

2014



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

ISBN 978-987-03-2774-5



9 789870 327745

Av. Alvear 1711 1° piso  
(1014) / Ciudad Autónoma de Buenos Aires  
(011) 4815-6976 / 4812-9327  
[www.academiadederecho.org.ar](http://www.academiadederecho.org.ar)  
[academiadederecho@fibertel.com.ar](mailto:academiadederecho@fibertel.com.ar)

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y  
CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL  
Director: Académico Héctor Alegria

# Contratos Comerciales

Contratos Comerciales

Mauricio Boretto - Ariel Ángel Dasso  
Pablo D. Heredia - Osvaldo J. Marzorati  
Ricardo Olivera García - Martín E. Paolantonio



**ACADEMIA NACIONAL  
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
DE BUENOS AIRES**

**INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL**

## **CONTRATOS COMERCIALES**

**DIRECTOR: ACADÉMICO HÉCTOR ALEGRIA**



**BUENOS AIRES  
2014**

Alegria, Héctor

Contratos comerciales / Héctor Alegria; Mauricio Boretto; Ariel A. Dasso; dirigido por Héctor Alegria. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley; Buenos Aires: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2014.

192 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-2774-5

I. Derecho de los Contratos. I. Boretto, Mauricio II. Dasso, Ariel A. III. Alegria, Héctor, dir. IV. Título

CDD 346.02

© 2014 by Academia Nacional de  
Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2014  
Av. Alvear 1711, 1º (C1014AAE) Buenos Aires

© by La Ley S.A.E. e I., 2014  
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

*Impreso en la Argentina*

Todos los derechos reservados  
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida  
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio  
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación  
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación  
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y del autor.

*Printed in Argentina*

All rights reserved  
No part of this work may be reproduced  
or transmitted in any form or by any means,  
electronic or mechanical, including photocopying and recording  
or by any information storage or retrieval system,  
without permission in writing from the Publisher and the author.

Tirada: 130 ejemplares.

ISBN 978-987-03-2774-5

ARGENTINA

PUBLICACIONES  
DE LA  
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

- *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación*
- *Centenario - 1908 - 7 de Octubre - 2008.*
- *Homenaje al académico doctor Segundo V. Linares Quintana.*

SERIE I - ANUARIOS

*Anales - Primera época, Nº 1 (1915) - Segunda época, Nº 1 a 51.*

SERIE II - OBRAS

1. *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia, por AGUSTÍN DE VEDIA y ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA.*
2. *Bibliografía de Juan B. Alberdi, por ALBERTO OCTAVIO CÓRDOBA.*
3. *La nueva ciencia política y constitucional, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.*
4. *Política exterior en la edad nuclear, por FELIPE A. ESPIL.*
5. *Académicos de Derecho y hombres de gobierno, por JUAN SILVA RIESTRA.*
6. *La libertad. Elección, amor, creación, por MANUEL RÍO.*
7. *El Congreso de Panamá, por MARIANO J. DRAGO.*
8. *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley, por MANUEL RÍO.*
9. *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, por MIGUEL S. MARIENHOFF.*
10. *La Nación Argentina hecha ley, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.*
11. *Historia del Derecho Político, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA.*
12. *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina, por JUAN CARLOS MOLINA y JOAQUÍN G. MARTÍNEZ.*
13. *Alberdi y su tiempo, por JORGE M. MAYER (2 tomos).*
14. *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina, por ISIDORO RUIZ MORENO.*
15. *Historia de la doctrina Drago, por ALBERTO A. CONIL PAZ.*
16. *La alborada. San Martín y Alberdi, por JORGE M. MAYER.*
17. *Primeros Académicos de Derecho - 1925.*
18. *Agüero o el dogmatismo constitucional, por JORGE M. MAYER.*
19. *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial, por ELÍAS P. GUASTAVINO (2 tomos).*

20. Conferencias y Estudios, por HÉCTOR P. LANFRANCO.

21. Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial, por ELÍAS P. GUASTAVINO (2 tomos). Segunda edición actualizada.

22. Derecho y Realidad, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

23. Las cinco Argentinas, por JORGE M. MAYER.

24. Vida y testimonio de Félix Frías, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA y JUAN ISIDRO QUESADA.

25. Victorino de la Plaza (1840 - 1919). Un eje institucional, por JORGE M. MAYER.

26. Los posibles antidotos de la crisis, por JORGE M. MAYER.

27. La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

28. La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional, por ALBERTO LUIS ZUPPI.

29. Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

30. El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

31. El derecho de la salud, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

32. Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia, por AÍDA R. KEMELMAJER DE CARLUCCI.

33. ¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

34. Protección jurídica del consumidor, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

### SERIE III - COMUNICACIONES

Comunicaciones - Nº 1.

### SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

1. Estudios sobre Derecho Civil.

2. Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.

3. La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.

4. Estudios sobre derecho ambiental.

5. Estudios sobre daño moral.

6. Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.

7. Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.

8. Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.

9. Estudios sobre la "pesificación" y la emergencia económica.

10. Los vicios de la voluntad.

11. Los vicios de la voluntad. Parte II

12. Capacidad civil de las personas.

13. Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario.

14. Sociedad Conyugal.

15. Teoría y práctica de los contratos.

### INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

- Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El Derecho Marítimo alemán.
- Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.
- La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.
- El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.
- Derecho Internacional.
- La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).
- El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.

### INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

- Cooperación en la Explotación de Petróleo y Gas en el Mar.

### INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- Sociedad de garantía recíproca.
- Sociedades anónimas deportivas.
- Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.
- Evolución del derecho de los grupos de sociedades y Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina.
- La Empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio.
- Cuestiones de Derecho Empresarial.
- Contratos y sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial.
- Contratos comerciales.

### INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

#### SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- Descentralización Productiva.

### INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

#### SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

- Las Reglas de Rotterdam.

### INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.
- Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira.

### INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario.

## INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2009.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2011.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2012.*

## INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*
- *Proyecto de Procesos Colectivos.*

## ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

### *Presidente*

Académico Dr. Gregorio Badeni

### *Vicepresidente*

Académico Dr. Jorge R. Vanossi

### *Secretarios*

Académico Dr. Roberto E. Luqui  
Académico Dr. Emilio P. Gnecco

### *Tesorero*

Académico Dr. Rafael M. Manóvil

## COMISIÓN DE PUBLICACIONES

### *Director de Publicaciones*

Académico Dr. José Domingo Ray

### *Vocales*

Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán  
Académico Dr. Jaime Luis Anaya

## ACADÉMICOS DE NÚMERO

*por orden de antigüedad*

|                                     | <i>Nombre del sitial</i> | <i>Fecha</i>       |
|-------------------------------------|--------------------------|--------------------|
| Dr. Julio H. G. Olivera             | Juan B. Alberdi          | 6 mayo 1964        |
| Dr. José Domingo Ray                | Manuel Obarrio           | 22 mayo 1975       |
| Dr. Alberto Rodríguez Varela        | Luis María Drago         | 16 julio 1975      |
| Dr. Juan R. Aguirre Lanari          | Salvador M. del Carril   | 19 octubre 1978    |
| Dr. Horacio A. García Belsunce      | Félix Gregorio Frías     | 9 septiembre 1982  |
| Dr. Alberto Rodríguez Galán         | Carlos Pellegrini        | 9 mayo 1985        |
| Dr. Juan Carlos Cassagne            | Antonio Bermejo          | 23 octubre 1986    |
| Dr. Félix Alberto Trigo Represas    | Nicolás Avellaneda       | 18 junio 1987      |
| Dr. Jaime Luis Anaya                | Rodolfo Rivarola         | 10 agosto 1989     |
| Dr. Jorge R. Vanossi                | José A. Terry            | 11 agosto 1994     |
| Dr. Hugo Caminos                    | Eduardo Acevedo          | 23 noviembre 1995  |
| Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci | Aristóbulo del Valle     | 24 septiembre 1996 |
| Dr. Julio César Rivera              | Dalmacio Vélez Sarsfield | 25 noviembre 1999  |
| Dr. Santos Cifuentes                | Bartolomé Mitre          | 14 septiembre 2000 |
| Dr. Jorge Horacio Alterini          | Alfredo Colmo            | 14 diciembre 2000  |
| Dr. Víctor Tau Anzoátegui           | Lucio V. López           | 13 diciembre 2001  |
| Dr. Roberto E. Guyer                | Lisandro Segovia         | 10 abril 2003      |
| Dr. Héctor Alegria                  | Roque Sáenz Peña         | 9 octubre 2003     |
| Dr. Gregorio Badeni                 | Manuel Quintana          | 12 mayo 2005       |
| Dr. Enrique Manuel Falcón           | Domingo F. Sarmiento     | 12 julio 2007      |
| Dr. Roberto Enrique Luqui           | José Manuel Estrada      | 27 septiembre 2007 |
| Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia   | Roberto Repetto          | 13 diciembre 2007  |
| Dr. Mariano Gagliardo               | Juan A. Biliboni         | 22 mayo 2008       |
| Dr. José W. Tobías                  | José N. Matienzo         | 25 septiembre 2008 |
| Dr. Emilio P. Gnecco                | Mariano Moreno           | 8 octubre 2009     |
| Dr. Rafael M. Manóvil               | José María Moreno        | 8 octubre 2009     |
| Dr. Eduardo Sambrizzi               | José Figueroa Alcorta    | 14 junio 2012      |
| Dr. Alfonso Santiago (h.)           | Estanislao Zeballos      | 14 junio 2012      |
| Dr. Daniel Funes de Rioja           | Esteban Echeverría       | 11 julio 2013      |
| Dr. Siro M. A. De Martini           | Carlos Calvo             | 26 junio 2014      |

## ACADÉMICOS EMÉRITOS

|                           |                    |
|---------------------------|--------------------|
| Dr. Carlos María Bidegain | 10 septiembre 2009 |
| Dr. Julio César Otaegui   | 8 septiembre 2011  |

## MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

|  |           | Fecha              |
|--|-----------|--------------------|
| Dr. Rafael Entrena Cuesta                  | España    | 10 agosto 1989     |
| Dr. Néstor Pedro Sagüés                    | Rosario   | 10 agosto 1989     |
| Dr. Jesús González Pérez                   | España    | 24 mayo 1990       |
| Dr. Carlos Fernández Sessarego             | Perú      | 25 noviembre 1993  |
| Dr. Adolfo A. N. Rouillon                  | Rosario   | 25 noviembre 1993  |
| Dr. Ernesto F. Garzón Valdés               | Alemania  | 11 diciembre 1997  |
| Dr. Wolfgang Schöne                        | Alemania  | 23 julio 1998      |
| Dr. Giorgio Bertì                          | Italia    | 10 julio 2003      |
| Dr. Rudolf Dolzer                          | Alemania  | 22 abril 2004      |
| Dr. Franck Moderne                         | Francia   | 27 mayo 2004       |
| Dr. Carlo Angelici                         | Italia    | 22 julio 2004      |
| Dr. Tomás Ramón Fernández                  | España    | 12 agosto 2004     |
| Dr. Federico Carpi                         | Italia    | 12 mayo 2005       |
| Dr. Gaspar Ariño Ortiz                     | España    | 11 agosto 2005     |
| Dr. Marcelo G. Kohen                       | Suiza     | 25 agosto 2005     |
| Dra. Giovanna Visintini                    | Italia    | 25 agosto 2005     |
| Dr. Asdrúbal Aguiar                        | Venezuela | 27 abril 2006      |
| Dr. Angel Rojo Fernández-Río               | España    | 10 agosto 2006     |
| Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto       | Brasil    | 26 abril 2007      |
| Dr. Francisco Orrego Vicuña                | Chile     | 11 diciembre 2008  |
| Dr. Mariano R. Brito Checchi               | Uruguay   | 23 julio 2009      |
| Dr. Daniel Hugo Martins                    | Uruguay   | 24 junio 2010      |
| Dr. Máns Jacobsson                         | Suecia    | 9 septiembre 2010  |
| Dr. Francesco Berlingieri                  | Italia    | 9 septiembre 2010  |
| Dr. Santiago Muñoz Machado                 | España    | 9 junio de 2011    |
| Dr. Andrei Gennadievich Lisitsyn-Svetlanov | Rusia     | 13 octubre 2011    |
| Dr. Francisco Miró Quesada Rada            | Perú      | 10 abril 2014      |
| Dr. Augusto Ferrero Costa                  | Perú      | 23 septiembre 2014 |
| Dr. Domingo García Belaunde                | Perú      | 23 septiembre 2014 |

## ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

|                               |                                 |
|-------------------------------|---------------------------------|
| Dr. Carlos Alberto Acevedo    | Dr. Juan M. Garro               |
| Dr. Carlos A. Adrogué         | Dr. Juan A. González Calderón   |
| Dr. Eduardo Aguirre Obarrio   | Dr. Dimas González Gowland      |
| Dr. Jorge A. Aja Espil        | Dr. Aquiles H. Guaglianone      |
| Dr. Juan Álvarez              | Dr. Elías P. S. Guastavino      |
| Dr. Octavio R. Amadeo         | Dr. Carlos Güiraldes (h.)       |
| Dra. Margarita Argüas         | Dr. Alberto Hueyo               |
| Dr. Marco R. Avellaneda       | Dr. Carlos Iburguren            |
| Dr. Antonio Bermejo           | Dr. Eduardo Labougle            |
| Dr. Juan A. Bibiloni          | Dr. Héctor Lafaille             |
| Dr. Germán J. Bidart Campos   | Dr. Héctor P. Lanfranco         |
| Dr. Eduardo L. Bidau          | Dr. Hilario Larguía             |
| Dr. Eduardo Bidau             | Dr. Tomás Le Bretón             |
| Dr. Rafael Bielsa             | Dr. Ricardo Levene              |
| Dr. Bernardino Bilbao         | Dr. Juan Francisco Linares      |
| Dr. Adolfo Bioy               | Dr. Segundo V. Linares Quintana |
| Dr. Guillermo A. Borda        | Dr. Mario Justo López           |
| Dr. Ernesto Bosch             | Dr. José María López Olaciregui |
| Dr. Rodolfo Bullrich          | Dr. Baldomero Llerena           |
| Dr. Carlos O. Bunge           | Dr. Osvaldo Magnasco            |
| Dr. Eduardo B. Busso          | Dr. Carlos C. Malagarriga       |
| Dr. Jorge Bustamante Alsina   | Dr. Miguel S. Marienhoff        |
| Dr. Pablo Calatayud           | Dr. Félix Martín y Herrera      |
| Dr. Francisco Canale          | Dr. Roberto Martínez Ruiz       |
| Dr. Ramón S. Castillo         | Dr. Agustín N. Matienzo         |
| Dr. Alfredo Colmo             | Dr. José N. Matienzo            |
| Dr. Jorge E. Coll             | Dr. Jorge M. Mayer              |
| Dr. Julio César Cueto Rúa     | Dr. Carlos L. Melo              |
| Dr. Tomás R. Cullen           | Dr. Leopoldo Melo               |
| Dr. Mauricio P. Daract        | Dr. Manuel A. Montes de Oca     |
| Dr. Calixto S. de la Torre    | Dr. Augusto Mario Morello       |
| Dr. Antonio Dellepiane        | Dr. Rodolfo Moreno (h.)         |
| Dr. Atilio Dell'Oro Maini     | Dr. Carlos M. Muñiz             |
| Dr. Mariano de Vedia y Mitre  | Dr. José Luis Murature          |
| Dr. Juan José Díaz Arana      | Dr. Rómulo S. Naón              |
| Dr. Manuel María Diez         | Dr. Benito A. Nazar Anchorena   |
| Dr. Luis M. Drago             | Dr. Luis Esteban Negri Pisano   |
| Dr. Mariano J. Drago          | Dr. Manuel Obarrio              |
| Dr. Wenceslao Escalante       | Dr. Pedro Olaechea y Alcorta    |
| Dr. Felipe A. Espil           | Dr. Francisco J. Oliver         |
| Dr. Rómulo Etcheverry Boneo   | Dr. Manuel V. Ordóñez           |
| Dr. José Figueroa Alcorta     | Dr. Alfredo Orgaz               |
| Dr. Horacio P. Fargosi        | Dr. Adolfo Orma                 |
| Dr. Salvador Formeies         | Dr. Alberto G. Padilla          |
| Dr. Vicente C. Gallo          | Dr. Lino E. Palacio             |
| Dr. Guillermo Garbarini Islas | Dr. Jesús H. Paz                |
| Dr. Juan Agustín García       | Dr. José M. Paz Anchorena       |

Dr. Federico Pinedo  
Dr. Norberto Piñero  
Dr. Ángel S. Pizarro  
Dr. Luis Podestá Costa  
Dr. Ernesto Quesada  
Dr. Juan P. Ramos  
Dr. Enrique Ramos Mejía  
Dr. Francisco Ramos Mejía  
Dr. Juan Carlos Rébora  
Dr. Roberto Repetto  
Dr. Manuel Río  
Dr. Marco Aurelio Risolía  
Dr. Horacio C. Rivarola  
Dr. Rodolfo Rivarola  
Dr. Ambrosio Romero Carranza  
Dr. José M. Rosa  
Dr. José María Ruda  
Dr. Enrique Ruiz Guíñazú  
Dr. Isidoro Ruiz Moreno  
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h.)  
Dr. Alejandro Ruza  
Dr. Diego L. Saavedra

Dr. Carlos Saavedra Lamas  
Dr. Antonio Sagarna  
Dr. Raymundo M. Salvat  
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo  
Dr. José Manuel Saravia  
Dr. Juan Silva Riestra  
Dr. Sebastián Soler  
Dr. Juan B. Terán  
Dr. José A. Terry  
Dr. David de Tezanos Pinto  
Dr. Gastón Federico Tobal  
Dr. Ernesto J. Ure  
Dr. Enrique Uriburu  
Dr. Antonio Vázquez Vialard  
Dr. Benjamín Victorica  
Dr. Federico N. Videla Escalada  
Dr. Ernesto Weigel Muñoz  
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes  
Dr. Mauricio Yadarola  
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez  
Dr. Clodomiro Zavalía  
Dr. Estanislao S. Zeballos

## PRÓLOGO

Tengo el agrado y el honor de presentar el tercer volumen de trabajos elaborados en el seno del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Ellos son fruto de la exposición de cada uno de los autores en sendas reuniones del cuerpo en el año 2013, en las que se debatieron con los asistentes y, finalmente, se reflejaron en los estudios contenidos en este volumen.

Se estableció como idea nuclear tratar contratos comerciales. Algunos fueron enfocados teniendo en cuenta las influencias del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en curso de análisis legislativo en aquellos momentos, aun cuando las referencias pueden perfectamente aplicarse respecto del Código Civil y Comercial sancionado posteriormente mediante la ley 26.994; otros nos muestran modernas instituciones o enfoques originales sobre esa temática general. Todos sus autores son estudiosos de prestigio en nuestra materia e integran el Instituto.

Puede observarse que las intervenciones tienen un importante rasgo particular: ya abordan temas poco tratados en nuestro derecho (como el contrato de suministro, la venta con reserva de dominio —en su intersección con los concursos—, el contrato de distribución); ya brindan, en un caso, una interesante visión de un jurista uruguayo sobre el leasing en el mentado proyecto nacional; o afrontan un nuevo alcance de figuras cuya utilización es creciente (el *franchising*, que se regula “ex novo” en el nuevo Código) y, finalmente, presentan un nuevo instituto que puede brindar importantes aportes en la financiación empresarial nacional (El contrato de *crowdfunding* o de financiación colectiva).

Como se advierte, temas todos de gran interés actual en un derecho en constante evolución, cuyos cambios exigen del jurista cada vez mayor información y del publicista una profunda comprensión de la realidad y de lo que ocurre en nuestro país y más allá, en ese “mundo sin fronteras” del conocimiento.

Casualmente, podemos reconocer en nuestra contemporánea “aceleración de la historia”, múltiples facetas que reclaman la atención del estudioso del derecho. No solo son las emanadas de la realidad “efectual”, es



decir, del rápido desarrollo de las novedades en el campo económico, social y político, y sin duda hasta cultural, sino también las que, a veces arrastradas por hechos incontenibles, generan nuevas instituciones jurídicas o variables a la aplicación o interpretación de las ya existentes. El jurista moderno requiere estar atento a todo ello, moviéndose dentro de un cierto "maremágnum" de hechos, normas y valores. La revolución informática beneficia su acceso a las fuentes de conocimiento, pero sus incesantes producción y multiplicidad le exigen un especial espíritu de adaptación, sentido crítico y profundización del análisis, sobre todo de los valores esenciales ínsitos en todo ordenamiento (Bunge y Baumann, entre otros, nos alertan sobre el peligro de la sobrecarga de información, que ahoga la memoria en lugar de alimentarla y estabilizarla).

Hoy se reflexiona sobre los "principios" de los sistemas jurídicos, otorgando importancia sustancial, en su consideración, a los derechos fundamentales emanados de raíces constitucionales y de Convenciones internacionales (en nuestro caso, incorporados a nuestra Constitución Nacional). Su influencia se extiende, incluso a la interpretación de los contratos (Alpa, Collins, entre otros).

Paralelamente aparecen nuevos espacios, fruto también de la evolución social y económica, como lo fueron en su momento el derecho de la competencia, la escuela del "análisis económico del derecho" (*law and economics*), más cerca del consumidor y ahora se propicia un "análisis ecológico del derecho" (Henry en la RTDC francesa, abril-junio 2014).

El Instituto pretende estar a tono con esas modernas llamadas a su atención y espera que este nuevo volumen muestre parte de las inquietudes de sus miembros.

HÉCTOR ALEGRIA

Director del Instituto de Derecho Empresarial  
Academia Nacional de Derecho  
y Ciencias Sociales de Buenos Aires

## RESPONSABILIDAD CIVIL, CONCURSAL Y LABORAL EN LA FRANQUICIA

POR MAURICIO BORETTO<sup>(1)</sup>

### A. INTRODUCCIÓN

A partir del fenómeno de la globalización, el mundo de los contratos ha tenido profundos cambios ante la necesidad de adaptarse a la nueva realidad a través de diferentes figuras negociales, superando los moldes clásicos.

Uno de los problemas de toda empresa, en una economía de mercado, es la necesidad de llegar al público con sus productos o servicios, concretamente, a los consumidores como destinatarios finales; generalizándose, de esta manera, la aparición de grandes centros comerciales y otros modos de comercialización.

Desde una perspectiva, el productor puede llegar al público sin recurrir a una red integrada por terceros por medio de bocas de expendio directa, oficinas de venta, sucursales, *stands*, locales de venta en *shopping centers*, o mediante el llamado *factory*.

Estos acuerdos forman una red de comercialización entre productores y distribuidores de naturaleza contractual en la cual se integran diversas alternativas de venta de productos. Así, se ha dicho<sup>(2)</sup> que en lugar de ejercer directamente el comercio al por menor en nombre propio, el productor instituye redes de venta directa, constituida por los centros de venta o hipermercados funcionalizados en los cuales se reúnen productos similares o por sectores de mercaderías afines.

De tal modo, el productor puede crear una integración vertical para llegar al público y acrecentar su propia competitividad, a cuyo fin se arti-

(1) Instituto de Derecho Empresario, Academia de Derecho de Buenos Aires, Comunicación en la reunión del 21/11/2013.

(2) FARINA, JUAN M., *Contratos comerciales modernos*, Ed. Astrea, 3ª edición, 2005, p. 456.

cula con otras sociedades u organizaciones empresarias que permiten, no solo la distribución de los productos, sino también la configuración de la red de servicios de pos venta.

En esta línea, se pueden citar como ejemplos desde las sucursales o filiales de la propia casa matriz, como así también los denominados *shopping centers*, *factory* e hipermercados.

## B. LA COMERCIALIZACIÓN POR TERCEROS

Los sistemas de fabricación, distribución y comercialización se han modificado muy fuertemente en los últimos tiempos. De un sistema concentrado en un mismo y único sujeto se ha pasado a sistemas de desconcentración, donde participan dos o más sujetos independientes entre sí.

El fabricante siempre necesitó contar con la ayuda de otros sujetos, pero esa colaboración ha ido modificándose a medida que las sociedades se industrializaron y fueron haciéndose más complejas. Primero contó con factores y dependientes; posteriormente con viajantes, comisionistas y despachantes de aduana; hoy, con la colaboración de diversos sujetos con quienes se relaciona a través de nuevas formas contractuales.

El fabricante que comercializa sus productos, que cubre todo el proceso productivo, desde la fabricación a la venta al destinatario final es hoy casi un recuerdo que sólo encuentra similitud, a veces, con el artesano que compra la materia prima, produce, distribuye y vende lo que él mismo ha fabricado.

La noción tradicional de comerciante individual ha sido sustituida por la noción de empresa; estas empresas o sociedades (si es que adoptan un determinado ropaje jurídico) contratan en forma masiva, para amplios mercados, con el objeto de satisfacer las mayores necesidades de la moderna sociedad de consumo.

A su vez, las empresas se agrupan entre sí. Esta agrupación de empresas independientes puede lograrse por métodos *verticales* u *horizontales*.

Los métodos *horizontales* comprenden los convenios que celebran las empresas con el propósito de coordinar sus actividades. Cada empresa mantiene su estructura jurídica propia, sin subordinarse a la otra. Así, la ley 22.903, modificatoria de la ley 19.550, regula los contratos de colaboración empresarial: agrupaciones de colaboración (arts. 367 y sgtes.) y las uniones transitorias de empresa (arts. 377 y sgtes.). En el nuevo Código Civil Unificado estas modalidades están reguladas como contratos asociativos: agrupaciones de colaboración (arts. 1453 a 1462) y uniones transitorias (arts. 1463 a 1469).

Los métodos *verticales*, en cambio, "pueden" implicar una suerte de "posición dominante" de una empresa sobre la otra. Esta posición puede lograrse ejerciendo *control interno* (por ejemplo, una sociedad tiene acciones de otra en número suficiente para asegurar la mayoría en la toma de decisiones); o ejerciendo un *control externo*, a través de vinculaciones inter empresariales que generalmente terminan por establecer dependencia económica. Esta dependencia puede manifestarse por restricciones contractuales impuestas por una sociedad a otra respecto de la distribución de ganancias, el otorgamiento de préstamos, de garantías comerciales, de asistencia técnica, etc.

Los contratos de agencia, concesión, distribución y *franchising* son fruto de estos nuevos fenómenos de comercialización, normalmente —aunque no siempre— en situaciones de dominación. Tienen en común ser instrumentos aptos para permitir la fabricación, comercialización y distribución de los productos contando con la colaboración o cooperación de comerciantes independientes jurídicamente que se vinculan al quehacer económico del productor o fabricante formando una red o cadena.

El nuevo Código Civil Unificado regula esta serie de contratos entre empresas en los que existe una concentración vertical —como señalamos— que implican la prevalencia de una de las partes que impone las condiciones de comercialización a la otra, generalmente, a través de un contrato de adhesión (agencia, concesión y franquicia).

## C. CONTRATO DE FRANCHISING

### 1) Introducción

Este tipo de contratos se utiliza para los más diversos negocios: hotelería, restaurantes, estaciones de servicios, productos alimenticios, institutos de belleza o de adelgazamiento, etc. Son ejemplos, Mac Donald's, Burger King, Pumper Nic, Pizza Hut, Delicity; las cadenas de hoteles Hyatt, Milton, Sheraton; artículos de perfumería como Martha Harft. Tal vez, la primera franquicia argentina fue Bonafide.

Se trata, esencialmente, de un sistema de comercialización. Implica la reproducción de un negocio exitoso; una suerte de "clonación" de un negocio ya probado. Para ampliar las ventas en el mercado, uno de los modos tradicionales utilizado por las empresas era, por ejemplo, establecer una sucursal; el nuevo método implica la transferencia del know how, del cómo hacer del negocio, de modo de repetir el éxito ya conocido a una empresa independiente. La empresa productora tiene ventajas, desde que no debe hacer inversiones; la franquiciada también, pues no corre el riesgo de que el negocio sea o no aceptado por el público.

El objetivo inmediato del contrato es mejorar la inserción de las partes en el mercado; el mediato, es obtener una mayor porción del mercado.

El tipo de comercialización se ha descrito como un sistema de distribución utilizado por empresas legalmente independientes y con una organización vertical, basado en una relación contractual permanente. Esta organización aparece en el mercado con un formato uniforme, y se caracteriza por un programa que divide las tareas entre las diferentes partes, así como también por un sistema de instrucciones y de controles que aseguren el cumplimiento del sistema del franquiciado.

## 2) Antecedentes

El *franchising* como modelo análogo al hoy existente comenzó en los EEUU en 1850, con Singer Sewing Machine, luego de la guerra civil norteamericana, con una empresa que creó una cadena de distribución y venta de máquinas de coser. La expansión llegó recién en 1930, con la cadena hotelera Howard Johnson, y el llamado *boom* del *franchising* apareció en 1960. También se señala la finalización de la Segunda Guerra Mundial como hito importante en el desarrollo del contrato: muchos ex-combatientes volvieron a casa y recibieron una suma aproximada de 20.000 dólares (cantidad cuyo valor adquisitivo era superior al actual) por sus servicios bélicos. Sin grandes posibilidades de reinsertarse laboral o socialmente, muchos de ellos avizoraron en el *franchising* la posibilidad de convertirse en un "*self made man*", paradigma del espíritu norteamericano. Se suele citar como ejemplo a Ray Kroc, un vendedor de batidoras, que en 1954 se dirigió a California y se contactó con Dick y Mac Donald; allí advirtió que era más prometedor dedicarse a pulir y expandir el negocio de las comidas rápidas que dedicarse a la venta de batidoras. Apareció así la franquicia Mac Donald's; a la que siguieron luego Burger King, Sheraton, etc.

## 3) Falta de regulación legal. La preocupación de la doctrina

La Argentina carece de legislación específica que regule este contrato, pero el *franchising* ha sido objeto de estudio por la doctrina en numerosos congresos y jornadas.

La regulación del contrato ha quedado esencialmente emplazada en el art. 1197 Cód. Civil. Sin embargo, dadas las características de este tipo de comercialización, existe todo un conjunto de normas que deben ser tenidas en cuenta, tales como las relativas a transmisión de tecnología, derechos intelectuales, marcas o patentes, locaciones comerciales, giros de divisas de moneda extranjera, formas societarias, propiedad para extranjeros, legislación fiscal y laboral, responsabilidad por productos defectuosos, quiebra, etc.

## 4) Concepto

El contrato de *franchising* o franquicia comercial ha sido conceptualizado como la "concesión de una marca o productos o de servicios, a la cual se agrega la concesión de un conjunto de métodos y medios propios que permiten a la empresa concesionaria asegurar la explotación racional de la concesión y administrar el fondo de comercio que la soporta, en las mejores condiciones de rentabilidad para él mismo y para el concedente"<sup>(3)</sup>.

Otros lo definen como el contrato por el cual "una persona denominada *franchisé* o franquiciado, es autorizada para comercializar productos o servicios bajo la marca, según el *know how* (*savoir faire*) y las directivas del *franchiseur* (franquiciante o concedente) con el objeto de reiterar el éxito comercial de éste último".

Aparecen, pues, dos sujetos: (I) el franquiciante (*franchiseur*) y (II) el franquiciado (*franchisé*, en francés, *franchisee*, en inglés).

La jurisprudencia francesa enseña que en este tipo de contratos, el *know how* que el franquiciante transmite debe ser práctico y probado, original, en desarrollo constante, y fácilmente transmisible.

El franquiciado debe seguir estrictamente las instrucciones del franquiciante sobre la producción, comercialización y administración del producto o servicio. Él sacrifica su independencia económica y técnica, pero en aras de la seguridad económica que le proporciona reeditar un negocio conocido y suficientemente probado.

Aunque el franquiciado asume a su exclusivo costo y riesgo la instalación y puesta en marcha del negocio, y en este sentido es independiente, normalmente, existe una posición dominante del franquiciante sobre el franquiciado; para algunos autores esa posición dominante produce subordinación jurídica indirecta, pues el franquiciante dirige la actividad del franquiciado a través de controles previstos en el contrato de franquicia. En la mayoría de los casos hay subordinación técnica (manuales de operaciones, previsiones expresas, patentes, etc.) y económica (disparidad patrimonial evidente y diferencia esencial en el poder negociador de las partes).

## 5) Otras características económico-jurídicas

- **Independencia de las partes.** No hay acuerdo sobre esta característica desde que, como se ha señalado, este contrato puede producir subordinación jurídica indirecta, técnica y económica.

(3) GUYENOT, JEAN, *Les contrats du concession commerciale*, Sirey, París, 1968.

En efecto, en la franquicia el dador cede un procedimiento exitoso, una marca, imagen, autorizando al tomador a actuar como si fuera él mismo. Por su parte, el tomador cede su derecho a planificar un negocio, puesto que el dador toma las decisiones principales en materia de planificación estratégica y táctica del negocio. Por ello, es lógico que quien deja que otro actúe como si fuera él mismo pretenda un fuerte control sobre la actividad del autorizado; de allí que la franquicia presenta un manual operativo muy detallado sobre la conducta a seguir y un control muy fuerte sobre toda la actividad del tomador<sup>(4)</sup>, quien ve severamente recortada su autonomía. Por ejemplo, el control se exterioriza en varios aspectos tales como autorizar la apertura de un establecimiento, el diseño del local, fijación de horarios comerciales, utilización de técnicas de producción o comercialización, las prácticas y sistemas contables, la política de personal, el libre acceso a la contabilidad. La fiscalización también puede alcanzar al cumplimiento de obligaciones fiscales, laborales, normas de calidad, equilibrio económico y financiero por parte del franquiciado.

Más aún, se ha dicho que el control en la franquicia es un elemento caracterizante de la figura, constituyendo "un concepto jurídico indeterminado y de concreción tópica, y que implica necesariamente la existencia de una dirección técnica comercial, e incluso la posible incursión en auténticas funciones de administración o dirección empresarial en sentido propio, al admitir su extensión a aspectos como la política financiera, de personal o el derecho de establecimiento de la empresa franquiciada y ello es un elemento decisivo para conseguir un elevado nivel de integración entre las partes"<sup>(5)</sup>.

- **Inversión mínima para el franquiciante.**

- **La clientela es atraída por la notoriedad de la marca con prestigio entre el público.** Tienen un formato uniforme porque el franquiciante transmite colores, logotipos, formatos, ubicaciones, etc. No obstante, la uniformidad presenta algunas excepciones cuando se intenta adecuar la cadena a la idiosincrasia de cada país; así, Mac Donald's ha incorporado postres y helados con dulce de leche, empanadas, elementos típicos en nuestro país, pero totalmente desconocidos en otros.

- **Asistencia permanente entre franquiciante y franquiciado.** El franquiciante asesora al franquiciado para elegir el lugar de explotación de la franquicia, le puede prestar asistencia financiera para comprar o para

(4) LORENZETTI, RICARDO L., *Tratado de los contratos*, t. 1, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 666.

(5) ECHEBARRÍA SÉNZ, JOSEBA A., *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 28.

remodelar el local (sistema utilizado especialmente para franquicias de estaciones de servicio), eq1tc. A su vez, el franquiciado presta otro tipo de información; por ej., originariamente, Mac Donald's no servía desayunos, pero por consejo de los franquiciados comenzaron a brindarlos.

- **Poder negociador a favor de los franquiciados frente a proveedores y entidades financieras.** En los comienzos de la difusión de las franquicias en nuestro país, muchos franquiciados preferían ser considerados gerentes de una marca conocida y no dueños de una empresa desde que ser seleccionado como franquiciado de determinadas franquicias otorga un grado de seguridad de solvencia.

## 6) Cláusulas usuales

Generalmente, estos contratos contienen cláusulas relativas a:

- Exclusividad territorial dentro de una determinada zona.
- Posibilidad o no de subfranquicias
- Duración del contrato
- Mínimo de ventas
- Fijación de los precios
- Capacitación del franquiciado, y provisión de los manuales respectivos, etc.
- Provisión de sistemas computarizados de mantenimiento y seguimiento de stocks e inventarios.

## 7) Obligaciones del franquiciado (*franchisee*)

El franquiciado suele asumir las siguientes obligaciones:

- Pagar una regalía periódica (*royalty*), además de una tasa inicial, por el derecho a utilizar la franquicia.
- Aceptar el sistema contable del franquiciante; esta obligación deviene de que él paga un porcentaje sobre ventas, por lo que debe permitir el control.
- Cumplir con todo lo exigido en los respectivos manuales, y con las disposiciones municipales y reglamentarias.
- Aceptar las instrucciones dadas sobre el modo de manejar la clientela, la publicidad, el flujo de información del mercado, los cambios tecnológicos, etc.

## 8) Obligaciones del franquiciante

Pesan sobre el franquiciante, entre otros, los siguientes deberes:

- Otorgar al franquiciado el uso de la propiedad industrial;
- Proporcionarle entrenamiento.
- Mantener una conducta activa, de modo de seguir desarrollando el sistema constantemente.

### D. LA FRANQUICIA EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL (DECRETO 191/2011)

Como hemos visto, el *contrato de franquicia* ha tenido una amplia difusión en la práctica y ha sido regulado por el nuevo Código Civil (decreto n° 191/2012).

El Derecho comparado, especialmente las leyes estatales<sup>(6)</sup> en Estados Unidos de América<sup>(7)</sup> y los reglamentos de la ex-Comunidad Económica Europea (CEE 4087/88, 556/89, y 2349/84, en lo pertinente), son antecedentes de relevante importancia para el tratamiento legislativo del tema en nuestro país.

Merece destacarse también la Ley Modelo sobre la divulgación de la información en materia de franquicia de UNIDROIT (Roma, 2007) y una propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución elaborada por la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia de España en diciembre de 2005 y publicada en el Boletín número 2006 del Ministerio de Justicia en febrero de 2006.

En la regulación particular del contrato se destaca la vinculación de la franquicia con un sistema probado bajo un nombre comercial o marca del franquiciante, que es el centro de la razón económica del contrato.

Siguiendo la jurisprudencia argentina<sup>(8)</sup>, parte de la doctrina nacional y el derecho foráneo, se consagra la independencia de ambas partes y,

(6) Es el caso, por ejemplo, de la legislación de los estados de Kentucky, Nebraska, Michigan, Utah y Texas.

(7) Además existen dos leyes federales sobre franquicias: la *Petroleum Marketing Practices Act* (esta fue sancionada por el Congreso norteamericano en junio de 1978) y la *Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunities Ventures o Full Disclosure Rule* (esta última es obra de la Comisión Federal de Comercio y entró en vigor el 21 de octubre de 1979).

(8) Conf. CSJN, 15/04/93, "Rodríguez, Juan R. c. Cía. Embotelladora Argentina S.A. y otro", JA, 1993-II-718; id., 2/7/93, "Luna c. Agencia Marítima Rigal", DT, 1993-B-1407; id., 25/06/96, "Sandoval c. Compañía Embotelladora Argentina", JA, 1995-IV-97.

consecuentemente, la no transmisión al franquiciante de las obligaciones del franquiciado ni la relación con sus dependientes; haciendo, sí, responsable al franquiciante por los defectos o vicios del diseño del sistema.

La regulación propuesta por la Comisión de reformas es, en lo sustancial, la siguiente.

Se define el contrato como aquél en el cual una parte, denominada franquiciante, otorga a otra, llamada franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o la marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos<sup>(9)</sup> y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta<sup>(10)</sup> del franquiciado (art. 1512).

Se aclara, a todo evento, que el franquiciante:

(9) El artículo 1513 aclara qué debe entenderse por sistema de negocios. En tal sentido, expresa que es el conjunto de conocimientos prácticos y la experiencia acumulada por el franquiciante, no patentado, que ha sido debidamente probado, secreto, sustancial y transmisible. Es secreto cuando en su conjunto o la configuración de sus componentes no es generalmente conocida o fácilmente accesible. Es sustancial cuando la información que contiene es relevante para la venta o prestación de servicios y permite al franquiciado prestar sus servicios o vender los productos conforme con el sistema de negocios. Es transmisible cuando su descripción es suficiente para permitir al franquiciado desarrollar su negocio de conformidad a las pautas creadas o desarrolladas por el franquiciante.

(10) Se ha dicho con razón: "Se alude a 'prestación directa o indirecta', pero sin brindar los alcances de la noción (lo cual sería conceptualmente razonable si se brindara tales alcances). En toda la regulación de la franquicia (y en todo el proyecto) no se alude a la noción de 'prestación indirecta', lo cual deja un amplio margen de especulación (...) Por ello no surge de manera clara si puede haber un contrato de franquicia sin prestación alguna (o si el concepto de prestación indirecta incluye tales ideas) en el que la única intención del franquiciante sea dar a conocer o promocionar su marca en otros mercados o en el que su interés derive de la ganancia de la venta de los productos mediante las actividades del franquiciado. Pese a la ausencia de prestaciones directas (o incluso indirectas), la práctica contractual de la franquicia hasta el presente claramente incluye en aquellos supuestos en los que exista un procedimiento reproducible bajo alguna marca o designación comercial común. Debe recordarse, asimismo, que el contrato de franquicia es un contrato complejo que incluye en su seno muchas estipulaciones contractuales, tales como la provisión de productos o servicios, asesoramiento técnico, contable o financiero, *pool* de publicidad, capacitación de empleados y proveedores, etc., y por ello es muy difícil establecer de manera taxativa qué se entiende por prestación indirecta" (MOLINA SANDOVAL, CARLOS, "Franquicia" en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2012, pág. 725).

- (i) debe ser titular exclusivo del conjunto de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás comprendidos en el sistema bajo franquicia; o, en su caso, tener derecho a su utilización y transmisión al franquiciado en los términos del contrato
- (ii) no puede tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado<sup>(11)</sup>.

