



# DECONOMI

REVISTA ELECTRÓNICA DEL DEPARTAMENTO DE  
DERECHO ECONÓMICO Y EMPRESARIAL  
FACULTAD DE DERECHO - UBA

AÑO 1 - NÚMERO 2 - DICIEMBRE DE 2018

DIRECTOR:  
PROF. HÉCTOR OSVALDO CHOMER



# DECONOMI

REVISTA ELECTRÓNICA DEL DEPARTAMENTO DE  
DERECHO ECONÓMICO Y EMPRESARIAL  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

**D** | **IFUNDIR**  
**E** | **DUCHAR**  
**C** | **APACITAR**  
**O** | **RIENTAR**  
**N** | **UTRIR**  
**O** | **RDENAR**  
**M** | **EDITAR**  
**I** | **NVESTIGAR**

## Comité Editorial

**Director general:** Héctor Osvaldo Chomer

**Director Área Comercial:** Pablo Frick

**Director Área Tributario:** Eduardo Laguzzi

**Director Área Recursos:** Natalia Waitzman

**Coordinadores:**

María José Alzari

Rodrigo Bustingorry

Sara Llorente

Liliana Taverna

Rodrigo Jaime

**Comité de Honor:**

Héctor Alegría

Salvador Bergel

José Casás

Raúl Etcheverry

Rafael Manovil

**Comité Académico:**

Griselda Capaldo

Horacio Corti

Miguel De Dios

Leila Devia

Graciela Junqueira

Beatriz S. Krom

Silvia Nonna

Martín Paolantonio

Jorge S. Sicoli

Julia Villanueva

Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista del Departamento de Derecho Económico Empresarial de la UBA ni del Comité Editorial.

# DECONOMI

## ÍNDICE

### Doctrina

- [“El concurso y su financiación”](#) por **Ariel A Dasso** Pág. 5
- [“La quiebra de la sociedad y las responsabilidades derivadas de sus vínculos orgánicos”](#) por **Marcelo Gebhardt** Pág. 45
- [“Una nueva mirada del concurso preventivo”](#) por **Francisco Junyent Bas** Pág. 53
- [“Acción de responsabilidad concursal. Autorización previa de los acreedores”](#) por **Horacio Roitman** Pág. 80

### Fallos comentados

- [“La compensación por clientela en el contrato de distribución”](#) por **Gonzalo L. Anaya** y **Francisco J. Anaya** Pág. 128
- [“Barreras de ingreso para la participación de los terceros en el procedimiento de salvataje empresarial”](#) por **Diego Parducci** Pág. 153

### Jurisprudencia condensada

- [“Actualidad jurisprudencial sobre privilegios en materia concursal”](#) por **Martín Cortés Funes** Pág. 178

- Avisos Parroquiales... y no tanto** Pág. 204

# DECONOMI

## “El concurso y su financiación”

por Ariel A Dasso

### Sumario:

**I.- LA FINANCIACIÓN EN LA CRISIS EMPRESARIA (EL FRESH MONEY) II.-LA NOVÍSIMA REGULACIÓN HISPANA- II.1 La preeducibilidad II. 2. 1er. límite – II.3. 2do. límite – II. 4. 3er. límite – II. 5. El “nuevo” crédito: su definición - II. 6. La financiación interna II. 7.- El “Distressed debt” II. 8. La suspensión de las acciones de responsabilidad por incumplimiento de los administradores en el estado de disolución societaria. – III. LOS ACUERDOS DE REFINANCIACION EN ESPAÑA – 1. Acuerdos generales de refinanciación; 2. Acuerdos particulares de refinanciación; 2.1. Control de legalidad; 2.2. Control de oportunidad – III. 1 Efectos generales, III.1.2. La protección frente al concurso necesario; III. 1. 3. Protección frente a la rescisión concursal; III. 2. Efectos típicos de los acuerdos de refinanciación con entidades financieras - III. 2. 1 Extensión de los acuerdos de espera. III. 2. 2. Suspensión de las ejecuciones. – IV. ITALIA – IV. 1 La financiación en el concordato preventivo y en los acuerdos de reestructuración- IV. 2 Acuerdo de reestructuración con intermediarios financieros y convención de moratoria IV. 3. La ultima legislación italiana de sobreendeudamiento DL 212/2011 de 22 de diciembre - IV.3. 1. Los organismos de composición- IV.3.2. Tribunal competente- IV.3.3. Efecto suspensivo - IV.3. 4. La adhesión a distancia- IV.3. 5. Mayorías requeridas- IV.3. 6. Ejecución del acuerdo por liquidador –V. FRANCIA: LA SAUVEGARDE FINANCIÈRE ACCÉLÉRÉE (SFA) Y SU ENCRUCIJADA CON LA ENTREPRISE INDIVIDUELLE A RESPONSBAILITE LIMITÉE (EIRL)- V.1. Criterio dimensional- V. 2. La operatividad de la SAUVEGARDE FINANCIÈRE ACCÉLÉRÉE (SFA) –V. 3. Evaluación - N. 4. El laberinto que genera la legislación societaria –VI. LA ARGENTINA VII. CONCLUSIÓN**

### **I.- LA FINANCIACIÓN EN LA CRISIS EMPRESARIA (EL FRESH MONEY)**

Constituye quizá el más complejo de los problemas, a la luz de los fracasos de los acuerdos de refinanciación preconcursal e incluso del cumplimiento de los acuerdos homologados el problema referido a la financiación de las empresas en crisis.

Es este un aspecto central para la empresa que, inmersa en las dificultades económicas, carece la liquidez que le permita la continuidad de la actividad y el consecuente mantenimiento del empleo, focalizados hoy como los dos objetivos hermanados de la legislación de la crisis.

# DECONOMI

La experiencia corrobora que en gran medida los acuerdos preconcursales quedan frustrados en origen y los homologados cuyo contenido consiste en quitas otorgadas por los propios acreedores financieros por falta de financiación en la etapa de cumplimiento ya que el riesgo del nuevo crédito aparece potenciado en el contexto de la crisis exponiendo al nuevo crédito a eventuales acciones revocatorias o de rescisión o de recomposición patrimonial como lo denominan los distintos ordenamientos o a acciones de responsabilidad de los administradores de los entes concedentes del nuevo crédito todo lo cual aparece susceptible de “sanción” bajo la sombra de la complicidad del llamado “período sospecho”.

En legislaciones, como la argentina por ejemplo, puede hablarse hasta del peligro de extensión de quiebra al ente financiador cuando se dieran algunas de las hipótesis previstas en la LCQ art. 161.

La experiencia demuestra que tanto los acuerdos preconcursales como los concursales, aún aquellos en que los acreedores financieros admitan alguna quita a veces significativa, encuentran una dificultad invariable en la financiación, porque en el contexto de la insolvencia o ante su inminencia, el riesgo crediticio se potencia y alcanza sus efectos disuasivos de financiación particularmente a las entidades de crédito, las que por explotar un capital ajeno (de los depositantes), se encuentran sometidas a reglas o normas de los respectivos bancos centrales que obligan a provisiones extraordinarias por insolvencia de los deudores, con la consecuente exposición negativa en sus cuentas de resultado.

Frente a las tinieblas de la insolvencia o de su inminencia, la financiación por parte de los acreedores o de terceros se reciente ostensiblemente. Sin embargo, está claro que son los acreedores profesionales, bancos o intermediarios financieros, quienes están en mejores condiciones para la financiación del deudor en el momento crucial de las negociaciones preconcursales o aún de las que se pueden realizar en el trámite del concurso de acreedores. Más aún, la refinanciación forma parte fundamental del objeto social de la entidad financiera y le permite, por otra parte, liberar provisiones y sanear sus cuentas por lo que al evitar el concurso del prestatario también diluye sus propias presiones económicas de donde

# DECONOMI

surge claramente el doble beneficio que para deudor y financista representa la concreción de un sistema que provea seguridad y certeza al recupero del aporte de ingresos líquidos para asistir en la negociación preconcursal o aún en el concurso mismo, al prestatario.

De la recuperación de las empresas en dificultades depende hoy la posibilidad del mantenimiento del trabajo convertido en un flagelo que aterroriza a los Estados soberanos involucrados en crisis ciertamente preocupantes.

Las recientes situaciones de Grecia y de España demuestran palmariamente un aserto imposible de no compartir: el salvataje de las empresas es condición del salvataje de la economía de los Estados. <sup>1</sup>

No puede extrañar entonces que el objetivo de la ley concursal dirigido a la incentivación de la financiación tanto de los acuerdos preconcursales como de los concursales constituya el fiel de una balanza, cuya inclinación hacia la satisfacción del propósito perseguido significará el aporte más importante del derecho de la crisis a la economía en conmoción.

## II. LA REGULACION HISPANA

La incentivación de la refinanciación no puede tener otro fundamento de éxito que la protección de dichas refinanciaciones frente a las distintas contingencias que puede presentarse en un escenario concursal.

En tal sentido la ley española fue premonitoria en el Decreto Ley 3/ 2009, denominado precisamente de *“Disposiciones urgentes en materia tributaria, financiera y concursal”* al establecer la protección del acuerdo de

---

<sup>1</sup> Ej. El default de los Estados es precursor de la quiebra de las empresas. Así aconteció en la Argentina en ocasión de la crisis de fines de 2001 y comienzos de 2002 en cuya circunstancia las leyes de emergencia que dispusieron la denominada “pesificación” con ruptura de los vínculos obligacionales preconstituidos obligo a la sanción de una batería de leyes, calificados dentro del llamado “derecho de emergencia económica y financiera” uno de los cuales el más exitoso de los documentos fue el Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE) instituido por la Ley 24.522 de 1995 y reformulado ad hoc de la crisis por la Ley 25.589/2002. Este procedimiento extraconcursal, aunque flaco en garantía de transparencia, disimuló sus falencias inmerso en los avatares de la inédita crisis y sus fórmulas, hoy criticadas por radicales, fueron útiles en medida tal que permitieron la reestructuración de pasivos casi equivalentes a la mitad de la deuda soberana. Lo que lleva a afirmar que frente a la mayor intensidad de las dificultades aparecen aceptables remedios duros que sólo justifica la extrema necesidad y la máxima urgencia, los que aparecerían impropios allí donde la economía navegue los normales tiempos de mares sosegados

# DECONOMI

refinanciación frente a un eventual riesgo de acciones rescisorias en hipótesis de ulterior concurso, pero ello apareció insuficiente.

Esta disposición fue trasladada, con reformas dirigidas a su mayor eficacia, por la L. 38/2011: art. 71.6 y está dirigida a asegurar al acreedor bancario que en hipótesis de concurso ulterior al acuerdo de refinanciación, o aún en caso del concurso ya declarado (art. 84.11), su aporte financiero será recuperable al vencimiento, con prescindencia del sistema concursal de reparto.

No se trata de un privilegio en razón de la categoría del crédito financiero, exclusivo o singular de la banca o institución prestamista sino simplemente de la consideración, del incremento de riesgo asumido por el financista atendiendo a la situación económica del deudor (*do ut des*)<sup>2</sup>.

No entrará así en hipótesis de quiebra ulterior, a constituir la lista de acreedores concurrentes sino que por vía de la “prededucibilidad” y a modo de consecuencia con el escenario de riesgo en el que ningún otro otorgaría el crédito recuperará, antes que nadie, el dinero que constituye la cooperación para la superación de la riesgosa situación económica del deudor, en beneficio del mismo y de todos sus acreedores.

Con tal objeto la ley 38/2011 favorece la ejecución del plan de viabilidad a corto y mediano plazo en el marco del convenio concursal, y también del acuerdo de refinanciación particular preconcursal.

## II.1. La prededucibilidad

En el primer caso se reconoce expresamente a los créditos concedidos entre la aprobación judicial del convenio y la conclusión del procedimiento el carácter de crédito prededucible

---

<sup>2</sup> **Pulgar Ezquerro, Juana** “Los acuerdos de refinanciación mercantil en el proyecto de ley Concursal”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Madrid, junio, 2011. “Acuerdos de financiación y fresh money”, Revista de derecho concursal y paraconcursal, núm. 15, 2011; “Fresh money y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2012, Revista de derecho concursal y paraconcursal, núm. 16, 2012; “Preconcursabilidad y acuerdos de refinanciación”, Revista de derecho concursal y paraconcursal, núm. 17, 2012.- VALPUESTA GASTAMINZA, E. “Los acuerdos de refinanciación en el proyecto de reforma de la Ley Concursal”, Revista de derecho concursal y paraconcursal, núm. 15, 2011, págs. 155-165.-

# DECONOMI

La fórmula “*créditos prededucibles*” (llamados *créditos o deudas de la masa*) representa el peculiar tratamiento reservado a una determinada categoría de créditos los cuales están sustraídos a la ley del concurso y satisfechos, sean privilegiados o no, con preferencia absoluta, en cuanto la suma destinada a su pago es extraída del producto de la liquidación del activo antes de proceder al reparto, que procede sólo respecto de los otros acreedores.<sup>3</sup>

El reconocimiento de la prededucibilidad permite a quien entiende tener confianza para ayudar a una empresa en dificultades realizar su financiación con la seguridad de que no estará afectado por la quiebra ulterior manteniendo la posibilidad de recuperar los importes erogados a su vencimiento.

Constituye un incentivo para el empréstito o financiación de empresas por bancos o intermediarios financieros para la realización de acuerdos de reestructuración pre concursales o ejecución de un concordato preventivo. Obviamente, se pagan por su monto íntegro, capital más intereses que sólo cesan al momento del pago.

Cuando se trate de la financiación preconcursal, concedida en el escenario de un acuerdo de refinanciación, la ley reconoce el privilegio que en doctrina se denomina del *fresh money* o *argeant frais*. Se debe ver en el procedimiento una incentivación para compensar la situación del riesgo contractual en que la financiación se concede.

En el marco del derecho comparado europeo sin embargo **España** no ha tenido la fuerza de convicción como para igualar las situaciones instaladas en el derecho positivo francés en el art. L. 611. 11 del Code de Commerce<sup>4</sup> o en Italia en el D. L. 78 del 31/05/2010 denominado “*De medidas urgentes en materia de estabilidad financiera y competitividad económica*”<sup>5</sup>, ni en los *schemes of arrangements* del Reino Unido o en los que se ha reconocido en forma expresa el privilegio de conciliación (Francia) o la

---

<sup>3</sup> **Fiale Aldo:** *Diritto Fallimentare*, XIX ed. Simone, Roma 2011. p. 267 nº 28

Por todos ver **Beltran Sanchez, Emilio** “*Las deudas de la masa*”, Editorial Albornotiana, Madrid, 1986.

<sup>4</sup> Ver infra Cap. IV

<sup>5</sup> Ver infra Cap. III.1

prededucibilidad (Italia) el 100% de la financiación externa y la del 80% a la interna – de los socios- .

## **II. 2. 1er. límite: porcentual 50%**

En efecto, en la redacción de los arts. 91. 1 y art. 84.1.II de la L. 38/2011 de España se reconoce al 50% de los créditos que supongan “*nuevos ingresos de tesorería*”, concedidos en el escenario de un acuerdo de refinanciación, alcanzado de conformidad con el nuevo art. 71.6, la condición de créditos prededucibles.

El reconocimiento de tal calidad o condición a *sólo* la mitad de la refinanciación diluye notablemente su efectividad, aunque al 50% restante se le otorgue la condición de privilegio general, porque los acreedores financieros ya de ordinario ostentan esa posición privilegiada y no sólo en el concepto privilegio general sino también de privilegio especial (con garantía hipotecaria o prendaria).

## **II. 3. 2do. límite: masa insuficiente**

El crédito de prefinanciación en todo caso, sólo llegará a tener un carácter absoluto en caso de suficiencia de la masa.

Cuando se trate de *masa insuficiente* para el pago íntegro e inmediato, el art. 176 bis 2 de la L. 38/2011 establece un criterio de pago distinto al del vencimiento (que se aplica en caso de suficiencia de masa) y lo desplaza en el orden de preferencia al último lugar, envuelto dentro de una categoría residual (“los demás créditos”), precedida por los salarios de los 30 días anteriores a la declaración del concurso, créditos por salarios e indemnizaciones laborales, alimentarios, y las costas y gastos del concurso.

## **II.4. 3er. límite: interés del concurso**

Pero no terminan allí las limitaciones a la prededucibilidad de la financiación; la ley prevé la facultad de la administración concursal de alterar el

# DECONOMI

pago al vencimiento en atención al “interés del concurso”, lo que constituye una especie de modelización del *fresh money*, sin lugar a dudas desestimulante de su otorgamiento, porque le agrega un condimento de contingencia.

El elenco de limitaciones tan severas diluye la “prededucción” del *fresh money* que, limitada al 50% de la financiación, y condicionada a la suficiencia de masa y todavía supedita a una eventual postergación en aras del “interés del concurso”, se constituye en un elemento desteñido.

La doctrinaria postuló consolidar la prededucción al 100%, aún admitiendo como contrapartida la facultad de la administración concursal de alterar el pago al vencimiento en caso de suficiencia de la masa, o la posición residual del dinero fresco en situaciones de insuficiencia, pero la tesis no prosperó.

Se introduce así un *fresh money* “descafeinado” al decir Juana Pulgar Ezquerro, que no evitará de ninguna manera la “fuga” de las empresas, en el marco del *forum shopping* establecido por las directivas europeas en orden a la libertad del establecimiento, hacia otras legislaciones reguladoras más estimulantes para la recuperación de la financiación.<sup>6</sup>

## II. 5. El “nuevo” crédito: su necesidad y su definición.

---

<sup>6</sup> En realidad se considera que el nuevo marco en el derecho societario actual es el fruto de una competencia legislativa particularmente entre la Europa Continental y el Reino Unido, que tuvo su percusión en el caso “Centros LTD vs. Erhvervs – OG Selskabsstyrelsen” cuya sentencia emitió la Corte Suprema de Justicia en 1997 basado en la libertad de establecimiento previsto en los arts. 52 y 58 del Tratado de Roma.

La doctrina denominada de la “sede real” determinaba como legislación aplicable a una compañía la del asiento principal de sus negocios definido por su oficina principal. En contraste, la doctrina prevalente en Estados Unidos (*internal affaire doctrine*) consagra la aplicación de la legislación del Estado donde se encuentra el domicilio principal fijado en los estatutos.

La sentencia permite que los empresarios europeos se beneficien con una competencia regulatoria elegible por vía del lugar de su administración principal y ello ha derivado en una pugna entre las distintas naciones europeas en relación a las normas societarias que resulten más atractivas a la inversión.

Se reedita así la denominada *race to the top* (carrera hacia la excelencia) que en el derecho estadounidense denomina a la competencia entre los estados para brindar legislaciones más adecuadas a las conveniencias de los administradores (o de las sociedades) en forma de determinar la radicación de las compañías dentro de sus territorios.

MC CAHERY, “*Limited Partnership Reform in the United Kingdom: A Competitive, Venture Capital Oriented Business*”, *European Business Organization Law Review*, vol. 5-1, T.M.C. Asser Press, 2004, p. 65. REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO “*La sociedad Anónima Simplificada*”, Ed Legis, Bogotá, 2010, p. 56.

# DECONOMI

Las empresas en insolvencia actual o inminente, o en estado de dificultades económicas aún embrionarias se ven inexorablemente sometidas a la merma paulatina de su disponibilidad crediticia. Los problemas de financiación se incrementan en forma directamente proporcional a las dificultades económicas. Los bancos y aún los proveedores resienten la provisión de crédito que prácticamente desaparece al hacerse ostensible la presentación judicial. De allí la importancia que los nuevos ordenamientos asignan a la confidencialidad de las gestiones preconcursales: *v. gr.* el procedimiento de *conciliation* en la *Loi de Sauvegarde* francesa del 25/07/2005<sup>7</sup>. La empresa concursada se ve entonces abocada a realizar su actividad comercial de contado, dificultad está casi insuperable toda vez que el presupuesto material de la presentación es, en el mejor de los casos la insolvencia inminente, la que por definición supone la carencia de crédito.

El sujeto que se presenta en concurso carece prácticamente de posibilidad de financiación. De ordinario, el deudor antes de presentarse procura proveerse de medios que incrementen “sus existencias” (stocks), cuando todavía goza de crédito. Cuando todavía no han trascendido sus dificultades. Esta conducta reprochable significa para el deudor la posibilidad de prolongar su actividad post presentación y para los acreedores el incremento del pasivo producido a último momento, cuya ampliación les perjudicará ostensiblemente.

La búsqueda de un sistema de financiación legítimo es una preocupación que aparece potenciada constituyendo una verdadera tendencia en la doctrina y en las legislaciones concursales a partir del nuevo siglo, y constituye una circunstancia relevante su focalización preferente (aunque no exclusiva porque la prededucibilidad también se aplica al nuevo crédito otorgado en el concurso judicializado) en el estadio preconcursal de la crisis, cuanto todavía la insolvencia no estuviere instalada.

Por eso esta búsqueda del sistema de financiación en la novísima legislación española encuentra su marco en los llamados “Acuerdos de Refinanciación preconcursales”.

---

<sup>7</sup> Dasso, Ariel A. “Derecho Concursal Comparado”, ed Legis, 2010. t. II p.

# DECONOMI

Sus dos características ya están insinuadas:

1) la financiación (*fresh money*) que la ley española 38/2011 concede en el art. 71. 6, aún débil, tímida, endeble, tiene el carácter de no rescindible porque, concurriendo las condiciones en que opera la exención de las acciones de rescisión, esto es en el marco de un plan de viabilidad aprobado por sensibles mayorías, cuya factibilidad aparece asegurada por informe de experto independiente nombrado por el Registrador Mercantil, permite considerar “a priori” que dicha financiación resulta contributiva al objetivo fundamental de conservación de actividad y empleo.

2). opera sólo *en el marco de un acuerdo de refinanciación preconcursal ya fuere general o particular legislado*. Vale decir que, a diferencia de lo que acontece con la reciente reforma italiana DL 78/2010 y aún en la anterior *Loi de Sauvegarde* francesa de 2005 no se aplica a cualquier tipo de financiación que en aquellos regímenes aparecen protegidos por el sólo hecho de significar el incremento o la subsistencia de la confianza preexistente por parte del financista. Queda así patente la mayor amplitud de estos dos sistemas respecto del español, constreñido o limitado a los acuerdos que deben reunir las específicas condiciones legales constituidas en requisitos operativos.

3) no puede tratarse de cualquier tipo de financiación. La ley exige para conceder a la financiación la seguridad del recupero, que el acuerdo importe una “*ampliación significativa del crédito disponible*” (art. 71.6).

Se trata de dos condiciones que necesitan traducción en el contexto:

i) *significatividad*, debe traducirse como un crédito de importancia proporcional o de relatividad consecuente con la entidad de las dificultades; ii) *disponibilidad* implica que el crédito no puede consistir en una mera *refinanciación*, esto es nuevo plazo respecto de un crédito ya existente, ni en una garantía otorgada a un acreedor impaciente.

4) El incentivo de la financiación en la crisis es la *prededucción* de las refinanciaciones otorgadas en el marco de los “Acuerdos de refinanciación generales o particulares”, y deben consistir necesariamente en “*nuevos ingresos de tesorería*”, expresión esta, que en el contexto de la fórmula y de los

debates de la Comisión General de Codificación para la reforma concursal de 2011 llevan a concluir que se trata sólo de dinero fresco proveniente de una línea de crédito *externa*.

## II. 6. La exclusión de la financiación interna

La prededucción de las refinanciaciones otorgadas en el marco de los “Acuerdos de refinanciación generales o particulares”, debe consistir fundamentalmente en “nuevos ingresos de tesorería”, expresión esta, que - como se dijo- en el contexto de la fórmula y de los debates de la Comisión General de Codificación para la reforma concursal de 2011 llevan a concluir que se trata sólo de dinero fresco proveniente de una línea de crédito *externa* novedosa, con exclusión de los aportes de los socios del deudor o de persona vinculadas en el marco de un aumento de capital u operaciones análogas.

Esta exclusión que no aparece definida totalmente en los términos usados por el art. 76. 6 (que alude sólo a “ingresos de tesorería”) en cambio es explícita cuando en la redacción de la L. 38/2011 al art. 84.11 expresa textualmente que no tendrán consideración de créditos contra la masa “*los ingresos de tesorería realizados por el propio deudor o por sus socios o personas especialmente relacionadas a través de una operación de aumento de capital, préstamos o actos con análoga finalidad*”, lo que hace ociosa cualquier discusión en torno al alcance de la expresión “ingresos de tesorería”

Cabe consignar acá como una doctrina de avanzada y ciertamente ponderable susceptible de compartir , la que sostiene disvalioso excluir del ámbito del *fresh money* el ingreso de dinero realizado por el socio –o por personas cercanas- aún dado que dicha aportación se realiza en forma de préstamo actuando como financiador, lo que es frecuente en la práctica y resulta adecuado porque cuando no se trata de carencia de recursos propios sino de falta de liquidez, son los que se encuentran en la posición excepcional de disposición para la financiación y aporte de liquidez. <sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> **Pulgar Ezquerro, Juana** “*Los acuerdos de refinanciación mercantil en el proyecto de ley concursal*”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Madrid, junio 2011

# DECONOMI

Pero el tradicional conflicto entre financiación externa e interna, clásico del derecho concursal, ha sido definido a favor de la tesis restrictiva en la L. 38/2010 constituyendo ciertamente un aspecto más que demuestra la tibieza, o en otros términos la timidez, con que ha sido afrontada la temática de la financiación en el ámbito de la crisis por la legislación española.

El carácter de financiador preconcursal con privilegio del *fresh money* debería ser reconocido también al socio, igualándolo al financiador externo porque existen situaciones análogas del especial riesgo que asume quien presta, fuere externo (banco), fuere interno (socio), porque en ambos casos el préstamo de última instancia se realiza asumiendo el pleno conocimiento de las dificultades financieras del deudor y su proximidad al concurso lo que justifica la incentivación al préstamo no sólo externo, sino también interno.

Adjudicar al socio, o al vinculado por su mera proximidad al deudor, calidad de subordinado (como lo hace la ley 38/2011: art. 84.11.OO), significa una automatismo que no guarda consistencia con la situación de crisis de las empresas.

Por ello en el derecho comparado el *fresh money* es extendido también a la financiación interna por vía de los socios. Tanto el derecho francés en el *privilège de conciliation*, como el italiano en el D. L. 78/2010 art. 48 adjudican prededucción también al préstamo de los socios o de los vinculados. En el derecho francés tal prededucción abarca la totalidad del préstamo. En tanto que en el derecho italiano lo es hasta un 80%.

Este aspecto es deficitario en la legislación española.

También se debe insistir en un aspecto aludido ya anteriormente referido a que la regla del pago al vencimiento al financiador, cualquiera fuese el estado del desarrollo del proceso, está excepcionada en tanto se acuerda a la administración concursal la potestad de alterar la regla de pago al vencimiento (art. 84.3).

Esto configuraría otra debilidad del *fresh money* de la Ley 38/2010 en el marco de una imputada “demagogia” en la valoración de los privilegios de los profesionales en relación al interés del concurso, que sumado al tratamiento

# DECONOMI

de sustentación endeble del *fresh money* en el art. 176 bis en los casos de insuficiencia de masa en que queda pospuesto a otros créditos de trabajadores, alimentarios, gastos y costas del concurso, lo tornan prácticamente estéril.

El resultado calificado como frustrante por gran parte de la doctrina, sin embargo debió haber sido distinto habida cuenta que la ley 38/2010 contiene otras disposiciones ciertamente estimulantes a favor de la recuperación en orden a la facilitación de la misma.

## II.7. El “*distressed debt*”<sup>9</sup>

En este sentido aparece susceptible de ser considerado la fórmula establecida al promover el mercado del “*distressed debt*” colocando en este aspecto a España en situación pareja de los países vecinos en el derecho comparado al eliminar del nro. 2 del apartado 1 del art. 122 la prohibición de voto, tradicional en el derecho anterior que impide su ejercicio al adquirente derivativo de créditos, eliminando de esta manera la “sanción” a la cesión del crédito.

Esta reforma es considerada relevante para la activación de la empresa y la facilitación en la adquisición de créditos en el marco de la insolvencia del deudor un estímulo facilitante para la obtención del acuerdo y también para la competitividad en el mercado secundario de créditos siguiendo, en esta materia un instituto que se encuentra ya de largo tiempo atrás instalado en el ordenamiento de Perú.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Alvarez Jimenez, Fernando. Bolsa de Madrid “ISSN 0211-5336 N° 142, 2005, pgs. 53-57: **Distressed Debt** Puede traducirse como un producto de inversión considerado como solución financiera útil para todos los agentes afectados por una situación de problemas y/o dificultades para cumplir con los términos originales de pago en las condiciones en que se emitieron las deudas de empresas y/o países. Es un término que surge en los mercados financieros a finales de los 70 y principios de los 80 en EE.UU. como resultado de las crisis en mercados emergentes y de la operativa en deuda soberana que resultó de ello.

<sup>10</sup> Dasso, Ariel A. “*Derecho Concursal Comparado*”, Legis, 2010, t. II, p. 1246 ss., Ley General del Sistema Concursal n° 27.809 /2002, reformada por Ley 28.709/2006, Disposición Sexta Complementaria: autoriza a los acreedores de la sociedad cotizada acogida al trámite del concurso a negociar en la Bolsa de Valores y en cualquier otro mecanismo centralizado de negociación los créditos que les hubiere reconocido la Comisión competente para el trámite del mismo. Ver por todo, con exhaustiva información sobre el sistema: Carbonel O’ Brien Esteban “*Negociación de créditos concursales en Bolsa de Valores: salida acertada de la crisis patrimonial?*”. En una exhaustiva elaboración: *La Ley establece en su Sexta Disposición Complementaria, que los acreedores concursales podrán negociar en la Bolsa de Valores de Lima, los créditos que mantienen con las empresas deudoras sometidas a concurso. Para ello, la*

## **II.8. La suspensión de las acciones de responsabilidad por incumplimiento de los administradores en el estado de disolución societaria.**

De otro lado el cambio radical introducido en la reforma por vía del art. 51 bis focalizado en la suspensión de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad de capital concursada, por incumplimiento de los deberes impuestos en caso de concurrencia con una causal de disolución, marca otra estimulante fórmula que elimina la dureza del tratamiento a los administradores y significa en definitiva una clara separación del ámbito concursal del fenómeno de la *infracapitalización* la que queda reservada al ámbito del derecho societario liberando al concurso de la interacción de un instituto conflictivo ajeno a la fenomenología del sistema concursal preventivo o conservativo.

Sin embargo, estos ostensibles avances en regulaciones facilitantes del acuerdo estimulantes de la refinanciación en orden a la continuidad de la actividad y el mantenimiento del empleo no guardan el correlato debido en el tratamiento novedoso pero insuficiente dado al *fresh money* lo que en sí mismo constituye un paso, aunque insuficiente, valioso porque anticipa la necesidad de una inmediata puesta en obra con una debida profundización, que la acercará a los modelos de los *scheemes of arrangements* del Reino Unido, de Italia (D.L. 78/2010, L. 122/2010: 182 *quater*) y Francia (*Loi de Sauvegarde*; arts. L. 611-1 / L. 612-5).

## **III.- LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN EN ESPAÑA**

---

*Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores - CONASEV deberá aprobar en un plazo no mayor a noventa (90) días, las normas y directivas que considere necesarias a fin de establecer los requisitos y características del título a negociar y los requisitos para el listado correspondiente. Cabe precisarse, que a la fecha dicha Comisión no ha expedido norma o directiva alguna, siendo sustituida por mandato de la Ley de fortalecimiento de la Supervisión del Mercado de Valores que entró en vigencia el 28 de julio del 2011, asumiendo sus facultades la Superintendencia del Mercado de Valores, en adelante la SMV ([www.smv.com](http://www.smv.com))*

# DECONOMI

La ley concursal 22 /2003 (9 de julio), primera ley de concursos y quiebras, con tratamiento integral de la situación de insolvencia o aún de la insolvencia actual o inminente en España nada previó respecto de los acuerdos preconcursales ni de la financiación en la crisis.

Ulteriormente el Decreto 3/2009 de “*Medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal*” incorporó en la Disposición Adicional Cuarta (en adelante DAC) una regulación destinada a los acuerdos preconcursales la que finalmente ha tomado su definición actual ostensiblemente mejorada por la ley 38/2011 (11 de octubre).

El sistema de la preconcursalidad en el derecho concursal español ha quedado así constituido. Su presupuesto subjetivo es el deudor empresario o no. El presupuesto objetivo está focalizado en la insolvencia actual o inminente. La ley 38/2011, consiste en la institución de un plan acordado conservativo no liquidativo contenido en quitas, esperas o ampliación significativa del crédito disponible.<sup>11</sup>

La ley permite distinguir dos tipos de acuerdo: 1) acuerdos generales de refinanciación y 2) acuerdos particulares de refinanciación.

**1) Acuerdos generales de refinanciación:** reconoce la instancia del deudor y requiere la mayoría de las tres quintas partes del pasivo computando a todos los acreedores (art. 71. 6): no requiere control judicial ni homologación, ni publicación, salvo la del experto independiente.

**2) Acuerdos particulares de refinanciación:** están incluidos en la L. 38/2011 DAC con una redacción que reforma la originaria incorporada en el RDL 3/2009.

Requiere mayoría del 75% de los acreedores financieros (bancos e intermediarios financieros). Este tipo de acuerdo se diferencia claramente de los acuerdos generales de refinanciación en tanto a diferencia de aquellos supone la homologación judicial, lo que implica:

## 2.1. Control de legalidad:

---

<sup>11</sup> BELTRÁN, E. “*Los problemas del derecho concursal español*”, *El Notario*, núm. 41, 2012; “*La Reforma de la Ley Concursal; unas modificaciones que no resuelven el problema*”, *Diario jurídico*, 28 de septiembre de 2011.- CARRASCO PERERA, A. “*Acuerdos de refinanciación concursal en el país de las maravillas*”, *Legal Today*, 5 de julio de 2011.-

# DECONOMI

a) el juez debe verificar la suscripción del acuerdo por parte del 75% del pasivo aceptante financiero

b) debe comprender un plan de viabilidad que asegure la continuidad de la actividad a corto y mediano plazo.

c) el plan de viabilidad debe estar informado con criterio de factibilidad por parte de un experto independiente designado por el registrador mercantil.

d) el acuerdo homologado debe ser elevado a instrumento público.

**2.2. Control de oportunidad:** El juez debe validar el acuerdo por vía de homologación solamente en tanto cuanto constate que el mismo no suponga un *sacrificio desproporcionado* para las entidades financieras que no lo suscriban.<sup>12</sup>

La homologación se publica en el Boletín Oficial español (BOE); supone la inhabilitación al deudor para acudir al mismo procedimiento por el período de un año; y no alcanza a los sujetos obligados como solidarios del deudor, fiadores, ni avalistas.

Se advierte entonces que los dos tipos de acuerdos generales y particulares, difieren entre sí en sus notas caracterizantes:

1) Los acuerdos generales tienen un grado de desjudicialización marcadamente mayor al de los acuerdos particulares.

2) Cuando se trate de acuerdos generales la mayoría del 60% debe ser alcanzada con el cómputo de la *totalidad* de los acreedores, en tanto que en los acuerdos particulares se alcanzan con la aceptación por parte del 75% del pasivo *financiero*.

---

<sup>12</sup> La Ley de Emergencia 25.563/2002 dispuso la reestructuración de las deudas con el sector financiero estableciendo una relación de cambio 1\$ = 1 U\$S. Tratándose de obligaciones entre particulares no vinculadas al sistema financiero, pactadas en moneda extranjera la ley estableció que las partes deberían negociar la reestructuración de sus obligaciones compartiendo de modo equitativo los efectos de la modificación de la relación de cambio. De no mediar acuerdo entre partes la ley remite a los procedimientos de mediación vigente o a los tribunales competentes para dirimir las diferencias determinando que la parte deudora no puede suspender los pagos ni la acreedora negarse a recibirlos y facultando al Poder Ejecutivo para reglamentar las situaciones conflictivas aplicando el principio del esfuerzo compartido. Subyace aquí una idea de equidad que de alguna manera es la que es tenida en cuenta toda vez que como en el caso de la legislación española se alude al sacrificio desproporcionado.

3) La publicidad no es requerida cuando se trate de los acuerdos generales pero se impone en los acuerdos particulares.

También difieren en cuanto a sus efectos que, naturalmente, son más amplios cuando se traten de los acuerdos particulares de refinanciación, esto es con bancos e intermediarios financieros.

### III.1. Efectos generales

**III.1.1. La protección frente al concurso necesario:** basta la mera comunicación que el deudor realice al tribunal, en el sentido de encontrarse en trámite de negociación de un acuerdo de refinanciación, en caso de insolvencia actual o insolvencia inminente, presupuesto este ampliado por la L 38/2011, para que dicha comunicación, libere al deudor de la obligación de solicitud de concurso necesario, quedando vedado a los acreedores la instancia del mismo (art. 5 *bis*)<sup>13</sup>.

A partir de dicha comunicación el deudor dispone del plazo de seis meses para negociar el acuerdo y acreditar haber removido la insolvencia actual cuando este existiere o la inminencia de insolvencia. Dentro de dicho período no está obligado de esta manera a la presentación en concurso necesario.

El efecto de la comunicación de negociación en trámite es el impedimento a cualquier acreedor de presentar la solicitud de declaración de concurso necesario hasta que transcurra dicho plazo, y con ello se neutraliza también la eventual calificación de concurso culpable por incumplimiento del deudor de su deber de peticionar el concurso necesario.

---

<sup>13</sup> El sistema español instaurado por ley 22/2003 regula la vía preventiva por el doble andarivel del concurso “voluntario” y el “necesario”. El primero de ellos, como su nombre lo indica, sólo procede a instancias del deudor en tanto que el concurso “necesario” puede abrirse además a instancias del acreedor. El deudor está obligado a solicitar su concurso dentro de los dos meses de la fecha en que *hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia* (art. 5<sup>o</sup>.1) plazo que el DL 3/2009 extendió a tres meses a contar de la comunicación al tribunal concursal de encontrarse abocado a la negociación extraconcursal de un convenio.

Pero toda vez que el acreedor denuncie la existencia de hechos reveladores de la insolvencia e inste la declaración del concurso este se verá constreñido a rebatir la imputación de insolvencia o a pedir la declaración del concurso, situación esta última que da lugar a lo que la ley denomina “concurso necesario” art. 7, 22 y cc.

# DECONOMI

El sistema supone una modalización entre el concurso “voluntario” y el “necesario” ya que en el caso de que vencido los seis meses el deudor decida solicitar su concurso, la fecha de comunicación al juez del inicio de las negociaciones del acuerdo de refinanciación se considerará como fecha de presentación de la solicitud.

De esta manera, se transparentan las hipótesis de utilización de la comunicación con el mero objetivo de postergar la solicitud del concurso en forma que al momento de la calificación concursal el tribunal valorará en que medida el deudor, según fuere su conducta, durante dicho período hubiere contribuido a la generación o al agravamiento de la insolvencia.

## **III.1. 2. Protección frente a la rescisión concursal**

Este particular efecto no opera en cualquier acuerdo obtenido por el deudor sino exclusivamente en aquellos que cumplieren los requisitos de los acuerdos generales de refinanciación, establecidos en el art. 71.6 de la Ley 22/2003 que en virtud del RDL 3/2009 pasó a integrar la DAC, focalizados en 1) mayoría de las tres quintas partes del pasivo (60%); 2) el plan de viabilidad a corto y mediano plazo, 3) el informe positivo del experto independiente designado por el Registrador Mercantil respecto de su factibilidad.

Constituye una reforma de singular importancia la disposición incorporada en la L. 38/ 2010 art. 72 en virtud de la cual, en aquellos casos en que por incumplimiento de los requisitos del acuerdo de refinanciación, contenidos en el art. 71.6, procediere alguna acción de recomposición, solo estará legitimado para incoar la misma la administración concursal, quedando vedado en cambio la promoción a los acreedores, modificándose en este sentido el derecho anterior que lo permitía.

## **III. 2.- Efectos típicos de los acuerdos de refinanciación con entidades financieras**

Los efectos de protección frente al concurso necesario y a la rescisión concursal se aplican tanto a los acuerdos generales de refinanciación

# DECONOMI

como a los acuerdos particulares con entidades financieras, pero estos últimos tienen efectos que los son exclusivos: la extensión de los acuerdos de espera a las entidades financieras o bancarias que no lo hubieren suscripto y la suspensión de las ejecuciones y medidas cautelares singulares.

## II.2. 1. Extensión de los acuerdos de espera

El efecto vinculante de los acuerdos de espera aún a los acreedores de la categoría financiera (banco o instituciones financieras), que no hubieran suscripto el acuerdo o que hubieran disentido con el mismo, es introducida por la L. 38/2011 en la redacción que asume en dicho texto legal la DAC.

Es oportuno recordar aquí que estos acuerdos particulares requieren la mayoría del 75% de acreedores financieros; el plan de viabilidad acorto y mediano plazo informado favorablemente por parte del experto designado por el Registrador Mercantil; la homologación judicial con aplicación del control de legalidad y oportunidad, y la elevación a instrumento público.

Sin embargo, la ley limita los efectos extensivos (típicamente concursal) en los acuerdos de espera a los acreedores financieros no dotados de garantía real.

El sistema español se aleja así de su modelo ideal, los *schemes of arrangements* del Reino Unido, que en cambio imponen dicho efecto vinculante también a los acreedores no suscriptores o disidentes dotado de garantía real.

Desde luego que la limitación del efecto vinculante a los acreedores financieros no dotados de garantía real reduce ostensiblemente el marco de aplicación porque estos acreedores de ordinario ya están adunados de privilegio general y, más aún de garantías especiales (hipotecarias o prendarias)<sup>14</sup>

## III. 2. 2. Suspensión de las ejecuciones

---

<sup>14</sup> VALERO FERNÁNDEZ, A., "Problemas de las hipotecas en los acuerdos de refinanciación", *Anuario de Derecho concursal*, núm. 22, 2011.

# DECONOMI

Los “Acuerdos Particulares de Refinanciación con Entidades Financieras” producen, a partir de la comunicación del trámite la suspensión de las acciones judiciales de los acreedores financieros (solo de estos), por el término máximo de un mes, lo cual aparece demasiado breve, si bien en caso de homologación la resolución judicial puede extender dicha suspensión por un plazo máximo de un año.

Los acuerdos particulares de refinanciación con entidades financieras, requieren homologación judicial, y son susceptibles de impugnación por parte de los acreedores no suscriptores y disidentes, limitándose la misma a dos causales: 1) el cuestionamiento de haberse logrado las mayorías establecidas por la ley (75% del pasivo financiero); 2) la disconformidad con la evaluación que el juez hubiere realizado al aplicar el control respecto de la desproporción del sacrificio impuesto por vía de extensión de los acuerdos de espera a los acreedores financieros no suscriptores o disidentes.

Se ha dicho ya que las entidades financieras mantienen en todo caso los derechos contra los deudores solidarios fiadores y avalistas.<sup>15</sup>

## IV.-ITALIA

El Decreto Legislativo (DL) 35/2005 si bien mantiene del derecho anterior el clásico bloqueo o suspensión de las acciones ejecutivas individuales y también las cautelares, en cambio en el acuerdo de reestructuración instituido en el art. 182 bis nada dice al respecto por lo cual los acreedores que no adhirieron al acuerdo de reestructuración podían emprender o continuar todas las acciones particulares necesarias para la defensa de su crédito.

Prontamente el DL denominado “Correctivo” 169/2007 estableció en orden a la funcionalidad de los “Acuerdos de Reestructuración de deudas”, la suspensión de las acciones ejecutivas o cautelares sobre el patrimonio del

---

<sup>15</sup> AZOFRA VEGAS F., “La invulnerabilidad de los acreedores financieros con garantía real a la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 16, 2012, págs. 127-141.-

# DECONOMI

deudor por 60 días corridos desde la fecha de publicación del acuerdo de reestructuración al registro de la empresa.

El DL 78/2010 (convertido en ley 122/2010) regula nuevamente los efectos del acuerdo de reestructuración, y extiende la prohibición de iniciar o proseguir acciones cautelares o ejecutivas también a la fase de las tratativas o negociaciones dirigidas a la conclusión de un acuerdo de reestructuración.

Para anticipar el bloqueo de dichas acciones requiere: 1) pedido del deudor; 2) agregación de una documentación que puede conceptuarse análoga a la requerida por la ley para la demanda de concurso preventivo; 3) la formulación de propuesta de acuerdo; 4) la autocertificación de que la misma se encuentra en tratativas con acreedores que representan por lo menos el 60% de los créditos; y la atestación de un profesional independiente sobre la idoneidad o factibilidad de la propuesta en orden a su cumplimiento y particularmente a asegurar el regular pago de los acreedores con los que no existen tratativas o que ya han negado su disposición para la negociación del Acuerdo de Reestructuración.

La suspensión del procedimiento ejecutivo o cautelar es afectiva en forma consiguiente a la mera publicación en el registro de la empresa del pedido de suspensión de las mismas, sin hacer menester la resolución explícita del juez prohibiéndolas.

Se advierte aquí una marcada analogía con el procedimiento del bloqueo al “concurso necesario” establecido por la ley española 38/2010 en protección de los Acuerdos de Refinanciación tanto generales como particulares, y la suspensión de las ejecuciones cautelares prevista como efecto de los Acuerdos de Refinanciación con Entidades Financieras, con homologación judicial.

Sin embargo la ley española no ha llegado a la amplitud y profundidad de la legislación italiana en la materia ni en lo que se refiere al plazo de suspensión, ni en cuanto a la extensión del presupuesto subjetivo, porque la ley italiana está referida a los acuerdos de reestructuración con *todos* los acreedores, en cambio la española queda constreñida exclusivamente al sector bancario- financiero.

# DECONOMI

El acuerdo extrajudicial tiene una faz judicial dirigido a la homologación en cuyo periodo los acreedores disidentes pueden oponerse al acuerdo publicado, correspondiendo al tribunal la homologación o bien el rechazo del pedido de homologación que debe ser publicado en el registro de la empresa, con recurso de apelación dentro de los 15 días (art. 183).

El efecto característico del acuerdo de los *Accordi di Ristrutturazione* es la exención de revocatorias concursales (art. 67 párrafo 3) respecto de los actos, los pagos y las garantías realizados en la ejecución del acuerdo homologado.

Asimismo el DL 78/2010 (convertido en ley 122/2010) agrega como efecto la veda de aplicación de la regulación sobre delitos de bancarrota respecto de los actos cumplidos tanto en ejecución del concordato preventivo, como de los acuerdos de reestructuración del art. 182 *bis*.

## **IV. 1. La financiación en el concordato preventivo y en los acuerdos de reestructuración**

El D. L 78/2010 (L 122/ 2010) ha incorporado a la LF el art. 182 *quater*, que bajo el título “*Disposizioni in materia di prededucibilità de los créditos en el concordato preventivo y en los acuerdos de reestructuración de deudas*”, auspicia la financiación del deudor por parte de quienes tuvieren confianza para ayudar a la empresa en la nebulosa de sus dificultades, otorgando al financista la seguridad del cobro de su crédito al vencimiento dotándolo de prededucibilidad.<sup>16</sup>

Los préstamos o financiaciones de la **banca o intermediarios financieros, solamente** estos, que hubieren sido realizados tanto en el cumplimiento de ejecución de un concordato preventivo o de los acuerdos

---

<sup>16</sup> S. PACCHI, *La prededuzione dei crediti: notazioni generali*, en AA.VV., Finanziamenti bancari alle imprese in crisi fra prededuzione e subordinazione, en Dir. Banca e Merc. fin., 2011, 468 ss.; P. VALENSISE, *Commento all'art. 182-quater*, en A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO (directores), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, 3° v., p. 2336 ss.; G. B. NARDECCHIA, *Sub art. 182-quater*, en Commentario alla legge fallimentare, III, a cargo de C. Cavallini, Milano, 2010; M. FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti* nelle soluzioni concordate, en Fall., 2010, p. 898 ss.; C. COSTA, *Esenzione dall'azione revocatoria e prededuzione nelle procedure stragiudiziali di risanamento delle imprese*, en Dir. fall., 2010, I, p. 531 ss.

# DECONOMI

preconcursoales de reestructuración de deudas, son adjudicados del **carácter de prededucibles en hipótesis de quiebra ulterior** (art. 111).

El DL 78/2010 otorgaba la prededucción como *efecto de la homologación* tanto del concordato preventivo como del acuerdo de reestructuración, pero en su conversión en ley 122/2010 la prededucción corresponde como efecto de la *mera demanda de admisión* del concordato preventivo o al *pedido de homologación del acuerdo de reestructuración*. Se advierte en todo caso la preocupación por la temprana adjudicación de la prededucibilidad, constituyendo así una formula estimulante para que el aporte de nuevos ingresos sea realizado al albor de las dificultades.

Juntamente con la prededucibilidad adjudicada a la financiación, el beneficio se extiende al profesional encargado del dictámen que debe acompañar al concordato preventivo o al acuerdo de reestructuración sobre la factibilidad de la propuesta, y la seguridad de indemnidad a los disidentes.

El legislador ha previsto que los créditos, referibles a préstamos y /o financiaciones obtenidos de las empresas de bancos y de intermediarios financieros, en ejecución de un concordato preventivo o de acuerdos de reestructuración de las deudas sean prededucibles en caso de sucesiva quiebra en el sentido del art. 111 L.F. también los socios pueden financiar a la empresa, contando con el recupero de sus desembolsos en prededucción en caso de quiebra pero esto es posible sólo hasta el 80% del monto de su financiación. Tales modificaciones, están dirigidas a **favorecer el acceso al crédito** por las empresas en estado de crisis que inician un procedimiento de concordato preventivo o un acuerdo de reestructuración, reconociendo la prededucibilidad a las financiaciones que pueden derivar sea de medios de terceros (sistema bancario) sea de medios propios (financiación de los socios), que no asumen el carácter de capital de riesgo y que pueden, en caso de fracaso del resaneamiento y subsiguiente declaración de quiebra, ser totalmente en el caso de la financiación bancaria o parcialmente en el caso de la financiación por los socios recuperados por medio de la prededucción.

La reforma de 2010 del art. 182- quater, ha demostrado que no tuvo los efectos previstos, dado la resistencia de la banca a conceder

# DECONOMI

financiaciones destinadas a soportar las exigencias de la actividad en el periodo de procedimiento de homologación del acuerdo de reestructuración.

Por ello la intervención del “Decreto de Crecimiento” (D L. 83/2012 conv. en L. 134/2012) ha introducido en la Legge fallimentare el art. 182 quinquies, prevé que el deudor que ha presentado una demanda de admisión al concordato preventivo (161 LF) o de homologación del acuerdo de reestructuración de deudas (art. 182 bis LF) puede requerir al tribunal la autorización, aun antes de la presentación de la documentación del art. 161, 2º y 3º para contraer financiamiento (prededucible en el sentido del art. 111) o a conceder prenda o hipoteca en garantía del financiamiento para pagar a los créditos anteriores por prestaciones de bienes o servicios que, en este caso, tendrán la tutela de la exención de la acción revocatoria prevista en el art. 67 L.F.

Tales actividades son requeridas solo en el caso en el que un profesional, en posición de los requisitos del art. 67 letra d) L.F. y designado por el mismo deudor verificado el requisito financiero de la empresa hasta la homologación, acredita que tales financiaciones o el pago de tales créditos **son funcionales esenciales, útiles a la mejor satisfacción de los acreedores.** También sobre la norma en examen ha formulado reforma el D. L. 83/2015, conv. en L. 132/2015 con el objeto de **simplificar el acceso a la financiación por parte de los sujetos en estado de crisis.** Se aclara que el Tribunal puede autorizar al deudor a contraer financiaciones prededucibles en la fase que ha iniciado con el depósito de la demanda prenotativa de concordato hasta el vencimiento del término fijado por el tribunal para la presentación de la propuesta del plan y la de la relativa documentación prescripta o bien hasta la audiencia de homologación o no más allá de 60 días, de la fecha establecida por el tribunal para el depósito del acuerdo de reestructuración. Esto significa que una primer fuente de recursos financieros puede llegar antes que hubieren sido predispuestos el plan y la propuesta de concordato en la demanda de admisión al concordato preventivo.

Para conseguir este resultado el empresario el deudor debe declarar que no se encuentra en condiciones de requerir de otro modo los recursos necesarios; o debe indicar de manera específica el **destino de tales**

**financiaciones** y demostrar que en ausencia de tales financiamientos derivaría un **perjuicio inminente e irreparable de la hacienda.**

## **IV. 2 Acuerdo de reestructuración con intermediarios financieros y convención de moratoria**

El D. L. 83/2015, conv. L. 132/2015 ha introducido en la Legge Fallimentare el art. 182 septies, titulado “*Acuerdo de Reestructuración de deudas con intermediarios financieros y convención de moratoria*” a los fines de integrar, con específica referencia a bancos y a acreedores financieros, la disciplina del acuerdo de reestructuración establecida en el art. 182 bis. Constituye un requisito para poder aplicar los dos nuevos institutos, que concurra una crisis de empresa con prevalente endeudamiento con intermediarios financieros, esto es aquella en la cual una empresa tenga débitos hacia banca e intermediarios financieros en medida no inferior a la mitad del pasivo total.

En tal caso el empresario puede con el recurso para homologación ex art. 182 bis, párrafo 1 L.F individualizar entre dichos acreedores financieros una o más categorías de crédito con posiciones Jurídicas e intereses económicos homogéneos y entonces requerir que los efectos del acuerdo de reestructuración de las deudas sean extendidos también a los acreedores no adherentes que pertenecen a la misma categoría.

Se pone además un límite a la posibilidad del empresario de provocar la extensión de los efectos a los no adherentes. Es necesario no sólo que la disconformidad de los titulares de créditos de los bancos o intermediación financiera sea minoritario dentro de la misma categoría (en cuanto a esos créditos no adherentes pueden representar como máximo el 25% de la clase). Se exige además que el pasivo de la empresa este formado por lo menos el 50% de deudas por bancos o instituciones de crédito lo que significa que la extensión de los efectos del acuerdo a bancos e intermediarios financieros no adherentes puede tener lugar sólo cuando el resaneamiento de la empresa afecte en modo preponderante a dicho sector.

# DECONOMI

El acuerdo de reestructuración de deudas puede ser concluido si adhieren acreedores financieros que representan el 75% del crédito de la categoría, restando el integral pago de los acreedores no financieros.

El deudor puede pedir la extensión del acuerdo a los bancos e intermediarios financieros no adherentes que tengan posiciones jurídicas e intereses homogéneos a los de los adherentes, cuando tales operadores financieros hayan sido puestos en condiciones de participar en las tratativas e informarse de los términos del acuerdo de reestructuración. Estos pueden adherir o bien recurrir a los tribunales donde espera la homologación del acuerdo.

El tribunal, verificada las condiciones arriba indicadas y considerando que la banca y los intermediarios financieros no adherentes a los cuales se pide la extensión del acuerdo puedan resultar satisfechos en sus créditos, *“en medida no inferior respecto a las alternativas concretamente practicables”* procede a la **homologación del acuerdo de reestructuración de las deudas.**

La **convención de moratoria** es un ulterior instrumento de composición de la crisis de empresa que se agrega al grupo de aquellos ya disciplinados en la Legge Fallimentare. Se caracteriza por tener por objeto deudas contra bancos e intermediarios financieros, ya vencidos o todavía pendientes de vencimiento respecto de los cuales se prevé la dilación de los términos de pago.

En común con el acuerdo de reestructuración con intermediarios financieros la convención de moratoria tiene la cualidad objetiva de los débitos y aquella subjetiva de los relativos acreedores, y también la idoneidad para extender sus efectos a los acreedores no adherentes.

En tal caso solo eso será posible si obtuviere la mayoría de 75% de los créditos; la banca y los intermediarios financieros no adherentes hayan sido informados del inicio de las tratativas y puesto en condiciones de participar de buena fe; y en todo caso un profesional acredite la homogeneidad de las posiciones jurídicas y de los intereses económicos entre los acreedores interesados en la moratoria

# DECONOMI

Constituye un elemento fundamental del régimen italiano el otorgamiento de la prededucción también al 80% de los desembolsos realizados por los socios o las personas vinculadas a los mismos, conformando todo ello un esquema inductivo estimulante para la financiación de la empresa en estado de crisis que pone en marcha tanto el concordato preventivo como el acuerdo preconcursal de reestructuración, a través del reconocimiento de la prededucción no sólo a terceros (bancos y entidades financieras) sino a la financiación interna proveniente de los propios socios, considerando entonces sus préstamos o ingresos como capital de riesgo y no aumento de capital en forma que en hipótesis de fracaso de la reorganización intentada, ya fuere por la vía preconcursal como la concursal, resulten totalmente reembolsados, tratándose de financiación bancaria, o parcialmente (80%) cuando se tratare de los socios.<sup>17</sup>

#### **IV. 3. La última legislación italiana de crisis de sobreendeudamiento: DL 212//2011 de 22 de diciembre**

La extraordinaria necesidad y urgencia de dictar disposiciones en materia de composición de la “crisis de sobreendeudamiento” y asegurar la mayor funcionalidad y eficiencia de la justicia en la materia constituye la exposición de los motivos que fueron plasmados en el Decreto Ley nº 212 del 22 de diciembre de 2011 en Italia bajo el título de “Disposiciones Urgentes en materia de composición de la crisis de sobreendeudamiento y disciplina del proceso civil”.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Es un elemento sustancial del régimen italiano el otorgamiento de la prededucción también al 80% de los aportes realizados por los socios o las personas vinculadas a los mismos, conformando todo ello un esquema estimulante para la financiación de la empresa en estado de crisis que pone en marcha tanto el concordato preventivo como el acuerdo preconcursal de reestructuración, a través del reconocimiento de la prededucción no sólo a terceros (bancos y entidades financieras) sino a la financiación interna proveniente de los propios socios. Considerando entonces sus préstamos o ingresos como capital de riesgo y no aumento de capital en forma que en hipótesis de fracaso de la reorganización intentada ya fuere por la vía preconcursal como la concursal resulten totalmente reembolsados, tratándose de financiación bancaria, o parcialmente (80%) cuando se tratare de los socios.

<sup>18</sup> FABIANI, “*La gestione del sovraindebitamento del debitore “non fallibile”*”, en [www.ilCaso.it](http://www.ilCaso.it); ; F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (Directores), *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, Milano 2012; A. GUIOTTO, *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, en *Fallimento*, 2012, 18 ss.; L. PANZANI, *Composizione delle crisi da sovra indebitamento*, en el *Nuovo Diritto delle Società*, 2012, p. 9 ss.;

# DECONOMI

Expone una regulación dirigida al “*sobreendeudamiento*” definido como el *desequilibrio perdurable entre obligaciones asumidas y patrimonio líquido, así como la definitiva incapacidad del deudor de cumplir regularmente las propias obligaciones* (art. 2. a).

La idea aparece vinculada con el *Übershuldung*<sup>19</sup> de la *Insolvenzordnung* alemana de 1995, cuyo art. 19 considera existente sobreendeudamiento *si los bienes del deudor ya no cubren las obligaciones existentes, salvo que según las circunstancias sea muy probable la continuación de la empresa.*

Como se advierte la precursora ley alemana estableció una excepción que luego, frente al advenimiento de la crisis del 2008 quedaría corporizada en la reforma del 20 de octubre de 2008 que exceptúa expresamente el sobre endeudamiento “*aquellos casos en los que la continuidad de la empresa es bajo todas las circunstancias altamente probable (o verosímil)*”, con una redacción que profundiza la originaria de 1994, convirtiendo de esta manera el presupuesto material focalizado en el déficit económico resultante de la insuficiencia del patrimonio liquidable frente a las obligaciones asumidas, en un mero juicio subjetivo atribuido directamente al administrador con los que se los excusa de la severa obligación de presentar en concurso a las empresas que como deterioro sufrido por sus activos financieros en razón de la crisis global quedaron atrapados en el primigenio concepto material del sobreendeudamiento.

La ley italiana de las postrimerías del 2011 define también el sobreendeudamiento del consumidor, y lo hace en razón de la materia que lo constituye focalizada en las *obligaciones contratadas por el consumidor* con lo cual remite el concepto a la definición que respecto del mismo consagra el DL 206 de 6/11/2005, calificado como Código de Consumo.

---

<sup>19</sup> Dasso, Ariel A. “Derecho Concursal Comparado”, ed. Legis, 2010, t. I, p. 28 n° 20.

# DECONOMI

A los fines del Código se entiende por a) consumidor o usuario a la persona física que realiza actividades extrañas a la empresaria, comercial, artesana o profesional eventualmente desarrollada (art. 1.a).<sup>20</sup>

La regulación guarda una estricta correspondencia con la *Accordi di Ristrutturazione dei Debiti* del art. 182 bis incorporado a la LF por el DL 35/2005

## IV. 3.1. Los organismos de composición

A semejanza de la *Loi de Sauvegarde* francesa de 2005 y con un claro parentesco con la ley mexicana, el sistema tiene un fuerte contenido preconcursal al instituir como organismo de composición de la crisis, de sobreendeudamiento a funcionarios designados por los sujetos que deben inscribirse en un registro especial a cargo del Ministerio de Justicia, con requisitos criterios y modalidades que habrán de ser reglamentadas por el ministerio.

Los entes públicos designados por el Ministerio de Justicia podrán constituir así organismos destinados a la ayuda del deudor sobreendeudado, acreditando previamente adecuadas garantías de independencia y profesionalidad (art. 10).

Las estructuras de mediación de la Cámara de Comercio, Industria, Artesanado y Agricultura, los Colegios Profesionales de Abogados comercialistas, y expertos contables y notarios quedan inscriptos de pleno derecho.

Es función del organismo de composición la iniciativa en la predisposición del plan de reestructuración, la obtención del acuerdo y su

---

<sup>20</sup> El D. Legislativo 206/2005 es considerado como una piedra basal para la tutela del consumidor italiano sobre todo por el relieve que asume en política del derecho referida al sector que exhibía una gran desorganización, sin adecuación en consecuencia a la directiva comunitaria.

El hilo conductor es la relación de consumo, la publicidad dirigida a la correcta información del contrato, a la seguridad de los productos, hasta el acceso a la justicia y a las asociaciones representativas de consumidores.

Se introduce además en el art. 1240 bis la llamada acción de clase dirigida a la obtención de resarcimiento del daño en cabeza a cada uno de los componentes del grupo de consumidores dañados por un mismo hecho.

# DECONOMI

ejecución destacándose como esencial la certificación sobre la factibilidad del plan, la previa verificación de los requisitos formales y la comunicación al juez de la verificación de los consensos y las mayorías, como así la publicidad de la propuesta y, en su caso, del acuerdo (art. 10).

El Acuerdo de Reestructuración de Sobreendeudamiento es presentado al tribunal por el deudor con la apoyatura del organismo de composición y consiste en un plan que debe asegurar el *regular pago de los acreedores que no intervengan* en el acuerdo y de los créditos privilegiados que no hubieren renunciado a sus privilegios.

Admite la clasificación de los acreedores y las modalidades de pago: pueden ser singularmente amplias, hasta la cesión de créditos futuros y aún atribuir el patrimonio del deudor a un fiduciario para la liquidación y distribución del producto (art. 2. 1 y 3. 1).

El plan o propuesta del deudor solamente será admisible en tanto no se encuentre sometido a un procedimiento concursal y no hubiere recurrido a este mismo procedimiento de composición en los tres años antecedentes (art. 2.1).

