es aquello que causa una lesión a un derecho o a un interés que no es contrario al ordenamiento.

Cuando ese derecho o interés es individual, recae sobre la persona o el patrimonio y esto significa que los derechos tienen un objeto. Esta caracterización hace que distingamos entre la definición del daño-lesión y la indemnización, lo que aporta más claridad en la redacción. La responsabilidad es uno de los instrumentos de protección de los mencionados derechos, y la reposición al estado anterior al hecho generador o la indemnización es una de sus funciones básicas. Por lo tanto, la indemnización es una consecuencia de la lesión.

En el “II Congreso Internacional de Derecho de Daños”, realizado en la Ciudad de Buenos Aires en 1991, la Comisión N° 1 trató la problemática desde la tesis “de la inviolabilidad del patrimonio a la inviolabilidad de la persona” y

recomendó, entre otras cosas, “tener presente que la inviolabilidad de la persona humana, como fin en sí misma, supone su primacía jurídica como valor absoluto. Debe ser protegida no sólo por lo que tiene y pueda obtener, sino por lo que es y en la integridad de su proyección; configurando un ámbito lesivo de honda significación y trascendencia en el que pueden generarse perjuicios morales y patrimoniales”.

Se debe privilegiar la tutela de la persona humana y, en esa dirección, ha evolucionado el concepto jurídico de “daño a la persona”.

De allí la influencia en el nuevo régimen legal y, en particular, sobre la vigencia que debe tener el principio de la reparación plena.

¿Qué se debe entender por reparación plena?

Pizarro y Vallespinos determinan cuatro reglas fundamentales: “...el daño debe ser fijado al momento de la decisión, la indemnización no debe ser inferior al perjuicio, la apreciación debe formularse en concreto y la reparación no debe ser superior al daño sufrido”. Resaltan en importancia el principio de reparación plena o integral como una de las grandes columnas sobre las que se asienta el sistema de responsabilidad civil. Y en ese ámbito adquiere relevancia el tema de la cuantificación de los daños.

En el nuevo régimen del Código Civil y Comercial de la Nación se refiere a la cuantificación de daños en los artículos 1741, 1745, 1746, 1747 y 1748.

El legislador fija pautas que deben ser apreciadas por el juzgador a la hora de la cuantificación.

Prudencia y operatividad son las pautas que el Juez debe tener en cuenta para brindar la debida tutela y protección de todos los aspectos del ser humano, no sólo físicos o psíquicos, sino individuales, familiares, sociales y de su capacidad para gozar y proyectar.

### ***Daño:***

El artículo 1737 establece el concepto de daño, como el resultado de la lesión a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto a la persona, al patrimonio, o a un derecho de incidencia colectiva.

El artículo realiza una definición amplia de este concepto, que señala no sólo como la lesión a un derecho subjetivo, sino a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico.

Los elementos del daño son: la lesión, un interés y los intereses de incidencia colectiva.

Para que haya daño se requiere lesionar un interés no reprobado por la ley. El concepto de interés es inescindible del concepto de bien jurídico, que sería todo aquello que es apto para satisfacer una necesidad humana, por ejemplo, la vida, la propiedad, el honor y la libertad.

### ***Indemnización:***

Antecedentes. Modo de reparación del daño: El sistema de reparación propio del Derecho Romano es el de la indemnización pecuniaria; el del Derecho Germánico, el de la reparación en especie.

En el primero, se repara el patrimonio (la víctima recibe una suma equivalente al daño) y, en el segundo, se repara

la cosa dañada (la víctima obtiene del responsable la reposición de la cosa al estado anterior al incumplimiento). De allí que en el primer sistema la indemnización consista en una obligación de dar dinero y, en este último, en una obligación de dar o hacer.

### ***Código Civil de Vélez Sarsfield:***

Antes de la reforma de 1968, el Código Civil, en su artículo 1083, preveía la reparación en dinero. Así lo interpretaba la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia, salvo alguna excepción.

Es decir, en el antiguo régimen del Código Civil:

- 1) la reparación era pecuniaria;
- 2) no obstante, correspondía la restitución del objeto que hubiera constituido materia de la infracción (arts. 1091 y 1093 del CC);
- 3) además, cabía el desmantelamiento de los efectos del acto ilícito (caso de la inserción en un periódico de la sentencia o satisfacción en el supuesto de calumnia o injuria).

Con la reforma del año 1968 se modificó el artículo 1083, que quedó redactado de la siguiente manera: “El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero”. De esta manera, queda consagrado en nuestro código civil el sistema de reparación en especie.

En la órbita contractual, el acreedor también tiene derecho a obtener la satisfacción específica, esto es, el bien debido como prestación por el deudor, ya sea por ejecución forzada o por ejecución mediante la actividad de un tercero, a menos que su derecho a la prestación se convierta en un derecho a obtener la indemnización.

Excepciones en la esfera contractual:

- 1) Si lo debido no es una cosa en el sentido del artículo 2311;
- 2) si la reposición al estado anterior es imposible total o parcialmente;
- 3) si la pretensión de reparación en especie es abusiva;
- 4) si es de aplicación la facultad judicial de atenuar la indemnización.

La indemnización consiste en la reparación del daño y a ella tiene derecho el acreedor de una obligación contractual, como efecto anormal que lo satisface por equivalente; y de una obligación extracontractual que es el contenido de la obligación a cargo del responsable, nacida del hecho ilícito generador del daño.

El fundamento de la indemnización es el genérico del ordenamiento jurídico, la noción de Justicia (en el pensamiento de Ulpiano “dar a cada uno lo suyo”; en el derecho romano *neminem laedere*, que significa no dañar a los demás).

La finalidad de la indemnización es resarcitoria, o sea, de equilibrio entre el daño patrimonial causado y la prestación que se impone al responsable.

Lucro cesante es la frustración del enriquecimiento patrimonial a raíz del daño; no se requiere certeza sino una posibilidad suficiente, por ejemplo, las ganancias que dejó de percibir una persona por el tiempo que duró su tratamiento médico, lo que le impidió continuar con su actividad laboral.

En términos generales, la “chance” comprende aquellos supuestos en los cuales el sujeto afectado podría obtener un provecho, una ganancia o un beneficio, o evitar una pérdida. Ese provecho o ganancia no pudo ser percibido por la víctima como consecuencia del hecho antijurídico de un tercero, generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se producirá o no.

Zavala de González define la pérdida de chance como la oportunidad verosímil de lograr una ventaja o de impedir una pérdida.

La reparación de la pérdida de chance constituye una zona intermedia entre el daño cierto y el daño eventual o hipotético.

En cada situación particular deberá demostrarse el nexo causal entre el hecho y la probabilidad razonable del acontecimiento en base a la cual se reclama, por ejemplo la imposibilidad de recibir ayuda de un hijo ante su fallecimiento a raíz de un accidente de tránsito.

Entre la variedad de hipótesis mencionadas por la doctrina y la jurisprudencia se incluyen la muerte de un hijo, la pérdida de un juicio por mala praxis profesional, del examen, concurso, empleo, de obtener en determinado momento un título universitario, etc.

Para que la pérdida de chance sea resarcible es necesario que concurren dos condiciones concretas: que la posibilidad de obtener una ganancia o evitar una pérdida sea real

y probable. La frustración posee nexo causal adecuado con el siniestro base del reclamo, que impide obtener una ventaja económica o evitar una pérdida.

La pérdida de chance fue reconocida por la jurisprudencia. Se diferencia del lucro cesante en que en éste último las probabilidades no son tan ciertas ni tan lejanas.

Por otra parte, la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad, que hacen al ámbito doméstico, social, cultural, etc., con la consiguiente frustración de desarrollo pleno de la vida.

Se comprenden todos los supuestos susceptibles de reparación patrimonial, incluso los daños a la salud, a la integridad física y psíquica de la víctima, como así también a su aspecto estético, etc.

### **Reforma:**

El artículo 1738 dispone que la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo con la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

Este nuevo artículo se refiere al daño emergente (disminución del patrimonio de la víctima), al lucro cesante (en el beneficio económico esperado de acuerdo con la probabilidad objetiva de su obtención) y a la pérdida de chance.

Por último, la nueva normativa se refiere en el segundo párrafo a la violación de los derechos personalísimos de la víctima, bienes jurídicos a los que les corresponde una tutela especial.

En el nuevo artículo 1739 se regulan los requisitos para la procedencia de la indemnización.

Debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.

Se introducen concretamente los presupuestos del daño resarcible, perjuicio directo o indirecto, actual (el ya ocurrido) o futuro (todavía no ha ocurrido, pero su causa generadora ya existe), cierto (su existencia es indudable) y subsistente (se mantiene en la actualidad).

Se regula adecuadamente la pérdida de chance, en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde adecuada relación de causalidad con el hecho generador.

### ***Tipos de daño:***

#### ***Daño directo o indirecto:***

El daño es directo cuando lo reclama la víctima del hecho; en cambio, es indirecto cuando el que reclama es un damnificado distinto de la víctima pero por un perjuicio propio (por ejemplo, el padre o la madre que reclama por el pago de los gastos en los que incurrió a raíz del accidente de tránsito que sufrió su hijo).