Son obligaciones del franquiciante (art. 1514):

- a) proporcionar, con antelación a la firma del contrato, información económica y financiera sobre la evolución de dos años de unidades similares a la ofrecida en franquicia, que hayan operado un tiempo suficiente, en el país o en el extranjero;
- b) comunicar al franquiciado el conjunto de conocimientos técnicos, aun cuando no estén patentados, derivados de la experiencia del franquiciante y comprobados por éste como aptos para producir los efectos del sistema franquiciado;
- c) entregar al franquiciado un manual de operaciones con las especificaciones útiles para desarrollar la actividad prevista en el contrato;
- d) proveer asistencia técnica para la mejor operatividad de la franquicia durante la vigencia del contrato;
- e) si la franquicia comprende la provisión de bienes o servicios a cargo del franquiciante o de terceros designados por él, asegurar esa provisión en cantidades adecuadas y a precios razonables, según usos y costumbres comerciales locales o internacionales;
- f) defender y proteger el uso por el franquiciado, en las condiciones del contrato, de los derechos referidos en el artículo 1512. Sin perjuicio de ello:
  - en las franquicias internacionales esa defensa está contractualmente a cargo del franquiciado, a cuyo efecto debe ser especialmente apoderado sin perjuicio de la obligación del franquiciante de poner a

(11) Es decir, se prohibiría el desarrollo de la franquicia en el marco de una relación de control interno —societario— entre franquiciante y franquiciado. No estaría prohibido el control externo. Según el artículo 33 de la ley 19.550: "Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada: 1. Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias y 2. Ejercer una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades".

disposición del franquiciado, en tiempo propio, la documentación y demás elementos necesarios para ese cometido;

- en cualquier caso, el franquiciado está facultado para intervenir como interesado coadyuvante, en defensa de tales derechos, en las instancias administrativas o judiciales correspondientes, por las vías admitidas por la ley procesal, y en la medida que ésta lo permita.

Se consagran también las obligaciones del franquiciado (art. 1515):

- a) desarrollar efectivamente la actividad comprendida en la franquicia, cumplir las especificaciones del manual de operaciones y las que el franquiciante le comunique en cumplimiento de su deber de asistencia técnica;
- b) proporcionar las informaciones que razonablemente requiera el franquiciante para el conocimiento del desarrollo de la actividad y facilitar las inspecciones que se hayan pactado o que sean adecuadas al objeto de la franquicia;
- c) abstenerse de actos que puedan poner en riesgo la identificación o el prestigio del sistema de franquicia que integra o de los derechos mencionados en el artículo 1512, segundo párrafo y cooperar, en su caso, en la protección de esos derechos;
- d) mantener la confidencialidad de la información reservada que integra el conjunto de conocimientos técnicos transmitidos y asegurar esa confidencialidad respecto de las personas, dependientes o no, a las que deban comunicarse para el desarrollo de las actividades. Esta obligación subsiste después de la expiración del contrato;
- e) cumplir con las contraprestaciones comprometidas, entre las que pueden pactarse contribuciones para el desarrollo del mercado o de las tecnologías vinculadas a la franquicia.

En cuanto al plazo de duración del contrato el artículo 1516 dice que es aplicable el artículo 1506, primer párrafo (4 años)<sup>(12)</sup>.

(12) Una situación particular se plantea con la franquicia de desarrollo, que es aquella en virtud de la cual el franquiciante otorga a un franquiciado denominado desarrollador el derecho a abrir múltiples negocios franquiciados bajo el sistema, método y marca del franquiciante en una región o en el país durante un término prolongado no menor a CINCO (5) años, y en el que todos los locales o negocios que se abren dependen o están controlados, en caso de que se constituyan como sociedades, por el desarrollador, sin que éste tenga el derecho de ceder su posición como tal o subfranquiciar, sin el consentimiento del franquiciante.

Continua diciendo el artículo 1516 que, sin embargo, un plazo inferior puede ser pactado si se corresponde con situaciones especiales como ferias o congresos, actividades desarrolladas dentro de predios o emprendimientos que tienen prevista una duración inferior, o similares. Al vencimiento del plazo, el contrato se entiende prorrogado tácitamente por plazos sucesivos de un año, excepto expresa denuncia de una de las partes antes de cada vencimiento con treinta días de antelación. A la segunda renovación, se transforma en contrato por tiempo indeterminado.

Se aclara también que las franquicias son exclusivas para ambas partes (art. 1517). De esta manera, el franquiciante no puede autorizar otra unidad de franquicia en el mismo territorio, excepto con el consentimiento del franquiciado. El franquiciado debe desempeñarse en los locales indicados, dentro del territorio concedido o, en su defecto, en su zona de influencia, y no puede operar por sí o por interpósita persona unidades de franquicia o actividades que sean competitivas. Las partes pueden limitar o excluir la exclusividad.

Asimismo, excepto pacto en contrario (art. 1518):

a) el franquiciado no puede ceder su posición contractual ni los derechos que emergen del contrato mientras está vigente, excepto los de contenido dinerario. Esta disposición no se aplica en los contratos de franquicia mayorista<sup>(13)</sup> destinados a que el franquiciado otorgue a su vez subfranquicias, a esos efectos. En tales supuestos, debe contar con la autorización previa del franquiciante para otorgar subfranquicias en las condiciones que pacten entre el franquiciante y el franquiciado principal;

b) el franquiciante no puede comercializar directamente con los terceros, mercaderías o servicios comprendidos en la franquicia dentro del territorio o zona de influencia del franquiciado;

c) el derecho a la clientela corresponde al franquiciante. El franquiciado no puede mudar la ubicación de sus locales de atención o fabricación.

Por su parte, se declaran nulas (art. 1519) las cláusulas que prohíban al franquiciado:

a) cuestionar justificadamente los derechos del franquiciante mencionado en el artículo 1512, segundo párrafo;

(13) Franquicia mayorista es aquella en virtud de la cual el franquiciante otorga a una persona física o jurídica un territorio o ámbito de actuación nacional o regional o provincial con derecho de nombrar subfranquiciados, el uso de sus marcas y sistema de franquicias bajo contraprestaciones específicas (art. 1513).

b) adquirir mercaderías comprendidas en la franquicia de otros franquiciados dentro del país, siempre que éstos respondan a las calidades y características contractuales;

c) reunirse o establecer vínculos no económicos con otros franquiciados.

Respecto a la responsabilidad del franquiciante por los hechos del franquiciado, se aclara (art. 1520) que las partes del contrato son independientes y no existe relación laboral entre ellas.

En consecuencia:

a) el franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado, excepto disposición legal expresa en contrario;

b) los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral;

c) el franquiciante no responde ante el franquiciado por la rentabilidad del sistema otorgado en franquicia.

Coherente con lo anterior, el franquiciado debe indicar claramente su calidad de persona independiente en sus facturas, contratos y demás documentos comerciales; esta obligación no debe interferir en la identidad común de la red franquiciada, en particular en sus nombres o rótulos comunes y en la presentación uniforme de sus locales, mercaderías o medios de transporte.

Sin embargo, el franquiciante sí responde por los defectos de diseño del sistema, que causan daños probados al franquiciado, no ocasionados por la negligencia grave o el dolo de este último (art. 1521).

Finalmente, el artículo 1522 regula la extinción del contrato de franquicia que se rige por las siguientes reglas:

a) el contrato se extingue por la muerte o incapacidad de cualquiera de las partes;

b) el contrato no puede ser extinguido sin justa causa dentro del plazo de su vigencia original, pactado entre las partes. Se aplican los artículos 1084 y siguientes<sup>(14)</sup>;

(14) ARTÍCULO 1084.— Configuración del incumplimiento. A los fines de la resolución, el incumplimiento debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato. Se considera que es esencial cuando: a. el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato; b. el cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del mantenimiento del interés del acreedor; c. el incumpli-

que ha incurrido el franquiciado ante terceros (consumidores o no)?

(ii) Desde la óptica laboral:

a. ¿Debe responder el franquiciante por las deudas laborales y de la seguridad social del franquiciado?

(iii) Desde la óptica concursal:

a. ¿En caso de quiebra del franquiciado, se extiende la quiebra al franquiciante?

b. ¿En caso de quiebra del franquiciado, debe responder el franquiciante ante los acreedores del franquiciado, por haber provocado o facilitado o agravado la insolvencia del tomador de la franquicia?

Debemos ser muy cuidadosos al contestar estos interrogantes pues, según la solución a la cual arribemos, podemos desalentar la utilización de este contrato (y también la concesión, agencia y distribución) por las implicancias que puede tener para el franquiciante (o concedente o comitente o distribuido) el hecho de juzgar su conducta con gran severidad.

Como dijo la Corte Suprema de Justicia de nuestro país en el precedente "Rodríguez, Juan c. Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro" <sup>(16)</sup>: (...) *la finalidad económica de la franquicia comercial se frustraría si el derecho aplicable responsabilizara sin más a los concedentes por las deudas laborales de la concesionarias, con perjuicio para la economía nacional por las indudables repercusiones que ello tendría en las inversiones, en contratos de este tipo. Esta Corte no puede omitir la consideración de estas circunstancias pues como reiteradamente ha juzgado no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma (fallos 302:1284 (...)).*

*la unificación de los ámbitos de responsabilidad y una regulación especial para el cumplimiento de la prestación comprometida mediante un contrato. En la propuesta que se hace, se distingue, la problemática del incumplimiento y su ejecución, regulada en el campo de las obligaciones y contratos, de los demás aspectos, que se incluyen en la responsabilidad por daños".*

(16) JA, 1993-II-718. En esta oportunidad, el máximo Tribunal de la República dejó sin efecto la sentencia que había hecho extensiva a la co-demandada —Pepsi Cola Argentina S.A.— la responsabilidad laboral de Cía. Embotelladora Argentina S.A. (quien se encargaba de la venta y distribución de bebidas).

Más aún, proponemos un análisis "económico" de la responsabilidad del franquiciante en los diversos aspectos por cuanto, creemos, que con este particular tipo de análisis los operadores jurídicos pueden repensar las funciones de las instituciones jurídicas desde la realidad, apreciando especialmente cuáles son las consecuencias que una norma o decisión judicial producen en la sociedad y sus individuos.

**e.1.) Responsabilidad civil: ¿Debe responder el franquiciante por los daños extracontractuales causados o por los incumplimientos contractuales en que ha incurrido el franquiciado ante terceros (consumidores o no)?**

En principio, la relación jurídica —contractual o extracontractual— entre el franquiciado y los terceros es ajena a la que se establece entre dador y tomador de la franquicia.

En efecto, el franquiciado actúa a nombre propio y no es mandatario ni representante del franquiciante. Por lo tanto, las vicisitudes de las relaciones jurídicas entre franquiciado y terceros, especialmente las de carácter convencional, son *res inter alios acta* para el franquiciante; quien se erige en un "tercero ajeno" que no puede ser alcanzado por las consecuencias derivadas de aquellas.

Así las cosas, como regla, el franquiciante no responde por los incumplimientos contractuales del franquiciado (art. 1195, Cód. Civil y arts. 1021 y 1022, nuevo Código Civil) respecto de terceros co-contratantes de éste y que no sean *consumidores*.

Por ejemplo, el franquiciado compró carne —para preparar las hamburguesas que vende en su negocio— al establecimiento comercial que le indicó el franquiciante (según el manual operativo) y no paga el precio correspondiente a dicha compra de mercadería. Como dijimos, el co-contratante que le vendió la carne solo podrá demandar al franquiciado con quien entabló la relación contractual mercantil y no podrá hacerlo contra el franquiciante, quien no es parte de dicho contrato comercial.

Por ello es importante que el franquiciado indique claramente su calidad de persona independiente en sus facturas, contratos y demás documentos comerciales (art. 1520, nuevo Cód. Civil)

En cambio, ¿Qué pasará si quien resulta lesionado por la conducta del franquiciado es un cliente del restaurante que termina intoxicado con la comida que injirió en el mismo?

En este caso, la solución cambia pues estamos en presencia de un contrato de consumo celebrado entre franquiciado y cliente (art. 1, ley 24.240 y art. 1093, nuevo Cód. Civil). Consecuentemente, se activa el artículo 40



de la ley 24.240 y, además de responder el “franquiciado-vendedor” del producto en mal estado, lo hará el franquiciante en tanto “puso su marca en la cosa o servicio” cuyo vicio o riesgo causaron el daño.

El dador de la franquicia, si bien no es parte del contrato de consumo, si lo es de la relación de consumo, noción más amplia acorde con nuestra Constitución Nacional (art. 42); ostentando el franquiciante la calidad de “proveedor” según el artículo 2 de la citada ley de consumo<sup>(17)</sup>, creando a su vez una situación de “aparición jurídica” o de “identidad común” junto con el tomador de la franquicia dentro de la red franquiciada.

Finalmente, podemos plantear —quizás con carácter de excepción— un supuesto poco frecuente pero no imposible.

Que ocurrirá si el franquiciado de la red de franquicia titular de la marca “A” incurre en actos que desprestigian la imagen y/o la marca de otra franquicia titular de la marca “B”, con la cual compite en el mercado. El titular de la marca de la franquicia “B” afectado —que en este caso no es un consumidor— sin duda podrá reclamar el cese de tal conducta y el resarcimiento de los daños respectivos contra el franquiciado autor de la conducta ilícita.

Este no es el enigma a develar. La cuestión a saber es si el franquiciante de la marca “B” afectado: ¿Podrá dirigirse también contra el franquiciante de la marca “A” por los hechos de su franquiciado?

Para dilucidar si el franquiciante debe responder por los hechos del franquiciado, se han ensayado —en general— diversas teorías que pueden ayudarnos a contestar nuestro interrogante.

Creemos importante citarlas por cuanto la responsabilidad del franquiciante por los hechos de su franquiciado es explicada desde la óptica de la normativa civil, al no ser aplicable la ley 24.240 en tanto y en cuanto —como ocurre en nuestro ejemplo— el afectado no es un consumidor.

#### • Tesis de la irresponsabilidad

Se ha explicado en tal sentido que la autonomía es esencial al contrato de franquicia. Si hay franquicia hay independencia. El franquiciado

(17) “Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley”.

actúa a su propio nombre y riesgo: consecuentemente asume todos los riesgos frente a terceros<sup>(18)</sup>.

#### • Tesis de la dependencia civil<sup>(19)</sup>

Desde esta óptica se ha dicho que el control externo ejercido por el franquiciante crea generalmente una relación de subordinación técnica muy cercana a la dependencia que justificaría la responsabilidad vicaria<sup>(20)</sup>; destacándose, sin embargo, que el dador de la franquicia *no responde si no ha tenido ninguna posibilidad de contralor*<sup>(21)</sup>.

(18) MARZORATI, OSVALDO, *Sistemas de distribución comercial*, Ed. Astrea, Bs. As., 1992.

(19) La dependencia civil consiste en la posibilidad de dar órdenes o instrucciones acerca de la manera como deben cumplirse las funciones que se realizan en interés de quien da esas órdenes o instrucciones; se traduce en la facultad de dirigir, vigilar, intervenir en la conducta de otro; requiere dos personas ligadas por una relación jerárquica, una con derecho a mandar y otra con deber de obedecer. No es necesario que efectivamente se haya impartido alguna orden, sino que “pueda haberse hecho”; hay que atenerse a la existencia de la autoridad y no al ejercicio de ella. Mas, la facultad de dar órdenes, por sí sola, no es suficiente para la configuración de la dependencia; es necesario que la función encomendada satisfaga el interés de quien puede darlas; por eso, el capataz de los obreros de una cuadrilla no es comitente o principal pues las funciones no se cumplen en su interés sino en el del empleador; el sargento que manda a los soldados tampoco reviste tal calidad, pues imparte órdenes en el interés de la fuerza, y no en el suyo personal. La relación de ‘dependencia civil’ no se identifica con la subordinación laboral. A los efectos de la dependencia civil es irrelevante que el trabajo sea ocasional, transitorio o permanente, y que el dependiente reciba o no remuneración. No es necesario que exista subordinación económica ni social, ni que el dependiente haya sido designado por el comitente; es indiferente que el dependiente esté vinculado al comitente por un contrato, pues es suficiente que el encargo derive de una situación de hecho (por ejemplo, un amigo, que durante la ausencia del propietario del inmueble, realiza una reparación causando daños al vecino). No impide la existencia de subordinación la circunstancia de que el cumplimiento de la función requiera en el dependiente conocimientos especiales que el comitente no posee (por ejemplo, el dueño de una clínica privada no deja de ser principal de los médicos cirujanos que prestan sus servicios en ella por la circunstancia de no saber operar).

(20) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *Daños causados por los dependientes*, Hammurabi, Bs. As., 1992.

(21) Para determinar cuándo una persona actúa como dependiente y, consecuentemente compromete la responsabilidad del principal, es uno de los problemas centrales de esta responsabilidad por el hecho de otro. Se enumeran las principales teorías, de la más restrictiva (perjudicial a la víctima), a la más extensa (beneficiosa para la víctima) y se concluye con la que se estima más justa: 1) Según una tesis antigua, prácticamente abandonada, es necesario que el hecho del dependiente haya sido cometido en ejercicio de las funciones encomendadas, es decir, el daño debe haberse producido desempeñando la labor ordenada y no otra. Por ejemplo,

### • Tesis de la apariencia jurídica

Hay quienes entienden que el fundamento de la responsabilidad radica en la apariencia jurídica creada frente a los terceros, de quien pone la marca en un producto y crea una expectativa. Este aserto va complementado con el argumento según el cual el riesgo provecho que obtiene quien generó esa apariencia también actúa como fundamento mediato de la imputación<sup>(22)</sup>.

no existe responsabilidad del comitente si se ordenó al dependiente podar la viña y el daño se produjo porque éste decidió quemar malezas y el fuego se extendió en terreno del vecino. Sí responde, en cambio, si el daño fue causado con motivo de la poda de las malezas; 2) En una visión más aperturista, además del caso anterior, hay responsabilidad para el comitente cuando los daños se han producido durante el ejercicio abusivo o aparente de la función encomendada. No es necesario acreditar que el hecho dañoso pertenezca realmente a la función; basta que se encuentre aparentemente dentro de ella. Por ejemplo, el chofer de un vehículo oficial que se desvía del recorrido para efectuar en el trayecto una gestión particular y causa un daño, compromete la responsabilidad del comitente, pues el perjuicio se ha producido cuando el subordinado abusaba de sus funciones. Aplicando esta tesis al ejemplo de la quema de malezas, existe responsabilidad del comitente, pues es una tarea que aparentemente está comprendida en las funciones del obrero rural, aunque en el caso se lo hubiese prohibido expresamente; 3) Para una tercera teoría, el principal responde por los daños causados por el dependiente con motivo de las funciones encargadas; es decir, cuando existe una relación de medio a fin entre la función y el daño, de modo que sin función no hubiese habido daño. Por ejemplo, el comitente responde de las lesiones producidas por el conductor de un ómnibus que golpea a quien pretendía subir el coche luego de un altercado originado en la función pues de no haber sido chofer, el daño no se habría producido. Con este criterio también existe responsabilidad en los ejemplos proporcionados anteriormente, pues de no haber sido empleado del patrón, el autor no hubiera podido quemar las malezas de ese campo, ni haber utilizado el automóvil oficial para una gestión particular; 4) Para otra tesis, se extiende la responsabilidad del principal aún a aquellos daños que se causan en ocasión de las funciones; se entiende por tales aquellos en que la función ha brindado la oportunidad o ha facilitado notoriamente el acaecimiento del perjuicio, aun cuando no puede afirmarse que la función sea su causa adecuada. Por ejemplo, para esta tesis el Estado debe responder si un agente de policía, con el arma de la repartición, que tiene obligación de portar, dispara y hiere a un hombre, amante de su esposa; se afirma que en estos casos, la función ha sido una mera ocasión pues, el marido engañado hubiera matado a la víctima en cualquier otra circunstancia y 5) Para una última postura, el comitente es responsable siempre que el hecho ilícito tenga una razonable vinculación con las tareas. La ventaja de esta postura consiste en proporcionar al juez una fórmula que no es cerrada, y que le permite dictar una resolución justa, de acuerdo con las circunstancias del caso.

(22) ALTERINI, ATILIO, "Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza" en VV.AA., *Derecho de daños*, segunda parte, homenaje a Félix Trigo Represas, Ed. La Rocca, Bs. As., 1993, pág. 539.

### • Conclusión

Conforme los argumentos expuestos por cada una de estas teorías y, según nos enrolemos en cualesquiera de ellas, podremos hallar una respuesta a nuestro interrogante que nos permita concluir si el franquiciante responde (o no) por los hechos de su franquiciado en el contexto que hemos desarrollado en el último interrogante planteado.

### e.2) Responsabilidad laboral: ¿El franquiciante debe responder por las deudas laborales del franquiciado?

Con anterioridad al Proyecto de reformas al Código Civil unificado con el Código de Comercio (decreto n° 191/2011, la Corte Federal se pronunció sobre el tema en el precedente "Rodríguez, Juan c. Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro"<sup>(23)</sup>. Estableció como regla que el artículo 30 L.C.T.<sup>(24)</sup> -que reglamenta la responsabilidad de los empresarios en los casos de subcontratación y delegación frente a los dependientes de los contratistas- no es aplicable *"toda vez que un empresario suministre a otro un producto determinado, desligándose expresamente de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución. Este efecto se logra en la práctica comercial por los contratos de concesión, distribución, franquicia y otros que permiten a los fabricantes o, en su caso, a los concedentes de una franquicia comercial, vincularse exclusivamente con una empresa determinada sin contraer riesgo crediticio alguno por las actividades de esta última, que actúa en nombre propio y a su riesgo (...) en los contratos de concesión, distribución y los demás mencionados, la actividad normal del fabricante o concedente excluye los etapas realizadas por el distribuidor o concesionario, por lo que no existe contratación de servicios en los términos de la L.C.T., artículo 30"*.

Coherente con esta solución, el nuevo Código Civil resuelve que las partes del contrato son independientes y no existe relación laboral entre ellas (art. 1520). En consecuencia (...) *los dependientes del franquiciado*

(23) JA, 1993-II-718.

(24) "Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitados a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social. El incumplimiento de alguno de los requisitos hará responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social".

*no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral.*

De esta manera, queda claro que el contrato de franquicia no se encuentra comprendido en el art. 30, L.C.T..

En efecto, "(...) El franquiciante no contrata un *trabajo o servicio correspondiente a la actividad de su establecimiento*, ya que la actividad del franquiciado se desarrollará en *otro* establecimiento, con autonomía. Son sujetos (partes) independientes. El *franchisor* solamente le proporciona su marca, sus técnicas de producción, su *know-how*, en una palabra, su "plan negocial", y el franquiciado contratará los trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica del establecimiento. Justamente, el franquiciante celebra un contrato de *franchising*, y no otro contrato, para que el propio franquiciado contrate los trabajos o servicios que correspondan a la actividad de su propio establecimiento. De otro modo, le sería más conveniente contratar —como empleador— directamente el personal que desarrollará tareas en el establecimiento del franquiciado, pues tendría un control más directo sobre todas las obligaciones emergentes del contrato de trabajo. Solución incompatible con la franquicia" <sup>(25)</sup>.

Obviamente, quedan a salvo aquellos casos donde existe fraude laboral en los cuales no habrá fragmentación de la responsabilidad y el franquiciante deberá hacerse cargo del pasivo laboral del franquiciado. Así, si un empleador hiciera figurar a sus empleados como empleados de una empresa franquiciada insolvente, estaríamos en presencia de un resultado análogo al prohibido por la ley, ya que sería un caso de interposición simulada puesto que el verdadero empleador es el que está oculto bajo la figura del franquiciante mientras que el franquiciado no es más que un prestanombre; adquiriendo el contrato carácter instrumental dentro de la maniobra fraudulenta <sup>(26)</sup>.

### e.3) Reesponsabilidad concursal del franquiciante por la insolvencia del franquiciado

#### a) Introducción

Desde esta óptica cabe formular los siguientes interrogantes:

- (i) ¿En caso de quiebra del franquiciado, se extiende la quiebra al franquiciante?

(25) MOLINA SANDOVAL, CARLOS, "Franquicia" en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2012, p. 733.

(26) Cfr. LORENZETTI, RICARDO L., *Tratado de los contratos*, t. 1, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 535.

- (ii) ¿En caso de quiebra del franquiciado, debe responder el franquiciante ante los acreedores del franquiciado, por haber provocado o facilitado o agravado la insolvencia del tomador de la franquicia?

Básicamente, la discusión se plantea en torno a los artículos 161, inciso 1º <sup>(27)</sup> y 173, 2do. párrafo <sup>(28)</sup>, de la ley 24.522.

En efecto, hay quienes han sostenido que puede existir un "control externo" entre entes societarios vinculados a través del contrato de franquicia, motivando el siguiente interrogante:

*¿No habiendo dudas que el inciso 2º <sup>(29)</sup> del art. 161 L.C.Q. contempla exclusivamente el caso de control interno (art. 33, inciso 1º e inciso 2º, primera parte <sup>(30)</sup>, ley 19.550), constatada la existencia de una relación de control externo (art. 33, inciso 2º, segunda parte <sup>(31)</sup>, ley 19.550), permite subsumir la conducta de la "controlante" en el inciso 1º del art. 161 L.C.Q., cumplimentados los restantes recaudos de dicha normativa?*

(27) "La quiebra se extiende (...) 1) A toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores".

(28) "Responsabilidad de terceros. 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 bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso".

(29) "La quiebra se extiende (...) 2) A toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte. A los fines de esta sección, se entiende por persona controlante: a) aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social; b) cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso". Recordemos que el Proyecto de reforma al Código Civil (art. 1512, decreto 191/2011) establece que "el franquiciante no puede tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado".

(30) "Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada: 1. Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias y 2. Ejercza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas (...)"

(31) "Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada (...) 2. Ejercza una influencia dominante (...) por los especiales vínculos existentes entre las sociedades".

En otros términos, ¿Se puede extender la quiebra del franquiciado al franquiciante en caso de que éste ejerza un "control externo" sobre aquél?

En caso afirmativo, ¿Con qué fundamento jurídico?

En caso negativo, ¿Cómo exigir al franquiciante que responda patrimonialmente por el pasivo que le generó al franquiciado?

#### b) Clases de control

Esencialmente, y desde el punto de vista societario, podemos describir las relaciones de control de la siguiente manera:

##### (i) El "control interno"

Es el desarrollado desde adentro de la sociedad —por las participaciones sociales (acciones, cuotas o partes de interés) que se detentan— a través de la formación de las mayorías necesarias en las reuniones sociales (art. 33 inc. 1º e inc. 2º, primera parte, de la ley 19550). Existen tres vías para consolidar esta especie de control:

(a) Porque se posee la "mayoría" de los votos. En este caso, los socios reúnen la mayoría estatutaria o, lo que es lo mismo, una cantidad de votos igual o mayor a los que exige el estatuto para aprobar resoluciones en las reuniones sociales (conf. art. 33 inc. 1º ley 19.550). Es el *control interno mayoritario*.

(b) Porque aunque el controlante no posee la mayoría de los votos, detenta los "suficientes" para adoptar las decisiones en las reuniones o asambleas ordinarias del ente social controlado. Esta forma de control interno es común en aquellas sociedades en las cuales existe una gran dispersión de los socios (v.gr.: sociedades anónimas "abiertas") lo que, sumado al desinterés de muchos de ellos por el gobierno de la entidad (v.gr.: que se traduce en reiteradas inasistencias en las asambleas, etc.), permite que un grupo reducido de socios que detentan un número no mayoritario de participaciones sociales pueda controlar la formación de la voluntad social. En otros términos, la controlante ejerce una influencia dominante (control interno minoritario), el cual se caracteriza por que el o los socios —sin tener la mayoría estatutaria— se impone/n habitualmente en las reuniones sociales (conf. art. 33 inc. 2º, primera parte, de ley 19.550). Es el *control interno minoritario*.

(c) Cuando los socios a través de pactos, acuerdan una forma de votar en las reuniones o asambleas ordinarias de la sociedad controlada, que permite formar la voluntad social. Estos pactos o convenios pueden adoptar —en las sociedades anónimas— la forma de "sindicación de acciones". Aunque cuestionado, pues atentaría contra el principio

deliberativo que es inherente y esencial al órgano de gobierno<sup>(32)</sup> de la sociedad, se trata de un acto jurídico contractual de naturaleza "para-societaria" a través del cual determinados socios convienen votar en las asambleas en un mismo e idéntico sentido, inhibiéndose de disponer sus títulos por un determinado período, a los fines de dar mayor coherencia a la política de gestión o de oposición que pretendan llevar a cabo en la sociedad<sup>(33)</sup>.

Asimismo, la doctrina distingue dentro del control interno en "control interno de hecho" y "control interno de derecho". El primero —regulado en el artículo 33, inc. 2º, L.S.C., primera parte— se verifica cuando la controlante no posee la mayoría del capital o de los votos, pero sí una participación suficiente para que, en los hechos, prevalezca en las decisiones; ejerciendo una *influencia dominante*. El segundo —regulado en el artículo 33, inc. 1º, L.S.C.— se verifica cuando la controlante sí posee la mayoría del capital o de los votos que permite que predominen sus decisiones.

##### (ii) El "control externo"

Es el que proviene desde afuera de la sociedad (art. 33 inc 2º, segunda parte, de la ley 19550) con motivo de obligaciones que asumió en contratos celebrados con otros sujetos de derecho que ejercen una influencia dominante (vgr.: contrato de agencia, concesión, franquicia, etc.) generándose, básicamente, un situación de poderío económico capaz de imponer determinada conducta a la controlada.

Sin embargo, no debemos creer que la sola existencia de la relación contractual configura un "abuso" o se constituye en un "hecho ilícito *per se*". Es necesario que se produzca un *desvío de los fines propios del contrato que sirve de base a la relación de control*; provocando una situación de dominación.

(32) En cualquier tipo de sociedad comercial, el órgano de gobierno está constituido por la reunión de socios, que forman la voluntad social mediante resoluciones adoptadas conforme al principio general que instaura la regla de las mayorías. Estas resoluciones deben ser cumplidas por el órgano de administración y son obligatorias para todos los socios, aún para los ausentes y disidentes. Se habla de órgano de gobierno porque es competente para tomar las decisiones fundamentales que hacen a la vida de la sociedad (vgr.: modificación de los estatutos, control de la gestión de los administradores, designación y remoción de éstos, disolución de la sociedad, aumento de capital social, cambio de objeto social, fusión con otras sociedades, etc.).

(33) NISSEN, RICARDO A., *Curso de Derecho Societario*, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1998, p. 425. Ver por todos la excelente obra de MOLINA SANDOVAL, CARLOS, *Sindicación de acciones. Contornos jurídicos de los acuerdos de accionistas*, Bs. As., Ed. LexisNexis, 2003.

En suma, el control no depende de vínculos accionarios sino del influjo de otras relaciones económicas que determinan a la sociedad a tomar decisiones en el sentido que lo desea la sociedad o la persona dominante, que no ejerce por sí ese dominio mediante los votos en las decisiones sociales<sup>(34)</sup>.

Por ejemplo, la situación de proveedor o comprador monopólico por parte del controlante (vgr.: único suministrador de insumos, materias primas, etc.); o también, la relación de dependencia que puede generarse en el marco de los contratos de "distribución" (agencia, distribución, concesión y franquicia).

Con suma claridad, Dobson, nos proporciona otros ejemplos tales como<sup>(35)</sup>:

- la titularidad de patentes de inventos industriales que permite utilizar a terceros la prestación de tecnologías de avanzada, procedimientos industriales que colocan a terceros que los utilizan en una situación de verdadera dependencia respecto de su titular; o
- el caso de un acreedor importante que puede ejercer el control de su deudor de la manera más efectiva, mediante la amenaza de la ejecución por la vía individual o colectiva puede fácilmente lograr la imposición de políticas empresarias determinadas; ejerciendo así una dominación que puede ser utilizada en su propio beneficio. Así, a los fines de la renovación de créditos, podrán imponerse determinadas condiciones de ejercicio de la actividad futura, estableciéndose los ramos de actividad a perseguir, y también cuáles han de ser abandonados. Se pueden establecer reorganizaciones administrativas de la empresa en el futuro, con despidos del personal, y contratación de otros que se estimen más idóneos, cambios en la dirección —sustituyendo directores que se estiman inhábiles y reemplazándolos por otros que se considera de mayor aptitud—. Se puede diseñar la política financiera futura de la empresa, determinándose el grado de endeudamiento en que se ha de incurrir en forma específica, generalmente con una relación respecto del activo físico. Se pueden imponer directivos específicos nombrados por los acreedores a fin de asegurar que las políticas establecidas se cumplan efectivamente. También es usual nombrar —por los mismos acreedores— servicios de auditoría con el deber de informar sobre la evolución de

(34) ALEGRIA, HÉCTOR, "Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante, sociedad controlada y situación de control", RDCO, año 11, 1978, p. 304.

(35) DOBSON, JUAN M., *El abuso de la personalidad jurídica (en el Derecho Privado)*, Ed. Depalma, Bs. As., 1985, p. 365 y sigtes.

los negocios y el efectivo cumplimiento de las pautas adoptadas, a los acreedores.

### c) Un precedente

Como punto de partida a los efectos de abrir el debate, traemos a colación un precedente interesante que generó una profunda discusión en la doctrina; nos referimos al caso "Macrini Hnos.", resuelto por la CCiv. y Com., sala 4, de Rosario (el 19/05/1993)<sup>(36)</sup>.

En este supuesto, "Macrini Hnos S.R.L." integraba una red de agentes oficiales que comercializaban planes de ahorro de productos electrodomésticos en la que Círculos Integrados S.A. administraba los planes de ahorro y Electrodomésticos Aurora S.A. se dedicaba a la fabricación y comercialización de artículos para el hogar, como así también proveía a Círculos Integrados S.A. los productos necesarios para que ésta los entregara a los suscriptores de los planes de ahorro que administraba, no existiendo vinculación contractual alguna entre Macrini Hnos S.R.L. y Electrodomésticos Aurora S.A.. Se decreta la quiebra de la S.R.L. y la sindicatura promueve la extensión de la quiebra —con fundamento en el art. 165, inc. 1º, ley 19.551<sup>(37)</sup>— a los otros dos entes sociales, solución que es acogida por el juez de primera instancia y *revocada* por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, sala 4ta., quien concluye que es improcedente la extensión de la quiebra si las empresas se hallaban vinculadas por un contrato de agencia.

En *primera instancia*, el juez extiende la quiebra de "Macrini Hnos SRL" —agente oficial de comercialización de planes de ahorro de productos electrodomésticos— a Círculos Integrados S.A. —administradora de los planes de ahorro— y a Electrodomésticos Aurora S.A. —fabricante y comercializadora de artículos para el hogar— con base en el art. 165, inc. 1º, ley 19.551 (actual art. 161, inc. 1º, ley 24.522) argumentando la ausencia de autonomía jurídica de la quebrada respecto de los otros dos sujetos de derecho.

Esta carencia de independencia jurídica se habría verificado, supuestamente, en el caso de Círculos Integrados S.A. en virtud del contrato de agencia celebrado con la fallida, mientras que respecto de Electrodomésticos Aurora S.A. —y pese a no tener vínculo contractual directo con

(36) Publicado en Colección de análisis jurisprudencial, Derecho Concursal, dirigido por Julio Cesar Rivera y coordinado por Mauricio Boretto, Ed. La Ley, Bs. As., 2006, p. 299.

(37) La quiebra se extiende: 1. a toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores.

Macrini Hnos SRL— por ser la que proveía a Círculos Integrados S.A. los productos necesarios para que ésta los entregara a los suscriptores de los planes de ahorro que administraba; siendo la comercializadora de estos planes la quebrada Macrini Hnos SRL.

Más allá del acierto o error de lo resuelto por el juez de primera instancia, su decisión implica tomar partido por la tesis que admite el “abuso de control externo” —con base en el art. 161, inc. 1º, L.C.Q.— como causal de extensión de la falencia al controlante.

En *segunda instancia*, por su parte, se revoca la sentencia de primera instancia por entender que la ley falimentaria no recepta el “control externo” como causal *per se* de extensión de quiebra, arguyéndose también que los supuestos de extensión constituyen un *numerus clausus* de interpretación restrictiva y el “control externo” no está comprendido. Además, se cuestiona el hecho de que realmente haya existido una relación de control (y un abuso de ésta) entre los dos sujetos a quienes se pretendió extender la quiebra y la propia fallida.

En suma, si el control externo ha sido ejercido abusivamente y ha provocado la falencia de la controlada corresponde ejercer las acciones de responsabilidad contempladas en el art. 173 de la ley 24.522 y no declarar la quiebra por extensión, pues la ley concursal no prevé ese efecto.

#### d) Las teorías

A continuación, citaremos diversas opiniones que han intentado dar respuesta a nuestro interrogante. Creemos relevantes mencionarlas en sus lineamientos principales pues el fallo de primera instancia del precedente citado implica tomar partido por la idea según la cual, nuestro derecho positivo, admite la comunicación falencial en caso de verificarse una relación de control externo.

##### 1) *Improcedencia de la extensión de la quiebra en caso de control externo*

El único caso de control societario en el cual se extiende la quiebra es el *control interno mayoritario* pues la ley (art. 161, inc. 2º, párrs. a y b, L.C.Q. y art. 33, inc. 1º, L.S.C.) alude a la participación que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social.

Por el contrario, como la extensión de la quiebra es una solución excepcional, de interpretación restrictiva, que no puede ser aplicada analógicamente a situaciones no contempladas en la ley, el control externo y el control interno minoritario no autorizan a extender la falencia al

controlante, y sólo autorizan a atribuirle responsabilidad patrimonial en los términos del artículo 173, 2do. párrafo, L.C.Q.<sup>(38)</sup>

Otros entienden que sólo el control interno autoriza la extensión de la quiebra aunque comprende tanto el mayoritario cuanto al minoritario pues el control se aprecia en abstracto y no en concreto. Así puede ocurrir que, un socio posea el 30 % de los votos con los cuales forma la voluntad social, en tanto y en cuanto los demás socios no asisten a las asambleas o reuniones sociales; ese control es relevante a los efectos de la extensión de la quiebra. No es viable la extensión de la quiebra en el supuesto de control externo<sup>(39)</sup>.

##### 2) *Procedencia de la extensión de la quiebra en caso de control externo*

Con fundamento en el art. 165, ley 19.551 (hoy 161, inc. 1º, L.C.Q.) se sostiene que, comprobado el control externo y siempre que se verifiquen los demás recaudos establecidos en la norma de referencia, la quiebra puede extenderse también al controlante externo.

“(…) Admitiendo entonces que un ejercicio distorsionado o abusivo de la ‘influencia dominante’ obtenida a través de las cláusulas que otorgan preeminencia al partenaire privilegié en un contrato de suministro, agencia, concesión, distribución o franquicia, ha terminado por convertirlo en un verdadero ‘contrato de dominación’ y que el dominado deja de estar in bonis y se le decreta la quiebra: ¿Podemos o no podemos intentar una extensión de la misma al dominante? (...) Entiendo que —si se demuestra que entre dos sujetos se ha dado una hipótesis de control del tipo analizado— y que, el ejercicio abusivo de los derechos brindados al controlante por las cláusulas de dominación convenidas en su momento ha tenido una incidencia directa en la cesación de pagos del sujeto, puede extenderse la quiebra al partenaire privilegié, si su conducta ‘calzara’ en las previsiones del art. 165, ley 19.551 (...)”<sup>(40)</sup>

## F. CONCLUSIÓN

Luego de analizadas las diversas posturas en materia de responsabilidad civil, laboral y concursal en la franquicia, podemos concluir que

(38) RIVERA, JULIO, *Instituciones de Derecho concursal*, t. 2, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1997, ps. 299/307. Consultar también DI LELLA, NICOLÁS, “Extensión de quiebra por abuso de control externo —por especiales vínculos— y las llamadas cláusulas covenants en los créditos sindicados”, Sup. CyQ 2010 (agosto), 1, La Ley, 2010-E, 692.

(39) BERGEL, SALVADOR D., “Extensión de la quiebra por abuso de los poderes del controlante (art. 165, inc. 2º, ley 19.551)”, La Ley, 1984-D, 972.

(40) MARTORELL, ERNESTO, “Breves estudios sobre concursos y quiebras: ¿Procede la extensión de quiebra por abuso de control contractual?”, La Ley, 1993-E, 708.

lo que debe imperar en las soluciones a las que se arribe en los distintos ámbitos es alcanzar un delicado equilibrio que concilie dos aspectos:

- Por un lado, no convierta al “franquiciante” en el causante de todos los males, que termine por desalentar la celebración de este negocio tan importante para la economía de nuestro país.
- Por el otro, no deje sin la debida reparación o satisfacción de sus créditos a los terceros perjudicados por la actuación del franquiciado cuando el franquiciante ha tenido suficiente influencia causal en la misma, que lo convierta en autor del daño injustamente sufrido por aquellos.

En nuestra modesta opinión, el nuevo Código Civil ha logrado alcanzar —en lo sustancial— ese espíritu conciliador.

## CONTRATO DE SUMINISTRO

POR ARIEL ÁNGEL DASSO

**SUMARIO:** Introducción. El Código Civil y Comercial. — I. Antecedentes históricos. — II. Noción y definición. — III. Contrato de empresa. — IV. La función económica del contrato de empresa. — V. Caracteres del contrato. — VI. Naturaleza jurídica. — VII. Clases de suministro. — VIII. La causa y el objeto del suministro. — IX. Forma y prueba. — X. Plazo. — XI. La duración del contrato. — XII. El plazo para cada prestación periódica. — XIII. Determinación de las cantidades (prestaciones de cosas o servicios). — XIV. Cláusula de variación: aviso. — XV. Obligaciones del suministrador: las entregas. — XVI. Las obligaciones del suministrado: pagar el precio. — XVII. El precio (teoría de la imprevisión). — XVIII. Onerosidad sobreviniente. — XIX. El deber de “colaboración”. — XX. Pacto de preferencia. — XXI. Pactos opcionales: exclusividad. — XXII. Cláusulas abusivas. — XXIII. La extinción del contrato de suministro. a) Transcurso del plazo. b) Denuncia —el preaviso—. c) Incumplimiento de la rescisión d) Resolución intempestiva —los daños—. — XXIV. Disciplina elástica. — XXV. El suministro y la compra venta. — XXVI. Diferencia con la locación de obra o servicios.

### INTRODUCCIÓN.

#### EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCU) redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto del P.E. 191/2012 (Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, y Aída Kemelmajer de Carlucci) está compuesto de un “*Título Preliminar*” dedicado a los conceptos de derecho, ley, ejercicios de los derechos, derechos y bienes) y se desarrolla en seis *Libros* denominados sucesivamente “Parte General”; Relaciones de Familia, Derechos Personales, Derechos Reales, de los cuales el Libro III titulado “*Derechos personales*” consta de cinco títulos: el Título I dedicado a las “Obligaciones en general”, el II “Contratos en General”; III “Contrato de Consumo”; IV “Contratos en Particular” y V “Otras fuentes de las obligaciones”.

El Libro IV se denomina “*Derechos reales*”; el Libro V “*Trasmisión de derechos por causa de muerte*”; y el Libro IV “*Disposiciones comunes a derechos personales y reales*”.