La factibilidad del plan debe estar, además de fundada debidamente por el órgano de composición, adunada de la evaluación de los bienes y réditos suficientes pero, en caso de que ello no apareciere debidamente satisfecho la propuesta requiere la *preconformidad de un tercio* del pasivo (art. 1.2).

El plan de crisis por sobreendeudamiento puede prever una moratoria de hasta 1 año para el pago de los créditos no alcanzados por la propuesta para los créditos no conformes denominados externos a condición de que se acredite su idoneidad para asegurar el pago al vencimiento. Pero aún así no pueden alcanzar a los créditos inembargables (art. 3.4).

## **IV.3.2. Tribunal competente**

Es el del lugar de residencia o sede principal del deudor (art. 4)

# DECONOMI

La propuesta en el acto de presentación debe incluir requisitos formales como: elenco de acreedores, importe de los créditos, de los activos, actos de disposición realizados en los cinco años anteriores y declaración de réditos de los tres últimos, la certificación sobre la factibilidad del plan, y los gastos necesarios para el sustento del deudor y de su familia.

Si ejerciere actividad empresarial también los balances de los tres últimos ejercicios y en su defecto extractos de las cuentas bancarias (art. 4.2 y 3)

Recibida la propuesta adunada de los requisitos formales el juez convoca a una audiencia, con citación a los acreedores por telegrama, carta certificada, telefax, correo electrónico certificado, e información sobre los procedimientos ulteriores

#### **IV. 3.3. Efecto suspensivo**

En la audiencia, salvo impugnaciones o actos en fraude dispone la suspensión de las acciones ejecutivas o en su caso inicio de acciones ejecutivas o cautelares de aquellas que puedan generar derecho de prelación con la sola excepción de las que estuvieran referidas a créditos inembargables, por un plazo **no mayor a 120 días y por una sola vez (art. 5)** y durante el mismo también se suspenden los plazos de prescripción y no se verifica la caducidad.

#### **IV.3.4. La adhesión a distancia**

No existe asamblea o reunión de los acreedores. Estos se expiden por telegrama o carta certificada, telefax o correo electrónico dirigido al organismo de composición pudiendo proponer modificaciones a la propuesta (art. 6.1).

#### **IV. 3.5. Mayorías requeridas.**

# DECONOMI

La aprobación del plan de composición del sobreendeudamiento requiere la conformidad del 50% del pasivo. Obtenida la mayoría, acreditada la factibilidad del plan, la aseguración de pago a los acreedores extraños y resuelta cualquier impugnación el juez procede la homologación y publicación que es transmitida también a los acreedores por el órgano de composición con informe detallado respecto de las conformidades y porcentajes.

El acuerdo homologado no determina novación y es revocado si no es cumplido íntegramente dentro de los 90 días del vencimiento previsto para el pago a la administración pública y los costos de gestión (art. 6). Los acreedores mantienen sus derechos sobre los coobligados fiduciarios u obligados en vía de regreso y a partir de la homologación subsiste la suspensión de las agresiones patrimoniales ejecutivas o cautelares por el término de 1 año pero cesa en caso de resolución del acuerdo o falta de pago a su vencimiento de los acreedores extraños. (art. 7 . 3 y 4)

En caso de denegatoria al acuerdo procede reclamo ante el tribunal, no pudiendo formar parte del colegio el juez que pronunció la providencia (art. 7.2 segundo párrafo).

La quiebra resuelve el acuerdo (art. 7.5); el liquidador es removible por el juez con justa causa. (art. 8. 1 y 2 ); el pago y los actos de disposición en violación del plan homologado son nulos (art. 8.4). Son causales de resolución el aumento o disminución doloso del pasivo o activo; y la simulación de actividad inexistente sin que se admita otra causal. (art. 9.1)

La inejecución de las garantías prometidas o la imposibilidad de cumplimiento del acuerdo por causa no imputable al deudor habilitan a cada acreedor para requerir la resolución del acuerdo. (art. 1. 2)

#### **IV. 3.6. Ejecución del acuerdo por liquidador**

En hipótesis de que el plan homologado consista en la realización total o parcial de bienes, la misma está a cargo de un liquidador designado por el juez. El organismo de composición decide en los conflictos referidos a la

# DECONOMI

ejecución del acuerdo y vigila su cumplimiento comunicando a los acreedores toda irregularidad.

El DL 212/2011 dirigido a la composición de la crisis del sobreendeudamiento puede conceptuarse como una reglamentación destinada a suplir las críticas realizadas al excesivo laconismo del art. 182 bis reputado ausente de aquellos aspectos procedimentales que aparecen así cubierto con la más reciente legislación.

Configura además el instrumento que llena el vacío que la legislación italiana exponía en torno a la crisis por sobreendeudamiento y en particular el del consumidor definido como tal por la ley del 6 de septiembre de 2005.

## **V.-FRANCIA: LA SAUVEGARDE FINANCIÈRE ACCÉLERÉE (SFA) Y SU ENCRUCIJADA CON LA ENTREPRISE INDIVIDUELLE A RESPONSABILITÉ LIMITÉE (EIRL)**

En Francia es quizás donde con más dramatismo se advierten las sucesivas e intermitentes reformas priorizadas en orden a superar o paliar dentro del marco del derecho concursal la grave crisis financieras.

Las últimas han sido consideradas como “agresión salvaje” pero justificada a los principios tradicionales de la igualdad de los acreedores (*par conditio creditorum*) y a la *unidad del patrimonio* afectando por igual a dos ámbitos que aún regulados de ordinario en ramas distintas como es la concursabilidad y el ámbito societario confluyen cuando se trata de la crisis.

Dos institutos son los ejecutores de procedimientos que culminan con la muerte de la *par conditio* y de la *unidad patrimonial*, los dos pedestales sobre los que se erigía, todavía hasta entrado el Siglo XXI, el derecho de los negocios.

La “*Loi Sauvegarde des entreprises en difficulté*” de julio de 2005 consagra un variado espectro de instrumentos puestos a disposición del empresario en dificultades: las señales de alarma, la conciliación, la

# DECONOMI

*sauvegarde* o salvataje, que da el nombre a la ley, la recuperación o *redressement* y la liquidación o *liquidation judiciaire*.

Los mecanismos de la *Loi de Sauvegarde* de 24 de julio de 2005 fueron mejorados por la *Ordonnance* del 18 de diciembre de 2008 de reforma del derecho de las empresas en dificultades y por el Decreto de 12 de febrero de 2009, su *Ordonnance* reglamentaria.

La primera nota destacable es el desplazamiento de la junta o asamblea de acreedores como poder dirimente en orden a la decisión respecto del plan de salvataje en cabeza de los miembros del comité de acreedores quienes asumen, en la exaltación de su participación, la elaboración del mismo plan de salvataje con lo cual la apuesta del legislador a la madurez de los acreedores le lleva al extremo de confiarles la responsabilidad de que el acuerdo significará preservar el valor de la empresa.

La otra idea fuerza es claramente instrumental porque a cada situación del deudor corresponden herramientas distintas en función del grado de urgencia en la intervención de las empresas: los instrumentos más pesados son la reorganización o *redressement judiciaire* y la liquidación o *liquidation judiciaire* dirigidos a las dificultades mayores, focalizadas en el grado de deterioro del deudor, esto es la cesación de pago instalada.

Los menos exigentes están reservados a las situaciones económicas de dificultades en las que la intensidad de las dificultades sin llegar necesariamente al estado de cesación de pagos son atacadas por vía de las señales de alarma –mandato-, la conciliación y la *sauvegarde*.

La tercera idea fuerza es quizás la más relevante de todas ellas en cuanto aspira a que en todos los casos las alarmas de crisis en empresas que no hubieren llegado al estado de la cesación de pago puedan colocarse bajo la protección de la justicia merced al procedimiento de *sauvegarde*, el más intenso de los tres que prescinden del presupuesto material de la cesación de pagos pero que *llega a admitirlo aún hasta 20 días después de acontecida la misma*.

Esos tres mecanismos sin embargo aparecen recientemente profundizados en la última conmovición legislativa que se advierte en el mundo

# DECONOMI

de avanzada del derecho concursal. Curiosamente las reformas no son el resultado del fracaso de los procedimientos instalados por la *Loi de sauvegarde* de 2005 sino más bien del éxito de dos casos de *sauvegarde* abiertos, uno ante el tribunal de comercio de Evri: caso “Autodis” y otro en Nanterre caso “Thomson” en los cuales el experimento permitió que con un plan preconcursal o sea preconformado (como lo denomina la Ley de Brasil nº 11.101), discutido y aceptado dentro de un cuadro de prevención, subsiguiente a la *Conciliación*, fueren homologados prácticamente de inmediato y sin mayores trámites en el procedimiento de *Sauvegarde*.

Aquel ejemplo operativo que por partida doble permitió el éxito de dos planes preconformados en estadio de conciliación sugirió al legislador la posibilidad de plasmarlo y convertirlo en derecho positivo. Dos ideas subyacen entonces en la SFA del 11/10/2011: 1) el procedimiento comprende sólo a la categoría de acreedores involucrados esencialmente en la financiación empresarial esto es acreedores financieros; 2) la inmutabilidad en sus respectivas posiciones de las otras categorías de acreedores no alcanzados, por la apertura del procedimiento del novedoso tratamiento de las dificultades de la empresa.

El procedimiento de SFA según ley 11/10/2010 oscila entre la prevención y el tratamiento directo de la crisis instalada que interesa exclusivamente a los acreedores financieros.

La primera innovación ciertamente audaz es la constatación de que el legislador ha liberado a la prevención de su dependencia de la unanimidad o mayoría de los titulares del pasivo instalando el salvataje en cabeza del *comité de acreedores* de la categoría especial (financiero u obligacionistas, en cuyo último caso el término comité de acreedores se aplica a la asamblea de obligacionistas funcionando como un comité) el que regido por la regla de la mayoría de voto en dos tercios (2/3) de los presentes o representados, es vinculante respecto de los otros acreedores minoritarios oponentes o disidentes.

El procedimiento tiene una duración prevista de dos meses con lo que el legislador francés del 2010 aspira acotar el traumatismo económico. Lo

# DECONOMI

ya expuesto permite conceptualizar a la SFA dentro de la quintuple vía preexistente (señales de alarma, conciliación, salvaguarda, recuperación y liquidación), como un instrumento “híbrido” entre “Conciliación” y “Salvaguarda”, susceptible de ser considerado de prevención, pero aplicable solo a una categoría de acreedores, los financieros.

El salvataje financiero acelerado está en consecuencia asentado sobre la base de un criterio objetivo focalizado en esa determinada categoría de acreedores. En este aspecto, se distinguen doctrinariamente en forma tradicional en el derecho concursal francés, como pertenecientes a la categoría de acreedores financieros las obligaciones frente a las administraciones fiscales, las administraciones sociales, y aquellas existentes con los establecimientos de crédito y con obligacionistas, porque el sistema de la SFA alcanza solamente a estos dos últimos por ello no alcanza a los créditos fiscales ni a los de previsión o sociales sólo titulares de créditos financieros en sentido estricto, se constituyen en los protagonistas activos y pasivos del nuevo procedimiento.<sup>21</sup>

## V. 1. Criterio dimensional

El procedimiento tiene en cuenta al presupuesto subjetivo un criterio dimensional de selección en tanto está reservado a las empresas respecto de las cuales la ley exige la constitución obligatoria del comité de acreedores, esto es aquellas que tienen 150 asalariados y 20 millones de euros como cifras de negocios.

Revela una focalización del mismo para las empresas de dimensiones considerables por un lado y por otra parte es consecuencia también de la atribución de la decisión en orden a la concertación del acuerdo derivado al comité de acreedores.

---

<sup>21</sup> Contrariamente a lo que está previsto ahora en el art. L. 208-1, línea 3 del Code de Commerce, no están alcanzados por el procedimiento de la SFA las administraciones fiscales y sociales Tales como están definidas en el art. L. 626-6 del Code de Commerce. Thierry Montéran, Gazette du Palais 16/10/2010, Droit des entreprises en difficulté, Gazette du Palais, nº 288 a 289, p. 9: “*sería deseable que los créditos correspondientes a las administraciones fiscales y sociales también estuvieran alcanzados por la SFA*”

## V.2. La operatividad de la *Sauvegarde Financière Accélérée* (SFA).

La iniciativa está reservada al deudor quien debe depositar la solicitud de apertura adunado de una información del *Conciliateur* (conciliador) quien debe exponer al tribunal que se encuentra en tramitación un acuerdo posible, pero que todavía no ha obtenido la unanimidad de los acreedores.

La sociedad, que por lo demás no estaría en estado de cesación de pagos, deberá justificar, con apoyatura del informe del conciliador encontrarse en condiciones de que dentro de un breve período que la ley establece en *dos meses* poder lograr la aceptación frente al tribunal del plan de salvaguarda financiera acelerada.

El tribunal resolverá la admisibilidad al procedimiento previa consideración del informe del conciliador que debe versar sobre el estado de la conciliación y sus posibilidades de concreción.

Los acreedores alcanzados por el plan (siempre financiero según lo dicho *supra*), deben proceder a la declaración de sus créditos, carga de la que sólo están liberados los que no participen de la conciliación.

El deudor debe, dentro del período de 2 meses, acreditar el voto del plan por parte de los acreedores alcanzados por el mismo, agrupados en el comité de establecimientos de créditos, o institutos financieros, o en la asamblea de obligacionistas ya que sólo los acreedores miembros de dichos comités están afectados.

Si el mismo hubiere sido rechazado o no aceptado dentro de los dos meses el tribunal debe concluir el procedimiento sin otras consecuencias.

## V. 3. Evaluación

La doctrina focaliza como puntos criticables susceptibles de mejoras: 1) el plazo de 2 meses resulta muy corto y debería preverse uno mayor o eventualmente, mientras no aconteciere una situación de pagos que pusiere en movimiento una instancia diferida a los acreedores, su renovación; 2) contrariamente a lo previsto en el art. L. 208-1, tercer línea del Code de

# DECONOMI

Commerce, debería también alcanzar a los acreedores fiscales y previsionales (denominados sociales en el ordenamiento español), definidos en el art. L. 626-6 del Code de Commerce; 3) dado su objetivo altamente calificable en el sentido de procurar una solución a los problemas de financiación, focalizados precisamente en la categoría de acreedores alcanzados (establecimientos financieros, bancos, institutos de crédito) debería también extenderse a empresas de dimensiones inferiores y no sólo a aquellas obligadas a constituir el comité de acreedores, haciéndolo accesible también a aquellas empresas con cifras de negocios de menor cantidad y una también menor cantidad de trabajadores.<sup>22</sup>

## V. 4. El laberinto que genera la legislación societaria.

Se considera como otra agresión a las características clásicas del derecho de los negocios, la extinción de la noción de unidad patrimonial aceptada por la Ley denominada de *Entreprise Individuelle à Responsabilité Limitée* (EIRL), que se aplica a las personas físicas que ejerzan actividad comercial, artesanal, liberal o agrícola, definidas en el Libro VI del Code de Commerce y permite la afectación del patrimonio de un empresario a una actividad profesional determinada, vigente a partir del 1º de enero de 2011 y que a partir del 1º de enero de 2013 admite la multiplicación de tantos patrimonios autónomos del mismo empresario individual como actividades ha desarrollado.

La noción de patrimonio afectado al ejercicio de una actividad económica determinada, proliferada a cada uno de dichas actividades, ello a partir del 1 de febrero de 2013, permitirá la diferenciación entre el patrimonio no afectado por un determinado procedimiento concursal y uno o varios patrimonios afectados diversamente, a otro procedimiento concursal (recordamos entonces que el sistema francés prevé a parte de las señales de alarma, en forma extrajudicial preventiva típica cuatro procedimientos más, que como la *conciliation*, la *sauvegarde*, el *redressement* y la *liquidation judiciaire*, configuran instrumentos distintos susceptibles de ser aplicados o, en otros

---

<sup>22</sup> **Monterán**, Thierry, “*Pour améliorer le droit des entreprises en difficulté, o sous la réforme*”, *Gazette procédures collectives*, 2008/1, 24 de enero 2008, p. 3.

# DECONOMI

términos a la mano del deudor, que podría acudir distintamente con sus distintos patrimonios a instrumentos diferenciados que permita a los operadores, a los académicos, a los abogados la salida exitosa frente a alternativas imprevisibles.

Los procedimientos concursales entrarán en los múltiples vericuetos de patrimonios plurales y el derecho francés de la crisis está elaborando ya el milagroso hilo de Dédalo capaz de dar luz al oscuro laberinto.

## VI.-LA ARGENTINA

En la Republica Argentina la reforma introducida por ley 26.684/2011 dirigida a consagrar el protagonismo de la cooperativa de trabajadores de la empresa concursada o en quiebra en la tramitación de la crisis ha actualizado la problemática referida a la financiación en el concurso o en la quiebra del ente electo por el legislador para la recuperación de la fuente de trabajo.<sup>23</sup>

Dadas las características de su anacrónica regulación según Ley 23.337 del año 1994 en la que no se admite la participación de capital externo, la cooperativa de trabajadores de la empresa concursada, que por vía del procedimiento establecido en la reforma de la ley concursal 26.684/2011 se constituya en continuadora de la actividad de la empresa ya fuere en concurso preventivo (art. 48 bis) ya fuere en la quiebra (art. 203 bis y 205), requiere como ningún otro tipo societario para desarrollar su operatividad de un capital propio del que carece o en su defecto de una financiación externa, sin que el ordenamiento concursal provea solución al problema dado que se limita a disponer a cargo del Estado mera asistencia técnica cuando se hubiere dispuesto la continuidad de la explotación a su cargo en la quiebra.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> **Dasso, Ariel A** “La cooperativa de trabajo: sigue sin legislación útil cuando mas se precisa”, Primer Congreso Nacional sobre el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Sociedades Comerciales, Mar del Plata , 14 y 15 de abril de 2005, en “Nuevas perspectivas en el Derecho Societario y el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Sociedades Comerciales” , Ad Hoc, 2005, p. 533

<sup>24</sup> **El acercamiento del capital a la cooperativa en el derecho comparado y la consagración institucional de lo que la doctrina italiana llamaba “contaminación capitalista del cooperativismo”, aparece institucionalizado en el art. 2.526 del CCiv. It, según la Reforma introducida por el Dec. Legs. 6/2003. Se determina allí que el acto constitutivo puede prever la emisión de instrumentos financieros conforme a la misma disciplina prevista para la sociedad por acciones. El acto constitutivo en este caso establece los derechos de administración y los patrimoniales atribuidos a los poseedores de los instrumentos financieros y las eventuales condiciones a las cuales se**

# DECONOMI

En el derecho anterior y en ocasión de la llamada “Legislación de emergencia” paliativa de la crisis económica y financiera que soportó el país a fines de 2001 y comienzos del 2002, la ley 25.563/2002 declaró la emergencia productiva y crediticia y estableció en su art. 12, bajo el título “Acceso al Crédito”, la obligación del BCRA de reglamentar la eliminación de las restricciones al crédito de las personas físicas o jurídicas concursadas y la instrumentación de una línea de redescuentos para que las entidades financieras las asistan económicamente en la etapa de negociación con sus acreedores asegurando la financiación suficiente para la formulación de una propuesta de acuerdo que sea considerada razonable y viable por la entidad financiera.

También establece expresamente que las empresas concursadas o en quiebras con continuidad empresaria podrán contratar con el Estado Nacional, siempre que reúnan las condiciones exigidas por este último.

La ley está vigente, pero su carencia de reglamentación la ha tornado ineficaz y en el marco de la reestructuración de las obligaciones de las empresas en crisis la falencia de financiación es una constante constituyéndose en el obstáculo perceptible de mayor importancia a superar en el trámite de un acuerdo preventivo extrajudicial o en el de ejecución y cumplimiento de un acuerdo homologado.

## VII. CONCLUSIÓN

---

**encuentra supeditada su transferencia y determina que los privilegios previstos en la repartición de utilidades y el reembolso del capital no se extienden a las reservas indivisibles conforme lo establece el art. 2545 –ter. Se trata de reservas por disposición legal estatutaria que no pueden repartirse entre los socios ni aun en hipótesis de disolución y sólo pueden ser utilizadas para cubrir pérdidas una vez agotadas las reservas destinadas a operaciones de aumento de capital o aquellas que pueden ser repartidas entre los socios en caso de disolución.**

**El límite en el poder político de voto a los capitalistas externos titulares de instrumentos financieros es el de un tercio con relación al total de los que pueden ser emitidos en cada asamblea.**

**Una nota caracterizante de los derechos de los inversores con instrumentos financieros es el de separación o receso en identidad de regulación con el previsto en la sociedad por acciones para el accionista disconforme (art. 2437 y ss.).**

**La emisión de estos instrumentos permite el ingreso de capital y el límite al tercio de los votos procura conciliar la naturaleza cooperativa en manos del trabajador con la necesidad de capital, componente insoslayable de la actividad económica empresaria.**

El postulado es entonces profundizar el estudio de la figura de la sociedad cooperativa y estructurarla procurando compatibilizar societariamente una legislación que la haga compatible con el desarrollo empresario con la que ya se la identifica en el ámbito de la ley concursal.

# DECONOMI

Los paradigmas de Italia, Francia y España son el trampolín de una tendencia que coloca a la financiación en la crisis como objetivo más urgente en el escenario proceloso en el que la economía en estado de colapso demanda al Derecho Concursal una sistematización ordenada a posibilitar a la empresa en el naufragio el acceso al viento salvador del crédito perdido, sin el cual el salvataje es sólo espejismo de un puerto inexistente.

## **“La quiebra de la sociedad y las responsabilidades derivadas de sus vínculos orgánicos”**

por Marcelo Gebhardt

### **I.- Acciones de responsabilidad.**

Este tema tiene especial relevancia, por ser una de las alternativas al alcance del síndico y los acreedores de una quiebra a los fines de recomponer el activo con los eventuales fondos provenientes de las indemnizaciones por los daños y perjuicios sufridos por una sociedad, a causa de quienes por su injerencia social o su relación con ella – un por vínculos que excedan el societario- en infracción a la ley, tuvieron que ver con el devenir de la insolvencia o bien bajo otro aspecto, le causaron lisa y llanamente daños que deben ser resarcidos<sup>25</sup>

En esa importancia que le adjudicamos a este sistema reparatorio del que aquí se dará somera noticia<sup>26</sup>, se juega el prestigio de la regulación falencial, tantas veces sometido al demérito que supone la impunidad de quienes arruinaron una sociedad, incluso empleándolo (como lo prevé la ley) y no resultan sancionados.

La responsabilidad de terceros nace a partir de la realidad de que otros sujetos intervienen en la actividad de la fallida, comprometiéndola patrimonialmente y causando su insolvencia. Tales terceros podrán ser personas físicas que forman parte de órganos de personas de existencia ideal o quienes se desempeñan como representantes de una persona física o jurídica<sup>27</sup>.

En estos casos, se desprende que la ley ha seleccionado el dolo, únicamente, como factor atributivo de responsabilidad a estos sujetos, lo cual recorta de manera notable el deber de responder del representante o del administrador, que quedará exento de reproche con consecuencias

---

<sup>25</sup> CÁMARA, Héctor, El concurso preventivo y la quiebra, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, t. I, ps.307 a 311.

<sup>26</sup> Con especial referencia a otros estudios que pueden leerse en PAJARDI, Piero, Derecho concursal, Ed. Ábaco, Buenos Aires, año 2013, T° 4 y en GEBHARDT, Marcelo, “Ley de Concursos y quiebra”, editorial Astrea, Buenos Aires, año 2008.

<sup>27</sup> GRAZIABILE, Derecho Concursal, t. II, p. 319.

# DECONOMI

patrimoniales cuando el daño que irroque sea solo negligencia o culpa, por mucho que ellas sean graves.

Ésta es una polémica decisión de política legislativa, que puede implicar que ciertos actos reprochables, desde las relaciones entre sujetos “in bonis”, no lo sean para los acreedores.

El legislador, en 1995 (al sancionar la ley 24.522), pareció más preocupado por otorgarle garantías a los administradores de los entes fallidos (acaso apuntando a un mejor desarrollo en el mundo de los negocios, caracterizado por la asunción de riesgos), que a los acreedores desairados por la insolvencia.

El debate que tal ideología legal suscita sería demasiado largo, y de hecho, la confrontación de tales tesis está reflejada en la doctrina abundantemente. Quizá sea más útil referir que las hipótesis de incumplimiento culposo (en situación de culpa grave), societaria o no, no están “bonificadas” para el administrador, que puede ser enjuiciado en el marco de esa conducta contractual. Dicho de otro modo, la ley concursal no ha derogado aquí los principios generales en materia contractual y tales principios consienten la responsabilidad en hipótesis en las que media culpa y no solamente dolo.

**a) Actos atacables en cuanto a su finalidad.-** Deben referirse, necesariamente, a la disminución de la responsabilidad patrimonial del deudor o su insolvencia, a lo que se agrega, de manera inequívoca, el dolo como elemento subjetivo insoslayable para la responsabilidad específicamente considerada en esta norma.

La procedencia de la acción de responsabilidad contra los representantes, administradores, mandatarios o gestores del negocio fallido, requiere de un obrar doloso, en el sentido del derecho civil –acto ejecutado a sabiendas y la intención de dañar a la persona o los derechos del otro-, que tenga relación de causalidad con la situación patrimonial del fallido y que produzca un daño que consiste en la insuficiencia del activo liquidado para satisfacer íntegramente a los acreedores<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> CNCCom., Sala A, 19/9/02, LL, 2003-B-702.

# DECONOMI

La configuración del dolo, como única causal de responsabilidad, ha sido objeto de razonadas críticas, toda vez que le permite al deudor consumir maniobras que luego pueden resultar impunes<sup>29</sup> y por ello resultan propicias las elaboraciones que permiten acudir a su culpa, en ciertos casos, como factor de atribución de responsabilidad.

**b) Caracteres.-** La ley concursal, cuando no concurren los supuestos extremos a que da lugar la extensión de la falencia, pero – no obstante- se configura un resultado desvalioso (disminución de la responsabilidad patrimonial o, concretamente, la cesación de pagos), proveniente de actitudes reprochables de determinados sujetos que actuaron por el deudor, impone que tales personas reparen el daño ocasionado.

Adviértase que, contrariamente al caso de extensión de quiebra, no se carga al responsable de todo el pasivo del fallido, sino que se responsabiliza al tercero (v.gr., administrador, representante), solamente, por el demérito que aparejó en el patrimonio del fallido su mal proceder.

Estas disposiciones no se respaldan sobre los principios clásicos de la responsabilidad civil, ni mucho menos respecto de las directivas aplicables en materia de sociedades (art. 274 y concs., ley 19.550). Ha establecido normas propias, que señalan el daño y el elemento subjetivo de la responsabilidad, pero dejando a salvo que, si conviene al más adecuado restablecimiento del patrimonio cesante, deberán intentarse las acciones fundadas en los mencionados principios de responsabilidad. Apunta en dos direcciones: la responsabilidad de quien actuó dolosamente por la fallida y también respecto del tercero que actuó en connivencia para ocasionar el daño resarcible.

La doctrina viene abriendo camino a la configuración del dolo de los administradores en ciertas hipótesis, como, por ejemplo, la de la actuación prolongada de la sociedad en estado de insolvencia, y del uso antifuncional, que se haga general, de la persona jurídica<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> VASALLO, La acción de responsabilidad en la nueva ley de concursos y quiebras, JA, 1996-III-954.

<sup>30</sup> RICHARD, Los administradores societarios y la insolvencia, RDCO, 2003-553.

# DECONOMI

Por nuestra parte, hemos alentado un criterio de aplicación menos restrictivo que el que supone el dolo directo; el dolo puede ser eventual (la ley no lo descarta), y tal hipótesis no parece lejana cuando un administrador no pudo dejar de prefigurarse el deterioro de la garantía de los acreedores al ejecutar actos que por sí mismos no eran fraudulentos, pero que conducían ineluctablemente al deterioro patrimonial<sup>31</sup>.

**c) Aspectos procesales.-** En cuanto a cuestiones de procedimiento el art. 174 de la LCQ remite a las reglas del juicio ordinario, sin perjuicio de que por acuerdo de partes, se lleve a cabo un trámite sólo incidental, lo cual puede avizorarse como solución que será muy poco frecuente pues no se advierte mayor conveniencia para ninguna de las partes.

**d) Hipótesis comprendidas.-** La doctrina ha puntualizado que las hipótesis de infracapitalización encuadran en casos de responsabilidad como los aquí considerados<sup>32</sup>.

A tales efectos, la ley introduce un doble régimen que se distingue entre una responsabilidad de naturaleza estrictamente concursal (art. 173, LCQ) y otra, de naturaleza societaria, que trasunta lo meramente concursal, para imputar responsabilidades reguladas por el ordenamiento societario respecto de conductas que legalmente no tienen por qué estar relacionadas con la insolvencia de la sociedad<sup>33</sup>.

En tal sentido, y partiendo de esta suerte de esquema binario que señalamos, tanto los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido<sup>34</sup>, los terceros partícipes<sup>35</sup>, que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, deben indemnizar los perjuicios causados, configurando con ello los presupuestos de la acción concursal de responsabilidad.

---

<sup>31</sup> GEBHARDT, en Pajardi y otros, Derecho Concursal, t. 2, p. 361-

<sup>32</sup> FARINA – FARINA, Concurso preventivo y quiebra, t. 2, p. 576.

<sup>33</sup> BALBÍN, Sebastián, Quiebra y responsabilidad de administradores y terceros, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p.15.

<sup>34</sup> RICHARD, Efraín H., “Responsabilidad de administradores por obligaciones contraídas por la sociedad en estado de cesación de pagos”, en AA.VV.. La protección de los terceros en las sociedades y los concursos, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 483.

<sup>35</sup> JUNYENT BAS, Francisco, “Responsabilidad de administradores y terceros”, en AA.VV., La protección de los terceros en las sociedades y los concursos, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 457.

# DECONOMI

La norma es clara, y prevé el acontecer de un ilícito civil por parte de funcionarios o representantes de la fallida –y aún gestores de negocios- que actuaron con dolo, es decir, clara intencionalidad de producción de insolvencia o su agravamiento.

Además, se sanciona también a los terceros que con dolo hubiesen realizado o participado en la ejecución de actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, quienes deberán reintegrar los bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso.

Volviendo al tema de la disparidad de escenarios para la acción de responsabilidad, obsérvese que la ley apunta a sancionar a quien actuó por la fallida, y al tercero connivente, pero al tomar como pivotes supuestos no idénticos, podremos encontrar cesación de pagos o insolvencia sin que necesariamente haya exageración de pasivo o disminución de activo, desvío de clientela y consiguiente pérdida de negocios, por ejemplo, y también puede haber disminución de activo y no necesariamente cesación de pagos.

La imputación de la responsabilidad derivada de la norma comentada se extiende aún a los actos practicados hasta un año antes de la fecha inicial de la cesación de pagos y se encuentra sujeta al régimen de autorización que deben conceder los acreedores quirografarios, estipulado para la acción de revocatoria concursal (art.119 de la LCQ).

Pero como adelantáramos en un principio, la acción de responsabilidad concursal – necesariamente relacionada con la producción de la cesación de pagos o su agravamiento- es acompañada por la acción social de responsabilidad (art. 175, LCQ), la cual también se encuentra en cabeza del síndico, quien además puede sumarse como parte coadyuvante en caso de que la demanda hubiese sido iniciada con anterioridad a la declaración de quiebra<sup>36</sup>.

La misma acción podrá ser ejercida contra socios cuya responsabilidad sea limitada en la tipología de la sociedad fallida,

---

<sup>36</sup> JUNYENT BAS, Francisco, Las acciones de responsabilidad de los administradores societarios, RDCO, t. 1997, p- 157.

# DECONOMI

administradores, síndicos y liquidadores, es decir, de aquellos que se encontraron en relación orgánica con la sociedad ahora fallida.

Si se recorre el texto de la norma, podrá advertirse que el estatuto concursal no establece el hecho antijurídico que admite y convalida la promoción de dicha acción. Ello pues aquella no es más que la recepción en el plexo concursal de la responsabilidad que deriva del contrato social y que regula el ordenamiento societario<sup>37</sup>.

En este orden de ideas, debe señalarse en primer lugar que este último cuerpo legal (LGS) contiene una recíproca remisión a la ley concursal (art. 278). Por otro lado, debe precisarse que es el ordenamiento societario quien define las antijuridicidades correspondientes a esta acción, como sería por ejemplo el art. 274 respecto de administradores o el art 54, primera parte, respecto de los socios. Y siguiendo esta lógica, el factor de atribución ya no será inexorablemente el dolo sino el que imponga la norma societaria infringida generadora de responsabilidad.

Sobre esta acción, ya sea por su naturaleza, intentado una armónica sistematización y coherencia dentro del plexo concursal, o porque no exista previsión legal ni remisión expresa o clara al régimen de autorización, que indiscutiblemente sí se previó para la acción concursal de responsabilidad, entendemos que no es requisito de su procedencia la autorización de los acreedores del citado art. 199 de la LCQ, lo cual desnaturaliza su real espíritu y finalidad de acción social que tiene la sociedad contra quienes, desde su posición a raíz de un vínculo social, violaron sus obligaciones legales al causarle un daño<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> ROUILLON, Adolfo, Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522, 11° ed., Astrea, Buenos Aires, p- 265.

<sup>38</sup> Confirman esta posición: NISSEN, Ricardo A. , Ley de Sociedades Comerciales comentada, Ábaco, Buenos Aires, t. IV, p. 406; JUNYENT BAS, Francisco, "Responsabilidad de terceros en la quiebra", en AA.VV., La protección de terceros en las sociedades y en los concursos, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p- 457 y Las acciones de responsabilidad de los administradores societarios, RDCO, t. 1997, p- 157, BARREIRO, Marcelo G. , El Concurso preventivo y la quiebra, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, t. I, p. 376. En igual sentido, la jurisprudencia recientemente se ha pronunciado en los autos "Confortar Hogar S.A. s/quiebra c /Serrano Ernesto Lorenzo y otros s/ordinario" (CNCom. Sala D, 11/6/2007). En sentido contrario, "Banco Federal Argentino S.A. s/quiebra c/Christensen, Jorge y otros s/ordinario" (CNCom. Sala A, 24/10/1997) y "Construcciones P y P SRL s/quiebra c/Pérez, Miguel C. y otros s/ordinario" (CNCom. Sala A, 28/8/2007).

# DECONOMI

Asimismo, el estatuto falencial, en coordinación con el ordenamiento societario, prevé también otros supuestos íntimamente relacionados con la vida de la sociedad ahora quebrada.

## **II.- Posición del socio recedente.**

El art. 149 de la LCQ se refiere a la situación que podrá darse de haberse ejercido el derecho de receso por un accionista, es decir, retirarse de la sociedad en los supuestos legales posibles (art. 245, LGS), cuando esta se encontraba ya en cesación de pagos. Naturalmente, no puede pensarse en la alteración de la par condicio creditorum en favor de un socio que rescata su capital antes de que los acreedores cobren sus créditos, disponiéndose coherentemente que el socio recedente debe reintegrar los importes que haya percibido por tal concepto<sup>39</sup>.

La ley falencial torna improcedente el ejercicio de este derecho del socio antes o después de la quiebra. Se quiere mantener con ello la intangibilidad del capital, y también la integridad del patrimonio de la sociedad, a los fines del desapoderamiento y responsabilidad en la ejecución colectiva.

La ley presupone con esta previsión que el socio que ejerció en cabeza del síndico la obligación de reclamar a los socios morosos los aportes sociales no integrados –pero comprometidos al momento de la constitución de la sociedad-, obligación propia de lo que se denomina estado de socio y esencial a su calidad<sup>40</sup>.

También esta solución legal se vincula con la noción de capital social y la protección de su integridad como prenda común de los acreedores. La ley concursal recepta dicha obligación inherente a la calidad de socio que impone el ordenamiento societario<sup>41</sup>, para que los terceros puedan hacerla efectiva a través del síndico en la quiebra<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> DASSO, Ariel A. , El derecho de separación o receso del accionista, LL, t. 1985-A, p. 75.

<sup>40</sup> CNCom., Sala B, 24/9/1999, “Epicúreo S.A. s/quiebra”, “Rev. de Sociedades y Concursos”, n° 2, 2000, p- 178, fallo 49.

<sup>41</sup> Art. 150, LSC, para el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y art. 187, LSC, para las anónimas.

<sup>42</sup> CNCom., Sala D, 7/5/1997, “Rucarod S.A. s/quiebra s/dictamen de integración de aportes”, ED, t. 173, p.257, fallo 48036. FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., “La exigibilidad de los aportes

### III.- El socio gestor.

La ley concursal contiene una norma que ha perdido vigencia y se refería al socio gestor en la sociedad accidental, a la cual el ordenamiento societario antes de la ley 26.994 y la sanción del Código Civil y Comercial no le reconocía personalidad jurídica, y disponía que la quiebra del socio gestor generaba su disolución<sup>43</sup>, estableciendo que los demás socios carecían de derecho sobre los bienes sujetos a desapoderamiento, salvo que se hayan pagado totalmente los créditos verificados y los gastos del concurso.

La ley concursal consideraba que todo el patrimonio, representado por bienes de cualquier especie, pertenecía al socio gestor, y entraba íntegramente al desapoderamiento.

Las reglas de los arts. 1448 y sigtes. del citado CC y C. reemplazaron las normas de los arts. 361 a 366 del texto originario de la ley 19.550 y determinaron la abrogación del analizado art. 151 LCQ.

No obstante las consecuencias falenciales de la quiebra del gestor en los negocios en participación (sucedáneos de las suprimidas sociedades accidentales) resulta ahora similar: si quiebra el gestor, a cuyo nombre se hicieron los aportes, su responsabilidad es total e ilimitada dice el art. 1449 del CC y C.), dejando en cabeza de los partícipes tan solo la responsabilidad por el valor de su respectivo aporte (art.1452 del CC y C.). O sea que la norma se derogó, pero subsisten sus principios en otras disposiciones.

---

del socio y la interpretación coherente de los arts. 150, ley 24.522 y 106, Ley 19.550”, en Derecho societario iberoamericano, Ad-Hoc, buenos Aires, 1997, t. III, ps. 185 y 186.

<sup>43</sup> Art. 151, LCQ.

## ***“Una nueva mirada del concurso preventivo”***

por Francisco Junyent Bas

### **I. En busca del adelantamiento de la solución preventiva**

#### **I.1. La gradualidad de la crisis y las etapas de la prevención**

Las diversas expresiones utilizadas por la legislación comparada para individualizar el presupuesto objetivo de la cesación de pagos, sea que lo nominen como “sobreendeudamiento”, “amenaza de insolvencia”, “crisis empresaria”, constituyen términos que hacen referencia a la misma realidad ontológica y donde sólo se advierte una cuestión de grado para permitir adelantar el remedio preventivo y evitar que la insolvencia se torne irreversible tornando inviable la “reversión de la crisis empresaria”.

La modificación terminológica tiene un profundo contenido sociológico y aun psicológico, para abandonar el sentido negativo que implica la situación de cesación de pagos y colaborar para que los empresarios se presenten con planes de saneamiento o reorganización empresaria, cuando comienzan las primeras dificultades económicas de carácter general, tal como lo intenta el art. 65 de nuestra Ley 24.522.

Alegría<sup>44</sup> entiende que con la aparición de un mayor número de alternativas concursales de carácter preventivo, la interrelación entre todas ellas es más nítida, y se advierte que los procedimientos se abren cuando el deudor justifica dificultades que no está en condiciones de superar, pero que tienden a evitar una crisis de mayor profundidad.

En una palabra, el autor citado afirma que como telón de fondo de cada proceso concretamente legislado, con un presupuesto objetivo identificado precisamente, se puede develar una situación común que está detrás, tanto de los procedimientos preventivos como de los liquidativos, tendiente a evitar llegar a una situación irremediablemente comprometida y sin salida.

---

<sup>44</sup> ALEGRÍA, “Objetivos y presupuestos concursales en el derecho actual” (cit.).

# DECONOMI

## I.2. “Los peldaños de una escalera”

De tal modo, el jurista patrio sostiene que cada situación de deterioro patrimonial, aun cuando tenga su propia tipología, constituye “nuevos peldaños de una misma escalera”, de manera tal que el régimen judicial de insolvencia tiene por objeto la protección del crédito, y la recuperación y conservación de la empresa.

En esta inteligencia se visualiza a la empresa como la unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, todo lo cual impone la regulación de diversas clases de procesos preventivos que anteceden a la liquidación, buscando su salvataje.

En esta línea, tanto la legislación francesa como la alemana buscaron darle un nuevo sentido al concurso: que quiebre el empresario, pero que se salve la empresa.

En consecuencia, esta preocupación implica el reconocimiento de que la empresa es el bien económico esencial, la médula, el corazón de toda la organización económica, y que debe intentar que ella permanezca por encima del infortunio, la incapacidad o, simplemente, la inhabilidad del empresario.

Desde luego, esto es un desafío, porque todo el derecho contemporáneo está hecho sobre la base de la doctrina fundamental capitalista que descansa sobre el derecho de propiedad.

En una palabra, tal como entre nosotros se hizo eco la doctrina, los remedios preventivos se enderezaron hacia la “separación del empresario de la empresa”, en atención a que lo relevante lo constituye la unidad productiva que conjuga los intereses no solamente del deudor, sino de los acreedores, sus trabajadores y de la comunidad toda como dadora de riqueza y fuente de trabajo.

Premisa, entonces: un nuevo cristal con el que se mira y se maneja el derecho concursal. El salvataje de la empresa, y para ello, resulta necesario reconocer los distintos grados del proceso de deterioro económico, conocido clásicamente bajo el nombre de “cesación de pagos” o insolvencia.

# DECONOMI

De tal modo, las nuevas conceptualizaciones del presupuesto material para habilitar los remedios preventivos constituyen, tal como lo hemos explicado, diversas etapas de un mismo proceso de deterioro patrimonial de la empresa.

En síntesis, más allá de la diversidad de grados, la crisis económica se va profundizando hasta llegar a la insolvencia o cesación de pagos, etapa esta última de compleja recuperación.

## **II. La adopción de procedimientos de prevención**

### **II.1. Las alternativas preconcursales**

Desde esta atalaya, las legislaciones contemporáneas acentúan la adopción de procedimientos para la prevención de la crisis, mediante medidas de distinta naturaleza, ya sea abriendo paso a soluciones preconcursales, otras diversificando remedios preventivos, según grados de profundidad y recuperabilidad de la empresa.

En este sentido, el Banco Mundial ha dictado lo que se denomina “Los Principios y Líneas Rectoras para Sistemas Eficientes de Insolvencia y los Derechos de los Acreedores”, que data del año 2001, donde se enuncian 35 principios y se analizan propuestas particulares para la insolvencia y recuperación de las empresas.

De todo lo dicho se sigue que los clásicos principios de universalidad, colectividad y *par condicio creditorum* han visto fortalecerse a la conservación de la empresa, como la mejor alternativa que asegura el valor de la empresa en marcha<sup>45</sup>.

En una palabra, en la actualidad la distribución del producto del activo aparece como la *extrema ratio* concursal, y sólo puede darse descartadas todas las posibilidades previas y alternativas de recuperación.

---

<sup>45</sup> STIGLITZ, Joseph, “Reforming the global economic architecture: Lessons from recent crisis”, The Journal of finance, Vol. 54, N° 4, Agosto 1999, p. 4 y ss.

# DECONOMI

En definitiva, se busca una fórmula equilibrada que contemplando todos los factores, establezca reglas de juego para la distribución de los riesgos de la insolvencia.

## **II.2. El necesario equilibrio de los intereses como sustento de la homologación del acuerdo**

En esta línea, uno de los aspectos centrales de muy difícil ponderación es lo que en Estados Unidos se llama “consolidación del plan de reorganización”, y que en nuestro país se corresponde con la “homologación del acuerdo”, contemplada en el art. 52 de la LCQ.

En este aspecto, la correcta valuación de la empresa, su viabilidad económica, la magnitud de la fuente de trabajo, son todos aspectos que hacen al proceso de reorganización, y otorgan un rol activo al poder judicial, para el mantenimiento de la empresa y su valor.

En este sentido, hemos explicado en numerosas oportunidades<sup>46</sup> que el inc. 1 del art. 52 del plexo concursal –y sin perjuicio de la oportuna consideración del inc. 4–, mantiene el criterio en orden a eliminar el control anterior de mérito, oportunidad o conveniencia, respecto al acuerdo celebrado por el concursado con sus acreedores, limitando la actividad jurisdiccional al control de legalidad formal y sustancial.

## **III. Los ejes de la homologación y el abuso en materia concordataria**

### **III.1. El concordato**

Hemos dicho reiteradamente<sup>47</sup> que la cuestión relativa a las propuestas de acuerdo por parte del deudor, la consiguiente conformidad de

---

<sup>46</sup> JUNYENT BAS, Francisco, “Las facultades del juez concursal, Art. 52 de la L.C.”, Derecho Comercial y de las Obligaciones, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, Lexis Nexis, abril/mayo 2004, p. 321.

<sup>47</sup> JUNYENT BAS, Francisco, “¿Existe acreedor hostil? A propósito del abuso del derecho en la negativa de voto”, Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, La Ley, Año I, Número 2, Noviembre de 2010, p. 25; “El eventual abuso del concordato y el rol del Ministerio Público”, Revista de Sociedades y Concursos, Legis, año 11, 2010-2, pág. 91; “El abuso del derecho y la arbitrariedad del acuerdo concursal. A propósito de las directrices de la Corte Federal en la causa Sociedad Comercial del

# DECONOMI

los acreedores, y el control judicial a los fines de la homologación del acuerdo, constituyen un tema central para asegurar la finalidad del instituto concordatario, art. 52 de la Ley 24.522.

En efecto, el concordato, si bien tiene base contractual, constituye una figura típica del derecho concursal que se integra en sucesivas etapas y que, consecuentemente, no puede equipararse a un contrato del derecho privado ni del derecho administrativo.

En esta inteligencia explicamos<sup>48</sup>, que el concordato es un instituto judicial susceptible de ser descripto en función de los trazos siguientes:

a. El proceso concursal es su contexto necesario: Sin este contexto no cabe hablar de concordato ni de acuerdo.

b. Debe ser promovido por el deudor, hoy agregamos o por los terceros en el “salvataje”, y de ellos deviene la propuesta u oferta, que es imprescindible para lograr el convenio.

c. La aprobación de la propuesta por los acreedores es otro requisito ineliminable: es “ese algo” de contractual, el sinalagma genético.

d. Ya sea que se hable de junta de acreedores, o de conformidades sobre el pasivo total, no existe una colectividad, que se exprese a la manera de un órgano del concurso: resulta fundamental el voto individual de cada acreedor hasta lograr las mayorías legales.

e. El concordato es un acuerdo de mayorías y no puede hablarse en sentido técnico de “voto”, sino de aceptación de la propuesta.

f. El último elemento que integra el acuerdo o concordato está dado por el pronunciamiento jurisdiccional, denominado “homologación”.

g. En una palabra, el concordato o acuerdo es una figura típica, que expresa el arreglo alcanzado en un proceso concursal, con intervención de

---

Plata, La Ley Año 5, Nro. 1178, el 23 de Noviembre de 2009; “Las pautas para analizar el abuso en el acuerdo concordatario y la eventualidad de la tercera vía”, Libro de Ponencias de las XVI Jornadas de Institutos de Derecho Comercial: Responsabilidad Empresarial, organizada por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, ciudad de Santa Fe, desarrolladas los días 27 y 28 de agosto de 2009, p. 278; “Análisis de mérito, las facultades homologatorias y el abuso del derecho”, publicado en La Ley el día 28 de Noviembre de 2007.

<sup>48</sup> JUNYENT BAS, FRANCISCO, “La homologación judicial le otorga al convenio de mayorías el rango de concordato”, Tesis doctoral *Honoris Causae*, Universidad de San Pablo Tucumán, Lerner, Agosto 2012.

# DECONOMI

acreedores y deudores, para superar la insolvencia o la crisis y que, a la postre, implica la composición activa y pasiva de una sumatoria de intereses tanto privados como publicistas.

En esta línea, Maffía<sup>49</sup> explica que el concordato es un tipo, esto es, una figura jurídica conformada por diversos atributos, algunos precisos, elásticos los más, pero que en conjunto, énfasis añadido, *en conjunto* nos permiten una elaboración racional, manejable y correspondiente al material empírico.

De lo dicho se sigue que, para que exista concordato, es necesaria la existencia del proceso concursal que legitime a los acreedores concurrentes y realice el control del acuerdo para evitar, también, eventuales abusos o fraudes a la ley (art. 52 del actual ordenamiento jurídico).

## III.2. La estructura del concordato como tipo legal

De todo lo expuesto en los módulos precedentes se sigue que el concordato es un tipo legal, que se caracteriza por los siguientes elementos jurídicos:

a. Constituye el llamamiento del deudor y eventualmente de terceros a los acreedores para proponer un arreglo del pasivo

En este sentido, si bien el deudor es el primer legitimado para pedir su concurso preventivo, la conversión de la quiebra implica también una vía de concursamiento que habilita el sistema de doble entrada y único procedimiento.

El inconveniente más serio de nuestra legislación patria es el apego a la anacrónica conceptualización de la insolvencia, como cesación de pagos, cuando el derecho comparado nos muestra numerosas fórmulas de adelantamiento del remedio preventivo, sea la inminente insolvencia, el sobreendeudamiento o la crisis empresarial, tal como se explicó en el Capítulo I: el clásico presupuesto de la cesación de pagos que constituye el elemento

---

<sup>49</sup> JUNYET BAS, “La homologación judicial le otorga al convenio de mayorías el rango de concordato” (cit.), p. 243.

# DECONOMI

material para la apertura de los concursos, ha tenido una larga historia doctrinaria y legislativa, hasta llegar a la actual noción de crisis empresaria.

De todas formas, el principio de conservación y saneamiento de la empresa está presente en el acuerdo preventivo extrajudicial, en el concurso preventivo, y en el “salvataje” que habilita la intervención de terceros.

b. La convocación de los acreedores se realiza en el ámbito de un proceso judicial y universal donde éstos deben legitimar su derecho a participar y a integrar las mayorías en orden a la aceptación de la propuesta

Así, la concursabilidad se visualiza en el proceso verificadorio tempestivo y, de allí, la relevancia de su plenitud, aspecto relativizado seriamente por la Ley 26.086 que, sin dudas, resta eficacia al concordato al mantener indeterminado un pasivo contingente de imprevisible impacto en la reorganización empresaria.

La sentencia del art. 36 de la LCQ define la base concordataria, de conformidad al art. 45, con los acreedores verificados y admisibles y los privilegiados que renuncien al privilegio.

Los demás acreedores, sean verficantes tardíos o provengan de juicios singulares excluidos de la suspensión y consiguiente atracción en la etapa de conocimiento, no pueden votar por carencia de reconocimiento concursal tempestivo.

Truffat<sup>50</sup> puntualiza que, pese al silencio legal, quienes optaron por proseguir los juicios singulares excluidos de la atracción no son acreedores de “segunda clase” y entiende que están habilitados para realizar “el contralor plurisubjetivo”, de conformidad al art. 34 de la LCQ.

Aun concordando con el reconocido jurista hay que afirmar que su postulación será siempre más un deseo que una realidad y que, de todas formas, la ausencia de pronunciamiento verificadorio les impedirá “votar” la propuesta y la homologación tornará oponible el acuerdo logrado sin su participación y consenso.

---

<sup>50</sup> TRUFFAT Daniel, “Los acreedores que optan por continuar el juicio no son acreedores de segunda”, Suplemento La Ley, Concursos y Quiebras, noviembre de 2006, p. 12.

# DECONOMI

c. Los acreedores deben conformar la propuesta del deudor y/o de los terceros interesados, de conformidad a las mayorías legales

Tal como lo manda la ley, el deudor debe acompañar las conformidades de los acreedores por escrito, con el texto de la propuesta y la firma certificada, al expediente principal antes del vencimiento del período de exclusividad, acreditando de esta forma la obtención de las mayorías legales.

En esta línea, el régimen de exclusión de acreedores y la definición de la base de cómputo de las mayorías se alza como una cuestión central que el juez debe controlar con la colaboración de la sindicatura.

d. El convenio o acuerdo requiere de la homologación judicial, oportunidad donde el juez realizará el control de legalidad formal y sustancial<sup>51</sup>

Los efectos del acuerdo sólo cobrarán fuerza jurídica con la homologación del juez, de manera tal que recién puede predicarse la existencia de concordato o acuerdo preventivo.

Como paso previo que habilita el control del convenio concordatario entre el deudor y los acreedores, se abre la etapa de impugnaciones que una vez reconocida las mayorías, mediante resolución del art. 49, pauta en forma puntual el art. 50 de la LCQ.

De tal modo, el acuerdo queda sometido al contralor de todos los acreedores y, si bien las causales de impugnación deben ser consideradas oficiosamente por el tribunal, también los acreedores se encuentran especialmente legitimados para denunciar situaciones que afecten la validez del acuerdo, o mejor dicho, afecten la posibilidad de su homologación.

En esta perspectiva, cabe puntualizar que el art. 52, al introducir la obligación del juez de ponderar la inexistencia de abusividad o fraude a la ley en la obtención de las mayorías legales, viene a introducir una nueva causal de impugnación que también puede ser esgrimida por los acreedores.

En síntesis, el juez se enfrenta a la necesidad de realizar el contralor de legalidad formal y sustancial para poder homologar o no el acuerdo.

---

<sup>51</sup> JUNYENT BAS, FRANCISCO - MOLINA SANDOVAL, Carlos, *Las facultades del juez concursal*, Advocatus, 2004, p. 79 y ss.

### III.3. El control judicial

La temática en cuestión se endereza a establecer las facultades homologatorias del juez concursal<sup>52</sup> y, en este aspecto, definir los parámetros legales que puedan servir de guía para resolver cuándo un acuerdo está en condiciones de ser homologado o no.

En una palabra, el concordato debe pasar por el control judicial, previa etapa impugnativa, para tener la eficacia “expansiva” que lo torna obligatorio para todos los acreedores por causa o título anterior al proceso, hayan o no intervenido (art. 56 de la LCQ).

Es el órgano jurisdiccional quien le otorga el “imperium iudicis” que lo legitima formal y sustancialmente y de allí, la necesidad de que dicho acuerdo sea conforme a la moral y a las buenas costumbres, arts. 279, 958 y 1004 del Código Civil y Comercial y no sea abusivo, ni constituya un fraude a la ley, arts. 10, 11 y 12 del cuerpo legal citado y art. 52 inc. 4 de la ley concursal.

En este sentido, Daniel Vítolo<sup>53</sup> recuerda que la problemática relativa al control de los acuerdos preventivos abusivos o en fraude a la ley era una cuestión abordada desde larga data en el ámbito del derecho comercial y en especial en materia concursal. El autor desarrolla los distintos cambios legislativos que sufrió el estatuto concursal y analiza la jurisprudencia recaída en los principales precedentes.

En nuestra opinión, cabe afirmar que en este control de legalidad se presenta una bifurcación: control de legalidad formal o extrínseco y control de legalidad sustancial o intrínseco, que siempre queda reservado al magistrado como fundamento del ejercicio pleno de la función jurisdiccional, y que como veremos, la actual redacción del art. 52 ha impuesto con carácter genérico en el inc. 4.

Admitiendo que el derecho concursal no es una ínsula aislada, sino que interactúa con las otras ramas del derecho, el juez concursal no puede

---

<sup>52</sup> *Ídem*, p. 11 y ss.

<sup>53</sup> VÍTOLO, Daniel, “‘El caso del Correo Argentino’ ¿Puzzle o un complejo modelo para armar en varios años?”, *Erreius*, Marzo 2017

# DECONOMI

desarrollar un rol de mero ordenador, sino que subyace su función de custodio del ordenamiento jurídico general.

Y así ha sido receptado en el art. 52 el inc. 4, conforme el cual “en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley” (art. 51 inc. 4, LCQ).

En esta inteligencia, los jueces al definir las facultades homologatorias, se han pronunciado en una serie de causas que hemos analizado en otras oportunidades, y entre las que se encuentran por su relevancia los precedentes: “Arcángel Maggio”<sup>54</sup> y “Editorial Perfil”<sup>55</sup>, entre otros.

En esta línea, el derecho judicial ha resuelto que la homologación de un acuerdo requiere tener presente los siguientes extremos:

1) El carácter abierto de la fórmula del abuso del derecho y la necesidad de ponderar con criterios de razonabilidad las pautas relativas a la moral y a las buenas costumbres, es decir, lo que la Cámara Nacional denomina “un valor social medio”.

2) El rol de la empresa, dadora directa e indirecta de empleo, en pleno crecimiento, productora y exportadora de bienes, aspecto que se desprende con nitidez en el caso de Editorial Perfil con más de 300 trabajadores.

Aquí se alza la relevancia social y económica del emprendimiento a la luz de la comunidad donde se inserta y el impacto que su continuación o cese puede implicar para la economía del sector de que se trate.

3) El plan de empresa a la luz de los informes agregados por la sindicatura y concursada, o requeridos expresamente por el juez, a saber, la inserción social de cada empresa en el medio.

En este punto está presente la correcta administración de la empresa concursada y lo que podemos denominar credibilidad de la propuesta

---

<sup>54</sup> C.S.J.N., *in re* “Arcángel Maggio incidente de impugnación al acuerdo preventivo”, 15/3/07, LL 2007-C, 38.

<sup>55</sup> CNCom., Sala D, *in re* “Editorial Perfil S.A. s/ concurso preventivo, 19/9/07.

y específicamente, posibilidades de control y seguimiento de la administración y, por ende, de la gestión empresarial.

4) La relación existente entre el plan de pagos y la efectiva capacidad de generar ingresos por parte de la concursada.

Esta perspectiva es lo que la Corte ha denominado prueba del máximo esfuerzo entre la capacidad de pago de la concursada y el sacrificio de los acreedores que permita ponderar como razonable la “natural solidaridad en las pérdidas”, al decir de Satta, que implica el concurso preventivo. Hoy diríamos la demostración del “esfuerzo compartido”.

5) El eventual resultado del dividendo falencial en caso de liquidación.

Esta última pauta es significativa para evaluar la mantención del emprendimiento, en atención a su utilidad y viabilidad productiva, y la inconveniencia de su liquidación coactiva.

En síntesis, se han ponderado todas las pautas del viejo art. 61 en orden a la finalidad del concurso preventivo, el interés general, la posibilidad de cumplimiento del acuerdo, la conservación de la empresa, la pautas de la moral “media”, es decir, la conducta empresarial, en fin, el interés de la ley.

Con posterioridad se han dictado numerosos fallos en donde se ha analizado el tema del abuso y recientemente se han incorporado al elenco jurisprudencial dos nuevos precedentes: (i) “Resingel SA s/quiebra”, CNCom, Saña F, del 29/12/2016 y (ii) “Amancay SAICAFI s/concurso preventivo” CNCom, Sala D, del 27/12/2016, que serán analizados en forma detallada a continuación.

## **IV. La reformulación de la propuesta como camino judicial**

### **IV.1. Los precedentes jurisprudenciales**

Conviene recordar que el nacimiento de la denominada “tercera vía” fue fruto de la labor judicial y reconoce sus orígenes en algunos precedentes

fundamentales como “Líneas Vanguard”<sup>56</sup>, “Argenfruit en Pedro López e Hijos”<sup>57</sup> “Arcángel Maggio”<sup>58</sup> y “Editorial Perfil”<sup>59</sup>, en los cuales los tribunales resolvieron hipótesis de acuerdos abusivos pero, en lugar de declarar la quiebra, tal como lo dispone el art. 51 o, habilitar el procedimiento previsto en el art. 48, es decir, la intervención de terceros, entendieron factible permitir que el mismo concursado reformule la propuesta en un “nuevo período de exclusividad” y, de allí, el *nomen juris* de “tercera vía”.

En esta línea, hemos explicado<sup>60</sup> que la temática fue desarrollada por Aída Kemelmajer de Carlucci, cuando en el fallo “López” planteó “el dilema de hierro” que implica el acogimiento de la impugnación con la aparente y única resolución de decretar la quiebra, de conformidad con el texto del art. 51 o habilitar una alternativa diferenciada, denominada “tercera vía”, para permitir que el deudor readecue los términos del acuerdo, reelaborando la propuesta y eliminando las discriminaciones en contra de los acreedores disidentes.

La magistrada interpretó que es factible esa “tercera vía”, recordando el voto de José Luis Monti en el caso “Líneas Vanguard” en el sentido de que cabía ordenar al juez de primera instancia que otorgara al deudor un “mini” período de exclusividad para obtener el nuevo acuerdo.

En esta inteligencia, la jurisprudencia destaca que la alternativa relacionada aparece como un signo de prudencia tendiente a restablecer un razonable equilibrio y otorgar al deudor un tiempo para que ajuste su propuesta en función de los principios rectores de la conservación de la empresa y la tutela de los acreedores.

## IV.2. Los fundamentos de la “creación judicial”

Así, en todos los precedentes relacionados, se advierte que los jueces se han considerados facultados por el ordenamiento concursal, a la luz

---

<sup>56</sup> CNCom., Sala C, Sentencia del 4/9/01, *in re*: “Línea Vanguard S.A. s/ Concurso preventivo”.

<sup>57</sup> S.C.I. de Mendoza, *in re* “Argenfruit en Pedro López e Hijos - Concurso preventivo”, 24/6/03, Errepar, Doctrina Societaria y Concursal, N° 189, agosto 2003.

<sup>58</sup> *Íbidem*.

<sup>59</sup> CNCom., Sala D, “Editorial Perfil S.A. s/ concurso preventivo”, 19/9/07, Suplemento La Ley Concursos y Quiebras, 2/11/07, p 71 y ss.

<sup>60</sup> JUNYENT BAS - MOLINA SANDOVAL, *Las facultades del juez concursal* (cit.), p. 144.

# DECONOMI

de los principios que estructuran el sistema concordatario, para equilibrar los diversos intereses en juego; a saber: la conservación de la empresa, el interés de los acreedores y el saneamiento de la actividad económica para buscar una solución legal, que sin estar prevista específicamente, surgiría de una interpretación “axiosistemática”.

Ahora bien, el criterio jurisprudencial aparece altamente discutible en atención a que el legislador articuló un remedio específico en caso de abusividad de la propuesta cual es la intervención de terceros para continuar con la explotación de la empresa pero, habilitando el eventual cambio de empresario.

Dicho derechamente, la argumentación que pretende hacer “pie” en la conservación de la empresa y en la tutela de los intereses generales no se sustenta pues, el régimen de “conurrencia” del art. 48 le otorga al empresario una nueva oportunidad siempre que concurren otros interesados en adquirir las participaciones societarias, por lo que está enderezado a proteger la continuación de la explotación empresarial.

De tal modo, los acreedores pueden “ratificar” su confianza a la titular de la empresa otorgándole nuevamente las conformidades para que obtenga las mayorías concordatarias, o elegir otro empresario que adquiera las participaciones societarias y reorganice la explotación del emprendimiento.

Va de suyo, entonces, que también el proceso de intervención de terceros tutela la conservación de la empresa, las relaciones con los acreedores y el interés general, por lo que, la única ventaja que subsiste en la “tercera vía” es el mantenimiento del empresario original.

### **IV.3. El ejercicio de la facultad “pretoriana” por el juez**

Desde esta perspectiva, Ariel Dasso<sup>61</sup>, al estudiar el tema de la “tercera vía” en un meduloso ensayo, expresa que la cuestión se introduce en las pautas de valoración que supone siempre un juicio adverso “por abuso”, en

---

<sup>61</sup> DASSO, Ariel, “La propuesta abusiva, la `tercera vía` o el color del cristal con que se mira. El mito del empresario inmortal”, Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, La Ley, año 2, N° 2, abril 2011, p. 3 y ss.

la oportunidad de la homologación, y que, consecuentemente, implica la utilización del control de legalidad, no solo formal, sino también sustancial que apunta a velar por el respeto de los principios que conforman el orden jurídico.