En el caso de un homicidio, el damnificado directo ha muerto y los que reclaman son los damnificados indirectos (cónyuge, conviviente, hijos, etc.).

### ***Daño actual o futuro:***

El daño actual es indemnizable, o sea tiene que haber ocurrido para poder reclamar. En cambio, el daño futuro es indemnizable, pero todavía no ocurrió al momento de reclamar, se tiene la certidumbre de que ocurrirá.

### ***Cierto o subsistente:***

El daño debe resultar cierto, en cuanto a su existencia misma, debe resultar probable.

El daño es subsistente en tanto no haya sido reparado por el responsable.

### ***Reparación plena***

El nuevo artículo 1740 regula la reparación plena.

La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

También llamada reparación integral, se refiere a que debe repararse todo el daño.

La reparación plena se condice con la plenitud propia de cada ordenamiento jurídico. Este principio fue reconocido

por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al considerarlo como de raigambre constitucional.

La excepción está dada, por ejemplo, cuando no se reconoce una indemnización plena por razones de equidad (anterior artículo 1069 última parte del Código Civil), o en la limitación para el reclamo del daño moral (actual artículo 1740).

El artículo 1083 anterior establecía que la regla era la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero.

### ***Indemnización de las consecuencias no patrimoniales***

El artículo 1741 establece la indemnización de las consecuencias no patrimoniales.

Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad, también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible.

La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste.

El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.

Por consecuencias no patrimoniales debe entenderse lo mismo que el daño moral. Según Pizarro, el daño ya no se identifica con la sola lesión de un derecho de índole

patrimonial o extrapatrimonial, o de un interés que es presupuesto de aquél, sino que es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. El daño resarcible es el menoscabo como consecuencia de la lesión.

El daño moral comprende los padecimientos, angustias e inseguridades provocadas por las lesiones sufridas. Y es esa lógica alteración en los sentimientos de la víctima la que hace que se lo tenga por acreditado con la sola existencia del acto antijurídico.

### **Legitimación**

El damnificado directo, salvo fallecimiento (pueden reclamar los herederos forzosos o los que recibían trato familiar ostensible, es decir, convivientes de cualquier sexo), otra excepción es cuando el damnificado sufre una “gran discapacidad” (cuadripléjicos, en estado vegetativo, etc.), pueden reclamar el damnificado directo y los demás legitimados.

*Mortis causa*, sigue el criterio anterior, el daño solo se transmite si el damnificado directo lo interpuso en vida.

Por último, en el daño patrimonial la reparación tiene función de equivalencia; en el daño moral el dinero que se otorga como indemnización tiene función de satisfacción (Pizarro).

### ***Atenuación de la responsabilidad***

En el artículo 1742, se dispone la posibilidad de la atenuación de la responsabilidad.

En estos casos, el juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable.

Anterior artículo 1069 última parte, “Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable al dolo del responsable.

Es decir, en nuevo artículo amplía los requisitos para que esta facultad sea otorgada por los jueces, ya no cabe considerar la situación patrimonial del deudor únicamente, sino también la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho.

### ***Dispensa anticipada de la responsabilidad***

El artículo a 1743 regula la dispensa anticipada de la responsabilidad, al establecer que son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder.

El anterior artículo 506 del Código Civil prohibía la eximición del dolo, pero nada decía de la culpa. También se consideraba que era inválida en el ámbito extracontractual.

En cambio, la doctrina entendía que la eximición de la responsabilidad por culpa podía ser total o parcial en la vía contractual. La total era una cláusula eximente de responsabilidad que no era admitida, pues le quitaba seriedad a los vínculos contractuales. En cambio, la eximición parcial era válida en tanto era una cláusula limitativa de la responsabilidad.

### ***Prueba del daño***

El artículo 1744 dispone que el daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos.

El daño debe ser demostrado por la víctima, salvo presunción como los gastos médicos, farmacéuticos y de transporte que resulten razonables en función de los daños (ver art. 1746).

Si el daño es un presupuesto de responsabilidad, no puede aceptarse la configuración de ésta si no se lo prueba. Carga que pesa sobre quien, considerándose damnificado, pretende hacer valer la responsabilidad de su deudor.

El daño no probado no existe para el derecho.

### ***Indemnización por fallecimiento***

El artículo 1745 regula la indemnización por fallecimiento.

En caso de muerte, la indemnización debe consistir en:

- a) los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal;

- b) lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes;
- c) la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido;

El damnificado por muerte tiene derecho a los daños que se mencionan en estos tres incisos, no obstante ello, es meramente enunciativo y no taxativo.

- a) La vida humana no tiene un valor económico por sí mismo sino en consideración a los frutos que produce o puede producir. No se puede hablar de valor pecuniario, se trata de un derecho personalísimo y, por lo tanto, fuera del comercio. El daño que experimentan los deudos de la víctima debe entenderse no sólo por verse privados del aporte material, sino en relación con todo lo que la ley supone que la víctima hubiera representado como ayuda a los damnificados y se encuentra comprendido en el concepto de subsistencia.
- b) En el artículo se regulan los daños patrimoniales pues los daños extrapatrimoniales se presumen.

- c) Los gastos de asistencia son los que un familiar se ve obligado a erogar durante la convalecencia del paciente para intentar evitar el fallecimiento, como gastos farmacéuticos, internación, etc. y se trata de un daño emergente. Se aplica también el artículo 1746.
- d) Los gastos funerarios son todas aquellas erogaciones que se relacionan con el entierro del difunto, como el velatorio, ataúd, etc.
- e) El derecho de repetición lo puede ejercer cualquier persona que haya efectuado los gastos, como un familiar o amigo.
- f) El lucro cesante por muerte tiene como punto de partida a lo necesario para los alimentos, pero el daño podría ser mayor, en cuyo caso debe ser acreditado en debida forma.
- g) Legitimados: Sufren daños el cónyuge, los hijos menores de 21 años e incapaces, el conviviente (la obligación en estos casos es alimentaria y por ello se encuentra justificada). Un hijo mayor de 21 años puede reclamar daños si demuestra que recibía alimentos porque estudiaba y tenía menos de 25 años (en caso contrario, se presume que los mayores de edad se mantienen solos. En el nuevo artículo se establece que, si existen otros obligados igualmente, el responsable de la muerte debe pagar los alimentos).
- h) Para cuantificar el daño debe tenerse en cuenta: a) el tiempo probable de vida de la víctima, b) condiciones personales de la víctima (edad, sexo, educación, trabajo, etc.); c) condiciones personales del reclamante.

- i) También se incluye como daño patrimonial indemnizable a la pérdida de ayuda futura, como el caso de muerte de hijos menores. En este caso se perderán las posibilidades de ayuda en la vejez de los padres.

### ***Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica***

Artículo 1746. Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica. En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede, aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado.

Todas las lesiones e incapacidades están incluidas en el artículo. No se distingue si son de fuente contractual o extracontractual, la incapacidad debe ser permanente, es decir, para toda la vida.

Puede ser física, que es lo más común, pero también comprende la incapacidad psíquica o daño psíquico.

El eventual daño psíquico importa un detrimento a la integridad corporal, debe poderse descartar su origen en causas

preexistentes al hecho generador del daño, y probarse que es una consecuencia de él.

Puede ser total o parcial.

Presunción de daños: los gastos médicos no necesitan prueba sino que se presumen, el límite es la razonabilidad de acuerdo con las lesiones sufridas. Si son mayores, deben ser demostrados.

Que la víctima continúe trabajando no significa que no pueda otorgarse una indemnización por incapacidad permanente, si es parcial, porque podría suceder que posea actividad laboral con un salario inferior al que podría percibir.

A su vez, si la víctima recibe alimentos, no hay derecho a descontarlo de la indemnización. Por ejemplo, un menor de edad que es dañado, debe percibir su incapacidad psicofísica pese a que le pasan alimentos.

### ***Acumulabilidad del daño moratorio***

El artículo 1747 establece que el resarcimiento del daño moratorio es acumulable al del daño compensatorio o al valor de la prestación y, en su caso, a la cláusula penal compensatoria, sin perjuicio de la facultad morigeradora del juez cuando esa acumulación resulte abusiva.

El daño moratorio es el cumplimiento tardío, que lógicamente produce daños en el patrimonio del acreedor, es por ello que se puede reclamar el cumplimiento de la obligación más el daño moratorio.

La prestación se debe por la obligación; en cambio, el daño moratorio es el daño que debe pagarse por el incumplimiento tardío.

La cláusula penal compensatoria, es una indemnización anticipada por los daños y no corresponde reclamar otra suma por el mismo daño. No obstante ello, si existe un convenio expreso, se puede pedir la ejecución de la obligación y la pena, cuando se estipuló la pena por el simple retardo o que se haya establecido que con el pago de la pena no se extingue la obligación principal.