En cuanto se refiere a los contratos la parte general regula definiciones de conceptos básicos (libertad de contratación, efecto vinculante, facultades judiciales, buena fe, carácter supletorio de las normas legales, la prelación normativa, integración del contrato y definición del contrato como integrante del derecho de propiedad del contratante (CCCU: 957).

Establece también en los capítulos siguientes la clasificación de los contratos, formas del consentimiento, objeto, causa, forma y prueba.

Los llamados "*Contratos de consumo*", están tratados en primer término a lo largo de cuatro capítulos, que conforman el Título III del Libro III, Título I; en tanto que en el Título IV expone en forma sucesiva el tratamiento de contratos en particular, que comienza por el contrato de consumo, cuya prioridad deriva de su rango constitucional, e incluye a continuación un total de 30 capítulos cada uno de ellos reservado a un tipo contractual distinto que los comprenden sin que se refiera en ningún caso a la distinción entre civiles y comerciales.

Aparece como principio rector *la libertad de contratación*, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público la moral y las buenas costumbres (art. 958).

El contrato de suministro es regulado por primera vez en la legislación argentina en el ámbito tradicionalmente reservado al derecho privado (civil y comercial) (arts. 1175 a 1186), siguiendo el Proyecto de la Comisión 685/1995 presentado en 1998.

Hasta hoy el llamado *Contrato de Suministro* constituye una de las modalidades características de la contratación administrativa en el derecho público referida a contratos que celebra la administración pública, también bajo el nombre de "contratos de abastecimiento" o "de provisión", que tiene por objeto la provisión de cosas muebles o la prestación de un servicio público<sup>(1)</sup>.

Está concebido como un contrato consensual, oneroso, aleatorio, de ejecución instantánea o escalonada que obliga al proveedor a suministrar las cosas muebles y el Estado a pagar el precio<sup>(2)</sup>.

(1) JESE, GASTÓN, *Principios generales de derecho administrativo*, p. 346. BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. II, n° 353, Ed. La Ley, 1964. En doctrina italiana: RESIGNO, PIETRO, *Trattato di diritto privato*, t. 11, p. 406; Turín, 1984; sostiene que en general la disciplina del derecho privado es aplicable al contrato de suministro administrativo en el derecho público pues su única variante es que en este ámbito el suministrado o suministrante es la administración pública por lo que las únicas variantes estructurales del contrato son referidos a los aspectos técnicos del derecho público especialmente regulado para la competencia, adjudicación o licitación, formas de pago etc.

(2) POZO GOWLAND, HÉCTOR, La Ley, 2004-A, 867.

Su tratamiento codificado en el derecho privado reconoce antecedentes en el Proyecto de unificación civil y comercial de 1998 de la comisión 385/95 que sin embargo no llega a darle categoría independiente sino que constituye una modalidad de la compraventa<sup>(3)</sup>.

La doctrina había auspiciado su tratamiento como contrato típico, destinado a regular una verdadera organización de trabajo (manipulación, distribución, embalaje, transporte, etc.) calificándolo como uno de los indispensables contratos de empresa, que persigue nada menos que la organización del trabajo con el propósito de asegurar el aprovisionamiento (entregas) de materias primas, mercaderías y productos imprescindibles para la continuación de la producción, energía, etc. vale decir que garantiza la disponibilidad constante de recursos a los agentes económicos en tiempo y forma oportuna<sup>(4)</sup>.

El Cód. Civ. y Com. Unificado expone una regulación del contrato de suministro, adecuado a la multiplicidad de especies reconducibles, en forma de abarcarlas en el nuevo tipo único para lo cual estructura una disciplina deliberada —y necesariamente— elástica, con reglas propias amplias congruentes con la función y *carácter de duración*, esencial en el contrato de suministro.

## I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El origen del contrato de suministro es la figura contractual del Derecho Romano focalizada en la *locatio* comprensiva a su vez de los prematuros contratos como el de transporte (*locatio conductio*) y el de servicios (*locatio operarum*)<sup>(5)</sup>.

Aparece regulado en las codificaciones mercantiles modernas a partir del Código de Comercio Italiano de 1942<sup>(6)</sup>.

(3) STIGLITZ, GABRIEL A., "Contratos de suministros", La Ley, 1989-A-1074, quien además anota que en el Código Civil Societario en razón de la importancia del suministro dentro del esquema de la economía socialista es regulado como contrato autónomo.

(4) CICU, ANTONIO y MESSINEO, FRANCISCO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXIV, t. 1, p. 208, Ed. Giuffrè, Milano; ZAVALA RODRIGUEZ, CARLOS J., *Codice de Comercio comentado*, t. III, p. 151, Ed. Egea, Bs As, 1967, p. 727.

(5) ARRUBLA PAUCARD, JAIME ALBERTO, *Contratos Mercantiles*, Ed. Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 1998, t. I, 2ª edición, p. 222.

(6) BERCOVITZ ALVAREZ, RAÚL, *Contratos mercantiles*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, t. 1, p. 543 y ss., p. 543. STIGLITZ, GABRIEL A., "Contratos de suministros", La Ley, 1989-A-1074, quien además anota que en razón de la importancia del suministro dentro del esquema de la economía socialista es regulado como contrato autónomo en el Código Civil Soviético.



Aun cuando el suministro ha tenido también una amplia recepción en el ámbito del derecho administrativo como forma de contratación del Estado con sus proveedores, debe conceptuarse tal modalidad propia del Derecho Público<sup>(7)</sup>. No está regulado en la legislación mercantil argentina<sup>(8)</sup>.

La doctrina más avanzada lo trata en forma autónoma o bien como una modalidad de los llamados "contratos de aprovisionamiento" juntamente con el aprovisionamiento de comidas y el contrato estimatorio o consignación<sup>(9)</sup>.

## II. NOCIÓN Y DEFINICIÓN

El suministro es el contrato por el cual una parte llamada "suministrante" (o proveedor) se obliga a entregar cosas en forma periódica o continuada, (lo que constituye un elemento esencial del contrato y lo califica como contrato de duración), y la otra llamada "suministrado" (o consumidor) a pagar un precio por ellas<sup>(10)</sup>. Es frecuente la cita de Vincent Chuliá: "El contrato de suministro es aquel por el cual una persona, suministrador, se obliga a entregar a otra, suministrado, mercancías o unidades de agua, gas, electricidad u otras cosas susceptibles de ser pesadas, medidas o contadas (por ej.: 'hilo musical', por meses), según las necesidades del suministrado"<sup>(11)</sup>.

Nuestros tribunales también afrontaron el desafío de su definición: "Es el contrato por el cual una de las partes (suministrante) asume frente a la otra (suministrado) la obligación de cumplir prestaciones periódicas y continuadas durante un término determinado o indeterminado en la medida que lo solicite el suministrante y por un precio fijado o a fijarse"<sup>(12)</sup>.

(7) *Infra* Cap. III *in fine*.

(8) Ver *infra* Cap. III y sus notas.

(9) LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal Culzoni, cap. VII, p. 469.

(10) STIGLITZ, GABRIEL A., "Concepto y función del contrato de suministro", en *La Ley*, 1989-A-1074.

(11) VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, *Introducción al Derecho Mercantil*, Ed. Tirant lo Blanch, 19ª ed., p. 856.

(12) CNCom., E, 30/3/89, JA, 1990-II-150, MARTORELL, ERNESTO EDUARDO, *Tratado de los Contratos de Empresa*, Ed. Depalma, cap. XII, p. 600, n° 4, LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal Culzoni, cap. VII, p. 570, n° 1, Colombia, Cód. Com. Art. 968. Definición.- *El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios.*

Se caracteriza, en suma, como contrato de cambio, consensual, de duración y ejecución continuada calificado como negocio unitario por la repetición de sus actos de ejecución.

El Código italiano de 1942 regula el contrato de suministro en el *Codice Civile*, Libro Cuarto, Capítulo V, bajo el título "*Della Somministrazione*" y bajo el subtítulo de "*Nozione*", lo define o conceptúa: "El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, contra el correspectivo de un precio, a ejecutar, a favor de otra, prestaciones periódicas o continuas de cosas". Se advierte, en consecuencia que no comprende como materia u objeto del contrato a la prestación de servicios, que es materia de regulación específica en el mismo Libro Cuarto, Cap. VII bajo el título "*Dell Appalto*" cuya noción expone en el art. 1655: "Es el contrato por el cual una parte asume, con organización de los medios necesarios y con gestión a propio riesgo, la realización de una obra o un servicio mediante una compensación en dinero (art. 1655)"<sup>(13)</sup>.

El Código de Comercio de Colombia define al contrato de suministro en forma que aparece abarcativa o conjunta de aquellos dos contratos del sistema italiano y bajo la misma denominación comprendiendo así al suministro ya fuere de cosas, ya fuere de servicios: "El suministro es el contrato por el cual una persona se obliga a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios"<sup>(14)</sup>.

En nuestro país sigue siendo un contrato atípico carente de regulación en particular.

El Proyecto de Unificación de 1987 (art. 1361) y el proyecto de la Comisión, decreto 468/92 (art. 995) siguen el Código Civil italiano que dispone en el art. 1559: "Es el contrato por el cual una parte se obliga mediante compensación de un precio a ejecutar en favor de la otra prestaciones periódicas o continuadas de cosas". En la jurisprudencia: "El suministro es el contrato por el cual una de las partes (suministrante) asume frente a la otra (suministrado) la obligación de cumplir prestaciones periódicas y continuadas durante un término (determinado o indeterminado) en la medida en que éste lo solicite y por un precio fijado o a fijarse"<sup>(15)</sup>.

(13) El contrato de *appalto* es regulado en el Cap. VII, del libro Cuarto del *Codice Civile*, arts. 1655 a 1677 y tiene aplicación frecuente para la realización de la obra pública.

(14) ARRUBLA PAUCARD, JAIME ALBERTO, *Contratos Mercantiles*, Ed. Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá 1998, t. I, 2ª edición.

(15) CNCom, Sala E, 30/03/1989, Marrito Argentina, S.A c. Ciccone Hermanos y otra, *La Ley*, 1989-D, 431, DJ, 1989-2-950. El suministro es el contrato por el cual una de las partes se obliga frente a la otra al cumplimiento de determinadas prestaciones, durante un término, determinado o indeterminado, por un precio fijado o a fijarse.

El Código Civil y Comercial Unificado prevé su regulación en los arts. 1176 a 1186, y en el primero de los artículos expone:

**“Artículo 1176.— Definición.** *Suministro es el contrato por el cual el suministrante se obliga a entregar bienes, incluso servicios sin relación de dependencia, en forma periódica o continuada, y el suministrado a pagar un precio por cada entrega o grupo de ellas”.*

- **prestaciones periódicas:** son aquellas que se repiten **distanciadas** en el tiempo en periodos determinados (ejemplo: suministro semanal de forrajes para un campo); se pagan en cada prestación.
- **prestaciones continuadas:** son aquellas que se prolongan **ininterumpidamente durante toda la duración** del contrato (ejemplo: erogaciones de gas o de energía eléctrica) se pagan en proporción o a medida.

El suministro puede ser:

- **de consumo,** cuando el suministrado recibe la **propiedad** de la cosa previsto;
- **de uso;** cuando en cambio le es concedido el simple goce.

La jurisprudencia italiana procura definir las relaciones entre suministro y aprovisionamiento identificando, a veces, los dos tipos y otras tratando de configurar un autónomo *contrato de aprovisionamiento* más vecino al esquema de la venta.

En doctrina, en cambio, se pone de relieve que el suministro y aprovisionamiento son términos usados alternativamente, sea en lenguaje común como en el legislativo, y que no es posible diferenciar bajo el perfil técnico, dos diversas especies jurídicas. Se afirma, por lo tanto que *“aprovisionamiento”* es la denominación corriente en tanto que *“suministro”* es la denominación jurídica de un mismo fenómeno.

En la práctica, el suministro es utilizado para el aprovisionamiento en la administración pública, de la comunidad a los hospitales o para la provisión de gas y energía eléctrica. Es posible encuadrar en la especie también los abonos a revistas o periódicos toda vez que no entren en la venta o consignación para repartir<sup>(16)</sup>.

### III. CONTRATO DE EMPRESA

El contrato de suministro está caracterizado como un contrato de empresa lo que conlleva la incertidumbre que proyecta sobre el mismo

(16) Ver *infra* cap. VII

la falta de definición legal de este último concepto. Por otro lado tratándose de un contrato frecuente en el ámbito administrativo se ha resuelto que cuando el caso involucra un conflicto generado por empresa adjudicataria se aplican las reglas de licitación pública. Cuando el suministrante de maquinarias reclama los daños por la frustración del negocio se está en presencia de un contrato de derecho público lo que implica la competencia en lo contencioso administrativo<sup>(17)</sup>. Cuando el suministro hubiera sido contratado directamente por la administración pública es competente la justicia en lo comercial<sup>(18)</sup>.

Es frecuente el contrato de suministro en que sean parte las empresas del Estado, en cuyo caso las acciones derivadas del mismo competen a la Justicia en lo Civil y Comercial Federal. Cuando sea parte el Estado Nacional y sus entidades descentralizadas compete el conocimiento de los tribunales en lo Contencioso Administrativo. [CNFed., Pleno, 16/09/76, ED, 73-1978]<sup>(19)</sup>.

(17) CS Santa Fe, 11/05/2005, Rotura S.A c. Provincia de Santa Fe, LLLitoral, 2005 (agosto), 01/01/2005, 715. Corresponde a la competencia contencioso administrativa, el reclamo incoado por una empresa adjudicataria de licitación pública para la provisión de maquinarias que reclama una indemnización de daños por la frustración del negocio, pues dicha pretensión supone la previa frustración de un contrato de derecho público como es el de suministro, lo que implica, que para resolver el reclamo requiere un análisis previo del actuar de la Administración y de las consecuencias del mismo, materia propia de la justicia en lo contencioso administrativo.

(18) CNCiv., Sala A, 05/03/1999, Suárez, Luis A. c. Municipalidad de Buenos Aires, DJ, 2000-21-840. Quien intenta obtener el cumplimiento de las prestaciones debidas a través de un contrato de suministro celebrado con la Ciudad de Buenos Aires, en el caso, contratación de compras al mostrador relativas a alimentos, medicamentos e insumos destinados a hospitales municipales no debe agotar la vía administrativa y llegar hasta la decisión del jefe de Gobierno antes de emprender la acción judicial, pues no se trata de una demanda impugnatoria de actos administrativos que sean de carácter general o particular y que encuadren en los arts. 23 y 24 de la ley 19.549 (Adla, XXXIX-C, 2339 t. a).

CNCiv., Sala A, 24/05/2007, Shell Cía. Argentina de Petróleo S.A. c. Sucesores de Pablo Santiago Blanco Soc. de hecho, La Ley Online. En virtud de lo que establecen los arts. 1º, 7º y 8º del Cód. de Comercio y 43 bis del dec.-ley 1285/1958 (Adla, XVIII-A, 587) debe intervenir la justicia en lo Comercial para entender en una demanda ordinaria por restitución de bienes dados en comodato con motivo de la suscripción de contratos de suministro de combustibles, lubricantes y otros productos que el actor vendía a la demandada bajo ciertas y determinadas condiciones de entrega y de pago, si la propia actora asevera la existencia de una clara relación comercial en la cual la demandada comercializaba por su cuenta y riesgo y en sus estaciones de servicio los productos que le adquiría.

(19) El régimen de los contratos de suministro al Estado o empresas del Estado, está regulado por un complejo legislativo sobre adquisiciones y base a pliego de condiciones en la que las reglas del ordenamiento común se aplican en subsidio [CNFed.,

#### IV. LA FUNCIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO DE EMPRESA

La realidad de una economía cada vez más compleja postula el encadenamiento de los sujetos económicos que participan en el tráfico en aras de vinculación de pertenencia a una red de negocios con características de permanencia y previsibilidad<sup>(20)</sup>.

Es un típico contrato de duración, dirigido a satisfacer una necesidad de ambas partes. La previsión futura y la continuidad y mantenimiento en el tiempo exigen un contrato que no se agote en un solo acto y el suministro satisface tal exigencia en cuanto "engendra" obligaciones duraderas a cargo de las partes<sup>(21)</sup>.

Desde el punto de vista económico el suministrante o proveedor se asegura la colocación de su producción o de sus servicios por un tiempo más o menos cierto aun cuando no es condición del contrato la precisa determinación<sup>(22)</sup>. También el suministrado o consumidor o abastecido tiene interés propio en asegurar el abastecimiento de las materias o productos o bienes o cosas o servicios que requiere para su actividad o consumo. El suministro significa economía de tiempo y de actividad administrativa los que en cambio, no pueden ahorrarse cuando deben celebrarse contrato de compraventa o locación de cosas o servicios en cada ocasión que se precisa de ellos. Quizás la más importante ventaja económica es la seguridad de contar con la materia prima o las cosas o los servicios en forma garantizada durante tiempo determinado todo lo cual sería más gravoso con contratos distintos y ocasionales<sup>(23)</sup>.

La provisión continua disminuye el costo de selección que genera la ocasionalidad y búsqueda de distintas ofertas y, tratándose de una colaboración durable permite trato directo y permanente entre las partes

Civ. y Com., 2/3/67, ED, 2/9/65, ED, 14-701; 30/6/66, ED, 17-137, cit. p. LORENZETTI, RICARDO LUIS, op. cit., p. 476, n° 14].

(20) VICENT CHULIÁ, F., *Compendio Crítico del Derecho Mercantil*, Valencia 1982, t. II, p. 308, cit. ARRUBLA PAUCARD, JAIME ALBERTO, *Contratos Mercantiles*, Ed. Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 1998, t. I, 2ª edición, p. 223.

(21) GARRIGUES, JOAQUÍN, *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid 1973, t. III, v. I, p. 414.: "la duración del cumplimiento incide en la causa del contrato de tal suerte que éste no cumple su función económica si su ejecución no se prolonga en el tiempo: la utilidad para el contratante es proporcional a la duración del contrato. La causa en los contratos de duración no consiste en asegurar a las partes una prestación única, aunque realizada en momentos diversos sino en asegurar por cierto tiempo varias prestaciones o una prestación continuada".

(22) *Infra* cap. X.

(23) VÁZQUEZ DEL MERCADO, OSCAR, *Contratos Mercantiles*, Ed. Porrúa, México, 1985, p. 189.

en orden a recíprocas consultas sobre calidad, precios, modalidades de entrega "puesto que la eficiencia en el aprovisionamiento se convierte en un asunto común"<sup>(24)</sup>.

También la duración o continuidad tiene ciertas desventajas porque la seguridad de la colocación del producto diluye el interés del proveedor por carencia de competencia dado que el contrato genera una relación de cautividad que es la base de la traslación de costos. Claro está que estas circunstancias tienen que ver con la relación de exclusividad<sup>(25)</sup>. En el orden particular el contrato de suministro asegura la provisión de elementos esenciales para la vida cotidiana (gas, electricidad)<sup>(26)</sup>.

En todo caso si bien el precio puede ser variado o ajustado en el período de ejecución no es tampoco deleznable su fijación al momento de contratar lo que constituye una situación ventajosa para las partes en materia de fijación de precios respecto de cuando, en cambio, debiera establecerse cada vez que se perfeccionaba cada contrato aislado<sup>(27)</sup>.

#### V. CARACTERES DEL CONTRATO

Por no estar regulado debe calificarse como atípico<sup>(28)</sup> pero, supone la existencia de empresas<sup>(29)</sup>:

a.- "Es *bilateral*" ya que de él nacen obligaciones para suministrante y suministrado. El primero debe realizar la provisión estipulada y el segundo realizar el pago del precio en tiempo y forma convenida. Las partes son el suministrante (llamado indistintamente suministrador o proveedor) y el suministrado (llamado también "consumidor" cuando el objeto o materia del suministro fueren "consumibles");

b.- Es un contrato "*consensual*", no formal, porque se perfecciona con el mero consentimiento y se definen las obligaciones recíprocas por lo que se conceptúa como "*conmutativo*"<sup>(30)</sup>. La forma escrita es requerida, "*ad*

(24) LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal Culzoni, cap. VII, p. 471.

(25) Ver *infra* cap. XIX, *Pactos Opcionales: exclusividad*.

(26) FARINA, JUAN N., *Contratos Comerciales Modernos*, t. 1, Ed. Astrea, 3ª edición, p. 585.

(27) MARTORELL, ERNESTO EDUARDO, *Tratado de los Contratos de Empresa*, Ed. Depalma, cap. XII, p. 599. SIMÓN, JULIO ANGEL, "Anotaciones sobre el contrato de suministro comercial", L.L., t. 149, sec. Doctr., p. 869.

(28) Está, en cambio, regulada en el Derecho Administrativo.

(29) MARTORELL, ERNESTO EDUARDO, *Tratado de los Contratos de Empresa*, Ed. Depalma, cap. XII.

(30) LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal Culzoni, cap. VII, p. 475.

*probationem*" en el caso del contrato concluido entre empresarios en el que se encontraren inscriptas cláusulas limitativas de la competencia;

c.- Es un contrato "*de duración*" y ello constituye su característica esencial. El suministrado se asegura la cobertura de sus necesidades. El suministrante la colocación de sus productos<sup>(31)</sup>. Está dirigido a satisfacer una necesidad reiterada o durable del suministrado, de modo que la pluralidad o continuidad de las prestaciones en el tiempo tiene relieve esencial en la estructura del contrato;

d.- Es un contrato *de cambio*: la doctrina es concorde en **reconocer un alea** que no refiere el negocio jurídico verdadero y propio, sino solamente la operación económica en él contenida (mayor es el lapso de tiempo corriente entre la conclusión del contrato y las sucesivas entregas, mayor es el riesgo en cabeza del suministrante de la variación de los precios en los vencimientos singulares);

e.- Es un *contrato oneroso*. Se señala que un acto aislado no podría considerarse en sí mismo contrato de suministro y las características de continuidad y periodicidad presuponen, un negocio empresario típicamente comercial y oneroso por naturaleza<sup>(32)</sup>;

f.- *De colaboración*; implica, como condición de eficiencia un activismo permanente para el aviso a la otra parte de todas las contingencias que puedan incidir el cumplimiento puntual de las condiciones pactados;

g.- *típico*; en cuanto se encuentra reglado por la ley; (*atípico* allí donde no lo está).

## VI. NATURALEZA JURÍDICA

En nuestra doctrina el contrato de suministro es abordado con criterio de contraste o comparación con otro tipo de contratos legalmente

(31) FARINA, JUAN N., *Contratos Comerciales Modernos*, t. 1, Ed. Astrea, 3ª edición, p. 586, MARTORELL, ERNESTO EDUARDO, *Tratado de los Contratos de Empresa*, Ed. Depalma, cap. XII, p. 601, LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal Culzoni, cap. VII, p. 475: considera la principal característica del suministro el constituir un "vínculo de larga duración". MESSINEO, FRANCISCO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. V, Relaciones Obligatorias Singulares, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971: lo coloca en el elenco de contratos de ejecución periódica lo que implica prestaciones en fechas determinadas o de ejecución continuada, esto es de prestaciones ininterrumpidas, FARINA, JUAN N., *Contratos Comerciales Modernos*, t. 1, Ed. Astrea, 3ª edición, p. 585.

(32) LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal Culzoni, cap. VII, p. 475 considera que puede ser gratuito: el art. 1605 del Cód. Civ. de Perú así lo permite pero ello no estaba previsto en los proyectos argentinos.

regulados, particularmente la compra-venta y la locación de obra o servicios.

En doctrina comparada mayoritaria se considera como contrato *sui generis*<sup>(33)</sup>, no obstante se pone particular énfasis por parte de la mayoría de los autores en la nota propia significada por su característica causal, que consiste en la satisfacción de las necesidades reiteradas o durables del suministrado<sup>(34)</sup>.

La naturaleza jurídica del contrato calificado como "de duración" le hace aplicables las instituciones que como la teoría de la imprevisión tiene campo en las relaciones prolongadas en la que la doctrina de lo imprevisible (*rebus sic stantibus*) es llamada cuando a lo largo de la vigencia del contrato acontecieren hecho extraordinarios o imprevisibles que

(33) BERCOVITZ ALVAREZ, RAÚL, *Contratos mercantiles*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, t. 1, p. 543 y ss., p. 544.

(34) LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal Culzoni, cap. VII, p. 475, lo considera contrato atípico, pudiendo ser contemplado como una especie de compraventa partiendo de la presunción de que las cosas se entregan en propiedad durante un plazo prolongado o que se entregarán cosas futuras, lo que da seguridad a proyectos y empresas de larga duración.

MARTORELL, ERNESTO EDUARDO, *Tratado de los Contratos de Empresa*, Ed. Depalma, cap. XII, p. 602: la naturaleza jurídica es objeto de debate, particularmente porque la prestación a cargo del suministrado consiste siempre en dinero. Recuerda la posición de **Bolaño** que lo caracteriza como vocación de servicios, teoría que reputa atractiva pero inconvincente porque resulta así identificable con el contrato de trabajo. A juicio de Martorell el suministro es un "contrato de empresa", sin dejar de advertir: "dentidad con la compra venta pero solo en cuanto a las obligaciones fundamentales de las partes". **Ludovico Barassi** que caracteriza al contrato según su elemento prevalente: compra venta si hay entrega de una cosa o locación de obra si prevalece el resultado o trabajo a entregarse.

FARINA, JUAN N., *Contratos Comerciales Modernos*, t. 1, Ed. Astrea, 3ª edición § 340 pone énfasis en su carácter de "*contrato de duración*" considerando que "el tiempo es esencial en este contrato, pues durante su vigencia el suministrado cuenta con la seguridad de que sus necesidades serán cubiertas en las condiciones pactadas".

ARRUBLA PAUCARD, JAIME ALBERTO, *Contratos Mercantiles*, Ed. Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 1998, t. I, 2ª edición, p. 224, teniendo en cuenta que en la legislación de Colombia la regulación está expresamente incorporada al Código de Comercio. Lo considera un instituto típico con naturaleza jurídica propia, situándolo como "normativo" en cuanto regula las futuras relaciones entre las partes y "de colaboración" porque acerca a proveedor y consumidor integrándolos en una misma red de distribución conforme lo enseña VICENT CHULLÁ, FRANCISCO, *Introducción al Derecho Mercantil*, Ed. Tirant lo Blanch, 19ª ed., op. cit., p. 308, t. III; lo califica como de ejecución periódica o continuada. En el primer caso debe cumplirse en fechas determinadas y la continuidad significa la ininterrumpibilidad de las prestaciones. Es un contrato consensual, no formal.

hagan su cumplimiento oneroso para alguna de las partes en tanto las mismas no hayan podido razonablemente ser previstas<sup>(35)</sup>.

**Farina**<sup>(36)</sup>, lo consideró un "contrato innominado" y adhiere al fallo de la Cámara Comercial que decidió que **debe darse preeminencia a los usos comerciales** demostrados en el proceso. En el caso que comenta la actora había probado usos y costumbres habituales en relaciones de empresas proveedoras de servicios alimenticios y los suministrados consistentes en preaviso de 30 a 60 días antes de la rescisión unilateral<sup>(37)</sup>.

**Stiglitz**<sup>(38)</sup> postulaba, ante la falta de regulación, aplicar las pautas de interpretación de los llamados "*contratos combinados*" en que una parte se obliga a varias prestaciones que son típicas de contratos diversos mientras que la otra parte asume una prestación unitaria.

El suministro admite satisfacer una **necesidad durable** del suministrado a través de la formulación de un **único contrato** que asegura la regularidad del aprovisionamiento en el tiempo y contra la determinación de un precio.

*"Las prestaciones singulares y contraprestaciones características del contrato de suministro tienen su autonomía, solamente que, por su característica de contrato de duración, el contrato no agota su eficacia con un acto singular de prestación y contraprestación, sino que impone siempre nuevos actos de cumplimiento frente a la perdurabilidad o a la reproducción de las necesidades del suministrado"*<sup>(39)</sup>.

## VII. CLASES DE SUMINISTRO

Dada la amplitud y variedad de la materia u objeto del contrato de suministro los autores procuran sistematizarlo. **Stiglitz** lo hace en función de las necesidades a satisfacer a saber:

(35) BERCOVITZ ALVAREZ, RAÚL, *Contratos mercantiles*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, t. 1, p. 546, quien advierte que no obstante la jurisprudencia española se ha mostrado remisa a su aplicación y como principio general ordena el cumplimiento del contrato en los términos acordados (STS 17/2000 [RJ 2000, 9343]). En cambio, se aplica la doctrina en hipótesis de suministros periódicos o vencimiento muy diferido en materia de entrega de energía eléctrica.

(36) FARINA, JUAN N., *Contratos Comerciales Modernos*, t. 1, Ed. Astrea, 3ª edición, p. 589.

(37) CNCom. Sala E, 30/3/89, JA, 1990-II-150.

(38) STIGLITZ, "Concepto y función del contrato de suministro", LL 1989-A-1074.

(39) RESIGNO, PIETRO, op. y loc. cit. *supra* nota 1: La categorización como "único", explica su regulación típica.

- a) **Para la enajenación posterior (reventa):** La materia objeto de suministro pasa a propiedad del suministrado (ropas, comestibles).
- b) **Para el consumo del suministrado.** Quien puede hacerlo en forma total o parcial estableciendo en este caso la cantidad que él consumirá (*v. gr.* de gas, agua, electricidad, etc.).
- c) **Para locación de cosas.** En la hipótesis no se entrega en propiedad como en los casos anteriores sino para que el suministrado las aplique a su propio juicio, en lo que se encuentra similitud con la posesión del locatario.
- d) **Para uso.** El suministrado decide a su exclusiva determinación, como en el caso anterior, la forma concreta de utilización de la materia suministrada<sup>(40)</sup>.

## VIII. LA CAUSA Y EL OBJETO DEL SUMINISTRO

La **causa** del contrato está individualizada en el intercambio entre prestaciones periódicas o continuadas, destinadas a la satisfacción de una necesidad reiterada y durable y un cierto precio que constituye el correspondiente.

Tal causa es indiferente en cuanto a los **efectos**, que pueden ser:

- **Reales**, en la hipótesis de *suministros de consumo* (por ejemplo aprovisionamiento de gas, gasolina, energía eléctrica) en el cual las cosas que constituyen objeto del aprovisionamiento mismo son transferidas en propiedad al suministrado;
- **Obligatorias**, en la hipótesis de *suministro de uso* (ejemplo, provisión de botellas para la venta de bebidas, que deben ser restituidas) en los cuales, el objeto de la obligación es la prestación de hacer gozar.

La obligación del suministrante es la de poner a disposición del suministrado "cosas y servicios".

Lo expuesto lleva a preguntar si en general los bienes materiales o inmateriales constituyen objeto de contrato o si solamente puede recaer el contrato de suministro sobre las cosas.

(40) FARINA, JUAN N., *Contratos Comerciales Modernos*, t. 1, Ed. Astrea, 3ª edición, p. 47.

Messineo entiende como cosas *lato sensu* también el agua, frutos, combustibles, materiales de construcción, minerales, vestimenta, impresos, mercaderías, energía térmica, motriz o eléctrica<sup>(41)</sup>.

Comúnmente el objeto está constituido por *cosas consumibles* pero pueden ser no consumibles y aún no fungibles<sup>(42)</sup>.

De ordinario el objeto del suministro es transferido en propiedad pero cuando se tratare, *v.gr.*, de objetos determinados como medios de locomoción con prestaciones periódicas o *aprovisionamiento* de trajes o de muebles, *v.gr.*, a salas de espectáculos, restaurantes, etc., el suministro puede limitarse al uso o goce de la cosa<sup>(43)</sup>.

En doctrina italiana el suministro de cosas o de obras o servicios es alternativo porque, como se dijo *supra* el suministro de servicios constituye el denominado contrato de "*appalto*" pero a pesar de estar regulado en normas distintas, son tratados con marcada analogía en doctrina y jurisprudencia<sup>(44)</sup>.

En el Cód. Civ. Argentino el art. 2311 reza: "*Se llaman cosas en este código, los objetos materiales, susceptibles de tener un valor*", a su vez el artículo se integra con una segunda parte incorporada en la reforma según ley 17.711: "*Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación*".

Las cosas son objetos materiales susceptibles de valor; los objetos inmateriales susceptibles de valor y las cosas son en nuestro ordenamiento especies del género, *bienes* (Cód. Civ., art. 2311) y constituyen su patrimonio (C. Civ.: 2312).

(41) MESSINEO, FRANCISCO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. V. Relaciones Obligatorias Singulares. Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, t. 5, p. 150. BORBO, *La somministrazione*, Trattato Galgano; 1991, p. 268: pueden ser objeto de las prestaciones cosas muebles o inmuebles, comprendidas la energía natural (gas, electricidad), los títulos de crédito y entre ellos los representativos de mercadería. MIRABELLI, voce *Somministrazione*. 1) *Contratto di somministrazione*, enciclopedia Giuridica Italiana, 1993 p. 3: también un bien de propiedad pública en hipótesis en que el concesionario decidiera constituir una relación de derecho privado con un tercero no utilizando el instrumento la subconcesión (CCas, 29/11/2001- 15.190).

(42) FARINA, JUAN N., *Contratos Comerciales Modernos*, t. 1, Ed. Astrea, 3ª edición, p. 586; MARTORELL, ERNESTO EDUARDO, *Tratado de los Contratos de Empresa*, Ed. Depalma, Cap. XII, p. 606.

(43) FARINA, JUAN N., *Contratos Comerciales Modernos*, t. 1, Ed. Astrea, 3ª edición, p. 339; LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal Culzoni, cap. VII, p. 477: cuando se transfieren sin transmitir la propiedad ni la posesión es obligación a cargo del suministrado la restitución.

(44) CAGNASSO, *La Somministrazione*, Trattato Rescigno, 2000, p. 823, GIANNATTASIO, *Permuta estimatorio somministrazione*, Trattato Cicu, Messineo, 1974, 219.

## IX. FORMA Y PRUEBA

El contrato de suministro es por definición *consensual*. No requiere, en consecuencia formas para su celebración y está alcanzado por el principio general de libertad de las formas por lo que puede celebrarse en forma oral y por escrito e incluso resultar de la conducta de las partes en su relación negocial<sup>(45)</sup> pero cuando contuviere pacto de exclusividad o cláusula limitativa de la competencia su prueba requiere forma "*escrita*".

## X. PLAZO

La tendencia en el derecho comparado es la de establecer para el contrato de duración, consustancial al suministro, un plazo diferenciado según se tratare de frutos o productos del suelo o del subsuelo<sup>(46)</sup>. En

(45) BERCOVITZ ALVAREZ, RAÚL, *Contratos mercantiles*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, t. 1, p. 551; COTTINO, *Somministrazione*, Commentario Scialoja e Branca — Galgano —, 1970-125; CAGNASSO, *La somministrazione nel sistema dei tipi contrattuali*, Trattato Rescigno, 1983-406, GIANNATTASIO, *Permuta estimatorio somministrazione*, Trattato Cicu-Messineo, 1974, p. 234. RUDAM BRICOLA, *Il contratto di somministrazione*, GS BIG, 1972 p. 373: el contrato de suministro puede ser estipulado oralmente (con cita del fallo del Tribunal de Nápoles del 20 de enero de 1956) o *per facta concludentia* esto es resultar de los actos o conductas de las partes en la relación negocial (con cita del Tribunal de Turín del 19 de junio de 1989 en Rassegna Giuridica dell'Energia Elettrica 1990, 793). En jurisprudencia italiana se ha decidido que se requiere la forma escrita (*ad probationem*) en el caso de suministro entre empresarios en los cuales se encuentre inserta una cláusula limitativa de la concurrencia. Pero tal solución no es pacífica (así RESCIGNO, PIETRO *Codice Civile*, Giuffré editore, t. I, p. 264, n° 4. si la cláusula de exclusividad está pactada a favor de un tercero no son consideradas cláusulas accesorias al contrato por lo que deviene inaplicable la exigencia de la forma escrita *ad probationem* (Tribunal de Milán, 5/10/1984, Giurisprudenza annotata di Diritto Industriale, 1985, 246). La forma de celebración no incide en la forma de realización de los completos pedidos del suministrado que pueden ser realizados por un representante habilitado o por un empleado (Fallos del SAP Barcelona, Sec. 1ª, 17/3/2008 JUR 2008, n. 151916 y 157900, citados por BERCOVITZ ALVAREZ, RAÚL, *Contratos mercantiles*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, t. 1, p. 551 § 4).

SC Buenos Aires, 16/02/2005, Ferreti, Mario Gustavo c. Operadora de Estaciones de Servicio SA s/ cobro de pesos e indemnización de daños y perjuicios. En el contrato de suministro la forma escrita no es necesaria (arts. 974, 1182 y cc., Código Civil) y tampoco lo es el plazo determinado.

(46) Norma reiterada en el proyecto de comisión 468/92, con una reducción a 20 años, que no existe en el Código italiano.

Proyecto de la comisión 685/95. Artículo 1111 - *Plazo máximo*. El contrato de suministro puede ser convenido por un plazo máximo de veinte años, si se trata de frutos o productos del suelo o del subsuelo, con proceso de elaboración o sin él, y

nuestro ordenamiento las partes deben pactarlo en el contrato. El preaviso es posible que se pacte por tiempo indefinido lo que ocurrirá cuando no se haga referencia al tiempo en el contrato. En esta hipótesis la interrupción o rescisión impone el preaviso por aplicación de las reglas de buena fe<sup>(47)</sup>.

Cuando el contrato no tuviere plazo cada parte podría rescindirlo en forma unilateral, según lo expuesto *supra*, con preaviso o cargo de indemnizar si no lo hiciere, en cuyo caso la rescisión se conceptúa intempestiva o de mala fe<sup>(48)</sup>.

El proyecto de Unificación de 1987 determinaba un plazo de 30 años si se trataba de frutos o productos del suelo o del subsuelo con proceso de elaboración o sin él, y de 10 años en los demás casos. En la mayoría de los casos los plazos se contrarían desde el comienzo de las entregas (art. 1362). En el proyecto de la comisión 468/92 se establecía un plazo de duración no superior a 20 años. El Proyecto de la comisión 685/95 establece un plazo máximo de 20 años tratándose de frutos o de productos del suelo o del subsuelo, con proceso de elaboración o sin él y en los demás casos de 10 años contados a partir de la primera entrega (art. 1111). En el código italiano no se establece plazo determinándose que cuando se tratare de contrato por tiempo indeterminado cualquier parte puede rescindirlo con preaviso en el término en que se hubiere pactado el mismo

de diez años en los demás casos. El plazo máximo se computa a partir de la primera entrega ordinaria.

El Proyecto de Unificación estableció que el suministro puede ser convenido por un plazo máximo de treinta años si se trata de frutos o productos del suelo o del subsuelo, con proceso de elaboración o sin él, y de diez años en los demás casos. Algunos plazos comenzarán a contarse desde el comienzo de las entregas ordinarias (art. 1362). Esta solución es general en el Derecho Comparado, conforme lo señala el proyecto de la comisión creada por decreto 468/92, art. 997, al citar los Códigos italiano y peruano.

(47) BERCOVITZ ALVAREZ, RAÚL, *Contratos mercantiles*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, t. 1, p. 557.

(48) FARINA, *Rescisión y resolución de contratos*, p. 242 y *Contratos Comerciales Modernos*, op. cit., p. 540 con cita del fallo CNCom., E, 30/3/89, JA, 1990-2-152: en el caso reclamó la actora la ganancia o renta que hubiere obtenido por un período mínimo de preaviso en razón de la rescisión unilateral del suministrado y lo calculó multiplicando el importe de cada comida (se trataba de contrato de suministro de servicio alimenticio para empresas), por la cantidad de comensales durante 20 días hábiles de un mes. La Cámara decidió que la actora no tiene derecho a percibir como lucro cesante el precio de los alimentos que no preparó y la mano de obra que reclamó en otro rubro sino la ganancia de que se vio privado por la privación del servicio entendiendo que el daño es exclusivamente el lucro cesante que debe calcularse sobre la base del beneficio promedio en los dos meses anteriores a la ruptura.

o en su defecto según usos, en término razonable teniendo en cuenta la naturaleza del suministro (art. 1569)<sup>(49)</sup>.

Es aplicable al caso la norma general que aplica al suministro, en cuanto compatibles, las reglas que disciplinan el contrato al que corresponda cada prestación (art. 1570)<sup>(50)</sup>.

El CCCU establece:

**Artículo 1177.— Plazo máximo.** *El contrato de suministro puede ser convenido por un plazo máximo de VEINTE (20) años, si se trata de frutos o productos del suelo o del subsuelo, con proceso de elaboración o sin él, y de DIEZ (10) años en los demás casos. El plazo máximo se computa a partir de la primera entrega ordinaria.*

## XI. LA DURACIÓN DEL CONTRATO

El contrato de suministro *no puede tener duración indefinida: puede ser a "termino"* (periódico o continuado) (CCCU 1176) o a *"tiempo indeterminado"* (CCCU 1183) (en este último caso es concedida a cada una de las partes la facultad de receso previo oportuno aviso) (art. 1183).

Como en todos los contratos de duración, toda vez que las partes convengan que en caso de falta de aviso de resolución al vencimiento del contrato, que la relación se prolonga por el tiempo que se determine en el contrato (llamado *"pactum renovando"*) la renovación tiene efecto de cláusula contractual y la relación prosigue en las condiciones inicialmente establecidas. Si en cambio falta la cláusula no obstante lo cual, las partes después del vencimiento manifiestan hechos concluyentes la voluntad de continuar la relación, ésta prosigue por tácito acuerdo según el principio general codificado en los artículos 1597, 1677, 1899 (Casación, 28 de julio 2005)

El CCCU establece:

**Artículo 1183.— Contrato por tiempo indeterminado.** *Si la duración del suministro no ha sido establecida expresamente, cualquiera de las par-*

(49) Cód. Civ. Italiano: **Art. 1569.- Contrato por tiempo indeterminado.-** Si la duración del suministro no se hubiere establecido, cada una de las partes puede rescindir el contrato, dando preaviso dentro del término pactado o en el establecido según usos o, en defecto, en un término razonable teniendo en cuenta la naturaleza del suministro.

(50) Cód. Civ. Italiano: **Art. 1570.- Reenvío.-** Se aplican al suministro, en cuanto compatibles con las disposiciones que preceden, también las reglas que disciplinan el contrato al que corresponda a cada prestación.

tes puede resolverlo, dando aviso previo en las condiciones pactadas. De no existir pacto se aplican los usos. En su defecto, el aviso debe cursarse en un término razonable según las circunstancias y la naturaleza del suministro, que en ningún caso puede ser inferior a SESENTA (60) días.