Así, el jurista entiende que la fórmula pretoriana de la “tercera vía” reconoce un efecto legal particular y típico cual es evitar el desplazamiento del empresario que pudiera llegar a provocar la intervención de terceros en el período concordatario de “concurencia”.

De tal modo, le asiste razón a Dasso cuando ubica, con meridiana claridad, el origen de la “tercera vía” en el ejercicio de las facultades homologatorias por parte del juez, quien pese al juicio adverso que le merece el convenio sometido a su consideración, considera que existen motivos suficientes para otorgarle al concursado una nueva alternativa concordataria.

#### **IV.4. Recientes pronunciamientos jurisprudenciales. El abuso del derecho y la habilitación de la tercera vía en la Alzada**

Tal como se adelantó, recientemente se han dictado dos fallos – “Resingel SA s/quiebra” (CNCom, Saña F, del 29/12/2016) y “Amancay SAICAFI s/concurso preventivo”(CNCom, Sala D, del 27/12/2016), en los que admite el mejoramiento de la propuesta de acuerdo en segunda instancia, habilitándose una suerte de “tercera vía” en la Alzada, y se redefinen las aristas del “abuso” a la luz del CCCN.

Veamos los aspectos principales que se derivan de los pronunciamientos citados.

##### **IV.4.a. La causa “Resingel”**

##### **(i) Hechos: la situación de la concursada y la mejora de la propuesta en la Alzada**

En la presente causa, la magistrada de primera instancia denegó la homologación del acuerdo y sustentó la declaración falencial en el entendimiento que la propuesta era abusiva pues, de conformidad a los cálculos del síndico, consistiría en el pago del 10% de los créditos.

# DECONOMI

La concursada apeló la resolución de la juez planteando reposición y “mejorando la propuesta” en la Alzada. En su recurso, la deudora sostuvo que las causas que la llevaron al estado de cesación de pagos son ajenas a su administración y adujo que no medió impugnación del acuerdo por lo que debía otorgarse la “tercera vía”. Explicó que Resingel es una empresa que mantiene fuentes de trabajo, y que por ello los acreedores habían prestado su conformidad al acuerdo cuyo rechazo propició la sentenciante. Asimismo, enfatizó que si bien la propuesta a su entender no era abusiva, procedía a “mejorarla”.

Así, de la primera propuesta que consistía en el pago del 50% de los créditos en ocho cuotas anuales, previendo un plazo de gracia de tres años e intereses a la tasa pasiva, reformuló el ofrecimiento en segunda instancia, llevándolo al pago del 80% de los créditos quirografarios, en cuatro cuotas anuales iguales, cada una de ellas del 25% –del 80% indicado– y agregó el pago de intereses a la tasa activa del Banco Nación Argentina para sus operaciones de descuento.

## **(ii) Algunos aspectos relevantes**

Ante esta situación, la Sala F de la Cámara Comercial recordó que *“el concurso preventivo, visto como solución para conjurar el fenómeno de la insolvencia, tiene en la propuesta de acuerdo que el deudor debe ofrecer a sus acreedores, y en el tratamiento que dicha propuesta habrá de recibir posteriormente, su más significativa etapa, pues allí se pone en juego la posibilidad de que aquel pueda o no superar sus dificultades. A esos efectos, la ley acepta que el ofrecimiento sea no sólo de alguna de las propuestas posibles que enumera la LCQ: 43, sino de cualquier otro acuerdo que se obtenga con conformidad suficiente. Es decir que si bien deben ser respetadas ciertas pautas, no existe un numerus clausus de soluciones posibles, dando hasta la opción de presentar más de una propuesta respecto de cada clase.”*

A su vez, el tribunal responde a las quejas de la concursada sobre la ausencia de impugnaciones afirmando que ello no obsta a que el juez esté

obligado a examinar la propuesta en orden a la eventual existencia de abuso o fraude.

De tal modo, la Sala comercial destaca que las facultades homologatorias del juez concursal constituyen un imperativo legal, de conformidad al art. 52 de la LCQ y actual art. 10 del CCCN.

### **(iii) El control oficioso de legalidad sustancial**

Así, puntualmente se señaló que *“en todos los casos y aún en ausencia de cuestionamiento alguno, el juez está obligado a examinar si la propuesta es abusiva o importa un fraude a la ley. La solución contraria conllevaría la renuncia al cumplimiento de deberes propios de la función jurisdiccional. Es que le cabe siempre al Poder Judicial decidir si la solución consensuada a que se arribara con las conformidades de la mayoría, lo es sin los vicios descalificantes establecidos por criterios éticos y de equidad.”*

El fallo agrega que la manda del art. 52 inc. a) de la Ley 24.522 es sumamente clara en cuanto impone que en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley, lo que implica un control sustancial a la luz de los arts. 279, 958 y 1004 de Código Civil y Comercial.

### **(iv) La mejora de la propuesta en la Alzada**

Tal como hemos descripto al relatar los hechos sucedidos en segunda instancia, se advierte que la Sala habilita en forma “indirecta” una “tercera vía”, pues admite que la concursada “mejore la propuesta” que ha sido votada en primera instancia y considerada abusiva por la magistrada.

De la comparación de los términos de ambas propuestas se advierte con toda nitidez una mejora sustancial. Así, el porcentaje nominal a pagar se eleva del 50% al 80% del monto de los créditos; virtualmente desaparece el plazo de gracia; se disminuye a la mitad el plazo de pago que de ocho cuotas anuales pasa a cuatro, y por último se mejoran sensiblemente los intereses, pues ya no se ofrece la tasa pasiva sino la tasa activa que cobra el Banco de la Nación en sus operaciones de descuento.

## **(v) Los parámetros de la homologación: el valor actual de la propuesta y el mantenimiento de la fuente de trabajo**

El tribunal pone de relieve la mejora sustancial de la propuesta y puntualiza que *“en este escenario, ponderando además la proyección formulada por el Ministerio Público en relación al plazo de espera, pago de las cuotas e intereses, en el sentido que de homologarse la propuesta, el deudor superaría en un 34 % el valor adeudado, dable es concluir que las objeciones formuladas en su oportunidad por la magistrada que concluyeron en su abusividad, han perdido virtualidad.”*

Tal como se advierte, la Sala valida el ajuste a valor actual de lo que significa la propuesta en forma concreta, y señala puntualmente que lo que van a recibir los acreedores implica el 34% real del valor adeudado. Por ello, entiende que ya no se verifican los presupuestos de abusividad que habiliten mantener la declaración de quiebra y la no homologación del acuerdo.

En esta línea, los magistrados señalan que debe tenerse presente que *“la convocatoria de acreedores es un remedio legal que no sólo trata de beneficiar al deudor manteniéndolo en el giro de los negocios, sino que trata de compatibilizar los derechos de una fuente de producción y trabajo, debiendo existir un adecuado balance entre los distintos valores en juego, esto es, los derechos de los acreedores, la dignidad del deudor y la protección de la empresa como entidad económica, fuente de trabajo y producción, juzga esta Sala que no cupo decretar la quiebra, sino adecuar el procedimiento a lo que la doctrina y jurisprudencia denominan como tercera vía entre la homologación y la quiebra (Cfr.CNCom Sala C, 4/9/2001 "Línea Vanguard SA s/ concurso preventivo”).”*

De todo lo dicho, se sigue que el presente caso tiene las siguientes características:

a) El tribunal destaca que el control de legalidad formal y sustancial es obligatorio para los jueces, que no pueden admitir ni el abuso ni el fraude a la ley, de conformidad a la manda contenida en el art. 52 inc. 4 de la LCQ.

# DECONOMI

b) Los jueces habilitan en segunda instancia una modalidad de “tercera vía” al permitir el “mejoramiento de la propuesta” en la Alzada y entrar a analizar el nuevo ofrecimiento.

c) La Sala tiene en cuenta el valor “actual” de lo que se pretende pagar y puntualmente sustenta su decisorio en el dictamen fiscal y en la realidad de la nueva propuesta que, no solo mejora el porcentaje a pagar, sino que tutela a la empresa como entidad productiva y fuente de trabajo.

Una vez más, la jurisprudencia concursal establece los parámetros de la homologación en materia de concordatos y deja sentado que el derecho concursal no es una ínsula aislada, sino que interactúa con las otras ramas del derecho y, por ende, el juez concursal no puede desarrollar un rol de mero ordenador, sino que subyace su función de custodio en el orden jurídico general y de allí la necesidad de que el acuerdo preventivo no sea abusivo ni en fraude a la ley.

## **IV.4.b. La causa “Amancay”**

### **(i) Hechos: un caso particular**

En el presente caso, un acreedor apeló las decisiones de primera instancia que habían rechazado las impugnaciones y homologado el acuerdo ofrecido por la concursada.

En segunda instancia, la concursada mejora la propuesta originaria en dos oportunidades.

### **(ii) La causal de impugnación relativa a la falta de categorización del crédito laboral**

En primer lugar, la recurrente denunció como configurativo de la causal impugnatoria contenida en el inciso 2 del art. 50 de la LCQ la falta de representación de los acreedores, pues la concursada omitió proponer una categoría para el único acreedor verificado con un crédito quirografario laboral: Provincia ART S.A.

# DECONOMI

El impugnante entendió que al existir un crédito de naturaleza laboral, debió observarse la exigencia del art. 41 de la LCQ de respetar esa categoría y, por ende, formular propuesta y acompañar la respectiva conformidad.

Otro aspecto que se debatió fue el relativo a si la acreedora que ostentaba el crédito laboral podía reclamar dicha calidad, pues el juez de primera instancia y la Fiscal de Cámara entendieron que la condición de acreencia laboral solo puede predicarse de un crédito reconocido a favor de un trabajador y que, por ende, no era factible la subrogación.

Ahora bien, este planteo fue rechazado por los magistrados que integran la Alzada, quienes señalaron que el crédito fue “verificado como laboral” y que la sentencia paso en autoridad de “cosa juzgada”, por lo que, el debate planteado por el juez y la fiscal devino innecesario.

Desde otro costado, la Cámara sostuvo que, de todas formas, la controversia carecía de todo interés en la práctica porque la concursada *“no formuló propuestas diferenciadas sino una única propuesta a todos sus acreedores quirografarios (sin distinción), por lo que, más allá del esfuerzo argumental de la apelante, lo cierto, concreto y jurídicamente relevante es que en esa situación la mayoría requerida por la normativa en la materia (art. 45, ley 24.522) debe computarse -como aquí se lo hizo- sobre la suma de todos ellos y de sus respectivos capitales computables (Rouillón, Adolfo, Código de Comercio Comentado y Anotado, T. IV-A, p. 526).”*

### **(iii) La denuncia de ocultación fraudulenta del acto**

La Cámara tampoco hizo lugar a la causal del inciso 4 del art. 50, esto es, la ocultación o exageración fraudulenta del activo, señalando que su configuración *“no requiere una mera omisión de información sino que se exige una conducta de artificio, astucia o maquinación que haya sido llevada a cabo por la concursada con el objetivo de inducir a sus acreedores a aceptar un acuerdo en condiciones más desventajosas que las que permitiría el estado patrimonial real de la deudora y cuya incidencia debe evaluarse, en el marco de un planteo de impugnación, atendiendo al peso concreto que la situación que*

*se denuncia tuvo en la formación de la voluntad de quienes votaron (Rivera, Julio César, Instituciones de Derecho Concursal, T. 1, p. 313, entre otros).”*

Al analizar los elementos agregados en autos, puso de relieve que la situación fue informada desde el comienzo en el proceso universal, que nunca el impugnante señaló inconsistencia con relación a la descripción de los activos, y que ocurría lo mismo con motivo del siniestro que sufriera la planta alquilada y que produjo la paralización de la actividad, pero que en definitiva concluyó con un acuerdo con la aseguradora.

En una palabra, para la Cámara los acreedores y demás interesados conocieron y tuvieron a su disposición toda la información relevante vinculada con el activo de la deudora. Señaló además que los balances acompañados se encuentran auditados.

Por ello, concluyó que la ausencia de prueba por parte del impugnante no permite darle la razón. Así, los magistrados afirmaron que *“Dicho de otro modo, ese relevamiento esencial de las constancias del concurso pone en evidencia que existieron elementos de juicio suficientes a disposición de los acreedores para adoptar una decisión debidamente informada y no se ha logrado acreditar con meridiana claridad el supuesto ardid de la concursada que se denuncia, por lo que, en el escenario descrito, no es posible aceptar que quienes votaron la propuesta lo hicieron engañados.”*

#### **(iv) La eventual abusividad de la propuesta; *rectius* del convenio**

La Cámara dedica un capítulo especial al tema de la eventual abusividad de la propuesta y, para ello, repasa “los cambios” que se han ido produciendo en aquella con motivo de “las mejoras” formuladas por la concursada en la propia Alzada, es decir, en esta alternativa de “tercera vía”.

Los magistrados destacan que la oferta original de la deudora consistió básicamente en pagar el 45% del capital verificado y declarado admisible de los créditos quirografarios, en ocho anualidades consecutivas (10% –de ese 45%–las primeras seis y 20% las dos últimas), con dos años de

# DECONOMI

gracia a contar desde que quedara firme la homologación; y a partir de la finalización del período de gracia, cada cuota pagaría un interés, no capitalizable, equivalente al 18% anual sobre créditos en moneda local y del 4% sobre los créditos en moneda extranjera; contemplándose una cláusula de aceleración.

Además, cavilan que un poco más adelante y tras la primera intervención del Ministerio Público, la concursada propuso una mejora: abreviar el plazo de gracia (de dos años a uno); modificar el *dies a quo* de los intereses (desde la homologación y ya no desde el vencimiento del plazo de gracia); y pagar un adicional con cada cuota equivalente al porcentaje de inflación proyectada en la Ley de Presupuesto.

Finalmente, y tras justificar su presentación en los cambios “micro” y “macro” operados en la economía del país, la concursada terminó por formular una última mejora, en la cual redujo la quita (de un 55% a un 35%), adelantó el *dies a quo* de los intereses (no ya desde la homologación sino de la presentación en concurso); además, aclaró los términos del “adicional” en base a la “inflación”, y mantuvo la originaria “cláusula de aceleración”.

## **(v) En la tercera vía se reconocen intereses desde la presentación concursal y se habilita un mecanismo de ajuste por inflación**

El presente caso resulta sumamente relevante pues se advierte nuevamente la apertura de una “tercera vía” en la Alzada, con dos mejoras de la propuesta.

En este sentido, también cabe ponderar que se agregan dos cuestiones sumamente interesantes:

a) La primera, relativa al porcentaje ofrecido pero, especialmente, con relación a los intereses: la concursada los hace correr no desde la homologación sino desde la presentación concursal, *distinguiendo con toda claridad el principio de suspensión del art. 19 de la LCQ con el contenido de la propuesta.*

# DECONOMI

Dicho derechamente, se contemplan intereses desde que la concursada pidió el concurso preventivo y en ningún momento se argumenta la llamada “cristalización de los créditos”.

b) En una palabra, en una correcta tésis del estatuto concursal, se tiene presente que la suspensión de los intereses tiende a asegurar la determinación del pasivo y el régimen de mayorías, tal como lo establece el art. 36 *in fine*, pero que ello no implica que la “deuda real” se haya devengado desde la presentación concursal e incluso desde la mora de cada crédito.

Va de suyo que la suspensión de los intereses constituye, a la par de otra serie de efectos propios de la apertura del concurso, una alternativa que permite al deudor, en este caso la concursada, recuperar “el flujo de fondos”, para poder reorganizar la empresa y así proponer a los acreedores un “plan de repago” que le permita superar la insolvencia.

Ahora bien, el contenido de la propuesta de ningún modo implica que los créditos hayan quedado “congelados”, sino que durante el período concordatario el concursado no puede alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior (art. 16 de la LCQ) y, consecuentemente, cuando formule la propuesta según las alternativas del art. 43, esta deberá respetar la igualdad de trato, modalizada por la eventual categorización que pueda realizarse de los créditos.

En síntesis, resulta meridianamente claro que en materia concursal el contenido de la propuesta debe tener presente como un parámetro fundamental, para evitar la eventual abusividad, los plazos que corren desde la apertura del proceso, y ajustar adecuadamente la propuesta a un valor que no “licúe” los créditos de los acreedores.

c) Por último, y como tercer elemento relevante, aparece la circunstancia del reconocimiento de la “inflación” a través de una cuota “adicional” de conformidad a la Ley de Presupuesto y, habilitando también, el mecanismo de la “aceleración”.

## (vi) El abuso de derecho como caso concreto

A la luz de las circunstancias descriptas el tribunal destaca que *“la cuestión referida a la `abusivida` de la propuesta es un aspecto muy conflictivo del actual derecho concursal argentino, que ha colocado a jueces y litigantes en el trance de dar concreción, en cada caso, a un concepto jurídicamente indeterminado como es el del abuso del derecho, con el grave riesgo del relativismo que todo juicio de esa índole lleva en su seno, al punto de ser dificultosa -sino imposible- la construcción de una jurisprudencia que defina cuándo es y cuándo no es abusiva una propuesta. Es que, como lo observa la doctrina especializada, en materia de descalificación de una propuesta de acuerdo, la palabra "abusiva" es un término omniabarcativo: todo cabe en él, habiendo señalado otro autor, con igual sentido crítico, que la referencia al abuso del derecho constituye una pauta cuya vaguedad produce vértigo.”*

Por nuestra parte, hemos explicado<sup>62</sup> que la teoría del abuso del derecho nace a impulsos del autor francés Josserand<sup>63</sup> quien en dos obras fundamentales, “El espíritu de los derechos y su relatividad” y “Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado”, demuestra que no hay ningún derecho absoluto, sino que el ejercicio de las facultades que surgen de la ley debe efectuarse en función del fin que anida en la norma y de conformidad a la moral y a las buenas costumbres.

Esta tesis fue recibida en nuestra legislación mediante el agregado que la Ley 17.711 efectuó al art. 1071 al establecer que *“... la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerara tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”*.

Tal como se advierte, el acto es abusivo cuando no responde a los fines de las normas jurídicas y, además, cuando existe un obrar contrario a la moral.

De tal modo, la configuración del abuso, en la doctrina patria, motivó numerosos debates entre los autores para concluir afirmando que como la ley

---

<sup>62</sup> JUNYET BAS, “La homologación judicial le otorga al convenio de mayorías el rango de concordato” (cit.).

<sup>63</sup> MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *El abuso del derecho. El abuso en los contratos*, Ábaco, 1998, p. 23 y ss.

# DECONOMI

ampara el ejercicio regular de los derechos, el abuso se caracteriza por la desviación de la finalidad buscada por el legislador en un criterio finalista de interpretación.

Por ello, se puede afirmar que hay abuso del derecho cuando el titular lo ejerce contrariando los dictados de la buena fe o desviando el fin para el cual dicho derecho le ha sido reconocido.

En esta inteligencia, el abuso del derecho es un estándar, un concepto jurídico indeterminado de carácter abierto que requiere de pautas de ponderación, lo más objetivas posible y que eviten la desvirtuación de la finalidad del concurso preventivo mediante acuerdos “irrisorios” que proyecten las pérdidas sobre los acreedores.

Aquí se advierte la ausencia de parámetros legales para ponderar el abuso en el caso concreto y la necesidad de establecer pautas objetivas de homologación del acuerdo, por lo que, ha sido la judicatura la que ha ido elaborando “caso por caso” los criterios que permiten homologar o no un acuerdo preventivo.

En esta línea, la ley concursal establece en el art. 52, inc. b, cuarto párrafo, que toda propuesta debe ser superior al dividendo de liquidación, pero éste solo parámetro resulta palmariamente insuficiente para habilitar la homologación del acuerdo.

Por ello, y para complementar las directrices que permitan aprobar el concordato, aparecen los principios de la conservación de la empresa y la satisfacción de los créditos de los acreedores como pautas que también deben tenerse en cuenta.

Tal como se advierte, los jueces reconocen la complejidad del análisis relativo a la abusividad de la propuesta citando a doctrina y fallos relevantes y entre ellos, como no podía ser otra forma, a los casos CSJN, 15.3.07, “Arcángel Maggio S.A. s/incidente de impugnación al acuerdo preventivo”; y dicha Sala, 19.9.07, “Editorial Perfil S.A. s/concurso preventivo”.

# DECONOMI

En esta línea, ponen de relieve que si bien es cierto que la conformidad de la mayoría de los acreedores es un dato relevante, es una pauta valorativa y no dirimente como lo explica Truffat<sup>64</sup>.

Así, los magistrados ponen de relieve que la abusividad de la propuesta es un tema que se resuelve “*case por case*” y que “*no existen parámetros estandarizados para mensurar la razonabilidad o, su contracara, la abusividad de una propuesta concursal. Y ello aleja toda posibilidad de ensayar interpretaciones rígidas. El análisis -y en esto ha coincidido la doctrina- variará según cada circunstancia.*”

Dicho derechamente, los jueces destacan que “*la diversidad de soluciones en materia de impugnación de la propuesta de acuerdo preventivo puede tener coto a la luz de ciertas pautas de delimitación negativa de lo que sería una propuesta abusiva; por ejemplo, habrá de verse que la propuesta:*

- 1) *no proponga la remisión total de los créditos;*
- 2) *traduzca alguna ventaja o beneficio a favor de los acreedores;*
- 3) *no implique una promesa del deudor de pagar menos de lo que puede pagar;*
- 4) *no prometa un dividendo inferior al que los acreedores podrían obtener si se liquidasen los bienes;*
- 5) *no imponga sacrificios desmedidos a los acreedores disidentes;*
- 6) *no difiera el pago sin fecha, o a época indeterminada;*
- 7) *no discrimine a los acreedores de una misma categoría por su calidad de concurrentes (verificados o declarados admisibles) o no concurrentes, prometiéndoles a aquellos una prestación que se niega a estos últimos;*
- 8) *no desnaturalice el derecho de los acreedores o imponga a algunos pautas arbitrarias aceptadas por la mayoría;*
- 9) *no desatienda el contexto económico y social del país; etc...”*

---

<sup>64</sup> TRUFFAT Daniel, “Algunas pautas para el empleo de la facultad de no homologar un concordato presuntamente abusivo. LCQ: art. 52, inc. 4º”, ED, t. 198, p. 764.

# DECONOMI

Va de suyo que los jueces destacan que no puede dejar de congregarse la subsistencia de la empresa como fuente generadora de empleo, máxime en los tiempos actuales donde la desocupación laboral es un hecho público y notorio.

En síntesis, destacan que deben conjugarse todos los intereses en juego, es decir, el de los acreedores, el de la fuente de trabajo, el porcentaje de recupero del crédito en los plazos de espera, todo a la luz de la inteligencia que surge del art. 1071 del CC, hoy art 10 del CCCN.

## **(vi) La articulación de los parámetros en el caso concreto**

A esta altura de las reflexiones, la Sala articula todos los aspectos y así parte del “valor presente de los créditos” y señala que a dicho parámetro debe agregarse el “interés de los acreedores” que han integrado las mayorías y pone de relieve muy especialmente *“el rol de la concursada como fuente generadora de riqueza y empleos (lo cual ha sido especialmente ponderado por la Fiscal ante la Cámara,) y el interés general que siempre subyace en mayor o menor medida en estos procesos, se juzga que la propuesta actual, cuya formulación es posible en esta instancia y en el estado del trámite -como se ha admitido en casos análogos (esta Sala, 19.12.14, “IIG.TOF. B.V. y otro c/ Fibra Papelera S.A. s/concurso preventivo s/ incidente de impugnación” y sus citas de doctrina y jurisprudencia)-, no resulta abusiva ni irrazonable, en tanto se advierte que la deudora ha efectuado una mejora sustancial respecto de la propuesta originaria (v. especialmente, cuadro comparativo de la sindicatura).”*

De tal modo, los jueces entienden que el ofrecimiento es demostrativo de un mayor sacrificio de la concursada, configura una mejora de las posibilidades de recupero crediticio de sus acreedores, y que en estos casos deben considerarse también la multiplicidad de intereses involucrados y que frente a la posibilidad de una eventual quiebra no obtendrían suma superior en concepto de dividendo; de allí que, como consecuencia de los expuesto, no cabe sino desestimar también los agravios desarrollados a este respecto.

## **IV.4.c. Conclusiones en función de los nuevos precedentes jurisprudenciales**

Del análisis somero de los fallos que hemos realizado se sigue que los jueces han respetado las siguientes pautas en orden a la homologación del acuerdo:

a) el control de legalidad formal y sustancial, a la luz de los arts. 50 y 52 de la LCQ: constituye un imperativo legal que se ejerce oficiosamente, más allá de las mayorías legales.

b) el análisis del eventual fraude a la ley y/o abusividad de la propuesta, en rigor del acuerdo “votado” por los acreedores introduce su génesis en la figura del abuso del derecho, art. 10 del CCCN y, consecuentemente, se analiza “caso por caso”.

c) no puede confundirse la suspensión de los intereses dispuesta en el art. 19 de la LCQ, cuya finalidad se endereza al tratamiento igualitario de los acreedores, art 36 *in fine*, con el contenido de la propuesta, art 43 y ss. del cuerpo legal citado.

d) la pauta del “valor actual” de la propuesta implica tener en cuenta el verdadero “sacrificio” de los acreedores, tal como especialmente lo regla el art 48, inc. 7, sub inciso b, aplicable tanto en el periodo de exclusividad como en el salvataje.

e) al parámetro anterior debe agregarse la consideración especial de que “el ofrecimiento” sea “la mejor propuesta” o, como ha dicho algún autor, “la prueba del máximo esfuerzo”, haciendo realidad lo que Salvatore Satta denominase “la natural solidaridad en las pérdidas” que preside como directriz central el estatuto concursal.

f) por último cabe considerar a la empresa “viable” y “útil”, es decir, como unidad de producción de bienes y servicios pero, fundamentalmente, como fuente de trabajo en atención a la relevancia que ostenta “el empleo” para la dignidad de la persona y la distribución de los recursos en la sociedad.

## **“Acción de responsabilidad concursal. Autorización previa de los acreedores”**

por Horacio Roitman

**Sumario:** 1. La acción concursal. 2. Legitimación activa del síndico. 3. Conformidad previa. 4. Forma de exteriorizar la autorización.

### **1. La acción concursal.**

La ley 19.551 (LC) incorporó la acción concursal de responsabilidad contra administradores y terceros, y la ley 24.522 (LCQ) recogió reclamos doctrinarios e impuso **el dolo** como factor de atribución, y la necesaria **conformidad previa** de la mayoría absoluta de acreedores verificados y declarados admisibles (arts. 173, 174 y remisión al 119, LCQ).

En el caso de representantes y administradores están comprendidos: 1) El factor de comercio con atribuciones generales; 2) Los mandatarios comerciales o civiles; 3) El interventor judicial; 4) El administrador judicial de la empresa en concurso preventivo que reemplaza al concursado o a sus órganos de administración; 5) Los tutores y curadores que administran el patrimonio de sus pupilos; 6) Los padres que administran los bienes de las sociedades de personas; 7) Los gerentes de las sociedades de responsabilidad limitada; 8) Los directores de sociedades anónimas.<sup>65</sup> Los sujetos que carecen de facultades de administración de bienes ajenos no pueden encontrarse incurso en responsabilidad concursal. Entre ellos: los síndicos, miembros del consejo de vigilancia y los curadores de los inhabilitados pues ellos sólo asisten al sujeto en actos de disposición.

Los terceros, son *“...Quienes de cualquier forma participen dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la declaración de quiebra, deben reintegrar los*

---

<sup>65</sup> RIVERA, Julio César ; ROITMAN, Horacio; VÍTOLO, Daniel Roque, *Ley de concursos y quiebras*, t. III, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 17.

# DECONOMI

bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso”. (art. 174 LCQ).

El sistema de responsabilidad concursal se inscribe dentro de la teoría general de la responsabilidad<sup>66</sup>, resultan de aplicación los presupuestos configurativos de la responsabilidad previstos por la normativa civil que le da fundamento<sup>67</sup>: 1) Conducta Antijurídica, 2) Factor de atribución, 3) Relación de causalidad y 4) Daño<sup>68</sup>.

El legitimado para el ejercicio de la acción es el síndico (art. 174 LCQ), y por expresa remisión de esta norma al art 119, los acreedores luego de haber intimado al funcionario para que la inicie o continúe, si este no la deduce, pueden hacerlo a su costa. Siempre la acción será concursal, es decir en beneficio del concurso, y el acreedor tendrá derecho al premio.

## 2. Legitimación activa del síndico

La legitimación activa del síndico no es automática, sino que por el contrario está sujeta a un requisito procesal, o recaudo de admisibilidad formal imposible de soslayar: la conformidad de la mayoría simple de capital correspondiente a los acreedores quirografarios verificados y/o declarados admisibles. Sin esta autorización previa no es procedente la demanda, y si fuera deducida corresponde su desestimación liminar.

Esta condición del ejercicio de la acción es idéntica para el ejercicio de las acciones concursales de ineficacia, y por remisión también a la acción de responsabilidad concursal<sup>69</sup>. Junyent – Molina Sandoval: “*La autorización*

---

<sup>66</sup> GAGLIARDO Mariano, “*Responsabilidad precontractual y responsabilidad societaria*”, LL 2005-A, p. 269.

<sup>67</sup> GAGLIARDO, Mariano, “*Aspectos de la acción social de responsabilidad*”, ED 141-128. CNCom., Sala C, 25/04/2005, “*Consortio de Propietarios Avenida del Libertador 4496/ 98 c. Gareri, Domingo*”, RSyC N° 34. Mayo/ Junio 2005, p. 275. El director es responsable si: (i) hay perjuicio concreto al patrimonio social, y (ii) reúne todos los demás presupuestos de la teoría de la responsabilidad.

<sup>68</sup> Cfr. ROITMAN, Horacio: “*Responsabilidad de los administradores en la quiebra – Cuantificación del daño*”, en Homenaje a Ricardo Prono, Ed. Rubizal- Culzoni, \_\_\_\_, p.\_\_\_\_

<sup>69</sup> “*El requisito de autorización de los acreedores con las mayorías que indica el art. 119 L.C.Q. constituye una condición de ejercicio de la acción de ineficacia concursal que el*

# DECONOMI

constituye un recaudo de admisibilidad formal de la demanda de responsabilidad, fundada en cualquiera de los párrafos del art. 173, razón por la cual la falta de ella justifica la desestimación liminar de la demanda<sup>70</sup>. La "...omisión acarrea la desestimación, aun de oficio, de la demanda"<sup>71</sup>.

### 3. Conformidad previa.

La conformidad debe ser **previa**. En los términos del art. 119 LCQ. Se requiere "... *autorización previa de la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible*" (remisión del art. 174 LCQ).

La ley no autoriza que tal conformidad pueda obtenerse a posteriori de iniciada la acción o vencido el plazo de prescripción.

Alguna doctrina ha entendido que la exigencia de ser *previa* la autorización, podría integrarse, en casos extremos, con la obtención posterior. No estamos de acuerdo con ello, ni aún en casos extremos, pues la Sindicatura goza de un período de tiempo para el mero trámite de recabar las autorizaciones, y ha dispuesto desde que asumió su cargo de un largo período hasta la presentación del informe general, época en la cual ha estudiado también la procedencia de reclamos hacia administradores o terceros a los que pudiera reclamarles en responsabilidad.

Se ha recurrido al instituto del *despacho saneador*, o a la teoría que interpuesta la demanda, aún en forma defectuosa, se interrumpe la prescripción y ello implica entender que no hay abandono de la acción y puede

---

*legislador de 1995 (Ley 24.522) ha vuelto a incorporar a la normativa concursal, dotando a dicho instituto de una concepción diferente con relación al abrogado régimen falimentario (ley 19551). Conforme al texto legal vigente el síndico debe obtener las conformidades de la mayoría simple de capital correspondiente a los acreedores quirografarios verificados y/o declarados admisibles en el pasivo del concurso las que deben ser obtenidas previamente a la iniciación de la acción." (Cám. 2° Civ. y Com. Cba. A.I. 20 20/2/2003 Trib. de origen: Juz. 13° CyC "Sindicatura en autos Sebastian Y Domingo Morello S.H.- Quiebra Ind.- Acción de Ineficacia en Contra de Morello Sebastian y Bencivenga María Isabel")*

<sup>70</sup> JUNYENT Francisco – MOLINA SANDOVAL Carlos: *Ley de Concursos y Quiebras*, Ed. Abeledo-Perrot, 3ª. Ed., Buenos Aires 2011, tº 2, p.377.

<sup>71</sup> PESSARESI, Guillermo; *Ley concursal comentada*, Ed. Abeledo – Perrot, p. 560. Cfr. CNCom. Sala D, 22.08.1997, "Aluter S.A. v. De la Canal" LL 1998-B-121; CNCom., sala E, 17.08.2004, "Distrimut", RSC 31-266 y 358; CCiv.Com. Santa Fe, sala 1, 22.12.1997 "Transporte La Unión Santafesina",

# DECONOMI

a posteriori acreditar los requisitos. Sin embargo, estas y otras críticas no logran superar la exigencia contenida en el art. 174 que en forma expresa requiere la *autorización previa*. En los supuestos traídos analógicamente en auxilio de esta posición amplia, que en realidad más que amplia es justificativa de la incuria en que se ha procedido para deducir la acción, en ningún caso los defectos a suplir o las exigencias procesales o sustanciales no cumplidas están condicionadas a la normativa terminante de la LCQ: que la *autorización* haya sido obtenida en forma *previa* a la presentación de la demanda.

El objetivo de la norma es que: **(a)** el acreedor sea informado y en base a ello preste la autorización; **(b)** que la conformidad sea expresa y no tácita ni conformidad por el silencio. El propósito es que los acreedores manifiesten al Tribunal si están dispuestos a correr con las costas si la acción de responsabilidad se rechaza. A su vez esto es de interés del demandado, pues sin esa autorización, se le está obligando asumir los gastos, el tiempo y una defensa, que tiene que ser rechazada por falta de legitimación (condición necesaria de admisibilidad).

#### 4. Forma de exteriorizar la autorización

La cuestión no ha sido regulada por la LCQ. Ello ha dado lugar a varias interpretaciones.

La doctrina y jurisprudencia sostienen que:

(I) Rivera: el Juez debe “*convocar una asamblea de acreedores o exigir su conformidad por escrito exteriorizada con firma certificada...*”<sup>72</sup>.

(ii) “*...para dar cumplimiento a la exigencia de la autorización contenida en los arts. 119 y 174 es necesario que los acreedores sean notificados por un medio que garantice que han tomado real conocimiento [...] por ende, no basta la mera notificación ministerio legis del auto que hace saber*

---

<sup>72</sup> RIVERA: Julio César. *Instituciones de Derecho Concursal*, Rubinzal-Culzoni, Ed. pág. 125. RIVERA, Julio César, CASADIO MARTINEZ Claudio, DI TULLIO Jose, GRAZIABILE Dario J. RIBERA Carlos Enrique: *Derecho Concursal*, Ed. LA LEY, Bs.As.2010, tº III, p. 340. RIVERA – ROITMAN – VITOLO: *Ley de concursos y quiebras*, 4ª ed., Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As. 2009, tº IV. p.174.

# DECONOMI

*la existencia de la pretensión del síndico...* <sup>73</sup>.

(iii) Graziabile dice “...estimamos suficiente y mucho más práctico que el síndico en forma extrajudicial recabe aquella mayoría y acredite en el expediente la conformidad a prestarle la autorización con firma certificada”<sup>74</sup>

Una opción para informar adecuadamente es la citación a una audiencia o asamblea de acreedores, informativa y deliberativa, donde luego de exponer las razones y explicar los riesgos de la acción, los acreedores voten.

La otra forma adecuada es informar por notificación al domicilio constituido del acreedor, exponiendo una breve síntesis de la acción y los riesgos que se corren. Y requerir el voto.

No se trata de una simple notificación, o mera citación, sino que debe ir acompañada de las explicaciones pertinentes.

Cualquiera sea la forma en que se requiera la autorización, tanto en “asamblea de acreedores”, o mediante “voto escrito”, la mayoría debe obtenerse mediante manifestación expresa de la voluntad (positiva), y jamás por el silencio.

Y la mayoría que se requiere es la mitad más uno del total de capital de acreedores verificados y declarados admisibles<sup>75</sup>.

## 5. El silencio.

Se ha sostenido que la citación puede hacerse por edictos. Es inadmisibile, pues los acreedores *verificados y declarados admisibles* ya son parte del procedimiento y han constituido domicilio especial al momento de la verificación. Es decir que, la única forma de notificación a los acreedores para

---

<sup>73</sup> CNCCom., Sala D, 3/7/97, “Eledar S.A. s/ Quiebra - Incidente de responsabilidad”, E.D. 20/11/98.

<sup>74</sup> GRAZIABILE, *op.cit.*, tº III, art. 119.

<sup>75</sup> GRAZIABILE, Darío J. Derecho Concursal, Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As. 2012, 2ª ed., p. 790. *Cfme.* GARAGUSO, Horacio Pablo, *Viabilidad de las acciones de ineficacia y de responsabilidad*, en “Sociedades y Concursos en el Mercosur”, ed. Ad-Hoc, Bs.As. 1996, p. 547.

# DECONOMI

que exterioricen su voluntad es por notificación fehaciente en su domicilio procesal constituido.

La ley pretende la expresión auténtica, voluntaria, del acreedor verificado o declarado admisible, exteriorizando su autorización expresa o su rechazo.

El propósito, como antes se ha expresado, es que se los imponga debidamente de los riesgos que corre su crédito si las costas absorbieran el activo realizable. Las costas impuestas al concurso gozan del privilegio de acreedor del concurso (art. 240 LCQ).

Como consecuencia de esta citación, se ha discutido si el silencio puede tener valor, y que ello se entienda como una anuencia a la promoción o prosecución de la acción. No hay forma que pueda ordenarse un apercibimiento que implique aceptación por el acreedor.

Los apercibimientos procesales que pueden imponerse son únicamente aquellos que la ley (sustancial o formal) ha dispuesto expresamente, donde se prevé la consecuencia de no cumplir con un acto determinado (contestar un traslado, responder un oficio, interponer un recurso, etc.). No pueden ser creación de quien ordena el procedimiento, máxime si ello contraviene otra norma del ordenamiento que expresamente lo prohíbe (art. 263 CCC; antes art. 9119 CC derogado).

El art. 263 Código Civil y Comercial [CCC] instituye en qué caso el silencio es considerado como manifestación de la voluntad. Dispone que el silencio no es considerado como una manifestación de voluntad conforme al acto o la interrogación. El Tribunal solo puede ordenar el apercibimiento si ello resulta de la ley, y la ley no prevé tal situación. El Tribunal no puede crear modos de aceptación por el silencio<sup>76</sup>.

Dice Grazziabile: “Debe tenerse en cuenta aquí el art. 919 CCiv.,

---

<sup>76</sup> RIVERA – MEDINA: “*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*”, Ed. La Ley, Bs.As. 2014, tº I, p. 603. *Cfme.* HERRERA, Marisa, CARAMELLO, Gustavo, PICASSO, Sebastian (Directores), comentario de María Isabel BENAVENTE: “...Contrariamente a lo que surge del conocido adagio “el que calla otorga”, en derecho el silencio no significa ni aceptación ni rechazo; es un hecho neutro que puede prestarse a equívocos.”, Ed. Infojus, p. 441. *Cfme.* LORENZETTI, Ricardo: *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs.As. 2015, tº II, p. 37.

# DECONOMI

que autoriza a considerar el silencio como manifestación de voluntad sólo cuando a ello se refiere la ley, sin poder ser modificado ello judicialmente, por lo que la mayoría simple debe constar en afirmaciones que otorgan la autorización” y agrega este autor: “Ello implica que será irrelevante la intimación que pueda hacerse a los acreedores para que presenten la autorización bajo apercibimiento de que su silencio implique concederla”<sup>77</sup>. Esta era la recta interpretación en el Código Civil derogado, y es la que con mayor precisión prevé el art. 263 CCC al contemplar ahora que el silencio no es manifestación de voluntad ante al acto de interrogación.

Rivera sostiene igual criterio: “... la autorización mentada en la ley es una manifestación expresa y positiva de voluntad, por lo que no puede ser asimilada al mero silencio”<sup>78</sup>.

A su vez el art. 264 CCC respecto a la manifestación tácita de voluntad dispone: “Carece de eficacia cuando la ley o la convención exigen una manifestación expresa.” Aquí se exige “autorización”, o sea la exteriorización afirmativa de la voluntad del acreedor, que conste en acto válido y auténtico.

La jurisprudencia ha corroborado que “El silencio de los acreedores frente a la notificación del síndico no puede considerarse como una autorización tácita para promover la acción de ineficacia concursal, ya que la ley exige, a tal efecto, que la manifestación de voluntad sea expresa -conforme art. 119, ley concursal 24.522.”<sup>79</sup>.

Las conformidades de los acreedores para el ejercicio de la acción deben ser claras e inequívocas<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> GRAZZIABILE, Dario J., *op.cit.*, tº III, art. 119.

<sup>78</sup> RIVERA, Julio César, CASADIO MARTINEZ Claudio, DI TULLIO Jose, GRAZIABILE Dario J. RIBERA Carlos Enrique: *Derecho Concursal*, Ed. LA LEY, Bs.As.2010, tº III, p. 275.

<sup>79</sup> Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, sala civil y comercial, 24/03/2000, Loker, Sara G. c. Molina, Julio A. y otros; LLLitoral 2001, 22 Cita Online: AR/JUR/2867/2000.

<sup>80</sup> C. Nac. Com., sala D, 22/9/2005, “Droguería Urquiza SA (s/quiebra) v. Bonifarro, Salvador Francisco Remigio s/ ordinario”, DSE XIX-54, nro. 30 y RSC 36-178 (del dictamen de la Fiscalía General).

## 6. Información circunstanciada

No es una mera formalidad la *autorización previa*.

Es un acto informativo, de conocimiento, en el que se requiere que el acreedor esté debidamente impuesto de las consecuencias del pleito<sup>81</sup>. Especialmente la eventual condena en costas contra el concurso, *gasto del concurso* conforme el art. 240 LCQ, que puede absorber la totalidad del activo. En el caso de autos, si no prosperan las acciones, serán notablemente elevadas.

Dice Grazziabile: “Es claro que de una u otra manera los acreedores deben estar perfectamente informados sobre la acción que se pretende incoar, la pretensión, el acto que será atacado, sujeto demandado, y pareciera importante que tales circunstancias estuvieran transcriptas en la autorización expresa que se le otorgue al síndico”<sup>82</sup>.

Dice Rivera: citando el caso Noel<sup>83</sup> “...es necesario, en primer lugar, que los acreedores sean notificados por un medio que garantice que han tomado real conocimiento de la pretensión del funcionario concursal, según sea el caso y en segundo lugar, que la autorización mentada en la ley es una manifestación expresa y positiva de voluntad, por lo que no puede ser asimilada al mero silencio”<sup>84</sup>.

## 7. Autorización expresa

Corolario de lo expresado en el capítulo precedente es que la *autorización* requerida por el art. 174 LCQ (remisión al art. 119 LCQ) debe ser

---

<sup>81</sup> PESSARESI, Guillermo; *Ley ... op.cit.*, p. 561. *Cfr.* C. Nac. Com., sala B, 31/3/2004, “Papelera Fir SA”, JA 2004-IV-Indice, p.59, nro. 95 y Rep. JA 2004-268, nro. 473; *id.*, 13/3/2006, “Belli, Ricardo Norberto v. Amondaray, Enrique Oscar y otros s/ordinario”, JA 2006-III-119, LL 2006-D-742 y RSC 38-141; *id.*, sala D, 22/9/2005, “Droguería Urquiza SA (s/quiebra) v. Bonifarro, Salvador Francisco Remigio s/ordinario”, RSC 36-178 (del dictamen de la Fiscalía General).

<sup>82</sup> GRAZZIABILE, Dario J., *op.cit.*, tº III, art. 119.

<sup>83</sup> CNcom, A, “Noel s/quiebra c/Romero”, 19.11.01, RSyC, nº 14, p.236.

<sup>84</sup> RIVERA, Julio César, CASADIO MARTINEZ Claudio, DI TULLIO Jose, GRAZIABILE Dario J. RIBERA Carlos Enrique: *Derecho Concursal*, Ed. LA LEY, Bs.As.2010, tº III, p. 275.

# DECONOMI

*expresa.*

No hay posibilidad de discusión en torno al alcance de la palabra *autorización*. El art. 119 LCQ no deja lugar a dudas: “... *está sujeta a autorización previa...* “

El *estar* (verbo) es la acción y *sujeta* (participio pasado) es una forma derivada del Latín *subiectus*, participio pasado de *subiicĕre* que significa 'poner debajo', 'someter'.

La acción procesal está sometida, está por debajo, de la autorización. Jamás podría interpretarse que fuera tácita, o resultado de un apercibimiento que la ley prohíbe.

En primer lugar, el alcance jurídico, instituido por el CCC: cuando se requiere la conformidad de una persona humana se está refiriendo a una manifestación expresa y positiva de voluntad, no al silencio.

Las palabras de la ley deben interpretarse sin ambigüedades. El significado de la palabra autorización según el Diccionario de la Real Academia Española es: “1. *Acción y efecto de autorizar; 2. Acto de una autoridad por el cual se permite a alguien una actuación en otro caso prohibida; 3. Documento en que se hace constar una autorización*”.

La Enciclopedia OMEBA al tratar la voz Autorización judicial, analiza todos los supuestos posibles, y siempre es necesario el acto expreso, jamás el ficto<sup>85</sup>.

El Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia dice: “...*el instrumento en que se da potestad o facultad a uno para algún acto...*”<sup>86</sup>.

Nuestro más Alto Tribunal ha dicho “En tal sentido esta Corte ha sostenido que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, las palabras deben entenderse en su verdadero significado –el que tienen en la vida diaria- y cuando la ley emplea varios términos, no son superfluos, sino que

---

<sup>85</sup> *cfr. Enciclopedia Jurídica Omeba*, Ed. Bibliográfica Argentina, Bs.As. 1954, tº I, p. 985.

<sup>86</sup> ESCRICHE, Joaquín: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Ed. Librería de Rosa, Buret y Cia., Paris 1852, voz “autorización”, p.320.

# DECONOMI

han sido empujados con algún propósito, sea de ampliar, de limitar o de corregir conceptos, por cuanto en definitiva, el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador (*fallos*: 205:165 entre otros).

Dice Jorge Horacio Alterini “*Quien fuera prestigioso Académico, Sebastián Soler, alertó contra las desviaciones alentadas por la escuela realista norteamericana, que por negar hasta la posibilidad de una ley clara, olvidan su sentido prescriptivo primario y entregan la solución de las controversias a la libérrima creación judicial*” (*De la certeza de las palabras a la majestad de la ley*, LA LEY, 2011 E- 1103). Y a continuación la cita de Soler “*Toda palabra importaría una referencia borrosa, imprecisa, indefinida, cuando no directamente engañosa. Toda expresión abstracta sería vacía de contenido y, por tanto, su empleo vendría a ser el manejo de objetos ilusorios (...) Aunque parezca extraño, esa deficiencia del lenguaje a algunos realistas les sirve de estímulo y de apoyo para reforzar su convicción de que solamente hay derecho judicial, pues las posibilidades de creación judicial crecen en razón directa de las oscuridades de la ley...*” (“*Las palabras de la ley*”, Fondo de Cultura Económica, México, 1969, p. 166).

En definitiva, el *derecho judicial*, no puede ir más allá de la palabra de la ley. Sostener que la *autorización previa* se puede obtener por un silencio que la ley prohíbe como manifestación de la voluntad, es como dice Alterini recordando a Soler entregar “*...la solución de las controversias a la libérrima creación judicial*”.

No hay duda alguna que se trata de un **acto expreso**. Lo que se recaba es la exteriorización de la voluntad del acreedor, para que en forma fehaciente e indubitada contribuya a formar la voluntad de la colectividad de acreedores verificados y declarados admisibles. Como expresamos, las conformidades de los acreedores deben ser “*...claras e inequívocas*”<sup>87</sup>. Es “*...improcedente admitir las conformidades tácitas...*”<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> PESSARESI, Guillermo; *Ley ... op.cit.*, p. 561. Cfr. C. Nac. Com., sala D, 22/9/2005, “Droguería Urquiza SA (s/quiebra) v. Bonifarro, Salvador Francisco Remigio s/ ordinario”, DSE XIX-54, nro. 30 y RSC 36-178 (del dictamen de la Fiscalía General).

<sup>88</sup> PESSARESI, Guillermo; *Ley ... op.cit.*, p. 561. Cfr. CNCom., sala D, 3/7/1997, ED 180-623; íd., 21/5/2004, “Banco Extrader SA v. Fortunato Bonelli y Cía. s/ord. s/acción

# DECONOMI

La previsión del art. 119 LCQ debe interpretarse en armonía con el resto del ordenamiento. La LCQ cuando requiere la voluntad de los acreedores exige que se exteriorice en forma expresa: en la votación del acuerdo preventivo, en la designación de los comités de acreedores, etc. Es inimaginable pensar la aprobación de un acuerdo, o la designación de un comité, por el apercibimiento que imponga el Tribunal. En la votación del acuerdo se requieren “conformidades”, aquí “autorización”; en ambos casos se trata de una exteriorización de voluntad, y no de una presunción por omisión. Y en todo el derecho comercial el criterio es el mismo: (i) sociedades, asambleas u órganos de administración, se vota en forma expresa; (ii) aceptación de la oferta, o modificación de la propuesta, forma expresa; entre muchos otros. Por el contrario, el silencio se admite: (i) caducidad para impugnar asamblea, silencio por transcurso del tiempo, (ii) oposición de un acreedor en la transferencia de fondo de comercio, silencio por transcurso del tiempo, que se admite sólo cuando la ley lo prevé, entre muchos otros.

La RAE, en otras de las acepciones de **autorización**, la define como el “(...) 4. *Acto de una autoridad por el cual se permite a alguien una actuación en otro caso prohibida (...)*”, mientras que define a **conformidad** como “(...) 5. *Adhesión íntima y total de una persona a otra. 6. f. Asenso, aprobación*”. Es decir que autorización, para la máxima autoridad de la lengua española, es de mayor rango y mayor exigencia, todavía, que una conformidad. Si para un acuerdo preventivo (art. 45 LCQ) se requiere “conformidad”, y allí nadie duda que es expresa y escrita, con mayor razón aquí, la “autorización” –palabra de mayor rango y utilizada deliberadamente por el legislador – no puede haber duda que debe ser expresa. El “*acto de una autoridad por el cual se permite a alguien una actuación en otro caso prohibida*”, no puede interpretarse de otra forma que mediante la exteriorización de la voluntad expresa de cada acreedor. Reiteramos las citas de Sebastián Soler sobre el alcance de las palabras de la ley.

La palabra *autorización* es utilizada en la LCQ en treinta

---

revocatoria concursal”, DSE XVI – 1116, nro.138 (del dictamen de la Fiscalía General); C.civ. y Com. Concepción del Uruguay, 24/3/2000, “Loker, Sara G. v. Molina, Julio A. y otros”, LLLitoral 2001-220, nro.265-S.

# DECONOMI

oportunidades (arts. 16, 20, 25, 82, 103, 113, 121, 126, 140, 146, 148, 182, 185, 186, 191, 192, 207, 216, 263, 275), y en sentido unívoco: en forma expresa y por escrito. A su vez *autorizar* se utiliza nueve (9) veces, *autorizada* tres (3) veces, y *autorizar* 12 (veces), siempre en forma expresa y por escrito, ¿Podría tener un alcance distinto en los arts. 174 y 119? Es indudable que no; aquí también es expresa y por escrito.

Constituye una violación de la ley “suponer” la voluntad del acreedor. El acreedor no es indiferente a la suerte de su crédito. Por alguna razón pidió verificación del mismo insinuándose en el pasivo. Su expectativa natural es el cobro, y constituyó domicilio procesal, impuesto por la ley, para ser informado de cuánto pudiera ser de su interés en relación a su crédito.

## FALLO COMENTADO

**Tribunal:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F

**Fecha:** 06/06/2017

**Autos:** CANOURA SALVADOR C/LA SALTEÑA SA S/ORDINARIO

En Buenos Aires, a los seis días del mes de junio de dos mil diecisiete, reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos fueron traídos para conocer los autos “**CANOURA SALVADOR C/LA SALTEÑA SA S/ORDINARIO**”, Expediente N° COM 54436/2009, en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden de Vocalías: N°18, N°16 y N°17.

Intervienen solo los doctores Rafael F. Barreiro y Alejandra N. Tevez por encontrarse vacante la Vocalía N°17.

Estudiados los autos la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 7028/7049? El Sr. Juez de Cámara Dr. Rafael F. Barreiro dice:

I. Los hechos

1. El Sr. SALVADOR CANOURA inició demanda contra LA SALTEÑA SA (LASA) y solicitó se la condene a abonar indemnización de \$ 3.341.272,83 o lo que en mas o en menos resulte de la prueba a producirse, por los daños y perjuicios derivados de la resolución del contrato por culpa de sus incumplimientos.

Explicó que la relación entre las partes inició cerca del año 1973, mediante la compra mayorista de los productos de la demandada y su reventa a los almacenes y mercados de la zona.

Aclaró que en aquella época la marca La Salteña recién comenzaba a avizorarse. Contó que la distribución de los productos consistía en la compra de la mercadería directo de fábrica en efectivo, pero que con el tiempo se le abrió una cuenta corriente con condición de pago a 30/40 días.

Destacó el esfuerzo que implicó introducir una marca nueva en el mercado de aquella época y sostuvo que su empresa se destacaba frente a otros distribuidores por los trabajos de campo realizados para conseguir nuevos clientes.

Hizo hincapié en las particularidades necesarias para la distribución y conservación del producto y concluyó que toda la tarea desarrollada implicó una inversión de gran magnitud.

Aclaró que desde el inicio de la relación se encargó de la distribución tanto de los productos de la demandada como de los de la marca Fargo, hasta que en el año 1979 LASA exigió la exclusividad.

Indicó que hacia el año 1981/82 consiguió como cliente al Supermercado Jumbo –que recién abría al público- y que, a medida que se fue expandiendo, se hizo cargo del abastecimiento de las diversas sucursales.

Afirmó que la operatoria comercial fue informal sin inconvenientes hasta el año 1998.

Planteó que con su dedicación y esfuerzo ayudó a la consolidación de la marca y la ampliación del mercado, y detalló las inversiones realizadas a lo largo de toda la relación contractual.

Explicó la incidencia de su tarea en la facturación de LASA y las estrategias de descuentos utilizadas como incentivo para los supermercados – descuentos especiales de un 5 o 10% efectivizado mediante notas de crédito-.

Aseveró que dichos descuentos, indispensables para concretar las ventas, fueron retaceados tras el traspaso de La Salteña a Pillsbury, lo que implicó soportar presiones de distintos gerentes de la compañía.

Contó que la compra de la empresa -llevada a cabo en 1996- no sólo la transformó en una multinacional, sino que además implicó un profundo cambio en los métodos de

# DECONOMI

negociación y comercialización, derivando en una fuerte presión comercial a los distribuidores durante los años 1997 y 1998, a quienes se los obligó a ceder la facturación.

Explicó que la cesión pretendida implicaba una merma de entre el 5% y el 7% de sus ganancias, al mismo tiempo que debía asumir la responsabilidad por las devoluciones, robos y conservación de la mercadería, todo ello con el objetivo de asumir la explotación de los grandes supermercados.

Adujo que, ante su negativa, la empresa procedió a presionarlo mediante diversas conductas que perjudicaron su relación comercial, tales como el quite de los descuentos que tenía en los productos que le impidieron mantener una lista de precios competitiva con sus clientes.

Dijo que concurrió a múltiples reuniones con los Sres. Ángel Bolo y Mariano Lozano en las que intentaban –bajo diversos pretextos- obtener información sobre la distribución y conseguir la cesión de la facturación. Sostuvo que, ante su reiterada negativa, la hostilidad en las reuniones fue escalando y los empleados comenzaron a amenazarlo con cambios de horarios de carga, recortes en los pedidos y modificaciones en las condiciones de pago.

Contó que finalmente, para evitar mayores daños a su rentabilidad, debió firmar el contrato de cesión de la facturación de supermercados - el cual ya habían suscripto los restantes operadores logísticos -.

Calificó al convenio como “de adhesión”. Indicó que la demandada modificaba libremente las condiciones del acuerdo original en detrimento de sus intereses generando un fuerte desequilibrio y violando toda libertad negocial.

Estimó que se trataba de un contrato de colaboración empresaria entre partes desiguales donde debió someterse a las cláusulas impuestas por la fabricante sin ningún tipo de poder deliberativo y con una total subordinación económica.

Detalló las tareas que debió asumir tras la firma del convenio que, según dijo, le implicaron agregar más horas de trabajo a los 16 empleados que tenía y contratar a uno nuevo.

Explicó el sistema de comercialización, así como también la forma en que se liquidaban las comisiones, y concluyó que LASA siempre ganaba en tanto sus ventas eran limpias quedando a cargo del distribuidor las devoluciones por mercaderías perdidas, próximas a su vencimiento o en mal estado.

Dijo que se le impuso –aunque simulaba ser una simple potestad- la obligación de colocar el logo de la marca en los camiones utilizados para la distribución pero sin recibir contraprestación alguna por la publicidad.

Indicó que debió tolerar múltiples incumplimientos de La Salteña en el pago de las liquidaciones y de las comisiones generándole graves perjuicios, especialmente durante los años de crisis económica.

Aclaró que mediante el contrato de colaboración se reconocía específicamente la clientela conseguida por el Sr. Canoura, y los desembolsos realizados para obtenerla.

Enumeró los trabajos de campo realizados a lo largo de toda la relación y que –según informes de la propia fabricante- aportaron al crecimiento e imposición de la marca y a su mayor presencia en góndola – alcanzando un 69% en Jumbo-.

Indicó que en el anexo I del contrato si bien se enumeraban los diversos establecimientos de supermercados Jumbo, se había omitido mencionar a las sucursales de Supermercados Tanti.

Adujo que la demandada pretendió negarle los derechos por clientela por la nueva boca de expendio “Jumbo Quilmes” abierta en el año 1999, pero que el conflicto se resolvió con el pago de \$ 99.169 por Salvador Canoura.

Agregó que también incorporó a su clientela el supermercado “Coto Temperley” y aquella perteneciente a “Panificación Cinco SA” –ello con expresa conformidad de LASA-.

Sostuvo que La Salteña se apropió de las bocas o clientes obtenidos mediante su esfuerzo sin abonar contraprestación alguna.

Denunció la realización de descuentos unilaterales por la empresa fabricante no sólo al momento de la firma del contrato –con relación a las ganancias percibidas hasta ese momento-, sino también a lo largo de su desarrollo en los años 2001 y 2002.

# DECONOMI

Adujo que en esta última ocasión el descuento fue de un 20% de la comisión pactada y que sus quejas no fueron atendidas por la demandada, quien rechazaba las facturas efectuadas de conformidad con lo estipulado en el contrato de distribución.

Dijo que con fecha 22/05/2002 remitió CD intimando al pago de las facturas retenidas y denunciando los incumplimientos de las obligaciones asumidas, y que pese a la falta de contestación debió continuar trabajando para preservar su subsistencia, frente a lo cual La Salteña lo obligó a remitir CD manifestando hacer uso de su opción de continuar el contrato.

Sostuvo que el monto total descontado unilateralmente hasta la finalización del contrato ascendió a la suma de \$ 508.378,38.

Planteó que LASA violó la cláusula de exclusividad, que prohibía a la fabricante a contratar los servicios de otro operador logístico para atender al listado de clientes reconocidos a Canoura, cuando vendió en forma directa productos que elabora o cuya representación detenta sin pagar la comisión correspondiente.

Adujo que se anoticiaron de dicha operatoria a través de la documentación y las notas de descuento por devoluciones de mercadería – montos que se le dedujeron pese a no haberse pagado jamás las comisiones por esas ventas-.

Indicó que el día 4/04/2008 se labró acta notarial donde se detallaron numerosos productos que habían sido enajenados en forma directa o a través de otro distribuidor.

Relató que el día 01/04/2008 La Salteña remitió CD haciendo saber al actor la oferta de distribución de los productos de la marca con una comisión del 11% por el término de 12 meses a contar desde julio de 2008.

Indicó que en tanto dicha opción implicaba una nueva rebaja en las comisiones, el día 9 del mismo mes se remitió una CD rechazando la misiva, solicitando la continuación del vínculo en idénticos términos a los plasmados en el contrato del año 1998 e intimando a la demandada a abonar las diferencias en las comisiones liquidadas y lo correspondiente por las ventas directas realizadas.

Relató el intercambio epistolar habido, que concluyó con la resolución del vínculo por culpa de la demandada con fecha 12/05/2008.

Planteó que se vio obligado a aplicar el pacto comisorio por los reiterados incumplimientos de la contraparte en ejercicio abusivo de su posición dominante.

Concluyó que la actitud asumida por LASA resultaba contraria a la buena fe contractual, al simular una intención de continuar la relación pero ofreciendo condiciones inequitativas y por debajo de los valores anteriores.

Denunció la existencia de otras sumas adeudadas por incumplimientos de La Salteña, las cuales surgirían de las CD de fecha 09/04/2008 y 20/05/2008, a saber: a) \$ 35.665,54 por servicios prestados en el mes de abril de 2008; b) \$ 8.580,55 emanados de la Factura n° A-01-023572 por la comisión proporcional al mes de mayo de 2008; y c) \$ 1.362,46 por cargos por insumos necesarios para la facturación.

Realizó ciertas consideraciones jurídicas relativas a los contratos de adhesión, a la posición de las partes en estos contratos, y al pacto comisorio.

Insistió en que la demandada incurrió en abuso del derecho, y lo colocó en una situación de difícil solución al hacerle optar entre continuar el contrato por un canon muy inferior a lo pactado o perder su principal fuente de ingreso.

Sostuvo que el contrato entre las partes podía ser asimilado a uno por tiempo indeterminado en virtud de las perspectivas de continuidad existentes.

Planteó la nulidad de las cláusulas novena y décima del contrato de Operación Logística en tanto, además de haber sido unilateralmente impuestas por la fabricante, resultaban ser –a su criterio- injustas, irrazonables, abusivas y contrarias a derecho.

Insistió en que la rescisión fue por exclusiva culpa de La Salteña al negarse a pagar las sumas adeudadas por descuentos unilaterales sin causal que justifique su proceder, así como también por haber violado el principio de buena fe contractual.

Interpretó que la cláusula cuarta del contrato referida a las restricciones de vender a través de otro operador se hacía extensiva también a las ventas directas.

# DECONOMI

Señaló que la comercialización de productos de su elaboración a precios que el distribuidor jamás podía ofrecer constituía una maniobra ilícita tendiente a apoderarse de la clientela.

Reclamó en concepto de daño emergente los siguientes rubros:

- a) Sumas adeudadas por indebidos descuentos en las comisiones: \$ 508.378,38.
- b) Indemnización por violación de la exclusividad (ventas directas): enumeró diversos productos comercializados y solicitó la valuación pericial de las comisiones que debieron haberse abonado de conformidad con lo dispuesto en el contrato de operación logística con más los intereses desde la mora.
- c) Montos pendientes por facturas impagas: que arrojan un total de \$ 45.558,55.
- d) Compensación por pérdida de clientela: su reclamo se sostuvo en que se encontraban reunidos todos los presupuestos para la procedencia del rubro en tanto su rechazo implicaría un enriquecimiento indebido de La Salteña. Solicitó la suma de \$ 844.755,90 –monto a actualizarse a la fecha del efectivo pago-. Explicó que para su cuantificación se tomó la comisión promedio mensual –entre abril 2007 a abril 2008- por 18 meses –de conformidad con los usos y costumbres del ramo- y aclaró que fue idéntico parámetro al adoptado para determinar el valor de adquisición de las bocas de expendio.