Facultad morigeradora: como cualquier pacto expreso de las partes, la acumulación de la cláusula penal al daño compensatorio es una excepción a la regla y puede provocar un abuso del derecho, en cuyo caso el juez podrá morigerar la condena que resulte del total de ambos.

### ***Curso de los intereses***

El artículo 1748 dispone que el curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio.

Con anterioridad, la opinión mayoritaria era que los intereses se deben por la mora en la obligación en pagar el daño, como se está obligado desde que se produce el hecho ilícito, es desde ese momento que deben computarse los intereses.

También se ha sostenido que, si la mora en los ilícitos civiles se produce desde el momento del hecho, a los intereses corresponde calcularlos desde esa fecha, pues no importa que los montos indemnizatorios se determinen posteriormente, toda vez que el crédito resarcitorio ya era exigible desde el hecho.

La diferencia actual es que ya no corren desde el hecho ilícito, sino desde que cada daño se produce, lo que permite fijar intereses distintos para cada rubro.

## **Responsabilidad directa**

### ***Código derogado:***

El artículo 1109 del Código Civil de Vélez Sarsfield regulaba la regla general de la responsabilidad directa en la órbita extracontractual, mediante la cual una persona que, por su culpa o negligencia, cause un daño a otra debe responder.

En la órbita contractual no se encontraba regulada la responsabilidad directa.

### **Reforma:**

El artículo 1749 establece que es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión.

Se distingue al responsable directo del responsable por el hecho ajeno. El responsable directo es el autor del daño, quien tiene todo el dominio del hecho que produce dicho daño.

Puede ser responsable directo tanto el que incumple un daño como el que comete un hecho ilícito, y quien daña por acción como por omisión.

En cambio, será responsable indirecto el que deba responder por el hecho de otro (artículos 1753 a 1756).

### ***Daños causados por actos involuntarios:***

En el Código derogado, el artículo 907 establecía que, cuando por hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, sólo se responderá con

la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho y, en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido. La ley 17.711 introdujo el segundo párrafo que establece que los jueces podrán también disponer un resarcimiento en favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima.

El nuevo artículo 1750 establece que el autor de un daño causado por un acto involuntario responde por razones de equidad. Se aplica lo dispuesto en el artículo 1742 (atenuación de la responsabilidad).

El acto realizado por quien sufre fuerza irresistible no genera responsabilidad para su autor, sin perjuicio de la que corresponde a título personal a quien ejerce esa fuerza.

La nueva normativa consagra la procedencia de la indemnización por equidad cuando el daño es consecuencia de un acto involuntario. Se deja a salvo la responsabilidad de quien actuó bajo una fuerza irresistible, lo que no genera indemnización.

El acto para ser voluntario debe ser ejecutado con discernimiento, intención y libertad.

Es involuntario el acto realizado por falta de discernimiento (quien está privado de razón, el menor de 10 años para actos ilícitos, el menor que no ha cumplido 13 años para actos lícitos).

No hay necesidad de demostrar la culpa (el inimputable no puede incurrir en culpa, pues carece de discernimiento y, en consecuencia, de voluntad).

Es por ello que este tipo de responsabilidad es objetiva, siendo el factor positivo de atribución razones de equidad. En este caso el resarcimiento se contradice con el resarcimiento pleno.

### ***Pluralidad de responsables:***

Puede suceder que varias personas participen en la producción de un daño, de allí que deba establecerse el alcance de la responsabilidad de cada uno.

En el Código derogado el artículo 1081 establecía que la obligación de reparar el daño causado por un delito pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal.

En el nuevo artículo 1751 se dispone que, si varias personas participan en la producción del daño que tiene una causa única, se aplican las reglas de las obligaciones solidarias.

Si la pluralidad deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes.

En principio, la regla es que todos deben responder solidariamente y permite que la víctima del daño pueda recibir una indemnización de cualquiera de los responsables.

No solo responden los autores, sino los cómplices e instigadores.

En caso de que la producción del daño tiene causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes.

La víctima del daño puede accionar contra todos o algunos de los intervinientes en el hecho, sea autores, cómplices

e instigadores, sin necesidad de determinar cuál fue el efectivamente responsable de su producción.

### ***Encubrimiento:***

Como novedad, porque no se encontraba en el Código derogado, el nuevo artículo 1752 regula el encubrimiento.

Se establece que el encubridor responde en cuanto su cooperación ha causado daño.

Esta figura, si bien no se encontraba en el régimen legal, había sido incluida en el artículo 1655 del proyecto de 1998 que se refería: “El encubridor responde en cuanto su cooperación ha causado daño”.

### **Responsabilidad por el hecho de otro**

En principio, los efectos de las obligaciones son para las partes. Pero hay casos en que se pueden hacer estipulaciones en favor de terceros. Y también hay casos en que la ley asigna responsabilidad a quien, sin haber obrado el acto que causa el daño, debe indemnizarlo por su particular relación con quien lo causa:

Hechos de los dependientes por los que responde el principal. Hechos de los menores por los que responden sus padres o a quienes se les delega el ejercicio de la responsabilidad parental.

Teorías subjetivas: Culpa *in vigilando* o culpa *in eligendo*.

Teorías objetivas: Por introducir en la sociedad la posibilidad que el dependiente cause daños

(riesgo creado) o por servirse de ese dependiente que le dará un beneficio (riesgo provecho).

Teorías normativas: Expresan que, por una parte, hay un deudor y, por la otra, hay un responsable determinado por la ley.

El damnificado tiene acción contra el autor y contra el civilmente responsable. El principal tiene acción de repetición.

En el caso de los dependientes: El fundamento del deber de responder es objetivo e inexcusable. Debe haber un hecho ilícito imputable al dependiente, una relación de dependencia y el daño debe ser causado en ejercicio o en ocasión de sus funciones.

En el caso de los incapaces, el fundamento tradicionalmente era subjetivo: Se basaba en la culpa *in vigilando* y admitía prueba en contrario. Era lo que surgía del régimen del Código Civil de Vélez Sarsfield. Este criterio ha sido modificado por el Código Civil y Comercial. El fundamento ahora es objetivo y los padres deben responder de ese modo, como seguidamente se analizará.

### **Reforma**

El art. 1753 regula la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. La responsabilidad del principal es objetiva. Se responde por los daños que causen los que están bajo su dependencia o las personas de las cuales se sirve para su cumplimiento.

El hecho debe acaecer en ejercicio o en ocasión de sus funciones.

No es excusable la responsabilidad del principal, ni siquiera si se alega la falta de discernimiento del dependiente.

Genera una obligación concurrente del principal junto con la del dependiente.

El art. 1754 regula la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores, que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ello. La responsabilidad es solidaria. Los hijos tienen responsabilidad concurrente (en el caso de que tengan discernimiento).

El art. 1755 aclara que la responsabilidad parental es objetiva. Cesa en el caso de que el hijo menor sea puesto bajo la vigilancia de otra persona. Esa vigilancia puede ser transitoria o definitiva. No cesa en el caso del art. 643.

Tampoco se liberan los padres si el menor no convive con ellos si esta circunstancia deriva de una causa que les es atribuible a los padres. Es decir que en ese caso la falta de convivencia entre padres e hijo es irrelevante.

Sí quedan eximidos de responsabilidad los padres en los casos en que el menor deba afrontar daños causados por tareas inherentes a su profesión o funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por obligaciones contractuales contraídas válidamente con terceros. Vale decir que la

responsabilidad de los padres se limita a la esfera extracontractual. O sea, a los hechos ilícitos que puedan cometer los hijos menores que convivan con ellos.

El art. 1756 indica que otros sujetos responsables, además de los padres, son a quienes se les delega el ejercicio de la responsabilidad parental, los tutores y curadores. Tienen la misma responsabilidad que los padres.

Sin embargo, el fundamento de su responsabilidad es subjetivo. Se liberan si demuestran que les fue imposible evitar el daño. Es decir, deben demostrar máxima diligencia. Tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia.

Es decir, deben demostrar la máxima diligencia y que no obstante ello, les fue imposible impedir el daño. Para algunos autores, esta imposibilidad de evitar el daño funciona, en realidad, como responsabilidad objetiva y lo que debe demostrarse no es la máxima diligencia sino la fractura del nexo causal. No compartimos ese criterio y sostenemos que el Código establece un criterio subjetivo con una inversión de la carga de la prueba de la culpa y, además, exige la máxima diligencia. Algo así como un muy buen padre de familia. Es decir, en este caso el fundamento es la culpa levísima que se presume.

En cambio, el establecimiento responde subjetivamente por su culpa. Es lo que surge del último párrafo del referido art. 1756, que establece que responde por la negligencia en el cuidado de quienes, transitoria o permanentemente, han sido puestos bajo su vigilancia y control.