## XII. EL PLAZO PARA CADA PRESTACIÓN PERIÓDICA

Uno de los aspectos conflictivos que resultan de la peculiar naturaleza del contrato de suministro es el de la regularidad de las prestaciones en los casos de suministro de carácter periódico. La situación es tratada en el Código de Comercio de Colombia determinando que si las partes fijan el plazo para cada prestación se necesitará el consenso para su modificación. En las hipótesis en que se difiera a una parte la época en que cada prestación debe efectuarse, situación ésta que de ordinario se atribuye al suministrado que es el que necesita la provisión de la cosa o bien, éste está obligado a dar preaviso con tiempo prudencial de la fecha en que debe cumplirse la correspondiente prestación, constituyendo éste uno de los elementos característicos de la naturaleza del contrato que lleva a denominarlo, como de "colaboración"<sup>(51)</sup>.

En el Cód. Civ. italiano el término para cada prestación se presume pactado en interés de las partes y cuando el suministrado tiene la facultad de determinar el vencimiento de cada prestación debe informar al suministrante con razonable antelación (art. 1563)<sup>(52)</sup>.

(51) Código de Comercio de Colombia: **Art. 969 Cuantía del suministro:** "Para establecer la cuantía del suministro si las partes no lo hubieren fijado en cantidad determinada o señalado las bases para determinarla, se aplicarán las siguientes reglas: 1. Si las partes han fijado un límite máximo y uno mínimo para el total del suministro o para cada prestación, corresponderá al consumidor determinar, dentro de tales límites, la cuantía del suministro; 2. Si las partes han fijado solamente un límite máximo corresponderá al consumidor determinar la cuantía, sin exceder dicho máximo; 3. Si las partes se remiten a la capacidad de consumo o a las necesidades ordinarias y señalan un mínimo, el consumidor podrá exigir las cantidades que su capacidad de consumo u ordinarias necesidades le impongan, pero estará obligado a recibir el mínimo fijado. Por su parte el proveedor deberá prestar dichas cantidades o el mínimo, según el caso, y 4. Cuando la cuantía del suministro no haya sido determinada, se entenderá que las partes han pactado aquella que corresponda al ordinario consumo o a las normales necesidades del consumidor, salvo la existencia de costumbre en contrario. La capacidad o la necesidad ordinarias de consumo serán las existentes en el momento de efectuarse el pedido".

El conflicto respecto del preaviso es decidido, en el sistema establecido por el Código de Comercio de Colombia, en procedimiento verbal y con peritos (art. 972).

(52) Codice Civile It.: **Art. 1563.- Vencimiento de cada prestación.-** El término establecido para cada prestación se presume pactado en interés de ambas partes.

## XIII. DETERMINACIÓN DE LAS CANTIDADES (PRESTACIONES DE COSAS O SERVICIOS)

La prestación debe ser **determinada o determinable**, en su globalidad o en los casos singulares, pero raramente en la práctica se establece con exactitud y precisión la entidad de la provisión o suministro (se usa indicar solamente las cantidades mínimas y máximas). Si nada se dice, de todas maneras se entiende pactada la cantidad correspondiente a la **normal necesidad del suministrado al tiempo de la conclusión del contrato** (Pr.CCCU: art. 1178).

Frecuentemente en la práctica, en el llamado suministro con el compromiso de potencia usual en el suministro de energía eléctrica en el que el suministrante pone a disposición del suministrado una determinada cantidad de cosas a consumir según las exigencias, se fija una compensación aparte por la "disponibilidad acordada".

Es un elemento fundamental del contrato la determinación de la cantidad o cuantía del suministro en las entregas la cual puede fijarse en forma directa o bien, en su defecto, establecer la forma o procedimiento para su modo de determinación.

El suministrado procura, una notaria flexibilidad de los bienes que necesita, ello así porque tiene que desarrollar una actividad y el bien suministrado debe guardar relación con dicha actividad, por lo cual se hace referencia de ordinario a las "necesidades normales" cada vez que se procure determinar la cantidad del suministro.

La naturaleza de la necesidad es de ordinario contingente, mutable, no regular, y esto puede resultar conflictivo porque, correspondiendo la interpretación de la cantidad o cuantía del contrato al arbitrio del suministrado el proveedor no podrá demostrar que requiere cantidades distintas a las que satisfarán su verdadera necesidad.

Es de práctica entonces la estipulación de extremos de máxima y de mínima con lo que se obtiene una cierta adecuación en forma que el pedido del suministrado con respecto a su capacidad productiva guarde también cierto correlato con las previsiones que en orden al cumplimiento del contrato debe ejecutar el proveedor. Así el suministrado no podrá exceder del límite máximo ni tampoco realizar pedidos por debajo del mínimo. Cuando el suministrado incumpliera el mínimo será entonces responsable de los daños que razonablemente sufriría el suministrador por la falta de colocación de los productos fabricados y que no

Si el suministrado tiene la facultad de fijar el vencimiento de cada prestación, debe comunicar la fecha al suministrante con un razonable preaviso.



hubieren sido absorbidos en los pedidos realizados por el suministrado. Inversamente no constituye incumplimiento del suministrador la falta de suministro por encima de su capacidad para hacer frente a los pedidos máximos pactados.

Cuando el contrato no estipulase la cantidad de prestaciones a cargo del suministrante durante períodos determinados, corresponderá atender a las necesidades normales del suministrado que es en beneficio de quien están pactadas las entregas. El contrato puede prever cantidades máximas y mínimas y teniendo en cuenta lo expuesto *supra* el suministrado tiene la potestad de determinar dentro de los límites las cantidades correspondientes o, en su caso, si estuviere establecido un mínimo, las que correspondieren entre ese mínimo y las necesidades normales, siempre con referencia al tiempo del contrato<sup>(53)</sup>.

El CCCU regula esta materia:

**Artículo 1178.— Cantidades.** *Si no se conviene la entidad de las prestaciones a ser cumplidas por el suministrante durante períodos determinados, el contrato se entiende celebrado según las necesidades normales del suministrado al tiempo de su celebración.*

*Si sólo se convinieron cantidades máximas y mínimas, el suministrado tiene el derecho de determinar la cantidad en cada oportunidad que corresponda, dentro de esos límites. Igual derecho tiene cuando se haya establecido solamente un mínimo, entre esta cantidad y las necesidades normales al tiempo del contrato.*

#### XIV. CLÁUSULA DE VARIACIÓN: AVISO

El principio de colaboración impone que si las cantidades fueren variables en cuanto a períodos u oportunidades las partes deben dar aviso de las modificaciones. En el caso del suministrado de sus necesidades de recepción y en el caso del suministrante respecto de las posibilidades de entrega, ambos con una anticipación suficiente en orden a la previsión de los recaudos necesarios para operar eficientemente la relación contractual<sup>(54)</sup>.

(53) BERCOVITZ ALVAREZ, RAÚL, *Contratos mercantiles*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, t. 1, p. 555.

(54) El proyecto de la comisión 685/95 establece: **Artículo 1112 - Cantidades.** *Si no se conviene la cantidad de las prestaciones a ser cumplidas por el suministrante durante períodos determinados, el contrato se entiende celebrado según las necesidades normales del suministrado al tiempo de la celebración del contrato. Si sólo se convinieron cantidades máximas y mínimas, el suministrado tiene el derecho de determinar la cantidad en cada oportunidad que corresponda, dentro de esos lími-*

La legislación colombiana (Código de Comercio) establece que si las partes no hubiesen fijado la cuantía de suministro se aplicarán reglas de interpretación establecidos en la ley tendiente a su determinación. A saber: 1) si las partes fijaren un límite máximo y mínimo para el total o para cada prestación, el suministrado debe determinar dentro de tales límites la cuantía del suministro. Esto porque es el suministrado el destinatario de los objetos que el suministrante debe proveer y sólo él y en función de sus necesidades se pacta el suministro. 2) Si las partes hubieren fijado solamente un límite de máxima, el suministrado determinará la cuantía pero sin poder exceder dicho máximo. 3) Cuando las partes en el contrato hubieren referido la determinación del precio a la "capacidad de consumo" o a las "necesidades ordinarias" y señalan un mínimo, el suministrado está facultado para exigir las cantidades correspondientes a su capacidad de consumo o necesidades ordinarias pero no podrá negarse a recibir menos del límite mínimo. 4) En hipótesis en que no existiere determinación contractual de la cuantía se entiende en definitiva que las partes pactaron las que corresponden al "consumo ordinario" o "normales necesidades del suministrado", al momento de efectuarse el pedido. En esta hipótesis recae sobre el suministrador la carga probatoria de costumbres diversas a las demandas o requerimientos del suministrado<sup>(55) (56)</sup>.

tes. Igual derecho tiene cuando se haya establecido solamente un mínimo, entre esta cantidad y las necesidades normales al tiempo del contrato.

**Artículo 1113 - Aviso.** *Si las cantidades a entregar en cada período u oportunidad pueden variarse, cada parte debe dar aviso a la otra de la modificación en sus necesidades de recepción o posibilidades de entrega, en la forma y oportunidades que pacten. No habiendo convención, debe avisarse con una anticipación que permita a la otra parte prever las acciones necesarias para una eficiente operación.*

(55) Cod. Civ. italiano: **Art. 1560. Entidad del suministro.**- *Toda vez que no esté determinada la entidad del suministro, se entiende pactada aquella correspondiente a las normales necesidades de la parte que tiene derecho al suministro, teniendo en cuenta el tiempo de la celebración del contrato. Si las partes han establecido solamente el límite máximo y el mínimo por todo el suministro, o para cada prestación, corresponde al suministrado establecer, dentro de los límites arriba dichos, la cantidad debida. Si la entidad del suministro debe determinarse en relación a los requerimientos y se ha establecido una cantidad mínima, el suministrado tiene derecho al suministro por la cantidad correspondiente a sus necesidades si estas superan el mínimo.*

(56) Código de Comercio de Colombia: **Art. 969. Cuantía de suministro.**- *Para establecer la cuantía del suministro si las partes no lo hubieren fijado en cantidad determinada o señalado las bases para determinarla, se aplicarán las siguientes reglas: 1. Si las partes han fijado un límite máximo y uno mínimo para el total del suministro o para cada prestación, corresponderá al consumidor determinar, dentro de tales límites, la cuantía del suministro; 2. Si las partes han fijado solamente un límite máximo corresponderá al consumidor determinar la cuantía, sin exceder dicho máximo; 3. Si las partes se remiten a la capacidad de consumo o a las necesidades ordinarias y señalan*

El CCCU propone:

**Artículo 1179.— Aviso.** *Si las cantidades a entregar en cada período u oportunidad pueden variarse, cada parte debe dar aviso a la otra de la modificación en sus necesidades de recepción o posibilidades de entrega, en la forma y oportunidades que pacten. No habiendo convención, debe avisarse con una anticipación que permita a la otra parte prever las acciones necesarias para una eficiente operación.*

### XV. OBLIGACIONES DEL SUMINISTRADOR: LAS ENTREGAS

La obligación principal es la de entregar las cosas en propiedad o en uso según fuere pactado y *en todo momento* en que le sean requeridas. La obligación de entrega puede ser periódica y en momentos determinados: en horas, días o meses e importa un deber de colaboración del suministrante para atender los pedidos del suministrado. De ordinario se pacta la entrega periódica pero ello no excluye la entrega a pedido del suministrado.

El aludido Proyecto de unificación de 1987 determinaba que el contrato se entenderá realizado según las necesidades normales del suministro al momento de celebración y si sólo se convinieron cantidades máximas y mínimas debe presumirse que dentro de esos límites la determinación de la cantidad corresponde al suministrado (art. 1363)<sup>(57)</sup>.

Si bien es obligación del suministrador (proveedor) la entrega en propiedad o en uso del objeto o servicios materia de suministro subyace, como común denominador prevaleciente sobre cualquier aspecto del contrato, su naturaleza de vínculo de colaboración el que constituye la línea orientativa de la obligación de entrega o del uso dirigida a la necesidad del suministrado cuya dirección focaliza la finalidad económica del contrato. La colaboración debida se concreta en la disposición del suministrante para los requerimientos del suministrado en orden a la concreción puntual, periódica o contra requerimiento, de la obligación de entrega. Es obligación del suministrante la actividad positiva que ase-

*un mínimo, el consumidor podrá exigir las cantidades que su capacidad de consumo u ordinarias necesidades le impongan, pero estará obligado a recibir el mínimo fijado. Por su parte el proveedor deberá prestar dichas cantidades o el mínimo, según el caso, y 4. Cuando la cuantía del suministro no haya sido determinada, se entenderá que las partes han pactado aquella que corresponda al ordinario consumo o a las normales necesidades del consumidor, salvo la existencia de costumbre en contrario. La capacidad o la necesidad ordinarias de consumo serán las existentes en el momento de efectuarse el pedido.*

(57) LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal Culzoni, cap. VII, p. 478.

gure tal entrega en las condiciones, calidad y tiempo, requeridas por el suministrado. Es también obligación del suministrante la información al suministrado en orden a todas las modalidades del contrato en orden a su cumplimiento y en particular, defectos de la cosa —o uso en su caso— o cualquier otro tipo de modificación, incluso el preaviso de imposibilidad de cumplimiento evitando el daño de una interrupción intempestiva.

Al igual que el vendedor en la compra-venta el suministrante está sometido a la obligación de entrega y saneamiento por evicción o vicios ocultos de la materia objeto del contrato siendo aplicables la regulación de la compra venta. El incumplimiento en la provisión autoriza al suministrado a reclamar o la resolución (art. 1204 Cód. Civ.) o hacerlo cumplir por otro (art. 505 Cód. Civ.)<sup>(58)</sup>.

Es frecuente la estipulación de garantía por parte del proveedor o suministrante lo que permite una gestión ágil en sustitución del procedimiento del ordenamiento sobre saneamiento por vicios ocultos. En tal caso las cláusulas establecen plazo y medio de notificación de defectos, forma y plazo de evolución de las unidades, y de sustitución o devolución del precio por parte del suministrador.

Por tratarse de un contrato de duración es una nota típica de las obligaciones del suministrador mantener a disposición del suministrado la materia o servicio objeto del contrato. Además de la puntualidad en los plazos el contrato de suministro pone a cargo del suministrador la disposición de abastecer un nuevo pedido. Por tal motivo, los contratos de suministro contienen de ordinario cláusulas de exoneración de responsabilidad del suministrador en hipótesis de desastres naturales, huelgas generales, guerra o cualquier otro acontecimiento respecto del cual carece de posibilidad de control<sup>(59)</sup>.

### XVI. LAS OBLIGACIONES DEL SUMINISTRADO:

#### PAGAR EL PRECIO

Su "obligación nuclear" —al decir de Lorenzetti— es la de pagar el precio. En doctrina en consecuencia el tópico está tratado con explícita referencia al precio. El mismo debe determinarse con referencia ya fuere al conjunto de las prestaciones que se realizarán durante el tiempo del contrato (de duración) o bien por cada prestación aislada. Esta última modalidad de pago es propia de los suministros periódicos y en este tipo es el

(58) LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal Culzoni, cap. VII, p. 508; CNCiv., Sala B, 14/02/75, ED 63-378.

(59) BERCOVITZ ALVAREZ, RAÚL, *Contratos mercantiles*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, t. 1, p. 560.

suministrado el que en sus requerimientos o pedidos expone la cantidad y frecuencia. En cambio, cuando las prestaciones son de tipo continuado (agua, gas, energía), el precio y su pago se fracciona en períodos quincenales o mensuales<sup>(60)</sup>.

El precio puede determinarse como fijo o bien variable. En el primer caso el suministrado se cubre respecto de eventuales aumentos, en cambio en el segundo el suministrador diluye el riesgo de un precio fijo respecto del objeto de la prestación a su cargo que todavía no ha adquirido, cuando se tratare de entrega de cosas o que todavía no hubiese prestado (si se refiriere a servicios).

Cuando el suministro es continuado es usual la emisión de facturas periódicas, y su monto es proporcional al consumo efectuado (*v. gr.* cuando se tratare *de* gas, agua o electricidad). El contrato admite posibilidad de revisión por excesiva onerosidad sobreviniente aunque no estuviera prevista en el contrato y conforme a la regulación del ordenamiento de fondo<sup>(61)</sup>. Cuando se trata de suministrante concesionario del servicio público el precio es tarifado y sometido al control del organismo concedente<sup>(62)</sup>.

Cuando en el contrato no se fija el precio es aplicable el art. 458 del Cód. Com., debiendo entenderse que las partes se sujetaron al precio corriente en el día y lugar de la entrega y en el caso de que hubiese diversidad de precios deberá determinarse un precio promedio (art. 450 Cód. Com.).

## XVII. EL PRECIO (TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN)

La doctrina en sus primeras investigaciones conceptuó al contrato de suministro, como sometido a un precio fijo lo que "transforma la operación en aleatoria y, en consecuencia la suba o baja de valor no autoriza la rescisión del contrato"<sup>(63)</sup>.

La indeterminación del precio no es en el consenso de la doctrina actual conceptuado como determinante de nulidad de contrato. Más

(60) BERCOVITZ ALVAREZ, RAÚL, *Contratos mercantiles*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, t. 1, p. 558.

(61) Ver *supra* cap. XVII.

(62) FARINA, JUAN N., *Contratos Comerciales Modernos*, t. 1, Ed. Astrea, 3ª edición § 341.

(63) ZAVALA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, t. II, p. 28 cita en ese sentido el fallo de la Cám. Fed de Córdoba del 27/6/1960 que rechazó la pretensión del suministrante de productos alimenticios a Institutos Aeronáuticos Militares de cobrar sobreprecio sobre lo establecido en la licitación con carácter invariable desconociendo así la relevancia del aumento del valor de dichos artículos. No obstante en el caso, debe advertirse la connotación administrativa del contrato.

aún, no aparece conveniente señalar el precio definitivo porque tratándose de un impacto de duración el valor de las cosas o de los servicios fluctúan, generalmente en ascenso durante el periodo de la prestación continuada por lo que es conveniente la determinación de las reglas o procedimientos de ajuste<sup>(64)</sup>.

Conceptúa que tanto en relación a su determinación, como a las condiciones de pagos y a los otros requisitos se aplica el régimen de la compra venta. Esta solución aparece compatible con su enseñanza en torno a la aplicación supletoria de dicha normativa<sup>(65)</sup>.

Si no está determinado las partes pueden establecer el procedimiento para su determinación y pueden en tal caso referirse al todo o a cada prestación. Constituye presunción que las partes "aceptan el precio medio que las cosas o servicios suministrados tengan en el lugar y en el día de cumplimiento de cada prestación, o en el domicilio del consumidor si las partes se encuentran en lugares distintos"<sup>(66)</sup>.

El proyecto de unificación de 1993 de la comisión 685/95 establece que: "A falta de convención o uso en contrario, en las prestaciones singulares, el precio: a) Se determina según el precio de prestaciones similares que el suministrante efectúe en el tiempo y lugar de cada entrega, si la prestación es de aquellas que hacen a su giro ordinario de negocios o modo de vida; b) En su defecto, se determina por el valor corriente de plaza en la fecha y lugar de cada entrega; c) Debe ser pagado dentro de los primeros diez días del mes calendario siguiente a aquel en que ocurrió la entrega" (art. 115).

En caso de mora en la entrega por parte del suministrador se toma el precio del día en que haya debido cumplirse la prestación. Si las partes

(64) ARRUBLA PAUCARD, JAIME ALBERTO, *Contratos Mercantiles*, Ed. Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 1998, t. I, 2ª edición, p. 233.

(65) LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal Culzoni, cap. VII, p. 480.

(66) ARRUBLA PAUCARD, JAIME ALBERTO, *Contratos Mercantiles*, Ed. Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 1998, t. I, 2ª edición, p. 2133, MARTORELL, ERNESTO EDUARDO, *Tratado de los Contratos de Empresa*, Ed. Depalma, cap. XII, p. 607; BERCOVITZ ALVAREZ, RAUL, *Contratos Mercantiles*, Ed. Aranzadi, Thomson Reuters, t. I, p. 529. Los tribunales españoles muestran una jurisprudencia homogénea contraria a modificar las condiciones originarias cuando el contrato no hubiere introducido las denominadas cláusulas de revisión o de actualización del precio. Tribunal Supremo Sala Primera 3/10/1990-RJ 1990, 7467. En el suministro continuado el precio se determina según la cantidad del producto o cosa transmitida medido en el correspondiente aparato contador que es aportado de ordinario por el suministrante para evaluar las prestaciones servidas por el suministrador.

señalan precio para una prestación determinada tal precio constituye presunción para las demás de la misma especie<sup>(67)</sup>.

Cuando el suministro fuera periódico el precio debe establecerse *por cada prestación* guardando proporción a la cuantía y las partes pueden determinar la forma de pago y en caso de silencio debe ser realizado en el acto de ejecución de cada prestación.

En cambio cuando el suministro fuere continuo, salvo pacto que determine expresamente la forma de pago, ésta deberá hacerse según la costumbre del lugar de la prestación. Si el suministro fuese diario será conceptuado con las reglas aplicables al suministro de carácter continuo<sup>(68)</sup>.

El CCCU establece:

**Artículo 1181.— Precio.** *A falta de convención o uso en contrario, en las prestaciones singulares, el precio:*

*a) se determina según el precio de prestaciones similares que el suministrante efectúe en el tiempo y lugar de cada entrega, si la prestación es de aquéllas que hacen a su giro ordinario de negocios o modo de vida;*

*b) en su defecto, se determina por el valor corriente de plaza en la fecha y lugar de cada entrega;*

*c) debe ser pagado dentro de los primeros DIEZ (10) días del mes calendario siguiente a aquél en que ocurrió la entrega.*

### XVIII. ONEROSIDAD SOBREVINIENTE

No obstante que las partes estipularan que el precio del suministro sería invariable, a mérito de previsiones expresas del pliego de bases y

(67) Código de Comercio de Colombia: **Art. 970.— Determinación del precio.** "Si las partes no señalan el precio del suministro, en el todo o para cada prestación, o no fijan en el contrato la manera de determinarlo sin acudir a un nuevo acuerdo de voluntades, se presumirá que aceptan el precio medio que las cosas o servicios suministrados tengan en el lugar y el día del cumplimiento de cada prestación, o en el domicilio del consumidor, si las partes se encuentran en lugares distintos. En caso de mora del proveedor, se tomará el precio del día en que haya debido cumplirse la prestación. Si las partes señalan precio para una prestación, se presumirá que convienen igual precio para las demás de la misma especie".

(68) Código de Comercio de Colombia: **Art. 971.— Pago del precio.** "Si el suministro es de carácter periódico, el precio correspondiente se deberá por cada prestación y en proporción a su cuantía, y deberá pagarse en el acto, salvo acuerdo en contrario de las partes. Si el suministro es de carácter continuo, el precio deberá pagarse de conformidad con la costumbre, si las partes nada acuerdan sobre el particular. El suministro diario se tendrá por continuo".

condiciones, la procedencia de reajustes destinados a paliar la onerosidad sobreviniente de un contrato depende, inexcusablemente, de que se alegue y pruebe en forma concluyente que el quebranto o trastorno causado por un alza de precios, razonablemente imprevisible, haya superado el "alea normal" de los negocios.

En el *Codice Civile* italiano la cuestión está regulada respecto del suministro periódico<sup>(69)</sup>, estableciendo que el precio debe ser determinado según las normas del art. 1474 C.Civ. que en materia del contrato de venta establece que si el contrato tiene por objeto cosas que el vendedor vende en forma habitual y no se ha convenido el precio ni el modo de determinarlo es establecido en sede judicial y se presume que las partes se han referido al "*precio normalmente usado por el vendedor*", con lo cual la regla que remite al precio del bien que aplica en su actividad el vendedor, en el caso del contrato de suministro significa remitir al precio que en el mercado coloca su producto el suministrador<sup>(70)</sup>.

### XIX. EL DEBER DE "COLABORACIÓN"

Independientemente de las obligaciones contractuales implícitas o explícitas la naturaleza del contrato de suministro impone especialmente al suministrado deberes colaterales "de colaboración", propios del comprador y en forma correspectiva el suministrador también tiene la carga de informar sobre los defectos de la cosa como presupuesto para ejercitar la garantía<sup>(71)</sup>.

### XX. PACTO DE PREFERENCIA

Consiste en la obligación de una parte de dar preferencia a la otra para la celebración de un eventual contrato de servicio ulterior, generalmente tratándose del mismo género de mercaderías o servicios. La preferencia se pacta a favor del suministrante ante oferta de otro con iguales condi-

(69) *Codice Civile* it.: **Art. 1561.— Determinación del precio.** En el suministro periódico, si el precio debe ser determinado según norma del art. 1474, se realiza en consideración al tiempo del vencimiento de cada prestación y al lugar en que éste debe ser cumplida.

**Art. 1562.— Pago de precio.** En el suministro periódico, el precio corresponde al acto de cada prestación y en proporción a cada uno de ellas. En el suministro continuado el precio es pagado según los plazos de uso.

(70) CAGNASSO, *La somministrazione nel sistema dei tipi contrattuali*, Tr. RES., 1983 p. 414, Corte de Casación 27 de abril de 1979, 2454.

(71) LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal Culzoni, cap. VII, p. 480: también ello está previsto en el Proyecto de Unificación de 1987. SC Buenos Aires, 02/03/1999, Sisteco Sistemas de Computación S.A c. Provincia de Buenos Aires - B. 52.880, LLBA, 1999-457.

ciones. También queda abarcado por el pacto de preferencia una cláusula que determine que si al momento de extinción del contrato, el suministrador decide continuar con el suministro de esos bienes o servicios deberá preferir al suministrado en igualdad de condiciones ofrecidas por terceros.

En nuestros antecedentes el Proyecto de reforma de la **Comisión 685/1995** reguló el pacto de preferencia contemplando la hipótesis de una empresa suministradora a varios suministrados en imposibilidad de abastecer a todos y determina que la preferencia corresponderá sólo cuando en el respectivo contrato se hubiere establecido la cláusula de preferencia.

Observa Lorenzetti que la cláusula presenta problemas porque el suministrador puede haberse sometido a ellas en varios contratos desconocidos por los terceros contratantes por el suministrado, quienes, de haberla conocido eventualmente no habrían contratado. El proyecto de unificación de la **Comisión 468/1992** determina por ello otra solución: la inscripción en el registro público pone límite temporal a las cláusulas de preferencia.

Mientras no se incorpore una normativa como la aconsejada en los proyectos u otra corresponde aplicar el subyacente común denominador del principio de buena fe, art. 1198 Cód. Civ., por lo que el suministrador-proveedor, que contrata el suministro con una empresa (suministrada), debe advertirle que tiene un contrato de suministro con pacto de preferencia con otra empresa, solución está prevista en el derecho italiano<sup>(72)</sup>.

El pacto de preferencia tiene sentido solamente cuando el contrato de suministro se realiza con cláusula o pacto de exclusividad y significaría algo así como un derecho de tanteo respecto del mismo. Su operatividad requiere que la parte que otorga la preferencia notifique al que ejercita el derecho su intención de contratar nuevamente, notificando la oferta del tercero y sus condiciones para que el suministrado ejercite su derecho de igualar la oferta<sup>(73)</sup>.

(72) Cód. Civ. italiano. **Art. 1566.- Pacto de Preferencia.**- *El pacto por el cual el suministrado se obliga a dar preferencia al suministrante en la contratación de un sucesivo contrato con el mismo objeto, es válido en tanto la duración de la obligación no exceda el término de 5 años. Si está convenido un término mayor, éste se reduce a 5 años. El suministrado debe comunicar al suministrante las condiciones propuestas por terceros y el suministrante debe declarar, bajo pena de caducidad, dentro del término establecido o, la falta del mismo, en cual requerimiento de las circunstancias o de los usos, se entiende valerse del derecho de preferencia.*

(73) **El Proyecto de la Comisión 685/95 dice: Artículo 1116 - Pacto de preferencia.** El pacto mediante el cual una de las partes se obliga a dar preferencia a la otra en la celebración de un contrato sucesivo relativo al mismo o similar objeto, sólo

No existe en nuestro derecho regulación al respecto. Podría aplicarse analógicamente la normativa establecida por la Ley de Sociedades Comerciales a favor del socio de la SRL en orden a la cesión de cuotas a terceros (art. 153 y ss).

En el Código Civil italiano el pacto de preferencia está definido como aquel en virtud del cual el suministrado se obliga a dar preferencia al suministrante en caso de un sucesivo contrato con el mismo objeto y es válido solo en tanto la duración de la obligación no exceda de 5 años.

Esta permitido por la ley (CCCU: art. 1182) y es frecuente en la práctica y significa restricciones negociales pactadas de la competencia en sentido muy amplio: (así MINERVINI) aunque dure como máximo no más allá de los 5 años, el pacto con el que el suministrado se obliga a dar preferencia al suministrante (en paridad de condiciones) toda vez ello acontezca en la estipulación de un sucesivo contrato de suministro por el mismo objeto.

*Del pacto de preferencia deriva para el suministrado la obligación de comunicar al suministrante las condiciones del pacto con terceros; el suministrante a su vez deberá comunicar dentro del término establecido o bien de uso si entiendo o no valerse del derecho de preferencia.*

En el Código Civil Italiano, aunque está solo previsto en interés del suministrado la mayor parte de los autores afirma que la preferencia puede ser atribuida también al suministrado pero no obstante, no siendo esto comprendido en la formulación del art. 1566 que lo incluye solo en beneficio del suministrante (Cottino, Corrado, Mirabelli).

El CCCU permite el pacto de preferencia reproduce, en el art. 1182 reproduciendo el art. 1116 (o 116) de la Comisión 685/1995 pero reduciendo el plazo de 5 años a 3 años:

**Artículo 1182.— Pacto de preferencia.** *El pacto mediante el cual una de las partes se obliga a dar preferencia a la otra en la celebración de un*

puede originar un nuevo contrato por un máximo de cinco años, por una sola vez. La parte que desee contratar con terceros el reemplazo total o parcial del suministro cuyo plazo ha expirado o expirará en fecha próxima, debe dar aviso a la otra de las condiciones en que proyecta contratar con terceros, en la forma y condiciones pactadas en el contrato. La otra parte debe hacer uso de la preferencia, haciéndolo saber según lo acordado. A falta de estipulación en el contrato se aplican la forma y condiciones de uso. En su defecto, una parte debe notificar por medio fehaciente las condiciones del nuevo contrato con una antelación de treinta días a su terminación y la otra debe hacer saber por igual medio si utilizará el pacto de preferencia dentro de los quince días de recibida la notificación. En caso de silencio de ésta, expira su derecho de preferencia.

contrato sucesivo relativo al mismo o similar objeto, es válido siempre que la duración de la obligación no exceda de TRES (3) años.

La parte que desee contratar con terceros el reemplazo total o parcial del suministro cuyo plazo ha expirado o expirará en fecha próxima, debe dar aviso a la otra de las condiciones en que proyecta contratar con terceros, en la forma y condiciones pactadas en el contrato. La otra parte debe hacer uso de la preferencia, haciéndolo saber según lo acordado. A falta de estipulación en el contrato, se aplican la forma y condiciones de uso. En su defecto, una parte debe notificar por medio fehaciente las condiciones del nuevo contrato con una antelación de TREINTA (30) días a su terminación y la otra debe hacer saber por igual medio si utilizará el pacto de preferencia dentro de los QUINCE (15) días de recibida la notificación. En caso de silencio de ésta, expira su derecho de preferencia.

## XXI. PACTOS OPCIONALES: EXCLUSIVIDAD

En doctrina se pone particular acento en el llamado *pacto de exclusividad*, el que puede ser determinado a favor del suministrante, del suministrado o de ambos a la vez<sup>(74)</sup>.

El pacto de exclusividad (llamado en doctrina comparada: "*de exclusiva*") significa que el suministrador solo vende sus productos al suministrado y que el suministrado solo se provee del suministrador o ambas cosas a la vez<sup>(75)</sup>.

En cambio el límite territorial se cumple con especificar cualquier zona geográfica<sup>(76)</sup>.

(74) FARINA JUAN N., *Contratos Comerciales Modernos*, t. 1, Ed. Astrea, 3ª edición § 342 *in capit*, con cita de MESSINEO, FRANCISCO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. V. Relaciones Obligatorias Singulares. Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, t. V, p. 153. Código de Comercio de Colombia. Ver nota 90.

(75) LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal Culzoni, cap. VII, p. 481, MARTORELL, ERNESTO EDUARDO, *Tratado de los Contratos de Empresa*, Ed. Depalma, cap. XII, p. 607; ARRUBLA PAUCARD, JAIME ALBERTO, *Contratos Mercantiles*, Ed. Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 1998, t. I, 2ª edición, p. 234; BERCOVITZ ALVAREZ, RAÚL, *Contratos mercantiles*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, t. 1, p. 563, expone que en el derecho español, el pacto de exclusiva, tal su denominación doctrinaria, requiere limitación temporal y geográfica. La primera no está prevista en derecho positivo por lo que podría acordarse cualquier plazo, en tanto no fuere exorbitante (p. ej. cien años). Pero si no hubiere plazo pactado para el pacto de exclusiva se aplica analógicamente la normativa mercantil en la que no existe vía de desvinculación para las partes.

(76) BERCOVITZ ALVAREZ, RAÚL, *Contratos mercantiles*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, t. 1, p. 563.

El pacto a favor del suministrante obliga al suministrado a proveerse del objeto del suministro en forma exclusiva y excluyente del suministrante, incluso sin acudir a medios propios para la producción de aquello que constituye el objeto del contrato<sup>(77)</sup>.

La exclusividad puede limitarse a un territorio determinado. Cuando una parte prevé la expansión a nuevos mercados en otras zonas, tiene sentido designar una zona geográfica mayor a la de las operaciones presentes<sup>(78)</sup>.

El pacto de exclusividad por ser limitativo de la libertad contractual debe ser expreso y de interpretación restrictiva (art. 874 Cód. Civ.)<sup>(79)</sup>.

Se reconoce al pacto de exclusividad dos límites: no puede ser absoluto y debe ser limitado a una zona<sup>(80)</sup>.

La violación del pacto de exclusiva legitima a la otra parte para la resolución y el requerimiento del resarcimiento del daño<sup>(81)</sup>.

Es una nota característica de la cláusula de exclusividad la determinación de un plazo máximo con lo que se trata de poner un límite a estipulaciones que genéricamente lesionan la libertad de cada ciudadano para ejercer una industria o comercio lícito y propician los monopolios o la inactividad forzosa de empresa o personas con detrimento de la economía<sup>(82)</sup>.

(77) FARINA, JUAN N., *Contratos Comerciales Modernos*, t. 1, Ed. Astrea, 3ª edición, § 342 alude en el caso a productos aplicados a reventa provistos en forma periódica por el suministrante o en forma continua al revendedor suministrado.

(78) BERCOVITZ ALVAREZ, RAÚL, *Contratos mercantiles*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, t. 1, p. 563.

(79) LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal Culzoni, cap. VII, p. 481.

(80) LORENZETTI RICARDO LUIS, *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal Culzoni, cap. VII, p. 482; CORRADO, *La Somministrazione*, Trattato Vassalli, 1963 p. 829.

(81) COTTINO, *Somministrazione*, Commentario. Sialoja e Branca —Galgano—, 1970, p. 192; RUDAN BRICOLA, *Il contratto di somministrazione*, GS BIG, 1972, p. 376.

(82) La Comisión Revisora del Código de Comercio de Colombia que redactó el Proyecto de 1958 establece como duración máxima de la cláusula de exclusividad el plazo de 10 años (art. 976 cuyo texto fue derogado por Ley 256/96 art. 33 siendo de aplicación el art. 19 "*pactos desleales de exclusividad: "se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras éstas sean de propiedad de los entes territoriales"*); **Art. 974. Pacto de preferencia.** "*El pacto por el cual la parte que percibe el suministro se obliga a preferir al proveedor para concluir un contrato posterior sobre el mismo objeto, se sujetará a lo dispuesto en el artículo 862. La preferencia puede también pactarse en favor de la parte que percibe el suministro"*.

El Código Civil italiano regula puntualmente el pacto de exclusividad a favor del suministrante (art. 1567) y a favor del suministrado<sup>(83)</sup> (art. 1568) y la doctrina advierte la tendencia jurisprudencial a considerar la violación del pacto de exclusividad junto con la responsabilidad contractual también una responsabilidad extractual por competencia desleal<sup>(84)</sup>.

El incumplimiento de la cláusula de exclusividad daría derecho a la terminación del contrato con la indemnización por daños.

## XXII. CLÁUSULAS ABUSIVAS

Se denominan situaciones de cautividad a aquellas que se advierten en el campo de comercialización concentrada en supermercados o centros de consumo importantes que constituyen redes que contratan con suministradores respecto de los cuales están en condiciones de imponer modalidades muy gravosas. Lorenzetti pone énfasis en exigencias técnicas, por ejemplo el de una cadena de franquicias que impone a los productores la manera de siembra, cosecha y tecnología para obtener un producto de un determinado tamaño o de una determinada calidad; la participación en los costos de publicidad o de colocación de los produc-

ARRUBLA PAUCARD, JAIME ALBERTO, *Contratos Mercantiles*, Ed. Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 1998, t. I, 2ª edición, p. 236: considera demasiado amplio el término porque el objetivo dirigido a impedir la formación de monopolios o la inactividad forzosa de una empresa o personas o garantizar la libertad de ejercer la industria o el comercio podría ser cumplido estableciendo un término menor.

(83) Cod. Civ. italiano: **Art. 1567.- Exclusiva a favor del suministrante.**- Si en el contrato es pactado la cláusula de exclusividad a favor del suministrante, la otra parte no puede recibir de tercero prestaciones de la misma naturaleza ni, salvo pacto en contrario, puede proveer con medios propios a la producción de las cosas que constituyen el objeto del contrato.

**Art. 1568.- Pacto de exclusividad a favor del suministrado.**- Si la cláusula de exclusividad está pactada a favor del suministrado, el suministrador no puede cumplir en la zona para la cual la exclusividad está pactada, y por la duración del contrato, ni directamente ni indirectamente, prestaciones de la misma naturaleza de aquellas que forman el objeto del contrato. El suministrado, que asume la obligación de promover, en una zona determinada, la venta de la cosa de la que tiene exclusividad, responde de los daños en caso de incumplimiento a tal obligación, aún si se ha ejecutado el contrato respecto a la cantidad mínima que se hubiere fijado.

(84) COTTINO, *Somministrazione*, Commentario Sialoja e Branca —Galgano—, 1970, p. 194, RUDAN BRICOLA, *Il contratto di somministrazione*, GS BIG, 1972 p. 377; *La Somministrazione*, Trattato Vassalli, 1963 p. 223; y también MIRABELLI, voz *Somministrazione*. *Il Contratto di somministrazione*, Enciclopedia Giuridica Italiana, 1993, p. 6, coinciden en advertir la frecuente aplicación de sanciones contractuales por violación del pacto de exclusiva.

tos para su venta en lugares determinados (ubicación en las góndolas) llegando hasta imponer las modalidades y plazos del pago.

Se trata de una técnica de contratación que impone la adhesión a la imposición del dominante del mercado. Cuando se trate de compras se dirá de un traslado de riesgos pero si se trata de un contrato de larga duración como en la hipótesis del contrato de suministro tales imposiciones abusivas son violatorias de la justicia conmutativa del contrato<sup>(85)</sup>.

## XXIII. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO

El contrato de suministro puede extinguirse por vía de: (i) transcurso del término pactado, (ii) simple denuncia cuando no se hubiere pactado una duración determinada, (iii) resolución por una de las partes por incumplimiento de la otra, (iv) por acuerdo de las partes o (v) nulidad.

### a) Transcurso del plazo

En hipótesis de contrato por plazo determinado o a un acontecimiento futuro, cumplido el plazo o el acontecimiento previsto el contrato queda extinguido automáticamente (v. gr. condición resolutoria consistente en la compra por un tercero de la empresa suministrante o de la suministrada) en tanto no existiere cláusula que determinara la continuación del contrato.

Es frecuente la estipulación de renovación o prórroga. En el primer caso pueden acordarse nuevas condiciones.

La prórroga puede pactarse en forma automática o facultativa. En el primer caso la parte interesada en la extinción deberá notificarlo dentro del plazo que estableciere el contrato. Tratándose de prórroga facultativa ocurre la situación inversa: solamente opera cuando una parte comunica su intención de continuación lo que significa la posibilidad unilateral de extender el plazo de duración.

En hipótesis de inexistencia de cláusula de prórroga, operado el vencimiento del plazo la continuación de hecho importa una extensión de la relación contractual (*facta concludentia*). Desde el punto de vista jurídico existe una novación del contrato anterior, con idénticas condiciones salvo que el plazo de duración es indefinido y en consecuencia denunciabile por cualquiera de las partes<sup>(86)</sup>.

(85) LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal Culzoni, cap. VII, p. 483, n° 10.

(86) BERCOVITZ ALVAREZ, RAÚL, *Contratos mercantiles*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, t. 1, p. 572.

Si el contrato es por tiempo indeterminado cualquiera de las partes puede resolverlo previo aviso en los términos pactados y a falta de regulación con aplicación de los usos y costumbres.

En derecho comparado, se fija un término razonable, que en el caso del Proyecto de la Comisión 685/95 se determinaba no inferior a 30 días<sup>(87)</sup>.

### b) Denuncia —el preaviso—

Puede pactarse que un determinado hecho o circunstancia determinada faculte a cualquiera o alguna de las partes a la denuncia del contrato. Tal cláusula constituye una flexibilización en la duración de la relación jurídica. La denuncia es una facultad sobreentendida cuando el contrato no prevé otra vía de extinción (sin plazo de duración o indefinido). Lo contrario supondría la sujeción permanente de las partes y una limitación inadmisibles a la libertad contractual. En esta hipótesis la denuncia no requiere causa (*ad nutum*) pero como contrapartida y en orden a evitar el abuso la buena fe impone el preaviso<sup>(88)(89)</sup>.

La denuncia intempestiva puede representar grandes pérdidas: el suministrado queda sin insumos en forma imprevista, desarticulando su programa de negocio. Inversamente si el suministrado es quien denuncia intempestivamente dañara al proveedor que pudo haber montado su empresa con grandes inversiones o acopio de materiales en orden al cumplimiento del contrato que ya no se producirá. El preaviso debe

Código de Comercio de Colombia: **Art. 977.- Terminación del contrato.** "Si no se hubiere estipulado la duración del suministro, cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato, dando a la otra preaviso en el término pactado o en el establecido por la costumbre o en su defecto, con una anticipación acorde con la naturaleza del suministro".