Pidió se condene asimismo al pago del lucro cesante por la suma de \$1.642.580,92, tomando como parámetros para fijar su monto “las características de la contratación que vinculó a las partes y el resultado de la explotación comercial en concreto sobre la base de la operatividad del actor durante el tiempo que ha efectuado la distribución de los productos de LA SALTEÑA, desde el año 1973”. Asimismo entendió que la indemnización debía abarcar las ganancias pérdidas durante treinta y cinco meses –a razón de un mes por año de relación-.

Finalmente, requirió la suma de \$ 300.000 en concepto de daño moral por los padecimientos psíquicos y espirituales que los incumplimientos y la consecuente rescisión le provocaron. Consideró que para establecer el monto de la indemnización debía tenerse en cuenta la posición en que se lo colocó al tener que “bajar la cabeza y aceptar las imposiciones unilaterales de la contraria sin poder decir palabra”. Dijo que tenía 77 años y que luchó toda su vida por lograr un lugar en el mercado, que los supermercados le compraban a él y no a La Salteña y que su nombre llegó a ser sinónimo de la empresa demandada por todo el esfuerzo invertido. Indicó que la resolución del contrato implicó una “verdadera decapitación” de Salvador Canoura como empresa y repercutió en él de tal forma que llegó a enfermarse.

Ofreció prueba.

2. A fs. 5631/5657 se presentó La Salteña SA y solicitó el rechazo íntegro de la demanda con costas.

Inicialmente adujo que el escrito de inicio omitió mencionar que la relación comercial entre las partes continuaba vigente, que la actora había tergiversado los hechos para agredir y dañar su imagen.

Desconoció la carta de fecha 12/06/98 acompañada a fs. 823 y calificó de exorbitantes los montos reclamados en la demanda.

En cumplimiento del imperativo procesal negó genérica y específicamente los hechos expuestos por el Sr. Canoura así como también la documentación acompañada.

Aclaró que el demandante era en realidad un “cliente mayorista” en tanto adquiriría la mercadería para luego revenderla, obteniendo su ganancia de la diferencia del precio de compra y de venta.

Destacó que las inversiones inicialmente realizadas por el Sr. Canoura y la clientela obtenida no estaban únicamente afectadas a la distribución de los productos La Salteña, sino también a los de la marca Fargo.

Descartó la existencia de exclusividad y calificó de falsa la ganancia bruta promedio estimada por el actor en un 37%.

Contó que con la aparición de las grandes cadenas de supermercados, cambió la forma de comercializar productos y dijo que era LASA quien designaba al cliente mayorista que tomaba cada punto de venta, negando, así que haya sido el accionar del Sr. Canoura el responsable de la obtención del negocio.

Explicó que el cargo por exhibición de mercadería era una inversión para el aumento del volumen de ventas ante la apertura de una nueva boca.

# DECONOMI

Negó que se hayan quitado los descuentos especiales tras la adquisición de LASA y dijo que los mismos pasaron a estar incorporados dentro del precio mayorista fijado.

Aclaró que la cesión de la facturación no se debió a una estrategia de su parte sino a un pedido de los supermercados que comenzaron a exigir que los documentos sean emitidos por las fabricantes para poder negociar directamente con ellas y obtener así mejores precios.

Indicó que el día 03/06/1998 se firmó el contrato de Operación Logística cuyo objetivo era mantener la fuente de ingresos de los distribuidores, adaptando su función respecto de las grandes cadenas de supermercados.

Refirió a diversas previsiones contractuales que delineaban la finalidad del contrato, las obligaciones y derechos asumidos por las partes, las facultades de rescisión, entre otras.

Solicitó el rechazo del pedido de nulidad de las cláusulas 9 y 10 del contrato en tanto entendió que no se habían configurado en el caso ni el vicio de violencia ni la lesión subjetiva.

Admitió que en virtud de la cantidad de operadores logísticos existentes se valió de cláusulas predispuestas con el fin de fijar iguales condiciones para todos, pero negó que ello implicara que se hizo un abuso de posición dominante o que tornara en inválido el contrato.

Adujo que los operadores tenían la posibilidad de optar entre adherirse o rechazar la oferta y que su adhesión implicó consentir las cláusulas que ahora intenta declarar nulas.

Calificó de maliciosa la postura asumida por Canoura al adjudicarle el abuso de posición dominante y sostuvo que todas sus decisiones comerciales constituyeron actos propios cuyas consecuencias le son imputables a él solo.

Refirió a la doctrina de los propios actos y subsidiariamente opuso la excepción de prescripción en los términos del art. 4030 apartado 2° CCiv., por haber transcurrido 12 años desde la firma del contrato.

Explicó cómo era el mecanismo de renovación del contrato y planteó que Canoura pretendió saltar el procedimiento de fijación de un nuevo precio y mantener las condiciones anteriormente pactadas, ante lo cual le remitió carta documento informando que a la brevedad le harían conocer las ofertas de otros operadores logísticos para que pudiera igualarlas.

Adujo que ante la insistencia del actor en mantener su comisión le notificó que la mejor oferta recibida consistía en una comisión del 11% por el plazo de un año a partir del 03/06/2008 y que en virtud de la cláusula novena le otorgaban la opción para igualarla.

Dijo que el día 09/04/2008 Canoura rechazó su misiva y reiteró su intención de mantener las comisiones pactadas en el año 1998 –en desconocimiento de las nuevas comisiones pactadas en su renovación-.

Indicó que el reclamo por las diferencias resultaba improcedente en tanto las comisiones se abonaron en base a las facturas emitidas por el propio actor y admitir tal posición implicaría ir en contra de su propio obrar.

Asimismo planteó que de acuerdo al art. 847 CCom. todo reclamo por las facturas de comisiones emitidas con anterioridad al mes de abril de 2004 se encontraban prescriptas.

Aclaró finalmente que las ventas directas imputadas a su parte solo fueron respecto de productos congelados y supercongelados que Canoura jamás pudo vender por carecer de los equipamientos necesarios.

A continuación contó que el Sr. Salvador Canoura intentó entre los años 1998 y 2005 cambiar el contrato de operación logística a nombre de la sociedad anónima AYPAS – constituida junto con sus hijos-.

Postuló que la sociedad y el actor tenían similar actividad comercial, utilizaban el mismo domicilio y presumiblemente utilizaba los mismos vehículos. Además destacó que la facturación de dicha empresa – donde el Sr. Salvador Canoura participaba en un 30%- demostraba que el actor no era un jubilado carente de recursos como postuló en el beneficio de litigar sin gastos.

Explicó que tras insistir con su posición el accionante remitió una nueva misiva el día 08/05/2008 exigiendo el pago de cierta deuda en una cuenta corriente.

Afirmó que el día 12/05/2008 rechazó dos facturas (N° 0001- 00023567 y 23568) emitidas el día 8 de ese mes y año por no corresponderse con las ventas realizadas por LASA durante el mes de abril; y que ese mismo día el Sr. Canoura rescindió el contrato de OP que vencía el 03/06/2008 imputando culpa por ello a LASA.

Resumió el contenido de su nota del 14/05/2008.

# DECONOMI

Adujo que el distribuidor también había incumplido el contrato en tanto adeudaba al 28/05/2008 las siguientes sumas: \$ 115.565,28 en carácter de operador logístico y \$ 48.899,96 por falta de devolución de cajones, pero que descontado un crédito a su favor por \$ 14.263,41, el importe total impago quedaba en \$ 149.703,88.

Tachó de arbitrarios e injustificados los montos reclamados por la parte actora.

En relación a las “sumas adeudadas por los indebidos descuentos en las comisiones” explicó que tales descuentos operaron durante los años de crisis, que tuvieron por fin mantener la actividad comercial y que se vieron compensados con un aumento en los precios de los productos de un 67%. Asimismo criticó el cálculo realizado por haberse efectuado sobre la “diferencia de comisión que supuestamente le correspondía sobre la comisión percibida” en vez de “sobre los descuentos efectuados”. Aclaró que dichas comisiones constituían cuentas liquidadas facturadas por Canoura y aceptadas y abonadas por LASA.

Descartó que el operador logístico haya trabajado para La Salteña en forma exclusiva y enumeró otras empresas cuyos productos distribuía.

Aclaró que la cláusula cuarta del contrato de ninguna forma implicaba que no podían realizarse las ventas en forma directa, e insistió que la venta de los productos congelados y supercongelados se efectuaba de esa forma por no contar el Sr. Canoura con la capacidad operativa para hacerlos.

Sostuvo que de haberse realizado descuento alguno por devoluciones de dichos productos, estos respondieron a errores involuntarios que “seguramente” fueron corregidos posteriormente.

Indicó que las barras de cereales “Nature Valley” eran entregadas en forma directa por LASA al centro de distribución de Jumbo sin intervención de operadores logísticos.

Negó la procedencia y existencia de deuda alguna por facturas y notas de crédito impagas, especialmente aquellas que fueron rechazadas mediante CD del 12/05/2008.

En relación a la indemnización por pérdida de clientela indicó que jamás la perdió en tanto ésta le fue reconocida al firmar el contrato o le fue asignada posteriormente por LASA. Sostuvo que el rubro se encontraba incluido dentro del valor llave y que no correspondía una indemnización en tanto los clientes conocían a los productos de La Salteña y no a Salvador Canoura. Asimismo, planteó que la estimación del daño no respondía a los usos y costumbres del ramo; y que -en caso de haber obtenido por su propio obrar las bocas de expendio- los gastos de apertura se encontraban íntegramente amortizados por lo que no debían ser indemnizados –salvo que se acredite que esto no se había logrado durante el transcurso del contrato-.

Criticó la suma solicitada en concepto de lucro cesante. Distinguió los dos roles cumplidos por el Sr. Canoura como operador logístico y como distribuidor “cliente mayorista” – que continuaba vigente- y planteó que el actor no diferenció las sumas percibidas por cada labor reclamando así montos exorbitantes que no se correspondían con la utilidad bruta mensual percibida en el marco del contrato de OP –la cual dijo era inferior al 6%-.

Por otro lado, planteó que de proceder una indemnización por este concepto no podía ser por más de un mes –lapso pendiente de vigencia – por tratarse de un contrato a plazo, y que a todo evento la indemnización sustitutiva de preaviso no podía ser superior a seis meses calculada en base a la utilidad neta promedio mensual.

Solicitó el rechazo de la indemnización pretendida en concepto de daño moral.

Postuló que la demanda era un intento de obtener un lucro indebido a costa de LASA donde se omitió información relevante, a saber: su participación en la SA AYPAS y la continuación de la relación como cliente mayorista; extremos que demostraban la inexistencia de presión inhabilitante alguna.

Se opuso a la producción de cierta prueba y ofreció la propia.

## II. La sentencia de primera instancia

La Juez de grado emitió su pronunciamiento a fs. 7028/7049 y resolvió haciendo lugar parcialmente a la demanda instaurada por la suma de \$ 563.850,62 con más ciertas sumas a determinar por perito contador, todo ello con más sus intereses. Las costas las impuso en el orden causado.

# DECONOMI

En primer término la magistrada aclaró que no resultaban aplicables al caso las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación.

Definió la relación entre las partes y sostuvo que de la prueba colectada en autos quedaba en claro que se trataba de un contrato de distribución comercial strictu sensu –con vigencia al menos desde el año 1977 e instrumentada mediante Contrato de Operación Logística desde 1998- donde Canoura operaba como intermediario entre La Salteña y los grandes supermercados para la colocación de los productos.

Analizó la existencia de incumplimientos contractuales y la culpa en la rescisión contractual para determinar la procedencia de los rubros indemnizatorios.

Ponderó las diversas cláusulas que regían la relación entre las partes desde el año 1998 y sostuvo que no procedía la declaración de nulidad de la cláusula novena por no haberse explicado en donde radicaba su abusividad, o injusticia.

Consideró que se encontraban debidamente acreditados los incumplimientos invocados por el actor, en tanto: a) no se había justificado el proceder para la modificación unilateral de la comisión pactada y dicha decisión implicó un abuso del derecho y de la posición dominante contraria a la buena fe y la razonabilidad; y b) las ventas directas efectuadas por La Salteña violaban la exclusividad pactada cuando no existía reserva que la habilitara a operar en forma directa.

Sin perjuicio de tener por acreditados los incumplimientos y de estimar que ambos tenían entidad suficiente para considerar que el distracto se produjo por culpa exclusiva de LASA, la magistrada rechazó la resolución por culpa por considerar que fue extemporánea –en tanto se habían tolerado los incumplimientos por largos períodos de tiempo-; y decidió que correspondía considerarla como una conclusión por vencimiento del plazo. Indicó, en este punto, que los intentos de modificar considerablemente la comisión para la reconducción eran válidos porque no podía pretenderse el mantenimiento de las condiciones pactadas 10 años antes si no se probó un trato discriminatorio en relación con otros distribuidores.

Como consecuencia de la decisión arribada rechazó la procedencia de los reclamos por lucro cesante y daño moral.

A continuación ponderó los restantes rubros reclamados por el accionante –los cuales consideró admisibles-.

Destacó que el planteo de prescripción de las diferencias en las comisiones debía ser excluido de la decisión en tanto habiéndose omitido su sustanciación la parte no instó la tramitación. Hizo lugar al rubro por la suma de \$ 518.292,07 en virtud de los cálculos hechos por el perito en su dictamen, y le adicionó los intereses a devengar desde el vencimiento de la intimación cursada por CD el 09/04/2008 –por inexistencia de interpelación previa-.

En la medida en que se acreditó la existencia de ventas directas pero no se determinó en forma concreta el monto de las ventas ni las deducciones por mercancías devueltas derivadas de dichas operaciones se difirió la determinación del quantum a la etapa de ejecución de sentencia. Se aclaró asimismo que la pericia debía realizarse por el período que iba desde enero 2006 a mayo 2008 y que la suma que se determine devengaría los réditos a igual tasa y fecha de mora que las diferencias en las comisiones.

Admitió el reclamo por facturas impagas que se correspondían con comisiones devengadas por los meses de abril y mayo y cargos por insumos necesarios para la facturación. Para ello consideró que: a) no existía duda del derecho del actor a percibir las comisiones por los meses de abril y mayo 2008; b) el rechazo genérico hecho por La Salteña resultaba insuficiente para rechazar el importe facturado en tanto no se acompañó de un cálculo de la cuantía adecuada ni un comprobante de pago por esos períodos.

Consideró procedente el reclamo por clientela por las bocas existentes al momento de suscripción del contrato y por las adquiridas con posterioridad y condenó a LASA al pago del importe equivalente a un año de remuneración neto de gastos, promediándose el valor de las percibidas durante los últimos cinco años, con más los intereses.

### III. Los agravios

1. El recurso interpuesto por la actora a fs. 7050 fue concedido libremente a fs. 7051. Expresó agravios a fs. 7057/7070 que fueron contestados por la demandada a fs. 7103/7120.

# DECONOMI

En primer término se agravó en cuanto decidió la a quo que los incumplimientos contractuales –juzgados suficientes para tener resuelto el contrato por culpa- no podían ser considerados en el caso concreto por haber sido tolerados por la actora.

Sostuvo que dicha solución resultaba contradictoria e ignoraba los hechos comprobados en la causa. Adujo que se acreditó: a) la presión económica y moral ejercida sobre su persona; b) la existencia de un contrato de adhesión con verdaderas imposiciones a su parte; c) la realización de descuentos indebidos y pagos fuera de término; y d) la existencia de previos cuestionamientos al comportamiento de la contraria.

Remarcó que no se trató de una tolerancia voluntaria en tanto se encontraba entre aceptar las condiciones o perder su actividad, configurándose en el caso concreto un abuso de posición dominante. Aclaró que el obrar abusivo no se limitó a la rebaja en comisiones sino también en la postura asumida al momento de renegociar las condiciones contractuales.

Por otro lado aclaró que recién conoció fehacientemente la violación al pacto de exclusividad con el acta notarial del 04/04/2008, por lo que tal incumplimiento tampoco fue tolerado por largos períodos.

Se agravó sucintamente del rechazo del planteo de nulidad y explicó que no resultaban justas las cláusulas que habían sido unilateralmente impuestas.

Criticó la sentencia en cuanto convalidó el obrar abusivo del accionante al pretender imponer un precio comisional extremadamente bajo y un contrato por un plazo marcadamente exiguo.

Negó haber tolerado pacíficamente los incumplimientos de su contraparte. Se quejó en tanto la magistrada impuso a su parte la prueba de un trato discriminatorio y sostuvo que el trato homogéneo no justificaba el proceder abusivo.

Apuntó que debía interpretarse al contrato como de tiempo indeterminado en tanto la renovación era esperable; y que, consecuentemente, resultaba exigible un mayor preaviso para el caso de rescisión.

Solicitó se revoque la decisión en tanto rechazó las indemnizaciones solicitadas por lucro cesante y daño moral. Respecto al primer rubro solicitó se condene al pago del promedio de las utilidades obtenidas por la distribución mayorista durante el año anterior a la resolución del contrato (sin los descuentos comisionales aplicados unilateralmente) por 35 meses; en relación al segundo transcribió diversas testimoniales que darían cuenta del perjuicio anímico ocasionado.

Se agravó del diferimiento hecho por la a quo de la determinación de quantum de la indemnización por ventas directas ya que consideró que la pericia practicada resultaba suficientemente clara y completa para cuantificar el daño.

Planteó que la magistrada de grado no reconoció los descuentos realizados por devolución de productos por ventas directas de LASA y solicitó se condene al monto fijado por la perito de \$ 322.796,45.

Se quejó de la forma dispuesta para la indemnización por clientela en tanto implicaba promediar las comisiones percibidas durante los últimos 5 años. Dijo que tal imposición resultaba de una improcedente aplicación de las normas del CCYC y que omitía la realidad económica del país y la inflación vivida. Solicitó que la indemnización se imponga en base a la comisión bruta del último año de servicios prestados –sin la reducción en las comisiones-. Asimismo requirió que la misma se fijada por 18 meses –un mes por boca de su titularidad- y no por 12. También se agravó aquí del diferimiento de la cuantificación del rubro y solicitó se condene al pago de la suma reclamada.

Finalmente requirió se modifique la imposición de costas hecha en el orden causado.

2. A fs. 7053 se concedió libremente el recurso de apelación interpuesto por la accionada a fs. 7052. Su memorial de fs. 7071/7093 fue contestado por el Sr. Canoura a fs. 7095/7100.

Sus agravios pueden sintetizarse en los siguientes: a) la falta de consideración de la doble operatoria desplegada por Canoura como operador logístico y como cliente mayorista; b) la afirmación de la a quo de que el contrato de Operación Logística no era más que una instrumentación bajo nuevas condiciones del contrato existente y que dicha relación de distribución inició en el año 1977; c) la categorización del contrato como de adhesión y la adjudicación de ejercicio abusivo de una posición dominante en la relación; d) la decisión de la

a quo de condenar al pago de cierta suma indeterminada por reducción de las comisiones, omitiendo el contexto de crisis de los años 2001 y 2002 y la conducta asumida por el actor al continuar con el contrato; e) haber tenido por probada la violación del pacto de exclusividad mediante las ventas directas de LASA cuando esto no se encontraba prohibido contractualmente; f) el diferimiento de la estimación de la indemnización por ventas directas y su delegación a un nuevo perito por los mayores costos y costas que esto podía producir a su cargo en virtud de la parcial concesión del beneficio de litigar sin gastos concedido al accionante; g) la desestimación del planteo de prescripción por no integrar el objeto del litigio ya que importaba poner a su cargo una omisión o yerro de tribunal; h) la indemnización concedida en concepto de comisiones facturadas en tanto no se acompañaron los libros que respalden la emisión de las mismas y no correspondía imponerle la carga de la prueba; y i) la admisión del valor por clientela y la aplicación del CCyC al rubro. Finalmente tachó de arbitrario el decisorio recurrido.

#### IV. La solución

I.A. 1. De una detenida lectura de las quejas vertidas por las partes, se advierte la conveniencia de analizar en primer término la naturaleza jurídica del contrato que vinculó a las partes, en tanto dicha categorización tendrá una marcada influencia en la decisión que habrá de tomarse en punto a la calificación de la conducta asumida por LASA durante el desarrollo del vínculo contractual y que llevó a la rescisión del contrato.

Aclaro que a lo largo de este decisorio las impugnaciones de las partes que encuentren estrecha vinculación entre sí, serán analizadas en forma conjunta. Ello, claro está, sin perder de vista que los magistrados no están obligados a seguir a las partes en cada una de las argumentaciones, ni a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino sólo aquellas estimadas conducentes para fundar sus conclusiones (CSJN, fallos 272:225; 274:113; 276:132; 200:320; esta Sala, 28/10/2010 en los autos "Montana Management SA c/Genovesi Alejandro e Hijos SRL s/ord." y su acumulado caratulado "Genovesi Alejandro e Hijos SRL c/Montana Management SA s/ord.").

2. Recuérdese que sobre este punto el a quo consideró que existía entre las partes un contrato de distribución strictu sensu, y que el convenio firmado por las partes en el año 1998 de operación logística no fue más que una formalización por escrito que cambió algunas condiciones de la relación.

La parte demandada se agravió de dicha solución y estimó que la a quo omitió la existencia de un doble rol del actor como cliente mayorista y como operador logístico. Adujo que se trataban de dos relaciones distintas e independientes y que el convenio de operación logística no era una continuación del contrato de distribución existente.

Explicó que cliente mayorista era aquella relación en la que Canoura adquiriría los productos fabricados por La Salteña para revenderlos a los comercios minoristas, y distinguió el rol de operador logístico, al que describió como la actividad en la que la empresa, por encargo del cliente ejecuta las demandas logísticas de sus clientes.

Afirmó que en los considerandos 2 y 3 del contrato se diferenciaron los distintos servicios prestados por Canoura.

B. Ciertamente la elucidación de la presente contienda requiere examinar los términos de las diversas convenciones que suscribieron las partes pues aparece obvio –y se verá más adelante–, que ellas disienten respecto del alcance que cabe acordar a algunas de las cláusulas.

Interpretar un contrato es determinar el sentido y alcance de las cláusulas que contiene (Enrique C. Müller, "Interpretación literal y contextual", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Interpretación del contrato, t. 2006-3, Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As., 2006, p. 31, y sus citas).

La interpretación es una reflexión sobre un texto previo, para determinar su sentido, y por ello es una mirada hacia el pasado, intentando reconstruir originariamente lo pactado (Lorenzetti, Ricardo L., Tratado de los contratos: parte general, Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As., 2004, p. 456, y sus citas).

Según lo establece el Código Civil en su artículo 1198, los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. Esto quiere decir que, ante

# DECONOMI

el conflicto suscitado, el tribunal no debe limitarse en su interpretación al sentido literal de los vocablos empleados, sino que debe atenderse a la intención común de los contratantes, para lo cual es menester valorar las particulares circunstancias que rodearon a la estipulación (sus antecedentes y conductas sobrevivientes) en orden a reconstruir el contexto negocial que motivó la expresión de voluntad común en los términos que se pretenden desentrañar (cpr. 386).

En el sentido expuesto, al interpretar el contrato no debemos limitarnos al sentido estricto y literal de las palabras en él utilizadas, sino que debemos indagar la intención común de las partes. Para determinar la intención común de las partes resultará necesario entonces, ponderar la actitud asumida por ellas tanto al momento de firmar el contrato como con posterioridad a dicho hecho.

Enseña Muñoz que “dice el art. 218 del Código de Comercio que habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos. Y es que puede haber contradicción entre la intención común de las partes y el sentido literal de los términos” (Derecho comercial: Contratos, Tipográfica editora argentina, Bs. As., 1960, p. 380).

Lo anterior requiere colocarse por encima del interés de cada una de las partes; porque la interpretación debe hacer mérito del comportamiento de las partes en su integridad (cpr. 163, inc. 5°). El modo y la forma como las partes ejecutan el contrato es la prueba más concluyente que puede tenerse de la verdadera intención contractual, porque es la traducción en el hecho de lo que resulte dudoso en la palabra (Conf. Siburu, Juan B., “Comentario del Código de Comercio Argentino”, T, IV, pág. 88, Bs. As., 1923; esta Sala 24/06/2010, “Piollava SRL c/Medialink SA s/ ordinario”; íd., 28/06/2012, “Mastronardi Guillermo Martín c/Liderar Compañía General de Seguros S.A. y otro, s/ ordinario”).

C. 1. Dicho esto, resulta oportuno recordar que el contrato de distribución ha sido caracterizado como una relación contractual entre dos empresas jurídicamente independientes, o sea entre dos organizaciones autónomas, que se distinguen claramente: una produce bienes o servicio y la otra se ocupa de comercializarlos asumiendo los riesgos propios de su actividad, ello sin que medie un vínculo societario o laboral, aunque puede haber una sujeción técnica o económica. La distribución admite una doble generalización. En un sentido amplio puede ser entendida incluyendo a todas las formas de comercialización por terceros. A su vez existiría un criterio, también generalizador, pero más acotado, que otorga un tratamiento indiferenciado a la distribución y a la concesión. Desde otra perspectiva, en una orientación que debe reputarse prevaleciente, se prefiere conferir autonomía a la distribución, refiriéndose así al llamado “contrato de distribución en sentido propio”, señalando los matices diferenciales que presenta respecto a la concesión, aunque reconociendo la presencia prevaleciente de rasgos comunes, de los que se derivan efectos jurídicos prácticamente idénticos. En ese sentido se ha dicho que entre distribución y concesión aparecen diferencias causadas más en las peculiaridades de la comercialización de automotores que en cuestiones propiamente jurídicas y, por ello, los problemas que plantea la distribución propiamente dicha son generalmente los mismos que se suscitan a propósito del contrato de concesión (Adolfo A. N. Rouillon, Código de Comercio Comentado y Anotado, Tomo II, pág. 703 y ss., editorial La Ley, Buenos Aires, 2005).

2. En realidad, cuando en nuestra literatura jurídica actual se alude a distribución, se están señalando diversas formas de comercialización, es decir, a partir de la tarea de producción de una empresa, otra persona o empresa se ocupa de distribuir, acercar a otras empresas o a los consumidores el producto o servicio de la primera, repitiendo formas de comercialización, utilizando tecnología, know how, patentes, marcas de aquella empresa productora.

Económicamente, se podría describir el fenómeno que el derecho intenta abarcar nombrándolo como de distribución, llamándolo formas de comercialización por terceros, existiendo siempre dos partes distintas, lo cual indica que la relación primaria siempre es bilateral.

La doctrina argentina tradicional ha percibido que cuando se habla de distribución, existe un concepto restringido (el comerciante mayorista) y uno amplio, que se refiere al actuar de una empresa con relación a otra (actividad preordenada).

Este actuar significa una relación permanente, a menudo exclusiva e importa un compromiso de colaborar para que determinados bienes o servicios se vendan en el mercado nacional o internacional, al público consumidor o a terceras empresas.

# DECONOMI

Se han considerado formas principales de distribución en el derecho mercantil moderno argentino –que no es el codificado en el Código de Comercio, sino el que surge de la jurisprudencia y la doctrina- la agencia, la distribución en sentido restringido, la concesión, la franquicia.

En lo que hace al primero de ellos, siempre deben existir dos empresas, independientes jurídicamente entre sí, porque si la misma productora comercializa lo que produce, no hay distribución, como función empresaria separada. Las dos empresas se distinguen netamente: una crea bienes o servicios; la otra los acerca, reparte, distribuye entre otras empresas o los consumidores.

La distribución conlleva una tarea más extensa que la simple distribución del producto (esto se cumple mediante el contrato de publicidad, que es un contrato de cooperación pero no de distribución) ya que implica una obligación material de hacer, es decir, el traslado, en términos económicos, de los productos desde la empresa que los genera hacia los consumidores, aunque a veces y según los tipos contractuales no se llegue a ellos sino a los comerciantes minoristas; pero el destino final siempre será el mercado (Raúl Aníbal Etcheverry, Derecho Comercial y Económico. Contratos parte Especial 1, pág. 204 y ss., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1991).

3. Aclaro preliminarmente que, por lo general, suele utilizarse el término “distribución”, para referirse a cualquier vinculación de intermediación comercial, por lo cual una empresa comercializa determinados bienes y/o servicios de otra en el mercado, realizando dicha actividad en nombre propio y a través de un vínculo estable y de colaboración.

Específicamente, los usos y costumbres mercantiles, la doctrina y la jurisprudencia mercantil, han identificado y caracterizado a los contratos de agencia, de distribución propiamente dicho y de concesión, como las típicas figuras contractuales de distribución comercial, participando los contratos de suministro y de franquicia de varias de sus características más significativas (Bustingorry Rodrigo y Christian Del Rosario, Contratos de Distribución Comercial, en Tratado de Derecho Comercial, Ernesto Eduardo Martorell (Director) y Juan Carlos Pratesi (h) (Coordinador), Tomo IV, pág.351 y ss.).

D. En el marco contextual expuesto debo adelantar que coincido con la solución propuesta por la magistrada de grado con una pequeña salvedad.

A diferencia de lo postulado por la sociedad demandada en su contestación de demanda y en su escrito de agravios, estimo que del contrato que ligó a las partes se desprende en forma clara tanto la existencia de un contrato de distribución como la continuidad de una relación preexistente.

El considerando tercero del convenio que ligó a las partes establece “Que hasta la fecha la relación comercial que uniera a LA SALTEÑA con el Sr. Salvador CANOURAS consistía en la venta al por mayor de productos elaborados por la primera con el objeto de su posterior comercialización en el mercado minorista situación iniciada hace ya varios años”.

Si bien del texto de este apartado podría presumirse que la relación de Canoura antes de la firma del contrato se limitaba a los mercados minoristas –y no con Super e Hipermercados-, lo cierto es que el siguiente apartado aclara lo que entendían por tales: “Que entre los clientes minoristas a cargo del actual OPERADOR LOGISTICO se encuentran los denominados Supermercados y/o Hipermercados con sus respectivas bocas de comercialización detalladas en el anexo 1. Que las nuevas modalidades de comercialización exigidas por determinados comercios, en especial los Supermercados e Hipermercados, hacen exigible la reformulación del sistema de comercialización aplicado hasta la fecha entre las partes del contrato”.

De la detenida lectura de estos considerandos junto con las restantes cláusulas que conforman el convenio considero que, tal como apuntó la sentenciante de grado, la relación no mutó en sí misma y continuó siendo un contrato de distribución, mas se determinaron respecto de la relación entre el distribuidor y los Super e Hipermercados nuevas reglas de juego, en particular en cuanto hacía a la facturación y al esquema comisional. Asimismo, el propio texto del contrato reconoce que la vinculación con los clientes minoristas –concepto que, reitero, resultaba inclusivo de los super e hipermercados- tenía lugar desde hacía varios años.

Ahora bien, disiento con la solución propiciada en cuanto consideró que la vinculación entre las partes fue una sola, en tanto estimo que ha quedado acreditado en autos –mediante los propios dichos de las partes que fueron corroborados con la prueba testimonial y documental anejada- que existían al menos dos contratos de distribución claramente diferenciados.

# DECONOMI

Si bien en un comienzo, y hasta la firma del contrato de 1998, la operatoria del Sr. Canoura con los pequeños comercios y las grandes cadenas podía confundirse fácilmente –en tanto el protocolo para ambos casos era idéntico (v. cursograma en pericia contable a fs. 6295vta./6297)-, la firma del convenio cambió dicha realidad y permitió una clara diferenciación entre los roles desempeñados.

Es con esta salvedad -la existencia de una operatoria diferenciada para cada tipo de clientela- que se ha de categorizar el contrato de distribución entre las partes, solución que resulta acorde no sólo a la versión expuesta por las partes –que reconocen la finalización del contrato de OP y la continuación de sus relaciones respecto de otros clientes denominados “minoristas”-, sino también a las declaraciones de los testigos.

Estimo útil citar aquí cuanto expuso el Sr. Luna –empleado de LASA- a fs. 6660: “PARA QUE DIGA EL TESTIGO CUAL ES LA DIFERENCIA DE CLIENTE MAYORISTA Y MINORISTA, CONTESTO:

En uno de los casos son distribuidores que atienden a las cadenas de supermercados, percibiendo una comisión por la atención. Y en el otro caso, que a mí me compete, son clientes que distribuyen nuestros productos en autoservicios o almacenes con facturación por parte de ellos, de ellos mismos” (en igual sentido v. fs. 6658, 5928, 6007/6011, entre otros).

Aclaro que la diferenciación hecha en este apartado, si bien a simple vista parece innecesaria, resultará indispensable en caso de proceder el reclamo por incumplimiento contractual por la forma en que deberán estimarse los rubros reclamados.

E. En punto al planteo de nulidad de las cláusulas 9° y 10° del convenio reiterado en el memorial de fs. 7057/7070 éste deberá ser declarado desierto en los términos del cpr. 266 en tanto el Sr. Canoura no expuso argumento alguno tendiente a fundar el planteo, sino que se limitó a reiterar en dos párrafos la categorización de las cláusulas hecha en su escrito de inicio, esto es: que se trataba de cláusulas unilateralmente impuestas por la fabricante, injustas, irrazonables, abusivas y contrarias a derecho.

II. A. Sentado lo anterior, procederé a evaluar las quejas del actor relativas a la culpa del demandado en la rescisión del contrato de Operación Logística.

El accionante se agravó en cuanto la Juez de primera instancia concluyó que pese a haberse acreditado la existencia de incumplimientos graves y con entidad suficiente para tener por resuelto el contrato por culpa de LASA tal proceder había sido consentido por el Sr. Canoura al haberlos tolerado durante un largo período de tiempo.

Afirmó que no había consentido pacíficamente los incumplimientos y que sus reclamos habían sido continuamente desechados. Dijo haber demostrado la firma del contrato bajo presión, y que se trataba de un contrato de adhesión donde la demandada había hecho abuso de la posición que detentaba al incumplir las obligaciones a su antojo.

Sobre este punto convergen, asimismo, las quejas de la demandada quien criticó el decisorio dictado en la instancia anterior y postuló que: a) el contrato con cláusulas predisuestas tenía por fin colocar a los operadores en pie de igualdad; b) no existía posición dominante y menos aún abuso alguno; c) todas las decisiones de Canoura en el marco del contrato constituyeron actos a él imputables y de haber considerado que existía posición dominante podría haber puesto fin al contrato en cualquier momento.

B. La categorización del contrato como de distribución trae aparejada una serie de consideraciones que habrán de tenerse en cuenta para dilucidar la responsabilidad en la resolución del contrato.

Así las cosas, aunque estos convenios se celebren entre dos comerciantes inclusive de similar relevancia -lo que ciertamente no es usual-, normalmente existirá preponderancia de quien impone las condiciones (CNCom, Sala B, 11.04.95, "Marquinez y Perotta c/ ESSO SAPA s/ ord.").

La desigualdad negocial entre las partes, las facultades de control en cabeza de la fabricante y la celebración del contrato por adhesión a cláusulas generales resultan ser elementos tipificantes de este tipo de convenios. También son notas características de la distribución: la existencia de una zona de exclusividad y el mantenimiento de un vínculo de larga duración.

C. Recuérdese aquí que –tal como tiene dicho esta Sala- un contrato se celebra por adhesión cuando la redacción de sus cláusulas corresponde a una sola de las partes, mientras que la otra se limita a aceptarlas o rechazarlas, sin poder modificarlas (...) en la

# DECONOMI

adhesión hay voluntad de realización, de producción de efectos, pero no hay libertad de configuración del contenido por parte del adherente, que debe tomar o dejar las cláusulas prerredactadas sin poder modificarlas (Lorenzetti, Ricardo L., Tratado de los contratos, Parte General, p. 681, Rubinzal-Culzoni Editores, Sta. Fe, 2007).

Los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales se caracterizan por su modo de celebración, por lo que resulta factible que un contrato empresario pueda ser declarado abusivo. Sin embargo, no basta para acreditar el carácter abusivo de una cláusula de un contrato, el hecho de tratarse de un contrato de adhesión -que por sus características puede dar lugar a abusos por parte del proponente-, pues los contratos de distribución, en su casi totalidad, son formalizados mediante estos formularios o contratos. Para arribar a tal conclusión es necesario que ello sea debidamente acreditado por el impugnante (esta Sala, “Escobar SACIFI c/Ford Argentina SCA s/ordinario” del 19/05/2016).

En estos casos debe examinarse si el ejercicio de esas cláusulas deviene abusivo. En especial, el standard de la reciprocidad global de las obligaciones es adecuado para establecer si estas obligaciones accesorias desnaturalizan o no el equilibrio que debe existir. Asimismo si por efecto de estas cláusulas se introduce la posibilidad de que el contenido de las obligaciones quede a disposición de una de las partes, en forma unilateral y subjetiva, habrá una impugnación de abusividad (Lorenzetti, Ricardo L., Tratado de los contratos, T. I, p. 678, Rubinzal-Culzoni Editores, Sta. Fe, 2007).

Ahora bien, ostentar una posición dominante en una relación contractual no es sinónimo de obrar abusivo: es indudable que no habrá de caerse, en el caso, en petición de principios. El obrar abusivo requiere una actuación deliberada a través de cláusulas sorpresivas destinadas a perjudicar al contrario, establecer relaciones desiguales o inequitativas, inducir a error a la contraparte con la intención de obtener un beneficio desmedido a expensas o en perjuicio de ella. En la hipótesis de que ninguna de estas pautas se verifique, por más que exista posición dominante, difícilmente podrá aludirse a abuso de dependencia económica (CNCom., Sala A, “Rudan SA c/Cencosud SA s/ordinario”, 27/03/2008).

D. En virtud de los parámetros hasta aquí expuestos, a fin de determinar si existió en el caso o no un obrar abusivo por parte de la distribuidora durante la ejecución del contrato que forzó a la parte actora a poner fin al convenio deberán ponderarse tanto la letra del contrato que las ligó como las conductas desplegadas por cada una de ellas a lo largo de su desarrollo.

Como he dicho en el apartado precedente, la función de las reglas de interpretación y de integración -así como en el caso de necesidad de rectificación- del contrato, es la de establecer el genuino sentido del consentimiento contractual. Para ello habrá que partir de hechos comprobados y de los cuales resulte la intención de cada uno de los contratantes. Al establecer el juez la voluntad real y común de las partes, al desentrañar el sentido de las declaraciones de voluntad, al decidir sobre la discrepancia de la voluntad en cuanto éstas tomaron posesión recíproca de tales voluntades para tornarlas comunes a ellas, no debe olvidar que las palabras habladas o escritas de los contratantes han de interpretarse siguiendo el standard jurídico de la buena fe y sin apartarse de las directivas de verosimilitud, previsibilidad y diligencia, conforme con los usos, según los hechos antecedentes, coetáneos y aún sobrevinientes de las partes y relativas a lo convenido por ellas. Debe integrar o incluso rectificar la declaración para que el fin contractual perseguido se alcance y para que la inadecuada interpretación de las palabras empleadas no tergiversen lo realmente querido (en este sentido me expresé al emitir mi pronunciamiento como Juez de Primera Instancia en lo Comercial a cargo del Juzgado N° 18 en los autos “Ernesto P. Améndola SA c/ Peugeot Citroen Argentina SA y otro s/ordinario” del 05/09/2005).

Sólo así la interpretación contractual desempeñará su función de poner en evidencia la voluntad real de ambos contratantes a través de su declaración, de los usos, de lo que en casos similares “suelen hacer en la práctica las personas razonables” y siempre con el standard de la buena fe que preside todo el derecho de los contratos, y a él se remite con acierto el art. 1198 CCiv. (conf. Alberto G. Spota, Instituciones de Derecho Civil, Contratos, Vol. III, pág. 73 y sgtes., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982).

E. Ninguna duda cabe de que el contrato firmado por las partes fue un contrato con cláusulas predisuestas por la demandada -v. en este sentido el reconocimiento hecho en el memorial a fs. 7077vta. y las copias de los contratos de otros distribuidores acompañadas a

# DECONOMI

las contestaciones de oficios de fs. 5881 y ss., 5941 y ss., y 5970 y ss.; mas existe controversia en punto a la existencia de abuso de posición dominante.

## 1. La reducción de comisiones

Coincido con la magistrada de grado en cuanto concluyó que se había acreditado en forma fehaciente el abuso de posición dominante en el descuento unilateral de las comisiones. Véase que:

a) La cláusula segunda del Contrato de Operación Logística fijaba el precio inicial del contrato y disponía que: “Por las tareas detalladas en la cláusula anterior, el OPERADOR LOGISTICO percibirá la suma resultante al 17% del monto de la facturación neta de las ventas de LA SALTEÑA a los clientes detallados en el anexo I por los productos de su marca (LA SALTEÑA), y un porcentaje del 15% sobre las ventas netas de productos de otras marcas que sean comercializados por LA SALTEÑA a través del mismo operador y a los clientes enunciados en el anexo I. A dicho efecto, se entenderán como netas las ventas realizadas y quedarán a cargo del OPERADOR LOGÍSTICO las devoluciones de producto asegurando así su responsabilidad sobre la correcta rotación del mismo” (v. fs. 814).

b) Por su parte, la cláusula novena del convenio referido establecía el plazo inicial de vigencia al mismo tiempo que fijaba las pautas comisionales aplicables para el caso de una renovación, a saber: “El presente contrato tendrá una vigencia de 60 meses a partir de su firma, por los que el mismo vencerá el día 2 de Junio de 2003. Sin perjuicio de lo expuesto el OPERADOR LOGÍSTICO tendrá la opción de continuar con el presente por un período similar (...) Para la fijación del nuevo precio, las partes tendrán un período de 90 días anteriores a la terminación de cada período, el cual no podrá ser inferior al 16% para la primer renegociación y 15% para la segunda sobre las ventas netas de productos elaborados por LA SALTEÑA, y el 14% y 13% para el resto de los productos. Si llegados los 60 días de anticipación a la terminación del contrato, las partes no establecieron de nuevo el precio, el Operador Logístico deberá manifestar en forma fehaciente su voluntad de continuar con el mismo por el precio mínimo establecido en la presente cláusula. De no recibir LA SALTEÑA la notificación correspondiente antes de los 30 días de finalizado el contrato, se entenderá que el OPERADOR LOGÍSTICO no desea su continuación. Si al momento de finalizar el contrato LA SALTEÑA decide la contratación de un nuevo OPERADOR LOGÍSTICO, la firma SALVADOR CANOURA, tendrá la primera opción para efectuar la contratación en las mismas condiciones de precio y servicio que la mejor oferta presentada. Para ello la firma SALVADOR CANOURA tendrá un plazo de 10 días para su contestación, transcurridos los mismos se entenderá el desinterés de esta” (v. fs. 816).

c) La perito dictaminó que un estudio de los montos facturados y las pautas comisionales fijadas en el contrato “arroja en todos los meses un diferencial entre un 10% a 20%” (v. punto 6 del cuestionario de la actora a fs. 6288vta. y ss.), y tras un cálculo realizado desde el mes de marzo de 2002 a mayo de 2008, actualizado a la tasa activa que cobra el BNA, estimó que las rebajas ascendían a la suma de \$ 1.294.731,19.

d) Las contestaciones de oficio de los distintos operadores logísticos de La Salteña fueron coincidentes en que a partir del mes de marzo de 2002 se constató una rebaja unilateral en las comisiones sobre el total del canon pactado (v. fs. 5889, 5891, 5959, 5981).

e) Al prestar declaración testimonial el Sr. GUASTONI -ex empleado de LA SALTEÑA de 2003 a 2006 en el sector ventas del canal de Supermercados obrante a fs. 5926/5930- fue preguntado sobre el pago de las comisiones a partir del año 2001, a lo que contestó: “en el período que estaba yo, se liquidaban las comisiones, se le descontaba las devoluciones y después se descontaba un 20% que supuestamente se lo iban a reintegrar después”. A continuación al ser cuestionado sobre ese reintegro dijo: “Cuando fue la crisis del 2001, LA SALTEÑA le solicitó a los distribuidores de supermercados que hasta el país mejore le iban a descontar ese 20 %. Hasta que me fui, nunca se lo devolvieron”.

Ahora bien, a la hora de contestar demanda La Salteña pretendió justificar su proceder y afirmó que la rebaja en las comisiones tuvo por objetivo paliar la crisis económica generalizada que afectaba a nuestro país, mas omitió exponer en que forma dicha situación la afectó particularmente.

Si bien en su memorial intentó demostrar en qué forma se vio afectada por la crisis económica –planteo cuya ponderación en esta instancia resulta cuanto menos dudosa en virtud de lo dispuesto por el cpr. 277- lo cierto es que no logró rebatir un argumento central del

# DECONOMI

decisorio de grado, esto es, que una vez superada la crisis no se procedió a la recomposición de las comisiones pactadas.

Por otro lado, también es posible considerar que la actitud abusiva del accionado empezó mucho antes de la firma del convenio. Es que la prueba testimonial de fs. 5933/37 –preguntas 3 y 4-, 5943/46 –pregunta 2- y 6007/11 –pregunta 7-, y las contestaciones de oficio de fs. 5889, 5891 y 5981 resultan contundentes y concuerdan con la versión expuesta por la actora en cuanto a la presión ejercida por LASA para proceder a la firma del contrato. En igual sentido, la pericia contable da cuenta a fs. 6287 (v. pto. 4 del cuestionario de la actora) de la modificación en las comisiones que implicó su adhesión al convenio.

Finalmente, el abuso en la modificación de las comisiones pactadas tuvo una última manifestación en la CD del 01/04/2008 en donde, haciendo un uso cuanto menos dudoso de la facultad reservada en el último párrafo de la cláusula 9°, La Salteña pretendió imponer a la parte demandada no sólo un nuevo margen comisional por debajo de los mínimos contractualmente fijados, sino también un plazo de duración exiguo, todo ello sin una previa intimación para renegociar los términos del contrato –primera parte de la cláusula-, ni aguardar al vencimiento del plazo concedido para manifestar la voluntad de continuarlo en los términos vigentes, ni manifestación clara de la voluntad de tener por finalizado el contrato y contratar un nuevo operador logístico –v. cl. 9, ult. párrafo arriba transcrito-.

En virtud de las consideraciones hasta aquí vertidas, estimo que existieron en el caso multiplicidad de oportunidades en las que la demandada hizo uso y abuso de su posición dominante en el contrato y que el contrato habrá de considerarse como resuelto por la exclusiva culpa de La Salteña.

No obsta a la solución hasta aquí propuesta el hecho de que la demandante haya tolerado dichos abusos –incluso al firmar y renovar el contrato-, en primer término en tanto, un obrar distinto hubiese implicado

-sin margen de duda- la pérdida de su principal fuente de ingresos (ver nuevamente los testimonios referidos en párrafos anteriores), y en segundo lugar porque –a diferencia de lo postulado por la a quo- se ha acreditado fehacientemente la preexistencia de quejas en este sentido (ver CD. de fs. 5843 del 22/05/2002).

## 2. La violación de la exclusividad

a. La segunda causal de incumplimiento imputada al accionado consistió en la violación de la exclusividad mediante la realización de ventas en forma directa.

En lo que aquí interesa, la cláusula cuarta del contrato de OP establecía “CARÁCTER NO EXCLUSIVO. LA SALTEÑA declara conocer y aceptar que el OPERADOR LOGISTICO desarrolla trabajos similares a los descriptos en el presente y/o vende productos alimenticios de distintas empresas. Sin perjuicio de ello, en virtud de la confidencialidad debida por las partes, el OPERADOR LOGÍSTICO no podrá contratar servicios con empresas que elaboren y/o vendan productos iguales o similares a los que elabora y/o vende LA SALTEÑA, y esta no contratará los servicios de otro Operador Logístico para atender el listado del Anexo I”.

Contra la pretensión de la actora, LASA no negó haber realizado ventas directas, sino que postuló una interpretación restrictiva de la cláusula en cuestión y afirmó que la prohibición alcanzaba únicamente a la distribución por terceros. Asimismo, planteó que las ventas por ella realizadas respondían a la incapacidad técnica del Sr. Canoura para distribuir productos congelados y supercongelados e imputó al accionante el previo incumplimiento de la obligación.

b. Si bien la asignación de zona exclusiva –en el caso representada por una lista de clientes- no es un requisito esencial de este contrato y por lo tanto no siempre se encuentra determinada, en caso de haberse pactado, el distribuidor tiene el derecho a exigir del productor que este último respete la zona de exclusividad que le fue asignada para comercializar los productos del fabricante (Martorell, Ernesto E., Tratado de los contratos de empresa, T. II, p. 1463, Abeledo Perrot, Bs. As., 2016).

La violación de la exclusividad pactada es considerada causal suficiente para tener resuelto el contrato por culpa de la contraparte ya que importa la afectación del principal derecho del distribuidor: el derecho a la retribución.

El establecimiento de la zona de exclusividad si bien tiene como objetivo principal evitar las ventas por terceros –en este caso otros operadores logísticos-, también apunta a restringir la comercialización por la propia fabricante –excepto reserva expresa de la facultad-. Dicha

conclusión encuentra su fundamento en primer término en las legítimas expectativas del distribuidor y en la previsibilidad a la hora de firmar el convenio (arg. art. 1198 CCiv.), y en segunda instancia en la necesidad de evitar una competencia desleal por parte del fabricante, quien podría comercializar los mismos productos a un precio inferior llegando a excluirlo del negocio.

Así las cosas, en virtud de las pautas interpretativas referidas en el punto I. B. de este decisorio, no correspondió la realización de ventas directas por parte de la fabricante en tanto existiendo cláusulas donde La Salteña hizo reserva de derechos en forma expresa, como el de restricción de la provisión de bienes, acciones de marketing, rescisión del contrato con o sin culpa, etc., y omitió hacerlo para la exclusividad.

c. Por otro lado, la accionante probó mediante prueba testimonial la venta en forma directa de los productos congelados de la marca: “CANOURA distribuía todos los refrigerados y LA SALTEÑA por su cuenta, los congelados” (v. respuesta a pregunta 13 del interrogatorio a Sr. Guastoni a fs. 5926/5930).

En igual sentido el Sr. Peccia –Gerente de Logística de LASA- manifestó: “4) EN EL PERIODO DE ENERO DEL 2006 A MAYO DEL 2008 QUIEN DISTRIBUÍA A LOS SUPERMERCADOS ASIGNADOS A CANOURA EMPANADAS DE RELLENOS DE VARIOS GUSTOS,

CONTESTO: Las únicas empanadas con relleno, era un producto congelado, lo distribuía GENERAL MILLS” –idéntica respuesta dio respecto de la distribución de las barras Nature Valley y el producto “pasta flora” en las contestaciones a preguntas 6 y 7, sin manifestar en esos casos que se trataran de productos congelados- (v. fs. 6671).

A pesar de esto, la accionante no demostró la causal justificativa de su obrar: la supuesta incapacidad técnica del distribuidor.

En ese marco y conforme lo sostiene conocida y reiterada jurisprudencia, el cpr. 377 pone en cabeza de los litigantes el deber de probar los presupuestos que invocan como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, y ello no depende sólo de la condición de actor o demandado, sino de la situación en que cada litigante se coloque dentro del proceso (CNCom, Sala A, 14.6.07, “Delpech, Fernando Francisco c. Vitama SA”, entre otros). La consecuencia de esta regla es que quien no ajuste su conducta a esos postulados rituales debe necesariamente soportar las inferencias que se derivan de su inobservancia, consistentes en que el órgano judicial tenga por no verificados los hechos esgrimidos como base de sus respectivos planteos (CNCiv., Sala A, 1.10.81, “Alberto de Río, Gloria c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, íd., Sala D, 11.12.81, “Galizzi, Armando B. c. Omicron SA”; íd., 3.5.82, “Greco Jospe c. Coloiera Salvador y otro”; CNCom., Sala A, 12.11.99, “Citibank NA c. Otarola Jorge”; íd., “Filan SAIC

c. Musante Esteban”, Sala B, 16.9.92, “Larocca Salvador c. Pesquera Salvador”; íd., 15.12.89, “Barbara Alfredo y otra c. Mariland SA y otros”; Sala E, 29.9.95, “Banco Roca Coop. Ltda. c. Coop. de Tabacaleros Tucumán Ltda., esta Sala, 27.4.2010, “Lucchini Hernán Ricardo c/ Banco de La Nación Argentina y otro, s/ ordinario”, íd., 16.11.2010, “Pugliese Hnos. S.H. de J. L. Pugliese y Damiano Pugliese c/ Refinería Neuquina SA, s/ ordinario”; íd., 18.11.2010, “Belli y Compañía SA, c/ Seguettis SRL y otro, s/ ordinario”; íd., 28.06.2011, “Mazzei, Juan Carlos c/ Boix Vargas Carlos Alberto, s/ ordinario”).

La carga de la prueba actúa, entonces, como un imperativo del propio interés de cada uno de los litigantes y quien no prueba los hechos arriesga la suerte del pleito.

e. Cabe aclarar aquí que los supuestos incumplimientos de Canoura a la cláusula en cuestión no han sido acreditados por la demandada. Es que dicho precepto contenía una autorización al distribuidor para comercializar productos que no compitieran con los de la marca de la demandada, y de las contestaciones de oficio de fs. 6604, 6620, 6616, 6746, 6822 y 6853 no se desprende un obrar contrario a la pauta fijada.

f. A continuación, La Salteña pretendió defenderse apuntando que el actor jamás comercializó las barras de cereal Nature Valley, las cuales eran entregadas en forma directa por LASA al centro de distribución de Jumbo sin intervención de operadores logísticos.

Tal defensa resulta ineficaz, en tanto ni siquiera pretendió justificar el porqué de la exclusión del distribuidor para la comercialización de ese producto específico. Por otro lado la venta directa de estas barras de cereal estaba en directa contravención a lo dispuesto en la

# DECONOMI

cláusula primera del convenio que establecía que el operador logístico tenía a su cargo “los servicios de aprovisionamiento y entrega de los productos vendidos por LA SALTEÑA”.

g. En estas condiciones, no cabe más que tener por acreditado el incumplimiento contractual imputable a LASA, proceder que también tuvo virtualidad suficiente para tener por finalizado el contrato de la forma en que lo hizo el Sr. Canoura.

Aclárase que tampoco aquí se erige como impedimento la supuesta tolerancia de los incumplimientos dado que el reclamo se retrotrae tan sólo a los dos años anteriores a la rescisión del contrato, por lo cual su conocimiento de los hechos no pudo ser anterior a esa fecha.

F. Ciertamente, en la especie, existió una ruptura anticipada del vínculo y tal cosa no se produjo como consecuencia de una libre elección del actor. Fue la conducta desplegada por la demandada la que lo colocó en una situación patrimonialmente desventajosa, tanto así que no pudo continuar con la marcha de los negocios.

Corolario de lo expuesto, el agravio de la actora deberá ser admitido con el alcance de revocar el decisorio de grado imponiendo la responsabilidad a la demandada por la resolución del contrato de OP.

III. La solución propiciada torna necesaria la revisión de lo resuelto respecto de los diversos rubros reclamados por la accionante.

A. Descuentos unilaterales en las comisiones

1. En punto a los agravios vertidos por la parte demandada para este rubro cabe remitirse a lo expuesto en el apartado II. E. 1.

2. a) Previo a determinar el monto preciso de la condena por este rubro resulta pertinente expedirse respecto de la prescripción opuesta por el demandado.

Recuérdese aquí que la a quo no se expidió sobre la procedencia de la defensa interpuesta por considerar que no incluyó el thema decidendum, en tanto no se corrió traslado de la misma al actor.

b) Se quejó el accionado en tanto consideró que cumplió con su deber de plantear la cuestión y que no podían imponérsele las consecuencias de un yerro u omisión del tribunal.

En primer término debe decirse que, sin perjuicio del criterio vertido por esta Sala convalidando el traslado al actor a fin de posibilitar su derecho a la defensa en juicio y el resguardo del debido proceso –en tal sentido “Marina Jorge Luis c/MAPFRE Argentina Seguros SA y otro s/ordinario” del 30/04/2013-; tal decisión no importa negar validez a la defensa opuesta y cuyo traslado fuera omitido por el tribunal, en tanto la ausencia de regulación expresa en el Código Procesal en cuanto al trámite que debe otorgarse a las defensas que no revisten el carácter de excepciones previas ha generado divergentes posturas en doctrina (vgr. Kielmanovich, Jorge L., “¿Puede replicarse una defensa de fondo?”, LL 1987-E-1, CNFed. Contencioso Administrativo, Sala I, 19/3/87, “Normatic sA c/Dirección General de Fabricaciones Militares”, LL. 1987-E, 1).

c) Al contestar demanda, el accionado postuló la extemporaneidad del reclamo referido a las comisiones devengadas con anterioridad al mes de abril del 2004 en tanto habría transcurrido el plazo de 4 años fijado en el art. 847 CCom.

Ciertamente la detenida lectura del escrito de inicio da por tierra la versión que la defendida plasmó en su escrito de responde desde que no es posible concluir que la actora mediante la promoción de esta causa persiguiera el cobro de facturas y la percepción de comisiones adeudadas, sino más bien el cobro de una indemnización de los daños y perjuicios por incumplimiento contractual y los derivados de la resolución del contrato por exclusiva culpa de la accionada.

En efecto, nótese que tras indicar que pretendía que se condene a su contraria al pago de \$ 3.341.272,83, se explayó sobre los caracteres del contrato y los incumplimientos en que incurrió la empresa fabricante aprovechando de su posición dominante y, de seguido, enunció los rubros indemnizatorios pretendidos.

En el escenario descripto no es posible sostener que la parte actora acumulara dos reclamos de diferente naturaleza en un solo proceso. En mi opinión, es claro que requirió concretamente la reparación integral de los daños que padeció como consecuencia de los incumplimientos y el obrar abusivo que desplegó La Salteña a lo largo de la relación, entre los

que cupo incluir las diferencia en las comisiones abonadas –en tanto gravitaron negativamente sobre su patrimonio-.

Por tanto, el plazo de prescripción decenal –que comenzó a correr al finalizar el vínculo- no había expirado a la fecha de promoción de esta demanda. Ergo, corresponde desestimar la queja.

3. Ahora bien respecto de la queja del demandado en punto al “erróneo” cálculo del actor en su escrito de inicio, el mismo habrá de ser rechazado. Es que al dictar sentencia la magistrada admitió el rubro por el monto determinado por la perito (sin actualización) que – conforme fuera constatado por esta Alzada-, asciende a la suma de \$ 518.292,07, y no aquél denunciado por el actor en su escrito de inicio.

Ergo, los agravios serán desestimados con el efecto de confirmar cuanto fue decidido en la sentencia de grado.

## B. Ventas directas y descuentos indebidos

1. Habiéndose tratado en el apartado II. E. 2. las quejas vertidas por este concepto, solamente se analizarán aquí aquellas cuestiones que hacen a la estimación del daño sufrido.

2. Se quejaron ambos contendientes del diferimiento que hizo la a quo de la cuantificación del rubro para la etapa de ejecución de sentencia con el auxilio de un nuevo experto contable.

Por su parte el actor agregó que debía revisarse también el decisorio en tanto omitió pronunciarse sobre los descuentos por devoluciones de mercadería.

Si bien es cierto que como principio, cuando como en el caso existe prueba pericial que aporta a la solución del litigio, el tribunal debe favorecer la práctica de la misma y acordarle preeminencia sobre los restantes medios, con arreglo a los métodos más seguros que se conozcan al momento, y atenerse sobre tales premisas a sus resultados cuando ningún otro elemento conocido permita dudar seriamente de la solvencia de los estudios, sin perder de vista la prueba indiciaria en tal contexto (Jorge L. Kielmanovich, “Teoría de la prueba y medios probatorios”, Tercera edición ampliada y actualizada, ed. Rubinzal – Culzoni, pág. 82 y ss., Buenos Aires, 2004); y que, para efectuar un apartamiento del dictamen pericial contable, es necesaria la existencia de otros elementos en la causa que permitan concluir el error o el inadecuado uso de los conocimientos técnicos aplicados por el experto (CNCom, Sala B, 25.06.87 “Urbano Raúl c/ García Omar”).

También lo es que la ley no prefiere ni la admisibilidad ni la fuerza probatoria de cada uno de los medios de prueba, labor que queda decididamente librada al criterio y convicción de cada magistrado (ST San Luis, 1996/09/03, L.R. y otro, DJ 1997-2-617).

El juez debe valorar o apreciar esas pruebas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, para saber cuál es la fuerza de convicción que contienen y si gracias a ella puede formar su convicción sobre los hechos que interesan al proceso (Devis Echandía, Hernando, Teoría General del Proceso, Tomo II, Editorial Universidad, Bs. As., 1984, p. 208).

3. Considero que en el caso la decisión de la magistrada –que implicó un apartamiento del dictamen pericial- no se debió a un mero capricho sino a una decisión fundada en el dudoso entendimiento de la perito sobre algunos puntos de pericia –en particular el relacionado con el rubro aquí evaluado-.

Véase que la juez manifestó: “de la prueba colectada en este juicio no surge clara y concretamente los montos por los cuales la demandada realizó ventas directas, como así tampoco cuál de todas las mercaderías devueltas y descontadas al actor correspondieron a operaciones realizadas directamente por La Salteña. (...) los puntos de pericia 13 y 14 ofrecidos por el actor nada aportan desde que –y sin perjuicio de destacar la deficiente formulación de los puntos, en particular del 13- la perito contestó teniendo en cuenta “las cantidades vendidas por la actora” lo cual, por sí solo erige la ineficacia de su conclusión, pues lo que debía determinar –y no lo hizo- eran aquellas ventas que había realizado La Salteña sin intervención de Salvador Canoura. (...) No obstante ello, en tanto no hay duda en relación a la existencia de ventas directas, diferiré la determinación del quantum para la etapa de ejecución de sentencia...” (v. fs. 7045 y vta.).

Fueron los propios litigantes en sus contundentes impugnaciones quienes pusieron en evidencia los defectos de la pericia y su falta de claridad a la hora de evaluar los puntos solicitados (v. fs. 6367/6373 y 6392/6400),

# DECONOMI

-impugnaciones que no fueron contestadas en forma clara por la experta quien se limitó a reiterar cuanto fuera expuesto en su dictamen inicial-, por lo que pretender la aplicación de lo allí decidido, como lo hace el actor, resulta cuanto menos contradictorio.

4. Ahora bien, en punto a las devoluciones indebidas, estimo que la omisión de la a quo de integrarla al decisorio no se debió a un desconocimiento de su existencia, sino a un mero error que habrá de ser subsanado en esta oportunidad.

5. Por ende, teniendo en cuenta que la solución propiciada en la instancia anterior resulta acorde a los principios de justicia y equidad, estimo que los agravios vertidos deberán ser desestimados, confirmándose el diferimiento de los rubros para la etapa de liquidación y a cargo de un nuevo experto contable, bajo las pautas sugeridas a fs. 7045vta., con la salvedad de que a la indemnización así calculada deberán también adicionarse las sumas erróneamente descontadas por devoluciones de mercaderías en cuya comercialización no intervino el Sr. Canoura.

## C. Lucro cesante

1. La parte actora solicitó se condene a LASA al pago del promedio de las utilidades obtenidas por la distribución mayorista durante el año anterior a la resolución del contrato (sin los descuentos comisionales aplicados unilateralmente) multiplicada por 35 meses –ello a razón de un mes por año de relación-.