## **RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA INTERVENCIÓN DE COSAS Y DE CIERTAS ACTIVIDADES**

### **Hechos de las cosas y actividades riesgosas**

La vida humana no es concebible sin responsabilidad, sea jurídica, o en todo caso ética. Clásicamente el derecho sostuvo que para atribuir responsabilidad a un sujeto por un hecho dañoso, éste debió haber actuado y, además, esa actuación debió ser con culpa suficiente para atribuírsela y adecuada para provocar el daño causado. Pero con el correr de los siglos y el progreso tecnológico, muchas situaciones analizadas a la luz de esos cartabones, llevaban a soluciones francamente injustas. Muchas veces es difícil encontrar la actuación de un sujeto: piénsese en los sistemas mecánicos, o más modernamente, los cibernéticos. Por otra parte, en muchos casos, también es harto difícil probar la culpa del sujeto que causa el daño sea por sí o por la cosa de la que se sirve o la actividad que realiza. Por eso, los juristas han ido desarrollando ideas que se ajustan más a la realidad y atienden, además, el valor justicia, de modo tal que no quede vulnerado.

Es decir, no podemos pensar que en pleno siglo XXI que no se responda en virtud de los daños que injustamente se causen, atribuyendo a la desgracia los perjuicios que deben soportar las víctimas.

En el derecho se mantiene la distinción entre la responsabilidad por los actos propios y la responsabilidad por los actos ajenos. La responsabilidad por actos propios sigue siendo predominantemente culposa en las legislaciones más importantes. Por su parte, tal como sostiene Santos Briz, se ha llegado a partir de la responsabilidad por actos ajenos, a la responsabilidad por riesgo, pero siempre a través de la culpa propia y no de la culpa ajena.

Es decir, del principio jurídico de que quien coloca a otro en su lugar y le hace actuar en beneficio de sus intereses ha de responder frente a terceros por los daños originados en un defecto o fallo de esas personas con motivo de desarrollar la actividad que el principal les transmitió, se deduce que lo mismo responderá cuando el daño derive de sus propias cosas o instalaciones industriales o de otra clase. Todo ello da a entender que en el fondo de la responsabilidad por riesgo hay un principio de actuación culposa, ya subjetiva ya meramente social. La solución adoptada para estos supuestos en el derecho comparado es que el titular o poseedor de cosas peligrosas responde hasta el límite de la fuerza mayor y hasta ciertas sumas máximas, aunque no le sea imputable descuido alguno: es una imputación por el riesgo unido al manejo o explotación de ciertas cosas (vehículos, materias radioactivas, etc.)

En la mayor parte de los países industrializados, el derecho de la responsabilidad civil se encuentra actualmente en una situación paradójal. Por un lado, se registra un constante aumento de las acciones de responsabilidad civil, tanto en la variedad de los daños reclamados como también un aumento en los montos pretendidos para resarcir dichos daños y, por el otro, se verifica un cambio en las normas del sistema. El fenómeno de aumento de los daños corporales producidos por accidentes se debe fuertemente a la revolución industrial que, si bien ha originado la producción en masa, también ha producido el efecto no querido de masificar el daño. Sólo en los Estados Unidos, aproximadamente 105.000 personas por año mueren en accidentes de tránsito.

La vida moderna, con su progreso técnico sobre todo, ha traído a primer plano en el ámbito del derecho de la responsabilidad civil la denominada responsabilidad por riesgo. No es totalmente identificable con la idea de responsabilidad sin

culpa, aunque sí puede decirse que esta responsabilidad no se basa en la culpa del responsable. La culpa no es el fundamento de esta clase de responsabilidad, sino que en contraposición a la tesis clásica que informa el principio “no hay responsabilidad sin culpa”, las consecuencias dañosas de ciertas actividades o conductas, aun lícitas y permitidas, deben recaer sobre el que ha creado a través de las mismas riesgos o peligros para terceros.

Responsabilidad por riesgo es responder por el peligro puesto por sí mismo, es decir, imponer al que domina una fuente de peligro representada por una empresa o explotación permitida en interés propio, las consecuencias derivadas de la producción causadora de daños.

Dicho de otro modo, al decir de Larenz, es la imputación de un daño a la esfera de responsabilidad del obligado a resarcirlo en virtud del principio del control del peligro y de las características de los riesgos específicos inherentes.

Ya no se observa tanto al causante del daño, sino a la víctima que ha sufrido un daño injusto. Ésta debe verse satisfecha con independencia de quien resulte responsable.

Por ello, en nuestros días el principio de que quien ha sufrido un daño injusto debe ser indemnizado, es pacíficamente aceptado.

A partir de esta premisa se ha extendido el concepto de sujeto responsable, que no se entiende ya en el sentido restrictivo que informaba el derecho clásico, en donde solo respondía por el hecho propio y no por el hecho ajeno ni por la cosa ni por la actividad riesgosa, si no se verificaba una causación de daño mediante culpa a partir de una conducta antijurídica.

Por el contrario, hoy la base de sujetos responsables se ha extendido, teniendo en cuenta tanto quien es dueño de las cosas que pueden traer aparejado un riesgo y causen un daño, el que debe cuidar de ellas, el que las manipula y hasta quien realiza actividades por sí o por terceros que por su peligrosidad puede causar daños.

### **Sujetos responsables**

Históricamente, a partir de la existencia de ciertas cosas que pueden traer aparejado un riesgo o que cuentan con un vicio de modo tal que en virtud de ello causen un daño, nació la teoría del riesgo en sus dos versiones: el riesgo provecho y el riesgo creado.

El riesgo provecho toma en cuenta el aprovechamiento económico que hace de una cosa quien la introduce en la sociedad. Los daños que se causen mediante esa cosa debe soportarlos quien la introduce.

Josserand plasmó esta fórmula: “Todo el que crea un riesgo introduciendo en la sociedad un elemento virtual de daño del cual se aprovecha debe, si ese riesgo se produce, soportar el peso”.

El riesgo creado apunta simplemente a que, quien crea el riesgo en la sociedad allí donde no lo había, simplemente en virtud de una cosa que trae aparejado un riesgo, debe soportar las consecuencias de la dañosidad.

De ese modo, el Código Civil receptó la Teoría del Riesgo a partir del art. 113, haciendo responsable por los daños causados por intervención de cosas al dueño o guardián.

Sin embargo, en la llamada sociedad postindustrial, los riesgos no son introducidos solamente por las cosas de las

cuales se sirve un sujeto, sino que también derivan de ciertas actividades que pueden ser catalogadas como riesgosas. De ese modo, aparece una nueva categoría de daños, que son los causados no ya por las cosas sino por las actividades riesgosas. Son los daños producidos por los productos elaborados, los que derivan de la explotación nuclear, los producidos por actividades que contaminan y degradan el medio ambiente, los causados por la aplicación de la informática, los sufridos por el consumidor de productos o servicios y los que pueden derivarse de la aplicación de conocimientos biológicos.

Al decir de Messina de Estrella Gutiérrez, todos presentan un denominador común: La dañosidad deriva de alguna actividad riesgosa. Las modernas formas de riesgos no pueden contenerse en el esquema tradicional de la responsabilidad por culpa, ni aún en la solución de la imputación objetiva por la intervención de cosas riesgosas o viciosas. Así como en la etapa industrial el daño era preferentemente causado por las cosas, podemos decir que en la era tecnológica los siniestros conciernen a la actividad riesgosa.

En el Código Civil se introdujo la responsabilidad objetiva por el riesgo o vicio de las cosas en el conocido art. 1113.

Se consagró así la responsabilidad objetiva del dueño o guardián, cuando se cause daño a terceros por el riesgo o vicio de la cosa. Cuando el daño es causado simplemente con la cosa y no por su riesgo o vicio, la responsabilidad del dueño o guardián no será objetiva sino que habrá una inversión de la carga de la prueba de la culpa, es decir, una presunción de culpabilidad en su contra que deberá destruir.

Esta formulación legal que hace sujetos responsables al dueño o guardián de la cosa, en general cuando el daño es causado por el riesgo o vicio de la cosa, ha dejado afuera a los daños causados por actividades riesgosas.

Al decir de Alterini, Ameal, López Cabana, no obstante el uso de una fórmula que quiso ser amplísima, no contempló las actividades peligrosas, sino tan solo el riesgo de la cosa.

Ante este panorama legislativo, al no haber una norma general que imputa responsabilidad objetiva por riesgo de la actividad, la jurisprudencia debió realizar grandes esfuerzos por adecuar la legislación a ciertos casos de actividades riesgosas, donde el valor justicia estaba fuertemente comprometido.

El proyecto de Reforma del Código Civil de 1998 contempla los hechos de las cosas y actividades riesgosas. La reforma actual retoma ese concepto.

### **Reforma**

Art. 1757: Incorpora la responsabilidad por las actividades riesgosas a las cosas riesgosas que ya contemplaba el Código Civil. Aplica una fórmula muy amplia, en donde toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

La responsabilidad es objetiva, por lo que resulta claro que aquí se prescinde de la idea de culpa. Habrá que buscar la eximición de responsabilidad a partir de demostrar la fractura del nexos causal.

Pero se aclara que no son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

Art. 1758: Establece los sujetos responsables. El dueño y el guardián son responsables concurrentes por el daño causado por las cosas.