(87) El proyecto de la comisión 685/95 dice: **Artículo 1117 - Contrato por tiempo indeterminado.** Si el plazo del contrato no ha sido establecido expresamente, cualquiera de las partes puede resolverlo, dando aviso previo en las condiciones pactadas. De no existir pacto se aplican los usos. En su defecto, el aviso debe cursarse en un término razonable según las circunstancias, que en ningún caso puede ser inferior a treinta días.

(88) BERCOVITZ ALVAREZ, RAÚL, *Contratos mercantiles*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, t. 1, p. 572, cita el fallo del tribunal Gipuzcua Sec. 3ra. de 16/2/2007.

(89) CNCom., Sala E, 30/3/89, JA, 1990-II-150. "La actora ha invocado —y probado— usos y costumbres vigentes en las relaciones comerciales entre las empresas proveedoras de servicios alimenticios y los suministrados, a saber: obligación de dar preaviso de treinta a sesenta días antes de la rescisión unilateral del contrato. Estos usos son 'el derecho común del comerciante sobre la ley civil', y agrega el preopinante: "Por ello participo de la opinión del sentenciante a quo respecto de dar preeminencia a los usos comerciales demostrados en el proceso".

guardar relación con circunstancias vinculadas al contrato, su tiempo de duración y el objeto del mismo<sup>(90)</sup> y tendrá correlato con el tiempo necesario para que el suministrado o el suministrador en su caso sustituyan en el contrato a la parte denunciante, con el tiempo que requerirá según las condiciones del mercado<sup>(91)</sup>.

### c) Incumplimiento de la rescisión

Tratándose de un contrato bilateral, conmutativo, el incumplimiento de una parte autoriza a la otra a la resolución del contrato. En el caso de contrato de suministro la dificultad consiste en determinar las características límites y contenidos del incumplimiento. Si se trata de una prestación o de varias o de todas porque por su propia naturaleza consiste en prestaciones distintas y el defecto de una sola no debiera dar lugar a la rescisión automática del contrato en su totalidad. Del mismo modo no podría exigirse que la parte perjudicada tuviera derecho a la resolución sólo cuando aconteciere el incumplimiento de todas las prestaciones<sup>(92)</sup>.

(90) LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal Culzoni, cap. VII, p. 485.

(91) BERCOVITZ ALVAREZ, RAÚL, *Contratos mercantiles*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, t. 1, p. 573.

CNCom., Sala D, 04/05/2001, Moto Prestigio SRL c. Siembra A.F.J.P, La Ley Online. La empresa suministrada que concluyó intempestivamente su vínculo comercial con la suministrante no responde por la reducción de personal que debió hacer ésta o las indemnizaciones por despido que debió pagar ante la resolución del contrato de suministro, en el caso, destinado al traslado de documentación, toda vez que no hubo ilícito en aquella decisión, debiendo solo reparar las expectativas de ganancias, lucro cesante, que ocasionó la falta de preaviso oportuno.

CNCom. Sala A, 14/09/2004, Fepetrot S.A. c. Shell Capsa, La Ley, 2005-A, 418. Resulta ajustada a derecho la resolución por simple declaración del derecho la resolución por simple declaración del comitente de un contrato de suministro de combustible, motivada en la reiterada falta de entrega del producto objeto del contrato, toda vez que dicho obrar configura un incumplimiento previsto en la cláusula comisorria, no siendo necesario demandar por resolución de contrato.

CNCom., Sala C, 15/02/2008, Enco, Pack S.R.L y otros c. Aerolíneas Argentinas y otros, La ley online. Es procedente confirmar la sentencia que rechazó la demanda entablada por una empresa prestadora de servicios de distribución, recolección y entrega a domicilio de carga, paquetes y correspondencia, contra la compañía aérea que la contrató para prestar tales servicios, toda vez que no aportó prueba tendiente a acreditar las razones por las cuales habría resultado intempestiva o arbitraria a la decisión de la demanda de rescindir la relación contractual, siendo que preavisó con treinta días respecto de ciertas órdenes de compra y con sesenta días con relación a las demás prestaciones de servicios.

(92) BERCOVITZ ALVAREZ, RAÚL, *Contratos mercantiles*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, t. 1, p. 573.



La doctrina nacional no ha abordado el tema en profundidad y en doctrina extranjera las especulaciones procuran conclusiones sobre la base de la normativa que regula el derecho del comprador en la compra-venta.

Así en Colombia<sup>(93)</sup> la doctrina alude a la compra-venta de una cantidad de género que está determinada de inicio a diferencia de lo que ocurre en el suministro, pero como principio lo reputa aplicable por analogía a éste, consagrando la regla según la cual el incumplimiento de una prestación no repercute sobre las anteriores que hubieren sido cumplidas.

Esto permite deducir que en el suministro, contrato de duración, debe hablarse de "terminación del contrato", quedando reservada la "resolución" a los contratos de ejecución instantánea. La "terminación" tiene efecto sólo para el futuro y no retroactivo, permaneciendo todos los efectos ya producidos respecto de las partes<sup>(94)</sup>.

Cuando se trata del incumplimiento de una prestación, la falta de un pago al suministrador o el incumplimiento del suministrador al pedido del suministrado, la parte inocente puede resolver el contrato por incumplimiento. En este caso la regla de no propagación a las prestaciones pasadas, también debe aplicarse a las futuras pero matizando sus efectos según las circunstancias del caso. Un incumplimiento actual puede determinar la "terminación por incumplimiento" (ya no se habla de resolución) por la **pérdida de confianza para el cumplimiento futuro**<sup>(95)</sup>. Incidirán las circunstancias objetivas referidas a la insolvencia, falta de liquidez o crisis que fundamenten la pérdida de confianza en el cumplimiento de la otra parte a futuro.

(93) Código de Comercio de Colombia: **Art. 973.- Consecuencias del suministro:** "El incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos. En ningún caso el que efectúa el suministro podrá poner fin al mismo, sin dar aviso al consumidor como se prevé en el artículo precedente. Lo dispuesto en este artículo no priva al contratante perjudicado por incumplimiento del otro de su derecho a pedir la indemnización de perjuicios a justa tasación".

(94) ARRUBLA PAUCARD, JAIME ALBERTO, *Contratos Mercantiles*, Ed. Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 1998, t. I, 2ª edición, p. 226.

(95) Codice Civile It.: **Art. 1564.- Resolución del contrato.**- En caso de incumplimiento de una de las partes relativo a una prestación, la otra puede reclamar la resolución del contrato, si el incumplimiento tiene una notable importancia y es de tal magnitud de deteriorar la confianza en la puntualidad de los sucesivos cumplimientos.

Alternativamente puede acontecer que la terminación del contrato tenga fundamentación suficiente si el incumplimiento causó perjuicio grave capaz de diluir la confianza respecto de los suministros futuros<sup>(96)</sup>.

A su vez se han declarado frecuentemente como justa causa para la terminación del contrato por incumplimiento del suministrado, la falta de pago del precio; también el incumplimiento del pacto de exclusividad y los pedidos por debajo del límite pactado.

Cuando se tratare del incumplimiento de la entidad por parte del suministrado el suministrante no puede suspender la ejecución sin un preaviso que debe ser realizado en tiempo razonable<sup>(97)</sup>.

A modo de resumen; sólo será causa de resolución el fuerte indicio de repetición del incumplimiento. Aparece así relevante la presunción grave resultante de circunstancias objetivas del peligro de incumplimiento respecto de las prestaciones futuras. Se trata de la falta de seguridad o confianza de lo que se sigue, como consecuencia perceptible, la importancia del elemento fiduciario del contrato de suministro<sup>(98)</sup>.

En la hipótesis de servicios públicos de suministros monopólicos por parte del suministrador, esto es en el campo del derecho administrativo, el proveedor no puede terminar el suministro por falta de pago sino solo suspenderlo.

En contrato de suministro que no fueren de servicios públicos la interrupción del suministro puede justificarse hasta que la otra parte cumpla su contraprestación y el ejercicio de este derecho por el suministrador no es óbice para la declaración de incumplimiento del suministrado<sup>(99)</sup>.

(96) BERCOVITZ ALVAREZ, RAÚL, *Contratos mercantiles*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, t. 1, p. 574, expone un elenco de motivos fundados en la jurisprudencia de distintos tribunales de España en orden a considerar incumplido el contrato de suministros, a saber: 1.- Prestaciones defectuosas reiteradas por parte del suministrador; 2.- Cese de actividad del suministrador; 3.- Retraso relevante en la entrega; 4.- Incumplimiento del pacto del mejor precio o de la promesa de cliente más favorecido priorizada por el suministrador al suministrado. En cambio el suministrador no incurriría en incumplimiento por falta de suministro a pedidos desorbitados o no previsibles o que tuvieren modificación sustancial en las cifras habituales.

(97) Codice Civile it.: **Art. 1565.- Suspensión del suministro.**- Si la parte incumplidora fuere el suministrado y el incumplimiento es de leve entidad, el suministrante no puede suspender la ejecución del contrato sin un razonable preaviso.

(98) BERCOVITZ ALVAREZ, RAÚL, *Contratos mercantiles*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, t. 1, p. 576.

(99) CNCom., Sala C, 15/02/2008, Enco, Pack S.R.L y otros c. Aerolíneas Argentinas y otros, La Ley Online. Cuando pudiera conjeturarse que alguna situación de abusivi-

Tratándose de un contrato que fue celebrado por tiempo indeterminado, cada parte puede rescindirlo unilateralmente, pero con la obligación de indemnizar a la otra si la rescisión hubiese sido intempestiva o de mala fe.

*El incumplimiento* de una de las partes no significa por sí la resolución del contrato pero esto puede reclamarse solamente si el incumplimiento reviste **notable importancia** y es tal de disminuir la confianza en los exactos sucesivos cumplimientos (art. 1184).

El CCCU establece:

**Artículo 1184.— Resolución.** *En caso de incumplimiento de las obligaciones de una de las partes en cada prestación singular, la otra sólo puede resolver el contrato de suministro, en los términos de los artículos 1077 y siguientes si el incumplimiento es de notable importancia, de forma tal de poner razonablemente en duda la posibilidad del incumplidor de atender con exactitud los posteriores vencimientos.*

La resolución opera siempre, como en todos los contratos de duración, dejando a salvo las prestaciones ya efectuadas.

dad por virtud de la superioridad técnico-económica que las sociedades demandadas poseen respecto de la sociedad actora, hubiese explicado el silencio guardado por ésta ante los cambios tarifarios y los descuentos realizados a las liquidaciones durante la vigencia del contrato de suministros, la falta de prueba acerca de la configuración de un ejercicio abusivo o disfuncional del derecho —art. 1071, Cód. Civ.— permite concluir que no responde a la teoría de los propios actos, que haya consentido ese obrar y que, suscitado el conflicto frente a la resolución contractual, formule un reclamo antes nunca insinuado.

CNCom., Sala D, 04/05/2001, Moto Prestigio SRL c. Siembra A.F.J.P. S.A., La Ley Online. La empresa suministrada resulta responsable por la resolución de un contrato de suministro, en el caso, destinado al traslado de documentación invocando como causa el incumplimiento de la contraparte, si con anterioridad a ello comunicó mediante carta su decisión no fundada de poner fin al vínculo contractual, pues cumplido, exteriorizado y comunicado el acto de resolución sin causa procede su ulterior modificación en tanto aquel ya produjo sus efectos propios generando en consecuencia su responsabilidad.

CNCom., Sala C, 14/03/2008, Rodríguez, Flavio Edgardo c. Y.P.F S.A., La Ley Online. Tratándose de un contrato mediante el cual una empresa petrolera suministraba al actor combustible para su reventa y productos en consignación para su venta, es impropio considerar que aquélla incurrió en incumplimiento contractual al modificar el sistema de pagos —en el caso, exige el pago del combustible en forma anticipada—, en tanto esa decisión estuvo justificada por la deuda acumulada a esa fecha, circunstancia que se encuentra acreditada mediante los libros de la accionada y las declaraciones testimoniales prestadas en la causa.

El suministrante podrá suspender el suministro —valiéndose de la *exceptio inadempti contractus*— exclusivamente frente a un incumplimiento que disminuya la fe en la exactitud de los sucesivos vencimientos.

En la hipótesis en cambio de incumplimientos de leve entidad, la suspensión del suministro podrá ser activada sólo después de un expreso requerimiento de cumplimiento y un consecuente preaviso (art. 1185).

El CCCU establece:

**Artículo 1185.— Suspensión del suministro.** *Si los incumplimientos de una parte no tienen las características del artículo 1184, la otra parte sólo puede suspender sus prestaciones hasta tanto se subsane el incumplimiento, si ha advertido al incumplidor mediante un preaviso otorgado en los términos pactados o, en su defecto, con una anticipación razonable atendiendo a las circunstancias.*

#### d) Resolución intempestiva —los daños—

Tratándose de un contrato de larga duración asume importancia potenciada la rescisión unilateral sin causa. Cuando el suministrador deja sin efecto el contrato, aún con base en cláusula pactada, genera daños al suministrado privándolo en forma imprevista de los insumos y si quien utiliza la cláusula es el suministrado el dañado será el proveedor que pudo haber preparado toda una estructura empresarial para abastecer las futuras prestaciones<sup>(100)</sup>.

Es por esto que el preaviso debe ser realizado en todo caso en forma que la otra parte pueda adoptar las medidas empresariales dirigidas a evitar o paliar las consecuencias económicas de la rescisión. Cuando la rescisión es incausada, la reparación del daño debe ser integral<sup>(101)</sup>.

(100) Proyecto de Comisión 685/95: **Artículo 1118 - Resolución.** *En caso de incumplimiento de las obligaciones de una de las partes en cada prestación singular, la otra sólo puede resolver el contrato de suministro, en los términos de los artículos 1048 y siguientes si el incumplimiento es de notable importancia, de forma tal de poner razonablemente en duda la posibilidad del incumpliente de atender con exactitud los posteriores vencimientos.*

**Artículo 1119 - Suspensión del suministro.** *Si los incumplimientos de una parte no tienen las características del artículo anterior, la otra parte sólo puede suspender sus prestaciones hasta tanto se subsane el incumplimiento, si ha advertido al incumpliente mediante un preaviso otorgado en los términos pactados o, en su defecto, con una anticipación razonable atendiendo a las circunstancias.*

(101) LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal Culzoni, cap. VII, p. 485.

El Código Civil italiano prevé la suspensión del suministro cuando el suministrado incurre en incumplimientos de entidad leve en cuyo caso el suministrante puede suspender la ejecución a condición de preavisar la misma (Codice Civile, art. 1565).

En los casos de excesiva onerosidad sobreviniente es pacífica la aplicación de la doctrina del art. 1467 CCiv. en virtud del cual las partes que deben las prestaciones devenidas onerosas puede requerir la resolución del contrato en cuyo caso los efectos de la resolución no se extienden a las prestaciones ya cumplidas<sup>(102)</sup>.

El resarcimiento del daño generado por una ruptura intempestiva requiere una ponderación referida a las circunstancias de cada caso pero debe referirse a toda la duración del contrato<sup>(103)(104)</sup>.

Cuando se trate de suministros periódicos debe ser calculado aplicando las reglas de la compra venta<sup>(105)</sup>. Cuando se tratara de suministros de carácter continuado deben observarse en materia de resarcimiento del daño los principios generales en materia de daño<sup>(106)(107)</sup>.

(102) COTTINO, *Somministrazione*, Commentario Sialoja e Branca —Galvano—, 1970; 2, 145, GIANNATTASIO, *Permuta estimatorio somministrazione*, Trattato Cicu Messineo, 1974 p. 291.

(103) RUDAN BRICOLA, *Il contratto di somministrazione*, GS BIG, 1972, p. 388.

(104) CNCom., Sala E, 30/3/89, JA, 1990-II-152, "La actora reclamó la ganancia o rentabilidad que hubiera obtenido... para un período mínimo de preaviso y la calculó multiplicando los importes de cada una de las comidas por la cantidad de comensales durante los veinte días hábiles de un mes... El cálculo no es idóneo para obtener el resultado deseado, es decir, la ganancia o utilidad. La actora no tiene derecho a percibir como lucro cesante el precio del servicio de comidas durante un mes (alimentos que no preparó y mano de obra que reclamó en otro rubro), sino la ganancia que no obtuvo porque se vio privado de prestar el servicio por la ruptura del contrato. Entiendo que el daño está dado exclusivamente por el lucro cesante —que fue el reclamo de la actora— ...que... deberá calcularse... sobre la base del beneficio promedio correctamente obtenido en los dos meses anteriores a la ruptura".

(105) RUDAN BRICOLA, "Il contratto di somministrazione", GS BIG, 1972, p. 388 contra COTTINO, *Somministrazione*, Commentario Sialoja e Branca—Galvano, 1970; 2, p. 162, sostiene que corresponde el sistema de la compraventa de cosas muebles.

(106) COTTINO, *Somministrazione*, Commentario Sialoja e Branca—Galvano, 1970; p. 163, RUDAN BRICOLA, "Il contratto di somministrazione", GS BIG, 1972, p. 388.

(107) CApel. Civ., Com., Minas, de Paz y Tributaria, Mendoza, Sala 1, 12/07/2009, Aruani, Francisca c. Distribuidora de Gas Cuyana S.A., Eroga, La Ley Online. Corresponde indemnizar a un usuario que fue privado de la provisión de gas en forma ilegítima, por el daño moral sufrido, pues además de los inconvenientes propio de la vida cotidiana por la falta del servicio durante el período en que fue retirado el medidor, está fuera de discusión la mortificación que supone que se le impute haber adulterado

## XXIV. DISCIPLINA ELÁSTICA

El CCCU, a los fines de adecuar la disciplina del contrato a la mutable realidad económica, en que pueden advertirse multiplicidad de especies en cualquier modo reconducibles a la figura del suministro, ha dictado una *disciplina deliberadamente elástica* caracterizada:

- por reglas propias, que definen la especie típica y regulan los aspectos directamente conectados con la función y el carácter de duración (v. gr. Art. 1178).
- pero supletoriamente con una **norma de vinculación** (art. 1570), que admite integrar, en casos particulares, la disciplina propia en relación con el contenido variable de la prestación contenida en el contrato.

El CCCU art. 1186 establece, en efecto, que se aplican al suministro, en cuanto compatibles con su específica normativa:

"también las reglas que disciplinan el contrato al cual corresponden las prestaciones singulares" (venta, locación, depósito, apalato).

## XXV. EL SUMINISTRO Y LA COMPRAVENTA

La caracterización del contrato de suministro, cuando como acontece en nuestro país en tanto no cobre sanción en el CCCU, se realiza de ordinario a través del cotejo con la compra venta<sup>(108)</sup>. La principal distinción se refiere a que la compra venta aparece siempre como un contrato típico expresamente regulado en tanto el suministro es con frecuencia atípico, no regulado y su construcción es doctrinaria y jurisprudencial; en la compra venta las partes pactan una obligación de entrega pura por parte del vendedor en tanto que en el suministro la entrega además importa "colaboración"<sup>(109)</sup>.

En la compra venta está involucrado un plazo, y aun cuando se trate de venta en consignación repartida, la prestación es siempre única porque

dicho artefacto y el hecho de que un procedimiento de este tipo, se realice en el ámbito de la intimidad familiar.

(108) En nuestra primera doctrina GARO, p. 123; citado por ZAVALA RODRÍGUEZ, *Código de Comercio Comentado*, t. II, p. 28, aplicaba al contrato de suministro la regla de la compraventa en tanto no existiere incompatibilidad manifiesta. Un antiguo fallo de la Cámara en lo Comercial en *Gazeta del Foro*, t. 168, p. 488, decidió que existe compra venta en el contrato de suministro, aún cuando con elementos del depósito, del corretaje y del mandato.

(109) LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal Culzoni, cap. VII, p. 475.

la pluralidad de la consignación o de prestaciones parciales se refiere solamente al momento de ejecución. En cambio, en el caso de suministro la periodicidad o continuidad de las prestaciones están constituidos como elementos esenciales del contrato<sup>(110)</sup>.

El objeto de la compra venta está determinado *ab initio* aunque el cumplimiento esté suspendido por el plazo. En cambio en el suministro el objeto o contenido de la obligación es determinable según criterios que se fijan en el contrato<sup>(111)</sup> y las prestaciones no están completamente determinadas, lo que se realizará a conveniencia del suministrado dentro de los límites del contrato ya que siendo éste el destinatario de la entrega o de la prestación del suministrado le corresponde determinar según sus necesidades, la cantidad y periodicidad de las prestaciones. Si contractualmente esto estuviere ya determinado el contrato tendría identificación con una compra venta con entregas compartidas<sup>(112)</sup>, ello así porque la compra venta involucra una prestación única en todos los casos aún cuando la ejecución pueda, accidentalmente, cumplirse en forma fraccionada. En el suministro la ejecución de las prestaciones por parte del suministrante es, por la naturaleza del contrato, sucesiva o continua porque la duración y cumplimiento fraccionado forman parte del objeto<sup>(113)</sup>.

El fraccionamiento incide en el objeto del contrato de suministro en cambio en la compra venta es una modalidad de ejecución constituyendo siempre una prestación única aunque fraccionada<sup>(114)</sup>.

(110) CORRADO, voce *Somministrazione*, Novissimo Digesto Italiano, 1970; p. 884 (CAGNASSO, *La Somministrazione*, Trattato Rescigno, Giuffrè Editore, 2000, 828 y 6, 410); LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal Culzoni, cap. VII, p. 475; MESSINEO, FRANCISCO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. V, Relaciones Obligatorias Singulares, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, t. 5, p. 155: aunque la venta se pacte mediante entregas parciales estamos indefectiblemente ante un fraccionamiento de una prestación única porque éste tiene lugar en orden a la ejecución. En el suministro en cambio el suministrante está obligado a efectuar varias prestaciones, por lo general de cosas fungibles, en series conexas; en el mismo sentido MARTORELL, ERNESTO EDUARDO, *Tratado de los Contratos de Empresa*, Ed. Depalma, cap. XII, p. 603, FARINA, JUAN N., *Contratos Comerciales Modernos*, t. 1, Ed. Astrea, 3ª edición, ps. 472 y 473.

(111) LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal Culzoni, cap. VII, p. 475, BERCOVITZ ALVAREZ, RAÚL, *Contratos mercantiles*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, t. 1, p. 547.

(112) BERCOVITZ ALVAREZ, RAÚL, *Contratos mercantiles*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, t. 1, p. 543 y ss.

(113) LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal Culzoni, cap. VII, p. 476.

(114) Conf. BOERO, PIETRO, "La *somministrazione*", en *Tratatto di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia*, dir. por Francesco Galgano, Cedam, Padova, vol. 16, p. 251.

El suministro recae de ordinario sobre bienes muebles genéricos como las mercaderías, y por tratarse de la operatividad más común de aquí parte su empatía con la compra venta, pero su objeto también puede delimitarse en algunos aspectos como puede ser una determinada marca en tanto no se trate de bienes únicos sino idénticos, fungibles y susceptibles de entregas sucesivas.

Es dirimente el carácter "genérico" en tanto en virtud del principio según el cual el género no perece (*genus nunquam perit*) la transmisión de los riesgos opera con la puesta a disposición del objeto del contrato al suministrado. Es también manifestación del carácter genérico del objeto del suministro que el mismo tenga por materia cosas futuras; por lo que el fabricante que no tenga existencia recién al recibir el pedido del suministrado comenzará a fabricarlos para su entrega, lo que vale para que el agricultor contrate el suministro del cereal que todavía ni siquiera ha cosechado o tal vez sembrado.

En el Código Civil art. 2311, las "cosas" son consideradas juntamente con los objetos inmateriales valubles como bienes. En este sentido se debate si los bienes inmateriales (*v.gr.* patentes, marcas) pueden ser objeto del contrato de suministro dirigido a satisfacer necesidades con contenido económico, estable y duradero (mediante prestaciones múltiples, periódicas).

Los bienes objeto de suministro deben ser "bienes corporales". Los bienes incorporeales son, por el hecho de serlo, determinados. Y las cosas son determinadas (*v. gr.* patentes, marcas y otros bienes inmateriales), y por definición, bienes individualizados. Las cosas determinadas pueden constituir el objeto de compra venta dirigido a la satisfacción instantánea de la necesidad del comprador, de una vez, pero no pueden constituir objeto del contrato de suministro que está caracterizado por la entrega periódica de "las mismas cosas" (género), para satisfacer una necesidad permanente<sup>(115) (116)</sup>.

(115) BERCOVITZ ALVAREZ, RAÚL, *Contratos mercantiles*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, t. 1, p. 553.

(116) SC Buenos Aires, 16/02/2005, Ferreti, Mario Gustavo c. Operadora de Estaciones de Servicio S.A. s/ cobro de pesos e indemnización de daños y perjuicios. Mientras en la compra-venta quien vende se obliga a transferir la cosa a quien compra comprometiéndose a pagar un precio (arts. 1323 y 1370, Código Civil), en el suministro o provisión el suministrador o proveedor, se obliga a satisfacer los pedidos que se le formulan por el suministrado o aprovisionado.

C3ª Civ. y Com., Córdoba, 27/07/1998, Estructuras de Tucumán S.A en: Carem S.A., La Ley, 1999-D, 754, LLC, 1999-574. Los contratos de suministros implican una unidad de contrato, con pagos unitarios por cada entrega, que se rigen por las disposiciones de la compraventa.

## XXVI. DIFERENCIA CON LA LOCACIÓN DE OBRA O SERVICIOS

El contrato de arrendamiento de obra o de servicios, difiere del contrato de suministros de servicios en que éste no prevé, como sí acontece en aquellos, una única prestación sino muchas prestaciones independientes entre sí, o sea la periodicidad o continuidad de varias prestaciones. En tanto que en el arrendamiento de servicios es consustancial la continuidad de una única prestación. Además y aún teniendo en cuenta las dificultades en la determinación del concepto de "empresa", el suministrante de servicios es una empresa en tanto que tratándose de arrendamiento de servicios el prestador puede ser persona física<sup>(117)</sup>.

En nuestro medio la falta de regulación legal ha llevado a que los tribunales hayan considerado, pertinente, por la naturaleza de las prestaciones compatibles con los contratos de locación de obra o de servicios, la aplicación analógica de las normas que para dichos contratos prevé el ordenamiento<sup>(118)</sup>.

### Código Civil Italiano, Libro IV, Capítulo V, del suministro

**Art. 1559. Noción.-** El suministro es el contrato con el cual una parte se obliga contra el correspectivo de un precio, a realizar, a favor de otra, prestaciones periódicas o continuas de cosas.

**Art. 1560. Entidad del suministro.-** Toda vez que no esté determinada la entidad del suministro, se entiende pactada aquella correspondiente a las normales necesidades de la parte que tiene derecho al suministro, teniendo en cuenta el tiempo de la celebración del contrato. Si las partes han establecido solamente el límite máximo y el mínimo por todo el

SC Buenos Aires, 16/02/2005, Ferretti, Mario G. c. Operadora de Estaciones de Servicios S.A., LLBA; 2005-535. Corresponde hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley promovido por la actora en un juicio de cobro de pesos e indemnización de daños y perjuicios derivado por la rescisión unilateral sin causa de un contrato de suministro, por cuanto la sentencia resulta absurda toda vez que se aparta de la verdad jurídica objetiva al establecer una conclusión en abierta contradicción con las constancias de la causa, atento que quedó probada la existencia del contrato sin plazo y el a quo obviando la concluyente concordancia y lo que dimana de los elementos de prueba producidos, juzgó que se trató de contratos puntuales de compraventa.

(117) BERCOVITZ ALVAREZ, RAÚL, *Contratos mercantiles*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, t. 1, p. 548: quien advierte además que en ocasiones se han aplicado al suministro, por vía analógica, las normas del arrendamiento de servicios o el de obra.

(118) CNCom., Sala E, 30/3/98, JA, 1990-II-150 "Esta figura se aleja de la compraventa y guarda mayor proximidad analógica con la locación de obra o la locación de servicios, según sean las modalidades pactadas. En todo caso, el objeto difícilmente corresponda a una calidad desconocida en el comercio".

suministro, o para cada prestación, corresponde al suministrado establecer, dentro de los límites arriba dichos, la cantidad debida. Si la entidad del suministro debe determinarse en relación a los requerimientos y se ha establecido una cantidad mínima, el suministrado tiene derecho al suministro por la cantidad correspondiente a sus necesidades si éstas superan el mínimo.

**Art. 1561.- Determinación del precio.-** En el suministro periódico, si el precio debe ser determinado según norma del art. 1474, se realiza en consideración al tiempo del vencimiento de cada prestación y al lugar en que este debe ser cumplida.

**Art. 1562.- Pago de precio.-** En el suministro periódico, el precio corresponde al acto de cada prestación y en proporción a cada uno de ellas. En el suministro continuado el precio es pagado según los plazos de uso.

**Art. 1563.- Vencimiento de cada prestación.-** El término establecido para cada prestación se presume pactado en interés de ambas partes. Si el suministrado tiene la facultad de fijar el vencimiento de cada prestación, debe comunicar la fecha al suministrante con un razonable preaviso.

**Art. 1564.- Resolución del contrato.-** En caso de incumplimiento de una de las partes relativo a una prestación, la otra puede reclamar la resolución del contrato, si el incumplimiento tiene una notable importancia y es de tal magnitud de deteriorar la confianza en la puntualidad de los sucesivos cumplimientos.

**Art. 1565.- Suspensión del suministro.-** Si la parte incumplidora fuere el suministrado y el incumplimiento es de leve entidad, el suministrante no puede suspender la ejecución del contrato sin un razonable preaviso.

**Art. 1566.- Pacto de Preferencia.-** El pacto por el cual el suministrado se obliga a dar preferencia al suministrante en la contratación de un sucesivo contrato con el mismo objeto, es válido en tanto la duración de la obligación no exceda el término de 5 años. Si está convenido un término mayor, éste se reduce a 5 años. El suministrado debe comunicar al suministrante las condiciones propuestas por terceros y el suministrante debe declarar, bajo pena de caducidad, dentro del término establecido o, la falta del mismo, en cual requerimiento de las circunstancias o de los usos, se entiende valerse del derecho de preferencia.

**Art. 1567.- Exclusiva a favor del suministrante.-** Si en el contrato es pactado la cláusula de exclusividad a favor del suministrante, la otra parte no puede recibir de tercero prestaciones de la misma naturaleza ni, salvo pacto en contrario, puede proveer con medios propios a la producción de las cosas que constituyen el objeto del contrato.

**Art. 1568.- Pacto de exclusividad a favor del suministrado.-** Si la cláusula de exclusividad está pactada a favor del suministrado, el suministrador no puede cumplir en la zona para la cual la exclusividad está pactada, y por la duración del contrato, ni directamente ni indirectamente, prestaciones de la misma naturaleza de aquellas que forman el objeto del contrato. El suministrado, que asume la obligación de promover, en una zona determinada, la venta de la cosa de la que tiene exclusividad, responde de los daños en caso de incumplimiento a tal obligación, aún si se ha ejecutado el contrato respecto a la cantidad mínima que se hubiere fijado.

**Art. 1569.- Contrato por tiempo indeterminado.-** Si la duración del suministro no se hubiere establecido, cada una de las partes puede rescindir el contrato, dando preaviso dentro del término pactado o en el establecido según usos o, en defecto, en un término razonable teniendo en cuenta la naturaleza del suministro.

**Art. 1570.- Reenvío.-** Se aplican al suministro, en cuanto compatibles con las disposiciones que preceden, también las reglas que disciplinan el contrato al que corresponda a cada prestación.



## LA VENTA CON PACTO DE RESERVA DE DOMINIO EN EL DERECHO ARGENTINO Y EN EL DERECHO COMPARADO, FRENTE A LA QUIEBRA DEL COMPRADOR

POR PABLO D. HEREDIA

### I. LOS PROYECTOS DE REFORMA Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE 2014 COMO PUNTO DE PARTIDA Y EL ANÁLISIS PROPUESTO

El Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987, aprobó esta disposición:

*"...art. 1344. Pacto de reserva de dominio es aquel por el cual vendedor declara reservarse el dominio de la cosa luego de su entrega al comprador hasta el pago total del precio o de una parte de él. Se aplican las reglas de la compra y venta bajo condición resolutoria..."*

La última oración del transcripto art. 1344 remitía, claramente, el art. 1337 del mismo proyecto de 1987 el cual, a su vez, en lo que aquí interesa reprodujo el siguiente texto:

*"...art. 1337. Si el contrato de compra y venta estuviera sujeto a una condición resolutoria: 1) el contrato producirá los efectos propios de la compraventa, pero la tradición sólo transferirá el dominio revocable..."*

Años más tarde, el Proyecto de Reformas al Código Civil redactado por la Comisión designada por el decreto 468/92 no reprodujo un precepto como el del art. 1344 del Proyecto de 1987, pero tomando como fuente su art. 1337, inc. 1º, aprobó este precepto:

*"...art. 978. La compraventa sujeta a condición resolutoria producirá los efectos propios del contrato, pero la tradición sólo transmitirá el dominio revocable..."*

En la correspondiente nota de fundamentación, los miembros de la indicada Comisión explicaron las razones por las cuales se abstuvieron de regular el pacto de reserva de dominio. Dijeron lo siguiente:

“...En la redacción de este Capítulo también se ha tenido en cuenta muy especialmente el Proyecto de Unificación de 1987. Pero se ha optado por no autorizar el denominado “pacto de reserva de dominio”, ajeno a nuestra tradición jurídica, por los efectos que puede traer en particular en la compraventa de bienes de uso a particulares y también teniendo en consideración los efectos que tendría en el régimen de la quiebra. Además, la regulación que de la “reserva de dominio” hacía el Proyecto de Unificación de 1987, era insuficiente, pues omitía disposiciones como las de los arts. 1525 y 1526 del Cód. Civil italiano o de los arts. 934 y 935 del Cód. Civ. portugués que tutelan al comprador del ejercicio abusivo del pacto de reserva de dominio. También se ha considerado innecesario regular el pacto de reserva de propiedad como lo hacen los códigos citados, pues calificada la compraventa como sometida a condición resolutoria y limitado el ejercicio del derecho del vendedor en razón de las disposiciones tuitivas del comprador, la cuestión no difiere sustancialmente del pacto comisorio, salvo en cuanto a su posible ejercicio en la quiebra, materia en la cual no se advierten efectos beneficiosos por la vigencia del pacto ya que por el contrario, el patrimonio del deudor común se vería despedazado por el posible ejercicio de pactos de este tipo, o habría que prever la inaplicabilidad del pacto en caso de falencia, con lo cual carecería también de sentido práctico...”

El Proyecto de Código Civil de 1998, mantuvo el temperamento de este último antecedente, pues no contuvo ninguna disposición referente al pacto de reserva de dominio. No obstante, mejoró la redacción del transcritto art. 978 al sustituirlo por el siguiente precepto:

“...art. 1105. Efecto de la compraventa sujeta a condición resolutoria. La compraventa sujeta a condición resolutoria produce los efectos propios del contrato, pero la tradición, o en su caso, la inscripción registral, sólo transmite el dominio revocable...”

Finalmente, el Código Civil y Comercial de la Nación del año 2014, reprodujo en su art. 1169, sin variante alguna, el texto del art. 1105 del Proyecto de 1998.

Pues bien, los tres últimos antecedentes legislativos reseñados evidencian, a diferencia del de 1987, lo siguiente:

a) Parten de la premisa de que al pacto de reserva de dominio es una venta bajo condición resolutoria, siendo suficiente por ello, según lo entienden, la regulación del pacto comisorio para suplir su ausencia.

b) Explícitamente el proyecto de la Comisión designada por el decreto 468/92 e implícitamente el proyecto de 1998 y el Código Civil y Comercial de 2014, consideran que es un pacto ajeno a nuestra cultura jurídica.

c) Se lo elimina, además, porque en el Proyecto de 1987 no se establecieron normas especiales vinculadas al abuso del derecho en el ejercicio del pacto.

e) E igualmente por los perjuicios que su admisión podría causar en la quiebra del comprador.

Respetuosamente, oponemos nuestro disenso a todo ello.

Explicamos a continuación nuestro punto de vista, proponiéndonos analizar, sucesivamente, las siguientes cuestiones: 1) ¿es el pacto de reserva de dominio una venta bajo condición resolutoria, para cuya regulación basta lo normado sobre el pacto comisorio, al que se lo equipara?; 2) ¿es suficiente argumentar, para desterrarlo de nuestra legislación, que se trata de un negocio ajeno a nuestra cultura jurídica?; 3) ¿es argumentativo suprimirlo por la falta de previsión en un proyecto anterior de normas sobre el abuso de derecho en su ejercicio?; 4) ¿es atendible el argumento referente a los perjuicios que su operatividad causaría en la quiebra del acreedor?

Finalmente, examinamos una situación particular: la del pacto de reserva de dominio en los contratos de concesión para la venta en caso de quiebra del concesionario.

Todo ello, preciso es aclararlo, partiendo de la base de que consideramos aplicable a dicho pacto tanto en las enajenaciones de bienes inmuebles como muebles, tal como lo acepta la doctrina nacional mayoritaria<sup>(1)</sup>.

Veamos.

## II. DE SI EL PACTO DE RESERVA DE DOMINIO ES UNA VENTA BAJO CONDICIÓN RESOLUTORIA, PARA CUYA REGULACIÓN BASTA REMITIR AL RÉGIMEN DEL PACTO COMISORIO

En nuestro derecho la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del *pactum reservati domini* se ha discutido a partir de un texto de difícil interpretación como lo es el art. 1376 del Código Civil de 1869: “...La venta con pacto comisorio equivale a la que se hiciere con la cláusula de reservar el dominio de la cosa hasta el pago del precio...”<sup>(2)</sup>.

(1) Véase por todos: BORDA, G., *Tratado de Derecho Civil-Contratos*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1969, t. I, ps. 286/287, n° 383, destacando el autor que no tiene sentido prohibir el pacto de reserva de dominio respecto de los muebles, que es justamente donde desempeña un papel económico importante.

(2) El texto del art. 1376 del Código Civil fue mantenido en el Anteproyecto de Juan A. Bibiloni (art. 1470), pero lo ignoró el Proyecto de 1936.

Con sustento en esta norma, un sector de la doctrina nacional ha interpretado que el pacto de reserva de dominio introduce una condición resolutoria. Se razona, en tal sentido, que si el pacto comisorio funciona como una condición resolutoria, lo mismo debe ocurrir con relación al pacto de reserva de dominio en razón de la "equivalencia" determinada entre uno y otro por el citado art. 1376 del Código Civil. Bajo esta idea, el comprador adquiere inmediatamente la propiedad de la cosa vendida, es decir, su adquisición no queda en estado latente o diferida, aunque ciertamente pueda quedar revocada retroactivamente si se cumple la condición prevista resolutivamente<sup>(3)</sup>. Desde esta perspectiva, algún fallo incluso ha resuelto que a la venta con reserva de dominio le resulta aplicable lo dispuesto por el art. 1204 del Código Civil<sup>(4)</sup>.

El art. 1376 del Código Civil de 1869, sin embargo, es una norma que causa perplejidad y resulta incluso asistemática.

Sus fuentes son, en primer lugar, la que Vélez Sarsfield cita en la nota a los arts. 1374, 1375 y 1376 de nuestro Código Civil, es decir, el comentario de Raymond-Théodore Troplong al art. 1656 del Código Civil francés, y en segundo lugar, sin decirlo, el art. 2074 del Esboço de Freitas.

Pues bien, la lectura del comentario de Troplong al art. 1656 del Código Civil francés muestra que este autor en ningún momento propicia una equivalencia entre el pacto de reserva de dominio y la venta con pacto comisorio. De lo único que fundamentalmente habla Troplong es de la venta de inmuebles hecha con pacto comisorio expreso, que contemple el no pago del precio como fundamento de su actuación<sup>(5)</sup>, y lo hace, cier-

(3) MACHADO, J., *Exposición y Comentario del Código Civil*, Félix Lajouane Editor, Buenos Aires, 1899, t. IV, p. 107; BORDA, G., ob. cit., t. I, ps. 285/286, n° 382; LÓPEZ DE ZAVALÍA, F., *Teoría de los Contratos-Parte Especial*, Zavallía Editor, Buenos Aires, 1976, t. I, ps. 260/263; LLAMBÍAS, J. y ALTERINI, A., *Código Civil Anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, t. III-A, p. 448, n° 4; CIFUENTES, S. y SAGARNA, F., *Código Civil, comentado y anotado*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, p. 341; GREGORINI CLUSELLAS, E., en BUERES, A. y HIGHTON, E., *Código Civil y normas complementarias - análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, t. 3-C, ps. 465/467, n° 2; LORENZETTI, R., *Tratado de los Contratos-Parte Especial*, Santa Fe, 2004, t. I, p. 333; GARRIDO, R. y ZAGO, J., *Contratos Civiles y Comerciales-Parte Especial*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1991, t. II, ps. 130/131; PIANTONI, M., *Contratos Civiles*, Ed. Lerner, Buenos Aires-Córdoba, 1975, t. II, ps. 73/74, n° 19; BRAVO D'ANDRÉ, I., "La reserva de dominio en el contrato de compraventa: implicancias de su equivalencia con el pacto comisorio", ED, t. 223, ps. 802/809.

(4) CNCom. Sala B, 6/2/87, "Barranco, H. c. Almagro Construcciones S.A. s/ ordinario".

(5) TROPLONG, M., *Le Droit Civil Expliqué suivant l'ordre des articles du Code - De la Vente ou commentaire su Titre VI du Livre III du Code Napoleon*, Charles Hingray Librairie, Éditeur, Paris, 1856, t. 2, ps. 137/138, n° 666 a 672.

tamente, en el marco y con referencia a un régimen jurídico distinto del que aprueba nuestro Código Civil en cuanto al momento en que se produce la transferencia de la propiedad en la compraventa, de ahí la perplejidad que causa su cita.