Previamente la parte adujo que debía interpretarse al contrato como de tiempo indeterminado por las perspectivas de continuidad existentes.

2. Pues bien, conforme es sabido, el lucro cesante es la ganancia o utilidad que ha dejado de percibir el acreedor con motivo del incumplimiento (conf. Borda, “Tratado de Derecho Civil Argentino - Obligaciones”, Perrot, Bs. As., 1967, T. I, pág. 125).

De Cupis, en su obra “El daño”, dice que si el objeto del daño es un interés actual, o sea, el interés relativo a un bien que ya corresponde a una persona en el instante en que el daño se ha ocasionado, se tiene un daño emergente; pero, si por el contrario, el objeto del daño es un interés futuro, es decir, el interés relativo a un bien que todavía no corresponde a una persona, se tiene un daño lucro cesante (De Cupis A., “El Daño”, N° 38, págs. 312/313).

En ese sentido, el art. 1069 del Cód. Civ. reza “El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido sino también la ganancia de que fue privado el damnificado...”. Por ello, determinar su contenido, es decir el íntegro quantum que lo compone, resulta de fundamental importancia, ya que ese contenido del daño comprende lo que se conoce con el nombre tradicional de daño emergente y lucro cesante (Belluscio-Zannoni, “Código Civil...”, T. 2, pág. 718, con cita de De Cupis; esta Sala voto del doctor Ojea Quintana en autos: “Diagnóstico Médico SA, c/ Quatro Latina SA, s/ ordinario”, del 21.5.2015).

Si bien ninguna duda cabe a este tribunal sobre la procedencia de una indemnización por lucro cesante –en tanto el vínculo finiquitó por incumplimientos imputables a la fabricante-, sí existen ciertas dudas en cuanto a la forma de cálculo propuesta por el accionante. Sobre este punto, LASA manifestó en la contestación de agravios de fs. 7103/7120 que de proceder la indemnización debía hacerse de acuerdo a cierta jurisprudencia que limitaba el reclamo a la utilidad neta del último año y por un mes por año de vigencia con un límite de 3 meses.

3. En primer término se impone, entonces, la necesidad de pronunciarse respecto a la existencia o inexistencia de un contrato por tiempo indeterminado.

La duración del contrato constituye un parámetro de ponderación que proyecta efectos en dos direcciones divergentes: la primera, en orden a las ganancias obtenidas durante la vigencia del contrato y su aptitud para atenuar los efectos perjudiciales de la extinción, cuando ésta lleva ínsita la posibilidad de decidirse en cualquier tiempo; la otra, vinculada con la relación entre esas utilidades y la frustración de la expectativa a su obtención durante un lapso posterior a la resolución.

A fin de dilucidar cual fue la duración de la relación entre las partes habrá de tenerse en cuenta la distinción realizada en punto a la doble faz de la relación, ya que la antigüedad del contrato sólo podrá computarse desde el inicio de la relación con los Supermercados –esto siempre y cuando haya existido en el caso un contrato de tiempo indeterminado-.

Considero que, de acuerdo a las constancias acompañadas con el inicio de demanda, la relación del Sr. Canoura con los Supermercados – actuando como distribuidor de La Salteña- tuvo inicio, cuanto menos, en el año 1983. En el punto 8 de la pericial contable al expedirse sobre las bocas de expendio atendidas por Salvador Canoura con anterioridad a la firma del

# DECONOMI

convenio la experta se remitió a la documentación acompañada por la actora en su demanda como anexos 3 y 4 (en sus distintos apartados), entre los cuales obran ciertas listas de precios y notas al Hipermercado Jumbo con el membrete de La Salteña y con el sello del actor que no fueron desconocidas ni negadas por la demandada en su escrito de contestación, - siendo la de mayor antigüedad una del año 1983 (v. fs. 74).

4. Conforme expuse en el apartado I de este decisorio el contrato de OP firmado por las partes en el año 1998 no fue más que una forma de instrumentar la relación existente entre las partes que alteró la forma en que se realizaría la facturación y los márgenes comisionales, al mismo tiempo que plasmó por escrito las condiciones sobre vigencia, renovación, rescisión, entre otros deberes y obligaciones de las partes.

Si bien no se omite que el convenio dispuso un plazo de duración explícito y fijó, asimismo, las condiciones a cumplir para su renovación, lo cierto es que en los hechos dichas cláusulas no fueron aplicadas ni cumplidas por las partes. Es que ante el vencimiento del convenio en la fecha estipulada –el 03/06/2003- las partes continuaron en la ejecución del convenio sin mediar negociación alguna o manifestación expresa que haga operativa la cláusula 9°.

Por otro lado, mediante la CD del 01/04/2008 tampoco se manifestó en forma clara la voluntad de LASA de tener por finalizado el contrato, ni se aguardó a que venciera el plazo otorgado para tenerlo por concluido –como se desprendería de la cláusula 9°-, sino que simplemente ofreció al actor la continuación del contrato por otro año bajo distintas pautas comisionales.

Bajo tal óptica, dentro del contexto en que se desarrollaron las relaciones habidas entre los aquí contendientes, me encuentro persuadido de que no obstante la existencia de un plazo cierto y determinado de vigencia consignado en el contrato de OP, existía entre los contratantes una relación estable, preexistente y permanente, que habilita a concluir a favor de la existencia de una relación por tiempo indeterminado (En este sentido, CNCom., Sala B Marquines y Perotta c /Esso SAPA” 11/04/1995).

5. Recuérdesse aquí que el presupuesto del resarcimiento que ha sido reconocido a los contratos de duración, es la existencia de una relación continuada y duradera dentro de un marco contractual en el cual una de las partes se ha visto obligada a montar una significativa estructura empresarial para cumplir con las prestaciones que esa relación demandaba y luego repentinamente se encontró con que esa relación de la que dependía había concluido (CNCom., Sala A, “Halbide Jorge c/Serenity SA s/ord.” 13/12/2007), circunstancias que se verificaron en el caso.

Así las cosas, el lucro cesante se configura como una indemnización sustitutiva del preaviso que, si bien no pudo ser otorgado por LASA por haber sido la parte distribuidora la que puso fin al convenio, resulta procedente en tanto la finalización del vínculo respondió a una repentina presión ejercida por la fabricante al pretender imponer una abusiva modificación en las prestaciones pactadas (v. CD. del 01/04/2008 a fs. 5848) dentro del plazo garantizado al distribuidor para manifestarse respecto de la continuación del contrato.

6. Con prescindencia de dejar sentado que la fijación de un período estimado como suficiente a los fines que aquí se consideran exhibe un alto grado de discrecionalidad, lo cierto es que las circunstancias que enmarcan el conflicto de intereses evidenciado en estas actuaciones me convencen que el lapso de un año resulta suficiente y adecuado para permitir la reorganización de los recursos o, en su caso, la liquidación de la empresa del Sr. Canoura.

También aprecio adecuado admitir cuanto fuera pedido por la demandada y determinar que la indemnización se estime sobre la base de las utilidades netas de la empresa, mas ellas habrán de calcularse sin los descuentos unilateralmente aplicados por LASA a las comisiones pautadas – ver en este aspecto apartado III. A. precedente-. Es que, en términos económicos la ganancia es justamente la porción que se percibe efectivamente el empresario luego de deducidos los gastos que conlleva la realización de cualquier actividad comercial, lo contrario, importaría tanto como soslayar que en el ejercicio de su actividad la actora ninguna erogación debió afrontar (véase, CNCom., Sala C, voto del Dr. Monti en autos: “Rivas Rosa Graciela c/ Grimoldi SA s/ ordinario”, 10/10/2003).

En estas condiciones, estimo que será menester a los fines de determinar el quantum, la designación de un nuevo experto contable quien deberá practicar oportuna liquidación. Tal solución se impone en tanto no ha sido claramente dilucidada cual fue la utilidad neta del año previo a la finalización del contrato sin los descuentos unilateralmente aplicados en tanto:

# DECONOMI

a) Conforme al punto 15 de la actora lo que se calculó es la ganancia promedio – que no es más que un promedio de las comisiones abonadas durante ese año-, sin descontar los gastos y erogaciones que su actividad generaba.

b) El punto vi de la demanda calcula la utilidad neta promedio para el año 2007 mas omite adicionar los descuentos unilaterales efectuados.

El rubro en cuestión devengará intereses desde el 01/04/2008 – fecha de la CD que inició el intercambio epistolar que derivó en la resolución del contrato- y hasta el efectivo pago, que deberán liquidarse desde la fecha de la demanda y hasta el efectivo pago, a la tasa activa que fija el Banco de la Nación para sus operaciones de descuento a 30 días (cfr. esta Sala, “Berrio, Gustavo Osvaldo y otro c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros

S.A. s/ ordinario”, del 15.12.16; “Papa Raul Antonio c/ Smg Compañía Argentina de seguros S.A. s/ ordinario”, del 20.10.16; “Echeverria Dante c/ Provincia Seguros S.A. s/ ordinario”, del 27.10.16; “A.H. Llames y Cía S.A. y otro c/ RPB S.A. s/ Ordinario” del 12/5/16).

## D. Reclamo por facturas impagas

La demandada recurrió la decisión de grado en cuanto admitió el reclamo por las facturas impagas. Postuló que no correspondía a su parte la prueba de la veracidad de las facturas emitidas, sino al actor, quien no exhibió la documentación contable que respaldara las facturas emitidas.

La magistrada había decidido la admisión del rubro en tanto la demandada no probó haber cancelado las comisiones por los meses de abril y mayo de 2008, las cuales debieron devengarse necesariamente de la prestación de servicios.

Adelanto que coincido con la solución apelada.

Ninguna duda cabe sobre la procedencia del cobro de comisiones por el trabajo realizado, por ende, el rechazo que se haga de las facturas tendientes a hacerlo efectivo debe ser debidamente fundado y acreditado, lo que no ocurrió en el caso.

Recuérdase que sobre el particular la Alzada de este fuero ha sostenido en reiteradas oportunidades que la irrestricta negativa de la demandada sobre los extremos en que se funda la demanda puede presentarse como un proceder contrario a la regla de la buena fe, según la cual es dable exigir frente a afirmaciones concretas del actor al menos una explicación fundada (CNCom., Sala D, 26/08/1999, “Palermo Autopartes SRL c/Julián Álvarez Automotores SA s/ordinario”); pues no es suficiente como principio una cómoda negativa que comúnmente sólo tiende a poner a cargo de la contraparte la prueba de los extremos que por un elemental deber de lealtad en el proceso, corresponde sean inicialmente propuestos por las partes con claridad y veracidad.

Mediante la CD del 12/05/2008 La Salteña rechazó las facturas n° 0001-00023567 y 0001-00023568 de fecha 08/05/2008 “por cuanto el importe que surge de las mismas no se corresponde con la venta neta realizada por La Salteña durante el mes de abril de 2008 a los clientes a los cuales le realiza la operación logística”(v. fs. 5841).

Tal como apuntó la a quo “nótese que el rechazo del importe facturado no vino acompañado por el cálculo de las comisiones que, a criterio de la demandada hubiesen correspondido, ni mucho menos ofreció la accionada prueba para acreditar la correcta cuantía de lo que debía” (v. fs. 7046).

Idéntica actitud fue adoptada al contestar demanda, oportunidad en que planteó, también, la existencia de cierta deuda de Canoura a la fecha de finalización del contrato que conllevaba a la aplicación de la excepción del CCiv. 1201.

Ninguno de los argumentos esbozados por la accionada fueron probados en estos autos. Pese a la producción de prueba pericial contable sobre sus propios libros la demandada omitió elaborar punto alguno tendiente a verificar su versión.

Como es sabido, las modernas tendencias probatorias han aceptado, como línea de principio, que ambas partes deben contribuir a conformar el plexo probatorio, llegándose a sostener que el favor probationis o la “Teoría de las cargas dinámicas” se inclina -más allá de todo elemento presuncional- por poner la carga de la acreditación sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo.

Superándose el sistema de las reglas clásicas absolutas -estáticas- en la materia, poniéndose en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla; sin preceptos rígidos en la búsqueda de la solución justa, según las circunstancias de cada

causa (v. Peyrano, Jorge y Chiappini, Julio, “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, ED. 107-1005), doctrina que puede entenderse asumida por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, al señalar la necesidad de “valorar la conducta asumida por las partes en el proceso” (fallos 311:73) y “que las reglas atinentes a la carga de la prueba, deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, a los efectos de dar primacía -por sobre la interpretación de las normas procesales- a la verdad jurídica objetiva, de modo que el esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal” (C.S.J.N., “Gallis de Mazzucci, Luisa c/ Correa, Miguel y otro” del 6.2.2001, LL 2001- C, 959).

Debe resaltarse, asimismo, que es natural que la tramitación de la causa exija de las partes un mínimo de actividad que compruebe su real interés en demostrar su derecho (deber de colaboración), por aquel criterio que informa que la lealtad, probidad y buena fe deben presidir la actuación de los contendientes en el proceso, y que les previene asimismo del deber moral de contribuir al esclarecimiento de la verdad y colaborar con el órgano jurisdiccional (esta Sala, 11.08.2011, “Mancinelli Juan Carlos c/Siemens IT Solutions and Services S.A. s/ordinario”).

En estas condiciones, el agravio será rechazado.

## E. Clientela

Con carácter liminar interesa recordar que la doctrina define a la clientela como el flujo de adquirentes de servicios o bienes producidos por la hacienda, flujo que tiene su causa en el avviamento (es decir, esa cualidad o virtud que le permite al establecimiento producir superutilidades y sostener la esperanza de continuar produciéndolas en una época futura), en tanto y en cuanto la hacienda sea explotada (Ascarelli, Tulio *Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil*, Ed. Bosch, año 1974, p. 292). Para Rotondi la clientela es “el conjunto de personas que, de hecho, mantiene con la casa de comercio relaciones continuas” (ya sea por la comodidad, por la organización, la calidad de la atención del establecimiento) “por demanda de bienes o de servicios”.

Los clientes son el conjunto de personas (de existencia visible o ideal, indistintamente) relativamente homogéneo y coherente que consumen (en forma personal, por intermedio de terceros –corredores, comisionistas, etc.- o inclusive por correspondencia) los bienes o servicios que constituyen el giro comercial del fondo, y puede tratarse tanto de clientela habitual (normalmente construida a partir de las cualidades organizativas del establecimiento comercial –atención al público- y su prestigio –calidad de sus productos o servicios-) o también clientela ocasional (vinculada a la ubicación del local y al giro comercial específico –bares, restaurantes, etc.), dependiente de este elemento la rentabilidad inmediata de la empresa.

La clientela, elemento del fondo, es al mismo tiempo un valor resultante de las relaciones existentes entre el fondo de comercio y las personas que en él compran bienes o servicios y una facultad que posee la explotación para atraer y retener a los compradores. Tiene, entonces, dos perfiles: el consumidor habitual y el ocasional o potencial (Guyenot, Jean, *Derecho Comercial*, Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa América, Bs. As., 1975, p. 312).

Como varios de los otros, también el elemento “clientela” es complejo y de tratamiento conflictivo, mayormente a causas de la imposibilidad de establecer un concepto unívoco a su alrededor; algunos autores lo identifican con el valor llave, mientras que otros señalan –acertadamente creemos- que es apenas uno –aunque de gran importancia- de los elementos que concurren a formar el valor llave del establecimiento.

El crédito (avviamento) del establecimiento, es una cualidad, causa y efecto de la clientela; refiere a la posición que el fondo de comercio obtenga en el mercado (Ascarelli, Tulio, *Panorama del Derecho Comercial*, Depalma, Bs. As., 1949, p. 140) y que, expresa o tácitamente, el agente debe mantener, mediante la abstención de conductas dañinas de la imagen o prestigio del principal.

La inclusión de la clientela dentro del valor llave o su identificación con el concepto –tal como postuló el demandante- en nada influye en el caso particular en tanto no se ha formalizado un reclamo por ambos rubros sino solo por el de clientela.

En el caso particular no nos encontramos ante una clientela difusa y de difícil determinación, como sucede cuando la clientela consiste en consumidores finales indeterminados, sino en una taxativa clientela reconocida en forma expresa por el contrato, cuya incorporación como clientes trajo aparejado una serie de erogaciones reconocidas

# DECONOMI

contractualmente –en su realización mas no en su monto- y acreditada mediante diversos medios probatorios.

El considerando primero del contrato manifiesta la intención de La Salteña de “contratar los servicios del OPERADOR LOGÍSTICO a los efectos de las operaciones de entrega de los productos a los clientes detallados en el anexo I” tras una explicación de la relación contractual que vinculaba a las partes –transcriptas anteriormente- el considerando quinto reconoce que “a los efectos de iniciar la relación contractual entre el OPERADOR

LOGÍSTICO y determinadas bocas de Supermercados y/o Hipermercados resultó necesario el abonar determinadas sumas de dinero que permitieran iniciar la comercialización en cada una de esas bocas, o adquirirlas de anteriores comerciantes mayoristas”.

De la detenida lectura de estas cláusulas resulta claro –a mi entender- el reconocimiento de la clientela adquirida por el operador logístico como requisito para operar con las bocas de los supermercados, conclusión que se ve reforzada por las restantes pruebas producidas, esto es: contestaciones de oficio, pericia y testimonios, entre los cuales considero oportuno mencionar:

a) El Sr. Kumichel al contestar el pedido de información a fs. 5959 dijo que “Por las bocas de expendio adquiridas se ha abonado la suma de U\$S 20.000”,

b) El Sr. Abascal a fs. 5889 explicó los descuentos que debían realizar a los supermercados y la entrega de mercadería sin cargo otorgada a los fines de adquirir cada boca de expendio;

c) El Sr. Araya informó que “yo personalmente hice como cliente a Carrefour en el año 1980 aproximadamente, luego incorporé más bocas de la misma cadena de supermercados (...) por cada boca de expendio en concepto de apertura se abonó la suma de \$ pesos/dólares estadounidenses U\$S 40.000 cada una” (v. fs. 5891);

d) El Sr. Zazzarino, a fs. 5933/5937, ex gerente de ALIJOR – empresa asociada a La Salteña- declaró que “de acuerdo a los sistemas implementados por las compañías era dueño de los clientes como fondo de comercio (...) el Sr. Canoura acordaba y negociaba los pagos o apertura de boca de supermercado”;

e) La Sra. Martinez, ex empleada de otro distribuidor de LASA se pronunció en idéntico sentido diciendo que “Las negociaciones para obtener a los supermercados como clientes lo realizaban los distribuidores, quienes invertían –dinero y mercadería- cuando se abría alguna sucursal o había alguna promoción” (v. fs. 5944) (en similares términos se pronunciaron los testigos Henderson –v. fs- 5981/5921 y Busatto a fs. 6007 y ss.);

f) Los puntos 8, 9 y 10 de la pericia contable detalla las bocas adquiridas por el Sr. Canoura y el costo de adquisición de las mismas.

g) Finalmente, el testigo Cariati manifestó al ser cuestionado sobre como hacía Canoura para venderle a los supermercados que “CANOURA ya tenía bocas de expendio” (v. fs. 6658).

En virtud de lo expuesto habrá de confirmarse el decisorio en cuanto admitió el reclamo, sin embargo su quantum se encuentra recurrido por la accionante, quien adujo que la forma dispuesta para la indemnización – que implicaba promediar las comisiones percibidas durante los últimos 5 años- resultaba de una improcedente aplicación de las normas del CCYC y que omitía la realidad económica del país y la inflación vivida.

Seguidamente, solicitó que la indemnización se imponga en base a la comisión bruta del último año de servicios prestados –sin la reducción en las comisiones-, y que aquel monto sea multiplicado por 18 meses –uno por boca de su titularidad-. También se agravó aquí del diferimiento de la cuantificación del rubro y solicitó se condene al pago de la suma reclamada.

En primer término cabe destacar que la demandada nada dijo en punto a los usos y costumbres del comercio para calcular el rubro, ni propuso un cálculo distinto –más allá de plantear en su contestación de demanda que éste debía hacerse sobre la utilidad neta-.

Asimismo, estimo pertinente dejar a salvo que la aplicación de las nuevas modificaciones que pudiera haber introducido el Código Civil y Comercial de la Nación en la materia no es procedente.

Ello así toda vez que, de aplicarse las disposiciones contenidas en ese Código se vería afectado el principio de irretroactividad de las leyes consagrado por el art. 7 del mismo cuerpo legal, pues de otro modo se alterarían los efectos de una relación jurídica, ya producidos antes

de que el nuevo Código se hallase en vigencia, volviendo sobre una relación o situación jurídica ya constituida anteriormente con efectos jurídicos propios en el pasado, atribuyendo efectos que antes no tenían a actos jurídicos, por la vinculación de esos actos con un período de tiempo anterior a la vigencia de la ley (ver en este punto mi voto en esta Sala, "Escobar SACIFI c/Ford Argentina SCA s/ordinario" del 19/05/2016, y su remisión a: CNCom, Sala A, "Equity Trust Company (Arg) c/Canabeta Hugo Osvaldo s/Ejecución prendaria", 02/09/2015, y "Banegas Oscar Roberto s/Quiebra", 15/09/2015, que hube replicado al sentenciar en la causa "Ospital Carlos R. C/Francisco Osvaldo Díaz SA y otros s/ordinario" del 01/12/2015).

En estas condiciones, no siendo aplicable el precepto del art. 1497 CCyC, estimo justo el planteo de la recurrente, en cuanto estimar el promedio en base a las utilidades de los últimos 5 años resultaría sumamente gravoso en el contexto inflacionario del país.

Ahora bien, estimo prudente dejar a salvo que la remisión hecha por la a quo a las pautas de la norma referida no importaron una indebida aplicación retroactiva de la ley, sino una mera referencia al criterio allí aludido con el que ella coincidía.

Por otro lado, estimo razonable el pedido de Canoura de multiplicar el promedio obtenido –que deberá elaborarse sobre las utilidades netas tal como expuse al pronunciarme sobre el lucro cesante- por 18, en la medida en que el número no resulta antojadizo sino que responde a la cantidad de bocas que adquirió durante la relación, de lo contrario se estaría convalidando un enriquecimiento indebido a favor del demandado, que no está permitido por nuestro derecho.

Corolario de lo expuesto, corresponde modificar la sentencia de grado y determinar que la indemnización por clientela habrá de calcularse en base a la utilidad neta promedio del último año de servicios prestados multiplicado por 18 meses.

#### F. Daño moral

Solicitó el actor la indemnización por el daño moral padecido.

Recuérdese que ha sido reiteradamente juzgado que el agravio moral importa una lesión a las afecciones legítimas; entre otras, la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad psíquica, los afectos familiares, etc. (conf. CNCom., Sala B, "Katsikaris A. c/La Inmobiliaria Cía. de Seguros, s/ord.", 12/08/86). No se reduce al pretium doloris, pues involucra todo daño a intereses jurídicos extrapatrimoniales (conf. CNCom, Sala B, "Galán Teresa c/Transportes Automotores Riachuelo SA s/sumario", 16/03/99). Se trata de una lesión susceptible de causar lo que una aguda fórmula ha llamado "modificaciones disvaliosas del espíritu" (Pizarro, Daniel, Reflexiones en torno al daño moral y su reparación, JA del 17/09/86, pág. 6 y doctrina allí citada).

Sobre este tópico no deben olvidarse las enseñanzas de Von Ihering, que se pronunció por la afirmativa, sosteniendo que cualquier interés, aunque sea moral, es merecedor de protección por parte del derecho; agregando que no es razón para dejar sin reparación al titular del derecho afectado, la circunstancia de que éste no resulte apreciable en dinero. El dinero no siempre cumple una función de equivalencia, ya que ésta sólo se da cuando se trata de prestaciones de contenido patrimonial; en los demás casos cumple una función satisfactoria, posibilitando al titular del derecho violado la obtención de otros goces o sensaciones agradables o placenteras que lo distraigan y le hagan o mitiguen los padecimientos sufridos" (Ihering, Rudolph Von, "De l'interet dans les contrats et de la prétendue nécessité de la valeur patrimoniale des prestations obligatoires", en Oeuvres choisies por O. de Meulenaere, Chevalier-Maresq et Cie. Edit., París, 1893, T. II, especialmente p. 178 y ss., cit. en "Tratado de la Responsabilidad Civil", Trigo Represa, Félix A. López Mesa, Marcelo J. Ed. LLBA 2004. T. I, p. 482).

La doctrina apunta como presupuestos del daño moral que sea cierto, personal del accionante, y derivar de la lesión a un interés suyo no ilegítimo y que el reclamante se vea legitimado sustancialmente, lo que ocurre en el sub lite.

Ello así, propicio receptor la queja esbozada por el accionante y, consecuentemente, hacer lugar a la reparación pretendida. El carácter restrictivo que la jurisprudencia asigna a la reparación de esta clase de daño en materia contractual, tiende esencialmente a excluir de este ámbito las pretensiones insustanciales, basadas en las simples molestias que pueda ocasionar el incumplimiento del contrato (conf. Guillermo A. Borda, La reforma del 1968 al Código Civil, p. 203; Ed. Perrot, Bs. As., 1971). Sin embargo esa razonable restricción no puede erigirse en un obstáculo insalvable para el reconocimiento del agravio moral cuando el reclamo tiene visos de seriedad suficientes y encuentra base sólida en los antecedentes de la

causa (conf. CNCom, Sala C, "Giorgetti Hector R. y otro c/Georgalos Hnos. S.A.I.C.A. s/ord", 30/06/93; id., "Mirk Olga Beatriz c/Caja de Seguros SA s/ord.", 29/05/07).

Es perceptible el daño padecido por la demandante en tanto la conclusión del contrato fue consecuencia del abusivo obrar de la demandada e implicó la pérdida de la principal fuente de ingresos del actor y una merma en su nivel de vida (v. testimonios de fs. 5918/5921, 5151/5153, entre otros). Tal frustránea situación sin lugar a duda trajo aparejados sinsabor, ansiedad y molestias que trascendieron la normal adversidad que el actor debía afrontar en su vida cotidiana.

En relación a la cuantía del concepto indemnizatorio aquí examinado, juzgo razonable fijar la indemnización –a la fecha de este pronunciamiento- por este concepto en la suma de \$ 125.000 (conforme la previsión del cpr. 165).

De otro lado y teniendo en cuenta que conforme copiosa jurisprudencia del fuero los accesorios correspondientes a los rubros indemnizatorios deben liquidarse, como principio, desde el día en que se produjo cada perjuicio objeto de reparación, de conformidad con el criterio establecido en un legendario fallo plenario de la CNCiv., in re "Gómez, Esteban c/ Empresa Nac. de Transportes" (LL 92-667), teniendo en consideración las particulares circunstancias de cada caso (CNCom, Sala C, "Dante Marcela Claudia c/ Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. s/ ordinario", del 4/3/2008; esta Sala, 22.04.2010, "Farenga Juan Antonio y otro, c/ Banco Río de La Plata SA, s/ sumarísimo"), procede ordenar el devengamiento de intereses sobre la indemnización fijada, a una tasa pura correlativa del 6% desde la fecha de promoción de la demanda y hasta la fecha de este pronunciamiento (tal como me he pronunciado con anterioridad, y en concordancia con los argumentos vertidos en el precedente "Quintana Milciades Flora c/Nosis Laboratorio de Investigación y Desarrollo SA s/ord.", del 10/09/2013, véanse mis votos en autos "Rivolta Miguel Angel c/BBVA Banco Francés SA s/ord" del 31/09/2013, "Pliner, Marta Perla c/La Nueva Coop. De Seguros Ltda. s/ord." del 05/06/2014, entre otros).

Mas, en caso de no abonarse la condena dentro de los 10 días de quedar firme la presente, corresponderá aplicar intereses a la tasa que cobra el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones comunes de descuento a treinta días (cfr. los argumentos expuestos en "Moreno Constantino Nicasio c/Aseguradora Federal Argentina SA s/ord." del 01/08/2013).

IV. Finalmente requirió la actora que se modifique la imposición de costas hecha en el orden causado.

En atención al modo en que ha sido resuelta la cuestión, las costas de ambas instancias serán soportadas por La Salteña SA. Es que, la condena en costa al vencido, constituye un resarcimiento que la ley conforme la prescripción contenida en el cpr. 68, reconoce al vencedor para sanear su patrimonio de los perjuicios que le ocasione el pleito. La misma debe ser entendida como reparación de los gastos razonables y justos, generados durante el devenir del proceso para accionar o para defenderse.

Por tanto, el vencimiento lleva consigo tal condena principio éste resultante de la aplicación de una directriz axiológica de sustancia procesal, en cuya virtualidad debe impedirse que la necesidad de servirse del proceso se convierta en daño (CNCom., Sala B, 28/3/89, "San Sebastián c/ Lande, Aron"); es decir, es una institución determinada por el supremo interés que el derecho cuyo reconocimiento debe transitar por los carriles del proceso, salga incólume de la discusión judicial (CNCom., Sala B, 12/10/89, "De la Cruz Gutiérrez, Graciela María, c/ Círculo de Inversores SA"; esta Sala, 11/10/11, "Koldobsky Liliana Estela c/ Koldobsky Carlos David s/ ordinario"; id., 10/07/12, "Galli, Horacio Alberto c/ Euroderm SRL, s/ ordinario", id., 25/10/12, "Massa José Luis y Otro c/Standard Bank Argentina SA s/Amparo", id., 14/03/2013, "Mielke Daniel Alberto c/Grove Felipe Rolando y otro s/ordinario").

## V. Conclusión

Por todo lo expuesto, si mi criterio fuera compartido por mi distinguida colega, propongo al Acuerdo: a) admitir, con los alcances vertidos en los apartados precedentes, las quejas vertidas por las partes; b) revocar la sentencia de grado en punto a la responsabilidad adjudicada por la ruptura del contrato; c) hacer lugar a las indemnizaciones pretendidas por los rubros lucro cesante y daño moral –v. apartados "IV. La solución" considerandos III. C y F- y consecuentemente condenar a La Salteña al pago de los montos ut supra determinados; d) confirmar la admisión de los restantes reclamos de acuerdo con las pautas apuntadas precedentemente; y e) imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (arg. art. cpr. 68).

# DECONOMI

Así voto.

Por los mismos fundamentos la Doctora Alejandra N. Tevez adhiere al voto del Doctor Rafael F. Barreiro

Con lo que terminó este Acuerdo que firmaron los señores Jueces de Cámara doctores: Alejandra N. Tevez Rafael F. Barreiro. Ante mí: María Florencia Estevarena (Secretaria)

Buenos Aires, 6 de junio de 2017.

Y Vistos:

I. Por los fundamentos expresados en el Acuerdo que antecede, se resuelve: a) admitir, con los alcances vertidos en los apartados precedentes, las quejas vertidas por las partes; b) revocar la sentencia de grado en punto a la responsabilidad adjudicada por la ruptura del contrato; c) hacer lugar a las indemnizaciones pretendidas por los rubros lucro cesante y daño moral –v. apartados “IV. La solución” considerandos III. C y F- y consecuentemente condenar a La Salteña al pago de los montos ut supra determinados; d) confirmar la admisión de los restantes reclamos de acuerdo con las pautas apuntadas precedentemente; y e) imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (arg. art. cpr. 68).

II. Notifíquese (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1° y N° 3/2015). Fecho, devuélvase a la instancia de grado.

Hágase saber la presente decisión a la Secretaría de Comunicación y Gobierno Abierto (cfr. Ley N° 26.856, art. 1; Ac. CSJN N° 15/13, N° 24/13 y N°42/15).

Firman solo los suscriptos por encontrarse vacante la Vocalía N° 17 de esta Cámara (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).

Alejandra N. Tevez

Rafael F. Barreiro

María Florencia Estevarena Secretaria

§

**Tribunal:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D

**Fecha:** 01/03/2016

**Autos:** Sola, Andrés Valentín c. Diageo Argentina S.A. s/ ordinario

**Cita Online:** AR/JUR/12070/2016

**2ª Instancia.-** Buenos Aires, marzo 1 de 2016.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

El doctor Heredia dijo:

1º) El fallo de primera instancia —dictado a fs. 4053/4067— acogió parcialmente la demanda promovida por Andrés V. Sola y, consiguientemente, condenó a Diageo Argentina S.A. a pagar una suma a establecer en la etapa de ejecución de sentencia por peritos árbitros, más intereses. Asimismo, admitió la excepción de falta de legitimación pasiva que frente a la reconvenición de Diageo Argentina S.A. opusieron Javier Sola y Andrés M. Sola y, haciendo lugar a la contrademanda, condenó a Andrés V. Sola a pagarle a la reconviniendo la suma de \$4.274.926,60, más intereses. Finalmente, declaró la compensabilidad de los créditos recíprocos que surgen de la demanda y de la reconvenición admitidas; y en cuanto a las costas —con la salvedad de las correspondientes a la mencionada excepción, que las impuso a la demandada y reconviniendo— las distribuyó en el orden causado en las restantes relaciones procesales, difiriendo la regulación de honorarios.

En cuanto interesa destacar, la referida sentencia: I) tuvo por incuestionado que las partes se vincularon por un contrato de distribución a partir de diciembre de 1995, que se instrumentó el 25/09/1997 por un año, vencido el cual continuaron las partes ligadas por tiempo indeterminado hasta que el 15/05/2008 la demandada comunicó al actor su decisión de rescindir a partir del 28/02/2009, lo que equivalía a darle un preaviso de 9 meses y medio;

# DECONOMI

II. también tuvo por incuestionado que ya iniciado el plazo de preaviso, el actor rescindió el contrato imputándole incumplimientos a la demandada; III) concluyó que el actor tenía una distribución “exclusiva” en su zona solamente con relación a ciertos canales (vinotecas, autoservicios, almacenes, bares, restaurantes, discotecas y otros comercio de consumo de botellas abiertas), pero no en supermercados e hipermercados; IV) juzgó a la relación contractual como de plazo “indeterminado”; V) afirmó que el actor no logró acreditar incumplimientos dolosos o abusivos de su contraria, como tampoco que Diageo Argentina S.A. hubiera adoptado conductas comerciales discriminatorias, y por consecuencia de ello descartó su reclamo por cobro de comisiones; VI) también rechazó los reclamos de la demanda por daño psíquico, reintegro de indemnizaciones por despido de personal y gastos relacionados; VII) en cambio, interpretó insuficiente el preaviso dado por la demandada al actor, entendiendo que se imponía uno de 12 meses toda vez que la relación contractual había durado 12 años y medio, razón por la cual admitió una indemnización por omisión de tres meses; VIII) asimismo, acogió el reclamo del actor por indemnización de clientela, el que fijó en el equivalente a las ganancias netas correspondientes a otros tres meses; IX) difirió a la actuación de peritos ámbitos la determinación del quantum correspondiente a los dos últimos rubros, teniendo en cuenta las utilidades netas percibidas por el actor.

2°) Los dos primeros agravios de la demandada se interrelacionan. Por ello, corresponde comenzar por el tratamiento conjunto de ambos.

(a) El primer agravio se refiere a la cuestión del derecho transitorio derivada de la puesta en vigor del Cód. Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN).

Al respecto, afirma la recurrente que la forma y medida del preaviso que otorgó para extinguir sin causa y unilateralmente el contrato de distribución por tiempo indeterminado que la vinculaba con el actor, se ajustó a las pautas jurisprudenciales vigentes en el momento de su envío. De acuerdo a esas pautas, dice, el preaviso fue suficiente y siendo la referida extinción contractual un hecho consumado con anterioridad a la entrada en vigencia del citado código unificado, sus normas no pueden ser invocadas para juzgarlo defectuoso o escaso, pues ello está vedado por el art. 7° de ese cuerpo legal, que sigue sustancialmente el criterio del art. 3° del Cód. Civil de 1869.

No se plantea en el caso stricto sensu una hipótesis de sucesión de leyes en el tiempo pues, si bien hoy el contrato de distribución se encuentra regulado por remisión al de concesión (art. 1511, inc. b, CCCN) el cual, a su vez, en orden a la rescisión unilateral si es por tiempo indeterminado, se rige por los arts. 1492 y 1493, CCCN, referentes al contrato de agencia (art. 1508, inc. a, CCCN), lo cierto es que ninguna de tales figuras contractuales estaba disciplinada por ley anterior alguna, ya que eran contratos innominados.

Lo que se plantea en el caso es, más bien, una hipótesis de nueva ley frente a una “situación jurídica concreta” anterior, entendiéndose esta última como la manera de ser derivada de un acto o de un hecho jurídico que ha hecho actuar, en provecho o en contra, las reglas de una institución jurídica, y la cual al mismo tiempo ha conferido efectivamente las ventajas y las obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución (conf. Bonnacase, Julien, Tratado Elemental de Derecho Civil, Harla S.A., México, 1993, p. 81, n° 148).

Tal “situación jurídica concreta” es en el sub lite de fuente contractual y precedente al 01/08/2015 en que entró en vigor el nuevo Cód. Civil y Comercial de la Nación (art. 1, ley 27.077). Por lo tanto, todo lo relativo a su constitución, modificación y extinción, en la medida que como hechos tuvieron lugar con anterioridad a esa fecha, no se regulan por la ley nueva, pues a su respecto juega el principio de irretroactividad que lo impide (art. 7°, párrafo segundo, CCCN; Moisset de Espanés, L., Irretroactividad de la ley, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1976, ps. 17 y 23).

Particularmente, tratándose de contratos de duración indeterminada, las nuevas normas del código unificado que disciplinan la forma de ponerle fin, solamente podrían tener operatividad si la declaración de voluntad extintiva tiene lugar después de la indicada fecha del 01/08/2015, ya que el carácter imperativo de tales normas hace que sean de aplicación inmediata (conf. Heredia, P., El derecho transitorio en materia contractual, RCCyC, año 1, n° 1, julio 2015, ps. 12/13, cap. VIII-A).

Pero no siendo este último el caso, no es dudoso que las normas de la nueva ley que disciplinan el modo de extinguir los contratos, no podrían invocarse para juzgar si la declaración extintiva hecha con anterioridad a su vigencia fue correcta o incorrecta. Lo contrario, implicaría una aplicación retroactiva de la ley que afecta derechos adquiridos, es decir, que afecta la

aludida “situación jurídica concreta” que, como se dijo, con provecho o sin él, ha generado ventajas y obligaciones.

Tal es, valga observarlo, la solución interpretativa postulada por Paul Roubier, cuya doctrina, bien es sabido, fue fundamental en la reforma al art. 3 del Cód. Civil realizada por la ley 17.711 y lo es, desde ya, en la exégesis del art. 7, CCCN.

En efecto, de acuerdo al autor citado, la extinción del contrato cumplida íntegramente antes de la vigencia de la nueva ley (esto es, que no esté en curso de ejecución) como es el caso de autos, no puede quedar regida por dicha ley, pues no puede ella atacar situaciones anteriormente extinguidas, sin incurrir en retroactividad (conf. Roubier, P. *Le droit transitoire - Conflits des lois dans le temps*, Éditions Dalloz, Paris, 2008, p.185, n° 40). Así, sea que la ley nueva venga a suprimir un modo de extinción precedentemente admitido, sea que venga a aumentar el número de condiciones necesarias para esa extinción, o sea que modifique una o cualquiera de sus condiciones, en todos esos casos, habría aplicación retroactiva si la nueva ley viniera a impugnar la extinción regularmente operada de dicha situación jurídica (ob. cit., p. 197, n° 43).

Por cierto, la inaplicabilidad de la ley nueva también aparece a la hora de juzgar el incumplimiento del contrato y sus consecuencias, extremo que podría quedar configurado no sólo frente a la falta de ejecución de prestaciones, sino también cuando, por ejemplo, se procedió a una ilegítima resolución o rescisión. Es que el incumplimiento de la relación jurídica obligatoria nacida del contrato no es un efecto o consecuencia de esa relación, sino que es un “hecho modificador” y, como tal, se debe regir por la ley vigente en el momento en que el hecho se produce: no en el de la celebración del contrato, sino en el del incumplimiento (conf. Moisset de Espanés, L., ob. cit., p. 44; Heredia, P., ob. cit., p. 12, cap. VII). Naturalmente, los presupuestos esenciales de la responsabilidad civil contractual que el caso pudiera presentar, tampoco se regirían por la ley nueva (conf. Galdós, J., *La responsabilidad civil y el derecho transitorio*, LA LEY del 16/11/2015, cap. III, 2, a y b).

A la luz de lo expuesto, tiene razón la demandada cuando insiste en que la cuestión litigiosa no se examine de acuerdo a las soluciones que aprobó el Cód. Civil y Comercial de la Nación, especialmente si son modificatorias de criterios comúnmente aceptados con anterioridad bajo los cuales actuó.

(b) Sentado lo anterior, e ingresando en el segundo agravio de la demandada por el cual sostiene haber sido temporalmente suficiente el preaviso extintivo que dio a su adversaria, corresponde observar, ante todo, que con innegable racionalidad, esta alzada ha resuelto que los meses por los que debe ser formalizado el preaviso no se corresponden con exactitud numérica, ni con el número de años por el que se extendió la relación ni con el número de meses faltantes para concluir el período contractual, sino que el plazo de preaviso debe ser aquel que se estime suficiente para permitir la reinserción o reacomodamiento del distribuidor a la nueva situación creada (conf. CN Com. Sala C, 13/02/1998, “Tercal S.A. c. IBM Argentina S.A.”).

Es por ello mismo que en materia de contratos de comercialización, la jurisprudencia ha juzgado suficiente un preaviso de 12 meses para concluir un contrato que había durado 60 años (conf. CN Com. Sala C, 17/03/2006, “Org. Gómez Páez S.R.L. c. L’Oreal Argentina S.A.”); en uno de 47 años, validó un preaviso de 18 meses (conf. CN Com. Sala D, 22/05/2001, “José Morandería c. Nobleza Piccardo S.A.”); también de 18 meses para un contrato vigente por 40 años (CN Com. Sala D, 13/09/2009, “Donati Hnos. S.A. c. Renault de Argentina”); 6 meses para un contrato de 30 años (CN Com. Sala B, 04/12/2003, “Pandeb S.A. c. Massalin Particulares S.A.”); 10 meses con relación a un contrato que perduró 25 años (conf. CN Com. Sala 22/12/2009, “Automotores Valsecchic c. Autolatina S.A.”); 12 meses para un contrato de 24 años de vigencia (conf. CN Com. Sala B, 10/06/2004, “Godicer S.A. c. Cervecería Quilmes S.A.”); etc.

En otras palabras, la jurisprudencia de esta Cámara nunca avaló la idea, que sí abrazó el juez a quo con cita del art. 1492, CCCN (fs. 4028 vta.), de que a cada año de vigencia contractual le correspondía mecánicamente un mes de preaviso; y ciertamente, lo más que hizo fue, a fin de consagrar un criterio que brindara seguridad jurídica y previsibilidad para los operadores, aceptar en diversas ocasiones el del art. 1373, párrafo segundo, del Proyecto de Cód. Civil de 1998, que establecía la necesidad de un mes de preaviso por cada año de duración del contrato “...hasta un máximo de seis meses...” (conf. CN Com. Sala C, 24/11/2005, “Gestido y Pastoriza S.H. c. Nobleza Piccardo S.A.”, LA LEY 20/06/2006, fallo n° 110.459; íd.

26/06/2009, “Editorial Ver S.A. c. DYS S.A. s/ sumario”; íd. Sala D, 09/02/2010, “Compañía Americana de Productos Industriales S.R.L. c. Aldoro Industrias de Pos e Pigmentos Metálicos Ltda. s/ ordinario”, LA LEY 2010-C, 114; entre otros). Cabe observar que el indicado límite de seis meses representa una solución comúnmente aceptada en el derecho comparado (conf. Directiva 86/653/CEE, art. 15, incs. 1° y 2°; Ley española n° 12/1992, art. 25, inc. 2°; Cód. Civil italiano, art. 1750), en el que incluso se observan expresiones más restrictivas (conf. Código de Comercio francés, art. 134-11: “...El plazo del preaviso será de un mes para el primer año de contrato, de dos meses para el segundo año comenzado, de tres meses para el tercer año comenzado y los años siguientes...”).

Ciertamente, en un contrato como el de autos que, desde su inicio en diciembre de 1995 hasta el día en que se preavisó su rescisión (fs. 201), llevaba ejecutándose algo más de 12 años, exigir un preaviso de 12 meses y reprochar a la demandada —como lo hizo el fallo recurrido— por haberlo dado por 9, equivale a la consagración de un criterio cuya aplicación maquinal puede conducir a resultados no valiosos, especialmente en contratos que hubieran durado varias décadas, ya que la parte promotora de la rescisión podría verse obligada a mantener, luego del preaviso extintivo, por un eventual prolongadísimo lapso la relación contractual que desea extinguir, quedando expuesta entretanto a los vaivenes de un co-contratante cuyo interés en el adecuado cumplimiento puede naturalmente decaer en conocimiento de la situación extintiva planteada. Si semejante posibilidad se validara jurisdiccionalmente, rápidamente se abriría la puerta para comportamientos contractuales abusivos, lo que debe evitarse.

A todo evento, ni siquiera una aplicación directa del art. 1492, CCCN (que en el caso no corresponde, según se ha visto) podría dar base a semejante escenario, ya que, es obvio, el preaviso extintivo exigido por la indicada norma debe siempre ser “razonable”, ni exiguo ni exorbitado, pues de lo que se trata es solo de dar suficiente tiempo al otro contratante para que pueda tomar todas las medidas necesarias para evitar los perjuicios que le ocasiona la ruptura brusca, vgr. búsqueda de un nuevo contratante o de una ocupación que sustituya la anterior; terminación de negocios pendientes; etc. Pero no más que ello (conf. Heredia, P., El contrato de agencia en el Cód. Civil y Comercial de la Nación, RCCyC, año 2, n° 7, febrero 2016, ps. 32/34, cap. XVI).

En este punto, cabe advertir que el señor Andrés V. Sola no acreditó en autos que el preaviso dado por la demandada hubiera sido exiguo para recomodar su empresa y solucionar los inconvenientes que lógicamente le podía acarrear la cesación de la distribución. Es verdad que extrajudicialmente calificó de “exiguo” el plazo del preaviso (carta documento de fs. 208), pero en su demanda, aparte de una breve referencia a esa calificación extrajudicial (fs. 501), no abundó sobre el aspecto temporal en cuestión, limitando su ataque a querer mostrar que la rescisión unilateral de la demandada acompañada del apuntado preaviso de nueve meses fue la “solución final” de un “plan pergeñado” por dicha parte (fs. 498 vta. y sgtes.). Dicho de otro modo, al demandar el actor hizo foco en calificar la rescisión como abusiva, pero no en la exigüidad del preaviso extintivo, lo que determinó, lógicamente, la ausencia de prueba referida.

Así las cosas, en razón de lo expuesto, juzgo que el preaviso dado por la demandada para rescindir unilateralmente y sin causa, fue suficiente no pudiéndosele reprochar por razón de omisión o defecto.

3°) A contrario de lo sostenido por el actor, no interpreto que la apuntada rescisión unilateral hubiera sido maliciosa o dolosa, esto es, el evento final de un plan pergeñado por la demandada, dentro del cual previamente se desarrollaron los incumplimientos —también maliciosos o dolosos— que aquél le imputó y que, antes bien, dieron fundamento bastante para justificar la resolución por incumplimiento que él mismo cursó a Diageo Argentina S.A. por carta documento del 30/06/2008 (fs. 212).

En rigor, el agravio del actor que trata esta alegación suya (primero de su memorial), podría ser rechazado diciéndose simplemente que, en su caso, los incumplimientos que imputa a su adversaria debieron dar lugar a un planteo resolutorio anterior a la rescisión unilateral del 15/06/2008, pero no aparecer recién como defensa contra esta última, pues es obvio que, extinguido el contrato por una vía, no se lo puede extinguir por otra posteriormente.

Además, no menos obvio es que, si ya se juzgó que estaba al alcance de la demandada rescindir el contrato de distribución (de tiempo indeterminado) sin invocar causa específica y que, al hacerlo, proporcionó un adecuado preaviso, el reclamo de indemnización de daños que

el actor dijo derivados de esa ruptura resulta esencialmente improcedente, por cuanto este tipo de relaciones se caracteriza, precisamente, por la posibilidad de darlas por concluida sin causa dando un preaviso suficiente (conf. CN Com. Sala D, 06/04/2010, “Ron-Sil S.A. c. Nobleza Piccardo S.A. s/ ordinario”; Sala B, 31/10/2002, “Cigoper S.A. c. Massalin Particulares S.A. s/ ordinario”).

Esto último es así, tanto más si, como también se aprecia en la especie, tampoco se alegó y probó que el indicado preaviso fuera “intempestivo”, es decir, realizado cuando el distribuidor todavía no había podido recuperar las inversiones realizadas para entrar al contrato y ejecutarlo adecuadamente.

En cualquier caso, ponderando que el poder de rescindir unilateralmente un contrato, provenga de la ley o de la convención, tiene el límite general de la buena fe (conf. Bianca, C., *Diritto Civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, t. III, p. p. 740, n° 409, y 742, n° 411; Díez Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Civitas, Madrid, 1996, p. 907; CN Com. Sala D, 05/06/2013, “Brother Int. Corp. de Argentina S.R.L. c. Aerocargas Argentina S.A. y otro s/ ordinario”), observo que tampoco hay prueba de que ello hubiera sido así pues, como coincidentemente lo entendió el juez a quo, tampoco logró acreditar el actor los incumplimientos dolosos, desleales o abusivos de su contraria, ni menos que Diageo Argentina S.A. hubiera adoptado conductas comerciales discriminatorias, actos esos a los que asignó el carácter de antecedentes preordenados a la posterior rescisión unilateral del 15/06/2008.

Al respecto, y ciñendo el análisis a los concretos límites del agravio del actor (fs. 4110 vta./4112; art. 271, in fine, del Código Procesal), diré lo siguiente:

I. No es posible tener por acreditados los incumplimientos imputados a la demandada en la ejecución del contrato de distribución sobre la base de un comentario periodístico como el que luce a fs. 1740, no sólo porque de él no resulta semejante cosa —ya que alude a la presunta comisión de un ilícito en perjuicio de dicha parte— sino porque, aun si no fuera así, el rumor público que resulta de la información de un periódico no exime de la prueba del hecho y lejos de darle mayor verosimilitud, debe ser descartado radicalmente por el juez (conf. Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, 1981, t. 1, ps. 235/236, n° 51);

II. No se entiende cómo la respuesta del testigo Benítez a la 2ª pregunta que es transcripta por el actor en fs. 4111, prueba el obrar malicioso y doloso enrostrado a Diageo Argentina S.A.; en todo caso, lo destacable es que ese testigo manifestó desconocer los motivos de la finalización de la relación entre los litigantes (fs. 1938, respuesta 7ª);

III. Como lo señaló el fallo apelado en fs. 4061 vta., el peritaje contable informó que no existieron diferencias de precio entre las mercaderías que facturaba el actor en comparación con las adquiridas por otros distribuidores (fs. 3978 vta.), ni mejores bonificaciones a favor de estos últimos (fs. 2972 vta., punto 32), ni distintos plazos de pago (fs. 2968); por lo tanto, la remisión que el memorial de agravios hace a la prueba informativa de fs. 1828/1916 afirmando que de ella se puede “colegir” lo contrario (fs. 4111), resulta harto insuficiente, no sólo porque el recurrente no explica puntualmente cómo es posible hacer esa inferencia, sino particularmente porque la prueba de informes traduce una práctica en sustancia administrativa de aportación de datos, sin los conocimientos y significado técnico cualificado que distinguen al quehacer del perito (conf. Morello, A. y otros, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, comentados y anotados, La Plata - Buenos Aires, 1991, t. V-A, p. 474, n° 624), de donde se sigue la superioridad probatoria de la pericial para definir, en casos como el sub lite, la existencia o no de incumplimientos contractuales;

IV. Otro tanto cabe decir y por las mismas razones acerca de los informes de fs. 2256 y 2257 citados en fs. 4111 vta.;

V. El intercambio de mails que el actor invoca como demostrativo de los incumplimientos de su adversaria, tampoco sirven nítidamente para ese propósito pues si los hechos en ellos destacados tuvieron entidad suficiente para alterar el programa de ejecución del contrato, debieron ser oportunamente invocados para fundar su resolución; pero lo cierto es que remontándose los más antiguos a abril de 2007 y los más nuevos invocados a marzo de 2008 (fs. 4112), es decir, a tiempo antes de la resolución intentada el 30/06/2008, lo lógico es presumir que no se los entendió en su momento como de entidad suficiente a ese fin, siendo obvia la inadmisibilidad de un cambio de opinión sobre el particular después de producida la rescisión unilateral del 15/06/2008, pues ello equivale a un inadmisibles juicio antinómico sobre la misma situación (conf. doctrina de la CN Com. Sala C, 11/10/1983, Albareda, Antonio A. c.

# DECONOMI

Cuerson S.A. y otro”, citado en “Doctrina de los Actos Propios”, Manuales de Jurisprudencia LA LEY, t. 5, ps. 58/59, n° 57).

En suma: la prueba cabal del incumplimiento achacado a la demandada incumbía, lógicamente, al actor. Era a él, en efecto, a quien le correspondía la prueba del presupuesto fáctico del derecho que invocó en su demanda (art. 377 del Código Procesal), de modo que el no logro de ese objetivo naturalmente desmerece su pretensión y su agravio.

4°) Los expuesto y concluido en los dos considerandos anteriores, amén de provocar la revocatoria del fallo recurrido en cuanto admitió un resarcimiento sustitutivo de preaviso, determina la consiguiente improcedencia de los agravios segundo y tercero del señor Sola.

En efecto, habiendo rescindido la demandada el contrato en debida forma, dando un preaviso suficiente, sin haber sido intempestiva y estando descartados, además, incumplimientos de ella a la distribución que pudieran considerarse los antecedentes de una extinción contractual abusiva, dolosa o de mala fe, no hay razón para que esa parte indemnice al actor por “daño moral y psicológico” (segundo agravio), como por una mayor indemnización por preaviso omitido o insuficiente (tercer agravio), o cualquier otro concepto relacionado con la no ejecución debida del contrato.

Es que la reparación del daño contractual supone un incumplimiento absoluto o relativo imputable que en el caso no se acreditó respecto de la demandada (conf. Trigo Represas, F. y López Mesa, M., Tratado de la responsabilidad civil, Buenos Aires, 2004, t. II, ps. 76/77).

5°) Por carril separado corre lo atinente a la compensación por pérdida de clientela, aspecto sobre el cual los agravios de las partes se cruzan, pues la demandada propicia su rechazo (fs. 4098 vta./4100 vta.), mientras que el actor propone que se confirme su admisión por la sentencia recurrida, bien que elevándose el quantum de lo concedido (fs. 4114).

No ignoro la existencia de diversos fallos de esta alzada comercial denegatorios de la compensación por clientela en caso de extinción de contratos de comercialización. En anterior ocasión he incluso compartido ese criterio (esta Sala D, 28/12/2011, “Emporio Automotores S.R.L. c. CIDEF Argentina S.A. s/ ordinario”).

Sin embargo, un nuevo examen de la cuestión me convence sobre la necesidad de abandonar esa postura y, en su lugar, adherir a la doctrina de otros fallos que sí admitieron el rubro (conf. CN Com. Sala E, 04/05/2006, “Carosella, Juan c. T.C.P. Telefónica Comunicaciones Personales S.A. s/ ordinario”), correspondiendo observar, en tal sentido, que la existencia de estos otros precedentes demuestra, a contrario de lo afirmado por la demandada, que la jurisprudencia no fue unánime en el sentido de rechazarlo.

Fundo el cambio de opinión en las siguientes razones, fijando de paso mis conclusiones sobre los recursos.

El distribuidor actúa en nombre propio, comprando al productor o distribuido y vendiendo a otros comerciantes o directamente al consumidor las mercaderías adquiridas (conf. Marzorati, O., Sistemas de distribución comercial, Buenos Aires, 1995, ps. 70/71, n° 20). En esa actividad gana una clientela que pierde cuando el contrato se extingue, pues aquella pasa al productor o distribuido en razón de que sigue a la marca que no es del distribuidor. En otras palabras, en los productos de marca la clientela compra la marca y desde el momento en que el distribuidor deja de comercializarla, lógicamente pierde la que ha ganado con su actividad y que, no obstante, sigue siendo aprovechada por el productor o distribuido.

De tal suerte, extinguido el contrato, sea por tiempo determinado o indeterminado, el distribuidor que mediante su labor ha incrementado significativamente el giro de las operaciones del distribuido, tiene derecho a una compensación si su anterior actividad puede seguir rindiendo frutos o continuar produciendo ventajas sustanciales a éste último en razón de la clientela con la que seguirá vinculado.

Así, la indemnización por clientela se debe por el sólo hecho de la terminación del contrato. No es necesaria, pues, la existencia de una causa para que sea procedente la compensación, tal como lo sería el incumplimiento del contrato, la carencia de preaviso, etc.

Dicho de otro modo, la compensación por clientela es adeudada en todo supuesto de extinción contractual (con solo algunas excepciones, que no son necesarias identificar aquí pues no se dan con relación al caso de autos) y no como un resarcimiento a título de culpa o dolo en el cumplimiento del contrato (que, por hipótesis, puede no haberse incumplido), y ello es así con fundamento en la doctrina del enriquecimiento sin causa (conf. Ribas, A. (h), La indemnización por clientela en los contratos de agencia y distribución, rev. Derecho Comercial

del Consumidor y de la Empresa, año IV, n° 3, junio 2013, p. 147, cap. 7 y 8; Vélaz Negueruela, J., *Las Redes Comerciales - Tipología, eficiencia e indemnizaciones de los canales de distribución*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 143), ya que no es justo que, extinguido el contrato, siga el distribuido obteniendo ventajas de una clientela ganada por el distribuidor, sin que este reciba compensación alguna. De alguna manera, se dice, la compensación por clientela es una contraprestación a los servicios prestados en ese terreno (conf. Klein, Michele, *El desistimiento unilateral del contrato*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, p. 238, nota n° 496).

Concordantemente, ha dicho el Tribunal Supremo de España que la indemnización por clientela cumple una función compensatoria en el plano de la liquidación patrimonial tras la extinción de la relación contractual de las partes. Este valor de compensación se presenta de modo objetivable, sobre los beneficios o ventajas que, como consecuencia de la actividad desplegada por el distribuidor permanecen, a su cese, a favor del empresario para quien realizó los correspondientes servicios. De esta forma, también debe precisarse que el objeto de esta función compensatoria, en el plano de la liquidación patrimonial de la relación contractual, resulta diferenciado o, si se prefiere, especializado, respecto del marco general del resarcimiento contractual que pudiera derivarse por los daños y perjuicios causados (conf. Trib. Sup. España, Sala Civil, 03/06/2015, “Pymephone 2006 S.L. c. France Telecom España S.A.”; Trib. Sup. España, Sala Civil, 09/07/2015, “Comercial Soria S.A. c. Schering-Plough, S.A.”).

Puede decirse que la clientela debe ser compensada cuando pueda ser considerada un “activo común” creado o acrecentado gracias al esfuerzo del distribuidor y no exista previsión contractual sobre su liquidación (conf. Trib. Sup. España, Sala Civil, 08/10/2013, “Comercial Dimac, S.L. c. Sera GmbH”).

Y reunidos los presupuestos propios que habilitan tal compensación, no puede ella quedar neutralizada por el prestigio de las marcas del fabricante o aun del distribuido, ya que aquella se centra exclusivamente en la idea del aprovechamiento de una clientela ganada por el distribuidor (conf. Trib. Sup. España, 12/03/2012, “D. Leonardo c. Cadbury Schweppes Bebidas de España S.A.”).

Aclarado lo anterior, las condiciones de procedencia de la indemnización de que trata son las siguientes.

La primera: que la labor del distribuidor hubiera incrementado significativamente el giro de las operaciones del distribuido. Esto puede tener lugar de dos principales formas. En primer lugar, cuando la labor del distribuidor hubiera permitido aumentar las operaciones del distribuido valiéndose de los clientes ya conocidos al tiempo de concluirse el contrato. En segundo término, cuando el incremento de que se trata deriva de la aportación de nuevos clientes realizada por el distribuidor, antes desconocidos por el distribuido; tales nuevos clientes representan para el distribuido un intangible económicamente valuable que, consiguientemente, debe compensar a quien se los ganó.

La segunda: que la actividad anterior del distribuidor pueda —después de extinguido el contrato— seguir produciendo ventajas sustanciales al distribuido, sea a través de otro distribuidor, o de cualquier otro canal de comercialización. Pero es claro que el derecho a compensación del distribuidor no desaparece por la circunstancia de que, en los hechos, el distribuido no hubiera realizado actos tendientes a dicho aprovechamiento. En otras palabras, la pasividad posterior del distribuido no es razón para no compensar la clientela al distribuidor (conf. Vélaz Negueruela, J., *ob. cit.*, p. 151).

Debe existir, pues, un “indicio de razonabilidad” de que su actividad puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario, recayendo el onus probandi sobre el distribuidor que sostiene la reclamación por este concepto, pues no puede presumirse sin más que se dé la situación (conf. Trib. Sup. España, Sala Civil, 05/11/2013, “Francisco Cassani S.L. c. Bayer Cropscience S.L.”, y sus citas).

En el sub lite están reunidas las aludidas dos condiciones referidas, ya que: I) como lo destacó el juez a quo, sin recibir crítica específica de la demandada en esta instancia (fs. 4064), surge acreditado en autos la cantidad de clientes incorporada por el actor año a año (fs. 2961 vta.) y que sobre los 422 clientes de la demandada, más de la mitad, precisamente, 220, eran efectivamente compradores anteriores del señor Sola (fs. 2962 vta. y 2963); II) la demandada no ha invocado que después de la extinción contractual no hubiera seguido atendiendo a los mismos clientes mediante otro distribuidor y otro canal de comercialización.

Bajo ese esquema de cosas, la procedencia del rubro debe confirmarse.

De su lado, por lo que toca al quantum de la compensación, pareceme adecuado

# DECONOMI

entender que en la época de la extinción contractual de que tratan estas actuaciones tenía amplia aceptación en los proyectos nacionales de reforma y en el derecho comparado el criterio de que, en caso de fijación judicial, la compensación por clientela no podía exceder el equivalente a un año de las remuneraciones, neto de gastos, promediándose el valor de las percibidas durante los últimos cinco años, o durante todo el período de duración del contrato si hubiera sido inferior (art. 1329 del Proyecto de Reformas al Cód. Civil redactado por la comisión designada por decreto 468/1992, aplicable a los contratos de distribución en función de la remisión de los arts. 1340 y 1341; art. 1377 del Proyecto de Cód. Civil de 1998, norma aplicable a la distribución en razón de la remisión del art. 1391, inc. b; art. 17, inc. 2º, b, de la Directiva 86/653 CEE; art. 28, inc. 3º, de la ley española 12/1992). Tal criterio es el que, finalmente, adoptó el art. 1497, CCCN, sin que su cita pueda, frente al cúmulo de antecedentes citados, ser interpretado como una aplicación retroactiva de la ley, ya que simplemente consagró un criterio preexistente, a diferencia de lo que acontece, al menos desde lo formal, con el art. 1492, CCCN.

La aplicación del criterio aludido determina, como lo ha resuelto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tres fases consecutivas del procedimiento compensatorio respectivo. La primera, referida al cálculo de las ventajas o beneficios resultantes para el empresario. La segunda, dirigida a verificar si el importe obtenido con base a los criterios del anterior cálculo resulta equitativo, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso en cuestión. La tercera, por último, dirigida a contrastar el importe de la indemnización resultante respecto del tope o límite máximo de un año (conf. TJUE, 26/03/2009, “Turgay Senen c. Deustsche Tanoil Ombh”).