Se trata, entonces, de una obligación concurrente que el dueño y el guardián comparten. Siendo ello así, serán deudas distintas, basadas en distintas causas y deber, pero por el mismo objeto y frente a la misma víctima.

Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. Es decir que el guardián debe reunir las tres características: usar, dirigir y controlar la cosa o, también, puede ser quien obtenga un provecho de ella. Piénsese, por ejemplo, en quien alquila un taxi para ponerlo a trabajar y a su vez contrata a un chofer. El chofer es guardián, son seguridad porque usa, dirige y controla la cosa. Pero quien alquila el taxi y a su vez pone un chofer obtiene un provecho de ella. Frente al daño, ambos son guardianes y responden. Lo hacen concurrentemente con el dueño del automotor, que como todo dueño de la cosa riesgosa, responde objetivamente.

Siendo la responsabilidad objetiva, los eximentes genéricos de responsabilidad de este tipo funcionan. Son el hecho del damnificado, el hecho de un tercero por quien no deba responderse, el caso fortuito o fuerza mayor o la imposibilidad de cumplimiento.

Pero es un eximente específico el hecho de que el dueño o guardián prueben que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta. En ese supuesto, no responden. Es el caso de la denuncia de venta del automotor que exige de responsabilidad al titular de dominio.

Cuando se desarrolla una actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial. En este caso una importante excepción es el Código

Aeronáutico. La responsabilidad de la compañía aérea en el supuesto de accidente es subjetiva.

Art. 1759: Equipara la responsabilidad por daños causados por animales con el daño causado por el hecho de las cosas y actividades riesgosas.

## **Responsabilidad Colectiva y Anónima**

### *Planteo de la cuestión*

Muchas veces ocurre que un integrante de un grupo circunstancial provoca un daño a un tercero pero no se puede identificar quién fue el que lo causó. La cuestión consiste en determinar si existe responsabilidad colectiva o anónima de cada integrante de ese grupo circunstancial que resultó dañoso, por haberse determinado que un agente no identificado de su seno causó el daño.

¿Es justo que en tal caso la falta de identificación del agente dañoso condujera a la irresponsabilidad de todos los posibles responsables?

¿O bien, es justo que por esa falta de identificación del agente dañoso se imponga la responsabilidad sobre todos los sospechosos, aunque se sepa que uno solo puede ser culpable y los demás inocentes?

¿Y qué ocurre si, en realidad, se identifica al autor?

¿Se lo sindicaría a él solo como responsable?

¿Sería esto justo en todas las situaciones?

¿Es lo mismo la responsabilidad por daño colectivo que la responsabilidad por daño anónimo?

### *Distinciones Previas*

En verdad, cuando se habla de responsabilidad colectiva, se alude a una responsabilidad individual

que le llega a alguien por haber formado parte de un determinado grupo, que resultó ser dañoso.

Ello independientemente de la falta de identificación del agente dañoso. Tanto da que se identifique, como que no se lo haga, pues la responsabilidad surge por haber participado del grupo y, consecuentemente, su liberación no puede provenir de la circunstancia de que el responsable sea identificado, sino de la no participación en el grupo.

Por su parte, la responsabilidad anónima parecería mejor reservarla para la que se establece para todos los integrantes del grupo, en razón de la falta de identificación del agente dañoso.

Asimismo, debemos distinguir los supuestos de responsabilidad colectiva y responsabilidad anónima de otros, como los referentes a la intervención conjunta de varios responsables -donde todos cooperan a la producción del daño- o la intervención acumulativa -donde el mismo daño es provocado por la acción independiente entre sí de dos o más personas, como el caso en que dos fabricantes vierten sus desechos en el mismo río, el resultado sería el mismo, aun si interviniera uno solo de ellos-.

Por último, la causalidad disyunta es aquella en la cual el daño es atribuible en forma excluyente a alguno de los agentes, pero a raíz de la falta de prueba no puede determinarse cuál de varios sujetos ha producido el daño. Un juego de niños/adolescentes consiste en apagar la luz de una habitación en la que se encuentra un grupo de personas y éstas comienzan

a pegarse sin saber quién causa daño a quién. Cuando alguno no resiste más la golpiza, el juego para y esa persona es eliminada. Obviamente, se desconoce al agresor que causa los daños determinantes de que uno de los integrantes abandone el juego. Este es el caso que habilita la responsabilidad anónima.

### *Antecedentes*

La Ley Aquilia Romana que regulaba los hechos ilícitos, fuertemente imbuida de la noción de responsabilidad basada en la culpabilidad, no contemplaba estos supuestos.

En el Derecho Romano, esta acción fue concedida por creación pretoriana para que se pudiera circular libremente por las calles, los caminos y las plazas públicas sin exponerse a ser muerto, herido o dañado en su persona o bienes por las cosas que se arrojaran o cayeran de los edificios próximos.

Así aparece en las Institutas de Justiniano y luego estos principios pasaron a las Leyes de Partidas. Freitas tomó estos antecedentes y fue el directo inspirador de Vélez Sarsfield.

### *Derecho Comparado*

Existen varios países que aceptan este tipo de responsabilidad. En general, podemos agruparlos en distintas corrientes:

- 1) Los que la sustentan en una norma general, como el Código Alemán, el Código Polaco y el Código Japonés. Regulan la responsabilidad anónima y se

establece como requisito la no identificación del autor.

- 2) Los que la sustentan en una norma que contempla casos particulares y la extienden por aplicación analógica. Aquí encontramos a España, Brasil, Colombia, Uruguay, Salvador, Chile, Ecuador, Puerto Rico, Panamá y, en general, Latinoamérica.
- 3) En Francia ha sido una creación de la Jurisprudencia, hasta la sanción de una ley en 1970 que ha penado a los participantes voluntarios en la acción de grupos de la que resultaren daños a las personas o a los bienes. Aquí no se establece como requisito la no identificación del autor, de modo que estamos en presencia de la llamada responsabilidad colectiva.

### *El Derecho Argentino previo a la Reforma*

El art. 95 del Código Penal, que se refiere a las lesiones en riña, establece que, cuando en una riña o agresión tomasen parte más de dos personas y resultare la muerte o lesiones de una, sin que constare quién fue el autor, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido.

La condena en sede penal hace cosa juzgada respecto del hecho y la culpa en sede civil. Por lo tanto, los intervinientes son solidariamente responsables cuando la reparación se ordena en virtud del art. 29 del Código Penal.

Si no media denuncia criminal, podrá demandarse en sede civil directamente.

Por su parte, el art. 1119 del Código Civil de Vélez Sarsfield preveía este tipo de situaciones. Este artículo, en su último párrafo admitía con claridad la responsabilidad anónima. Se trataba del supuesto de daños causados a los que transiten, por cosas arrojadas a la calle, o en terreno ajeno o en terreno propio sujeto a servidumbre de tránsito o cosas suspendidas o puestas de un modo peligroso que lleguen a caer.

Eran responsables los padres de familia o los inquilinos de la casa. Es decir, se basaba en la autoridad doméstica y la habitación, más que en el carácter de dueño, locatario o usufructuario.

Pero la norma agregaba que, cuando dos o más son los que habiten la casa y se ignore la habitación de donde procede la cosa que causa el daño, responderán todos del daño causado.

Si se supiere cuál fue el que arrojó la cosa, sólo él será responsable.

### *Fundamentos de la Responsabilidad Anónima. Diversas Teorías*

- a) Teoría de la Personalidad Moral del Grupo: El grupo es una persona ideal de hecho que el derecho no puede desconocer.

Se le critica que: 1) Debe observarse que los miembros de una persona jurídica no son responsables de las deudas de ella; por eso, es inconveniente esta asimilación.

2) Habría que ponerse a investigar ciertas condiciones en el grupo, tales como la cohesión y la estabilidad,

siendo que este tipo de responsabilidad no apunta a ello.

3) López Cabana, siguiendo a Bustamante Alsina, entiende que no es la calidad de grupo lo que determina este tipo de responsabilidad anónima, sino la falta de identificación de su autor.

- b) Teoría de la Autoría de la Complicación Probatoria: El agente, que tal vez no sea el autor del hecho dañoso, es el causante de la complicación probatoria que impide identificar al autor. Esta peculiar idea que atribuye la responsabilidad anónima en razón de haber originado la confusión que impide la identificación del autor del hecho debe ser rechazada. Ese impedimento de poder identificar al autor perfectamente puede ser extraño a la voluntad de los sujetos integrantes del grupo y a toda omisión de diligencias. Por eso, en un sistema de responsabilidad subjetiva no puede aceptarse.
- c) Teoría de la Dispensa Probatoria Acordada a la Víctima: Se trata de una dispensa que el derecho otorga a la víctima, en atención a la dificultad objetiva de poder probar quién es el efectivo causante del daño. Se le critica que esto no se trata de un fundamento jurídico, sino de una herramienta procesal.
- d) Teoría del Riesgo Creado: López Cabana y Bustamante Alsina entienden que se da en estos casos una presunción de causalidad a nivel de autoría. Se los presume a todos los integrantes del grupo ser los causantes del daño y, a partir de allí, la responsabilidad que se les imputa es objetiva. Para liberarse, debe romperse ese nexo causal que el derecho presume que

liga a todos los integrantes del grupo. Esta relación de causalidad presumida se rompe identificando al autor del daño o bien al dueño o guardián de la cosa. Se criticaba que en nuestro derecho, para el Código Civil de Vélez Sarsfield modificado por la Ley 17.711 de 1968, sólo existía responsabilidad por riesgo cuando el daño ha sido causado por el hecho de la cosa y no por el hecho del hombre o el riesgo de la actividad. Si se hiciera esta interpretación, se podría haber creado una responsabilidad objetiva en toda clase de situaciones, con respecto a una sola persona o varias, sean ellas identificadas o no.