En efecto, en la compraventa francesa el mero acuerdo de voluntades transfiere al adquirente la propiedad de la cosa vendida, con independencia de su entrega o tradición (art. 1583 del Código Civil francés)<sup>(6)</sup>. Es lógico, por ello, que la falta de pago del precio en el término convenido, tenga eficacia resolutoria de pleno derecho si, como lo expresa el citado art. 1656, hay pacto comisorio expreso con ese alcance<sup>(7)</sup>, y que por consecuencia de ese particular sistema de adquisición de la propiedad, en el que basta el mero consentimiento para que la adquisición tenga lugar, la venta hecha en esas condiciones no se entienda bajo condición suspensiva<sup>(8)</sup>. Es que la compraventa ya ha transmitido la propiedad de la cosa al comprador por el mero consentimiento, y para revertir ese efecto resulta preciso un pacto comisorio expreso, invalidando el contrato retroacti-

No siendo del caso examinar pormenorizadamente cuanto dice Troplong en su comentario al art. 1656 del Código Civil francés para demostrar que no afirma la equivalencia del pacto de reserva de dominio con el pacto comisorio, solamente procedemos a transcribir a continuación, como corroborante de ello, el título de los párrafos integrantes de tal comentario: "...SOMMAIRE. 666. Du cas où la clause de résolution est expresse. Tempérament apporté à la rigueur des principes pour le cas de vente d'immeubles. 667. Mais cet adoucissement n'a pas lieu dans les ventes de meubles avec clause résolutoire expresse. Raison de cette différence. 668. S'il est dit que la résolution de la vente d'immeubles aura lieu de plein droit et sans sommation, l'art. 4656 sera inapplicable. Dissentiment avec M. Duranton. 669. Lorsque l'acheteur a été mis en demeure par une sommation, est-il à temps d'offrir le prix au vendeur tant que la résolution n'est pas prononcée? Dissentiment avec Duranton. La convention est décisive contre son opinion. 670. Le texte de la loi ne l'est pas moins. Argument à contrario qu'il fournit, et qui est décisif. 671. Suite. Comparaison de l'art. 1656 avec les textes de Pothier et de Domat. 672. Suite et conclusion..."

(6) PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Cultural S.A., La Habana, 1943, t. X, p. 8, n° 9; BONNECASE, J., *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Harla, México, 1993, p. 963, n° 1979.

(7) El precepto referido prescribe lo siguiente: "...S'il a été stipulé lors de la vente d'immeubles que, faute du paiement du prix dans le terme convenu, la vente serait résolue de plein droit, l'acquéreur peut néanmoins payer après l'expiration du délai, tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation; mais, après cette sommation, le juge ne peut pas lui accorder ce délai..." (art. 1656).

(8) En este preciso sentido, "Cour de Cassation, 7/4/1874, Dalloz Recueil Périodique", 74-I, p. 289, citado en *Code Civil annoté d'après la doctrine et la jurisprudence*, Dalloz, Paris, 1961, p. 648.



vamente<sup>(9)</sup> y permitiendo al vendedor recuperar la cosa libre de los derechos reales que el comprador hubiera podido establecer en el intervalo, y devolviendo aquél lo que hubiera recibido a cuenta de precio<sup>(10)</sup>. Y si las partes quieren evitar todo ello, deben en el derecho francés convenir que la propiedad no pase al comprador sino después de que se hubiera pagado el precio, es decir, un pacto que deroga lo dispuesto por el art. 1583 del Código Civil al retardar la transmisión del derecho de propiedad hasta la ejecución completa de las obligaciones del comprador<sup>(11)</sup>, el cual, como lo apuntan Planiol y Ripert es perfectamente lícito, no afecta la perfección del contrato sino solamente impide la adquisición inmediata de la propiedad<sup>(12)</sup> y que, como lo destacan Henri, Léon y Jean Mazeaud, se corresponde con la existencia de un pacto de reserva de dominio que instrumenta una condición suspensiva, el que es especialmente aplicable en las compraventas a plazos, siendo su finalidad cumplir una función de garantía a favor del vendedor<sup>(13)</sup>.

En síntesis, lo dispuesto por el art. 1656 del Código Civil francés, nada tiene que ver con el pacto de reserva de dominio, el cual es reconocido como algo distinto del pacto comisorio previsto en dicha norma. Su cita por Vélez Sarsfield, a través de la obra de Troplong, como fuente de nuestro art. 1376 es por ello, como se dijo, motivo de perplejidad a la hora de su exégesis.

Aparte de lo anterior, el art. 1376 del Código Civil de 1869 tampoco es consistente con su otra fuente que es el art. 2074 del Esboço de Freitas.

En efecto, como lo ha observado Jorge H. Alterini, la técnica legislativa del codificador argentino es pasible de reproche, pues adjudica al pacto comisorio una "equivalencia" con una cláusula, la de dominio

(9) MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. y MAZEAUD, J., *Leçons de Droit Civil*, Éditions Montchrestien, Paris, 1963, t. 3, p. 830, n° 1015.

(10) COLIN, A. y CAPITANT, H., *Curso Elemental de Derecho Civil*, Instituto Editorial Reus S.A., Madrid, 1949, t. 4, p. 166, n° 561.

(11) ESCARRA, J., ESCARRA, E. y RAULT, J., *Traité Théorique et Pratique de Droit Commercial* (tomo correspondiente a *Les Contrats Commerciaux - Les ventes commerciales - Le gage commercial*, redactado por Jean Hémar), Librairie du Recueil Sirey, París, 1953, p. 103, n° 190.

(12) Véase en este preciso sentido: PLANIOL, M. y RIPERT, G., ob. cit., t. X, p. 9, n° 10, donde los autores señalan que la solución es extensiva al pacto que determina el pasaje de la propiedad después de transcurrido cierto plazo, o cuando se concrete la tradición.

(13) MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. y MAZEAUD, J., ob. cit., t. 3, ps. 745/746, n° 912, y ps. 751/752, n° 921. En el mismo sentido, destacando que "...La vente devient une vente sous condition suspensive..." se expiden Escarra, J., Escarra, E. y Rault, J., ob. cit., p. 103, n° 190.

reservado hasta el pago del precio, cuyas implicancias no trata. Seguramente, dice dicho respetado autor, medió un error de traducción, ya que por el primer párrafo del art. 2074 del Esboço ("*...Equivale a venda com pacto comissorio a que se fizer com a clausula de dominio reservado, ou propriedade reservada, até o pagamento do preço...*"), no asimiló Freitas el pacto comisorio a una cláusula desconocida, sino que destacó la equivalencia de la cláusula desconocida con el pacto comisorio que legisó en particular en el art. 2009. Pero lo realmente importante, es que en el Esboço la equivalencia entre la cláusula de dominio reservado y el pacto comisorio, tiene sentido cuando dicho pacto provoca los efectos de la condición suspensiva, que en Freitas —y no en Vélez— era factible: "*...se no contracto não se lhe tiver dado expresamente o carácter de condição suspensiva...*" (art. 2072)<sup>(14)</sup>. Dicho con otras palabras, en el Esboço de Freitas se admitía la posibilidad de que el pacto comisorio operase como las condiciones suspensivas, y es en esta hipótesis que el pacto de reserva de dominio puede equipararse. Sin embargo, Vélez Sarsfield solamente admitió que el pacto comisorio operase resolutivamente, de donde se sigue que la equivalencia aludida por el art. 1376 del Código Civil, es otra causa de perplejidad interpretativa.

Dejando atrás el estudio de las fuentes del art. 1376 del Código Civil, conviene recordar, desde perspectiva afín pero distinta, que fue el propio Vélez Sarsfield quien advirtió sobre las diferencias entre el pacto comisorio y la condición resolutive, por lo que la vinculación que se hace entre un instituto y otro para afirmar, en última instancia, que el pacto de reserva de dominio importa una condición resolutive, tampoco puede ser aceptada.

En efecto, en la nota al art. 555 del Código Civil de 1869 el codificador destacó sentidas diferencias<sup>(15)</sup>, que son también reconocidas por los autores modernos y la jurisprudencia; entre ellas: a) el ejercicio del pacto comisorio es facultativo para la parte cumplidora; en cambio, la condición resolutoria no opera por voluntad de parte, sino *ope legis*; b) el

(14) ALTERINI, J., "Resolución de los contratos y dominio revocable (con especial referencia a la resolución por incumplimiento y al pago del precio en la transmisión del dominio —arts. 1376 y 3923 del Cód. Civil—)", ED, t. 50, p. 633, espec. p. 642.

Hemos completado las citas hechas por J. H. Alterini, teniendo a la vista la obra de A.T. DE FREITAS, *Código Civil - Esboço*, Río de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, Buenos Aires, 1865, ps. 820/821.

(15) Expresa el codificador Vélez Sarsfield en la citada nota "...en la condición resolutoria, desde que ésta se cumple, la obligación queda para ambas partes como no sucedida; lo contrario sucede con el pacto comisorio. En éste, a pesar del cumplimiento de la condición prevista, la obligación no se resuelve mientras no lo quiera la parte que ha estipulado esa condición especial y se conservará si quiere mantenerla, no obstante la voluntad contraria de la otra parte..."

pacto comisorio presupone un incumplimiento obligacional; empero, la condición resolutoria puede incluso aniquilar las consecuencias de un contrato enteramente cumplido; y c) en orden a los efectos cumplidos, el pacto comisorio puede dejar firmes ciertas prestaciones cumplidas; sin embargo, ello no ocurre frente a la condición resolutoria, que siempre alcanza a las prestaciones ya cumplidas<sup>(16)</sup>.

Nada, pues, autoriza a ver en el pacto de reserva de dominio el instrumento de una condición resolutoria, y menos aun que las reglas del pacto comisorio —que en nuestro derecho no opera como las condiciones suspensivas— basten para regularlo.

Por otra parte, no es simple explicar la naturaleza del pacto de reserva de dominio desde el punto de vista indicado, porque para ello sería necesario que se hubiera transferido el dominio, y ante el cumplimiento del hecho condicionante, quedaría sin valor el acto (arts. 553 y 554 del Código Civil de 1869)<sup>(17)</sup>.

En sentido opuesto y probablemente por ser la tesis más racional y de explicación menos alambicada, la doctrina nacional ha interpretado mayoritariamente<sup>(18)</sup>, bien que con diferentes argumentos, que lo dispuesto por el art. 1376 del Código Civil no es contrario a la comprensión de que el pacto de reserva de dominio importa, en rigor, una venta bajo condición suspensiva, esto es, una venta que deja pendiente los efectos plenos del traspaso de la propiedad al cumplimiento de un hecho, generalmente el pago del precio, de suerte tal que la adquisición del dominio aparece diferida<sup>(19)</sup>.

(16) BUSO, E., *Código Civil Anotado*, Ediar S.A., Buenos Aires, 1949, t. III, p. 530, n° 11; HALPERÍN, I., *Resolución de los contratos comerciales*, Depalma, 1968, p. 14; RAMELLA, A., *La resolución por incumplimiento*, Astrea, Buenos Aires, 1975, ps. 16/18, n° 7; MIQUEL, J., *Resolución de los contratos por incumplimiento*, Depalma, 1979, ps. 13/17, n° 5; STIGLITZ, R. (director), *Contratos-Teoría General*, Depalma, Buenos Aires, 1990, ps. 728/729; GASTALDI, J., *Pacto Comisorio*, Hammurabi, Buenos Aires, 1985, ps. 15/16; CNCiv. Sala D, 15/2/80, JA 1981-II, p. 345; CNCiv. Sala E, 27/8/81, Rep. LL XLII, p. 470, n° 32.

(17) COMPAGNUCCI DE CASO, R., *Contrato de compraventa*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 335.

(18) El carácter mayoritario de esta posición es reconocido, entre otros, por BORDA, G., ob. cit., t. I, p. 285, n° 382 y por COMPAGNUCCI DE CASO, R., ob. cit., p. 336.

(19) LOBOS, R., "Ventas a crédito de muebles con reserva de propiedad", La Ley 19, sec. doct., p. 45, n° 2; SARAVIA, J., "El pacto de reserva de dominio en la compra y venta", La Ley, t. 41, ps. 943/951; LAFAILLE, H., *Curso de contratos*, Tall. Gráf. Ariel, Buenos Aires, 1928, t. II, p. 114, n° 192; FERNÁNDEZ, R. L., *Código de Comercio Comentado*, Talleres Gráficos A. Wolter, Buenos Aires, 1950, t. II, p. 322; CASTILLO, R. S., *Curso de derecho comercial*, Buenos Aires, 1956, t. II, p. 79, n° 109; REZZÓNICO, L. M., *Estudio de los contratos en nuestro derecho civil*, Depalma, Buenos Aires, 1958, t. 1,

Particularmente, Mosset Iturraspe sostiene como no dudoso que el pacto de reserva de dominio sea una venta bajo condición suspensiva, siendo el hecho futuro e incierto al cual se condiciona la adquisición del dominio, por lo común, el pago del precio. Pero agrega que, a todo evento, la calificación de la condición como suspensiva o resolutoria, dependerá de la realidad de lo convenido (si se transfiere o no el dominio), no pudiendo ello surgir de los términos de un texto legal como el art. 1376 del Código Civil<sup>(20)</sup>.

De igual opinión es Paul Oertmann, quien dice: Que la condición sea suspensiva o resolutoria depende, como es natural, de la estipulación de las partes. Cuando exista duda, la presunción es favorable al carácter suspensivo de la condición, es decir, que el comprador, mientras esté pendiente la condición, adquiere solamente la expectativa del derecho con protección jurídica a obtener la propiedad de la cosa<sup>(21)</sup>.

Si se quiere, podrá discutirse (no lo hacemos nosotros) si la pendencia de los efectos plenos del traslado de la propiedad que provoca la condición suspensiva es consecuencia de que esta última recae: a) sobre la tradición, de tal manera que la entrega de la cosa no surtirá efecto hasta el pago del precio; b) sobre el contrato, en el sentido de que la compraventa no surte efecto hasta el pago del precio; o bien; c) sobre la transmisión de la propiedad, que es un *effectum iuris* (la propiedad no se transmite hasta

p. 355; WINIZKY, I., "Compraventa con reserva de dominio", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1955, t. III, p. 523, espec. p. 524; MUÑOZ, L., *Contratos*, TEA, Buenos Aires, 1960, t. 2, p. 234, n° 392; MOSSET ITURRASPE, J., *Compraventa inmobiliaria*, Ediar, Buenos Aires, 1976, p. 45, nota n° 15; ARGERI, S., "Compraventa comercial con cláusula de reserva de dominio", LL 1981-B, p. 1098; ETCHEVERRY, R., *Derecho Comercial y Económico-Contratos-Parte Especial*, Astrea, Buenos Aires, 1991, t. 1, p. 40.

Es también la opinión de LLERENA, B., *Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino*, Imprenta y Librería Mayo, Buenos Aires, 1897, t. 2, p. 326, coment. art. 1376, donde dice: "...Viene a quedar de ese modo bajo condición suspensiva...". Sin embargo, esta última frase desaparece en la tercera edición de la misma obra, publicada por Librería y Editorial La Facultad, Buenos Aires, 1931, t. 5, ps. 104/105. No obstante, del contexto surge que el criterio era mantenido por el autor al afirmar que "...es un contrasentido aplicar disposiciones que legislan casos en que se ha transmitido el dominio, aunque sea revocable...", refiriéndose particularmente al art. 1371, inc. 2°, del Código Civil.

(20) MOSSET ITURRASPE, J., ob. cit., loc. cit.

(21) OERTMANN, P., "La reserva de dominio en la compraventa (*pactum reservati dominii*)", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, año VII, n° 204, setiembre 1930, t. XVII, p. 257 y ss., espec. p. 263, n° 2.

Compárese esta solución, que es la del derecho alemán, con lo dispuesto por el art. 1168 del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, el cual dispone que en caso de duda la venta condicional se considera hecha bajo condición resolutoria.

el pago del precio). Mas a salvo la respuesta que se adopte en punto a lo anterior, lo cierto es que el pacto de reserva de dominio no afecta el perfeccionamiento del contrato, sino solamente la consumación del mismo; y cuando opera no causa invalidez alguna.

En este punto, viene a cuento una aguda observación de Ernesto C. Wayar: no se comprende por qué si el vendedor "suspende" la transmisión dominial, se debe someter la venta a una condición "resolutoria" <sup>(22)</sup>.

Ha de advertirse, asimismo, que el art. 1323 del Código Civil de 1869 contiene dos principios: a) que la venta es perfecta entre las partes cuando ambas hubieran convenido en la cosa y en el precio; b) que la tradición de la cosa y el pago del precio no son necesarios para perfeccionar la venta <sup>(23)</sup>. Del segundo principio se deriva que la venta pueda hacerse bajo condición, esto es, que las partes pueden diferir la consumación del contrato, condicionando la adquisición de la propiedad de la cosa al previo pago de su precio, aun cuando ella hubiera sido entregada, sin que por esto se afecte la perfección del contrato. Y lo que habrán las partes hecho, en tal caso, es poner a la venta una condición suspensiva, no resolutoria. Condición que no se refiere al vendedor, sino al comprador que debe pagar el precio, quedando la obligación del primero de transmitir la propiedad supeditada al hecho del segundo. Si la condición se verifica, la propiedad se transfiere al comprador; si el pago del precio no se efectúa, la condición no se ha cumplido. Todo lo cual está en consonancia con el art. 1370 del Código Civil de 1869 que permite adicionar al contrato de compraventa cualquier condición suspensiva. Cabiendo señalar, en este último sentido, que si la ley permite hacer depender la existencia del contrato de compraventa de un hecho futuro e incierto puesto como condición (cit. art. 1370), tanto más permitido será el suspender, dependientemente del cumplimiento de una condición, uno solo de sus efectos, cual es el traslado de la propiedad.

La afirmación de que el pacto de reserva de dominio oculta otro comisorio es contraria, incluso, a la naturaleza de este último <sup>(24)</sup>. Aunque la reserva de propiedad ocupa el lugar, prácticamente, del pacto comisorio, difiere de él jurídicamente <sup>(25)</sup>. En efecto: a) por el pacto comisorio cada

(22) WAYAR, E., *Compraventa y permuta*, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 509, n° 353.

(23) Los mismos dos principios pueden deducirse de los arts. 1123 y 1147 del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012.

(24) GASCA, C., *La compraventa civil y comercial*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1931, t. I, p. 23, n° 9.

(25) MESSINEO, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, EJE, Buenos Aires, 1955, t. V, p. 83, n° 140; Muñoz, L., ob. cit., t. 2, p. 233, n° 392.

una de las partes se reserva la facultad de no cumplir si la otra no cumple el contrato por su parte (art. 1203 del Código Civil); en cambio, en el pacto de reserva de dominio se reserva la transmisión de la propiedad; b) el pacto comisorio apunta a preservar la simultaneidad del cambio entre cosa y precio, aun cuando se hubiera dado término para el pago del último; la reserva de dominio, en cambio, demora la transferencia de la propiedad, ligándola al completo pago del precio; transferencia que se habría verificado con la entrega de la cosa en el mismo acto de la estipulación, si el vendedor no hubiese vendido a crédito; c) la venta con reserva de dominio no admite resarcimiento por rescisión; esta última eventualmente sí <sup>(26)</sup>. En otras palabras, uno y otro instituto no son equivalentes.

Por otra parte, no convence la cita que algunos autores hacen del art. 43 del Código Aeronáutico para abonar la idea de que el pacto de reserva de dominio debe sujetarse al régimen de las condiciones resolutorias <sup>(27)</sup>. La solución propuesta en tal sentido por dicha norma es específica del derecho aeronáutico y está fundada en la necesidad de garantizar los derechos de los fabricantes y vendedores de aeronaves, generalmente anglosajones, a fin de hacer coincidir la ley argentina con el régimen de la locación-venta anglosajona <sup>(28)</sup>. Por lo demás, lo dispuesto por el art. 43 del Código Aeronáutico tiene un ámbito de aplicación muy restringido, pues solamente aprehende a las aeronaves argentinas adquiridas en el país por contrato de compraventa con pacto de reserva de dominio; en cambio, para las aeronaves extranjeras adquiridas por contrato de compraventa sometido a condición o a crédito u otros contratos celebrados en el extranjero por los cuales el vendedor se reserva el título de propiedad de la aeronave, se prevé que la inscripción quedara sujeta a las restricciones del respectivo contrato (art. 42) <sup>(29)</sup>. A todo evento, tampoco es ocioso observar que lo previsto por el art. 43 del Código Aeronáutico ha sido superado por la realidad actual, pues la adquisición de aeronaves generalmente se hace a través del contrato de leasing <sup>(30)</sup>, el que se distingue netamente de la venta con pacto de reserva de dominio <sup>(31)</sup>, pues en esta última no se requiere de una nueva declaración de voluntad de

(26) CAMPOAMOR, C., "La venta a plazo con reserva de dominio no admite resarcimiento por rescisión", JA 1953-I, ps. 12/13, sec. jurisp. extranjera.

(27) En este sentido: LÓPEZ DE ZAVALÍA, F., ob. cit., t. I, p. 261.

(28) VIDELA ESCALADA, F., *Derecho Aeronáutico*, Víctor P. de Zavallía Editor, Buenos Aires, 1970, t. II, p. 185.

(29) CNCom. Sala B, 8/2/1982, "Trafe S.A."

(30) MÉNDEZ DE DE SANTIS, M., "Consecuencias legales de la compraventa de aeronaves entre las partes y respecto de terceros", La Ley, 1984-A, 1020.

(31) CNCom. Sala B, 28/7/1981, "Lama S.A. Construcciones c. Ford-Finanfor S.A. Cía. Financiera".

la parte vendedora para hacer transferir la propiedad, ya que tratándose el pago del precio de una condición de la relación contractual, basta su verificación para que la compradora adquiera la propiedad en forma automática; en el leasing, por el contrario, se hace necesaria una nueva emisión de la declaración de voluntad de parte del usuario para ejercer la opción de compra que le confiere el contrato<sup>(32)</sup>. En suma: no nos parece que a partir de una respuesta legislativa especial, propia del particularismo del derecho aeronáutico<sup>(33)</sup>, pueda extraerse una conclusión general aplicable a casos que se mueven en otras áreas.

Lo expuesto es la regla general. Sin embargo, puede haber situaciones particulares como la del *lease intended as security* del derecho norteamericano. Como se dijo en un fallo (CNCom. Sala D, 28/11/08, "The Capita Corporation de Argentina S.A. c. Intervet Argentina S.A. s/ ordinario", voto del juez Heredia), el *true lease* es una modalidad de leasing conocida especialmente en el derecho norteamericano. En efecto, uno de los preceptos del *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos, aplicable al leasing, hace una distinción entre el *buona fides lease* y el *lease intended as security*. Este último cae directamente dentro del artículo noveno —*security of transaction* (operaciones garantizadas)— del citado código legal, y también en su artículo segundo —*sales* (compraventas)— porque son considerados ventas de equipos. En cambio, el *true lease* no constituye alguna seguridad de transacción ni una venta, y por ello no está sujeto a ninguno de esos artículos (conf. León Tovar, S, *El arrendamiento financiero (leasing) en el derecho mexicano—Una opción para el desarrollo*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 131). En rigor, en el derecho norteamericano, el *true lease* es un arrendamiento, un contrato de locación comercial puro y simple (conf. LAVALLE COBO, J., y PINTO, C., *Leasing mobiliario*, Buenos Aires, 1982, p. 51), y el *lease intended as security* una venta con reserva de dominio. Se habla así, respectivamente, de arrendamiento puro (*true lease*) y de arrendamiento para garantizar el derecho del acreedor que transmite el uso del bien y, a la postre el derecho de propiedad de aquél, una vez satisfecho su precio íntegro (*lease intended as security*). En el arrendamiento puro no hay duda de quién es el verdadero dueño de la cosa. En el arrendamiento en garantía del derecho del acreedor, en cambio, es preciso que se proceda a conferir publicidad al mismo mediante su inscripción registral, para que el acreedor propietario pueda defender su dominio frente a terceros. Sólo en este último la conservación del bien en propiedad del cedente persigue la finalidad de asegurar el cumplimiento del contrato, mientras que en el primero la propiedad del arrendador sobre el bien arrendado se mantiene al ser el contrato un mero arrendamiento que, en ningún caso, pretende transmitir su propiedad (conf. BULGARELLI GONZÁLEZ, F. y LEIVA MARTÍNEZ, M., "La realidad jurídica social y económica de los contratos de "leasing" financiero en Costa Rica", [www.uned.ac.cr/SEP/recursos/investigaciones/documents/RealidadJuridica.pdf](http://www.uned.ac.cr/SEP/recursos/investigaciones/documents/RealidadJuridica.pdf)).

(32) LEYVA SAAVEDRA, J., *Contratos de Financiamiento*, Unilaw, Lima, 2005, p. 131.

(33) El particularismo del derecho aeronáutico, que da lugar a la especialidad de las reglas que lo gobiernan y a la tendencia a la completitud de la disciplina (arg. art. 2º de la ley 17.285), ha sido destacado por la jurisprudencia; conf. CSJN, 24/11/1998, "Corzo,

En el derecho comparado, en fin, la visión del pacto de reserva de dominio como una venta bajo condición suspensiva, es la más aceptada. Es el criterio adoptado en Francia, Italia y España tal como lo veremos con más detalle en el capítulo VI, pero también en Alemania<sup>(34)</sup>, Portugal<sup>(35)</sup>, Suiza<sup>(36)</sup>, Canadá<sup>(37)</sup>, Brasil<sup>(38)</sup>, Bolivia<sup>(39)</sup>, Perú<sup>(40)</sup>, Ecuador<sup>(41)</sup>, Hondu-

Malvina A. Tello Vda. de y otros c. Misiones Pcia. de; Santos, Waldemar H.; Benitez, Darío V. y/o quien resulte responsable s/ daños y perjuicios", Fallos 321:3224.

(34) El Código Civil Alemán (BGB) dispone que "...Si el vendedor de una cosa mueble se ha reservado la propiedad hasta el pago del precio de compra, en la duda ha de entenderse que la transmisión de la propiedad se realiza bajo la condición suspensiva de pago total del precio..." (art. 455).

La doctrina alemana coincide, con base en el indicado texto, en cuanto a que la venta con pacto de reserva de dominio tiene un efecto real restringido, pues se entiende bajo condición suspensiva del pago total del precio; conf. ENNECCERUS, L., KIPP, T. y WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil—Derecho de Obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1935, t. II, p. 102, nº 118; HEDEMANN, J. W., *Tratado de Derecho Civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, vol. II (Derechos Reales), p. 522.

(35) De acuerdo al art. 409, nº 1, del Código Civil de Portugal "...Nos contratos de alienação é lícito ao alienante reservar para si a propriedade da coisa até ao cumprimento total ou parcial das obrigações da outra parte ou até à verificação de qualquer outro evento..."

La doctrina portuguesa interpreta estar en presencia de una condición suspensiva; conf. ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, Edições Almedina S.A., Coimbra, 2011, p. 297, nº 28.2.2; MENÉRES CAMPOS, I., "Algumas Reflexões em Torno da Cláusula de Reserva de Propriedade a Favor do Financiador", en *Estudos em Comemoração do Décimo Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Livraria Almedina, Coimbra, 2004, p. 631 y ss.

(36) *Código Federal de las Obligaciones*, art. 226; DAEPEN, O. y REYMOND, Ch., *Le Code Fédéral des Obligations*, Éditions Polygraphiques S.A., Zurich, 1937, ps. 290/291.

(37) *Code Civil du Québec*, art. 1745.

(38) *Código Civil*, arts. 521 a 528; DE BARROS MONTEIRO, W., *Curso de Direito Civil—Direito das obrigações*, Edição Saraiva, Sao Paulo, 1973, t. 2, p. 110 y autores citados en nota nº 24.

(39) Código Civil, art. 585, inc. I: "...En la venta a cuotas, con reserva de propiedad, el comprador adquiere la propiedad de la cosa pagando la última cuota..."

(40) Código Civil de 1984, art. 1583. DE LA PUENTE, M., "Compraventa con reserva de propiedad", PUCP, *Revista de la Facultad de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Perú, año 1997, nº 51, p. 355 y ss., espec. p. 377.

(41) Código Civil, art. 715: "...La tradición puede transferir el dominio bajo condición suspensiva o resolutoria, con tal que se exprese. Verificada la entrega por el vendedor, se transfiere el dominio de la cosa vendida, aunque no se haya pagado el precio, a menos que el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago, o hasta el cumplimiento de una condición..."

ras<sup>(42)</sup>, Chile<sup>(43)</sup>, Uruguay<sup>(44)</sup>, Colombia<sup>(45)</sup>, Venezuela<sup>(46)</sup>, Guatemala<sup>(47)</sup> y México<sup>(48)</sup>, entre muchos otros países.

(42) Código Civil, art. 707, cuyo texto es idéntico al transcripto en la nota anterior.

(43) En el derecho chileno la conclusión se extrae de una interpretación superadora de la contradicción existente entre los arts. 680 y 1874 del Código Civil. Afirmando el carácter de condición suspensiva, véase: CAPRILE BIERNMANN, B., *La reserva de propiedad ¿garantía eficaz en el derecho chileno?*, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, año 2000, vol. 27, n° 1, sección estudios, p. 29 y ss., espec. p. 36.

No obstante, existen autores que hacen prevalecer el art. 1874 del Código Civil, afirmando estar presente una condición resolutoria; en este sentido: DIEZ DUARTE, R., *La compraventa en el Código Civil chileno*, Ed. Jurídica Conosur, 1993, n° 280.

(44) En Uruguay la doctrina considera derogado el art. 1732 del Código Civil que prohíbe el pacto de reserva de dominio, a partir de la sanción de la ley n° 8733 del 17/6/1931 sobre promesa de enajenación de inmuebles a plazo. Actualmente, pues, se entiende que esta última ley consagró legislativamente el pacto de reserva de dominio y que, entonces, el vendedor puede mantener la propiedad de la cosa hasta tanto no se le pague el 50% del precio (art. 16, ley cit.; GAMARRA, J., *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1990, t. IX, ps. 106/109). Es decir, funciona como cláusula suspensiva.

(45) Ley 45 de 1930. La caracterización del pacto de reserva de dominio como condición suspensiva, fue afirmada en Colombia por la Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, Bogotá, 7/5/1968, "Villegas Hnos. & Cía. S.A. c. Carlos Palacio Jaramillo", reg. en Gaceta Judicial, n° 2297/2299, p. 106 y ss., esp. p. 112.

Véase también: OCHOA RESTREPO, G., *Estudios de Derecho*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín, marzo 1965, año 26, vol. 24, n° 67, ps. 59/71.

(46) Ley de Venta con Reserva de Dominio (decreto n° 491 del 26/12/1958); GOLDSCHMIDT, R., "La legislación venezolana sobre ventas con reserva de dominio", *Revista del Ministerio de Justicia*, Venezuela, enero-marzo 1959, año VIII, ps. 11/48; URBANEJA ACHELPOHL, A., "Ley sobre ventas con reserva de dominio - Su interpretación - Acciones Derivadas - La caducidad", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Caracas, julio-diciembre 1969, año 32, n° 40, ps. 57/66; GONZÁLEZ, A., *La reserva de dominio en Venezuela*, Ed. El Guay S.A., Caracas, 1991, ps. 62/63.

(47) Código Civil, art. 1834. MAZARIEGO VÁSQUEZ, A., *La responsabilidad civil proveniente de la compraventa de vehículos con pacto de reserva de dominio cuando se da un hecho de tránsito*, Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, febrero, 1996 (tesis).

(48) El Código Civil mexicano regula la reserva de propiedad sobre bienes muebles a favor del vendedor, en los casos de ventas en abonos, estipulando que dicho pacto tiene efectos frente a terceros, solamente si se inscribe en los registros de propiedad y siempre que se trate de bienes no fungibles, individualizados y perfectamente individualizables. Se prohíbe al comprador enajenar la cosa mientras no se pague el precio total, y se concede derecho al vendedor para recogerla, en caso de incumplimiento y aún de quiebra, así como para cobrar una renta el tiempo que la cosa estuvo en poder del comprador (arts. 2312 y 2313 del Código Civil). El pacto no está previsto en la legislación mercantil, pero se aplica también a los contratos comerciales, afirmando

### III. LA AFIRMACIÓN DE QUE EL PACTO CON RESERVA DE DOMINIO ES AJENO A NUESTRA CULTURA JURÍDICA. CRÍTICA: CASOS DE POSIBLE APLICACIÓN

La afirmación de que la venta con reserva de dominio es ajena a nuestra cultura jurídica, no pasa de lo retórico.

Para comenzar, no puede sostenerse semejante afirmación frente a los muchos trabajos de doctrina civil y comercial que en nuestro país se han ocupado del tema.

Pero independientemente de ello, el pacto de reserva de dominio reviste interés, entre otros casos, en el contrato de compraventa internacional de mercaderías, en la adquisición de acciones y en las adquisiciones con pago aplazado, sin financiación por tercero, efectuadas por consumidores.

En las operaciones de comercio internacional, en efecto, las compraventas con cláusula de reserva de dominio no son inusuales, habiendo ocupado la atención de la doctrina su utilización<sup>(49)</sup>, y destacándose en los documentos de UNCITRAL la importancia del *pacto reservae domini* en países que no contemplan formas de garantías reales "legales" sin desplazamiento en beneficio del vendedor a quien no se le ha pagado el precio<sup>(50)</sup>.

No lo prohíbe la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobada por las leyes 22.488 y 22.765. En tal sentido, lo dispuesto por su art. 30 no se opone a que, por el juego de la autonomía de la voluntad, las partes puedan subordinar la transmisión de la propiedad al pago total del crédito, quedando reservado a las

la doctrina que actúa como una cláusula suspensiva; conf. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J., *Curso de Derecho Mercantil*, Porrúa Hnos. S.A., México, 1947, t. 2, p. 438; SÁNCHEZ CORDERO, J., *Contratos*, Suprema Corte de Justicia de las Nación, México-Puebla, 2006, p. 150; ROJINA VILLEGAS, R., *Compendio de Derecho Civil*, Porrúa Hnos. S.A., México, 2001, t. IV (contratos), p. 156.

(49) BOUZA VIDAL, N., *Las garantías inmobiliarias en el comercio internacional*, Marcial Pons, Madrid, 1991, ps. 46/58 y 92/96; GUARDIOLA SACARRERA, E., "La cláusula de reserva de dominio en los contratos de compraventa internacional de mercaderías - Su eficacia frente a terceros según la legislación española y derecho comparado", *Revista Jurídica de Catalunya*, Ilustre Colegio de Abogados, Barcelona, 1984, n° 3, ps. 655/694; ADAME-GODDARD, J., "La cláusula de reserva de dominio en la compraventa internacional", *Revista de derecho privado*, México, D.F., mayo-agosto 1998, ps. 9:26:97-100.

(50) Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL), Informe del secretario general sobre "Pagos Internacionales - Garantías reales en las mercaderías", documento A/CN.9/102, del 18/3/1975, punto n° 8.

normas del derecho material nacional lo atinente a la regulación de la eficacia de la reserva de propiedad<sup>(51)</sup>.

Por otra parte, en el marco de la compraventa internacional, la cuestión ha preocupado a la Unión Europea desde hace tiempo<sup>(52)</sup>, dictándose por el Parlamento Europeo la Directiva 2000/35/CE de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, convirtiendo a la reserva de dominio en una herramienta a ese efecto. En efecto, la Directiva procura garantizar a los acreedores que puedan utilizar la reserva de dominio con carácter no discriminatorio en todo el ámbito comunitario, cumpliendo el requisito de que sea válida con arreglo a las disposiciones nacionales aplicables según el Derecho Internacional Privado. Se entiende que la reserva ejerce presión sobre el deudor ya que la retención de la propiedad facilita el pago de los créditos y consigue que los plazos no se alarguen en detrimento del correcto funcionamiento de los mercados. La Directiva, valga recordarlo, define la reserva de dominio como *"la estipulación contractual en virtud de la cual el vendedor conserva la propiedad de los bienes en cuestión hasta el pago total del precio (art. 2.3)"*; se la configura como condición suspensiva por la que el vendedor se reserva la propiedad del bien hasta el completo pago del precio. Es necesario que la cláusula esté establecida expresamente entre comprador y vendedor y, que se haya producido antes de la entrega de los bienes (art. 4). Si el vendedor inserta la cláusula después de la conclusión del contrato estará privada de eficacia<sup>(53)</sup>.

En la compraventa de acciones, el pacto de reserva de dominio puede obrar como garantía del pago del precio<sup>(54)</sup>. Juega como una condición suspensiva de la adquisición de la propiedad sobre las acciones y, entretanto el pago total del precio convenido se concreta, el comprador habrá de asumir la condición de depositario o usufructuario<sup>(55)</sup>. En el primer caso, la situación se rige por las reglas de los arts. 572 del Código de Comercio de 1862, 2182 y sptes. del Código Civil de 1869, o art. 1356

(51) DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. (director y coordinador), *La Compraventa Internacional de Mercaderías-Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, p. 247.

(52) YAGUEZ, R., "El proyecto de convención europea sobre la reserva de dominio simple", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, mayo-junio 1983, año LIX, nº 556, ps. 561/580.

(53) VELASCO, G., "Hacia una garantía única en la venta a plazos en la Unión Europea", registrado en <http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/hacia-una-garantia-unica-en-la-venta-a-plazos-en-la-union-europea>.

(54) PRÍNCIPE, S., *Adquisición de paquetes de control*, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 64.

(55) GIL DEL MORAL, F., MOREU SERRANO, G. y DE MIGUEL, P., *Contratos sobre acciones*, Civitas, Madrid, 1994, ps. 560 y 562.

del Código Civil y Comercial de 2014, pudiendo confiarse al depositario (comprador) la facultad de cobrar dividendos, intervenir en asambleas, etc.<sup>(56)</sup>. En el segundo caso, si se desea que el usufructo tenga una trascendencia jurídica frente a terceros y no sólo como convenio inter-partes, se deberá comunicar la constitución del derecho real a la sociedad emisora<sup>(57)</sup>, rigiéndose los derechos del nudo propietario (vendedor) y del usufructuario (comprador) por los arts. 215 y 218 de la ley 19.550<sup>(58)</sup>.

Por último, la venta bajo reserva de dominio puede jugar útilmente en las adquisiciones de consumidores sin financiamiento de terceros. Como lo observa Compagnucci de Caso, la venta "a plazos" es hoy un fenómeno muy común y corriente que se resuelve por diferentes vías, ya sea asegurando el cobro mediante la constitución de una prenda sin desplazamiento, con la intervención de otro acreedor (como en el caso de préstamos especiales para el consumo o mediante tarjetas de crédito), o bien, con el sistema que se analiza de la venta con reserva. Esta vía aprovecha no sólo a los consumidores sino también a los fabricantes, intermediarios y vendedores directos de la mercadería<sup>(59)</sup>.

#### IV. LA CUESTIÓN DEL ABUSO EN EL PACTO DE RESERVA DE DOMINIO

Como ya se refirió, el proyecto de reformas al Código Civil redactado por la Comisión designada por el decreto 468/92 justificó no regular el pacto de reserva de dominio en el hecho de que el Proyecto de Unificación de 1987 había omitido disposiciones como las de los arts. 1525 y 1526 del Código Civil italiano o de los arts. 934 y 935 del Código Civil portugués *"...que tutelan al comprador del ejercicio abusivo del pacto de reserva de propiedad..."*.

En rigor, las mencionadas normas italianas y portuguesas no se refieren al ejercicio abusivo del pacto de reserva de dominio en cuanto a la recuperación de la cosa vendida (lo cual es propio de la función de ese pacto), sino al abuso del vendedor en el ejercicio de la facultad de resolver el contrato de venta frente al incumplimiento del comprador, con el objeto de obtener otros beneficios distintos de la recuperación indicada. Las citados preceptos lo que persiguen es, en efecto, salvar la injusticia

(56) HALPERÍN, I., *Sociedades Anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 328.

(57) GIL DEL MORAL, F., MOREU SERRANO, G. y DE MIGUEL, P., ob. cit., p. 560.

(58) Sobre el usufructo de acciones, además de las obras generales que examinan el art. 218 de la ley 19.550, aunque se trate de un trabajo anterior a esa normativa, véase especialmente: AZRIRIA, E., *Usufructo de acciones de sociedades anónimas*, TEA, Buenos Aires, 1956.

(59) COMPAGNUCCI DE CASO, R., ob. cit., p. 334.

de que en una venta de las características indicadas, el vendedor resolviendo el contrato, recupere la cosa y, además, haga suyas las cantidades ya pagadas por el comprador (que podría ser una parte importante del precio, eventualmente incrementado con intereses), invocando su derecho al resarcimiento de daños e intereses, o bien alegando el derecho a una compensación por el uso y disfrute de la cosa por el comprador, durante el tiempo que ha poseído. Contra ese abusivo ejercicio de la facultad resolutoria es que reaccionan aquellos preceptos extranjeros, y otros similares que también pueden verse en el derecho comparado<sup>(60)</sup>.

Aclarado lo anterior, conviene observar que si el Proyecto de Unificación de 1987 había incurrido en alguna omisión al no reproducir normas como las italianas y portuguesas citadas, la actitud a seguir era subsanar tal omisión, pero no eliminar por completo el instituto de reserva de dominio. Defecto este último en el que también cayeron los proyectos de unificación civil y comercial posteriores, así como el Código Civil y Comercial de 2014.

A todo evento, disposiciones especiales sobre el abuso de derecho para precaver situaciones como las indicadas, no parecen ineludiblemente necesarias si se cuenta con un texto general como el art. 1071 del Código Civil argentino.

En tal sentido, España tampoco cuenta con preceptos como los italianos y portugueses citados. Sin embargo, la doctrina española entiende que para dar respuesta a situaciones injustas como la antes descrita basta invocar, de modo general, el abuso del derecho y acaso el principio de la buena fe<sup>(61)</sup>.

Corresponde, además, señalar lo siguiente como prueba de lo innecesario en nuestro derecho de normas como las extranjeras indicadas.

a) El art. 1525 del Código Civil italiano<sup>(62)</sup> y el art. 934 del Código Civil portugués<sup>(63)</sup> brindan una misma solución: en la venta con reserva de

(60) LANGLE y RUBIO, E., *Manual de Derecho Mercantil Español*, Bosch, Barcelona, 1959, t. III, p. 201, quien cita la ley austríaca y la ley alemana de compraventa a plazos del 16 de mayo de 1894. Sobre este último antecedente, véase: ENNECCERUS, L., KIPP, T. y WOLFE, M., ob. cit., t. II, vol. II, ps. 103/104.

(61) LANGLE y RUBIO, E., ob. cit., t. III, p. 201.

(62) Art. 1525. Nonostante patto contrario, il mancato pagamento di una sola rata, che non superi l'ottava parte del prezzo, non dà luogo alla risoluzione del contratto, e il compratore conserva il beneficio del termine relativamente alle rate successive.