Es de destacar, por otra parte, que en el concepto de “remuneraciones” aludido debe entenderse comprendidas todas las retribuciones, sean comisiones o cantidades fijas, obtenidas por métodos directos (operaciones en las que actúa el propio distribuidor) o indirectos (comisiones indirectas), e igualmente retribuciones por cualquier otro servicio (conf. Vélaz Negueruela, J., ob. cit., ps. 160/161).

Ahora bien: ¿el concepto de remuneraciones indicado alude a un beneficio bruto o neto?.

En España, con base en lo dispuesto por el art. 28, inc. 3, de la ley 12/1992, se ha interpretado que el concepto de remuneración no consiste en el beneficio neto obtenido en el ejercicio de la su actividad, sino en la cantidad realmente percibida por la prestación realizada, sin comprender el reembolso de gastos. Cantidad que sale del promedio anual, según la facturación y justificantes correspondientes, del total de retribuciones recibidas por el distribuidor (conf. Trib. Sup. España, Sala Civil, 03/06/2015, “Pymephone 2006 S.L. c. France Telecom España S.A.”; Trib. Sup. España, Sala Civil, 09/07/2015, “Comercial Soria S.A. c. Schering-Plough, S.A.”). Es decir, se trata del margen bruto obtenido por el distribuidor y no de su beneficio neto (conf. Trib. Sup. España, 17/11/1999, “Reina Distribuciones, S.L. c. Sociedad Anónima El Águila”; Trib. Sup. España, 12/03/2012, “D. Leonardo c. Cadbury Schweppes Bebidas de España S.A.”).

En cambio, el Proyecto de Cód. Civil de 1998 incorporó la aclaración de que el monto de la remuneración a tener en cuenta debía ser “...neto de gastos...” (art. 1377), solución que se trasladó al Anteproyecto de Cód. Civil y Comercial del año 2012 y, finalmente, al art. 1497, CCCN.

Ahora bien, aclarado lo anterior, debe observarse que, contrariamente a lo resuelto por el juez a quo en fs. 4064 vta., ninguna razón existe para relacionar el cálculo de la compensación por clientela con el atinente al resarcimiento por falta de preaviso, menos en el aspecto temporal. Es que, aun cuando el resarcimiento por falta de preaviso también contabiliza utilidades “netas” (conf. CN Com. Sala B, 22/02/2007, “Laplace, Marcelo E. c. Esso Petrolera Argentina S.R.L.”; íd. Sala D, 26/03/1998, “Calderón, Osvaldo c. Peñaflor S.A.”; íd. Sala E, 31/10/2011, “González Bou, Ricardo c. Quickfood S.A. s/ ordinario”), lo cierto es que tiene un límite temporal que está dado por el número de meses que el preaviso debió computar pero que omitió; en cambio, la compensación por clientela no se relaciona con ese número de meses, sino con un cálculo específico distinto y a cuyo resultado económico tiene derecho el distribuidor con el límite o tope ya señalado de que no podría reclamar ninguna suma superior al equivalente de un año de remuneraciones, neto de gastos, promediándose las percibidas en los últimos cinco años o el lapso menor que correspondiera. Es de observar, a todo evento, que la ausencia de relación entre un rubro y el otro, al menos con el alcance indicado, es todavía más nítida si se pondera que la compensación por clientela procede incluso si, como ocurre en la especie, se ha juzgado que no existente ninguna infracción al principio de buena fe con el que debe ejercitarse el preaviso (conf. Trib. Sup. España, Sala Civil, 09/07/2015, “Comercial

Soria S.A. c. Schering-Plough, S.A.”).

En tal marco, la justipreciación de la compensación por clientela debe hacerse según su propias condiciones y pautas, para lo cual, valga señalarlo, el recurso del actor brinda igualmente suficiente competencia a esta Sala pues, en definitiva, lo perseguido en él es el incremento del quantum que debe pagar la demandada.

Pues bien, el peritaje contable determinó el valor de la cartera de clientes del actor en \$8.259.547,66 (fs. 2965 vta.), cantidad que es mayor a la utilidad “bruta” anual promedio de cinco años (2004/2008), que calculó en \$ 3.943.329,86 (fs. 2965).

Esta alzada tiene decidido, en situaciones de proximidad analógica, que, a falta de prueba sobre el quantum de la utilidad “neta” corresponde tomar como base, en los términos del art. 165 del Código Procesal, el 40% de la utilidad “bruta” (conf. CN Com. Sala A, 14/12/2007, “Tommasi Automotores S.A. c. CIADEA S.A. s/ ordinario”).

Por lo tanto, y por considerarlo equitativo teniendo en cuenta las demás particularidades del caso según resultan de la causa, juzgo apropiado fijar la compensación de que se trata en la suma de \$ 1.577.331,94 (40% de \$ 3.943.329), que es representativa de la máxima a que puede aspirar el actor pues, como se dijo, su reclamo no puede exceder el importe equivalente a un año de remuneraciones, neto de gastos.

Tal suma llevará los intereses determinados en el punto 5.4 de fs. 4064 vta.

Desde ya, en función de lo precedentemente concluido, habrá de quedar sin efecto la designación de peritos árbitros decidida en la instancia anterior, tornándose de abstracto tratamiento el agravio cuarto de la demandada.

6°) Pese a que la demanda y la reconvenición dan cuenta de relaciones procesales distintas, el juez a quo las refundió en una sola por entender existentes vencimientos parciales entre las partes que justificaban distribuir las costas en el orden causado (fs. 4067 vta.).

Diageo Argentina S.A. se agravia de tal decisión, sin perjuicio de aclarar que consiente la imposición de las expensas a su parte correspondiente al rechazo de la reconvenición contra Javier Sola y Andrés M. Sola (fs. 4103/4104).

La existencia de vencimientos parciales puede justificar, según lo previsto por el art. 71 del Código Procesal, en la hipótesis en que prospera la demanda y la reconvenición, que como lo expresa esa norma las costas se compensen, es decir, se impongan por su orden. Pero para ello resulta preciso que la derrota recíproca sea equivalente desde el punto de vista pecuniario, pues no siendo tal el caso lo que corresponde es graduar la condena en costas en base a cada resultado (conf. Palacio, L. y Alvarado Velloso, A., Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, Santa Fe, 1989, t. 3, ps. 165, 167 y 169).

En el sub lite no se conjuga esa equivalencia económica que permite distribuir las expensas según su orden y, por otra parte, la revocatoria parcial que propicia este voto habilita al tribunal a proceder a la adecuación prevista por el art. 279 del Código Procesal.

Por ello, en lo que concierne a las costas de la instancia anterior, corresponderá modificar el fallo recurrido con el siguiente alcance: a) en relación a la demanda, ponderando lo reclamado (fs. 478 vta.) y la medida en la que prospera el reclamo económico del actor según este voto, entiendo apropiado que él cargue con el 83,71% de las expensas, mientras que el 16,29% restante sea soportado por la demandada; b) en relación a la reconvenición, ponderando que fue admitida por \$ 4.274.926.60 (4067 vta.) sobre un capital reclamado de \$ 4.276.356,43 (fs. 1252 vta.), esto es, por una diferencia en menos no significativa como la calificó el peritaje contable (fs. 2985 vta.), entiendo que las expensas debe ser impuestas en su totalidad al actor, que ha sido sustancialmente vencido (arts. 68 y 71 del Código Procesal).

7°) En cuanto a las costas de alzada, toda vez que ambos recursos involucraron, bien que con sentido opuesto, los aspectos concernientes a la demanda del actor, interpreto apropiado que se impongan de la misma manera que en la instancia anterior, o sea, en el 83,71% al demandante y en el 16,29% restante a la accionada (cit. art. 71).

8°) Por lo expuesto voto, porque: A) se revoque parcialmente el fallo de fs. 4053/4067 con el efecto de que la demanda del señor Andrés V. Sola quede exclusivamente admitida por la suma de \$1.577.331,94 en concepto de compensación de clientela, más los intereses referidos en el considerando 5°;

B) se modifique el pronunciamiento apelado en cuanto a las costas de la instancia

anterior, con el alcance que resulta del considerando 6°; C) las costas de alzada deben imponerse del modo indicado en el considerando 7°.

Así lo propongo al acuerdo.

El doctor Vassallo dijo:

I. Luego de una atenta lectura de las actuaciones y de evaluar los fundamentos vertidos por mi distinguido colega preopinante, adelanto que adheriré in totum a su ponencia.

Sin embargo entiendo necesario, al propiciar aquella una solución diversa a la adoptada por la Sala en otros fallos respecto de la procedencia del ítem “indemnización por clientela”, que brinde una particular explicación sobre mi acuerdo en este punto.

II. Al redactar el voto inicial en la causa “Emporio Automotores S.R.L. c. CIDEF Argentina S.A. s/ ordinario” (esta Sala 28/12/2011), que suscitó la adhesión de ambos jueces de esta Sala, concluí improcedente el resarcimiento por “valor llave” tal como lo pretendía la allí actora.

Es claro que aquel reclamo, cuanto menos en meritado con los alcances técnicos de aquel concepto excedían a la “clientela”.

Como dije en aquel voto, “...la ‘llave’, que se la ha asimilado como la acepción local del concepto de ‘avviamento’ es una cualidad del fondo de comercio que está formado por elementos objetivos (ubicación, prestigio, clientela, etc.) y otros subjetivos que, como dice Zunino citando a Rotonda, ‘...pueden subdividirse en aquellos que aun formando parte de la actividad del titular se objetivan en la empresa y son transmisibles (planes de venta, métodos organizativos, campañas publicitarias, etc.) y los puramente subjetivos, que dependen de las condiciones y habilidades del titular (capacidad, trato, simpatía, etc.)’ (obra citada, página 207; en similar sentido, Garo, Francisco J., Derecho Comercial —parte general— pág. 226/225, Buenos Aires, 1955).

Es evidente que el valor de esta ‘llave’ comprende conceptos más extensos que el de clientela, que parece ser el destacado por Emporio Automotores S.R.L. para justificar su pretensión.

Aquí la actora no se encuentra transmitiendo un fondo de comercio. No transfiere instalaciones (en rigor solicitó ser resarcido por los repuestos y maquinarias que debió “mal vender”), ni una marca, ni su propio prestigio o un eventual modo de organizar su negocio.

Emporio Automotores S.R.L. se limitó a sostener que abrió un mercado para la marca Nissan, afirmación que carece de prueba suficiente, más allá de alguna testimonial.

En rigor admitió haber formado una red de concesionarios en coordinación con un concedente (Cidef Argentina S.A.) que, como ocurre en estos casos, imponía ciertas pautas de comercialización que, en el caso, se encontraban plasmadas el alguna medida en el ya citado “Reglamento...”.

Así, conceptualmente, no existe base fáctica para sostener que Emporio Automotores S.R.L. hubiere abierto un mercado, al haber sido parte de una organización que dedicó sus esfuerzos a vender productos de una marca de fama mundial como es Nissan.

Por ello ha dicho la jurisprudencia, ya citada en la sentencia de primera instancia y no criticada puntualmente en la expresión de agravios, que la clientela (de entender que ello fue lo que obtuvo Nissan mediante el trabajo de Emporio Automotores S.R.L.), pertenece a la marca o eventualmente al concedente, por lo cual esta carece de valor para el concesionario tanto durante el curso de la relación contractual cuanto al tiempo de su extinción (CN Com. Sala A, 14/12/2007, “Tommasi Automotores S.A. c. CIADEA S.A. y otro”, LA LEY 2008-B, 695).

En casos similares esta Sala ha dicho reiteradamente, que en los casos de contratos que prevén su resolución unilateral, el reclamo de una indemnización en concepto de valor llave resulta improcedente, por inexistente.

En efecto, la actividad de la accionante, susceptible de concluir por voluntad de cualquiera de las partes, implica la virtual inexistencia del “valor llave”, que se confunde con el derecho del co-contratante a no padecer una ruptura brusca e intempestiva del negocio, conforme ha sido interpretado reiteradamente por la jurisprudencia (esta Sala, 19/12/2007, “Diyón S.A. c. Peugeot Citröen Argentina S.A. s/ Ordinario”; id., 03/10/2001, “R. Martín y Cía. c. Autolatina Argentina S.A.”; CN Com. Sala B, 31/05/2000, “Austral S.R.L. c. Nestlé Argentina S.A.”, id., 25/03/1986, “De Luca J. c. Industrias Pirelli S.A.”; id., 26/02/1992, “Distribuidora Aguapey S.R.L. c. Agip Argentina S.A.”; id., 10/08/1989, “Domogas S.A. c. Agip Gas S.A.”; id., 11/04/1995, “Marquinez y Perrotta c. Esso SAPA”; CN Com. Sala C, 06/06/1994, “Guimasol

# DECONOMI

S.A. c. Lever Asociados SA” ) (esta Sala, “Emporio Automotores S.R.L....” ya citado).

En este caso, la situación la entiendo particularmente diferente.

El reclamo ha sido circunscripto a la “indemnización por clientela”, lo cual aleja la pretensión, bien que no totalmente, del concepto “valor llave”.

Pero en este caso, a diferencia del anterior, el actor produjo prueba específica sobre la existencia de “clientela” generada por su actividad y, de seguido, se le otorgó pericialmente un valor económico.

Además, a la luz del giro comercial del aquí actor es razonable, diría que en el caso es prácticamente necesario, que el distribuidor tuviera una conducta activa en la búsqueda de nueva o mayor clientela, una vez asignada la zona de trabajo.

Según resulta de la causa, el señor Sola repartía los productos que le entregaba la demandada (bebidas alcohólicas) a diversos minoristas lo cual no sólo importaba una actividad de transporte y entrega, sino además la de transitar la zona en búsqueda de nuevos comercios que pudieran adquirir estos productos.

A diferencia de esto, en el antecedente citado se debatió la pretensión de un concesionario de automóviles, giro que si bien podría producir un importante caudal de clientela, a diferencia del sub iudice no importa una conducta activa del concesionario en orden a “salir” a buscar al cliente; amén que tampoco está dirigida a terceros que requieran de una comercialización constante, pues en la mayoría de los casos la operatoria se resuelve con la venta de uno o varios vehículos. En cambio, en casos como el que aquí son juzgados, la actividad del distribuidor presupone la entrega periódica del producto (usualmente por un largo plazo) a un comercio establecido.

De allí que el “enriquecimiento” del distribuido por la labor del actor que cesa en la relación en estudio, aparece con mayor nitidez en estos casos.

Amén de la pretensión focalizada en la “clientela”, y la prueba específica producida lo cual brinda elementos que demuestran la pertinencia del resarcimiento, no es posible ignorar en estos tiempos, como bien lo señala el señor Juez Heredia, la novedosa reforma legislativa que ha receptado expresamente este ítem (CCCN 1497, 1498), y que genera un marco diverso para su consideración.

Comparto con mi colega que, en el caso, tal normativa no es de aplicación pues los hechos en estudio y particularmente el cese de la relación se produjeron antes de entrar en vigencia aquel cuerpo legislativo.

Sin embargo no puede soslayarse que el Código Unificado ha resuelto una disputa actual, tanto en doctrina como en jurisprudencia, al tiempo de su promulgación. Y tal novedad exige de la Justicia que siga tales pasos en tanto ello brindará al justiciable una necesaria seguridad en cuanto al resultado y previsibilidad en orden a la consecuencia de sus actos.

III. Conforme los fundamentos que desarrolla el doctor Heredia en su voto, y las precedentes consideraciones, adhiero a la ponencia del señor Vocal preopinante.

El doctor Dieuzeide adhiere al voto del doctor Heredia.

Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan: (a) Revocar parcialmente el fallo de fs. 4053/4067 con el efecto de que la demanda del señor Andrés V. Sola queda exclusivamente admitida por la suma de \$ 1.577.331,94 en concepto de compensación de clientela, más los intereses referidos en el considerando 5°. (b) Modificar el pronunciamiento apelado en cuanto a las costas de la instancia anterior, con el alcance que resulta del considerando 6°, e imponer las cosas de alzada del modo indicado en el considerando 7°. (c) Diferir la consideración de los honorarios hasta tanto sean regulados los correspondientes a la anterior instancia. Notifíquese y una vez vencido el plazo del art. 257 del Código Procesal, devuélvase la causa al Juzgado de origen. Cúmplase con la comunicación ordenada por la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/13 y 24/13). — Juan J. Dieuzeide. — Pablo D. Heredia. — Gerardo G. Vassallo.

## **“La compensación por clientela en el contrato de distribución”**

Comentario a los fallos “*Sola, Andrés Valentín c/ Diageo Argentina S.A. s/ Ordinario*” y “*Canoura Salvador c/ La Salteña S.A. s/ Ordinario*”  
por Gonzalo L. Anaya<sup>89</sup> y Francisco J. Anaya<sup>90</sup>

### **I. Introducción**

Abordaremos en este estudio un tema que hasta hace poco sólo había conocido los estrados judiciales en causas concernientes a las leyes 14.546 (de viajantes de comercio) y 11.867 (de transferencia de fondos de comercio) pero con escasa presencia en litigios vinculados a contratos de distribución: el derecho a la compensación por clientela.

El análisis de la referida temática no sólo es relevante desde un enfoque teórico sino también práctico. Ello por cuanto la reciente determinación de su admisibilidad en los contratos de distribución repercute económicamente en la actividad de las empresas productoras que no cuentan con una red de distribución 100% propia<sup>91</sup>.

A este fin, abordaremos especialmente la cuestión a la luz de los fallos “*Sola, Andrés Valentín c/ Diageo Argentina S.A. s/ Ordinario*”<sup>92</sup> y “*Canoura Salvador c/ La Salteña S.A. s/ Ordinario*”<sup>93</sup> tanto desde un enfoque jurídico como en su incidencia práctica por su impacto económico en la operatoria usual de las empresas fabricantes de productos de consumo masivo.

### **II. La compensación por clientela en el CCC.**

---

<sup>89</sup> Abogado egresado de la Universidad Católica Argentina. Cursó numerosos estudios de posgrado en el país y en el extranjero, entre ellos el Master en Derecho Empresario de la Universidad de San Andrés, del cual es actualmente profesor. También es docente de la carrera de abogacía en la UBA (cátedra del Dr. Ignacio Escuti). Conferencista y autor de numerosas publicaciones en temas de su especialidad. Ejerce la profesión en el área del derecho corporativo y actualmente se desempeña como Sub Gerente de Legales de CCU Argentina S.A.

<sup>90</sup> Abogado egresado de la Universidad Católica Argentina. Cursó estudios de posgrado en la U.B.A. Es docente de Concursos y Quiebras en la Facultad de Derecho de la UBA (cátedra a cargo del Dr. Osvaldo Pisani). Ejerce la profesión en la justicia nacional en lo comercial de la Capital Federal.

<sup>91</sup> Situación en la que se encuentra la inmensa mayoría de las empresas (locales o multinacionales) fabricantes de productos.

<sup>92</sup> Dictado por la Sala D de la CNCom. y publicado en LL 2016-E-476, con nota de Rodolfo G. Papa.

<sup>93</sup> Dictado por la Sala F de la CNCom. el 6 de junio de 2017.

# DECONOMI

La compensación por clientela se encuentra regulada expresamente en el art. 1497 del CCC.

*Allí se establece que “Extinguido el contrato, sea por tiempo determinado o indeterminado, el agente que mediante su labor ha incrementado significativamente el giro de las operaciones del empresario, tiene derecho a una compensación si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales a éste.*

*En caso de muerte del agente ese derecho corresponde a sus herederos.*

*A falta de acuerdo, la compensación debe ser fijada judicialmente y no puede exceder del importe equivalente a un año de remuneraciones, neto de gastos, promediándose el valor de las percibidas por el agente durante los últimos cinco años, o durante todo el período de duración del contrato, si éste es inferior.*

*Esta compensación no impide al agente, en su caso, reclamar por los daños derivados de la ruptura por culpa del empresario”.*

Conforme surge de la primera oración, el art. 1497 refiere al derecho de compensación por clientela del agente. Esto es así, por cuanto dicho artículo integra el Capítulo 17 en el cual se regula el contrato de Agencia.

La primera pregunta que nos formulamos entonces es: ¿se aplica la compensación por clientela al contrato de distribución?

El contrato de distribución no se encuentra regulado de manera autónoma en el CCC sino por mera remisión. En este sentido, el inc. b) del art. 1511 establece que las normas del contrato de concesión se aplican a “*los contratos de distribución, en cuanto sean pertinentes*”.

A su vez, la regulación del contrato de concesión (arts. 1502 y sgtes del CCC) nada dispone respecto de la compensación por clientela sino que simplemente remite a las normas del contrato de agencia en dos casos puntuales: la rescisión de contratos de tiempo indeterminado (art. 1508) y las causales de resolución (art. 1509).

# DECONOMI

Del marco jurídico descrito puede concluirse entonces que: (i) al contrato de concesión le resultan de aplicación únicamente tres artículos del contrato de agencia (los arts. 1492 y 1493 a los que remite el 1508 y el art. 1494 al que remite el art. 1509); y (ii) que la propia regulación del contrato de concesión será aplicable al contrato de distribución únicamente cuando fuere pertinente.

En virtud de lo expuesto precedentemente, nuestra primera conclusión es que la regulación del CCC no prevé la aplicación de la compensación por clientela al contrato de distribución. Ni siquiera al de concesión.

En razón de lo dicho, la aplicación de la compensación por clientela al contrato de distribución podría tener lugar únicamente de manera analógica. Ahora bien, ¿fue esa la intención del legislador? Todo parecería que indicar que no. En este sentido, no debe pasarse por alto que cuando el legislador consideró pertinente la remisión de la concesión a las pautas sentadas para la agencia, dispuso expresamente la remisión<sup>94</sup>. Y ello ocurrió únicamente en dos oportunidades.

Es más, ni siquiera puede pensarse que la falta de remisión a la regulación de la compensación por clientela fue un mero olvido del legislador por cuanto esta ausencia viene de larga data, esto es, desde el proyecto de reforma del año 1998.

Por último, resulta interesante que si bien la regulación de la agencia en el CCC se encuentra inspirada en la Ley de Agencia Española N° 12 de 1992 que incorporó la Directiva de CEE 86/653, lo cierto es que en la Propuesta de Código Mercantil Español del año 2013 el contrato de distribución fue regulado de manera independiente al de agencia y se estableció en su art. 543-24 que *“salvo pacto en contrario, la terminación de contratos de distribución no obligará al proveedor a compensar al distribuidor por la clientela*

---

<sup>94</sup> En similar sentido señala Marzorati que *“no existe remisión al 1497, por lo que el Cód. Civ. y Com. zanja definitivamente esta cuestión, a nuestro juicio no haciendo lugar a la indemnización por clientela — la clientela, como en la franquicia, es de marca y siendo temporal ese cliente sigue a la marca y su producto”* (Marzorati, Osvaldo, *Necesidad de modificaciones al nuevo Código en materia contractual*, LL 2016-B-1032). En igual sentido, Arias y Trivisonno destacan que *“el Proyecto citado no prevé una norma semejante para los contratos de concesión, franquicia o distribución propiamente dicho”* (DCCyE 2012, febrero, 01/02/2012, 193).

# DECONOMI

*que éste hubiere podido generar durante la relación. Excepcionalmente, el distribuidor tendrá derecho a una compensación cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias: a) la naturaleza del contrato y la actividad del distribuidor hayan incrementado sustancialmente el tipo de operaciones o el número de clientes...”*

De esta manera, se optó por adoptar un criterio diverso al dispuesto en la Ley de Agencia que establece en su art. 28 que *“cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran”*.

Esta circunstancia es puesta de resalto en la exposición de motivos de la referida propuesta de código mercantil español al señalar que *“al regular la extinción del contrato, se da especial relevancia al reconocimiento al distribuidor, solo con carácter excepcional y en razón de determinadas circunstancias, del derecho a una compensación por la transmisión o aprovechamiento de la clientela por el proveedor”*<sup>95</sup>, lo cual evidencia el tratamiento diferencial que procuró darle esta moderna propuesta y el carácter excepcional que, en todo caso, debería tener la compensación por clientela en el contrato de distribución.

### **III. El contrato de agencia y el de distribución propiamente dicho.**

De manera previa a ingresar en el análisis de los fallos “Diageo” y “La Salteña” debemos destacar que el contrato de agencia y de distribución propiamente dicho son contratos con características distintas<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> Véase Anaya, Gonzalo Luis, *Propuesta española de Código Mercantil*, ED del 20/09/13.

<sup>96</sup> Referimos al contrato de distribución propiamente dicho en el entendimiento de que la distribución comercial en sentido amplio comprende diversas figuras jurídicas tales como la agencia, la concesión, franquicia.

# DECONOMI

Lo expuesto precedentemente puede parecer obvio pero no es una cuestión menor a los efectos de determinar si, más allá de la intención del legislador, igual corresponde la aplicación analógica de la compensación por clientela.

A este respecto, cabe comenzar señalando que ya de por sí el contrato de distribución se rige por remisión a las normas del contrato de concesión y no al de agencia. Y sumado a ello y como señalamos *ut supra*, la regulación del contrato de concesión remite sólo en dos oportunidades al contrato de agencia.

A ello, debemos adicionarle que mientras que por contrato de agencia se entiende aquel por el cual el “*agente actúa a nombre del comitente o, sin representarlo, promueve contratos para su beneficio. Por esta razón, el agente no queda obligado personalmente frente a terceros, ya que no es parte en el contrato celebrado entre el principal y el cliente*”<sup>97</sup>; el contrato de distribución es entendido como “*la relación contractual de colaboración entre el fabricante de un producto y quien en su nombre y por cuenta propia asume la función de revenderlos al público consumidor, mediante su propia organización, según los compromisos que asume con el fabricante*”<sup>98</sup>.

Dicho de otra manera, mientras que en la agencia “*la función económica del contrato consiste en crear clientela, aumentar la existente o, por lo menos, mantenerla*”<sup>99</sup> y por ello la función del agente “*es la de promover, mediante retribución, la conclusión de contratos a favor de un empresario preponente*”<sup>100</sup>, en la distribución propiamente dicha “*el distribuidor actúa en nombre propio, comprando al productor o distribuido y vendiendo a otros comerciantes o directamente al consumidor las mercaderías adquiridas*”<sup>101</sup>.

La diferencia entre ambos tipos de contratos también ha sido puesta de resalto con toda claridad por la jurisprudencia al señalar que “*El agente, a diferencia del distribuidor, concluye negocios y genera clientela "a favor de otra*

<sup>97</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis, *Contrato de Agencia*, en *Tratado de los contratos*, T° II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 613/614

<sup>98</sup> Marzorati, Osvaldo, *Contrato de distribución en el proyecto de Código*, LL 2014-B-685.

<sup>99</sup> Boretto, Mauricio, *Los llamados "contratos de distribución" en el Código Civil y Comercial*, LL 2014-F-765

<sup>100</sup> Heredia, Pablo, *El contrato de Agencia en el Código Civil y Comercial de la Nación*, RCCyC 2016 (febrero).

<sup>101</sup> CNCom, Sala D, 01/03/16, *Sola c/ Diageo*, LL 2016-E -476.

# DECONOMI

*persona llamada preponente". La ganancia del distribuidor, habitualmente, es la diferencia entre el precio de compra y el precio de reventa, mientras que la del agente es típicamente un porcentaje del precio del producto, y en general está cuantificada en función del volumen de ventas; vale decir que, a mayor venta, mayor beneficio. Tanto el distribuidor como el agente venden mercadería ajena, pero el agente vende por orden y cuenta del principal, existiendo entre ellos una relación de mandato y el distribuidor vende a nombre propio y por su cuenta, facturando al cliente y lucrando con la diferencia"*<sup>102</sup>.

Como se advierte, hay una diferencia sustancial entre ambos contratos. No sólo porque el agente celebra contratos en nombre de un empresario o preponente mientras que el distribuidor adquiere los productos del fabricante y los revende actuando en nombre propio sino, principalmente, porque como consecuencia de ello es que el agente procura aumentar la clientela del empresario que representa mientras que el distribuidor revende los productos a un precio mayor para obtener una ganancia<sup>103</sup>.

Lo expuesto en este capítulo evidenciaría *prima facie* que resulta por demás discutible que la compensación por clientela pueda ser aplicada al contrato de distribución propiamente dicho tanto desde un análisis de la normativa del CCC, como de estar a la aparente intención del legislador e, incluso, de atender a las características de cada contrato.

De manera más terminante Remaggi concluye en un muy interesante artículo que *"en los contratos de distribución, ni siquiera con carácter excepcional corresponde compensar al distribuidor —como denominación genérica comprensiva de éstos, concesionarios y franquiciados—, a raíz del crecimiento permanente del giro, habida cuenta de las características distintivas de este tipo de contratos, en los que el cliente pertenece al principal"*<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> CApel. Mar del Plata, 25/08/1994, *Dos Santos, José c/ Laboratorios Hetty SRL*, LLBA1995-518.

<sup>103</sup> EL CCC establece en su art. 1479 que *"hay contrato de agencia cuando una parte, denominada agente, se obliga a promover negocios por cuenta de otra denominada preponente o empresario, de manera estable, continuada e independiente, sin que medie relación laboral alguna, mediante una retribución"*.

<sup>104</sup> Remaggi, Luis, *El valor de la clientela y la conclusión de los contratos de agencia y distribución*, JA 2016-II.

## IV. La compensación por clientela en los fallos *Diageo y La Salteña*

No sólo son fallos por demás interesantes desde lo jurídico por el cambio de criterio que introducen sino que, además, constituyen precedentes relevantes en el ámbito mercantil por su impacto económico en la actividad de las empresas fabricantes de productos de consumo masivo.

Diageo y La Salteña sientan un criterio novedoso respecto de la admisibilidad de la compensación por clientela en el contrato de distribución. El criterio sentado en Diageo también fue reiterado poco después por la Sala D con fecha 1 de septiembre de 2016 en los autos “*Cellularnet S.A. c/ Telecom Personal S.A. s/ Ordinario*” y con fecha 14/02/17 en los autos “*Motos y Créditos S.A. c/ Banco Industrial S.A. s/ Ordinario*”.

A fin de brindar un panorama más amplio de las circunstancias fácticas que motivaron el fallo Diageo, cabe señalar sucintamente respecto de lo que aquí interesa que Sola fue distribuidor de Diageo Argentina S.A. durante 12 años y medio. Diageo Argentina S.A. primero notificó a Sola la terminación del contrato sin invocar causa alguna y le otorgó un plazo de preaviso de 9 meses. Posteriormente, decidió finalizar con causa la relación antes de que se cumpliera el referido plazo. Ante tal situación, la actora promovió demanda reclamando 12 meses y medio de preaviso y compensación por clientela (entre otros rubros). Diageo reconvino reclamando sumas adeudadas.

A continuación analizaremos el tratamiento efectuado en ambos fallos con relación a la compensación por clientela.

### A) *La colisión de criterios:*

En primer lugar, debe señalarse que el fallo Diageo hace lugar a la compensación por clientela previo reconocer la existencia de diversos precedentes que negaron dicho rubro. Alguno incluso dictado por la propia Sala D.

En este sentido, el juez Heredia destaca que “*un nuevo examen de la cuestión me convence sobre la necesidad de abandonar esa postura y, en su lugar, adherir a la doctrina de otros fallos que sí admitieron el rubro*” y cita el

# DECONOMI

fallo dictado por la Sala E el 4 de mayo de 2006 en los autos “*Carosella, Juan c. T.C.P. Telefónica Comunicaciones Personales S.A. s/ ordinario*”.

Ahora bien, a nuestro modo de ver, si bien es cierto que existían fallos con anterioridad al CCC que hacían lugar a este rubro, versaban sobre casos de contratos de agencia. Un ejemplo de ello es precisamente el precedente “*Carosella*”<sup>105</sup> citado en Diageo.

Lo expuesto es relevante a los fines de intentar comprender las razones que motivaron el cambio de criterio. Conforme surge del fallo, el mismo respondería en realidad a una toma de consciencia de que el distribuidor con su “*actividad gana una clientela que pierde cuando el contrato se extingue, pues aquella pasa al productor o distribuido en razón de que sigue a la marca que no es del distribuidor. En otras palabras, en los productos de marca la clientela compra la marca y desde el momento en que el distribuidor deja de comercializarla, lógicamente pierde la que ha ganado con su actividad y que, no obstante, sigue siendo aprovechada por el productor o distribuido*”.

Por esta razón, “*extinguido el contrato, sea por tiempo determinado o indeterminado, el distribuidor que mediante su labor ha incrementado significativamente el giro de las operaciones del distribuido, tiene derecho a una compensación si su anterior actividad puede seguir rindiendo frutos o continuar produciendo ventajas sustanciales a éste último en razón de la clientela con la que seguirá vinculado*”.

Incluso, el fallo establece que “*reunidos los presupuestos propios que habilitan tal compensación, no puede ella quedar neutralizada por el prestigio de las marcas del fabricante o aun del distribuido, ya que aquella se centra exclusivamente en la idea del aprovechamiento de una clientela ganada por el distribuidor*”.

Ahora bien, las razones que motivan el cambio de criterio colisionan con la jurisprudencia imperante hasta el momento que rechazaba este rubro en los contratos de distribución al establecer que “*en las relaciones en que el fabricante sólo utiliza la organización empresarial de su distribuidor para vender*

---

<sup>105</sup> Cabe aclarar que el precedente “*Cellulernet c / Telecom personal*”, dictado 6 meses después por la Sala D, sí trata un reclamo por la terminación de un contrato de agencia al igual que “*Motos y créditos c/ Banco Industrial S.A.*” del 14/02/17.

# DECONOMI

*el producto, la clientela pertenece al producto y no al que lo comercializa; por ello, salvo supuestos de excepción en los que se demuestre que la "clientela" - uno de los componentes del valor llave- se ha incrementado notoriamente comparándolo con el resto de los distribuidores, se daría la excepción en la que procedería su reconocimiento*<sup>106</sup>.

Esta postura fue reiterada poco apenas antes de la entrada en vigencia del CCC, esto es, el 23/04/15 por la Sala C en los autos "*Tecnotool SRL c/ Walter Do Brasil Ltda s/ ordinario*". Allí también se estableció que no corresponde hacer lugar a la indemnización por clientela toda vez que la misma no sólo se genera por la idoneidad del distribuidor sino que guarda relación con la calidad del producto que éste vende o distribuye. Sin ese producto idóneo, por más diligente que sea el distribuidor, no accederá a la clientela<sup>107</sup>.

## *B) ¿A quién le pertenece la clientela?*

De la mera lectura de las posiciones expuestas se desprende entonces que la cuestión se ceñiría a determinar si el aumento de clientela es consecuencia de la actividad del distribuidor o bien del prestigio de la marca del producto.

Por ello, de considerarse que la compensación por clientela puede ser aplicable analógicamente al contrato de distribución aun a pesar de las consideraciones expuestas *ut supra* en el apartado III, lo primero que debería efectuarse es una distinción respecto del tipo de producto que el distribuidor revende.

Una cosa es que el distribuidor haya comenzado a comercializar un producto de marca desconocida, totalmente nuevo y otra muy distinta es que el fabricante de un producto de marca conocida y/o prestigiosa simplemente se haya valido de la estructura o red logística de cierto distribuidor para lograr

---

<sup>106</sup> CNCom, Sala B, 10/06/2004, "*Godicer S.A. c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.*", LL 29/09/2004, 8; CNCom, Sala B, 31/05/2000, "*Austral S. R. L. c. Nestlé Argentina S. A.*", LL 2000-E-478; Sala D, 20/04/2001, "*Herrera, Norberto c. Nestlé Argentina S.A.*", LL 2001-D-719.

<sup>107</sup> Incluso, debe destacarse que también existen precedentes que continuaron rechazando la compensación por clientela incluso en el contrato de agencia una vez entrado en vigencia el CCC. Un ejemplo de ello es el fallo "*Bianchini, Germán c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ Ordinario*" dictado el 3 de mayo de 2016 que estableció que no corresponde la compensación por clientela si en el contrato no se previó la misma. Máxime, "*porque, precisamente, el objeto del contrato de que aquí se trata era la obtención y mantenimiento de cartera de clientes*".

alcanzarlo a nuevos territorios<sup>108</sup>. Adherimos a la jurisprudencia anterior a Diageo que efectuaba ésta por demás relevante distinción y consideraba inaplicable la compensación por clientela cuando se trataba de un producto de marca con prestigio propio<sup>109</sup>.

Un ejemplo siempre ayuda: ¿en el caso Godicer c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A. hubiera sido ajustado a derecho otorgar compensación por clientela al distribuidor cuya única función fue hacer llegar la cerveza marca Quilmes o la gaseosa Pepsi a los puntos de venta existentes en ciertas localidades del país? ¿Acaso el autoservicio, kiosco o almacén le compró la cerveza Quilmes o la gaseosa Pepsi por el esfuerzo desplegado por el distribuidor para hacerle conocer las marcas y luego convencerlo de que se trata de productos que valen la pena comprar?

En este caso, y siendo que Diageo se dedica a importar y luego comercializar relevantes productos tales como el whisky Johnnie Walker, el tequila José Cuervo, etc., ¿parece razonable sostener que el distribuidor Sola convenció a nuevos puntos de venta de que adquieran estos novedosos y desconocidos productos? Todo parece presumir que no.

La función de Sola al igual que la de Godicer fue básicamente la de alcanzar estos productos a los puntos de venta de ciertas localidades a los que el fabricante, por alguna cuestión de política empresaria, no llega con su propia fuerza de venta. Decimos básicamente porque, como veremos adelante, el distribuidor realiza ciertas tareas adicionales que igualmente no alteran la conclusión aquí expuesta.

### *C) La relevancia de comprender la real operatoria del distribuidor:*

Sentado lo anterior, debemos señalar que en realidad la cuestión es mucho más compleja que simplemente determinar si la clientela pertenece al producto o al distribuidor.

---

<sup>108</sup> De hecho, creemos relevante añadir que actualmente son muy pocas las empresas fabricantes de productos de consumo masivo que cuentan con una red nacional de distribución 100% propia. Todas estas empresas generalmente recurren total o parcialmente a distribuidores ubicados en diversas localidades del país para que distribuyan sus productos a través de su red. Red de distribución que, además, en la mayoría de las veces vende numerosos productos pertenecientes a diversos fabricantes (con la única limitación de que los productos no compitan entre sí)

<sup>109</sup> En igual sentido se manifiesta Marzorati en *Contrato de distribución. Rescisión unilateral del contrato antes de la vigencia del Código Civil y Comercial*, ED 270-662.

# DECONOMI

A este efecto, resulta sumamente ilustrativo el fallo La Salteña. Allí, se hizo lugar a la compensación por clientela en el contrato de distribución y se la estableció en 18 meses. Más allá de su cuantificación, lo que aquí queremos resaltar es que se hizo lugar a la compensación por clientela por considerarse acreditado que el distribuidor había hecho inversiones (dinero, producto sin cargo, etc.) para ingresar a las bocas de expendio de los supermercados. La circunstancia descripta es traída especialmente a colación porque pone sobre la mesa una nueva serie de consideraciones que también deberían ser tenidas en cuenta y que revelan la complejidad de esta temática.

En este sentido, debe señalarse que en muchas ocasiones, son las empresas fabricantes de productos quienes atienden de manera directa los supermercados en atención a sus particulares exigencias que, actualmente, no sólo se traducen en la exigencia del pago de lo que se denomina “*retorno*” simplemente para obtener espacio en góndola sino también la puesta a disposición de repositores por parte del fabricante, realización de acciones comerciales conjuntas y/o solventadas exclusivamente por el fabricante, etc.

De hecho, la complejidad y relevancia de los supermercados es tal que las empresas fabricantes de productos de consumo masivo grandes como en el caso de los fallos Cervecería y Maltería Quilmes S.A., Nestle, Diageo, etc. suelen tener un empleado responsable por cadena de supermercado<sup>110</sup>. En el caso La Salteña aparentemente era directamente el distribuidor quien comercializaba los productos con ciertos supermercados.

Independientemente de que sea el fabricante o el distribuidor quien se encargue de la venta directa a supermercados e hipermercados, debe aclararse que, en general, cuando lo hace el distribuidor, las más de las veces es el fabricante quien finalmente se hace cargo de una manera o de otra de la inversión (sea en forma de retorno<sup>111</sup>, acciones comerciales<sup>112</sup>, etc.) que el distribuidor otorga al supermercado. Generalmente se compensa al distribuidor mediante notas de crédito y/o producto sin cargo, etc.

---

<sup>110</sup> Comúnmente denominado Key Account Manager (KAM) o ejecutivo de ventas.

<sup>111</sup> Por retorno se entiende el descuento extra que pide el supermercado para vender el producto en sus góndolas y que el margen por la reventa sea mayor.

<sup>112</sup> Típicas promociones que se encuentran en el supermercado como ofertas de 3x2, la segunda unidad con 70% de descuento, etc.

# DECONOMI

Los autoservicios y almacenes que son atendidos por los distribuidores también imponen ciertas exigencias aunque de otro matiz. En este sentido, los autoservicios suelen exigir desde la entrega de producto sin cargo cada determinada cantidad de producto adquirido, dinero o producto a cambio de una mejor exhibición en góndola y/o para la instalación de punteras hasta la entrega gratuita de equipos de frío. Una vez más, estos pagos y/o descuentos también son solventados por el propio fabricante quien le compensa al distribuidor lo invertido mediante notas de crédito y/o entrega de productos sin cargo.

Lo aquí expuesto tiene por único fin poner en evidencia que al momento de determinar si corresponde la compensación por clientela en el contrato de distribución no sólo se debe analizar: (i) si corresponde la aplicación analógica de la regulación del contrato de agencia; (ii) el prestigio del producto; sino también (iii) la real operatoria del fabricante y el distribuidor de cara a los puntos de venta.

Esto último es por demás relevante porque si el punto de venta no adquiere el producto por su prestigio, lo hace por su valor y/o condiciones comerciales ofrecidas<sup>113</sup>. Y las más de las veces estas pueden aparecer *prima facie* como soportadas por el distribuidor pero, en realidad, son solventadas por el fabricante quien las reconoce a través notas de crédito y/o producto sin cargo.

Todo ello evidencia que, en el caso de productos de consumo masivo de prestigio propio, no sólo la función del distribuidor se limita básicamente a la entrega del producto al punto de venta sino que, además, si negocia descuentos y/o promociones con el punto de venta, las mismas son generalmente solventadas por el fabricante. Por lo tanto, no hace esfuerzo económico alguno por ganar la clientela<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> En similar sentido señala Marzorati al analizar la problemática de la exclusividad de territorio que “*el público consumidor que tiene poca fidelidad respecto de quien le vende, es muy susceptible al precio o a cualquier condición especial por pequeña que sea, que le permita sacar una ventaja personal sobre el producto que adquiere*” (Marzorati, Osvaldo, *Contrato de distribución - su regulación en el proyecto de Código Civil y Comercial*, pág. 125, en *Contratos Comerciales*, Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2014).

<sup>114</sup> No puede negarse que el distribuidor si debe velar por la correcta ejecución del producto en el punto de venta y que dicha tarea es relevante. Sin embargo, tiene por fin mejorar la exhibición del producto para lograr que los consumidores finales lo adquieran (producto fácilmente visible en góndolas, armado de

# DECONOMI

## *D) El beneficiario de la clientela:*

Cuando un fabricante de productos de consumo masivo reemplaza un distribuidor en general no lo hace para atender de forma directa (con su propia fuerza) el punto de venta. Si ello ocurriera, respondería a una reorganización excepcional del fabricante que por alguna razón se decidió a efectuar las adecuaciones e inversiones necesarias (contratación de más empleados, camiones, negociación con sindicatos, etc.) para poder entregar el producto de manera directa.

Usualmente se trata de un mero reemplazo de distribuidores que, probablemente, responda a que el anterior no visitaba periódicamente los puntos de venta ubicados en su zona y/o a que el nuevo distribuidor tiene una red de distribución de mayor alcance.

En cualquier caso, el fabricante reemplaza al distribuidor con uno nuevo para mejorar sus ventas a través de otro tercero y no obtiene para sí beneficio alguno directo de la supuesta clientela adquirida por el anterior distribuidor.

Es más, el nuevo distribuidor le exigirá al fabricante que siga solventando los descuentos y/o promociones que le reconocía al distribuidor anterior para poder vender y exhibir de forma satisfactoria sus productos en los diversos puntos de venta.

## *E) La determinación de la utilidad neta:*

Para entender el negocio de los distribuidores es importante efectuar la siguiente distinción: una cosa es la facturación bruta, otra es la utilidad neta y otra el margen.

Está claro que, en estos casos, mientras la facturación bruta es el dinero percibido por el distribuidor por la venta de los productos, la utilidad neta es la ganancia final que el distribuidor se lleva al bolsillo luego de cubrir con todos sus costos. A esos dos básicos conceptos hay que añadirle al menos el concepto de margen que es la diferencia entre el precio al que el distribuidor le compra al fabricante y luego revende al punto de venta (ejemplo: compra a \$

---

punteras, etc.). No tiene influencia alguna en lo que atañe a la clientela en tanto el punto de venta ya es cliente.

# DECONOMI

10 al fabricante y revende a \$12). Como se advierte, el conocimiento del margen es fundamental en tanto incide directamente en la determinación de la utilidad neta.

En el fallo Diageo se estableció una utilidad neta equivalente al 40% de la utilidad bruta. El precedente fundó su criterio citando el fallo “*Tomassi Automotores c/ CIADEA*”<sup>115</sup>.

Ahora bien, en el precedente Tomassi se estableció una utilidad neta del 40% en el entendimiento de que “*es habitual en la actividad comercial admitir una utilidad con márgenes que van del 30% al 40%*”. Este fundó su decisorio citando el fallo “*Paradiso Trans S.R.L. v. Massalin Particulares S.A.*”<sup>116</sup> en el cual se dispuso con idénticas palabras igual criterio aunque fijando una utilidad neta equivalente al 30% de la facturación bruta.

De la lectura de los citados fallos se advierte la ausencia de fundamento alguno que permita arribar a tan elevada utilidad neta. En efecto, la utilidad neta es dispuesta discrecionalmente en atención a “*que la peritación contable producida en autos no brinda información precisa en relación a la utilidad neta de la actora en su relación con las demandadas*”<sup>117</sup>.

Sentado lo anterior, debe señalarse en primer término que los precedentes citados *ut supra* no efectúan distinción alguna para determinar una utilidad neta del 30% o 40%, como si fuera lo mismo cuando en realidad esa diferencia puede significar muchísimo dinero. Y lo que es aún peor, aplican el mismo criterio cuando en un caso se trata de compraventa de automóviles (“Tomassi”), en otro de cigarrillos (“Paradiso Trans”) y en el último de bebidas alcohólicas (“Diageo”). Son todos mercados totalmente distintos y con características de comercialización sustancialmente diversas.

Además, en momento alguno analizan el margen que percibe el distribuidor por cada producto que vendía. Una vez más, siendo que el margen es la diferencia entre el precio al que compra y el precio al que revende, resulta esencial para la determinación de la utilidad neta. Ello por cuanto, la diferencia de dinero obtenida de la compra y la reventa es el monto al cual luego se le

---

<sup>115</sup> Dictado por la Sala A de la CNCom. el 14/12/2007, cita *online* LL: 35021106.

<sup>116</sup> Dictado por la Sala A de la CNCom. el 03/05/2007, cita *online* LL: 70039546

<sup>117</sup> “*Paradiso Trans S.R.L. v. Massalin Particulares S.A.*”

# DECONOMI

deben deducir todos los gastos en que incurre el distribuidor (camiones, empleados, depósito, seguros, etc.). De allí que jamás se podría fijar una utilidad neta igual o superior al margen. Ni siquiera mínimamente similar.

Incluso, el margen debe ser analizado por producto y por canal en tanto varía en cada ocasión. En este sentido, el margen varía según se trate de un producto con alta participación de mercado, más caro o más económico (todos factores que inciden en su volumen de venta) y en virtud del canal en tanto difiere el de hipermercados, supermercados y el minorista (autoservicios, kioscos y almacenes). Asimismo, el distribuidor puede tener a su cargo uno, varios o bien todos estos canales<sup>118</sup>.

Por otro lado, es relevante tener presente que el margen de mercado por la reventa de productos de consumo masivo varía según el producto pero, por lo menos en los de alimentos, suele oscilar entre un 10% a 20% para el canal minorista, dejando al distribuidor una utilidad neta del 4% al 8%. Precisamente por esta razón es que estos distribuidores no se hacen cargo de los descuentos y/o promociones que ofrecen al punto de venta sino que las solventa el fabricante. De lo contrario, prácticamente irían a pérdida.

A este respecto, resulta ilustrativo el fallo La Salteña por cuanto del mismo surgen los márgenes acordados en el contrato celebrado entre La Salteña y su distribuidor Canoura. Los mismos son del 15% o 17% según el producto para el primer período de vigencia y luego incluso van decreciendo para las renovaciones siguientes.

Robustece lo expuesto, la circunstancia de que en muchas oportunidades el distribuidor transporta en sus camiones productos pertenecientes a diversos fabricantes. Es decir, muchos de los distribuidores de productos de consumo masivo ya tienen armada su red de distribución por lo que subir nuevos productos al recorrido del camión de autoservicios y almacenes no les significa un costo relevante sino que la ganancia derivada de la reventa del producto le queda prácticamente “limpia” y por ello los márgenes y la utilidad neta acordada es mucho menor.

---

<sup>118</sup> Con la salvedad expuesta en cuanto a que el canal supermercados generalmente lo atienden los fabricantes de productos de consumo masivo de manera directa.

# DECONOMI

El análisis efectuado, más económico que legal, procura dejar en evidencia la relevancia de conocer el negocio y mercado que se analiza en cada juicio de distribución que, además, no sólo es relevante a los fines de determinar la cuantificación de la compensación por clientela sino también el preaviso y cualquier otro rubro cuya indemnización se calcula en base a la utilidad neta del distribuidor.

## *F) El aumento del giro de las operaciones:*

Por si todo lo hasta aquí dicho no fuere suficiente para evidenciar la complejidad que reviste la temática de la compensación de la clientela, debemos añadir que incluso hay otras variables que también deben ser tomadas en cuenta.

En este sentido, cabe recordar que el art. 1497 establece que corresponde la compensación por clientela al agente cuando “*mediante su labor ha incrementado significativamente el giro de las operaciones del empresario*”.

Ahora bien, el incremento del giro de las operaciones del empresario también está íntimamente vinculado, por ejemplo, al crecimiento de la industria. En este sentido, cabe preguntarse: si la industria creció en los últimos años (ya sea porque el producto es helado y cada año hace más calor o porque es cerveza y también cada vez hace más calor y/o se benefició del hecho de estar de moda por el auge de la cerveza artesanal), ¿el incremento del giro de las operaciones fue mérito del distribuidor? O si el empresario incrementó sus ventas notoriamente luego de una exitosa promoción o campaña publicitaria, ¿qué esfuerzo hizo el distribuidor?

Lo expuesto procura evidenciar que el aumento del giro de las operaciones no necesariamente es fruto del esfuerzo del distribuidor.

## *G) La pérdida del derecho a la compensación por clientela:*

Si a pesar de todo lo hasta aquí expuesto se considera aplicable analógicamente la compensación por clientela prevista para el contrato de agencia y correspondería la misma considerando todo lo expuesto en este

capítulo, lo cierto es que ello de manera alguna puede contrariar las propias normas dispuestas en el art. 1497 y 1498 del CCC.

Es decir, si el art. 1498 establece expresamente que “*no hay derecho a compensación si: a) el empresario pone fin al contrato por incumplimiento del agente*”, entonces, de finalizar el contrato por culpa del distribuidor, sin lugar a dudas éste carece de todo derecho a compensación por clientela.

Como bien señala Marcotullio, “*el hecho castigado por la ley es el de haber incumplido obligaciones que originan la resolución contractual*”<sup>119</sup>.

## V. El preaviso en el fallo Diageo

El fallo Diageo también es novedoso y relevante en tanto dispone que la determinación del plazo de preaviso no debe responder a un criterio de aplicación mecánica. Es cierto que en el precedente no resultaron de aplicación las normas del CCC pero permite entrever el criterio que aplicará la Sala D a la regulación del preaviso.

La Sala consideró que un preaviso de 9 meses el mismo resulta suficiente para una relación de 12 años. Fundó su decisorio en el entendimiento de que adoptar una postura diversas importaría “*la consagración de un criterio cuya aplicación maquinal puede conducir a resultados no valiosos, especialmente en contratos que hubieran durado varias décadas, ya que la parte promotora de la rescisión podría verse obligada a mantener, luego del preaviso extintivo, por un eventual prolongadísimo lapso la relación contractual que desea extinguir, quedando expuesta entretanto a los vaivenes de un co-contratante cuyo interés en el adecuado cumplimiento puede naturalmente decaer en conocimiento de la situación extintiva planteada. Si semejante posibilidad se validara jurisdiccionalmente, rápidamente se abriría la puerta para comportamientos contractuales abusivos, lo que debe evitarse*”.

No podemos estar más de acuerdo en este aspecto con el fallo, principalmente, por dos razones: (i) porque el preaviso tiene simplemente por

---

<sup>119</sup> Marcotullio, Jorge en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, dirigido por Curá, José María, T° IV, pág. 65, Ed. La Ley, 2016.

# DECONOMI

fin permitir al distribuidor disponer de un tiempo suficiente para poder planificar y decidir el destino de la organización comercial afectada hasta ese momento al cumplimiento del contrato<sup>120</sup>; y (ii) porque como bien señala la Sala, durante el preaviso el fabricante sigue vinculado a un distribuidor que ya perdió gran parte del interés en el producto.

Tan es así que, en muchas oportunidades, los fabricantes directamente prefieren pagar los meses correspondientes al preaviso en lugar de otorgarlo a fin de evitar el desabastecimiento y/o la desaparición de su producto de los puntos de venta.

Incluso, el otorgamiento de un preaviso que únicamente responde a una fórmula matemática en base a la antigüedad de la relación comercial puede desvirtuar el fin del preaviso al dar lugar a un plazo por demás extenso que carece de toda razonabilidad y, a la postre, derivar en un enriquecimiento sin causa del distribuidor<sup>121</sup>.

Tal como reclama la doctrina, el preaviso debió haber sido limitado a un plazo máximo de 6 meses tal como ocurre en la Ley de Agencia Española del año 92 y como se previó para el contrato de distribución en el art. 543-20 de la Propuesta Española de Código Mercantil.

## VI. El escollo sindical

El fabricante que actualmente quiere finalizar su relación con un distribuidor por la razón que fuere, lo primero que tiene que hacer es informarse respecto de la situación sindical de su distribuidor. Es decir, si tiene empleados en sindicatos y, en tal caso, en cual o cuales. Si no los tiene, puede sentarse directamente a negociar los términos comerciales de su cese. En el caso de que sí tenga, como ocurre en muchas oportunidades, antes tiene que negociar con el sindicato para evitar medidas de fuerza en sus plantas y/o oficinas.

---

<sup>120</sup> CNCCom, Sala D, 27/03/12, "*Humberto Holgado SRL c/ Cervecería y Maltería Quilmes SA s/ Ordinario*"; Sala D, 26/06/09, "*Editorial Ver SA c/ DYS SA s/ Ordinario*"; Sala A, 18/05/90, "*Victor Collado SRL e hijos c/ San Sebastián SA*"; Sala C, 13/02/98, "*Tercal SA c/ IM Argentina*"; Sala D, 22/12/04, "*Rodríguez Aleson y Costoya SA c/ Nobleza Piccardo SA*"; Sala E, 27/05/05, "*Souto, Ángel c/ Nobleza Piccardo SA*"

<sup>121</sup> Nos remitimos a lo expuesto en Anaya, Gonzalo Luis, *Los sistemas de distribución. Reflexiones sobre los contratos entre comerciantes*, Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa. Buenos Aires, abril de 2014.

# DECONOMI

A modo de ejemplo, cabe señalar que uno de los sindicatos más fuertes del país sólo da su visto bueno a la terminación de una relación de distribución si todos sus miembros son reubicados en otro distribuidor y si, además, se les paga la indemnización laboral que les pudiere corresponder. Caso contrario, toma las medidas de fuerza que son de público y notorio conocimiento<sup>122</sup>.

Como se advierte, un fabricante puede llegar a quedar “preso” de su distribuidor sin siquiera haberse sentado a analizar si corresponde o no indemnización por preaviso y/o clientela.

Todo esto lleva a que los fabricantes de productos se vean obligados las más de las veces a arreglar la salida de muchos de sus distribuidores. Precisamente por ello, no suelen haber muchos juicios de este tipo ante la justicia a pesar de la inmensa cantidad de distribuidores que existen en el país y de su incidencia en el mercado en general. Se aclara que esta circunstancia no le quita relevancia a lo aquí expuesto en lo más mínimo por cuanto el criterio que fijen los tribunales es aquel en base al cual el distribuidor negociará su indemnización comercial.

En conclusión, la indemnización comercial que el fabricante pueda abonarle al distribuidor se viene a sumar a todas las indemnizaciones laborales ya abonadas por todos sus empleados y al enorme esfuerzo de conseguir reubicar en otro distribuidor a los que estuvieren sindicalizados. Todo lo cual, además, deriva en que el distribuidor no sea tan débil como muchas veces se cree.

## VII. Apostillas finales

Hemos intentado dejar en evidencia que la temática de la clientela en los contratos de distribución es una cuestión por demás compleja y que requiere un minucioso análisis tanto desde una perspectiva jurídica como, especialmente, desde un enfoque fáctico de la actividad y real operatoria de las empresas involucradas.

---

<sup>122</sup> En el caso de que el fabricante no represente la masa crítica del distribuidor, deberá hacerse cargo de los empleados en proporción a su peso en el negocio del distribuidor.

# DECONOMI

Serán las sucesivas sentencias las que determinarán si este aparente cambio de criterio de la jurisprudencia finalmente se consolida o si simplemente fueron fallos aislados. Independientemente de ello, lo que también es relevante es que, de asentarse esta nueva corriente, en cada ocasión los tribunales efectúen un pormenorizado estudio del caso con un acabado conocimiento del funcionamiento negocio, de los productos involucrados y del mercado analizado, evaluándose todas las aristas aquí expuestas.

Por ello, cerramos este breve trabajo trayendo a colación la sabia y ya clásica enseñanza de Cesare Vivante acerca de la exigencia que se plantea en el quehacer jurídico, tanto para el legislador como para el intérprete, de ajustar su quehacer a una atenta observación de la realidad sobre la que actúa.<sup>123</sup> Y esto es particularmente válido en el ámbito del derecho mercantil, particularmente sensible a los influjos de las prácticas internacionales y a la gravitación de las frecuentes mudanzas que responden a las innovaciones que se producen en los procesos de productivos de bienes y servicios.

---

<sup>123</sup> Conf. Vivante, Cesare, *Trattato di Diritto Commerciale* -4ª edición-, quien señala de manera terminante en su prefacio: no se aventuren nunca a un tratamiento jurídico si no conocen a fondo la estructura técnica y la función económica del instituto que es objeto de su estudio.

**Tribunal:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D

**Fecha:** 19/04/2018

**Autos:** Oil Combustibles SA s/ concurso preventivo s/ recurso de queja

**Cita Online:** AR/JUR/6604/2018

## **Texto Completo:**

**2ª Instancia.-** Buenos Aires, abril 19 de 2018.

1º) Oil Combustibles SA dedujo la presente queja respecto del pronunciamiento copiado en fs. 39, por medio del cual el juez de primera instancia denegó el recurso de apelación interpuesto en fs. 38 contra la resolución de fs. 31/37 que, en lo que interesa referir, abrió el procedimiento de “salvataje” previsto en el art. 48 de la ley 24.522, fijando diversos recaudos a cumplir por los terceros interesados en adquirir las acciones representativas del capital social de la quejosa (fs. 31/37 y 40/44).

La mencionada denegatoria se sustentó en la regla de inapelabilidad prevista en el art. 273, inc. 3º de la LCQ.

La concursada sostiene, en prieta síntesis, que la resolución apelada exorbita el trámite normal y ordinario previsto legalmente para esta etapa del proceso, de modo que la apelación interpuesta en fs. 38 trasciende la regla del citado art. 273, inc. 3º, de la ley 24.522 y debe ser concedida. Apunta, en tal sentido, que el magistrado de la instancia anterior “...impuso a los interesados en participar en el procedimiento una serie de requisitos no previstos por los arts. 48 ni 48 bis de la LCQ que tienen entidad suficiente como para frustrar anticipadamente la suerte del salvataje...” ya que “...son de imposible cumplimiento para empresas que no sean las dos o tres petroleras de primera línea...” y que “...no están previstos ni expresa ni tácitamente en la LCQ por lo que deben ser reputados como violatorios de la ley...” (fs. 42 y vta.).

2º) La regla de inapelabilidad prevista en el art. 273, inc. 3º, de la ley 24.522, cede cuando lo decidido se aparta del trámite normal y habitual del concurso (esta Sala, 04/07/2013, “Item Vial SRL s/ concurso preventivo s/ queja”; 12/12/2007, “UOL Sinectis SA s/ concurso preventivo s/ queja”; Sala F, 20/10/2012, “Establecimiento Frigorífico Azul SA s/ concurso preventivo s/ queja”; Sala C, 05/03/2010, “Konfluencia SA s/ concurso preventivo”).

A criterio del Tribunal lo resuelto por el juez a quo queda aprehendido en tal hipótesis de excepción, toda vez que, en efecto, los alcances de la decisión que abrió la inscripción prevista por el art. 48, inc. 1º, de la ley 24.522 y los requisitos impuestos para acceder a ella, exceden de lo que sería una impronta normal del proceso.

Empero, tal particularidad, que hace a la admisibilidad formal del recurso, no impide advertir que la apelación se presenta, a todo evento, como sustancialmente inadmisibile, tanto porque la recurrente no tiene un agravio en términos de disconformidad entre lo peticionado y lo decidido (conf. Palacio, L., “Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, 1986, t. V, p. 47, nº 527, ap. “b”), como porque lo resuelto en la instancia anterior en orden a la fijación de diversos recaudos a cumplir por los sujetos interesados en inscribirse para participar en el “salvataje”, no exhibe arbitrariedad alguna ponderando las especialísimas características del presente concurso preventivo.

3º) En efecto, la resolución copiada en fs. 31/37 acogió la concreta petición efectuada en el escrito copiado en fs. 4/9, en el cual la propia concursada Oil Combustibles SA, tras expresar su voluntad de “...renunciar al período de exclusividad no consumido...”, reclamó la “...apertura inmediata del procedimiento de salvataje empresario previsto por el art. 48 de la ley 24.522...”.

La decisión judicial, pues, no fue disconforme con lo peticionado y, a todo evento, implicó incluso un beneficio al cual la concursada, en rigor de verdad, dudosamente tenía derecho a acceder, habida cuenta que el “salvataje” del art. 48 de la ley 24.522 no está legalmente previsto como etapa subsiguiente al desistimiento del período de exclusividad. En efecto, atento el expreso texto legal, las hipótesis que habilitan el “salvataje” son: I) la falta de exteriorización de la propuesta de acuerdo con veinte (20) días de anticipación al vencimiento del período de exclusividad (art. 43, ley cit.); II) la no obtención de conformidades (arts. 46 y 48, ley cit.); y III) el acogimiento de una impugnación al acuerdo preventivo (art. 51, ley cit.). De modo que, al haberse admitido la apertura del salvataje en las condiciones antes descriptas, mal puede la concursada agravarse en términos, como se dijo, de discordancia entre lo peticionado y lo decidido, ponderando que el juez a quo acogió una petición que bien pudo

haber desestimado declarando directamente la quiebra.