Además, se agregaba que, si se aplicara esta teoría, se arruinaría toda la construcción jurídica que se ha venido elaborando, a partir del art. 1119 del Código Civil de Vélez Sarsfield y el art. 95 del Código Penal. Es decir, se basaría en otras normas, como el 1113 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

- e) Para Llambías, se trataba de una prudente apreciación de los hechos probados, presidida por el buen sentido. Es decir, básicamente la fundaba en la equidad.

Lo expresaba en el siguiente sentido: El damnificado ha probado el daño, la relación causal de ese daño con el hecho y el acto de un sujeto indeterminado dentro de una serie de sujetos determinados y la culpa o dolo de esa persona, quien quiera que sea. Frente a la imposibilidad de identificar al autor: ¿Quién soporta el daño? ¿La propia víctima? ¿Es eso justo o es más justo que se los tenga a todos los miembros del grupo como presuntos responsables, hasta tanto no pruebe cada uno que él no fue el autor del hecho dañoso?

Parecería ser esta última la solución más sensata. La responsabilidad será subjetiva u objetiva dependiendo de cuál sea la que le cuadre al presunto responsable. Específicamente en el caso del art. 1119 del Código Civil de Vélez Sarsfield, Llambías entendía que existía una culpa que el derecho daba por probada.

La crítica que se le formulaba es que esta teoría carecía de una buena base legislativa.

#### *Requisitos de la responsabilidad anónima*

- a) Falta de individualización del autor del daño o del responsable por la cosa dañosa. Es decir, si se supiere cuál fue el que arrojó la cosa, él solo será responsable.
- b) Participación de varias personas en la actividad que antecedió al daño.
- c) Relación causal entre el daño y la acción no particularizada del grupo.

#### *El requisito de la falta de individualización del autor del daño*

Tomando en cuenta la última parte del art. 1119 del Código Civil de Vélez Sarsfield, la mayor parte de la doctrina nacional exigía que no se haya identificado a quien arrojó la cosa causante del daño.

Sin embargo, ciertos autores como Kemelmajer, distinguen:

- a) El caso en que el inmueble está habitado por muchos jefes de familia (edificios de propiedad

horizontal, inquilinatos). Es evidente que para que surja la responsabilidad mancomunada de todos, el autor no debe haber sido individualizado.

- b) El caso en que el inmueble es habitado por un solo padre de familia (o un solo inquilino), su responsabilidad emerge con independencia de que se haya individualizado o no el autor del daño. Si bien una interpretación gramatical podría dar la razón a la mayoría (“si se supiera quien fuere el que la arrojó”), esto debe conectarse con la frase inmediata anterior, en el caso en que se ignore la habitación de donde procede. Si no, puede ser muy útil hacer confesar a un insolvente (por ejemplo, la empleada doméstica) y así la responsabilidad sería burlada.

En estos casos, la víctima tiene la opción de dirigirse contra el autor identificado del daño o contra quien tiene responsabilidad indirecta. Es decir, los padres por hechos ilícitos de sus hijos, el principal por el hecho del dependiente en ocasión o con motivo de sus funciones. Todo ello en virtud de otros preceptos, o bien contra la cabeza de familia, basándose en el 1119 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

Es que, si el factor fuera la “*culpa in vigilando*” por falta de control, no puede desprenderse tal presunción por individualizar al autor sometido a autoridad doméstica.

Si el factor fuere objetivo, con mayor razón habrá de imputarse las consecuencias del hecho a quien

ejerce la autoridad familiar. Las causales de liberación serían siempre la fractura del nexo causal.

El carácter de la responsabilidad era simplemente mancomunada.

### *Posibilidad de extenderlo a otros supuestos*

Alterini sostenía que se debía ser muy restrictivo. Expresaba que debía ponerse un triple freno a su operatividad:

- Se debía hacer una previa limitación concreta del ámbito de actuación,
- Se debía establecer la posibilidad de excusarse demostrando la existencia de una causa extraña;
- Y se debía procurar la tarifación del deber de reparar.

Sin embargo, la jurisprudencia la ha ido aplicando a diversos supuestos distintos y es la idea que mejor responde en estos tiempos posmodernos. Por ejemplo, los daños causados por patotas o barrabravas del fútbol, por grupos de estudiantes, por parroquianos en un bar.

## **Reforma**

El Código Civil y Comercial regula especialmente la responsabilidad colectiva y anónima.

El art. 1760 se refiere a la cosa suspendida o arrojada, tal como legislabo el viejo art. 1119 del Código Civil de Vélez

Sarsfield. Establece que, si de una parte de un edificio cae una cosa, o si ésta es arrojada, los dueños y ocupantes de dicha parte responden solidariamente por el daño que cause. Sólo se libera quien demuestre que no participó en su producción.

Aquí la diferencia es clara con el régimen anterior. La responsabilidad es solidaria, ya no mancomunada, y para liberarse no hace falta identificar al autor sino demostrar que no participó en la producción.

El art. 1761 se refiere al autor anónimo (responsabilidad anónima). Si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción. Esta regulación de la responsabilidad anónima de los miembros de un grupo determinado es novedosa. La responsabilidad es solidaria. Pero nuevamente, para liberarse, no hace falta identificar al autor sino demostrar que no ha contribuido en su producción.

El art. 1762 se refiere a la actividad peligrosa de un grupo. Si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus miembros responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Sólo se libera quien demuestra que no integraba el grupo. Aquí sí la responsabilidad por integrar un grupo que realiza actividades peligrosas es objetiva e inexcusable. Para liberarse de responsabilidad, no alcanza ni con demostrar la culpa ni con la fractura del nexo causal. Se debe demostrar la falta de pertenencia al grupo. Lo que existe aquí es una presunción de causalidad a nivel de autoría.

## **SUPUESTOS ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD**

### ***Responsabilidad de la persona jurídica***

En el Código derogado, se regulaba la responsabilidad de las personas jurídicas en los artículos 42 y 43.

El artículo 42 establecía que las personas jurídicas podían ser demandadas por acciones civiles y podía hacerse ejecución de sus bienes, y el artículo 43 establecía que responden por los daños que causen quienes las dirigen o administran, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Respondían también por los daños que causen sus dependientes o las cosas.

En el nuevo Código, el artículo 1763 dispone que la persona jurídica responde por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones.

Esta responsabilidad es objetiva, no pudiendo alegarse la diligencia debida.

En estos casos se aplica la teoría del órgano, en base a la cual se considera que los individuos que la integran (directores, etc.) actúan en representación de la persona jurídica y no por derecho propio.

Los daños generados deben haber sido realizados en ocasión o en ejercicio de sus funciones para poder responsabilizar a la persona jurídica.

No se ha regulado en este artículo, como en el Código derogado, la responsabilidad por los hechos de los dependientes, en cuyo caso, se aplica el artículo 1753.

## ***Responsabilidad del Estado, del funcionario y del empleado público***

El artículo 1764 establece que las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria (arts. 1708 y siguientes).

El artículo 1765 dispone que la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

Por último, el nuevo artículo 1766 dispone que los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

Estos artículos han sido incluidos por el Poder Ejecutivo, al modificar lo establecido por la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Civil, que postulaba la responsabilidad objetiva del Estado, sin la necesidad de identificar al autor o por falta de servicio.

Básicamente se excluye en el artículo 1764 la posibilidad de aplicar el presente Código en materia de responsabilidad y en el artículo 1765 se establece que la responsabilidad del Estado, de los funcionarios y empleados públicos se rige por una ley especial, y no forman parte del derecho civil sino del derecho administrativo.

A su vez, el artículo 1766 expresamente alude a que los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera

irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda. Habrá que esperar a que se dicten las regulaciones locales y que, a partir de la aplicación concreta, se advierta la conveniencia o no del régimen introducido, el que no es poco resistido.

### ***Responsabilidad de los establecimientos educativos***

El artículo 1767 regula la responsabilidad de los establecimientos educativos, al afirmar que el titular de uno de ellos responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime sólo con la prueba del caso fortuito.

El establecimiento educativo debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo con los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora.

Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria.