(63) Art. 934. Falta de pagamento de uma prestação Vendida a coisa a prestações, com reserva de propriedade, e feita a sua entrega ao comprador, a falta de pagamento de uma só prestação que não exceda a oitava parte do preço não dá lugar à resolução do contrato, nem sequer, haja ou não reserva de propriedade, importa a perda do

dominio, la falta de pago de una cuota, que no supere a la octava parte del precio, no da lugar a la resolución del contrato<sup>(64)</sup>. Como se aprecia, tales normas se vinculan a la entidad del incumplimiento que autoriza la resolución del contrato, cuestión que en el Código Civil italiano está genéricamente regulada por su art. 1455<sup>(65)</sup>. En nuestro derecho, aun a falta de texto legal, es aceptado por jurisprudencia y doctrina que el incumplimiento fundante de la resolución contractual tiene que tener cierta entidad, pues en caso contrario cobra operatividad la norma del art. 1071 del Código Civil y/o art. 10 del Código Civil y Comercial de 2014 que proscriben el ejercicio abusivo de los derechos, y que subordina al principio de la buena fe todas las vicisitudes del contrato<sup>(66)</sup>.

b) El art. 1526 del Código Civil italiano<sup>(67)</sup> no tiene símil en el derecho argentino. No obstante, los efectos que dicha norma italiana determina en su primer párrafo, pueden quedar entre nosotros satisfechos con los que se reconocen como propios de la resolución contractual en cuanto a la restitución de las prestaciones<sup>(68)</sup>. Y en tanto la convención autorizada en su segundo párrafo funciona como arras penitencial<sup>(69)</sup>, la reducción judicial allí prevista podría tener cabida en nuestro derecho por aplica-

benefício do prazo relativamente às prestações seguintes, sem embargo de convenção em contrario.

(64) Sobre la referida norma del Código Civil italiano, véase: BARBERO, D., *Sistema del Diritto Privato Italiano*, UTET, 1965, t. II, p. 310, n° 745; MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial*, Ejea, Buenos Aires, 1955, t. V, ps. 88/89, n° 140.

Sobre el art. 934 del Código Civil portugués, véase: MACHADO, J. B., *Pressupostos da resolução por incumprimento*, Obra dispersa, vol. I, Braga, Scientia Jvridica, 1991, ps. 164, 184 y ss.

(65) MESSINEO, F., *Doctrina General del Contrato*, Ejea, Buenos Aires, 1952, t. II, p. 348.

(66) CNCom. Sala A, 22/10/09, "Estacion de Servicio Saenz Peña S.R.L. c. Esso Sapa s/ ordinario"; CNCom. Sala A, 28/6/13, "Loginter S.A. c. Tito González S.A. y otro s/ ordinario"; CNCom. Sala B, 28/5/90, "Arvid S.R.L. c. Gont, Ladislao"; Arico, R. y CARRER, M., "Entidad del incumplimiento que autoriza la resolución del contrato", *La Ley*, 1989-C, p. 1031; RAMELLA, A., *La resolución por incumplimiento*, Astrea, Buenos Aires, 1975, ps. 53/55, n° 19; LORENZETTI, R., *Tratado de los Contratos - Parte General*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 658.

(67) Art. 1526. Se la risoluzione del contratto ha luogo per l'inadempimento del compratore, il venditore deve restituire le rate riscosse, salvo il diritto a un equo compenso per l'uso della cosa, oltre il risarcimento del danno. Qualora si sia convenuto che le rate pagate restino acquisite al venditore a titolo d'indennità, il giudice, secondo le circostanze, può ridurre l'indennità convenuta (1384).

(68) Sobre el tema, en general, véase: ZANNONI, E., "Efectos de la resolución de los contratos por incumplimiento", en *Estudios de Derecho Civil - Homenaje al Dr. Luis Moisset de Espanés*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1980, p. 339 y ss.

(69) MESSINEO, F., *Manual...*, cit. t. V, p. 89.

ción del art. 656, segundo párrafo, del Código Civil<sup>(70)</sup>, o bien en función del art. 953 del mismo cuerpo legal (en igual sentido, arts. 794, 2º párrafo y 279 del Código Civil y Comercial de 2014)<sup>(71)</sup>.

c) Finalmente, lo dispuesto por el art. 935 del Código Civil portugués<sup>(72)</sup>, puede reencausarse en nuestro derecho directamente con lo prescripto por el art. 656, segundo párrafo, del Código Civil (ídem cit. art. 794, 2º párrafo, Código Civil y Comercial de 2014).

Pues bien, cuanto acaba de decirse, intenta demostrar que para ofrecer protección al comprador frente a actitudes vejatorias o abusivas del vendedor, no son necesarias en nuestro derecho normas especiales como las indicadas italianas o portuguesas, bastando las generales existentes. De ahí que la crítica que la Comisión designada por el decreto 468/92 hizo del Proyecto de Unificación de 1987 por haberlas omitido, no se sostiene; y mucho menos para derivar de ello la supresión del *pactum reservati dominii* en nuestro derecho.

#### V. LA IMPORTANCIA DE LA CARACTERIZACIÓN DEL PACTO DE RESERVA DE DOMINIO EN CASO DE QUIEBRA DEL VENDEDOR

Cuando se examina el funcionamiento del pacto de reserva de dominio frente a la quiebra del comprador, no es neutral caracterizar a ese pacto como instrumento de una condición resolutoria o bien suspensiva.

En efecto, si la reserva de dominio opera como una condición resolutoria, el vendedor deja de ser propietario en el momento de la perfección del contrato, aunque recobraría la propiedad en el caso de que se cumpla la condición de la falta de pago del precio. Pero si el comprador cae en quiebra antes de que el pago tenga lugar y, por ello, ya no puede pagar como efecto del desapoderamiento, el vendedor se convertiría en un acreedor por ese precio, sin poder recuperar la cosa vendida, que aparecería como parte del patrimonio sujeto a liquidación falencial.

(70) LÓPEZ DE ZAVALÍA, F., *Teoría de los Contratos-Parte General*, Zavallía, Buenos Aires, 1971, p. 387.

(71) MOSSET ITURRASPE, J., *Medios para forzar el cumplimiento*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, p. 183.

(72) Art. 935º-Cláusula penal no caso de o comprador não cumprir 1. A indemnização estabelecida em cláusula penal, por o comprador não cumprir, não pode ultrapassar metade do preço, salva a faculdade de as partes estipularem, nos termos gerais, a ressarcibilidade de todo o prejuízo sofrido. 2. A indemnização fixada pelas partes será reduzida a metade do preço, quando tenha sido estipulada em montante superior, ou quando as prestações pagas superem este valor e se tenha convencionado a não restituição delas; havendo, porém, prejuízo excedente e não se tendo estipulado a sua ressarcibilidade, será ressarcido até ao limite da indemnização convencionada pelas partes.

Diversamente, la configuración de la reserva de dominio como condición suspensiva implica que el vendedor es efectivamente dueño de la cosa, pues aunque ella hubiera sido entregada al comprador<sup>(73)</sup>, la transmisión de la propiedad no entiende cumplida sino hasta el pago del precio, por lo que su posición en la quiebra del adquirente se ve reforzada, ya que el pacto de reserva le permitiría recuperar la cosa como un acreedor de dominio.

En otras palabras, el pacto de reserva de dominio es inoponible a la quiebra del comprador si se lo caracteriza como un acto bajo condición resolutoria. Por el contrario, será oponible a la quiebra del comprador si se lo caracteriza como un acto bajo condición suspensiva.

Como se ha visto, en el derecho comparado prevalece el criterio de estar en presencia de una condición suspensiva. Por lo tanto, de un pacto oponible a la quiebra del vendedor.

Examinaremos en el capítulo siguiente algunos ejemplos del derecho comparado en tal sentido. Posteriormente, abordaremos la cuestión desde la perspectiva del derecho nacional.

#### VI. PACTO DE RESERVA DE DOMINIO EN LA QUIEBRA DEL COMPRADOR EN EL DERECHO COMPARADO

Como se adelantó, la cuestión atinente a la oponibilidad del pacto de reserva de dominio frente a la quiebra del comprador, depende en su respuesta de si se considera que la venta hecha con tal pacto constituye una enajenación bajo condición resolutoria o suspensiva.

En Francia, con anterioridad al año 1980, se sostenía que en la *vente à tempérament* (en cuotas) el comprador adquiría inmediatamente la propiedad de la cosa no obstante la posibilidad de pagar el precio en forma fraccionada<sup>(74)</sup>. Para evitar ello, el vendedor tenía que insertar una cláusula

(73) Recibida la cosa por el comprador, mientras la condición del pago del precio esté pendiente, será poseedor de aquélla. Prácticamente, la transferencia de la posesión al comprador es, por lo general, necesaria, puesto que sólo así se hallará en situación de utilizar económicamente la cosa y obtener de ella provecho. Por esta razón hay que entender que el comprador, no solo ha de recibir la posesión de hecho, sino también, frente al vendedor, un derecho a la posesión de la cosa mientras dure la condición. El vendedor, por tanto, no tiene derecho a reclamar, entre tanto, la posesión, ejercitando la acción reivindicatoria, pues contra esa reivindicación el comprador podría invocar, por vía de excepción, el derecho a la posesión que le concede el pacto de reserva de dominio; conf. OERTMANN, P., ob. cit., ps. 263/264, n° 3.

Todo lo anterior se altera, empero, en caso de quiebra del comprador.

(74) RIPERT, G., *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1948, p. 838, n° 2272.



sula de reserva de dominio, hecho lo cual se entendía que la adquisición de la propiedad quedaba atada al cumplimiento de la condición suspensiva del pago del precio<sup>(75)</sup>. Empero, se consideraba que la cláusula en cuestión no producía sus efectos en caso de liquidación de bienes o *règlement judiciaire* de aquél. El vendedor a quien se le adeudaba todo a parte del precio en el momento de caer el comprador en quiebra, no podía hacer prevalecer la citada cláusula contra los restantes acreedores de este último<sup>(76)</sup>. En ese sentido, viejos fallos de la Corte de Casación Civil resolvieron que, a fin de mantener la igualdad de los acreedores, la cláusula de reserva de propiedad era inoponible a los acreedores del comprador caído en quiebra<sup>(77)</sup>, doctrina que igualmente fue reiterada en 1975 por la Casación Comercial francesa<sup>(78)</sup>.

Sin embargo, la visión francesa del problema cambió radicalmente a partir de la sanción de una ley del año 1980, que autorizó la reivindicación de mercaderías vendidas a crédito mediante contratos por los cuales se subordinaba la transferencia de la propiedad al pago completo del precio —ley 335/80 del 12 de mayo—, lo que traía implicancias concursales que inmediatamente destacó la doctrina<sup>(79)</sup>.

Más adelante, la solución de la ley de 1980 fue adaptada por el art. 121, segundo párrafo, de la ley n° 98 del año 1985 sobre “Redressement et liquidation judiciaires”, y conservada por la ley 475/94 del 10 de junio de 1994, que facilitó el ejercicio de la acción de reivindicación del vendedor. Según el citado art. 121, y siendo ello aplicable a la liquidación judicial (art. 153-4 de la ley 98/85), podía el vendedor reivindicar “in natura” en el quiebra del comprador los bienes vendidos con una cláusula de reserva de dominio por la cual se subordinó la transferencia de la propiedad al pago íntegro del precio, con la única condición de que la cláusula figure registrada por escrito en acuerdos de operaciones comerciales convenidas entre las partes, a más tardar en el momento de la entrega de

(75) LYON-CAEN, CH., et RENAULT, L., *Traité de Droit Commercial*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1923, t. 3, ps. 140/142, n° 157 bis; ESCARRA, J., ESCARRA, E. y RAULT, J., ob. cit., p. 103, n° 190.

(76) LYON-CAEN, CH., et RENAULT, L., ob. cit., t. 8, ps. 146/147, n° 838; RIPERT, G., ob. cit., p. 838, n° 2272 y espec. p. 1029, n° 2802.

(77) MAZEAUD, H. et L., y MAZEAUD, J., *Leçons de Droit Civil* (principaux contrats), Éditions Montchrestien, París, 1974, t. III, p. 178, n° 922-2, y sus citas de la casación francesa: Civ. 28/3/1934, D. 1934-I, p. 151, con nota de J. Vandamme; Civ. 22/10/1934, S., 1935-I, p. 337, con nota de Esmein, D.P.

(78) Cass. Com., 7/7/1975, D.S. 1976, p. 70, con nota de Honorat.

(79) DERRIDA, “La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives”, D. 1980, p. 293; HOUIN, “L’introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillie”, J.C.P., 1980-I, p. 2978.

la cosa<sup>(80)</sup>. Tal es la solución que actualmente recoge el arts. 624-16 del Código de Comercio francés<sup>(81)</sup>.

En otras palabras, en el actual derecho francés la cláusula de reserva de dominio constituye una condición suspensiva, habiéndolo declarado así la jurisprudencia más reciente<sup>(82)</sup>. Por ello, resulta oponible al concurso del comprador.

Aunque la nueva solución legal francesa ha sido objeto de críticas porque, según algunos, consagra una deplorable ruptura de la igualdad en favor de cierta categoría de vendedores, que resultan beneficiados por una suerte de superprivilegio sin publicidad, otros han apoyado el precepto porque mediante él los vendedores resultan incitados a continuar sus entregas al comprador fallido, sin perjuicio de acordar con él acuerdos de espera para el pago del precio, evitando o concluyendo el procedimiento colectivo. Se entiende, en tal sentido, que la solución mejora considerablemente el funcionamiento del crédito y, según la cita de Ripert y Roblot, en los años de su vigencia la jurisprudencia ha podido constatar que, lejos de contribuir a desordenar el tratamiento de las

(80) GUYON, Y., *Droit des affaires*, Economica, París, 1997, t. 2, p. 401/402, n° 1361; JEANTIN, M. y LE CANNU, P., *Droit Commercial (Instruments de paiement et de crédit - Entreprises en difficulté)*, Dalloz, París, 1999, p. 611, n° 920.

(81) “...Art. L.624-16. Se podrán reclamar, siempre que se encuentren en especie, las mercancías consignadas a nombre del deudor, para ser vendidas por cuenta del propietario, o bien dejarlas en concepto de depósito. Podrán igualmente ser reclamados los bienes vendidos con una cláusula de reserva de propiedad que subordine la transmisión de propiedad al pago íntegro del precio, si se encontraran en especie en el momento de la apertura del procedimiento. Esta cláusula, que podrá figurar en un escrito que regule un conjunto de operaciones comerciales concertadas entre las partes, tendrá que haberse concertado entre las partes en un escrito elaborado como máximo en el momento de la entrega. No obstante cualquier cláusula en contrario, la cláusula de reserva de propiedad será oponible al comprador y a los demás acreedores, salvo que las partes hubieran acordado por escrito descartarla o modificarla. La reclamación en especie podrá ejercerse en las mismas condiciones sobre los bienes mobiliarios incorporados a otro bien mobiliario cuando su recuperación pueda efectuarse sin dañar dichos bienes ni el bien al que se hubieran incorporado. La reclamación en especie podrá ejercerse también sobre bienes fungibles cuando se encuentren en manos del comprador bienes de la misma especie y de la misma calidad. En todos los casos, no habrá lugar a reclamación si, por decisión del Juez Comisario se pagara su precio inmediatamente. El Juez Comisario podrá asimismo conceder un plazo para el pago, previo consentimiento del acreedor demandante. El pago del precio se asimilará entonces al de los créditos mencionados en el punto I del artículo L. 622-17...” (introducido por la Ley n° 2005-845 de 26 de julio de 2005 art.1, I, art. 54 Diario Oficial de 27 de julio de 2005, con entrada en vigor el 1 de enero de 2006).

(82) Versailles, 20/5/1987, D. 1988, somm. 8; Rouen, 12/3/1992, J.C.P. 1993-IV, p. 1990.

garantías en los procedimientos colectivos, ha servido para disminuir considerablemente la apertura de nuevos procedimientos, pues ha incitado a los vendedores a obtener garantías bancarias para el pago del precio a fin de evitar, en caso de incumplimiento suyo, el funcionamiento de la cláusula de reserva de dominio<sup>(83)</sup>.

En Italia el pacto de reserva de dominio nunca jugó como una condición resolutoria, sino como condición suspensiva. Así se lo entendió incluso bajo la vigencia del Código de Comercio de 1882, que establecía una solución idéntica a la del art. 1448 del Código Civil francés en orden a la transmisión de la propiedad por el mero consentimiento de la venta<sup>(84)</sup>; y así lo resolvió también el art. 1523 del *Código* de 1942, lo que implica que la transferencia de la propiedad de la cosa vendida queda diferida, por voluntad común de las partes, hasta el momento en que se paga la última cuota del precio. En otras palabras, la transferencia de la propiedad queda siempre postergada. El comprador es un adquirente *a non domino*, que solamente recibe la facultad de gozar de la cosa (*ius utendi*), conservando el vendedor su calidad de dueño de ella con facultad de disposición (*ius abutendi*). Sólo al pagarse la última cuota, y sin necesidad de ulterior declaración de voluntad del vendedor, el comprador adquiere la propiedad de la cosa<sup>(85)</sup>.

Consecuencia de todo esto es que en Italia no exista disputa acerca de que el pacto de reserva de dominio sea oponible en la quiebra del comprador si es de fecha anterior a su declaración, ya que tal previsión no concierne a un bien ingresado a la masa, admitiéndose inclusive que, a falta de pago total, se aplique el art. 1526 del *Código*, según el cual el vendedor puede tomar nuevamente la cosa vendida previa restitución a la administración de la quiebra de las cuotas correspondientes al precio de venta que hubiera percibido, teniendo derecho a una compensación de equidad por el uso de la cosa de que se vio privado mientras la tuvo el

(83) RIPERT, G., y ROBLOT, R., *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, L.G.D.J., París, 1986, t. 2, p. 925, n° 3160.

(84) FRANCHI, L. y PAGANI, C., en la obra de BENZA, E., BONELLI, G., BRUNETTI, A. y otros, *Commentario al Codice di Commercio*, Dottor Francesco Vallardi Casa Editrice, Milano, s/f, vol. I, p. 535, n° 5; NAVARRINI, U., *Trattato teorico-pratico di Diritto Commerciale*, Fratelli Bocca Editori, Milano-Torino-Roma, 1920, vol. II-2, p. 238, n° 528; TARTUFARI, en la obra de BOLAFFIO, L., ROCCO, A. y VIVANTE, C., *Derecho Comercial*, Ediar, Buenos Aires, 1948, t. 4, vol. I (De la venta y del reporto), p. 347 y ss., n° 217; GASCA, C., ob. cit., p. 22, n° 9.

(85) DE RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho Civil*, Instituto Editorial Reus, Madrid, s/f, t. I, ps. 324/325; MESSINEO, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1955, t. 5, ps. 82/84, § 140, n° 14; BARBERO, D., *Sistema del Diritto Privato Italiano*, UTET, Torino, 1965, t. II, ps. 308/309, n° 745.

comprador, además del resarcimiento de los daños, para cobrar todo lo cual debe insinuarse en el pasivo de la quiebra de su co-contratante<sup>(86)</sup>.

En España la solución legal es idéntica a la italiana, pues la venta con reserva de dominio se considera hecha bajo cláusula suspensiva, sin transmisión de la propiedad al comprador<sup>(87)</sup> y, por consiguiente, concursado este último, el bien vendido no integra la masa liquidable, pudiendo el vendedor *in bonis* reivindicarlo en los términos del art. 56, inc. 1º, segundo párrafo, de la Ley Concursal 22/2003<sup>(88)</sup>, siempre y cuando la reserva de dominio estuviera inscrita en el Registro Inmobiliario respectivo o en el creado por la Ley de Venta a Plazos de cosas muebles del 17 de julio de 1965 (art. 23)<sup>(89)</sup>.

(86) DE ZIO, A., *Il patto di riservato dominio nel fallimento*, Fratelli Bocca Editori, Milano, 1947, p. 48 y ss; PROVINCIALI, R., *Trattato di Diritto Fallimentare*, Giuffrè Editore, 1974, t. II, ps. 1225/1235, n° 540; MAZZOCCA, D., *Manuale di Diritto Fallimentare*, Jovene Editore, Milano, 1980, ps. 344/345, n° 115; SATTA, S., *Diritto Fallimentare*, Cedam, Padova, 1996, p. 293, n° 90; PAJARDI, P., *Manuale di Diritto Fallimentare*, Giuffrè Editore, Milano, 1998, p. 358, § 73; MAFFEI ALBERTI, A., *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2000, p. 303; BONSIGNORI, A., NARDO, G. y LAZZARA, M., *I contratti nelle procedure concorsuali*, Giuffrè Editore, 1992, p. 149 y ss.

La doctrina anterior a la *legge fallimentare* de 1942 era vacilante. Declaraban la oponibilidad del pacto de reserva de dominio frente a la quiebra del comprador autores como PIPIA, U., *Del Fallimento*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1932, ps. 581/582, n° 752. En contra: RAMELLA, A., *Trattato del fallimento*, Società Editrice Libreria, Milano, 1915, t. 2, p. 29, n° 395; BONELLI, G., *Del Fallimento*, Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1938, vol. II, ps. 608/610, n° 669 bis, fundado en que el pacto de reserva de dominio expresa una cláusula resolutoria.

(87) Sobre el *pactum reservati dominii* en el derecho español y su calificación como negocio bajo condición suspensiva, véase: BORRELL y SOLER, A., *El contrato de compraventa según el Código Civil Español*, Bosch, Barcelona, 1952, ps. 68/71; CASAS VALLÉS, R., "La reserva de dominio en la venta de inmuebles", *Revista Jurídica de Catalunya*, Ilustre Colegio de Abogados, Barcelona, 1986, n° 3, ps. 605/648; RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, común y foral*, Ed. Reus, Madrid, 1962, t. IV, ps. 99/103; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1956, t. II, vol. II, p. 169; ESPÍN, D., *Manual de Derecho Civil Español*, Ed. Revista Derecho Privado, Madrid, 1961, t. III, ps. 515/518; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil-Derecho de Obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1975, t. II-2, ps. 62/63; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Mc. Graw Hill, Madrid, 1997, t. II, p. 201.

(88) ROJO, Á. y BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, t. I, p. 1627.

(89) En el derecho anterior a la Ley Concursal 22/2003, la reivindicación tenía fundamento en el art. 908 del Código de Comercio español; conf. LOBATO GARCÍA-MIJAN, M., *La reserva de dominio en la quiebra*, Civitas S.A., Madrid, 1997, p. 158 y ss; FINEZ RATON, J. M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, Civitas

Conviene observar que la ley concursal española permite al vendedor optar por no hacer efectiva la recuperación del bien mediante el pacto de reserva de dominio y, en lugar de ello, recibir el tratamiento como acreedor del saldo de precio que restase impago. En este último caso, la ley le asigna un privilegio especial al crédito respectivo (art. 90, inc. 4º)<sup>(90)</sup>.

La oponibilidad del pacto de reserva de dominio a los acreedores de la quiebra del comprador está resuelta también en las leyes de Portugal<sup>(91)</sup> y Bélgica<sup>(92)</sup>.

Otras leyes, en cambio, acuerdan un derecho de opción al síndico, vgr. Alemania<sup>(93)</sup> y Brasil<sup>(94)</sup>.

### VII. EL PACTO DE RESERVA DE DOMINIO Y LA QUIEBRA DEL COMPRADOR EN EL DERECHO ARGENTINO

Habiendo repasado algunas expresiones del derecho comparado, corresponde indagar ahora qué solución corresponde en nuestra ley.

Como ya fue observado, lo dispuesto por el art. 1376 del Código Civil de 1869, no ha impedido a la doctrina nacional mayoritaria, civil o comercial, aceptar que la venta con pacto de reserva de dominio instrumenta una condición suspensiva en cuanto a la transmisión de la propiedad de la cosa vendida.

Esta última postura es, además, la especialmente adoptada por los autores especializados en concursos y quiebras, como por ejemplo Parry y García Martínez bajo la vigencia de la ley 11.719, para quienes al funcionar el pacto de reserva de dominio como una condición suspensiva, debía aceptarse su oponibilidad a la quiebra del comprador, ya que este

S.A., Madrid, 1992, ps. 122/127; RAMÍREZ, J. A., *La Quiebra-Derecho Concursal Español*, Bosch, Barcelona, t. II, p. 1290.

(90) ROJO, A. y BELTRÁN, E., ob. cit., t. I, p. 1627.

(91) "...A cláusula de reserva de propriedade, nos contratos de alienação de coisa determinada em que o comprador seja o insolvente, só é oponível à massa no caso de ter sido estipulada por escrito, até ao momento da entrega da coisa..." (art. 104, nº 4, del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, Decreto-Lei 53/2004).

Véase: TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, Almedina, Lisboa, 2012, ps. 186/187.

(92) Art. 101, Loi du 8 août 1997 "sur les faillites".

(93) Art. 107-II, de la *Insolvenzordnung (InsO)* de 1994.

(94) "...IV - o administrador judicial, ouvido o Comitê, restituirá a coisa móvel comprada pelo devedor com reserva de domínio do vendedor se resolver não continuar a execução do contrato, exigindo a devolução, nos termos do contrato, dos valores pagos..." (art. 119, ley 11.101 de 2005).

Véase: DE LUCCA, N. y SIMÃO FILHO, A., *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*, Editora Quartier Latin, São Paulo, 2005, ps. 496/497.

no era dueño de la cosa vendida, es decir, no había adquirido ningún derecho real sobre ella<sup>(95)</sup>.

En el mismo sentido, se expidió Francisco J. Garro<sup>(96)</sup>.

Sin perjuicio de lo que diremos al tratar sobre el pacto de reserva de dominio puesto en el contrato de concesión (caso excepcional en el que consideramos que funciona bajo condición resolutoria), compartimos en general esta última opinión que entiende oponible el pacto a la quiebra del comprador, por funcionar como una condición suspensiva.

Sobre el particular, corresponde consignar lo siguiente:

1) El pacto de reserva de propiedad es oponible a la masa si surge de acto escrito de fecha cierta anterior a la sentencia declarativa de quiebra. Tal acto debe especificar exactamente el bien objeto del negocio. Por otra parte, el pacto de reserva debe ser contextual respecto del contrato de venta, para evitar la sospecha de tratarse de un acto realizado en perjuicio de los acreedores y, por tanto, inoponible al concurso en los términos del art. 119, LCQ<sup>(97)</sup>.

2) La existencia del pacto de reserva de dominio no impide al vendedor la posibilidad de pedir la resolución del contrato de compraventa en los términos del art. 144, inc. 1, LCQ<sup>(98)</sup>. Téngase presente que, habida cuenta de la presencia del mencionado pacto, la entrega de la cosa no implicó transmitir su propiedad, por lo que no hay inconveniente en considerar que hay prestación pendiente en los términos de esa norma.

3) Si el vendedor se insinúa en la quiebra por el saldo del precio adeudado, con ello renuncia tácitamente a hacer valer el pacto de reserva del dominio<sup>(99)</sup>.

4) Si en los términos del art. 144 se produjo el subingreso del concurso en la posición contractual del fallido (es decir, si se continuó el contrato de compraventa), puesto que el pacto es oponible al concurso, este último

(95) GARCÍA MARTÍNEZ, F., "El concordato y la quiebra", Zavallía, Buenos Aires, 1957, t. III, ps. 34/35, nº 686; PARRY, A. E., *Efectos de la quiebra y el concurso civil en las obligaciones y en los contratos*, TEA, Buenos Aires, 1950, ps. 375/380.

(96) GARRO, F., *Tratado de las compra-ventas comerciales y marítimas*, Ediar, Buenos Aires, 1945, t. II, p. 71, nº 593.

(97) ZANARONE, G., "Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti", en *Commentario Sialoja-Branca*, Legge Fallimentare, Bologna-Roma, 1979, ps. 169 a 175; MAFFEI ALBERTI, A., ob. cit., p. 303, nº II-1; PROVINCIALI, R., ob. cit., t. II, p. 1226, texto y nota nº 146 con amplia cita de jurisprudencia vinculada a la cuestión de la fecha cierta.

La falta de contextualidad debe ser probada por el síndico.

(98) ZANARONE, G., ob. cit., p. 178; MAFFEI ALBERTI, A., ob. cit., p. 303, nº II-4.

(99) PROVINCIALI, R., ob. cit., t. II, p. 1230.

—por intermedio del síndico— deberá pagar al vendedor, en el plazo pactado, el precio debido para, de ese modo, evitar el funcionamiento de la reserva de dominio<sup>(100)</sup>. De ahí que, si llegado el momento de pagar el precio, el síndico omite abonarlo al vendedor en su integridad como deuda de la masa, funciona la cláusula de reserva en forma equivalente al pacto comisorio y el vendedor puede demandar la restitución de la cosa<sup>(101)</sup>. Ello sin perjuicio de que opte por verificar el crédito respectivo, con la consecuencia antes indicada de renuncia tácita.

5) El derecho de restitución del vendedor se ejerce por la vía contemplada por el art. 138, LCQ, la que no puede ser negada porque siempre ha sido propietario de la cosa. Ejerciendo el derecho de restitución no priva a la masa de derecho alguno, pues la cosa no estaba comprendida en el desapoderamiento<sup>(102)</sup>. Evidentemente, el derecho de restitución del vendedor está subordinado en su ejercicio a la decisión que el juez tome, en los términos del art. 144, inc. 3º, LCQ, sobre la continuación o resolución del contrato<sup>(103)</sup>.

6) El concurso carece de poder de disposición sobre el objeto vendido con pacto de reserva de dominio mientras no pague el precio. Una vez que el concurso paga el precio adquiere plenas facultades dispositivas<sup>(104)</sup>.

7) Si en los términos del art. 144, LCQ, se resolviera el contrato de compraventa, el concurso debe restituir el bien al vendedor.

8) Si el pacto de reserva de dominio no pudo hacerse valer por adolecer de fecha cierta anterior a la quiebra del comprador, esto es, por su inoponibilidad frente a los acreedores, satisfechos estos últimos y concluida la falencia podría hacérselo valer contra el ex fallido<sup>(105)</sup>.

### VIII. CRÍTICA AL ARGUMENTO DE QUE EL PACTO DE RESERVA DE DOMINIO DESPEDAZA EL PATRIMONIO DEL COMPRADOR QUEBRADO

Otro argumento utilizado para desterrar al pacto de reserva de dominio de los proyectos de reforma del Código Civil y, por ende, en el Código

(100) LOBATO GARCÍA-MIJAN, M., ob. cit., ps.190/191.

(101) PARRY, A. E., ob. cit., p. 378.

(102) DE ZIO, A., *Il patto di riservato dominio nel fallimento*, Fratelli Bocca Editori, Milano, 1947, ps. 48/49.

(103) LOBATO GARCÍA-MIJAN, M., ob. cit., p. 196.

(104) LOBATO GARCÍA-MIJAN, M., ob. cit., p. 181.

(105) PROVINCIALI, R., ob. cit., t. II, p. 1231, aclarando que ello es así salvo el caso —no autorizado en la ley argentina— de conclusión de la quiebra por concordato.

Civil y Comercial de 2014, ha sido el que expuso la Comisión designada por decreto 468/92 en el sentido de que con su actuación el “...patrimonio común del deudor se vería despedazado...”.

Este criterio, obviamente, parte de una premisa que el presente estudio —al menos como formulación general— no acepta, cual es concebir a la venta con pacto de reserva de dominio como un negocio bajo condición resolutoria.

Por el contrario, si la venta bajo ese pacto es concebida como sujeta a una condición suspensiva, la consecuencia indicada no podría siquiera ser expuesta, pues el bien vendido no se entendería ingresado al patrimonio del comprador fallido.

A todo evento, la posibilidad que tendría el vendedor de recuperar la cosa vendida sacándola del patrimonio del comprador y, desde luego, sustrayéndola de la acción colectiva de los acreedores de este último, no sería constitutivo de ningún despedazamiento sino la natural consecuencia de la función de garantía que universalmente se le reconoce al pacto de reserva de dominio para el caso, precisamente, de insolvencia del comprador.

El pacto de reserva de dominio funciona, en efecto, como una garantía del pago del precio de venta a favor del vendedor<sup>(106)</sup>, sin que por ello se desnaturalice el concepto jurídico de la compraventa ni prive a los contratantes, una vez perfecta por el libre consentimiento, del derecho de exigir recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones esenciales de la misma<sup>(107)</sup>.

La referida función de garantía viene a coordinarse, además, con un sistema de adquisición del dominio que, como el nuestro, sigue el régimen de la *traditio* del derecho romano. En efecto, en aquellos países donde como en la Argentina, no se adoptó un sistema como el aprobado por el art. 1583 del Código Civil francés (la propiedad de transmite al comprador, por virtud de la ley, en razón del simple acuerdo de partes sobre la venta de la cosa), sino que se mantuvo el principio de la tradición

(106) Son muchos los autores que destacan la referida función de garantía: REZZÓNICO, L., ob. cit., t. I, p. 352, lo califica como un “instrumento de seguridad o garantía contra el riesgo de la insolvencia del comprador”; BORDA, G., ob. cit., t. I, p. 285, n° 381, lo califica como un “poderoso medio de garantía”; COMPAGNUCCI DE CASO, R., ob. cit., p. 334, se expide en análogo sentido; LORENZETTI, R., ob. cit., t. I, p. 332; PUIG BRUTAU, J., ob. cit., t. II, vol. II, p. 168, quien sostiene que en materia de muebles, cumple la misma finalidad que la hipoteca en materia de inmuebles; CASTÁN TOBEÑAS, J., ob. cit., t. 4, p. 99; ALBALADEJO, M., ob. cit., t. II-2, p. 62; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Mc. Graw Hill, Madrid, 1997, t. II, p. 201; FRANCHI, L. y PAGANI, C., ob. cit., vol. I, p. 535, n° 6; etc.

(107) ESPIN, D., ob. cit., t. III, p. 518.

de la cosa, esto es, su entrega material o simbólica, como presupuesto para adquirir la propiedad de la cosa vendida<sup>(108)</sup>, el pobre remedio de no entregar la cosa hasta recibir el precio (*exceptio non adimpleti contractus*), ha de ser inútil en la mayoría de los casos, pues por lo menos en el tráfico comercial se da, por lo general, el caso de que el comprador necesita la mercancía con más o menos, para volverla a vender, para transformarla o hacer uso de ella, sin disponer por el momento de la cantidad necesaria para el pago, que habría de adquirir por medio de las cosas compradas. En este caso, pues, el pacto de reserva de dominio se presenta como un medio de garantía para el vendedor<sup>(109)</sup>.

Desde luego, en el conflicto que se da entre el vendedor que pretende hacer valer la reserva de dominio frente a los acreedores del comprador, no pueden éstos quedar desprotegidos frente a cualquier posible confabulación encaminada a sustraer bienes del patrimonio del patrimonio que es garantía de sus créditos. Mas el triunfo de la pretensión del vendedor dependerá, en definitiva, de la autenticidad con que demuestre se ha reservado la propiedad de la cosa vendida<sup>(110)</sup>.

No es inadecuado observar, además, que la oponibilidad del pacto de reserva de dominio frente a los acreedores de la quiebra del comprador, no puede ser detenida bajo el indicado argumento del despedazamiento del patrimonio cesante, pues corresponde a los interesados que entran en relaciones entre sí recurrir a aquellas medidas de tutela que el derecho consiente; y quien no se ha valido de ellas no tiene por qué lamentarse. Basta considerar que no será diversa la condición de acreedores que reclamaron garantías reales, frente a aquellos que dieron su dinero o sus mercaderías sobre simple confianza personal. No hay más que aplicar el conocido adagio: *vigilantibus non negligentibus jura succurrunt*<sup>(111)</sup>.

En fin, los créditos se otorgan a una persona no solamente teniendo en cuenta el valor de las cosas que tienen en su poder, sino apreciando sus recursos normales, sueldos, rentas, ganancias, su solvencia moral, su buena fe, etc.<sup>(112)</sup>; de donde se sigue que los acreedores de la quiebra del comprador no pueden invocar perjuicios nacidos exclusivamente de la ignorancia que tuvieran acerca de la situación jurídica de la cosa objeto del contrato de venta hecha bajo reserva de dominio<sup>(113)</sup>.

(108) Código Civil de 1869, nota al art. 577 y arts. 2377, 2378, 2385, 2386 y conc.; Código de Comercio de 1862, arts. 461, 463 y conc.

(109) OERTMANN, P., ob. cit., p. 258.

(110) PUIG BRUTAU, J., ob. cit., t. II, vol. II, p. 170.

(111) TARTUFARI, L., ob. cit., t. 4, vol. I, p. 350, n° 217.

(112) LOBOS, R., ob. cit., loc. cit.

(113) MUÑOZ, L., ob. cit., t. 2, p. 235, n° 392.

Lo que no parece razonable es, en verdad, que en aras de proteger a tales acreedores del comprador contra confabulaciones o contra un presunto despedazamiento del patrimonio cesante, en vez de calificar jurídicamente al pacto de reserva de dominio como corresponde, esto es, como condición suspensiva, y de colocar a cargo del vendedor la prueba de su derecho, directamente se elimine la posibilidad de las ventas hechas bajo esa modalidad, tal como lo propician los proyectos de reforma mencionados en el capítulo II, y ha quedado plasmado en el Código Civil y Comercial de 2014, perdiéndose de vista con ello la función económica de garantía que cumple frente a la insolvencia.

El derecho comparado, ciertamente, muestra otro camino.

En tal sentido, el Reglamento n° 1346/2000 del Consejo de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000, sobre Procedimientos de Insolvencia establece que la apertura de un procedimiento de insolvencia contra el comprador de un bien no afectará a los derechos del vendedor basados en una reserva de propiedad cuando dicho bien se encuentre, en el momento de apertura del procedimiento, en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado de apertura (art. 7). La norma contempla la reserva de dominio en su modalidad de simple, por la que el vendedor se reserva la propiedad sobre el bien hasta el completo pago del precio, siendo suficiente que la reserva de dominio se convenga por escrito en un documento anterior a la entrega sin requisito alguno de publicidad. Esta simplificación de requisitos permite una mayor utilización de la reserva de dominio, pues la estadística comparada demuestra que su empleo es mucho menor en países en los que se exigen más requisitos que en otros cuya legislación al respecto se caracteriza por su simpleza y ausencia de requisitos formales. La agilidad del tráfico mercantil internacional exige medidas eficaces para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales sin excesivas trabas legales. En caso de concurso del comprador, el vendedor puede recuperar el bien vendido si la administración concursal opta por no cumplir el contrato<sup>(114)</sup>.

#### IX. EL CASO PARTICULAR DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA VENTA: UNA NECESARIA EXCEPCIÓN A TODO LO ANTERIOR

En el contrato de concesión comercial el concesionario compra mercadería del concedente para revenderla. En este sentido, el concesionario adquiere y vende en nombre propio, no en representación del concedente. Lo que adquiera del concedente ingresa a su patrimonio en pro-

(114) VELASCO, G., ob. cit., loc. cit.

piedad. Como lo señala Broseta Pont, el concesionario adquiere *en firme* la mercancía del concedente<sup>(115)</sup>.

Al ser ello así, cuando el concesionario (comprador) quiebra, no puede el concedente (vendedor) pretender el reintegro de la cosa vendida que se encuentra en poder de aquél (es decir, de la que ya hubiera tomado posesión), ni siquiera invocando la existencia de una deuda pendiente de pago en concepto de precio, pues habiendo transmitido la propiedad, no conserva ningún derecho real que le dé título para tal reivindicación. En este sentido, no es aplicable al concedente (vendedor) lo dispuesto por el art. 138, LCQ, pues esta norma aprehende la situación de quien hubiera entregado bienes al fallido por título *no* destinado a transferirle el dominio, y ciertamente la compraventa es el ejemplo clásico de un título que, por el contrario, resulta suficiente para hacer adquirir la propiedad<sup>(116)</sup>. Y tampoco es aplicable lo previsto por los arts. 139 y 140, LCQ, en la medida que el concesionario hubiera tomado posesión efectiva de los bienes enajenados por el concedente, aunque adeude todo o parte del precio, ya que la aplicación de tales normas supone una falta de posesión por parte del fallido de los efectos remitidos por el vendedor. Así pues, en caso de quiebra del concesionario, el concedente solamente puede invocar su calidad de acreedor quirografario por el precio de la cosa entregada que aquél le adeudare. La situación del concedente en relación al crédito que tuviera por el precio de la cosa vendida al concesionario, no es distinta de la que compete a cualquier vendedor que hubiese efectuado todas las entregas pactadas sin percibir el precio o percibiéndolo parcialmente, correspondiendo, por ello, que verifique en el concurso del concesionario (comprador) la prestación que le fuera adeudada (art. 143, inc. 2, LCQ), en tanto que por este motivo no le asiste ningún privilegio<sup>(117)</sup>.

Ahora bien, para eludir esta última consecuencia ¿puede pactarse la venta con cláusula de reserva de dominio, es decir, con pacto de reser-

(115) BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1981, p. 434. Sobre el tema, en general, véase: LLOBERA, H., *Contrato de concesión comercial*, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 59, n° 12.

(116) Sobre la compraventa como título suficiente para transferir el dominio, véase: BORDA, G. A., *Tratado de derecho civil argentino-Derechos Reales*, Perrot, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 307, n° 364; HIGHTON, E., *Dominio y usucapión*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983, t. 2-II, p. 104, n° 414; MARIANI DE VIDAL, M., *Curso de derechos reales*, Zavallia, Buenos Aires, 1993, t. 1, p. 315. En contra, sosteniendo la aplicación del art. 138, LCQ, al fallido que ha recibido bienes para cumplir contratos de distribución, agencia, franquicia, concesión, etc., se expide RIVERA, J. C., *Instituciones de Derecho Concursal*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1997, t. II, p. 158, pero creemos que la afirmación no es válida si se trata específicamente de los bienes comprados por el concesionario al concedentes para su reventa, por las razones expuestas en el texto.

(117) GARO, F., ob. cit., t. II, p. 54, n° 582.

varse el vendedor (concedente) el dominio de la cosa vendida hasta tanto el comprador (concesionario) pague el precio convenido? ¿cómo funcionaría tal pacto en la quiebra del concesionario?

Las preguntas formuladas no son meramente especulativas sino que, por el contrario, engarzan con una situación de hecho muy difundida en los contratos de concesión para la venta de automotores que se suscriben, por ejemplo, en Italia, en los que, como lo ha destacado un autor, el pacto de reserva de dominio constituye una previsión "omnipresente"<sup>(118)</sup>. Es, asimismo, una posibilidad a la que se le prestó atención en nuestro país en el Primer Congreso Argentino de Comercio Automotor<sup>(119)</sup>.

En opinión de Champaud, en las ventas realizadas en el marco de una concesión comercial no debe la cláusula de reserva de dominio producir sus efectos propios porque, por una parte, ella no confiere al concedente el derecho de volver a tomar por propia autoridad los bienes no pagados, y porque, por otra parte, en caso de quiebra del concesionario él solamente se convierte en un acreedor de la masa, y no puede demandar la resolución de la venta después de la declaración de quiebra<sup>(120)</sup>.