4°) En lo que respecta a los diversos recaudos que fueron impuestos a los eventuales participantes del “salvataje”, entiende la Sala que no son sino el resultado de un ponderado ejercicio de las facultades ordenatorias que la ley concede a los jueces concursales (art. 274 de la ley 24.522; esta Sala, 20/03/2018, “Oil Combustibles SA s/ concurso preventivo s/ incidente de medida cautelar por Estado Nacional - Ministerio de Energía y Minería y otro”; 30/11/2017, “Semacar Servicio de Mantenimiento de Carreteras s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación por Alsina, Luis Ángel y otro”; 28/12/2017, “Go Muebles SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión de crédito”), en procura de salvaguardar los relevantes y diversos intereses comprometidos en la actividad petrolera e hidrocarburífera desempeñada por la concursada (véase las manifestaciones de los interventores obrantes en fs. 20/21, punto II.2°), como así también evitar eventuales e hipotéticas maniobras espurias como las señaladas por la sindicatura en fs. 12 vta. (punto 14°).

(a) Al respecto, debe descartarse, ante todo, arbitrariedad por el hecho de que la aplicación conjunta de los apuntados recaudos pueda ciertamente reducir la concurrencia de interesados.

Si bien el registro previsto por el art. 48, inc. 1°, de la ley 24.522 (texto según ley 25.589) está abierto in genere a “...los acreedores y terceros interesados...”, no es verdad que no existan exclusiones tácitas. Por el contrario, las hay de tipo subjetivo que resultan de las reglas de la lógica y de la sistematización jurídica.

Al respecto, la doctrina ha sostenido, por ejemplo, que no pueden inscribirse para participar en el “salvataje” los directores, gerentes, administradores o síndicos de la sociedad concursada (conf. Rivera, J., “Derecho Concursal”, Buenos Aires, 2010, t. II, p. 394; Di Lella, N., “Concurso preventivo”, Tucumán, 2015, p. 1090), pues es un contrasentido que los sujetos que la llevaron al estado de cesación de pagos, pretendan presentarse en el salvataje y obtener de los acreedores sociales las conformidades necesarias para que le sean transferidas la totalidad de las participaciones sociales (conf. Junyent Bas, F. - Chiavassa, E., “El salvataje de la empresa, el cramdown en la ley 25.589”, Buenos Aires, 2004, p. 188). Asimismo, tras la sanción de la ley 25.589 debe entenderse que, como regla, tampoco pueden inscribirse los socios o accionistas de la sociedad sujeta a “salvataje”, toda vez que no es razonable que resulten con derecho a adquirir entre sí las acciones o cuotas representativas del capital social, siquiera parcialmente, ya que ello se puede prestar a todo tipo de abusos, resultando asimismo inaceptable que un socio o accionista pueda concurrir a formar la voluntad social la insolvente en orden a la formulación o negociación de una propuesta de acuerdo y, a la vez, negociar una propuesta diferente por su cuenta (conf. Di Tullio, J.A. - Macagno, A. - Chiavassa, E., “Concursos y quiebras, reforma de las leyes 25.563 y 25.589”, Buenos Aires, 2000, p. 105; Rouillón, A. - Alonso, A., “Código de Comercio comentado y anotado”, Buenos Aires, 2007, t. I, p. 598, N° 17; Graziabile, D., “Cuestiones prácticas del cramdown argentino”, en la obra coordinada por Truffat, E. - Molina Sandoval, C., Dinámica judicial y acciones en las sociedades y concursos, Córdoba, 2007, p. 527, espec. p. 536).

Pero con independencia de las exclusiones tácitas o implícitas precedentemente indicadas que, bien se ve, involucran a sujetos que se encuentran con relación directa a la sociedad concursada, también hay exclusiones que derivan de la necesidad de coordinar las reglas del “salvataje” concursal con otras normas del ordenamiento jurídico.

Se trata, en definitiva, de exclusiones que surgen de la necesidad de aplicar el ordenamiento jurídico computando la integridad de sus preceptos (CSJN, Fallos 305:1847, voto del juez Guastavino), pues la adecuada interpretación y aplicación de las leyes requiere no aislar cada precepto solo por su fin inmediato y concreto, sino que debe tenerse en cuenta los fines de los demás y considerárselos como dirigidos a colaborar, en su ordenada estructuración (CSJN, Fallos 338:88 y 962), teniendo en cuenta el contexto general (CSJN, 24/09/2015, “Hoyos, Darío Ramón”), no siendo una exégesis aceptable aquella que prescindiera de esa necesaria armonización, poniendo las disposiciones en pugna entre sí, destruyendo las unas por las otras (CSJN. Fallos 338:386).

En tal sentido, es claro y razonable que los participantes en el “salvataje” de una empresa cuyo objeto es la comercialización, transporte y refinación de hidrocarburos reúnan, cuanto menos, los requisitos “mínimos” resultantes de las reglamentaciones aplicables al sector y que tales requisitos, así como otros que la prudencia judicial pudiera reclamar, existan al tiempo de la inscripción en el registro al que se refiere el art. 48, inc. 1°, de la ley 24.522.

# DECONOMI

Es que tratándose Oil SA de una empresa de características técnicas y funcionales de alta complejidad, que se mueve en un ámbito donde la actividad privada está sujeta "...al indispensable y justo contralor del Estado sobre toda la conducta vinculada a la materia..." y en el que va involucrado, además, el objetivo de alcanzar el autoabastecimiento de hidrocarburos líquidos (Nota de Elevación de la Ley de Hidrocarburos 17.319), resulta nítido que no puede permitirse la intrusión indiscriminada en el mercado de cualquier operador sin resentir, al propio tiempo, el interés público involucrado.

Así pues, la seriedad, capacidad, solvencia moral y financiera en la actuación de los terceros interesados en participar en el "salvataje", si bien son condiciones que siempre han de estar presentes, lo han de estar con mayor razón en un caso como el sub lite, caracterizado además no solo por la presencia de un inmenso pasivo preconcursal, sino también por un muy elevado pasivo posconcursal, extremos que empujan, con la fuerza propia de la sana preocupación, a no validar sino la intervención de quienes sean verdaderamente aptos y muestren aptitud para llevar a buen puerto el trámite del art. 48 de la ley 24.522.

En ese esquema de pensamiento, a criterio de la Sala, la decisión del juez a quo, cuyo innegable alcance final es, ciertamente, delimitar subjetivamente el elenco de posibles interesados en adquirir la totalidad de las acciones de Oil Combustibles SA, no es contraria a la ley sino, antes bien, aplicación de ella en consideración a otras disposiciones del ordenamiento jurídico y con el propósito de dar seriedad al tratamiento de una insolvencia empresarial de singulares y excepcionales características.

Conviene observar, al respecto, que en el decreto 2485/1991 (BO 09/12/1991) han sido fijados los requisitos y condiciones que deben observar las empresas refinadoras, importadoras y comercializadoras de combustibles líquidos y otros derivados de hidrocarburos en todas sus formas, para desarrollar su actividad como tales. Entre ellos, está la obligación de formalizar su inscripción en el Registro de Empresas Petroleras - Sección Empresas Elaboradoras y/o Comercializadoras, reglamentado por la resolución de la Subsecretaría de Combustibles N° 69/92 (BO del 23/01/1992), modificada entre otras por las resoluciones de la Secretaría de Energía N° 349/93 (BO del 24/11/1993) y N° 419/98 (BO del 22/12/1998), esta última citada por el juez a quo.

En tal resolución administrativa se establecen como "Condiciones Particulares" las exigencias relativas a la "Capacidad Técnica" y a la "Solvencia Financiera" que deben observar las empresas del sector (Anexo I).

Pues bien, las exigencias técnicas y de solvencia normativamente previstas para las empresas petroleras en general, son justamente las que mutatis mutandi impuso el juez a quo a quienes pretendan inscribirse para participar en el "salvataje" de Oil Combustibles SA. Les ha requerido, en efecto, que al tiempo de inscribirse presenten "...antecedentes suficientes sobre actividades... que permitan comprobar fehacientemente capacidad e idoneidad para la comercialización y producción de combustibles y derivados...", así como "...capital de trabajo suficiente para el desarrollo de la actividad, de modo de asegurar el normal desenvolvimiento de la empresa y el pago de obligaciones previsionales e impositivas...".

Tal decisión, a criterio de la Sala, es inobjetable.

No se pierde de vista, desde luego, que los requisitos mencionados se exigen a las empresas en sí mismas y no a quienes son sus socios o accionistas o a quien, por vía del "salvataje", pretendiera serlo.

Empero, cabe destacar que el procedimiento del art. 48 de la ley 24.522 determina la posibilidad de que un sujeto interesado se haga único socio o accionista de la sociedad concursada (conf. 1er. Juzgado de Procesos Concursales, Mendoza, 11/12/2000, "Ferroviaria SA s/ concurso preventivo, hoy cramdown"), correspondiéndole obviamente a ese único sujeto el gobierno del ente, es decir, el conjunto de atribuciones previstas por los arts. 234 y 235 de la ley 19.550 (arg. art. 199, res. IGJ 7/2015; Moro, E., "La sociedad de capital unipersonal", Buenos Aires, 2006, ps. 183/186, n° 1.3).

A la luz de tal constatación, razonable entonces es exigir, como se hizo en primera instancia, que la inscripción sea habilitada exclusivamente a quienes exhiban "Capacidad Técnica" y "Solvencia Financiera", pues una y otra habrían de ser las que influyan, por la fuerza propia de las cosas, en la configuración misma de la potestad de gobierno sobre la sociedad insolvente que exclusivamente corresponderá al socio único, con las obvias implicancias que ello ha de tener en la decisiones relativas a la conservación, continuidad y dinámica de la empresa.

# DECONOMI

(b) La exigencia —también impuesta por el magistrado de la instancia anterior— de que la sociedad anónima interesada en inscribirse acompañe los últimos tres balances certificados de acuerdo con las prácticas contables vigentes responde, como es de toda obviedad, a la necesidad de que los acreedores conozcan la evolución y estado de aquella antes de decidir si prestan o no la conformidad a la que se refiere el art. 48, inc. 4º, segundo párrafo, de la ley 24.522.

(c) La nómina de los accionistas de la sociedad anónima interesada en inscribirse y, si los hubiera, la identificación de sus controlantes es, por su parte, dato relevante para corroborar que el empresario sea verdadera y no simuladamente separado de la empresa; separación que, ciertamente, es finalidad última del “salvataje” (conf. Dasso, A., “El salvataje como alternativa de solución de los conflictos societarios en las sociedades de capital en cesación de pagos”, en la obra coordinada por Embid, J. - Vitolo, D., *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado*, Granada, 2003, p. 379; Escuti, I. - Junyent Bas, F., “Derecho Concursal”, Buenos Aires, 2006, p. 379), a la cual ya hizo referencia esta Sala en su decisión del 27/12/2017.

Acertadamente se ha dicho que el “salvataje” no puede convertirse en campo propicio para abusos, ni ser vehículo para que el sistema sea solo una manera de concretar oportunidades de negocios, con desmedro de los acreedores (conf. Gebhardt, M., “Ley de Concursos y Quiebras”, Buenos Aires, 2008, t. I, ps. 247/248).

(d) En la especie, como se ha señalado, la concursada ha acumulado una importante deuda posconcurzal.

Pues bien, el recaudo impuesto por el juez a quo en orden a que quien se inscriba para participar en el “salvataje” acredite “... solvencia financiera suficiente para cancelar la deuda verificada en la causa de naturaleza preconcurzal y la devengada luego de la presentación en concurso...”, responde a una adecuada inteligencia en la protección de la empresa pues si no hay solución para los pasivos posconcursoales, quedan los acreedores correspondientes habilitados a ejecutar bienes en forma indiscriminada, tornando al procedimiento del art. 48, LCQ, como poco atractivo (conf. Fracapane, Héctor, “La administración durante el cramdown y los pasivos postconcursoales”, en la obra colectiva *Resoluciones alternativas de conflictos en la crisis de la empresa y el consumidor. Reconocimiento a la trayectoria del Dr. Francisco Junyent Bas, Instituto de Derecho Concursal y la Empresa en Crisis del Colegio de Abogados de Tucumán*, p. 489).

(e) De su lado, la presentación de un “Plan de Gestión” con los alcances explicitados por el magistrado de la instancia anterior, es recaudo naturalmente tendiente a demostrar la seriedad del actuar e intención del interesado, a la vez que genera información completa y transparente para que los acreedores puedan esclarecerse sobre las condiciones de la actuación futura de la empresa y su viabilidad en manos de aquel. Se trata, ciertamente, de un recaudo exigible a los interesados que, más allá del silencio de la ley, es reclamado por la doctrina como imprescindible para hacer eficaz el “salvataje” (conf. Mosso, G., “El cramdown y otras novedades concursales”, Buenos Aires, 1998, p. 102) y que, de manera más general, luce como propio de los institutos concursales conservativos-reorganizativos (sobre el tema, véase: Raspall, M., “Derecho de la empresa en crisis: concursos reorganizativos. Plan de Empresa. Una mirada en el Derecho Iberoamericano”, *LA LEY 2009-A*, p. 719; Vaiser, L., “El régimen de administración en la propuesta de acuerdo: ¿plan de empresa?”, *LA LEY*, 1999-D, 1073).

(f) Las condiciones impuestas a la cooperativa de trabajadores para participar en el “salvataje” se justifican, asimismo, porque su participación no podría darse sino en un pie de igualdad con el resto de los interesados.

5º) El juez a quo ponderó en su decisión las cuestiones ambientales involucradas en el caso y la necesidad de prevenir daños, lo cual obviamente solo podría llevarse a cabo de un modo eficaz mediante la participación de sujetos con capacidad adecuada para el cumplimiento de las normas técnicas, de seguridad y económicas en materia de medio ambiente que obligan a las firmas inscriptas en el Registro de Empresas Petroleras.

Desde tal perspectiva, lo actuado por el magistrado tiene también sustento en las facultades protectorias del interés general acordadas por el art. 32 de la ley 25.675, aplicable por analogía.

6º) En suma, ponderado que en los propios términos del escrito de interposición de la queja Oil Combustibles SA adelantó sus críticas y que la ejecutoriedad de la resolución de

# DECONOMI

apertura del “salvataje” no consiente dilaciones provenientes de quien, sin tener una agravio genuino ni demostrar arbitrariedad manifiesta en lo decidido, ya ha puesto de relieve su propia incapacidad para salir del estado de cesación de pagos, todo lo cual constituyen suficientes elementos de juicio para posibilitar un pronunciamiento de esta Cámara acerca de la admisibilidad de la apelación denegada (conf. Palacio, L., ob. cit., t. V, ps. 131/132, n° 560), el Tribunal resuelve: Admitir la queja y confirmar la decisión recurrida. Sin costas por no mediar contradictor. Cúmplase con la comunicación ordenada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (ley 26.856 y acordadas 15 y 24/13), notifíquese electrónicamente a Oil Combustibles SA y remítase el presente cuadernillo a primera instancia para su agregación al principal. — Pablo D. Heredia. — Gerardo G. Vassallo. — Juan R. Garibotto.

## ***“Barreras de ingreso para la participación de los terceros en el procedimiento de salvataje empresario”***

Comentario al fallo “Oil Combustibles SA s/ conc. prev. s/ recurso de queja”

por Diego Parducci

### **I. Introducción.**

El fallo en comentario, además de lo interesante que resulta en sí mismo por la temática que aborda, revitalizó el debate sobre una figura que no había provocado desde a hace tiempo mayores controversias en torno a la interpretación de su regulación establecida en un único artículo, obviamente, luego de los primeros años transcurridos ni bien sancionado el texto original de la ley 24.522, época de novedad donde, tanto la doctrina como la jurisprudencia e incluso el legislador con los retoques sustanciales que le hizo al art. 48 muy rápidamente mediante la ley 25.589, fueron despejando algunas dudas, poniendo en evidencia los defectos e incongruencias y postulando también ciertas dudas sobre su verdadera eficacia como instancia pensada para lograr la pretensiosa denominación que se le había dado de “salvataje empresario”.

No he mencionado en esa evolución del instituto a la inclusión del art. 48 bis en el texto concursal, en razón a que aun cuando esa disposición pudiera dar lugar a una interpretación que compatibilice su imprecisa letra con lo que parece que quiso el legislador sin necesidad de predicar su inconstitucionalidad -reproche que en su momento le hizo autorizada doctrina-, lo cierto es que esta última se trató, no de una modificación real a la estructura procedimental sentada en el referido art. 48 que se mantuvo incólume, sino en el establecimiento de reglas para la participación de la cooperativa de trabajadores como terceros interesados en adquirir las acciones o cuotas partes de la sociedad concursada, que en los hechos es muy dudoso que en algún momento vayan a ser realmente aplicadas.

Así, entre los variados aspectos de mayor y menor relevancia que desde lo dogmático fueron analizados en la resolución de la Sala D de la

Cámara Nacional en lo Comercial, parece claro que el tema central pasó por haber convalidado lo decidido en primera instancia, donde, ejerciendo facultades jurisdiccionales ordenatorias, se estableció una numerosa serie de requisitos, en gran parte a mi juicio de naturaleza sustancial, que iban a tener que cumplir aquellos terceros que estuvieran interesados en adquirir las acciones de Oil Combustibles S.A.

## **II. La apertura del salvataje en primera instancia: los recaudos a cumplir para la inscripción.**

Sin que hubiera transcurrido el período de exclusividad que Oil Combustibles S.A. tenía a su favor, esta última se presentó en el expediente y tras manifestar que renunciaba a seguir transitando esa dirimente etapa del concurso preventivo destinada a negociar la propuesta de acuerdo con sus acreedores, pidió en cambio que directamente se abriera el registro previsto en el art. 48 LCQ.

Esta claro que con esa manifestación, Oil Combustibles S.A. quiso habilitar el comienzo del procedimiento de salvataje que se encuentra orientado a que, luego del fracaso del propio deudor y como alternativa a la quiebra que de otro modo habría de tener lugar, todos los terceros interesados en adquirir la totalidad del capital accionario de la concursada, participen, compitiendo entre sí, en una nueva etapa de negociación con los acreedores similar a la ocurrida durante el período de exclusividad, pero que ahora “ganaría” el primero de todos los que se hubieren inscripto a esos efectos que hubiera obtenido las conformidades de los acreedores representativa de las mayorías, que también aquí fija el art. 45.

Más allá de lo que después diré, tal manifestación de la concursada a mi juicio encerró una importante carga valorativa desde lo interpretativo, debido a que dicha renuncia en alguna medida estaba significando la declinación de la concursada a participar luego en la negociación con los acreedores a la que lo habilitaba el citado art. 48, en la medida de que hubiera al menos un tercero inscripto en el registro al que refiere el inciso 1° de esta última disposición.

# DECONOMI

Digo esto, porque en una primera aproximación alejada de toda consideración de las constancias particulares de esta causa -las que además puntualmente desconozco, más allá de algunas piezas incorporada al sistema de consultas de causas del Poder Judicial de la Nación que he podido visualizar para elaborar este comentario-, cuanto menos hubiera sido contradictorio pretender tal participación en concurrencia con otros terceros cuando no se quiso llevar adelante la negociación de un acuerdo con los acreedores en la etapa específicamente destinada para ello.

Digresión aparte, lo que ocurrió es que el juez del concurso, a partir de dejar en evidencia situaciones de indudable relevancia práctica en el caso concreto pero que también hacían a sus responsabilidades como órgano jurisdiccional, por ejemplo, en lo atinente a cierto riesgo ambiental que podía llegar a ocasionar la paralización de la refinería; el multimillonario pasivo posconcurzal junto al preconcurzal respecto de los cuales la AFIP había expresado notorias restricciones frente a las facilidades de pago que habitualmente concede; la falta de recursos y, finalmente, la existencia de regulaciones administrativas aplicables al sector de hidrocarburos, estableció una importante serie de requisitos que -reconocido por el propio magistrado de manera explícita- aparecían como limitaciones no establecidas en la ley para el acceso de terceros que quisieran participar en el salvataje.

Por su significación a fin de valorar la decisión confirmatoria de la Alzada, transcribiré a continuación los aludidos recaudos:

1) *Requisitos aplicables previstos por la Resolución 419/98 de la Secretaría de Energía de la Nación según Resolución 1283/2006:*

a) Hallarse constituidos como sociedad anónima en los términos de la ley 19.550. A esos efectos iban a tener que adjuntar estatutos constitutivos, modificaciones, constancia de domicilio social inscripto actualizado y de administradores sociales por ante el Registro Público respectivo.

b) Demostrar capacidad técnica adecuada mediante la presentación de antecedentes suficientes sobre actividades realizadas por la empresa y/o sus integrantes que permitiera comprobar fehacientemente capacidad e idoneidad para la comercialización y producción de combustibles y derivados.

# DECONOMI

c) Demostrar solvencia financiera, acreditando capital de trabajo suficiente para el desarrollo de la actividad, de modo de asegurar el normal desenvolvimiento de la empresa y el pago de obligaciones previsionales e impositivas dentro de los plazos fijados por los organismos de recaudación

2) *Los que fueron denominados como “Otros requisitos”:*

a) Deberían acompañar también la nómina de accionistas y en su caso de los controlantes de la sociedad.

b) Los últimos tres balances certificados de acuerdo a las prácticas contables vigentes

c) Relacionado con la solvencia financiera, iban a tener que acreditar solvencia financiera suficiente para cancelar la deuda verificada en la causa de naturaleza preconcursal y la devengada luego de la presentación en concurso. En este sentido, el referido magistrado aclaró que lo hacía con motivo de las exigencias que la AFIP puso de relieve en el expediente, salvo que el interesado adjuntase la acreditación fehaciente de que el organismo recaudador accedería, no obstante, a facilidades de pago diferenciadas.

d) Plan de negocios:

Sobre este aspecto el juez de primera instancia destacó que la concursada poseía una refinería con instalaciones industriales complementarias, algunas de ellas inactivas, y que poner en funcionamiento nuevamente la planta implicaría poseer capacidad técnica con un equipo de profesionales adecuado y un proyecto técnico y financiero preciso al efecto.

Además, destacó que Oil Combustibles S.A. también poseía una terminal portuaria con importantes instalaciones de almacenaje y de remediación ambiental, y que en virtud de ello se presentaba indispensable poseer capacidad técnica para operar el puerto y sus instalaciones, y para llevar adelante operaciones complejas y delicadas de carga y descarga de buques, en donde no era admisible la imprecisión ni la inexperiencia.

Finalmente, se refirió a la red de distribución, que implicaba la necesidad de atender a variados aspectos de logística, comerciales, ambientales, transporte y otros. Señaló, en orden a ello, que debía disponerse

# DECONOMI

de recursos humanos con suma capacitación y recursos materiales suficientes para llevar adelante la operatoria comercial compleja propia de la sofisticada actividad de la que se trata.

Con estos antecedentes, exigió que los interesados deberían presentar un detallado plan de gestión del negocio que contemplase:

1. Equipos técnicos propios discriminados por áreas (refinería, almacenaje, puerto, distribución, logística, área comercial);

2. Capacidad técnica en cada área debidamente acreditada;

3. Plan de negocios con los recursos humanos que ocuparía, los fondos que aplicaría y un cronograma de actividades; y

4. El flujo de fondos proyectado para cancelar la deuda pre y post concursal y atender el futuro del negocio.

5. Indicar cuántos empleados pensaba mantener del plantel de la concursada, qué costo implicaba y de qué forma iba a atenderlo.

e) Debería adjuntar, asimismo, una certificación contable sobre liquidez o acceso inmediato a liquidez suficiente para la puesta en marcha del plan tanto como el pago de las obligaciones pendientes.

f) Y, finalmente, depositar la suma de \$ 50.000 en los términos del art. 48 inc. 1° ley 24.522.

Por lo demás, previendo una eventual participación de la cooperativa de trabajadores de la concursada -que entiendo según pude verlo a través del referido sistema de consulta de causas, a esa época parecería que se estaba formando- habilitó como no podía ser de otra manera su participación, bien que requiriéndole, además y en caso de pretender inscribirse, la obtención de una conformidad del ente gubernamental a cargo del Registro de Empresas Petroleras Sección Elaboradoras y Comercializadoras, a efectos de que sea soslayado respecto de su parte la limitación establecida por la Res. 419/98 de la Secretaría de Energía, en cuanto a que sólo son admisibles para desarrollar tal actividad sociedades por acciones.

**III. La decisión confirmatoria de la Sala D. Una ratificación a las amplias facultades del juez concursal.**

# DECONOMI

Apelada dicha resolución por la concursada, el recurso fue denegado en virtud del principio de inapelabilidad de las decisiones emitidas durante el trámite del concurso que resulta del art. 273, inciso 3° LCQ.

Llegada al Superior una queja por apelación denegada, si bien se interpretó que la situación no quedaba comprendida en el aludido principio, la Alzada Comercial se adentró sin más a tratar los argumentos de fondo que encerraba el planteo estrictamente formal que importaba lograr la concesión del recurso denegado, declarando además su inadmisibilidad sustancial sin necesidad de devolverlo previamente a la instancia de grado, por dos razones que quedaron muy bien identificadas: i) la inexistencia de agravio entre lo peticionado y lo decidido y ii) la ausencia de arbitrariedad en las facultades ejercidas por el juez de grado al establecer los aludidos recaudados que iban a tener que cumplir los terceros que pretendieran participar en el procedimiento de salvataje.

Sobre la primera cuestión, encuentro que el aspecto más gravitante a destacar es la duda que la referida Sala puso en evidencia acerca de si era realmente ajustado a derecho instar el salvataje cuando no se había configurado ninguna de la hipótesis a las que referían los arts. 43, 46, 48 y 51, sino que lisa y llanamente se había desistido de transitar el período de exclusividad.

Y es que a partir de esa duda la Sala no advirtió ningún agravio, ya que además de señalar que se había procedido a la apertura del registro como paso previo a la diversas etapas subsiguientes del salvataje de conformidad con lo que se había pretendido, concluyó que aun si se entendiera que esa discordancia existió -o al menos esa es mi lectura entre líneas de lo expresado en ese pasaje de la resolución- igualmente no había existido agravio a considerar, siendo que, corroborando la duda o esta altura certeza sobre cuál debería haber sido el destino inmediato del concurso, se le presentaba muy dudoso que hubiera sido procedente la apertura del procedimiento del salvataje, lo que en ese marco aparecía más bien como una situación “beneficiosa” para su parte en dicho escenario.

# DECONOMI

Respecto del segundo argumento al que más arriba aludí, mayores fueron las consideraciones que exigió del referido tribunal.

Por lo pronto, y advierto en ello una conclusión general que propaga su ámbito de aplicación -según después veremos- a otras tantas situaciones que se verifican durante el trámite del concurso o la quiebra y que exigen flexibilidad en algunos casos, estrictez en otros y mucha creatividad en la generalidad de las veces, al ratificar el amplio ámbito de discrecionalidad -lo que no es lo mismo que “arbitrariedad”- que la legislación le concede a los jueces concursales para cumplir la finalidad legal de que sean directores del proceso. Este reconocimiento fue muy explícito, como también lo fue que su ejercicio tuviera como horizonte conjurar “maniobras espurias”.

Pero incluso desbrozando la consistencia real de cómo habían sido ejercidas esas facultades en el caso concreto, según lo adelanté, descartaron que se lo hubiera hecho de manera arbitraria. Para justificar tal aseveración razonaron del siguiente modo: por un lado y apoyado en importante doctrina, admitieron que el art. 48, tanto de manera explícita como implícita, exhibe exclusiones de acceso al procedimiento que dicha disposición reglamenta. Puntualmente descartaron que pudieran ser parte del salvataje los directores, gerentes, administradores o síndicos de la sociedad concursada. Pero también concluyeron que a los socios y accionistas tampoco podía reconocérseles tal participación. Y además pusieron de relieve que podían llegar a existir otro tipo de sujetos excluidos como resultado de compatibilizar las reglas concursales con el ordenamiento jurídico general.

En lo que a este caso importaba, la compatibilización de las reglas del salvataje y más específicamente las barreras de acceso al procedimiento resultantes de manera explícita o implícita del ordenamiento concursal, se le agregarían las propias aplicables al mercado regulado del que participaba la concursada, las cuales fueron analizadas en el fallo, arribando a la conclusión que los requisitos que había establecido el juez de grado se presentaban con inobjetable ajuste a estas disposiciones, básicamente todas ellas de naturaleza administrativa.

#### **IV. Algunas cuestiones procesales que derivan del fallo.**

# DECONOMI

## *i) Sobre el principio de inapelabilidad.*

Aun cuando pudieran ensayarse interpretaciones alternativas para intentar justificar el criterio empleado por el juez de grado, que se apoyó en el texto expreso de la ley que dispone que “las resoluciones son inapelables”, no es difícil compartir lo sostenido por la Sala D para apartarse de dicho principio.

Parece claro que al encontrarse el régimen de inapelabilidad inspirado en el principio de celeridad y apoyado en un procedimiento concursal tasado en gran parte de los numerosos aspectos que involucra y cuya estructura queda definida tanto por la apertura del concurso preventivo y/o el decreto de quiebra como por la misma ley, el avance de las diversas etapas no puede quedar sujeto a los avatares recursivos de las partes, máxime cuando los tiempos del proceso concursal se encuentran íntimamente vinculados a su eficacia y finalidades que lo dirigen. De ahí que el apartamiento de ese recorrido procesalmente previsible al que los operadores de la insolvencia quedan sometidos, no pueda conducir a que lo decidido en el importante marco de discrecionalidad que corresponde reconocer a los jueces concursales quede exento, en términos generales, de la posibilidad de una revisión ulterior. Entiendo que el derecho de defensa en juicio de los litigantes lo impone y que con una adecuada actuación de los órganos jurisdiccionales la aludida celeridad no debería encontrarse comprometida.

Sin embargo, tengo mis dudas acerca de que en el caso puntual en comentario Oil Combustibles SA haya tenido legitimación, y en definitiva agravio, como consecuencia de la decisión del juez de primera instancia.

Y no señalo esto por los argumentos puntuales expuestos por la Sala en orden a la coincidencia entre lo peticionado y lo decidido, menos aún con lo expresado respecto a que la solución en todo caso había terminado siendo beneficiosa para la concursada, en la inteligencia de que, en términos de estricta exégesis legal, no hubiese correspondido en cambio proceder a la apertura del procedimiento de salvataje por no haberse configurado ninguna de las situaciones legales que habilitaban su apertura, al haber expresado en el expediente que renunciaba a seguir intentando obtener las mayorías en el

# DECONOMI

período de exclusividad, para que se diera curso, directamente, al trámite regulado por el art. 48 de la ley concursal.

Es que si bien podría llegar a compartirse lo relativo a esa identidad que se remarcó entre “lo peticionado y lo decidido”, aun cuando incluso pudiera contra argumentarse que ese apartamiento de las reglas establecidas para la figura cuya aplicación se estaba solicitando importó no decidir estrictamente conforme “lo peticionado” por no aparecer los recaudos establecidos en la ley, no comparto las casi certezas que tuvo el tribunal y que no necesitó profundizar en su fallo por la limitación de la materia recursiva, sobre las consecuencias que le asignó al proceder de la concursada por haber renunciado al período de exclusividad.

Fundamentalmente no comparto esta última aseveración, por dos argumentos.

El primero, relacionado con el propio supuesto que la Sala reconoció como habilitante del salvataje, es decir, la falta de exteriorización de la propuesta, debido a que hubiese bastado que la concursada aun sin exteriorizar el abandono de la negociación en el expediente, esperase en cambio a que se cumpliera el límite máximo para exteriorizar la propuesta sin proceder de ese modo, para con ello eludir en los hechos la observación que se le hiciera en el fallo, aunque logrando un resultado idéntico que en ese contexto no podría ser, entonces, reprochable.

Podrá decirse que la “renuncia” al período de exclusividad no está regulada y por lo tanto no se puede acceder al procedimiento del salvataje a través de una vía a la cual el legislador no le reconoció esa consecuencia como sí lo hizo en los arts. 43, 46, 48 y 51 LCQ. Sin embargo, además de presentárseme esta posible respuesta como un solución únicamente formal, atenta en mi parecer con otro principio aplicable en la materia, como lo es el de “tempestividad”, en el sentido de que se estaría vedando la posibilidad del salvataje económico de una empresa en manos de posibles terceros por la sola circunstancia de que el empresario, hasta ese momento titular de dicho emprendimiento económico, se auto reconoció impotente de continuar por sí mismo con tal actividad en vez de transitar el tiempo del período de

# DECONOMI

exclusividad sabiendo que no tenía ninguna chance se culminarlo con un acuerdo, menos aún viable. Lo así denunciado, por lo demás, tampoco parece reprochable desde la perspectiva que brinda el hecho de que, con esa manifestación, se estaba exponiendo su propio patrimonio a un mayor control del juez del concurso, impidiendo, por ende, la realización de actos en detrimento de las expectativas de los acreedores de cobrarse sobre tales bienes en caso de que todo culminase en una quiebra.

El segundo argumento, se encuentra vinculado a las mismas razones que condujeron a otra Sala del mismo fuero a confirmar una decisión de primera instancia que había desestimado también un planteo de renuncia, pero en ese caso en sentido contrario al que estamos analizando, ya que en ese antiguo precedente el deudor quería que se declarase directamente la quiebra soslayando el procedimiento de salvataje. Me refiere al fallo de la Sala E en autos “Pino Camby SA s/ concurso preventivo”, del 8.3.04. En aquella oportunidad fueron el orden público concursal y los intereses del Estado en abrir esta instancia destinada a mantener la empresa en el mercado como productora de riquezas, lo que inspiró tan importante jurisprudencia en torno a esta misma figura. Y el caso que aquí nos ocupa también se ve inspirado por esas mismas finalidades. No tengo dudas de que eso es así, ya que si desde el punto de vista axiológico aquellas son las finalidades perseguidas con el salvataje, no advierto razones para no consagrarlas también cuando es el propio deudor quien denuncia la imposibilidad de seguir al frente de su hacienda mercantil, siendo que en definitiva la esencia del procedimiento no se encuentra dirigido a darle a ese mismo deudor impotente otra oportunidad, aunque eventualmente se encuentre habilitado a participar del procedimiento, sino a que sean terceros con recursos disponibles, una nueva estrategia empresarial, un nuevo management, etc. quienes, a través de lograr adquirir las participaciones societarias de la concursada, asuman su conducción.

Esto me permite retomar la duda que plantee más arriba acerca de si en este caso puntual Oil Combustibles S.A. tenía legitimación recursiva. Me pregunto en torno a este interrogante, si dirigido entonces el procedimiento de salvataje, esencialmente a los terceros que estuvieran interesados en adquirir las acciones de la concursada, la renuncia de esta última al período de

# DECONOMI

exclusividad, fundada en expresas razones de su fracaso empresario e imposibilidad de superar por sí misma su cesación de pagos, pudo dar luego lugar a invocar un agravio respecto de requisitos que habrían de tener que cumplir terceros ajenos a su persona. Es que esta situación a mi juicio debía ser ponderada en un escenario que habilitaba a descartar válidamente, que Oil Combustibles SA pudiera haber pretendido a ejercer el derecho que le iba a asistir en caso de que al menos un interesado se inscribiera en el registro al que alude el inciso 1° del art. 48.

Por eso señalo que si los motivos en que justificó su renuncia al período exclusividad, por lógicas razones económicas, financieras y de gestión empresarial hacían impensable que luego pretendiera reeditar una negociación a la que había renunciado previamente, no parece, por forzosa consecuencia lógica, que pudiera haber tenido algún agravio derivado de una resolución que disponía requisitos que no iba a cumplir su parte. Y la latencia de la quiebra no podía ser tampoco el argumento recursivo, porque insisto, la renuncia de su parte al período de exclusividad ponía a la sociedad al borde de la apertura de dicho proceso liquidativo, o en su caso de un procedimiento que sólo mediante la participación de terceros ajenos a su parte hubiese permitido evitar el mencionado desenlace falencial.

*ii) Acerca del plazo fijado para la inscripción de los eventuales interesados:*

Con independencia de las cuestiones sustanciales que abordaremos más abajo, el plazo fijado por el juez de primera instancia en mi parecer merece algún comentario.

Sin embargo, ese comentario al que me refiero no pasará por el hecho de haber ampliado el plazo legal de 5 días desde la perspectiva del principio de celeridad que impera en la materia y la obligación del juez de respetar su cumplimiento (art. 273 in fine LCQ), sino todo lo contrario, por parecerme exiguo el fijado en 7 días.

Y me parece exiguo, debido a la naturaleza sustancial y compleja de los requisitos que se les estaba exigiendo a los posibles interesados en participar del salvataje. Recordando otras épocas profesionales en las que he

# DECONOMI

participado en la presentación de concursos preventivos, tengo muy presente las dificultades y tiempos que insumía su preparación, que claro está excedían por “mucho” los cinco días del momento en que finalmente se terminaba presentando dicha petición por ante la Mesa General de Entradas del fuero, incluso considerando el acceso más directo e irrestricto que uno tenía a la información como abogado de su cliente-deudor próximo a concursarse.

No pierdo de vista que no se trataba de efectuar una presentación concursal, pero la dimensión y, adelantándome a lo que seguidamente desarrollaré, pertinencia de gran parte de la información que debían completar los interesados, en algunos aspectos hasta se presentaba más dificultosa de lograr en breves tiempos respecto de las inherentes a cumplir con los requisitos del art. 11 LCQ. Digo esto sin conocer las particularidades del expediente, sino simplemente como parte del análisis jurisprudencial, pero no tengo dudas que en términos similares, de la misma manera que me parecen plausible los aludidos recaudados, estoy convencido que en orden a lograr la eficacia de la instancia de salvataje aparecía conveniente haber fijado un plazo bastante mayor para no desalentar inscripciones.

Principalmente pienso en el plan de negocios, ciertos análisis de solvencia y financieros, como así también de exposición de los recursos con que se contaría para reactivar la actividad de la concursada. Piénsese que si el interesado en inscribirse en el registro fuera un tercero genuino y no uno hipotéticamente “espurio” según se lo planteo como hipótesis la Sala D, aquél podría haber intentado obtener tan millonarias sumas y/o el compromiso de conseguirlas en el futuro a partir de negociar por ejemplo préstamos con instituciones financieras, lo que obviamente no se hubiese podido lograr en esos escasos 7 días.

Aclaro, no obstante, que este aspecto no fue objeto de la decisión en comentario por no haber sido motivo de puntuales agravios, bien que me pareció interesante ponderar tal circunstancia inherente a la estructura del salvataje, ya que en términos generales, en cualquier escenario me parece muy reducido el plazo legal de 5 días, más allá de que pudiera entender los “por qué” teóricos que llevaron a fijarlo en ese breve lapso, junto al restos de

los no menos reducidos plazos legales que también habrían de respetarse en el resto de las subsiguientes etapas reguladas por el citado art. 48.

*iii) Efecto del desistimiento del único tercero inscripto en el registro:*

Este fue un aspecto que advertí mientras iba elaborando este comentario y que surge de la resolución en la que se declaró la quiebra, aunque nada se dijo en la resolución de la Alzada Comercial.

En tal sentido, el juez de grado en la citada resolución mencionó que, quién había sido el único interesado inscripto en el registro, había desistido su inscripción.

No tengo dudas de que en el caso puntual de este expediente, donde -como lo destacué más arriba- la concursada había renunciado al período de exclusividad y lo hizo por las categóricas aseveraciones acerca de su giro, no correspondía a mi juicio -como bien lo determinó dicho magistrado- ni siquiera plantearse la inquietud dogmática sobre si ese desistimiento hacía o no caer el derecho de la concursada a participar en el “período de concurrencia” cuando al menos hubiese existido un inscripto.

Pero yéndonos de este caso, me pregunto, ¿podría exigir válidamente cualquier deudor concursado participar en este nuevo período de negociación con sus acreedores, lo que para él sería una segunda oportunidad pero que ahora ya no sería de “concurrencia”, porque el único inscripto desistió de seguir compitiendo por adquirir sus cuotas o acciones en tiempo previo a que los 20 días legales que fija el art. 48 comenzaran a correr?

Tengo para mí que también en este caso la respuesta debe ser negativa y por una sencilla razón: de admitirse esta interpretación se estarían habilitando situaciones “espurias” como las que se aludió en el fallo en comentario e incontrolables para el juez concursal, ya que sería suficiente la connivencia previa con un supuesto tercero instando la inscripción de este último para luego desistirla y con ello reeditar un nuevo período de “exclusividad”, lo cual afirmo, con absoluta certeza, no es la finalidad del salvataje ni tampoco debería serlo.

# DECONOMI

El sentido sustancial del procedimiento, aun cuando también a partir de la ley 25.589 se hubiese permitido la participación del deudor, es que sean terceros ajenos al concurso –y en esta ajénidad comparto las dos exclusiones que fueron destacadas en el fallo en comentario- con una genuina intención de aportar management, eventualmente recursos y generando una confianza renovada hacia el mercado y los acreedores, quienes reemplacen a los anteriores “dueños” que a través de su control societario fracasaron en la negociación de la propuesta de acuerdo.

## **V. Los temas sustanciales que deja el fallo: amplitud de las facultades del juez concursal, realidad de las inscripciones y consistencia económica y técnica de sus participantes.**

Los temas destacados en el título de este acápite se encuentran muy vinculados entre sí, debido a que, como en tantos otros aspectos de la dinámica concursal, si los jueces no pudieran ejercer con amplitud sus facultades ordenatorias, que como director del proceso le confiere la propia ley concursal pero también están dadas por el ordenamiento procesal (arts. 274 y 275 LCQ y art. 36 del CPCCN), muchas situaciones propias de la patología concursal no podrían ser conjuradas, mientras que tampoco sería posible compatibilizar el cauce procesal que fija la ley 24.522 a las necesidades derivadas de la realidad mercantil y la dinámica empresarial, que exceden por muchos las prevenciones y predicciones que pudo tener el legislador concursal al pensar la referida ley.

En otras palabras, esas facultades y su necesaria amplitud tienen dos caras: una de ellas, para que la fría letra de la ley no se transforme en un obstáculo para la superación de la insolvencia; la otra, para que las finalidades que inspiran los principios y reglas concursales no puedan ser eludidas por los operadores jurídicos bajo la apariencia de su cumplimiento. En alguna medida esas dos caras resultan explícitas de la propia ley, que en su art. 16, último párrafo, alude en la ponderación que debe hacer el juez concursal a la “conveniencia para la continuación de las actividades del concursado” y a la “protección de los intereses de los acreedores”, en ese caso para autorizar ciertos actos, pero también brindando una línea de interpretación general para conducir el resto de las diversas decisiones que deba adoptar.

# DECONOMI

De ahí que no pueda pensarse en un juez concursal sin amplias facultades para atender con rapidez y eficacia la dinámica económica y jurídica en torno a la insolvencia y al proceso que debe conducir para coadyuvar a que el deudor supere ese estado crítico de su giro.

Más allá de lo público y notorio del caso, y el desconocimiento de las circunstancias particulares de la causa que hacen que cualquier comentario sobre decisiones adoptadas no puedan ser más que generales y en alguna medida exclusivamente teóricas, comparto la interpretación que se tuvo acerca de que el catálogo de exigencias estuvieron orientadas a cumplir con las disposiciones regulatorias en materia de hidrocarburos, por supuesto; pero no menos claro se me presenta que también estuvieron dirigidas a impedir que la instancia de salvataje se transforme sólo en un contexto formal para que en los hechos sea la misma concursada, a través de otras personas y/o estructura societaria, quien terminase compitiendo, pero sin competidores reales, para adquirir indirectamente sus propias acciones. De hecho, en la necesidad de impedir esa situación se explica la “transparencia” que habría mencionado la sindicatura y que refirió el juez de primera instancia al disponer la apertura del procedimiento de salvataje.

Y si efectivamente ese temor inspiró la decisión, como parece también haberlo entendido la Sala al referirse a maniobras “espurias”, no cabe sino compartir el sentido de lo decidido, pero no puntualmente sólo por este caso concreto, sino porque entiendo que ese debería ser un temor a despejar en cualquier salvataje de cara al uso abusivo de la inscripción por parte de cualquier tercero, de manera tal que este procedimiento no se transforme, en los hechos, en la prolongación del período de exclusividad, que no fue -insisto- lo querido por el legislador, menos aún el de su texto original, que ni siquiera previó la participación de la concursada.

Dicho lo anterior, queda claro que entiendo acertada la aseveración de la Sala D acerca de que la decisión del juez del grado en principio no fue arbitraria.

# DECONOMI

¿Significa tal falta de arbitrariedad, no obstante, que esa decisión fue eficaz en orden a lograr la finalidad que inspira la figura regulada en el art. 48 LCQ?

La respuesta a este último interrogante, al menos en algunos recaudos de los exigidos se podría llegar a presentar más dudosa, y no lo señalo por la cuestión formal a la que ya me referí relacionada con el breve tiempo en que a mi juicio se amplió el plazo para inscribirse, ante los complejos recaudos que se habían establecido; sino debido a que algunos de los tópicos exigidos, desde un punto de vista de la estrategia empresaria que en su caso podrían llevar adelante los potenciales nuevos accionistas, además de no parecerme que fueran necesario conocerlos en ese momento inicial del procedimiento, incluso tampoco, necesariamente, merecían en mi parecer una respuesta directa del tercero interesado quien quiera que fuere, ya que el cumplimiento de varios de los requisitos podría lograrse mediante la celebración de contratos de distinta naturaleza destinados a poner en funcionamiento diversas fases de la estructura empresarial de Oil Combustibles S.A. una vez adquiridas las acciones y ya inmerso su nuevo controlante en toda su dinámica operativa.

Entre estos requisitos que a mi juicio no era imprescindible conocerlos en la etapa inicial del procedimiento, destaco la necesidad de acreditar el capital de trabajo suficiente para el desarrollo de la actividad de la concursada, siendo que más allá de lo dificultoso que se me presente responder seriamente esa exigencia en siete días, como recién ya lo señalé, ese capital de trabajo no necesariamente debía poseerlo en ese momento el tercero que tuviera la intención inscribirse, sino que podía ser parte de una estructura financiera soportada por prestamistas institucionales y/o por sociedades vinculadas pertenecientes a un mismo grupo económico. Las definiciones de cualquiera de estas alternativas iban a llevar tiempo y su desconocimiento inicial por el juez, en principio, no hubiera aparejado *prima facie* ningún disvalor para predecir la suerte futura del procedimiento.

Algo parecido sucede con el recaudo orientado a exhibir una solvencia financiera de magnitud tal que permitiera ponderar que iba a poder cancelarse la deuda verificada de naturaleza preconcursal y la devengada

# DECONOMI

luego de la presentación en concurso. Si se hubiese acreditado la seriedad de la participación de un tercero con el resto de los pertinentes recaudos, la determinación de este fondeo hubiese aparecido como un aspecto que, reitero, no sólo no se presentaba necesario exigírselo al propio tercero en base a una exhibición de su patrimonio personal, sino que con ello, en mi parecer, se estaba perdiendo de vista otras estructuras de financiamiento que existen para estos grandes emprendimientos, lo que obviamente no iba a poder decidirse, menos todavía obtenerse, en tan poco tiempo. Préstamos sindicados, colocaciones de obligaciones negociables en el mercado de capitales podrían encontrarse entre tales alternativas.

Por eso también que fuera muy difícil definir *ab initio* un “flujo de fondos proyectado para cancelar la deuda pre y post concursal y atender el futuro del negocio” cuando el tercero todavía tampoco sabría en qué términos financieros lograría reestructurar la deuda con los acreedores de la sociedad cuyas acciones pretendería adquirir. De hecho, si bien parecería que en este caso se tenía un preciso conocimiento del pasivo posconcursal, seguramente debido a la información obtenida en el marco de la intervención societaria de la que era objeto Oil Combustibles SA, en cualquier otro caso los pasivos posconcursoales si efectivamente se lograran conocer de manera fidedigna, recién se lo haría con el informe del evaluador, es decir, 30 días después del cierre del registro, y por ende, del plazo que los terceros tenían para cumplir con la totalidad de tales requisitos.

¿Podían desalentar tantas exigencias la concurrencia de interesados?

Si lo que se pretendía con la inscripción de los terceros era eludir la finalidad del salvataje mediante la participación de terceros ficticios, más allá de que mal se podría hablar en ese caso de “interesados”, sin duda que se desalentaría la concurrencia.

Pero si cualquier otro tercero con una intención real de adquirir las participaciones accionarias de Oil Combustibles SA de antemano hubiese sabido de estos requisitos, no dudo de que se hubiese configurado la dificultad de cumplir tales recaudos en plazo y hasta incluso pudiera haber encontrado

# DECONOMI

en ello algún desaliento. Reconozco, no obstante, que la entendible dimensión de los terceros a los que apuntó el juez de primera instancia, evidentemente, se dirigía a aquéllos con una alta sofisticación administrativa y empresaria, que posiblemente, de existir un genuino interés en explorar la posibilidad de adquirir dichas acciones, pidiendo una prórroga en los plazos al poner en evidencia la dificultad de cumplir con todos los requisitos en tan breve lapso, igualmente lo hubiesen intentado cumplir y, posiblemente, cumplido.

No se puede perder de vista que no estamos analizando esta decisión confirmatoria de la Alzada mercantil respecto de cualquier sociedad que debe someterse al salvataje, sino de una con gran estructura empresarial, gran cantidad de empleados, con una actividad asociada a intereses del Estado que debían ser protegidos y con riesgos ambientales, que sólo unos pocos grupos económicos nacionales y/o eventuales inversores extranjeros estarían en condiciones de afrontar.

Ese contexto es lo que hace excepcional el caso, no el ejercicio de facultades jurisdiccionales que sin duda el juez concursal tiene para *aggiornar* la realidad al texto expreso de la ley.

Y en este punto, los argumentos ratificatorios de la decisión de grado no me parecen objetables, como tampoco me parece luego del análisis precedente, que esa eventual ineficacia de alguno de los recaudos ponderados desde la perspectiva de lo que se quería aparentemente evitar, pero también de las finalidades propias del salvataje que no debían por eso ser resignadas, sea suficiente para tachar de arbitraria sendas decisiones, la aquí analizada confirmatoria de la primera.

Comparto, además, el otro razonamiento que en la decisión en comentario se efectuó respecto a la incidencia que se le confirió a la regulación en materia de hidrocarburos respecto de quienes podrían llegar a convertirse en accionistas de aquellas sociedades anónimas que vayan a desarrollar la actividad como empresas refinadoras, importadoras y comercializadoras de combustibles líquidos y otros derivados de hidrocarburos en todas sus formas.

Es que no puede perderse de vista que si bien personalidades diferenciadas, son los aportes de los accionistas -juntos con otro fondeo que

# DECONOMI

ellos pudieren obtener para aplicar a la actividad social- los que darán, en tiempo inicial, un punta pie económico a la sociedad que darán origen y/o de la que pasarán a formar parte, como así también que son ellos en los hechos, más allá de la teoría organicista que sirve para explicar y dar respuestas a otro tipo de conflictos, quienes adoptan las decisiones sociales que fijan los lineamiento del rumbo social y hasta lo gestionan.

Ello conduce a que no pueda divorciarse la realidad de los hechos de la realidad jurídica, máxime en un escenario donde patrimonialmente la sociedad que sería directamente pasible de tales regulaciones administrativas se autoproclamó impotente de seguir adelante con su actividad, pidiendo por eso la aplicación de un instituto concursal destinado a despojar a los hasta ese momento titulares del capital social de las acciones de su propiedad, y por lo tanto reconociendo, al menos implícitamente, que respecto de su parte no se mantenía el cumplimiento de los recaudos de capacidad, sino puntualmente técnica, sin dudas económica y financiera que debió acreditar en su momento para lograr la inscripción en los términos de la Ley de Hidrocarburos y sus reglamentaciones.

Esa reinscripción en la senda del cumplimiento de las mencionadas reglas propias de dicho sector productivo, sólo iba a poder lograrse si quienes eventualmente pretendieran adquirir las acciones de la concursada tuvieran los medios –que como dije más arriba, ello no implica a mi juicio que con su patrimonio personal acreditaran tal extremo- y las herramientas técnicas, para fondear una actividad y administrar una organización empresarial que se encontraba en una muy delicada situación.

Dicho esto, y saliéndome de este excepcional caso, entiendo que el ejercicio de las facultades que se le reconoció al juez concursal en esta materia, debería reproducirse en cada oportunidad que se vaya aplicar este instituto concursal, claro está, atendiendo a las particularidades de cada caso concreto, sin que pueda advertir –al menos en términos generales- que esos posibles requisitos que se fijen puedan causar algún agravio a los terceros interesados, quienes en todo caso están en su derecho en participar o no del procedimiento. Luego, si esas hipotéticas situaciones terminan siendo eficaces será “harina de otro costal”, bien que tampoco ha demostrado el procedimiento

del art. 48 de la ley concursal, una verdadera alternativa para el mantenimiento en el mercado de las empresas concursadas que no tuvieron éxito en el período de exclusividad. A no rasgarse las vestiduras.

## **VI. Sobre el plan de negocios y la información para elaborarlo.**

Es verdad que el plan de negocios, como se lo destacó en el fallo, es uno de los temas que ante el silencio que al respecto exhibe la ley, más ha sido reclamado por -podría decirse- pacífica doctrina.

No es menos cierto tampoco, que cuando se ha hablado de la necesidad de que en el marco de un concurso se presente un plan de negocios o plan de empresas, el foco se ha centrado en una obligación del deudor durante el período de exclusividad como parte de la justificación a brindar acerca de que la propuesta es cumplible (art. 52 inciso 4 LCQ).

Obviamente que, en un plano teórico pero también práctico, contar con un plan de negocios que por lo general los jueces no se lo exigen a los concursados, también sería ponderable en el marco del salvataje que tampoco tiene una norma en ese sentido.

Tal ausencia legal, podría conducir a descartar que por ejercicio de las facultades en cabeza de los jueces concursales pueda ser exigido tal requisito.

Sin embargo, más allá de lo cuestionable que en términos generales podría resultar esa conclusión en la inteligencia de lo que dije en el apartado anterior, considero que en este caso los reproches no serían válidos, como lo desestimó en este sentido la Sala D, por resultar a mi juicio implícito el plan de gestión requerido en las exigencias establecidas en la regulaciones administrativas que sí imponen, en cambio, acreditar la posibilidad técnica, económica y financiera de llevar adelante la mencionada actividad.

La duda que se me presenta, es si era posible realmente prepararlo en el breve lapso que los eventuales terceros tenían para presentarlo, porque las complejidades informativas que tiene la preparación de este tipo de plan, si bien para el propio deudor no sería un inconveniente por ser el dueño de la información y contar con el largo recorrido del trámite del concurso para ir

viendo la incidencia del giro posconcurzal sobre proyecciones iniciales que se pudieron haber hecho y/o el resultado de la negociación del acuerdo, los terceros cuentan, y habitualmente contarán, con la muy restringida información que resulta de la presentación concursal, de los informes mensuales, del informe general e incluso del informe del evaluar, que no pueden ignorar los operadores de la insolvencia es acotada en su eficacia y no revela las innumerables variables que deberían considerarse para elaborarlo seriamente.

## **VII. Exclusiones “implícitas” para inscribirse en el registro del art. 48 inciso 1° LCQ.**

En el fallo se aludió a exclusiones “explícitas” e “implícitas” para justificar, apoyado en diversa doctrina, la imposibilidad de participar en el procedimiento de salvataje que recaería sobre los administradores, socios y accionistas de la concursada.

Sería sencillo argumentar en sentido contrario a lo resuelto, apoyándose para eso en la indefinición del art. 48 acerca de la noción de “tercero” y a partir de ello, la invocación del principio constitucional de reserva que surge del art. 19 de la Constitución Nacional.

No obstante, no encuentro tan simple la cuestión, menos aún comparto esta última y posible solución.

Ya desde el texto anterior a la sanción de la ley 25.589 que habilitó también la participación de la concursada en el procedimiento de salvataje, hipótesis vedada en el texto original, existía controversia sobre este punto y aquellas se mantuvieron también con posterioridad a dicha ley.

Sin descartar la pertinencia interpretativa del no menor argumento constitucional, incluso varias de las aseveraciones en que se apoyaba la tesis afirmatoria de que aquellos sujetos pudieran inscribirse para participar del salvataje, por ejemplo, la inexistencia de interés contrario (arts. 248 y 272 LSC), la prohibición de realizar actos en competencia (art. 273 LSC) y/o la diferente personalidad respecto de la sociedad de la que forman parte, al menos en los dos primeros casos, quedaron fuertemente desvirtuados como argumento a partir de que la concursada también pudo participar en el mencionado procedimiento.

# DECONOMI

Es que más allá de las objeciones de índole societaria, cuyo peso interpretativo no es para desestimar, encuentro que esos sujetos no se encuentran habilitados pero en base a razones sistémicas propias de la ley concursal. Entre estas razones, por la incongruencia que me a mi juicio deriva de que quienes condujeron a la sociedad a la situación de insolvencia, especialmente cuando la fenomenología de la plaza societaria local da cuenta de que en su mayoría se trata de sociedades cerradas y personalistas aun siendo anónimas, aparezcan luego participando para lograr a título personal esta segunda oportunidad frente a negociaciones con los acreedores en las que ellos mismos fracasaron. Además, por el hecho de que se estarían recomprando sus propias acciones, extremo que no obstante el abuso que podría implicar desde el punto de vista de las relaciones entre el elenco de socios, denota la pérdida de razonabilidad que de lo contrario tendría la reducción del valor positivo a pagarle a los socios y accionistas con motivo del acuerdo, aspecto que es una parte esencial de la justicia de esta figura. Por lo demás, como lo puso de relieve el fallo y también importante doctrina orientada en el mismo sentido, esta participación le quitaría transparencia y seriedad al procedimiento, permitiendo que en su contexto puedan introducirse maniobras abusivas que serían muy difícil de evitar de manera tempestiva por parte del juez.

No puede perderse de vista que, aun cuando la buena fe deba presumirse en el sin fin de relaciones jurídicas insertas de la dinámica económica diaria, el ordenamiento concursal es un ordenamiento de la patología, en el sentido de que no sólo el estado de quiebra implícitamente manda a investigar a los posibles responsables de esa situación, regulando un catálogo de acciones de recomposición patrimonial vinculadas a conductas ilícitas asociadas a la insolvencia, sino que sus propios efectos, en alguna medida se adelantan a la mala fe que pudiera tener el propio deudor respecto de su patrimonio, al establecer el efecto del desapoderamiento como la pérdida de todo poder para realizar actos sobre aquel.

Por eso también el sistema concursal no se contenta con el reconocimiento de obligaciones emanado del deudor y establece en cambio la etapa de verificación sujeta a la intervención de un auxiliar como lo es el

síndico, lo que sería absolutamente válido en un contexto de no insolvencia (art. 733 del Código Civil y Comercial de la Nación). E incluso se le resta a la contabilidad de la propia deudora, en principio, la eficacia de acreditar por sí sola la existencia de deudas, si ese efecto de su contabilidad no viene acompañado de una acreditación fehaciente de la causa de tal obligación.

Y de ahí también que en el concurso preventivo, además de la instancia de verificación, etapa fundamental para lograr transparencia en la negociación de la propuesta, existan exclusiones de ciertos acreedores a fin de que no incidan negativamente en las mayorías, existan causales de impugnación que ponen en evidencia el temor a situaciones de fraude de manera explícita y se le imponga al juez descartar al tiempo de homologar, que no se hubiera configurado una hipótesis de abuso y/o fraude a los acreedores.

Esta mirada amplia del sistema concursal, de los intereses que pretende tutelar y de sus finalidades, son las premisas esenciales que, en mi parecer, justifican la imposibilidad de que administradores, socios y accionistas participen como “terceros” en el salvataje, señalando quizás, como única salida a esta conclusión, el caso de accionistas que aparezcan claramente como inversores en una sociedad cotizante, situación que raro sería ver en nuestros tribunales.

## **VII. Las exigencias respecto de la cooperativa.**

Para abordar este punto de la resolución, que en aquella se fundó exclusivamente en el argumento de la igualdad que debía respetar la cooperativa de trabajadores frente a la posición de cualquier otro tercero que quisiera participar del procedimiento de salvataje, encuentro necesario recordar algunos problemas interpretativos en torno al art. 48 bis.

Y en este sentido, en el aspecto que aquí me interesa destacar, la deficiente redacción de la referida disposición se puede explicar en el sentido de que la alusión a “hacer valer”, está significando que aquellos créditos “potenciales” que tendrían los trabajadores en los términos del art. 294 LCQ que modificó la ley laboral, en la hipótesis de que el concurso preventivo desembocara en una quiebra, podrán invocarse cuando la valuación de las

# DECONOMI

cuotas o acciones hubiera sido positiva y para hacer jugar tales créditos, en una suerte de reducción de ese valor positivo adicional a la que en cualquier otro caso de por sí habría de sufrir ese mismo valor pero en la proporción en que los acreedores vieran reducidos sus créditos en virtud del acuerdo, de conformidad con las pautas que sienta a estos efectos el art. 48.

Como ya lo he sostenido en otra oportunidad, *“...el precio de esas participaciones fijado en la primera etapa del salvataje y reajustado posteriormente en la misma proporción en que los acreedores verán reducidos sus créditos en virtud del acuerdo, sufriría un nuevo reajuste pero ahora en función de los créditos de los trabajadores integrantes de la cooperativa...En este supuesto no habría entre la cooperativa y los socios de la concursada una compensación de un crédito inexistente entre quienes no poseen a su vez, créditos entre sí. Lo que habría, en todo caso, es la contemplación anticipada de un pasivo que hasta ese momento no existe y que de existir impactaría, evidentemente, en un menor precio de las acciones o cuotas...”* (de mi autoría, “Salvataje empresario o ‘cram down’”, Pablo D. Frick (Dir.), Manual de concursos, quiebras y otros procesos liquidatorios, elDial.com, T. 1, Buenos Aires, 2016, p. 232).

Asimismo, también habré de recordar otra de las críticas que se le hicieron al art. 48 bis, puntualmente la que fincó en torno a la asunción de las obligaciones de los acreedores concursales que, en caso de haber ganado aquélla la competencia que se hubiese podido dar con otros terceros o la propia concursada en el marco de la negociación que habilita el salvataje de haber obtenido antes que ellos las conformidades de los mencionados acreedores, habrían de pesar sobre su parte como si fuera la misma concursada y no un tercero independiente.

Sobre tal curiosa solución legal, he señalado en su momento, tratando de dar una explicación a un escenario que de otro modo parecería ser peor y no más favorable que el que se le presentaría a cualquier otro tercero, que *“...La ‘ley correctiva’ de la ley 26.684 enviada al Congreso y que no llegó a ser sancionada, permite advertir que lo que el legislador realmente parece haber querido pero que no plasmó en el art. 48 bis de la LCQ, fue que en el caso que hubiese sido la cooperativa de trabajadores vencedora en el*

# DECONOMI

*salvataje, se produjera una suerte de transferencia universal de todos los activos y pasivos de la concursada a su favor, que provocase -por lógica consecuencia- la cancelación de la inscripción de la sociedad concursada...”* (de mi autoría, ob. cit., p. 233).

A partir de esta inteligencia que le asigno al art. 48 bis, no puedo sino compartir lo decidido en el fallo en comentario.

Primero, porque no existe ningún argumento legal para eximir a la cooperativa de trabajadores de los recaudos exigidos al resto, siendo que la única diferencia que el legislador les reconoció, además del supuesto apoyo que debería otorgarles el Banco de la Nación Argentina y la Administración Federal de Ingresos Públicos respecto de las conformidades y facilidades por acreencias que pudieran tener contra la concursada, tuvo que ver con la posibilidad de aplicar las “potenciales” acreencias de los trabajadores que la integran para reducir el valor positivo que de lo contrario deberían abonar a los socios y accionistas en los términos que manda el art. 48.