El nuevo régimen legal regula la responsabilidad de los establecimientos educativos a los que concurren menores de edad, sean jardines maternas, de infantes, colegios primarios o secundarios, y se establece la responsabilidad objetiva del titular (riesgo creado), esto es, del propietario del establecimiento, o sea el que organiza, dirige y gestiona el establecimiento educativo.

Se obliga a la contratación de un seguro de responsabilidad civil, tal como lo disponía el segundo párrafo del art. 1117 del Código derogado (t.o. ley 24.830).

## ***Profesionales liberales***

El nuevo artículo 1768, regula la responsabilidad de los profesionales liberales. En ese sentido, se dispone que la actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7a, 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.

Se excluye expresamente a los profesionales liberales de la responsabilidad originada por riesgo o por la actividad riesgosa, obligando a la víctima a probar la culpa del profesional que le provocó el daño.

El nuevo artículo establece como principio general la responsabilidad subjetiva, encuadrando la responsabilidad profesional en una obligación de hacer, salvo que se haya comprometido un resultado concreto que será objetiva.

El Código de Vélez Sarsfield no contenía una normativa específica.

Según el artículo 773, la obligación de hacer es aquella cuyo objeto consiste en la prestación de un servicio o en la realización de un hecho, en el tiempo, lugar y modo acordados por las partes.

Por otra parte, el artículo 774 establece que la prestación de un servicio puede consistir:

a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso;

b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia;

c) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido. La cláusula llave en mano o producto en mano está comprendida en este inciso.

Si el resultado de la actividad del deudor consiste en una cosa, para su entrega se aplican las reglas de las obligaciones de dar cosas ciertas para constituir derechos reales.

El inciso a) es el aplicable a la responsabilidad profesional, en la medida en que generalmente a los profesionales se les encomienda a realizar cierta actividad, la que debe ser con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito, estas son las obligaciones de medios.

En cambio, si el profesional asegura el resultado, la responsabilidad será objetiva y resultará aplicable el inciso b) toda vez que el profesional ha asegurado cierto resultado concreto, estas serán las obligaciones de resultado.

Por último, se excluye expresamente a los profesionales liberales de la responsabilidad originada por riesgo o por la actividad riesgosa, obligando a la víctima a probar la culpa del profesional que le provocó el daño.

### ***Accidentes de tránsito***

El artículo 1769 dispone que los artículos referidos a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas se aplican a los daños causados por la circulación de vehículos.

Se considera accidente de tránsito a todo hecho que produzca daño en personas o cosas como consecuencia de la circulación, tanto de personas, como de animales y vehículos terrestres en la vía pública, y a las actividades vinculadas con el transporte de vehículos, las personas, las concesiones viales, la estructura vial y el medio ambiente, en cuanto fueren concausa del tránsito.

En el nuevo régimen legal se normativiza la opinión generalizada tanto de la jurisprudencia como de la doctrina de que al daño causado por la circulación de vehículos se le aplica la teoría del riesgo introducida en la ley 17.711.

Todos los antecedentes jurisprudenciales siguen siendo de aplicación al nuevo régimen legal.

Son responsables tanto el dueño como el guardián, y se liberarán demostrando la causa ajena, o que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta (art. 1758).

### ***Protección de la vida privada***

El nuevo artículo 1770 regula la protección de la vida privada, al establecer que el que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias.

Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.

El derecho a la intimidad se encuentra protegido en el artículo 19 de la Constitución Nacional y, a partir de la reforma del año 1994, a través de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. V), Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 12), Pacto de San José de Costa Rica (art. 11 inc. 2), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17), que establecen la protección al individuo contra injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada.

Como dicen Cazeaux y Trigo Represas, lo que está en juego es la debida protección de aquella parte de la existencia del hombre que se excluye de la actividad pública y a la cual los terceros no tienen en principio acceso; a fin de asegurarle al individuo el secreto y la tranquilidad que merece como ser humano.

Cifuentes considera que “es, en fin, en la soledad o aislamiento total donde el hombre se encuentra para interiorizarse y alimentar el vuelo de espíritu. Allí puede nacer el genio; desarrollarse el talento; descubrirse el misticismo; aparecer la inspiración estética; explayarse el amor... alguna bajeza, algún defecto que no se desea difundir. Masivo destrozado aquel ser que en alguna medida no obtiene la soledad, momento de vida interior y propia”.

Este derecho forma parte de los denominados derechos de la personalidad espiritual, figurando entre los bienes protegidos por ellos la intimidad, o sea la reserva de la vida privada, según Rivera.

El nuevo artículo sigue las directrices protectoras del artículo 1071 bis del Código derogado, “el que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”.

La nueva normativa salvaguarda el interés de toda persona de resguardar aspectos de su vida, su persona, su conducta, su familia. En fin, de no verse turbada en todo aquello que no quede alcanzado por un interés legítimo del Estado o de la sociedad.

Desde el punto de vista de la función preventiva de la responsabilidad civil, se advierte que la afectación de la privacidad de una persona puede ser un claro ejemplo en el que se permita prevenir el daño y hacer operativo el nuevo Código.

De los dos regímenes se adecuó el alcance de la indemnización, que ahora deberá ser “plena” (en los términos del nuevo artículo 1740) y no “equitativa”, como se encontraba regulada en el anterior artículo.

### ***Acusación calumniosa***

El nuevo artículo 1771, en cuanto a la acusación calumniosa, dispone en los daños causados por una acusación calumniosa sólo se responde por dolo o culpa grave.

El denunciante o querellante responde por los daños derivados de la falsedad de la denuncia o de la querrela, si se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado.

La acusación calumniosa se da cuando una persona es acusada falsamente de haber cometido un delito ante la justicia criminal, de allí la gravedad con la que deba ser tratada.

Se exige expresamente el dolo o la culpa grave (si se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado), lo que excluye la denuncia culposa, es que no se puede exigir a los que se sienten víctimas de delitos que sólo efectúen la acusación cuando posean pruebas irrefutables, investigación que, por otra parte, no les corresponde.

## **EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD**

Legitimación activa:

El nuevo Código Civil regula en los artículos 1772 y 1773 quiénes son los legitimados activos para reclamar una indemnización.

El artículo 1772 establece que, en los daños causados a cosas o bienes, los sujetos legitimados para solicitar la reparación del menoscabo a un bien o a una cosa son:

- a) el titular de un derecho real sobre la cosa o bien;
- b) el tenedor y el poseedor de buena fe de la cosa o bien.

El titular del derecho de propiedad siempre fue reconocido como legitimado activo para reclamar los daños causados sobre sus bienes, lo novedoso de la normativa es la inclusión de distintos legitimados, como el tenedor (quien tiene la cosa) o el poseedor de buena fe de la cosa o bien (no de mala fe), lo que amplía los legitimados, de conformidad con la jurisprudencia sobre el tema.

Por otra parte, el artículo 1773 establece que el legitimado tiene derecho a interponer su acción, conjunta o separadamente, contra el responsable directo y el indirecto.

El supuesto aquí regulado es el de la responsabilidad directa, que fuera introducido al Código en el artículo 1749, “quien incumple una obligación por sí o por un tercero, u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión” y en cambio el responsable indirecto será el que debe responder por el hecho de otro, un dependiente, un hijo menor de edad, etc.

Es una facultad de la víctima demandar al responsable directo, al indirecto o a ambos, en las obligaciones concurrentes, cada uno responderá por distinta causa.

## ACCIONES CIVIL Y PENAL

### *Independencia:*

El artículo 1774 establece que la acción civil y la acción penal resultantes del mismo hecho pueden ser ejercidas independientemente. En los casos en que el hecho dañoso configure al mismo tiempo un delito del derecho criminal, la acción civil puede interponerse ante los jueces penales, conforme a las disposiciones de los códigos procesales o las leyes especiales.

La posibilidad de que haya distintas jurisdicciones que juzguen un mismo hecho, conduce a que exista una vinculación entre los pronunciamientos, de allí que deba regularse el presente capítulo.

Alterini explica que en el Código derogado Vélez Sarsfield había adoptado el criterio de la independencia, aun cuando el artículo 1101 disponía una cierta interdependencia entre ambas acciones, lo que no resultaba absoluto.

El artículo 1096 disponía que la indemnización del daño causado por delito, sólo podía ser demandada por acción civil independiente de la acción criminal.

La situación se modificó con el dictado del artículo 29 del Código Penal, que adoptó el sistema de la interdependencia.

El artículo 29 del Código Penal dispone que la sentencia condenatoria podrá ordenar:

- 1) La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias.

- 2) La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba.
- 3) El pago de las costas.

A partir del dictado de dicho artículo, la indemnización civil puede ser reclamada en sede civil, pero si el damnificado la solicita al juez penal, éste podrá reconocerla.

La nueva normativa establece que ambas acciones pueden ser ejercidas independientemente, y que en los casos en que el hecho dañoso configure al mismo tiempo un delito del derecho criminal, la acción civil puede interponerse ante los jueces penales, conforme a las disposiciones de los códigos procesales o las leyes especiales.

### ***Suspensión del dictado de la sentencia civil***

El artículo 1775 dispone que, si la acción penal precede a la acción civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva debe suspenderse en el proceso civil hasta la conclusión del proceso penal, con excepción de los siguientes casos:

- a) si median causas de extinción de la acción penal;
- b) si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado;
- c) si la acción civil por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad;

El Código de Vélez introdujo el principio de prejudicialidad en el artículo 1101, al establecer que, si la acción criminal hubiere precedido a la acción civil, o fuere intentada pendiente ésta, no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal, salvo que hubiere fallecido o en caso de ausencia del acusado.

La nueva normativa mantiene el principio de prejudicialidad, adoptando los avances jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a que en algunos casos se pueda dictar sentencia en el juicio civil antes que en el juicio penal, para no provocar una denegación de justicia; y adecúa el régimen, en los casos de responsabilidad objetiva, ya que allí no se analizará la culpa, que resulta indiferente.

En caso de condena penal, el artículo 1776 dispone que la sentencia penal condenatoria produce efectos de cosa juzgada en el proceso civil respecto de la existencia del hecho principal que constituye el delito y de la culpa del condenado.

En estos supuestos el juez no podrá desconocer el hecho como realizado ni considerar que el condenado no tuvo culpa.

Se mantiene el criterio del artículo 1102 del Código de Vélez Sarsfield.

### ***Inexistencia del hecho, de autoría, de delito o de responsabilidad penal***

El artículo 1777 establece que, si la sentencia penal decide que el hecho no existió o que el sindicado como responsable no participó, estas circunstancias no pueden ser discutidas en el proceso civil.

Si la sentencia penal decide que un hecho no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del agente, en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de responsabilidad civil.

El código derogado preveía la situación en el artículo 1103 que establecía que después de la absolución del acusado, no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución.

En el nuevo artículo no se introduce la palabra “absolución”, lo que permite ampliar su alcance a cualquier tipo de resolución en la que se disponga que el acusado no participó o que el hecho no existió. En estos casos, el juez civil no podrá juzgar de nuevo lo resuelto por el juez penal, que hace cosa juzgada.

Si se probó el hecho pero no la culpa del acusado en sede penal, se mantiene el criterio resuelto en el fallo plenario “Amoruso c/ Casella de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil” de 1946, según la cual *“la sentencia absolutoria recaída en el juicio criminal no hace cosa juzgada en el juicio civil ... respecto de la culpa del autor del hecho en cuanto a su responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados”*.

En conclusión, si existe absolución en sede penal, esa sentencia hace cosa juzgada en cuanto a la existencia del hecho, pero no en cuanto a la inexistencia de culpa.

### ***Excusas absolutorias***

El artículo 1778 dispone que las excusas absolutorias penales no afectan a la acción civil, excepto disposición legal expresa en contrario.

O sea, la sentencia penal que sobresee al imputado por alguna excusa absolutoria no impide al juez civil condenar, toda vez que el juez penal no se ha pronunciado sobre el hecho, ni la autoría, ni por la culpabilidad.

### ***Impedimento de reparación del daño***

El artículo 1779 impide la reparación del daño en los siguientes supuestos:

- a) la prueba de la verdad del hecho reputado calumnioso;
- b) en los delitos contra la vida, haber sido coautor o cómplice, o no haber impedido el hecho pudiendo hacerlo.

En definitiva, si se prueba la verdad del hecho reputado calumnioso, no se responde, pues no hay delito.

### ***Sentencia penal posterior***

El artículo 1780 establece que, si la sentencia penal es posterior a la sentencia civil no produce ningún efecto sobre ella, excepto en el caso de revisión. La revisión procede exclusivamente, y a petición de parte interesada, en los siguientes supuestos:

- a) si la sentencia civil asigna alcances de cosa juzgada a cuestiones resueltas por la sentencia penal y ésta es revisada respecto de esas cuestiones, excepto que derive de un cambio en la legislación;
- b) en el caso previsto en el artículo 1775 inciso c) si quien fue juzgado responsable en la acción civil

es absuelto en el juicio criminal por inexistencia del hecho que funda la condena civil, o por no ser su autor;

c) otros casos previstos por la ley.

El artículo 1106 del Código de Vélez Sarsfield establecía que, cualquiera que fuere la sentencia posterior sobre la acción criminal, la sentencia anterior dada en el juicio civil pasada en cosa juzgada conservaría todos sus efectos.

- El nuevo régimen mantiene ese criterio, e introduce una serie de excepciones para que la sentencia se pueda revisar:

- Si la sentencia civil asigna alcances de cosa juzgada a cuestiones resueltas por la sentencia penal y ésta es revisada respecto de esas cuestiones, excepto que derive de un cambio en la legislación.

- En el caso previsto en el artículo 1775 inciso c), o sea la acción civil fundada en un factor objetivo de responsabilidad, si quien fue juzgado responsable en la acción civil es absuelto en el juicio criminal por inexistencia del hecho que funda la condena civil, o por no ser su autor.

- Por otros casos previstos por la ley, por ejemplo, la revisión de la sentencia penal por fuera de los recursos previstos en los Códigos Procesales Penales.

- El caso de una sentencia penal que luego es dejada sin efecto, o por responsabilidad por riesgo (art. 1775 inc. c).



# Índice de temas

I. OBLIGACIONES	7
Obligaciones en general	7
Reconocimiento de obligaciones	17
Efectos de las obligaciones	17
Acciones y garantía común de los acreedores	24
Acciones directas	24
Acción subrogatoria	27
Garantía común de los acreedores	30
Clases de obligaciones	33
Obligaciones de dar	33
Obligaciones de hacer y de no hacer	37
Obligaciones de dar dinero	39
I.- La Economía Bancaria	45
II.- Sistema Financiero Internacional	53
III.- El Banco central y su Carta Orgánica	58
IV.- Ley 21.526 de Entidades Financieras	73
1. Ámbito de aplicación	73
2. Facultad de dictar normas reglamentarias	76
3. Poder de aplicar la ley	76
4. Poder de fiscalización y control	76
5. Facultad sancionatoria	78
6. Autorización y condiciones para funcionar	80
7. Operaciones	82
8. Relaciones operativas entre entidades	89
9. Operaciones prohibidas y limitadas	90
10. Liquidez y solvencia	91
11. Secreto	94
12. Sanciones y recursos	95
13. Revocación de la autorización para funcionar, disolución y liquidación de las entidades financieras	97
14. Liquidación judicial	99
15. Quiebras	102
Forma de los contratos bancarios	109
Contenido de los contratos bancarios	111
Rescisión de los contratos bancarios	123

Forma de los contratos bancarios de consumo	129
Obligaciones Precontractuales entre Banco y Consumidor	130
Contenido de los contratos bancarios de consumo	132
Información en los contratos bancarios de consumo	134
CLASES DE OBLIGACIONES	143
Por la complejidad de la prestación	143
Obligaciones alternativas	143
Obligaciones facultativas	146
Obligaciones con cláusula penal y sanciones conminatorias	147
Por el objeto. Obligaciones divisibles	151
Obligaciones Indivisibles	153
Por el sujeto. Simplemente mancomunadas	159
Obligaciones Solidarias	160
Obligaciones Concurrentes	168
Obligaciones Disyuntivas	172
Por la interdependencia. Principales y accesorias	173
Rendición de cuentas	174
Mora	176
Modos de extinción de las obligaciones	182
Pago	182
Compensación	197
Confusión	201
Novación	202
Dación en pago	205
Renuncia y remisión	206
Imposibilidad de cumplimiento	209
RESPONSABILIDAD CIVIL	211
Ámbitos de responsabilidad jurídica	214
Los principios de responsabilidad civil	221
Criterios modernos de responsabilidad civil	224
Principio de prevención	226
Principio de precaución	228
Orbitas contractual y extracontractual	229
Unificación de tratamiento, no identidad	233
Presupuestos de la responsabilidad civil	234
Antijuridicidad	234

Factores de atribución	238
Factores objetivos de atribución	246
Relación de causalidad	248
Función preventiva	250
Función resarcitoria	258
Daño resarcible	263
Indemnización	266
Tipos de daño	271
Reparación plena	272
Indemnización de las consecuencias no patrimoniales	273
Atenuación de la responsabilidad	275
Dispensa anticipada de la responsabilidad	275
Prueba del daño	276
Indemnización por fallecimiento	276
Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica	279
Acumulabilidad del daño moratorio	280
Responsabilidad directa	282
Daños causados por actos involuntarios	282
Pluralidad de responsables	284
Encubrimiento	285
Responsabilidad por el hecho de otro	285
Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades	289
Responsabilidad colectiva y anónima	297
Supuestos Especiales de responsabilidad	308
Responsabilidad de la persona jurídica	308
Responsabilidad del Estado y del funcionario y empleado público	309
Responsabilidad de los establecimientos educativos	310
Profesiones liberales	311
Accidentes de tránsito	313
Protección de la vida privada	313
Acusación calumniosa	315
Ejercicio de las acciones de responsabilidad	317
Acciones civil y penal	318