Y segundo, debido a que de seguirse la tesis interpretativa que recién destacué sobre la situación de la cooperativa tras salir vencedora en el salvataje, la transmisión de toda la operación que hasta ese momento tenía Oil Combustibles SA a su parte, infringiría las regulaciones administrativas que impone que este tipo de actividad sea desarrollada por una sociedad anónima.

En este escenario no estaríamos frente al otro tema que trató la resolución y que ya comentamos, esto es, si los requisitos exigidos a las empresas que desarrollen la actividad de refinadoras, importadoras y comercializadoras de combustibles líquidos y otros derivados de hidrocarburos también debían ser cumplidos por sus accionistas en el marco de este procedimiento de salvataje, sino lisa y llanamente si la persona jurídica “cooperativa” se encuentra habilitada para desarrollar tal actividad, de ahí la autorización que se le requirió a estos efectos de la Secretaría de Energía, aparentemente, aunque sin decirlo de manera explícita, por parecer haber interpretado el juez de grado, que la aplicación de esta figura, y en este puntual aspecto, provocaba la misma consecuencia que recién señalé.

# DECONOMI

## **Jurisprudencia Condensada: “Actualidad jurisprudencial sobre privilegios en materia concursal”**

por Martín Cortés Funes

### **Índice alfabético de fallos reseñados**

- *ALEPH SEGURIDAD SRL S/ QUIEBRA S/ INCIDENTE DE VERIFICACION DE CREDITO POR STUART IRALA Y OTRA. Sumario: 8.*
- *ANDINA DE ALIMENTOS S.A. S/ QUIEBRAS S / INCIDENTE DE VERIFICACION DE CREDITO DE FIDEICOMISO DE RECUPERACIÓN CREDITICIA LEY 12.726. Sumario: 35.*
- *ARGENOVA S.A. S/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INCIDENTE DE VERIFICACIÓN DE CRÉDITO POR: GIGENA EDGAR RAMON Y OTROS. Sumario: 16.*
- *ASEGURADORA FEDERAL ARGENTINA SA S/ LIQUIDACIÓN JUDICIAL S/ INCIDENTE DE VERIFICACIÓN DE CREDITO POR: SALAS CARLOS ALBERTO. Sumario: 4.*
- *ASOCIACION FRANCESA FILANTROPICA Y DE BENEFICENCIA S/ QUIEBRA S/ INC. DE REVISION DE CREDITO (PROMOVIDO POR MARIA SUSANA MARCONE). Sumario: 31.*
- *ASOCIACION FRANCESA FILANTROPICA Y DE BENEFICENCIA S/ QUIEBRA S/ INC. DE REVISION DE CREDITO POR: L.A.R. Y OTROS. Sumario: 36, 37, 38 y 39.*
- *BALLESTRACCI ADOLFO HECTOR S/ INCIDENTE DE CONCURSO ESPECIAL PROMOVIDO POR: FRITZLER MARTIN Y OTROS. Sumario: 26.*
- *CARDENES HNOS. SA S/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INCIDENTE DE VERIFICACION POR: PARRA, CARLOS. Sumario: 6.*
- *CARAM URCULLU CRISTIAN DIEGO CAYETANO S/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INCIDENTE ART. 250. Sumario: 22.*
- *COMI COOPERATIVA LIMITADA DE PROVISION DE SERVICIOS EN EL AREA DE SALUD S/ QUIEBRA. Sumario: 9.*
- *ESTABLECIMIENTO GRAFICO VULCANO SA S/ QUIEBRA S/ INCIDENTE DE VERIFICACION DE CREDITO DE MASSARO JORGE Y OTRO. Sumario: 32.*
- *GLOBAL EXCHANGE SA S/ QUIEBRA S/ INCIDENTE DE VERIFICACION DE CREDITO POR CIANCIO CARLOS M. Y OTRO. Sumario: 21*

# DECONOMI

- *GUIA LABORAL EMPRESA DE SERVICIOS EVENTUALES SRL S/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INCIDENTE DE VERIFICACIÓN DE CRÉDITO POR PROVINCIA A.R.T. SA. Sumario: 3.*
- *HELANT SRL S/ QUIEBRA S/ INCIDENTE DE APELACIÓN (ART. 250 CPCC) POR EDENOR SA. Sumario: 20.*
- *INSTITUTOS MÉDICOS ANTARTIDA S.A. S/QUIEBRA. Sumario: 5.*
- *NIRO S.A. S/ QUIEBRA. Sumario: 10.*
- *OBRA SOCIAL BANCARIA ARGENTINA S/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INCIDENTE DE VERIFICACIÓN Y PRONTO PAGO PROMOVIDO POR RAMIREZ CELIA Y OTRO. Sumario: 2.*
- *OBRA SOCIAL BANCARIA ARGENTINA S/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INCIDENTE DE PRONTO PAGO POR: YORNET CECILIA JAQUELINE. Sumario: 23.*
- *ODISA OBRAS DE INGENIERIA SOCIEDAD ANONIMA CONSTRUCTURA S/ CONCURSO PREVENTIVO. Sumario: 33.*
- *OROFARMA S.A. S/ QUIEBRA. Sumarios: 24 y 25.*
- *PRODUCIR SA S/ QUIEBRAS S / INCIDENTE DE VERIFICACION DE CREDITO MATERIAL FERROVIARIO SA Y OTRO. Sumario: 34.*
- *PROYECTOS Y PLANIFICACIONES SA S/ INCIDENTE DE VERIFICACION DE CREDITO PROMOVIDO POR GARCIA CLAUDIA BEATRIZ Y OTRA. Sumario; 12.*
- *SAL NAVE S.A. S/ QUIEBRA S/ INCIDENTE DE VERIFICACIÓN DE CRÉDITO POR: PEFAUR GUILLERMO. Sumario: 15.*
- *SIRIUS TANKERS S.A. S/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INCIDENTE DE REVISIÓN DE CRÉDITO POR PARANÁ PORT S.A. Sumarios: 13 y 14.*
- *SOCIEDAD ANONIMA DEL ATLANTICO COMPAÑÍA FINANCIERA S/ QUIEBRA S/ INCIDENTE DE VERIFICACIÓN DE CREDITO POR OVIEDO, OSCAR ALBERTO Y OTRO. Sumarios: 28 y 29.*
- *SOCIEDAD UOL SINECTIS S.A. S/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INCIDENTE DE VERIFICACION DE CREDITO POR CONSORCIO DE COPROPIETARIOS DEL EDIFICIO DE GALERIA JARDÍN. Sumario: 30.*
- *SOFOL 1 (PATRIMNIO FIDEICOMITIDO) S/ QUIEBRA. Sumario: 27.*
- *SOSA, MARIO M. S/CONCURSO PREVENTIVO S/INCIDENTE DE REVISIÓN DE CRÉDITO POR EL CONCURSADO RESPECTO DEL CRÉDITO DE LAMÓNICA, SUSANA DEL CARMEN Y OTRO. Sumario: 1.*
- *SUCESORES DE ANTONIO BARBERIO SA S/ CONCURSO PREVENTIVO. Sumario: 17.*

# DECONOMI

- *SZLAIN LEONARDO SERGIO S/ QUIEBRA S/ INCIDENTE DE CONCURSO ESPECIAL. Sumario: 11.*
- *TECNO NOVA SAN PEDRO S.A. S/QUIEBRA. Sumario: 7.*
- *TINTEX SACIIF Y A. S/ QUIEBRA. Sumarios: N° 18 y 19.*

## **Índice Temático.**

- Concepto de privilegio. Sumarios: 1, 2, Y 36.
- Especialidad del régimen de privilegios del derecho concursal. Sumario: 37.
- Extensión del privilegio. Sumarios: 3, 4, 9, 12, 26, 33, 34, 38, y 39.
- Gastos de conservación y justicia. Sumarios: 5, 10, 19, 20, y 25.
- Privilegio de créditos laborales. Sumarios: 6, 9, 12, 28, 29, y 31.
- Privilegios. Irrenunciabilidad del derecho del trabajador. Sumarios: 21 y 22.
- Reserva de gastos. Sumarios: 7, 11, 18, y 24.
- Privilegio de los intereses. Sumarios: 8, 17, 27, y 34.
- Privilegios emanados de otras fuentes. Sumario: 13.
- Privilegio especial. Ley de navegación. Sumarios: 14, 15, y 16.
- Omisión de invocar el privilegio. Sumarios: 21 y 23.
- Privilegio especial. Sumarios: 30, 33, 34, y 35.
- Privilegio general. Sumario: 32

### **1. Concursos: Concepto de privilegio. Criterio restrictivo de aplicación.**

El privilegio es la calidad que corresponde a un crédito para ser pagado con preferencia a otro y su origen resulta exclusivamente de la letra de la ley (arg. arts. 3875, 3876 Cód. Civil, actuales arts. 2573/74 Cód.Civ.y Com. de la Nación, 239

# DECONOMI

LCQ). Se extrae de tal conceptualización que el privilegio no se opone al deudor sino a otros acreedores (Highton, Elena I., Derechos Reales, vol. 8: Privilegios y Derecho de retención, Ariel, 1981, pág. 17) concediendo preferencia para ser pagado en mejores condiciones que otros, ya sea en cuanto al tiempo en que se puede ejercer el derecho o bien en cuanto a la posibilidad de cobro íntegro sobre determinados bienes, mientras se alcance con su producido (cfr. Cordeiro Álvarez, Ernesto, Tratado de los privilegios, Depalma, Bs. As. 1969, p. 1). Por lo anteriormente expuesto, los únicos privilegios que pueden reconocerse en un proceso concursal son aquellos expresa y taxativamente receptados en el articulado de la ley 24.522, sin que quepa acordar una interpretación extensiva a un sistema que excepciona la regla general de la *pars conditio creditorum* (arg. art. 239 LCQ). En esta orientación, ha sido unánime y pacífica jurisprudencia cuando considera que las normas que acuerdan privilegios o beneficios excepcionales resultan de indudable interpretación restrictiva (Fallos: 308:2246; 311:1249) debiendo ajustarse a lo literal y expreso del precepto legal aplicable (Fallos: 169:54; 270:365).

*CNCom, Sala F, 18.05.17, SOSA, MARIO M. S/CONCURSO PREVENTIVO S/INCIDENTE DE REVISIÓN DE CRÉDITO POR EL CONCURSADO RESPECTO DEL CRÉDITO DE LAMÓNICA, SUSANA DEL CARMEN Y OTRO.*

## **2. Concursos: Privilegios. Concepto. Principio general.**

Los privilegios -en tanto implican una preferencia de cobro- son creados por la ley y sólo por ella (conf. CSJN, 20.3.07, "Inmobiliaria Financiera y Agropecuaria La Ferrolana S.A. s/quiebra", publ. en Fallos, 330:1055; 28.2.06, "Banco Central de la República Argentina s/incidente de revisión en Banco Coopesur Coop. Ltda. - quiebra", publ. en Fallos 329:299; CNCom., Sala A, 28.6.85, "Reysol S.A. s/quiebra s/inc. de verificación por Osvaldo L. de Prati S.R.L."; entre muchos otros); ni tampoco que -por ende- ni las partes convencionalmente ni los Jueces -aún invocando razones de equidad o justicia distributiva- podrían crearlos u otorgarlos a créditos que no los tienen. Mas, por otra parte, no debe olvidarse que al momento de determinar el orden justo en materia de privilegios, el legislador no puede obviar la necesidad de distinguir entre lo que no es igual, estableciendo un régimen en el que todos los acreedores sufran un sacrificio equivalente. Y tal equivalencia, huelga aclararlo, sólo puede lograrse si, por

# DECONOMI

un lado, se asegura la aplicación de iguales reglas a quienes se hallen en la misma situación y, por el otro, se releva de ellas a quienes derivan sus créditos de contextos en los que no se verifica ese presupuesto de hecho. Es que si el cometido del derecho es regular las relaciones humanas y a éstas resulta inherente la diversidad, la ley no puede prescindir de ésta (conf. Villanueva, Julia, "Privilegios", Santa Fe, 2004, págs. 16 y 20).

*CNCom, Sala D, 1.10.13, OBRA SOCIAL BANCARIA ARGENTINA S/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INCIDENTE DE VERIFICACIÓN Y PRONTO PAGO PROMOVIDO POR RAMIREZ CELIA Y OTRO.*

### **3. Concursos: Extensión del privilegio.**

En tanto que los privilegios en materia de créditos laborales han sido reconocidos por la normativa concursal para la protección de los trabajadores, en razón de la naturaleza alimentaria de sus acreencias y de la particular relación del vínculo con sus empleadores, no se puede extender esa preferencia a una empresa que, en su calidad de condenada solidaria, tuvo que satisfacer un crédito en sede laboral.

*CNCom, Sala D, 18.10.18, GUIA LABORAL EMPRESA DE SERVICIOS EVENTUALES SRL S/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INCIDENTE DE VERIFICACIÓN DE CRÉDITO POR PROVINCIA A.R.T. SA.*

### **4. Concursos: Extensión del privilegio por analogía. Interpretación.**

Una regla hermenéutica básica en materia de privilegios establece que estos deben ser interpretados restrictivamente, porque tienen origen exclusivamente legal y no pueden extenderse por analogía. En tal sentido, si hubiera sido intención del legislador asignar rango diverso al crédito por emolumentos, hubiera establecido una mención expresa a las costas, tal como sucede con el inciso a) de la mencionada ley 20091: 54, que rige en materia de seguros de vida (CNCom, Sala B in re: "Club Obras Sanitarias de la Nación s/ concurso preventivo s/ inc. de revisión por Broido, Hugo" del 20-10-06; CNCom, Sala E

# DECONOMI

in re: "La Uruguaya Argentina Cía. de Seguros s/ disolución y liquidación s/ incidente de revisión por Zimmermann, Eduardo" del 2-7-09).

*CNCom, Sala B, 28.06.18, ASEGURADORA FEDERAL ARGENTINA SA S/ LIQUIDACIÓN JUDICIAL S/ INCIDENTE DE VERIFICACIÓN DE CREDITO POR: SALAS CARLOS ALBERTO.*

## **5. Concursos: Carácter privilegiado del crédito por prestaciones telefónicas.**

A poco que se reflexione acerca de la índole de los créditos por prestaciones telefónicas es claro que éstos no redundan en un gasto de conservación del bien en sí mismo, y si bien la existencia de servicio telefónico puede redundar en un mejor precio del bien, ello no implica atender a gastos provocados por el uso efectivo de ese servicio, con el rango del art. 244 LCQ, puesto que este servicio puede preservarse suspendiendo su efectiva prestación, sin provocar erogaciones en la etapa post falencial que perjudiquen a terceros.

*CNCom, Sala A, 13.08.09, INSTITUTOS MÉDICOS ANTARTIDA S.A. S/QUIEBRA.*

## **6. Concursos: Carácter privilegiado de las indemnizaciones por accidente de trabajo no obstante la acción elegida.**

Corresponde atribuir carácter privilegiado a las indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo, sin discriminar la acción ejercida, el rubro que la conforma, ni el sujeto que reclama la acreencia o contra quien se reclama, siempre que la causa de la obligación sea el accidente laboral, debiendo, por ende, atribuirse el privilegio con prescindencia de la acción que se ejercite para hacer efectiva la responsabilidad de quien se sirvió de la actividad del trabajador siniestrado, es decir que ella haya sido fundada en la ley de accidentes de trabajo o en el Cód. Civil (esta CNCom., esta Sala A, 18.03.08, "Cardenes Hnos. SA s. concurso preventivo s. inc. de verificación por Parra Carlos Gustavo"; íd., 24/08/10, "Puentes del Litoral SA s. concurso preventivo s. incidente de verificación promovido por

# DECONOMI

Laura Fabiana Bauer y Walter Gustavo Bauer"; íd., íd., Sala B, 30/11/93, "Cía. Embotelladora Argentina s. quiebra s. inc. de verificación por Chacón Fernández Moisés"; íd., Sala C, 07/04/04, "Curtiembre Pellicce SA s. Concurso Preventivo s. inc. de verificación por Cejas Claudia"; íd. íd., 29/10/86, "Arante s. Concurso Preventivo s. inc. por Millares").

*CNCom, Sala A, 18.03.08, CARDENES HNOS. SA S/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INCIDENTE DE VERIFICACION POR: PARRA, CARLOS.*

## **7. Concursos: Privilegios. Reserva de gastos.**

El comprador en subasta no debe hacerse cargo de las deudas por expensas que registra el inmueble con anterioridad a la toma de posesión del bien por parte de aquel (cfr. esta Sala F. "Alimentos General Rodríguez S.A. s/quiebra s/incidente art. 250 de determinación de deuda de expensas", Expte. COM N° 38115/2010/15, del 27.12.2016). Ello en tanto que, las obligaciones originadas en expensas comunes de propiedad horizontal, devengadas entre el decreto de quiebra y la toma de posesión en subasta, constituyen gastos del concurso en los términos de la LCQ 244 y postergan inclusive a los acreedores hipotecarios.

*CNCom, Sala F, 20.03.18, TECNO NOVA SAN PEDRO S.A. S/QUIEBRA.*

## **8. Concursos: Privilegio de los intereses debidos a los abogados intervinientes en el juicio laboral.**

Las disposiciones de la LCQ 129 son claras en punto a establecer que es el crédito laboral al que no se le suspende el curso de los intereses. La norma no menciona a los honorarios de los abogados intervinientes en el juicio laboral. Esta situación no se debe a una omisión del legislador sino a una innegable intención de restringir los casos de excepción de la regla de suspensión del curso de los intereses a los supuestos de créditos amparados con garantías reales y los laborales. Resulta que la ley falencial distingue la naturaleza de ambos créditos. Por ello la acreencia del trabajador despedido goza de privilegio especial y general (arts. 241-2° y 246-1°) y la que

# DECONOMI

corresponde a las costas del juicio solo accede al privilegio general (LCQ 246-2°).

*CNCom, Sala E, 31.05.17, ALEPH SEGURIDAD SRL S/ QUIEBRA S/ INCIDENTE DE VERIFICACION DE CREDITO POR STUART IRALA Y OTRA.*

## **9. Concursos: Créditos con privilegio general. Posibilidad de extender el privilegio del acreedor laboral a un tercero.**

El artículo 246, inc.1 LCQ es taxativo al amparar a los créditos laborales que allí se enumeran, a saber: remuneraciones, subsidios familiares, indemnizaciones por accidentes de trabajo, por antigüedad o despido, falta de preaviso, vacaciones y sueldo anual complementario, fondos de desempleo y cualquier otro derivado de la relación laboral. En esa línea, si bien el acreedor puede requerir el reembolso que le pudiere corresponder como co-deudor solidario del quebrado en relación a los acreedores laborales a quienes efectivamente desinterese, sin embargo, no puede prevalerse del privilegio general laboral del art. 246 LCQ pues su titular es siempre "el trabajador", lo que significa que esos créditos presuponen siempre el contrato de trabajo, en cuyo marco se genera. Éste es un aspecto esencial, que hace a la misma justificación de estos privilegios que, precisamente, por derivar de una relación de dependencia, tienen carácter alimentario y, por ende, siendo de carácter excepcional no pueden extenderse de un caso a otro, si no existe ley que les reconozca expresamente tal rango, no pudiendo admitirse su existencia por analogía (cfr. arg. esta CNCom., esta Sala A., in re: "Niro Construcciones s/ conc. preventivo s/ inc. de verificación promovido por Gepal S.A" del 30.12.13). En este marco, cabe concluir que no pasan al recurrente las facultades del acreedor primitivo que sean inherentes a la persona de éste y cuyo ejercicio no es concebible por alguien que no sea ese acreedor y en esta línea se encuentra el privilegio que aquel le asiste, por ejemplo, con respecto a la indemnización por accidente de trabajo o al crédito por honorarios, casos cuya interpretación resulta por demás restrictiva. Ello, visto que los privilegios son excepciones al principio concursal de universalidad y que su interpretación debe ser necesariamente restrictiva.

*CNCom, Sala A, 23.05.17, COMI COOPERATIVA LIMITADA DE PROVISION DE SERVICIOS EN EL AREA DE SALUD S/ QUIEBRA.*

# DECONOMI

## **10. Concursos: Privilegios. Gastos de conservación y justicia. LCQ 240.**

Cuando, como en el caso, en el expediente ordinario donde fueron determinados los honorarios del perito contador y del síndico y su letrada, la demanda fue rechazada íntegramente, con costas en ambas instancias a cargo de la fallida, esa circunstancia excluye a los créditos por honorarios de los apelantes del ámbito previsto por LCQ 240, pues su actuación no benefició a la fallida. Es que, si el gasto no es útil, desaparece el sustento de la prelación, que no es otro que el enriquecimiento sin causa de los acreedores que se vieron beneficiados por la actuación generadora del crédito (Villanueva, Julia "Privilegios", pág. 400, Rubinzal- Culzoni, 2004).

*CNCom, Sala E, 23.03.18, NIRO S.A. S/ QUIEBRA.*

## **11. Concursos: Reserva de gastos de la LCQ 244. Honorarios del letrado del acreedor hipotecario.**

No existen dudas con respecto a que los honorarios del letrado del acreedor hipotecario en primer grado revisten el carácter de gasto de justicia en los términos del CCIV 3900 y 3879, habida cuenta que la actividad desplegada ha redundado en beneficio y provecho de su cliente. Debe señalarse la LCQ 244 dispone que, antes de pagar los créditos que tienen privilegios especiales, se debe reservar del precio del bien sobre el que recaen, los importes correspondientes a la conservación, custodia, administración y realización del mismo efectuadas en el concurso, incluyendo los gastos y honorarios de los funcionarios del concurso, que correspondan exclusivamente a diligencias sobre tales bienes. Con esta reserva de gastos, la ley concursal pretende que el acreedor contribuya a los gastos originados por la ejecución del inmueble mediante el concurso especial, como es el caso, ejecución especial, adelantada y diferente de la liquidación general de la quiebra, que se realiza directamente sobre el bien asiento del privilegio real que se ejecuta judicialmente (conf. Cámara- Martorell, "El Concurso preventivo y la quiebra", T. V, pág. 227). De conformidad a lo señalado pues, cabe sostener que en el caso, los honorarios de los

# DECONOMI

síndicos y sus letrados deben abonarse previo a que el acreedor hipotecario perciba su acreencia.

*CNCom, Sala A, 27.02.18, SZLAIN LEONARDO SERGIO S/ QUIEBRA S/ INCIDENTE DE CONCURSO ESPECIAL.*

## **12. Concursos: Privilegio del crédito por honorarios del letrado de la deudora en juicios de naturaleza laboral.**

No cabe reconocerle privilegio general al crédito por honorarios regulados a su favor por la actuación como letradas de la fallida en diversos juicios de naturaleza laboral. En efecto, cuando la ley 24522: 246-1° hace mención a las costas judiciales se refiere a aquellas que eventualmente corresponden al trabajador, y no a la de los demandados en sede laboral, pues es una norma que tiende a proteger los intereses de aquél. Además, el fundamento de la referencia a las costas del proceso es que el empleado actúa en juicio con el beneficio de gratuidad previsto en la ley 20744: 20, con lo que es necesario que la ley adopte un temperamento especial frente a estos gastos, destinado a evitar que sus titulares queden virtualmente privados de toda expectativa de cobro, susceptible de dificultar al dependiente de acceder a la asistencia letrada (v. Villanueva, Julia; "Privilegios", pág. 171, año 2004).

*CNCom, Sala E, 16.06.17, PROYECTOS Y PLANIFICACIONES SA S/ INCIDENTE DE VERIFICACION DE CREDITO PROMOVIDO POR GARCIA CLAUDIA BEATRIZ Y OTRA.*

## **13. Concursos: Privilegios emanados de otras fuentes normativas distintas al ordenamiento concursal.**

Aunque el ordenamiento concursal desconoce en su ámbito a los privilegios reconocidos en otras fuentes normativas (art. 239, LCQ), lo cierto es que tal pretensión de unificación no es absoluta, pues la propia normativa en la materia remite de manera indiscriminada, esto es, sin ninguna precisión adicional (art. 241 inc. 6), a los estatutos naviero y aeronáutico para la determinación de cuáles son los créditos que, vinculados con

# DECONOMI

esos derechos, gozan de privilegio en el proceso universal (Villanueva, Julia, Privilegios, Santa Fe, 2004, p. 263/264).

*CNCom, Sala D, 16.05.17, SIRIUS TANKERS S.A. S/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INCIDENTE DE REVISIÓN DE CRÉDITO POR PARANÁ PORT S.A.*

## **14. Concursos: Privilegio especial. Ley de navegación.**

Sobre el alcance de la expresión "privilegios marítimos", calificada doctrina ha señalado que son aquéllos que derivan de la ley y de la necesidad de posibilitar la realización de la navegación, y son especiales porque conllevan el poder jurídico de percibir el crédito, directa e inmediatamente sobre el buque, carga y flete, con preferencia a otros acreedores aun con privilegio general o especial, de rango inferior; remarcando que su reconocimiento proviene de la necesidad de posibilitar la efectiva realización de la navegación y que ello justifica su tratamiento jurídico autónomo (Simone, Osvaldo, Los privilegios marítimos y aeronáuticos y su inclusión en la ley de concursos, LL, 1980-B-838; en similar sentido, Talavera, H. S., Privilegios en el Derecho de la Navegación Argentino, Buenos Aires, 1971, p. 35 y 39). Y en este punto se comparte la opinión de quienes interpretan que, al igual que lo que sucede con los créditos generados por suministros de productos o materiales para un buque para su explotación o conservación, o derivados de la construcción, reparación o equipamiento de la embarcación, los cuales son contemplados por la legislación en la materia con privilegio especial (art. 476 inc. i y j, respectivamente), otro tanto ocurre con los gastos por los servicios de dique o muelle, los cuales están previstos con idéntico rango (Chami, Manual de Derecho de la Navegación, Buenos Aires, 2010, p. 148; en similar sentido, pero con otros fundamentos, Montiel, L., Curso de Derecho de la Navegación, Buenos Aires, 1979, p. 141 y 139).

*CNCom, Sala D, 16.05.17, SIRIUS TANKERS S.A. S/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INCIDENTE DE REVISIÓN DE CRÉDITO POR PARANÁ PORT S.A.*

## **15. Concursos: Privilegio especial. Ley de navegación.**

# DECONOMI

Corresponde reconocer el crédito a favor del incidentista con carácter quirografario. La ley 20094:476 inciso a) dispone que son privilegiados en primer lugar sobre el buque los "gastos de justicia hechos en interés común de los acreedores para la conservación del buque, o para proceder a su venta y a la distribución de su precio". Ello así, a efectos de juzgar si el gasto tiene o no privilegio en base a lo dispuesto por la norma citada, la doctrina tiene dicho que no interesa la calidad - quirografaria o privilegiada- del crédito en función al cual fue causado el gasto, sino que sea cual fuere el crédito principal que lo generó -que incluso puede no ser privilegiado- el mismo pueda considerarse realizado en interés común de los acreedores (Villanueva Julia, "Privilegios", pág. 273, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004). Y, en el caso, los honorarios regulados al incidentista en cierta causa, no pueden considerarse realizados en interés común de todos los acreedores, pues su actuación consistió en obtener el reconocimiento de un crédito a favor de su cliente por las tareas de reparación realizadas en el buque de propiedad de la fallida.

*CNCom, Sala E, 26.04.18, SAL NAVE S.A. S/ QUIEBRA S/ INCIDENTE DE VERIFICACIÓN DE CRÉDITO POR: PEFAUR GUILLERMO.*

## **16. Concursos: Privilegio especial. Ley de navegación. Graduación del crédito por asistencia y salvamento.**

Resulta procedente la verificación de un crédito por salario de "asistencia y salvamento" graduado con base en la ley 20094 y LCQ 241-6°, utilizándose para fijar el mismo los bienes "salvados" o rescatados. Desde esa perspectiva se aprecia que dicho rubro no constituye el salario del empleador, por la prestación de tareas en su empresa, y no está regulado por la ley de contrato de trabajo sino que se trata de una cuestión emergente de la navegación interjurisdiccional -art. 515 de la ley 20094- (Cam.Nac.Lab,

Sala VI "Fernández Daniel c/ Alianza Naviera Argentina SA s/ cobro de pesos art. 515 ley 20094, del 27.3.92). Desde tal perspectiva, el crédito admitido no ha sido categorizado como laboral como pretenden los recurrentes. Igual suerte corre la graduación otorgada al crédito por honorarios de los letrados. La indemnización por asistencia o salvamento tiene como finalidad compensar al armador del buque salvador o asistente, al capitán y, en su caso, a la tripulación, las tareas y los

# DECONOMI

gastos incurridos por la asistencia brindada al buque que requirió sus servicios. Es procedente para la tripulación en los casos y en la medida que éstos hayan colaborado con dicha asistencia y salvamento, ya que el fundamento de su resarcimiento son las tareas extraordinarias o ajenas a sus respectivos contratos de ajuste (ver "Curso de Derecho de la Navegación" Luis B. Montiel, ed. Astrea págs. 411 y ss; Manual de Derecho de la Navegación, González Lebrero, Ed. Depalma, págs. 480 y ss). Así, su colaboración es la medida de su recompensa, y en caso de no haberlo hecho, aquélla es improcedente, toda vez que carecería de causa.

*CNCom, Sala B, 22.05.18, ARGENOVA S.A. S/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INCIDENTE DE VERIFICACIÓN DE CRÉDITO POR: GIGENA EDGAR RAMON Y OTROS.*

**17. Concursos: Efectos del acuerdo homologado respecto de los intereses posteriores de las acreencias privilegiadas no alcanzadas por el acuerdo preventivo de créditos quirografarios. Graduación.**

Cuando existen créditos con privilegio general y especial, y el acuerdo preventivo homologado no los comprendió; en estos casos, el curso de los intereses correspondientes a los créditos con privilegio puede reanudarse desde la homologación del acuerdo, pues a partir de allí el deudor afronta la exigibilidad inmediata de las acreencias privilegiadas verificadas (conf. LCQ 57), y si el deudor no paga, el curso de los intereses corre desde entonces (conf. Heredia, "Tratado Exegético de Derecho Concursal", Tomo I, pág. 502, año 1998). Asimismo, cabe destacar que estos últimos intereses no pueden graduarse como privilegiados ni tampoco como quirografarios pues, aunque accesorios de un crédito concursal, renacieron a partir de una nueva mora ocurrida ante la falta de atención de los créditos una vez homologado el acuerdo (cfr. esta Sala, "Porcelanas Lozadur SA s/ concurso", del 06/04/87; "Famya SA s/ conc. prev. s/ inc. de revisión por Provincia de Córdoba (D.G.R.)", del 13/10/89; en igual sentido, CNCom, Sala C, "Gaseosa del Plata SA s/ Quiebra s/ inc. de impugnación por Banco de Entre Ríos", del 12/11/82).

*CNCom, Sala E, 15.11.16, SUCESORES DE ANTONIO BARBERIO SA S/ CONCURSO PREVENTIVO.*

# DECONOMI

## **18. Concursos: Privilegios. Reserva de gastos. Prelación de cobro. LCQ 244 y 240.**

La reserva de gastos prevista en el art. 244 LCQ se relaciona con el privilegio especial existente sobre un determinado bien del deudor. Ergo, antes de pagar los créditos que tienen privilegio especial, se debe reservar del precio del bien sobre el que recaen, los importes correspondientes a su conservación, custodia, administración y realización. Los gastos de justicia son aquéllos ocasionados por los actos que tengan por objeto poner a los bienes del deudor y a sus derechos bajo jurisdicción judicial.

*CNCom, Sala B, 29.12.16, TINTEX SACIIF Y A. S/ QUIEBRA.*

## **19. Concursos: Privilegios. LCQ 244 Gastos de Conservación y Justicia. ARBA.**

El crédito de ARBA, si bien se trata de un crédito del concurso en los términos de la LCQ 240 no puede calificarse como gasto de conservación y/o administración del bien, lo que veda su inclusión en la categoría prevista por la LCQ 244 (CNCom, Sala B in re : "Barreca Hnos. s/ quiebra s/ incidente de inmuebles, muebles y solicitud de locación del Frigorífico Vivorotá" del 8-4-99; idem, "Surin, Claudia s/ quiebra s/ concurso especial promovido por Jiménez Zapiola Vivienda" del 30/9/02). Pues tal graduación (LCQ 240) sólo se hará efectiva en la medida de que dentro del crédito no se encuentren porciones correspondientes a alumbrado barrido y limpieza, la cual si deberá integrar la categoría de los créditos de la LCQ 244. Por idénticos argumentos, cabe determinar la inclusión del impuesto por contribución territorial y el fondo por subterráneo, en la categoría de créditos que gozan de la preferencia de la LCQ 240.

*CNCom, Sala B, 29.12.16, TINTEX SACIIF Y A. S/ QUIEBRA.*

## **20. Concursos: Privilegios. Autorización para percibir los gastos de conservación y justicia en los términos de la LCQ 240.**

# DECONOMI

El hecho de que, con mayor o menor nitidez, pueda considerarse que un determinado crédito constituye un gasto de conservación y justicia en los términos del art. 240 de la LCQ, no justifica que el pretense acreedor perciba directamente el pago de lo adeudado por parte del fallido luego de decretada su quiebra, pues ello contraviene lo dispuesto por los arts. 107 y 109 de aquella ley (conf. esta Sala, 6.3.13, "Ardam S.A. c/Codan Argentina S.A. s/ejecutivo"). Por lo tanto, la autorización judicial necesaria para reconocer un gasto del concurso en los términos del art. 240 de la LCQ no constituye una mera formalidad como lo sugiere la apelante; tal control se orienta, esencialmente, a que el reconocimiento cuente con un adecuado fundamento. Omitido ese control, no puede asignarse la prelación de cobro pretendida (esta Sala, 13.3.13, "Dado S.A. s/quiebra s/incidente de subasta de bienes inmuebles"; conf. arg. dictamen fiscal nro. 81456 del 22.6.99, en autos de la Sala E, 5.7.99, "Pinfruta S.A. s/quiebra s/incidente de verificación por General Citrus International Inc.").

*CNCom, Sala D, 30.10.14, HELANT SRL S/ QUIEBRA S/ INCIDENTE DE APELACIÓN (ART. 250 CPCC) POR EDENOR SA.*

## **21. Concursos: Omisión de invocar el privilegio. Graduación. Irrenunciabilidad del derecho del trabajador.**

Corresponde reconocer al crédito verificado el privilegio especial y general previsto en la LCQ 241:2° y 246:1°, pese a que el actor no pidió reconocimiento de privilegio alguno, de su reclamo laboral. Ello por cuanto, en el caso, resulta aplicable la LCT 12, en tanto, si bien no medió un acuerdo de partes, cabe aplicarlo para actos unilaterales del trabajador que pudieren interpretarse como una renuncia tácita. La irrenunciabilidad del derecho de trabajador permite hablar de un orden público laboral que se distingue del orden público civil en que la norma imperativa puede ser desplazada por los individuos o por los convenios colectivos, por otra más favorable al trabajador (v. CNCom, Sala E, "Rigon SRL"). Por ello, a priori no debiera interpretarse que las partes pudieran modificar tácitamente los derechos reconocidos por la ley (LCT 12), sin que mediara, previamente y cuanto menos, la intervención de la autoridad administrativa o judicial competente mediante resolución fundada (LCT 15); recaudo que no existió en este caso. La ley de

# DECONOMI

contrato de trabajo reglamenta, de algún modo, la excepción al principio de irrenunciabilidad de los derechos (LCT 12) cuando se cumplimentan los recaudos por ella previstos, que se circunscriben a la intervención de la autoridad judicial o administrativa la cual dictará una resolución fundada para evidenciar que mediante el acuerdo potencial o implícitamente liberatorio se ha alcanzado una justa composición de derechos e intereses de las partes, atribuyéndole a esta autoridad una función de garantía en torno a los derechos irrenunciables de los trabajadores (conf. CNT, Sala II, "Vargas Marcelo c/ Telefónica de Argentina SA s/ despido", del 15.2.03).

*CNCom, Sala E, 31.05.17, GLOBAL EXCHANGE SA S/ QUIEBRA S/ INCIDENTE DE VERIFICACION DE CREDITO POR CIANCIO CARLOS M. Y OTRO.*

## **22. Concursos: Renuncia al privilegio laboral en el proceso concursal. Interpretación del principio de irrenunciabilidad de los privilegios laborales.**

La renuncia al privilegio laboral es procedente en el marco del trámite concursal, pues así se encuentra expresamente previsto en el ordenamiento legal específico que rige la materia. Ello así, resulta improcedente la regla invocada por el apelante establecida por el CPR 2575 en cuanto establece el principio de irrenunciabilidad de los privilegios laborales. En ese marco, cabe recordar que la ley general posterior no deroga en principio a la ley especial anterior (conf. Llambías, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil Parte General", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, T° I, págs. 55/56). Es por ello que, si bien la LCQ y el CCCN tienen idéntica jerarquía, la primera regula el fenómeno de la insolvencia y el procedimiento concursal en forma específica, por lo que, en todo caso, prevalece sobre la otra norma de carácter general, la que se aplica en cuanto no se contrapone a la especial. Máxime que la legislación concursal sobre privilegios es, en principio, autosuficiente (arg. LCQ 239, párrafo primero), regla ésta también receptada por el CCCN 2579 en cuanto señala que "en los procesos concursales los privilegios se rigen por la ley aplicable a los concursos, exista o no cesación de pagos".

*CNCom, Sala A, 27.09.17, CARAM URCULLU CRISTIAN DIEGO CAYETANO S/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INCIDENTE ART. 250.*

# DECONOMI

## **23. Concursos: Imprudencia de la graduación oficiosa de un crédito que omitió indicar su privilegio en la insinuación.**

Debe entenderse que -como principio- quien insinuó su acreencia sin invocación de privilegio, ha de ser privado de preferencia. Es que, como regla general, nada impide que el acreedor renuncie implícitamente al privilegio que pueda ostentar su crédito al omitir indicarlo en su insinuación (Heredia, Pablo D., Tratado Exegético de Derecho Concursal, t. 1, pág. 683, Buenos Aires, 2000). Así, tratándose de materia patrimonial disponible para el acreedor, la jurisdicción tiene vedado adoptar una decisión en sentido distinto del que se preanuncia. Conclúyese, entonces, que la insinuación omisiva no es suplible oficiosamente, pues admitir un privilegio excedería de la pretensión articulada (conf. CNCom., Sala D, 26.2.93, "Parking Náutico S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación promovido por Galmos S.A."; y 18.9.02, "Belgrano Sociedad Cooperativa s/ liquidación s/ incidente de verificación promovido por Rodríguez, Carlos Marcelo", entre otros).

*CNCom, Sala D, 23.12.13, OBRA SOCIAL BANCARIA ARGENTINA S/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INCIDENTE DE PRONTO PAGO POR: YORNET CECILIA JAQUELINE.*

## **24. Concursos: Privilegio LCQ 240 del crédito por honorarios proveniente de un acuerdo celebrado por la fallida en un juicio ordinario. Reserva de gastos.**

Procede confirmar la resolución que desestimó la pretensión tendiente a que se incluya en la reserva efectuada en el proyecto de distribución, un crédito por honorarios proveniente de un acuerdo celebrado con la fallida para la promoción de un juicio ordinario. Ello por cuanto, su titular debe verificar su acreencia a los efectos de concurrir con los demás acreedores en idénticas condiciones, salvo que se tratara de un supuesto que la ley le asigne expresamente el carácter de gasto del concurso, o que venga impuesto por la causa del crédito (honorarios correspondientes a quienes asistieron al deudor en el trámite concursal), situaciones que no acontecen en el caso. Pero aun cuando se admitiera que es posible invocar la preferencia prevista por LCQ 240 en créditos que nacieron antes de la

# DECONOMI

quiebra, resulta determinante para establecer su procedencia verificar si éstos irrogaron un beneficio concreto y directo a la masa. En este sentido, se ha considerado que es improcedente reconocer en esta categoría a los honorarios por servicios judiciales prestados exclusivamente en beneficio del deudor, desde que, para que ellos asuman la calidad de "gastos de justicia", es necesario que los trabajos sean efectuados en interés común de los acreedores, estimándose que a tales efectos, no es suficiente el beneficio indirecto producido a la masa, sino que es necesario que medie una relación directa e inmediata entre el gasto realizado y ese interés (v. esta Sala, "Sudamtex SA Textil Sudamericana s/ quiebra s/ incidente transitorio de adjudicación por licitación" del 16/04/93). Y, en el caso, no se advierte que la intencionalidad perseguida por los apelantes en el juicio ordinario tuviera como finalidad facilitar el trámite de la quiebra, hacer ingresar más bienes al activo o cualquier otro objetivo que redundara en beneficio de la masa que es, en definitiva, la que debería postergarse frente al crédito esgrimido. Por el contrario, la actuación de los letrados, durante todo el trámite del juicio, se llevó a cabo en exclusivo interés de su cliente.

*CNCom, Sala E, 30.09.16, OROFARMA S.A. S/ QUIEBRA.*

## **25. Concursos: Privilegios. Pautas para determinar los créditos por gastos de conservación y justicia.**

La disposición de la LCQ 240 proporciona dos pautas para determinar los créditos por "gastos de conservación y justicia": (a) una que impone atender a la causa que le dio origen; (b) la otra, al tiempo en que se haya generado. En función de la primera pauta, el crédito debe ser la contraprestación debida a su titular por los trabajos realizados por él con motivo de la administración de los bienes o del trámite judicial. Y, por la segunda, debe haber nacido después de la declaración de quiebra, lo cual se deduce de la circunstancia de que la preferencia contemplada en la norma, les es otorgada a estos créditos para que prevalezcan sobre "los créditos contra el deudor", que no son otros que los nacidos con anterioridad a la quiebra (Villanueva Julia, Privilegios, pág. 397 Expte. N° 45754/1999 pág. 1 Rubinzal-Culzoni, 2004). Es decir, la acreencia debe haber nacido después de la declaración de quiebra, y no del concurso preventivo, porque si hubiera ocurrido esto último - como acontece con los honorarios de los apelantes- la solución,

# DECONOMI

en principio, es distinta: si este deriva en quiebra, que es el ámbito en el que se aplica la LCQ 240, esa acreencia resulta alcanzada por ésta al ser anterior a ella (Villanueva, ob. citada).

*CNCom, Sala E, 30.09.16, OROFARMA S.A. S/ QUIEBRA.*

## **26. Concursos: Concurso Especial. Privilegio LCQ 242.**

Resulta improcedente postergar el pago de los honorarios del letrado beneficiario de las costas si, como se expresó en la sentencia apelada, existían fondos más que suficientes para el pago del capital reclamado más sus intereses. Una interpretación diversa importaría alterar, bien que implícitamente en el caso, lo prescripto en el art. 243. Así debe concluirse a la luz de lo dispuesto en la LCQ 242. Es decir: esa norma, que se ocupa del orden que debe seguirse al efectuar el pago de los distintos rubros que componen el crédito con ese privilegio, asigna el primer lugar a las costas, para situar después a los demás que allí menciona.

*CNCom, Sala C, 12.09.16, BALLESTRACCI ADOLFO HECTOR S/ INCIDENTE DE CONCURSO ESPECIAL PROMOVIDO POR: FRITZLER MARTIN Y OTROS.*

## **27. Concursos: Procedencia del reclamo de intereses compensatorios de un crédito con privilegio especial.**

Resulta procedente admitir la pretensión del acreedor hipotecario tendiente a obtener el pago de intereses posteriores a la liquidación, pues, tratándose de un crédito hipotecario reconocido con privilegio especial, en función de lo dispuesto en la LCQ 242-2°, asiste al apelante derecho a los intereses compensatorios posteriores a la liquidación, con el alcance previsto en el art. 129 del mismo ordenamiento. Es decir, el reconocimiento de esos intereses se encuentra directamente vinculado con la posibilidad misma de su cobro en tanto que su límite está dado por el producido del bien gravado, de manera que, si lo obtenido luego de la venta del bien asiento del privilegio no alcanza para satisfacerlos, esos intereses compensatorios posteriores se extinguen, salvo lo dispuesto por

# DECONOMI

la LCQ 228. No obstante, y siendo que en el caso -según informó el liquidador- existen fondos derivados de la venta del bien hipotecado susceptibles de ser aplicados a la cancelación de tales acrecidos, corresponde readecuar el proyecto de distribución de fondos presentados en autos, previendo su inclusión.

*CNCom, Sala C, 20.10.16, SOFOL 1 (PATRIMNIO FIDEICOMITIDO) S/ QUIEBRA.*

**28. Concursos: Privilegios. Improcedencia de asignar privilegio general (LCQ 246) a los créditos reclamados por diferencia salarial que excedan de los seis meses.**

No corresponde asignar privilegio general a los créditos reclamados por diferencias salariales que excedan los seis meses, sobre la base de que el art. 246 inc. 1° reconoce con dicho privilegio a "... cualquier otro [crédito] derivado de la relación laboral", pues tal interpretación es inadmisibles, ya que contraría la intención del legislador de efectuar aquella restricción temporal. De allí que esa previsión debe entenderse referida a aquellas acreencias no detalladas, pero no a las que fueron contempladas y expresamente limitadas, de lo contrario resultaría inoficioso dicho límite (esta Sala, 24.11.10, "Miralejos S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación por Hill, Raúl Santiago" con cita de CNCom, Sala B, 12.6.09, "Ostrilion SACEI s/concurso preventivos s/incidente de verificación por Comán", con cita de Sala A, 3.11.00, "Vicente Robles SA s/concurso preventivo s/incidente de verificación por Fernández, Juan A. y otros"; Sala C, 23.6.05, "Club Atlético San Lorenzo de Almagro Asociación Civil s/concurso preventivo s/incidente de revisión por Gerpe, Jorge"; Villanueva, Julia, "Privilegios", p. 171 y sgtes.).

*CNCom, Sala D, 21.03.17, SOCIEDAD ANONIMA DEL ATLANTICO COMPAÑÍA FINANCIERA S/ QUIEBRA S/ INCIDENTE DE VERIFICACIÓN DE CREDITO POR OVIEDO, OSCAR ALBERTO Y OTRO.*

**29. Concursos: Privilegio del llamado "incremento" de la reparación laboral contemplado por el artículo 2 de la ley 25.323.**

# DECONOMI

Según la doctrina -que se comparte- emanada del fallo de esta Cámara in re "Sociedad Alemana de Socorro a Enfermos Asociación Mutual s/ incidente de verificación de crédito por De los Santos, Aníbal" del 28.12.15, corresponde reconocer privilegio general a los créditos derivados de las previsiones del art. 2° de la ley 25.323 y del art. 16 de la ley 25.561 (en similar sentido, esta Sala, 19.4.16, "Oversafe Seguros de Retiro S.A. s/ liquidación forzosa s/ incidente de apelación", entre otros).

*CNCom, Sala D, 21.03.17, SOCIEDAD ANONIMA DEL ATLANTICO COMPAÑÍA FINANCIERA S/ QUIEBRA S/ INCIDENTE DE VERIFICACIÓN DE CREDITO POR OVIEDO, OSCAR ALBERTO Y OTRO.*

**30. Concursos: Privilegio concursal del crédito por daños conforme el art. 118 de la ley 17.418. Distribución a prorrata en el caso de pluralidad de damnificados.**

El privilegio que corresponde al crédito del consorcio incidentista es el reconocido por el art. 118, párrafo primero, de la ley 17.418, al cual remite el art. 241, inc. 6°, LCQ. Se trata de un privilegio "especial" cuyo asiento es la suma asegurada (en el caso: \$ 1.000.000), y cuya extensión es el quantum del crédito verificado contra el sujeto concursado por capital, excluyéndose los intereses y gastos causídicos (conf. Heredia, P., Tratado exegético de derecho concursal, Buenos Aires, 2005, t. 5, p. 527). Ahora bien, existiendo pluralidad de damnificados el derecho de "todas" las víctimas cuenta con ese privilegio y, por ello, la ley impone la obligación de distribuir entre ellas la indemnización debida por el asegurador, sin formular distinciones, a prorrata (art. 119, ley 17.418; Meilij, G. y Barbato, N., Tratado de Derecho de Seguros, Rosario, 1975, p. 334).

*CNCom, Sala D, 22.11.13, SOCIEDAD UOL SINECTIS S.A. S/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INCIDENTE DE VERIFICACION DE CREDITO POR CONSORCIO DE COPROPIETARIOS DEL EDIFICIO DE GALERIA JARDÍN.*

**31. Concursos: Privilegios. Indemnizaciones laborales. Límite temporal de los seis meses del privilegio especial y general del concepto salarios adeudados.**

# DECONOMI

Tratándose de una misma relación laboral donde se han reclamado salarios adeudados por seis (6) meses antes de la quiebra verificándose los mismos con privilegio especial y general en el marco del incidente citado, cuadra afirmar en tal contexto fáctico que la materia referida a salarios adeudados por seis (6) meses anteriores al concursamiento de la hoy fallida serán reconocidos con graduación quirografaria, como lo hizo el sentenciante. Pues, sostener una postura contraria importaría, en definitiva, infringir la intención del legislador de reconocer preferencias a acreencias que no fueron expresamente contempladas, resultando entonces inoficioso el límite temporal de los seis (6) meses previstos por la LCQ (cfr. arg. CNCom, Sala A, in re: "Vicente Robles SA s/ concurso preventivo s/ inc. de verificación por Fernández Juan A y otros" del 03.11.00; id.in re: Sala C "Club Atlético San Lorenzo de Almagro Asociación Civil s/ conc. preventivo s/ inc. de revisión por Gerpe Jorge", del 23.06.05; Sala B., in re: Ostrilion SACEI s/ conc. prev. s/ inc. de verificación por Coman", del 12.6.09).

*CNCom, Sala A, 14.9.16, ASOCIACION FRANCESA FILANTROPICA Y DE BENEFICENCIA S/ QUIEBRA S/ INC. DE REVISION DE CREDITO (PROMOVIDO POR MARIA SUSANA MARCONE).*

## **32. Concursos: Privilegio de crédito por honorarios en un juicio laboral.**

Cabe otorgar privilegio general al crédito por honorarios derivados del pleito laboral (CNCom., esta Sala, in re, "Pierelli, Alfredo Guillermo c/ Metalúrgica Pastoriza SAIC s/ ordinario", 4-5-07).

*CNCom, Sala B, 4.8.16, ESTABLECIMIENTO GRAFICO VULCANO SA S/ QUIEBRA S/ INCIDENTE DE VERIFICACION DE CREDITO DE MASSARO JORGE Y OTRO.*

## **33. Concursos: Extensión del privilegio especial del crédito hipotecario.**

# DECONOMI

Si el producido de los bienes afectados a la garantía real resultan insuficientes -como en el caso- y queda un saldo impago del crédito verificado, éste pasará a ser un crédito quirografario -cfr. arg. LCQ. 245- que será pagado en la medida que resulte del acuerdo preventivo homologado (cfr. CNCom. Sala A, "San Bernardo SRL s/ concurso preventivo", del 10.7.08). Así y siendo que en el sub lite el producido de la subasta de los bienes no habría superado el monto del crédito oportunamente verificado a la recurrente con garantía real, júzgase que debió reconocérsele, a su favor y con carácter quirografario, la diferencia entre lo verificado y lo obtenido por la venta de los bienes; ello, claro está, condicionado a que tal saldo invocado por el Banco de la Provincia sea acreditado a partir de la remisión de la ejecución prendaria que la propia entidad solicitó en fs. 3271/2, lo cual deberá ser comprobado ante la anterior instancia.

*CNCom, Sala E, 13.5.16, ODISA OBRAS DE INGENIERIA SOCIEDAD ANONIMA CONSTRUCTURA S/ CONCURSO PREVENTIVO.*

#### **34. Concursos: Extensión del privilegio especial del crédito prendario. Falta de reconocimiento de los intereses postfalenciales.**

Se trata en el caso de un crédito prendario cuya graduación, y en lo que aquí interesa, fue dispuesta en función de los art. 241 inc.4°, y 242 inc.2° L.C.Q (según remisión efectuada por el a quo en la sentencia apelada, a las cuentas presentadas por el auxiliar del juzgado). En ese contexto, es claro que de acuerdo a esa última norma, asiste derecho al recurrente a los intereses compensatorios posteriores a la quiebra. No obstante, ese derecho se encuentra condicionado a la suficiencia del producido del bien gravado, de manera tal que esos réditos compensatorios posteriores, deben considerarse extinguidos en la medida que aquellos fondos resulten insuficientes para su atención (con excepción de la hipótesis prevista en el art. 228 L.C.Q). De lo expuesto, se deriva su innecesaridad de inclusión en la sentencia verificatoria, toda vez que ellos deberán, eventualmente, ser calculados en oportunidad de la liquidación del bien y pago del crédito. Es decir, la sentencia que no los declaró no obsta a su posterior cálculo en los términos de la citada regla (en tal sentido, Sala A, "Farc SA s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por Ratón Vázquez Arturo José Dimas", 20/03/01; esta Sala, en autos "Lactería Suiza SA s/

# DECONOMI

concurso preventivo s/ inc. revisión por Banco Alas", del 11/09/12).

*CNCom, Sala C, 8.3.16, PRODUCIR SA S/ QUIEBRAS S / INCIDENTE DE VERIFICACION DE CREDITO MATERIAL FERROVIARIO SA Y OTRO.*

## **35. Concursos: Privilegio especial del acreedor hipotecario. Acción de recomposición patrimonial.**

Corresponde confirmar la resolución del juez de la quiebra En cuanto declaró verificado con privilegio especial hipotecario el crédito reconocido oportunamente a la acreedora. Ello así, pues si bien el crédito declarado en el incidente de revisión incoado por la acreedora estaba garantizado con hipoteca, el reconocimiento de tal privilegio recién pudo hacerse efectivo a partir de que el inmueble retornó al patrimonio de la fallida, en razón de la acción de recomposición patrimonial articulada.

*CNCom, Sala B, 10.5.18, ANDINA DE ALIMENTOS S.A. S/ QUIEBRAS S / INCIDENTE DE VERIFICACION DE CREDITO DE FIDEICOMISO DE RECUPERACIÓN CREDITICIA LEY 12.726.*

## **36. Concursos: Concepto de privilegio. Criterio restrictivo de aplicación.**

Reconocer el carácter de privilegiado a un crédito implica otorgarle el derecho de ser pagado con preferencia a otro, y que tal calidad solo puede surgir de la ley (artículos 3875 y 3876 del Código Civil derogado y 2573 y 2574 del Código Civil y Comercial de la Nación). Asimismo, los privilegios, en tanto constituyen una excepción al principio de la *par conditio creditorum* –como derivación de la garantía de igualdad protegida por el artículo 16 de la Constitución Nacional– deben ser interpretados restrictivamente, pues de aceptarse una extensión mayor a la admitida por la ley se afectarían derechos de terceros (confr. Fallos: 330:1055; 329:299 y sus citas, entre muchos otros). De tal modo, la existencia de los privilegios queda subordinada a la previa declaración del legislador, quien cuenta con amplio margen de discrecionalidad para la distribución de los bienes o agrupación de los acreedores, sin que esté dado a los jueces realizar una interpretación amplia o extensiva de los supuestos reconocidos por la ley, para evitar que situaciones excepcionales se conviertan en regla general.

# DECONOMI

*CSJN, 06.11.18, ASOCIACION FRANCESA FILANTROPICA Y DE BENEFICENCIA S/ QUIEBRA S/ INC. DE REVISION DE CREDITO POR: L.A.R. Y OTROS.*

## **37. Concursos: Especialidad del régimen de privilegios del derecho concursal.**

La Ley de Concursos y Quiebras es derecho sustancial y específico, contiene un esquema de unificación de los privilegios y establece en el artículo 239 un sistema cerrado por el cual, en situación de insolvencia, estos se rigen exclusivamente por sus disposiciones, salvo las puntuales remisiones que allí se hacen a regímenes especiales.

*CSJN, 06.11.18, ASOCIACION FRANCESA FILANTROPICA Y DE BENEFICENCIA S/ QUIEBRA S/ INC. DE REVISION DE CREDITO POR: L.A.R. Y OTROS.*

## **38. Concursos: Inalterabilidad del régimen de privilegios.**

Las condiciones personales del acreedor no alteran el régimen de privilegios del ordenamiento concursal, en tanto en el título IV, capítulo I de la ley 24.522, donde la asignación de un privilegio responde a la causa o naturaleza del crédito con independencia de la condición del sujeto, no confiere privilegio alguno al crédito de M.B.L. Por lo tanto, según el ordenamiento concursal, no le cabe otro carácter que el de crédito común o quirografario (artículo 248). Por otra parte, ni las convenciones internacionales invocadas, ni la ley 26.061 contienen referencias específicas a la situación de los niños o personas con discapacidad como titulares de un crédito en el marco de un proceso concursal. Por consiguiente, no se prevé expresamente –ni puede derivarse de sus términos– una preferencia de cobro, por la sola condición invocada, respecto de los restantes acreedores concurrentes, ni la exclusión de sus créditos del régimen patrimonial especialmente previsto por la ley concursal. No hay duda que las normas invocadas reconocen que los niños y las personas con discapacidad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que requiere una mayor protección por parte del Estado, a fin de garantizarles el goce de los derechos humanos fundamentales allí contemplados (artículos 3°, 6°, 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos

# DECONOMI

Humanos; artículos 40, 70 aps. 1 y 2, 25 y 28.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; ley 26.061). De todos modos, son normas que están dirigidas al Estado para que implemente políticas públicas tendientes a que los niños y las personas con discapacidad puedan alcanzar el nivel de vida más alto posible, en particular en lo que concierne a la salud, la rehabilitación, el desarrollo individual y la integración social.

*CSJN, 06.11.18, ASOCIACION FRANCESA FILANTROPICA Y DE BENEFICENCIA S/ QUIEBRA S/ INC. DE REVISION DE CREDITO POR: L.A.R. Y OTROS.*

### **39. Concursos: Inalterabilidad del régimen de privilegios.**

Admitir el reconocimiento judicial de derechos preferentes no previstos en la ley concursal traería aparejados serios inconvenientes que excederían el ámbito propio de los concursos. La ruptura del régimen legal de privilegios y la creación de un sistema paralelo, contra legem, discrecional y casuístico puede conllevar un fuerte impacto negativo para la seguridad jurídica en general. Por ejemplo, la preferencia en el cobro de las acreencias garantizadas con hipoteca y prenda (artículo 241 inciso 4 de la ley 24.522) se justifica en los intereses económicos y sociales considerados por el legislador para acordarles dicho privilegio. En efecto, esa preferencia se vincula con la protección del crédito, que es indispensable para el desarrollo y el crecimiento del país, y que depende, en parte, de la existencia y la eficacia de ciertos instrumentos que, como las garantías, aseguren el recupero del crédito. En el caso concreto, el resguardo de esa preferencia en el cobro se relaciona con la oportunidad y el costo de acceder al crédito que tienen los agentes de salud y, en definitiva, con la adecuada prestación de esos servicios que, de hecho, permiten atender el derecho a la salud de toda la comunidad.

*CSJN, 06.11.18, ASOCIACION FRANCESA FILANTROPICA Y DE BENEFICENCIA S/ QUIEBRA S/ INC. DE REVISION DE CREDITO POR: L.A.R. Y OTROS.*

# DECONOMI

## Avisos Parroquiales... y no tanto

- **FIESTA DE CLAUSURA DEL AÑO ACADÉMICO 2018**



Estimados Colegas Profesores:

Es un gusto para mí y para el equipo que me acompaña, invitarlos a celebrar la finalización del 2018.

Hemos transitado un período agitado en el que, trabajando en conjunto, superamos dificultades y procuramos mejorar nuestra actividad con dedicación y esfuerzo.

Ahora nos queda meditar sobre lo actuado y planear el próximo año y nada mejor que hacerlo en un encuentro de amigos y colegas.

Para eso hemos organizado una noche en La Botica del Ángel, en San Telmo. Habrá buena comida, sorpresas, música, baile y buena compañía.

La reunión será el miércoles 12 de diciembre desde las 20:00 horas en Luis Sáenz Peña 543.

Los esperamos para brindar,

**Héctor Osvaldo Chomer**

**Director**

# DECONOMI

- **Ciclo de charlas con el Prof. Jesús Quijano González**



El Prof. Jesús Quijano González, Doctor en Derecho y Catedrático de Derecho Mercantil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, disertó los días 27 y 28 de noviembre en nuestra Facultad.

Te invitamos a ver las grabaciones en: <https://youtu.be/tso1EEITTpU> y <https://youtu.be/j-0j5zryexi>.

## ● CONGRESO INTERNACIONAL UBA – ADJV



**PROGRAMA DEL CONGRESO INTERNACIONAL UBA – ADJV, a realizarse los días 20, 21 y 22 de febrero 2019 en Buenos Aires, Argentina.**

### **20.02.2019: Opcional para visitantes de Alemania**

10:00 – 14:00 Visita a Corte Suprema / Bolsa de Comercio / Cámara Comercial

20:30 Opcional: Cena informal

### **21.02.2018 Congreso**

10:00 – 10:15 **Inauguración del Congreso**

Palabras del representante de la UBA

Palabras del Presidente de la ADJV

10:15 – 11:30 **Conferencia Inaugural I**

*El derecho societario y la intromisión del derecho concursal, el caso alemán*

Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt, Bucerius Law School, Hamburgo

11:30 – 12:00 **Receso**

12:00 – 12:45 **Conferencia Inaugural II**

*El derecho concursal y la intromisión del derecho societario, el caso argentino*

Prof. Dr. Rafael Manóvil, Universidad de Buenos Aires

12:45 – 13:30 **Debate**

13:30 – 15:30 **Receso**

15:30 – 17:30 **Foro Práctico**

*Informes de la práctica jurídica en el ambiente argentino-alemán*

20:30 Opcional: Cena informal

# DECONOMI

## **22.02.2018 Congreso**

9:30 – 11:00 **Conferencia**

***El arbitraje internacional y el Centro de Arbitraje Europeo-Latinoamericano  
ELArb***

Dra. Andrea Tiedemann, Directora del Centro de Arbitraje Europeo-Latinoamericano ELArb, Hamburgo

Prof. Dra. María Elsa Uzal, Jueza de la Cámara Comercial, Buenos Aires

11:00 – 11:30 **Debate**

11:30 – 12:00 **Receso**

12:00 – 13:00 **Conferencia**

***La protección de datos en el nuevo derecho europeo***

Prof. Dr. Gerald Spindler, Georg August Universität Göttingen

13:00 – 13:30 **Debate**

13:30 – 15:30 **Receso**

15:30 – 17:00 **Conferencia**

***Un marco jurídico para las energías renovables***

Prof. Dr. Walter Frenz, Rheinisch-Westfälische Technische Hochschule (RWTH) Aachen

Prof. Dra. Silvia Nonna, Universidad de Buenos Aires

17:00 – 17:30 **Debate**

17:30 – 17:45 **Clausura del Congreso**

# DECONOMI

## ● CLAUSURA DEL AÑO ACADÉMICO 2018



Estimados Colegas Profesores:

El pasado 12 de diciembre se realizó la Fiesta de Clausura del Año Académico 2018.

Festejamos más de 200 personas en la mágica Botica del Ángel en San Telmo.

Con la esperanza de que hayan disfrutado la velada y por este medio, agradecemos la presencia de todos los asistentes y a ellos y a todos por igual les deseamos muy Felices Fiestas!!!!

Hasta el próximo año!!!!

# DECONOMI