De su lado, en concreta referencia a la situación del concesionario para la venta de automotores, ha advertido la doctrina italiana que la reserva de propiedad viene estipulada en este caso en función y en previsión de las compras futuras que haga el concesionario al concedente y, solamente en ese contexto, puede tenerse como válida y vinculante. Asimismo, la jurisprudencia italiana considera al contrato de concesión para la venta de automotores como un acuerdo marco o contrato normativo que constituye obligaciones recíprocas de comprar y vender en un tiempo determinado una indeterminada cantidad de cosas en condiciones preventivamente acordadas. Desde tal punto de vista, entonces, en forma pacífica se ha considerado oponible a la quiebra del comprador (concesionario) la cláusula de reserva de propiedad resultante de escritura privada de fecha anterior a la falencia. En otras palabras, se entiende que la actuación del negocio de concesión requiere de sucesivos actos negociales de venta, y la oponibilidad de la reserva de dominio no puede ser examinada con referencia al momento del origen del acuerdo marco, sino con referencia al momento específico del singular contrato concerniente a la singular venta de un bien efectuado en el esquema de ese

(118) ZAFARANA, C., "Concessionarie auto", en AA.VV., *Problemi tipici del fallimento e delle altre procedure concorsuali per particolari categorie di imprese*, Quaderni Ordine dei Dottori Commercialisti di Milano, Giuffrè, Milano, 1995, p. 14.

(119) Véase las referencias de MUÑOZ, L., ob. cit., t. 2, ps. 236/237, n° 392.

(120) CHAMPAUD, C., "La concession commerciale", en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, t. XVI, año 1963, p. 472, n° 27.

acuerdo marco. Asimismo, se admite que la prueba de la anterioridad de la cláusula pueda ser sucesiva al negocio de venta, pero ella ha de ser de fecha anterior a la declaración de quiebra<sup>(121)</sup>. En su caso, y esto es de la mayor trascendencia, la operatividad de la solución anterior requiere que el pago diferido que justificó la inclusión de la cláusula de reserva de dominio no haya sido una condición esencial del negocio<sup>(122)</sup>.

¿Cuál es la solución en nuestro derecho?

Al efecto, habrá de tenerse presente, una vez más, que si el pacto de reserva de dominio jugara como una condición suspensiva, la consecuencia sería que el bien vendido no ingresa al patrimonio del comprador (concesionario) y, consiguientemente, el vendedor (concedente) podría exigir su separación de la masa liquidable en la quiebra de aquél. En cambio, si el pacto jugase como condición resolutoria, lo anterior no sería posible, pues el bien se consideraría ingresado al patrimonio del comprador (concesionario) fallido y, en esas condiciones, el vendedor (concedente) no lo podría invocar por ser inoponible al resto de los acreedores de aquél.

En nuestra opinión, si bien el pacto de reserva de dominio aplicado a una compraventa funciona, según lo hemos tratado de demostrar en este estudio, como una condición suspensiva, lo cierto es que, en cambio, aplicado a una concesión comercial para la venta, la cláusula de reserva de dominio debe funcionar, por razones sistemáticas, como condición resolutoria.

Así lo pensamos, porque el concedente vende al concesionario para que éste revenda y que lo haga, como ya ha sido señalado antes, a nombre propio. Es decir, el concedente vende al concesionario para que adquiera la propiedad de la cosa vendida. No le entrega la cosa sin transferirle la propiedad, a título precario, sino que la entrega transfiriéndosela plenamente a fin de que el concesionario, a su vez, las revenda a terceros en las mismas condiciones y no en representación del concedente<sup>(123)</sup>.

(121) Cass. Civ., Sez. I, 17/12/1990, n° 11.960; Cass. Civ. 6/2/1986, n° 723; Cass. Civ. 15/5/1978, n° 1357.

(122) ZAFARANA, C., ob. cit., ps. 14/15.

(123) La jurisprudencia lo ha destacado reiteradamente al decir que el concesionario vende a sus clientes el producto que a su vez adquiere del concedente, y no lo recibe de éste para vender por su cuenta y orden (confr. CNCom. Sala B, 29/2/84, "Polielectric S.A. c. Herrera Automotores S.A."; Sala D, 23/12/96, "Microomnibus Saavedra S.A. c. Pepe Vázquez S.A."). Es decir, si bien el concesionario se presenta como un intermediario entre el fabricante y el consumidor, en los contratos de compraventa que celebra, actúa en interés y nombre propio, quedando directamente comprometido como vendedor, siendo el fabricante —concedente— un tercero ajeno tales contratos (confr. CNCom.

Es indudable que si lo anterior fuera distinto, habría que concluir que el concesionario vende cosas ajenas "como propias" y, en tal caso, ante la imposibilidad del adquirente de conocer que lo vendido no era de propiedad de aquél, la operación sería nula por aplicación de la doctrina que emana de los arts. 1329 y 1330 del Código Civil de 1869, y 453 del Código de Comercio de 1862<sup>(124)</sup> (en igual sentido, véase arts. 1008 y 1132 del Código Civil y Comercial de 2014).

Como obviamente esto último es insostenible, pues subvertiría la estructura misma del contrato de concesión comercial, su esencia y finalidad, no otra cosa puede concluirse que lo ya dicho, o sea, que el pacto de reserva de dominio sólo puede funcionar en el marco de ese contrato como una cláusula resolutoria. Es decir, la tradición de la cosa que el concedente hace al concesionario es traslativa de propiedad, pues se apoya en un título suficiente para ello —la compraventa— (arts. 2601 y 2602 del Código Civil de 1869, y art. 1892 del Código Civil y Comercial de 2014). El dominio así adquirido es imperfecto (revocable), pues está sujeto a la condición resolutoria del pago íntegro del precio —arts. 2661 y 2668 del Código Civil de 1869 y art. 1965 del Código Civil y Comercial de 2014—, pero no por ello menos apto para hacer ingresar el bien al patrimonio del concesionario, es decir, a la prenda común de sus acreedores.

Así, funcionando el pacto de reserva de dominio como cláusula resolutoria y, consiguientemente, adquiriendo el concesionario la propiedad de las cosas que le vende el concedente, no puede este último invocar la existencia del pacto para separar la cosa vendida de la masa liquidable de la quiebra del concesionario, ni siquiera ofreciendo devolver la parte del precio que hubiera recibido. El pacto de reserva de dominio es inoponible al concurso del concesionario.

Sala D, 15/7/82, "Lotaegui S.A. c. Marguinot"). Así, el concesionario no es tampoco un mandatario que obra por cuenta y orden del concedente (confr. CNCom. Sala E, 16/10/84, "Esquerro, Italo c. Iguña y Cía. S.A.>").

(124) MUÑOZ, L., ob. cit., t. 2, ps. 264/271, n° 410; ZAVALA RODRÍGUEZ, C. J., *Código de Comercio comentado y leyes complementarias*, Depalma, Buenos Aires, 1966, t. IV, p. 38, n° 1156. En algún precedente judicial se dijo que la relación concesionario-adquirente constituye una promesa bilateral de venta de cosa ajena (confr. CNCom. Sala A, 7/11/80, "Sánchez Aller, Horacio c. Automotores Ferretería Francesa"), pero aparte de ser esa una afirmación superada por la jurisprudencia posterior, se trataba claramente de una conclusión errada por las razones que hemos expresado en el texto referentes a que el concedente vende, a título propio, una cosa que ha adquirido en propiedad, como también porque la promesa de venta de cosa ajena no es un negocio bilateral sino que, por el contrario, es una convención esencialmente unilateral como lo enseña MALAGARRIGA, C. C., *Tratado elemental de derecho comercial*, Tea, Buenos Aires, 1958, t. II, p. 195, n° 25.

En nuestro derecho, entonces, el pacto de reserva de dominio no autoriza al concedente (vendedor) a recuperar la cosa entregada al concesionario (comprador), quedándole únicamente el recurso de presentarse en la quiebra de éste para verificar el crédito que tuviera por el precio adeudado.



## CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN (SU REGULACIÓN EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL)

POR OSVALDO J. MARZORATI

El contrato de distribución comercial es tal vez el más importante de todos los acuerdos agrupados bajo el rubro distribución que comprenden diferentes figuras jurídicas instrumentadas en contratos todos hoy aun innominados en el código de Vélez, como la agencia, la concesión y la franquicia o el suministro que instrumentan el tráfico mercantil de la distribución de productos y en algunos casos de servicios, aunque su importancia internacional y nacional está focalizada en la distribución de productos. El proyecto con media sanción del senado de la Nación contiene a todas estas figuras por primera vez con ciertas particularidades. Este trabajo está focalizado en analizar los problemas del contrato de distribución como aparece proyectado.

Al prepararse el Anteproyecto se esbozó un régimen particular para el contrato de distribución, por la simple razón de que la distribución es el género y la concesión es la especie. Sin embargo al formular la comisión redactora la temática del elenco de contratos de distribución elevada al Poder Ejecutivo se prefirió la solución del Proyecto de 1998 que remitía el contenido de las normas relativas a la distribución a la aplicación de las normas de la concesión comercial en tanto fueren pertinentes. Como se sabe todos los proyectos anteriores incluyendo el Proyecto de 1993, hasta la fecha, por una razón u otra, fracasaron, mientras que éste alcanzó media sanción del senado y por el momento se proyecta tratarlo en Diputados en marzo del 2014.

Existen en nuestro país cientos de concesionarios de fábricas nacionales y unos cuantos de marcas extranjeras, pero miles de distribuidores de productos fabricados en Argentina o en el extranjero. Los concesionarios en general son de automotores o de estaciones de servicio de venta de combustibles, cuando éstos no son simples convenios de suministro, a menos que se incorporen como en los Estados Unidos a los contratos entre las empresas petroleras y las estaciones de servicio como contrato



de concesión en el que la compañía petrolera suministra diferentes tipos de productos y el dueño de la estación de servicio los comercializa al por menor, quedando fuera de ese contrato las estaciones de servicio "sin bandera" o blancas porque compran combustible por fuera de las grandes marcas o lo importaban.

Pero aun suponiendo que el universo de las concesiones de estaciones de servicio sean concesiones en el sentido del Proyecto, mas algunos contratos de maquinarias de considerable valor, lo que es posible, a media agua entre la distribución y la concesión, también es apropiado verificar si el contrato que les cuadra mejor es el de suministro, que ahora está legislado en el Proyecto y que con anterioridad era un contrato innominado que vinculaba a toda la industria proveedora de productos intermedio para la industria terminal, fueran autos camiones tractores, lavarropas, toda la línea blanca, o electrónica. El tema fue debatido en la doctrina italiana y una corriente de pensamiento sostuvo que la naturaleza de la concesión de venta exclusiva era el suministro de la mercadería, pero fue descartada por entender que el suministro que existe en el aprovisionamiento esta completado con la obligación de revender, del cual es causa, por lo que perdió el favor de los especialistas.

No es relevante a los efectos de este trabajo analizar si el contrato de suministro de combustibles de marca a una estación de servicio constituye o no una concesión, que tiene un régimen mucho más estricto que el suministro, y que es un contrato que se agota en el aprovisionamiento, por lo que en principio no le es aplicable, sino que existen muchos contratos de todo tipo internacionales y locales que regulan la simple distribución o sea el género y que el Proyecto las puede afectar en su funcionamiento al aplicarle en lo pertinente las normas de la concesión. Por ende habiendo la Comisión aconsejado que la distribución se regle en cuanto fuere pertinente por el contrato de concesión es nuestro propósito analizar su posible funcionamiento aplicando ese criterio.

Para ello debemos primero precisar las características generales de la concesión. Al respecto es dable observar que el contrato de concesión comercial que al menos doctrinariamente debiera llamar contrato de concesión de producto y servicios para distinguirlo del anteriormente llamado contrato de concesión privada<sup>(1)</sup> es necesario distinguirlo ade-

(1) Ver mi obra *Sistemas de distribución comercial*, Astrea, Buenos Aies, p. 153 y sigs. y también GASTALDI, *El contrato de concesión privada*, donde se distinguen ambos contratos el primero marco rumbos en el país en función de la concesión de venta y servicios de vehículos automotores, y en menor grado por la concesión de estaciones de servicios de las compañías proveedoras de combustibles, el segundo es el contrato típico de concesión de servicios de clubs, donde el concesionario paga un canon por tener el privilegio de atender el comedor o el bar o ambos o los servicios en general de

más de la llamada concesión de obra pública o diferentes concesiones en materia de gas y petróleo o energía, básicamente nacidos para cubrir las necesidades administrativas del Estado o de sus subdivisiones políticas, empresas descentralizadas o entes autónomos o incluso empresas de Estado, que no son objeto del Proyecto y en algunos casos están contemplados en leyes especiales. En definitiva coexisten en nuestro país tres formas de concesión: la concesión administrativa<sup>(2)</sup> la citada concesión privada por la que todo tipo de asociaciones civiles conceden servicios a terceros de variada índole y la concesión comercial de mercaderías o de venta, como también la designó otro jurista argentino<sup>(3)</sup>. Desde el punto de vista del Proyecto es, Concesión, a secas.

La naturaleza jurídica de la concesión fue materia de muchas apreciaciones doctrinarias tanto en el extranjero como doctrinarias en nuestro país. Se lo consideró por la jurisprudencia y durante bastante tiempo como una simple compraventa: que se originaba como una sucesión de ventas entre un fabricante y sus intermediarios, es decir una compraventa comercial un típico contrato de cambio, pero luego al influjo de la doctrina europea desarrollada por los contratos de concesión de cerveza y luego por la de los automotores se observó que conformaban no uno o más contratos de cambio, ni mucho menos una sucesión de compraventas comerciales, sino una modalidad nueva de contratos empresarios donde una fábrica se desligaba de la comercialización directa de los productos que fabricaba y los tercerizaba en empresarios a los que designaba especialmente como distribuidores oficiales de los productos de su marca o marcas<sup>(4)</sup> es decir se trataba de un contrato con vocación de duración que no comprende solo una serie de compraventas futuras,

alimentación, incluyendo celebraciones y eventos en instituciones privadas. GASTALDI, JOSÉ M., *El contrato de concesión privada*, p. 147 y sigs., Astrea, 1974.

(2) Ver MARIENHOFF, *Tratado de Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1970, t. III, p. 108 y siguientes trata los contratos administrativos nominados como la concesión de servicios públicos, que constituye una concesión administrativa, por la que el Estado a través de un proceso licitatorio concede por un plazo a un particular el derecho a explotar un servicio público o una obra pública o cualquier otro servicio del Estado y se destaca por contener cláusulas exorbitantes del derecho privado. Ver también ESCOLA, HÉCTOR, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Depalma, 1977, p. 343 y sigs.

(3) LLOBERA, HUGO H., *Contrato de concesión*, Ed. Astrea, Bs. As., 2006, p. 57 y sigs.

(4) Ver IGLESIAS PRADA, "Notas para el Estudio del contrato de concesión comercial", en *Estudios de derecho mercantil de homenaje a Rodrigo Uría*, p. 225, PUENTE MUÑOZ, *La concesión comercial*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1976. MACK, MANFRED, "Der Rechtsnatur der Vertrag. Handel vertragen", en *Neuere Vertragssysteme in der Bundesrepublik Deutschland*; COMPARATO, FABIO KONDER, "Franquia e concessão de venda no Brasil", *Direito Mercantil* 14-1975-83.

sino que la obligación del concesionario es comercializar una parte de la producción del concedente, en las oportunidades y bajo las condiciones que éste fije. Esto fue tomado en la ley brasileña, la única que existe y lo regula con ese nombre a la concesión limitada a vehículos con motores a explosión sean autos, camiones, tractores, cosechadoras, etc., llamada también ley Ferrari, en homenaje al diputado que la promovió.

Por ese motivo el conocido jurista uruguayo Dr. Rodríguez Oliveira sostuvo que es un contrato de coordinación<sup>(5)</sup> al cumplir ambos tareas complementarias. Esto lo distingue de los contratos de cambio en el sentido de que son contratos de tracto sucesivo y de duración.

La razón de ser de la concesión es las necesidades de las empresas productoras de tercerizar la venta y el servicio de ciertos productos. Estos verdaderos distribuidores oficiales tenían a su cargo la comercialización de los vehículos fabricados por empresas que preferían en lugar de tener una red enorme de empleados a cargo de sucursales diseminadas por territorios a veces muy vastos designar a empresarios independientes para promover y concretar la venta de sus vehículos al público consumidor. Curiosamente los americanos del norte llamaron a este contrato *Franchise dealer agreement* y los franceses *concession commerciale*, lo que motivó la aguda reflexión de Jean Guyenot que sostuvo que había una concesión a la *Française* o una *franchise a la américain* pero que en realidad eran el mismo contrato su naturaleza jurídica no cambiaba eran ambos contratos de adhesión que instrumentaban una distribución comercial para productos de alto precio o de tecnología compleja. Ésta era la razón en virtud de la cual un fabricante cambiaba su sistema de comercialización de una simple distribución comercial a una concesión comercial.

Una tercera corriente lo asimiló a un contrato de licencia de marca, donde también existe una relación de permanencia y una obligación de ventas mínimas, pero esa es toda la analogía, mientras que las diferencias son mayores la licencia es un contrato de la propiedad industrial, la concesión es un contrato del derecho comercial. El licenciataria tiene la autorización de usar una marca para fabricar un producto conforme a

(5) RODRÍGUEZ OLIVEIRA, "Contrato de distribución, agencia y concesión comercial" en *Estudios en homenaje a Rodrigo Uria*, p. 260. Ídem CAMBIASSO, "El contrato de concesión para la venta de automotores", *La Ley*, 138-1136. Conf. BORTOLOTTI, FABIO, *Manuale di Diritto della distribuzione*, Padova, CEDAM 2007, p. 5 y sigts. descarta la teoría del suministro y el de la teoría mixta que comprende un suministro y un mandato, por cuanto el mandatario debe responder frente a su mandante y en cambio el concesionario compra la mercadería para revender, concluyendo que es un contrato atípico para el Código Civil ya que la teoría del contrato marco normativo o de coordinación es insuficiente a su juicio.

especificaciones y pagar un mínimo venta o no en la concesión no existen pagos mínimos sino obligación de comprar productos en función de un programa de compras en función del mercado y de la producción que influyen en las compras. Esos productos pertenecen al concedente que le permite al concesionario identificar su negocio con su marca y emblemas pero sin concederle ninguna licencia a esos efectos ni cobrar separadamente por el uso del nombre y marca, ambos derechos de la propiedad industrial, situación que no existe en la licencia, en la que el licenciataria usa la marca para vender productos y además paga una regalía por cada venta que efectúa, mientras que el concesionario compra productos para revender a nombre y por cuenta propia, poniendo o adaptando su estructura y organización al servicio del concedente.

Luego se sugirió la teoría del monopolio que fue utilizada por la doctrina francesa y discutida por la doctrina italiana<sup>(6)</sup>, seguida por la teoría de que constituía una técnica de integración de empresas. Esto último sostenido por Champaud, quien sostuvo que se trataba de una forma secundaria de integración. Es una teoría atractiva, pero solo se trata de eso. Si fuera de un grupo de sociedades la integración se implementa para formar una unidad de decisión, mediante una sociedad que actúa de controlante y el grupo de sociedades crece formando enjambres de entes y obteniendo el control de otras empresas. El jurista francés sostiene que en la concesión el fabricante obtiene una forma de control, aunque no total, a través de contratos que permiten una agrupación manteniendo las empresas una subordinación económica, pese a la autonomía patrimonial y jurídica. Nuestra ley de sociedades permite formas de control por contrato o por especiales vínculos, pero no como una forma de inte-

(6) Colombel sostuvo que se trataba de una compraventa con cargo la de revender teoría de corta vida, Champaud lo controvertió diciendo que si tuviera un cargo como la donación carecería de causa, pero sostuvo que la concesión podía configurar un monopolio. CHAMPAUD, "La concession commerciale", *Revue Trimestrelle de Droit Commercial*, XV.1963-19. sec II. o al menos una técnica de concentración de empresas, cuya originalidad es que no pertenece al derecho societario ni a las uniones de empresas. La doctrina italiana distingue la distribución de la concesión de venta con clausula de exclusividad. GALGANO, FRANCESCO, *Tratado de diritto commerciale*, vol. 12 redactado por Aldo Frignani y Marco Torsello. destacándose que la moderna concesión es una evolución del acuerdo de distribución de productos mayormente agropecuarios pero también industriales, sin los alcances de la producción en masa de redes de distribución con pacto de exclusiva que tienen a popularizarse en Europa. CEDAM, Milán 2010, p. 546 y sigts. coexistiendo frente a la distribución tradicional pero buscando desplazarla. BALDI, ROBERTO, "El derecho de la distribución comercial en Europa comunitaria", Madrid, *Rev. de derecho privado* donde menciona la dificultad en precisar las diferencias entre ambas figuras, por la ausencia de legislación comunitaria, salvo el caso de agencia.

gración, sino para atribuir consecuencias jurídicas a esa forma de control.

Otra teoría es la del contrato preliminar o normativo que ha sido sostenido por parte de la doctrina argentina<sup>(7)</sup>. Por mi parte, si bien es cierto que el contrato es parcialmente normativo, dado que contempla la designación de un concesionario para comprar en el futuro, no es menos cierto que existen desde su firma derechos y obligaciones que las partes se obligan a cumplir tales como obligarse a comprar, prestar servicios colocar pedidos y sobre todo hacer inversiones en edificios en equipos, en inventario y en herramientas que deben ser aprobadas, de modo que decir que es normativo no abarca toda su complejidad, ya que contiene obligaciones muy precisas desde su firma Así tuvo oportunidad de señalarlo un viejo precedente de la justicia comercial, de la sala B<sup>(8)</sup>.

Por último el mismo Champaud luego de decir que no existe en su tiempo un verdadero derecho de la integración sostuvo que desde el punto de vista clásico, la concesión es un contrato *sui generis*<sup>(9)</sup>, dado que señalo que es un contrato donde la situación jurídica de las partes está dominada por principios contradictorios consistentes que la empresa concesionaria mantiene su independencia jurídica y patrimonial pero por otro lado está económica y contractualmente ligada a la del concedente con lo que se genera una lucha entre la independencia y la subordinación concluyendo que su encuadramiento es imposible hasta tanto se formule una teoría general de los contratos de integración.

La teoría del contrato *sui generis* era útil dentro de una visión clásica del contrato, ya que si un contrato no está tipificado es habitualmente innominado, y se lo asimila al contrato más similar o si no se lo puede asimilar se dice que es *sui generis*, de modo que si se cambia la clasificación de los contratos, también se le puede crear una categoría diferente

(7) MASNATTA citado por FARINA, "El contrato de Concesión el derecho privado", JA Doctrina 1971-717 y también CAMBIASSO, op. cit., p. 1135. También FARIÑA, "El contrato de concesión en el derecho privado", JA Doctrina 1971-718 sostuvo que el contrato de concesión es un contrato con cláusulas normativas.

(8) Un fallo del 14/8/83, ED, 104-183: "Señaló que los contratos de concesión como contratos complejos, ya que en su unidad se recepta la combinación de figuras jurídicas nominales, admiten solo ser interpretados en cada caso concreto, dentro del contexto económico y estructural en el que están engarzados y todas la vicisitudes que durante su vigencia puedan presentarse, corresponde que sean estudiadas en su conjunto y en el marco de las relaciones del mundo económico y de los mecanismos dispuestos para su desenvolvimiento. Es decir que a esa fecha no tomó partido por ninguna teoría, pero dejo claro que las teorías de una sucesión de ventas no era suficiente".

(9) CHAMPAUD, "La concession Commerciale", *Revue Trimestrelle de Droit commercial*, 1963-37.

y encuadrarlo. De este punto de partida se sostuvo que no es un contrato de coordinación como sostuvo el Prof. Olivera sino de colaboración<sup>(10)</sup> dado que el propósito que anima a ambos comerciantes es vender, es decir que no habría intereses contrapuestos, aunque la diferencia parece sutil, concuerdo que es más apropiado. Finalmente, otros autor francés que estudio el tema en profundidad Jean Guyenot sostuvo que el contrato de concesión es simplemente un contrato de adhesión, cuya utilidad es innegable ya que de esa manera se facilitan las negociaciones y las condiciones al estar predispuestas facilitan su rápida conclusión, ya que el objetivo del concedente es desarrollar un red homogénea de distribución de sus productos, mediante un contrato marco de adhesión por medio del cual el concedente productor organiza las relaciones con todos sus concesionarios como lo sostengo en mi obra sistemas de distribución comercial donde destaco que una autora española Puente Muñoz sostiene que la concesión mercantil se separa tanto de los contratos de derecho común como de los contratos de adhesión, porque busca la concentración en el mercado más que un modo de cambio de prestación o de servicios entre partes contratantes, acercándose al pensamiento de Champaud.

Lo cierto es que la uniformidad existente se consigue mediante el uso de reglamentos emanados del concedente, complementadas con las circulares emanadas del mismo concedente, las que fijan diversas categorías de concesionarios en base al crédito, territorio, ventas e inversión. De modo que si bien las condiciones generales son de adhesión no lo son las condiciones particulares del contrato que reflejan la envergadura de cada concesionario y las condiciones de acceso a la compra del producto.

Así como la franquicia, la concesión o la agencia quedan bien delimitadas y están claramente tipificadas. No sucede lo mismo con el contrato de distribución, en el que no hay generalmente aspectos de servicios involucrados como en la concesión, ya que los contratos internacionales de distribución se conceden habitualmente al importador del producto o sino a una subsidiaria local que importa y luego distribuye el producto localmente mediante distribuidores que incluso pueden tener sub-distribuidores o clientes mayoristas y éstos son los que venden al público dependiendo del tipo de producto involucrado. No nos ocuparemos en este trabajo de la problemática de la ley aplicable a los mismos que encierra una temática rica y dejaremos el desarrollo de la problemática de conflicto de leyes y jurisdicciones que ella encierra, para su tratamiento en otra oportunidad.

(10) SAPPER, "Le contrat d'affiliation en droit francais et allemande", *Revue Trim. de Droit commerciale*, 1963-37.

Al margen de la ley del consumidor que hace a toda la cadena responsable, los distribuidores solo venden y se limitan a entregar la garantía escrita del fabricante, quien designa o lo recomiendan los mismos distribuidores que se le hagan todos los reclamos por el término legal o pactado. A todos ellos se le aplican en cuanto fueren pertinentes las normas de la concesión. Es decir que la distribución aparece en el Proyecto como una forma de concesión, pero por alguna razón el Proyecto como en su modelo de 1998 señala o advierte que se le aplican las normas de la concesión en cuanto fueren pertinentes, por lo que debemos indagar cuales son las normas pertinentes y para ello debemos analizar el contrato. No hay autor que niegue la existencia del contrato de distribución, *stricto sensu*, ni aquí ni en Europa, lo que ha resultado difícil es separar el concepto económico de la distribución que comprende a muchas figuras como la agencia, la representación el comisionista, el *proccatori di affari*, la franquicia el contrato de concesión, y perfilar las diferencias que tiene la distribución desde el ángulo jurídico frente a la concesión, que innegablemente junto con la franquicia constituyen los dos contratos más modernos, que al menos en el orden internacional ocupan hoy un rol preponderante, en el ámbito de la U.E.

Esto es medianamente claro y tanto en la normativa anti trust que los engloba a todos, y en los que los europeos no denominan a los contratos por su naturaleza jurídica sino por la relación económica que implican desde el ángulo de las normas de defensa de la competencia, como así en el llamado CFR, el marco común de referencia, que ha tomado estado público y constituye hoy la base jurídica en Europa para intentar uniformar la legislación comunitaria, que los describe y donde se contemplan la agencia, la distribución con pacto de exclusiva y la franquicia.

Dado que el proyecto legisla sobre la distribución por remisión a las normas pertinentes de la concesión debemos tener en cuenta en primer lugar cuales son las características de la concesión, que es un contrato: a) consensual, b) bilateral, c) oneroso, d) conmutativo, e) instrumentado hoy por escrito, f) de tracto sucesivo, g) *intuitu personae*, h) de cláusulas predisuestas por el concedente, i) de colaboración, j) de duración, k) con exclusividad<sup>(11)</sup>. El contrato de concesión no es un contrato de cambio sino un contrato de colaboración, formulado como contrato de adhesión. Históricamente, el concesionario compra el producto y debe

(11) Ver MARZORATI, O. J., op. cit., p. 168 y sigts. LLOBERA, HUGO, op. cit., p. 95 y sigts., destaca que es un convenio entre comerciantes, y de agrupamiento, ya que el productor organiza una red de distribución para comercializar sus productos y establece ciertas limitaciones jurídicas y económicas a la actuación del concesionario, recalando que si bien es bilateral es asimétrico, ya que son mayores las obligaciones del concesionario que las que el concedente contrae frente al concesionario.

financiar el stock lo venda de inmediato o a largo plazo, ya que la venta al público se hace por su intermedio.

El contrato de concesión es un contrato de duración al que el proyecto le fijó un plazo mínimo de 4 años. Con ciertas salvedades el contrato de concesión es exclusivo para ambas partes y el contrato de concesión es *intuitu personae*. La elección del concesionario es un proceso de rigurosa selección de perfiles empresariales tanto en lo económico, como en lo financiero como en su capacidad de gestión previa. Por ende la muerte del concesionario pone fin a la concesión aun tratándose de una sociedad de capital porque la persona de quien gestiona es determinante para la selección, salvo que sus hijos estén integrados en la empresa, sino lo más conveniente es que vendan a un nuevo postulante.

El contrato de concesión en un contrato de adhesión con algunas pocas cláusulas particulares consensuadas. Tanto el texto del contrato como el del reglamento han sido unilateralmente dictados y el concesionario no puede apartarse de las mismas, excepto cuando las cláusulas hayan sido ejercidas abusivamente, o infrinjan el orden público la moral o las buenas costumbres según el criterio del juzgador.

Si, por otra parte, nosotros tomamos en cuenta al contrato de distribución veremos que también —como no podía ser menos— es consensual, conmutativo, bilateral, oneroso de cláusulas predisuestas, exclusivo o no exclusivo, *intuitu personae* de colaboración, de tracto sucesivo, pero no formal.

Un conocido autor argentino sostiene que es una forma de la que se vale una empresa fabricante que recurre a métodos propios de venta por viajantes sucursales, agentes o designando a otros intermediarios, los distribuidores para canalizar la venta de sus productos<sup>(12)</sup>.

La jurisprudencia ha sostenido que la característica esencial del distribuidor que actúa a nombre propio y por cuenta propia (CNCCom., Sala E, 16/6/1981). Esto es así porque costó mucha tinta tipificar la agencia y distinguirla de la distribución, porque la confusión conceptual en el comercio e incluso en los abogados ha sido relevante.

La distribución entonces a nuestro juicio es 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

(12) ZAVALA RODRÍGUEZ, CARLOS JUAN, *Código de Comercio comentado*, vol. III, p. 721. Este autor se adelantó a su tiempo al precisar que la distribución es uno de varios métodos económicos para distribuir productos y advertir la novedad de los nuevos sistemas de comercialización.

asume con el fabricante. Si pensamos en un contrato de concesión no cabe duda que comparten la mayor parte de sus rasgos pero no todos como no podía ser de otra manera ya que la concesión es una distribución refinada y los usos y costumbres han en nuestro país dado ciertas características a este contrato que excede a la circunstancia visible de que la distribución puede ser verbal y no es un rasgo esencial la exclusividad, como en la concesión.

El distribuidor es un comerciante independiente como el concesionario pero la distribución en una enorme cantidad de casos no es exclusiva, un distribuidor distribuye muchos productos diferentes de distintos productores, en tanto y cuanto lo que le interesa a éstos es que el distribuidor tenga establecida una red de distribución sobre un territorio con muchos canales y bocas de venta que son intercambiables y sirven para canalizar diferentes productos, que no requieren una distribución única y especializada de un solo producto.

La concesión es para una marca y no se comparte, al menos hasta el presente y solo hay una veintena de marcas reconocidas en el mundo automotor. Por eso es muy común en los contratos internacionales que el distribuidor tenga el derecho de distribuir productos no competitivos o que no afecten la imagen del producto que representan.

El fabricante de Buenos Aires que quiere expandirse y no tiene distribuidor, es muchas veces, menos importante que el distribuidor de una localidad o provincia, en la que el distribuidor es reconocido por vender productos de marca ya acreditados, por lo que su tarea le agrega difusión y, al provenir el producto de la mano de un comerciante localmente conocido facilita su comercialización, o al menos su difusión, que es objeto de designar distribuidores en zonas alejadas.

De su origen de casa de ramos generales a distribuidor de productos varios surge luego la necesidad de vestir al vendedor local con el título más pomposo de distribuidor, ya que connota una idea de estabilidad aunque no sea exclusivo, para distribuir su producto y aunque venda diferentes marcas competitivas o con exclusividad en algunos casos en los que el precio del producto lo justifica o su margen le resulta interesante al distribuidor como para sacrificar el abandono de otras líneas. Existe movilidad en la distribución, pero mucha menos en la importación y representación de un fabricante, que habitualmente son exclusivas por la ingente capitalización que requiere importar productos por cuenta y riesgo propios, lo que exige una logística especial. Esto hace que algunos distribuidores sean empresas de envergadura, ya que en los contratos internacionales deben asumir la compra y la nacionalización de productos a su costo y riesgo. De esto surge la observación de Guyenet sobre la concesión en la que sostiene que es una distribución exclusiva

de productos de alto precio o de alta técnica que requiere una manera uniforme de relacionarse con la red mediante pautas de eficiencia que permiten al concedente utilizar al máximo la estructura del concesionario puesta a sus servicio para comercializar su producción.

Como señalamos la concesión es siempre exclusiva, y en particular en ciertos tipos de industria o comercio, aunque su exclusividad es en muchos casos limitada o localizada en el negocio a través del cual compra y vende el producto concedido. La distribución es una forma que admite en cambio la ausencia de exclusividad, por los motivos expresados.

En segundo lugar las normas que regulan la relación concedente concesionario, generalmente condensadas en un reglamento o manual son mucho más rígidas que las normas de distribución, emanadas de la fábrica que permiten una mayor flexibilidad al distribuidor. Las inversiones de los concesionarios son importantes y el negocio amerita que la red funcione jerárquicamente en forma organizada según la importancia de cada concesionario. Si bien el fabricante siempre da instrucciones al distribuidor sobre su producto la regulación de la relación es mucho más minuciosa, desde los locales, la vestimenta, la publicidad y otros detalles operativos.

En tercer lugar los distribuidores no prestan la garantía personal sobre lo que venden sino dejan en claro que la única garantía sobre el producto proviene de la fábrica. Tampoco dan servicio a los productos, todo eso se hace por terceros independientes que contrata el fabricante, siguiendo sus propias pautas sobre las personas que le presenta algunas veces su distribuidor, cuyo rol es remitir al consumidor a la empresa designada por el fabricante que atienda los reclamos en garantía mediante un tercero no relacionado con el distribuidor o al menos independiente de éste.

Por estas razones, la jurisprudencia nacional, aun antes de la redacción del Proyecto de Código Civil y Comercial, en análisis destacó que en el contrato de distribución, la ausencia de caracterización legal no constituye un óbice para una configuración generada en el tráfico, mediante la reiteración de elementos que lo incluyen en la práctica, por lo que puede ser considerado como un contrato *usualmente típico* (conf: CNCom., Sala C, 5/11/1981, ED, 97-691; conf. Sala E, 16/11/1981, ED, 97-218).

También se lo ha asimilado al contrato de consignación de mercaderías legislado en el art. 232 del Código de Comercio (CNCom., Sala A, 25/07/1966), criterio que considero es equivocado, ya que la consignación es una modalidad de la compraventa para posibilitar a un fabricante colocar su producto cuando no dispone de un distribuidor que financieramente pueda comprarlo. En ese caso el stock de productos que

le remite queda a nombre del propietario en consignación y el consignatario al venderlo factura y paga su precio recién entonces al fabricante, quedándose con un sobre precio fijado y autorizado por éste, y rindiendo cuentas del stock y facturando en firme las ventas efectuadas a terceros a su nombre. Este contrato no encuadra en la figura del comisionista exactamente, pero es una de las características establecidas en la práctica comercial local.

En el contrato de distribución el distribuidor compra y se hace de la mercadería para revender, en la consignación recibe mercadería ajena, pero no en propiedad y si no la vende debe restituirla y si la vende a terceros no lo hace como agente sino que como consignatario se identifica como comisionista a nombre propio. Solo allí se obliga a pagar el precio al fabricante quedándose con el sobreprecio autorizado por el fabricante.

A su vez la distribución pasó de ser encuadrada en la jurisprudencia no sólo como una sucesión de compra ventas independientes que por sí mismas no originan en caso de cese ninguna indemnización la conclusión, sino que además existía una relación estable entre ambas partes que generaba responsabilidades. Tampoco podemos ocultar que han existido casos de distribuidores que no pagan sus productos, que no reciben los mismos en propiedad y cobran una comisión por su venta. Esto es en la doctrina moderna constituye una agencia y el llamado distribuidor es en realidad un agente.

Finalmente, existen diferentes distribuciones de productos reguladas administrativamente o que no tienen las características de una distribución como lo son la de los distribuidores de diarios y revistas, llamados así por la práctica pero que carecen de riesgo, ya que los diarios y revistas le recompran el material no vendido, por lo que no se pueda hablar de distribución y está reglamentado por dec. 24.095/45 donde se establecen la estabilidad de las paradas callejeras de venta además de la obligación de recompra por el diario del material no vendido.

Todo esto ha coexistido en el país bajo el rubro de distribución, por lo tanto considero inadecuado decir que a la distribución se le aplican las normas de la concesión en cuanto fueren pertinentes, no porque esté mal en sí mismo, sino porque no resuelve el problema de la certidumbre, al no intentar calificar o precisar lo pertinente, porque no se ha tenido en cuenta la diversidad de usos y costumbres que establecen prácticas diferentes entre ambas figuras y el tema deberá ser resuelto por vía legal o por la jurisprudencia futura, como veremos más adelante. De lo contrario habrá muchas opiniones y mayor litigiosidad, sobre el alcance del art. 1511 del proyecto.

Hasta ahora podemos ver que ambos contratos tienen características bien similares, son contratos de cláusulas unilateralmente predis-

puestas por una parte, el fabricante, ambos son *intuitu personae*, y de colaboración ya que ambas partes tiene una finalidad común vender un producto al consumidor, pero difieren en cuanto a las formalidades, no hay contratos de concesión verbales si los hay de distribución, existen muchos contratos de distribución de hecho o verbales, si bien ambos son de duración y de tracto sucesivo, la duración varía. Ningún concesionario acepta ser nombrado por un año porque le es imposible recuperar su inversión en un lapso tan breve, y en su tiempo la fábrica productora de Chevrolet fijó sus contratos con un plazo de 5 años para permitir un horizonte claro de medir la performance de un concesionario, mientras que en la distribución, por lo habitual la inversión es menor para el distribuidor, quien es un empresario en actividad que toma un negocio aprovechando lo que tiene, y su duración es más volátil, porque el plazo es más breve, si el negocio no rinde no renueva y se retira, con un breve preaviso, por eso no le interesa la exclusividad que es un concepto sobre el que volveremos ya que cambia la exclusividad en el aprovisionamiento, por la no exclusividad en la venta del producto que se comparte con otros distribuidores con la salvedad de un territorio o zona muy específica.

Éste es un tema sumamente complejo, porque los territorios no se respetan entre los distribuidores, ya que desde siempre los distribuidores tienen una zona de actuación donde residen, pero desde siempre se han ingeniado para vender fuera de su zona, por diferentes artilugios, pero que se han potenciado con el advenimiento de internet y de las ofertas *urbi et orbe*, si bien disfrazadas, que los distribuidores hacen por medio de la Web, para atraer clientes o consumidores fuera de su zona de actuación.

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, aunque tenga que trasladarse a otra punta de la ciudad o fuera de la ciudad. Su fidelidad con el distribuidor de la zona no existe, por ende compra en otra zona, salvo que el producto sea de poca monta o la compra resultante tenga la misma característica. Esta infidelidad del consumidor que es su derecho y privilegio, provoca desplazamiento de ventas y de clientes consumidores. Cuando estas ventas provocan una merma de ventas, el distribuidor afectado suele recurrir al fabricante pero para éste la disputa entre los distribuidores no mejora su venta total que sigue una curva estable, mientras se venda igual cantidad. Por ende no sacrificará a quien vende más, al revés lo distingue a fin de año, ante la indisimulada consternación que le produce a los distribuidores afectados que alegan prácticas predatorias. Así funciona la distribución localmente.

Finalmente, además del plazo hay una diferencia substancial en la indemnización. En la concesión se piden daños y perjuicios y se obtienen en ciertos casos o se niegan de plano en otros como lo sentó la corte en el caso automotores Saavedra y la jurisprudencia que siguió esas aguas. En cambio en la distribución no se suele dar indemnización de daños y perjuicios sino una indemnización que compense el tiempo caído de ventas por el cambio de rubro o de fabricante. Es decir que la función es meramente resarcitoria, dado que no se indemniza el perjuicio del lucro cesante, sino el costo estimado de reubicación del ex distribuidor perjudicado, como veremos en detalle al compararlas.

Por ende, si le aplicamos a la distribución todas las normas que contempla el proyecto para la concesión en cuando sean pertinentes podremos encontrarnos que una gran cantidad de normas previstas para la concesión pueden ser inaplicables a la distribución que tiene características tan particulares, o simplemente matices relevantes diferentes.

Por otra parte esa remisión obliga a verificar si es pertinente aplicar las normas de la concesión a la distribución, en cada circunstancia, tema de abogados pero no de comerciantes. Esta terminología nos obliga, en primer lugar, a decidir si el contrato de distribución es nominado o innominado... Según hemos visto un contrato es nominado cuando la ley lo regula especialmente. El Proyecto de ley le dedica un inciso de los dos que contiene el último artículo sobre concesión, disponiendo que se le aplican al contrato de distribución las normas de la concesión en cuanto fuere pertinente. Lo nombra, y lo regula por remisión.

¿Es esta referencia escueta a la distribución acaso una regulación especial, en los términos del art. 970? Mi respuesta en un primer momento fue que es un contrato innominado, pero sin embargo el proyecto lo denomina claramente, por lo tanto una primera cuestión es si es nominado un contrato cuyo nombre solo se menciona pero que se regula por remisión. La respuesta es afirmativa, hay ejemplos claros en el código de Vélez: la compraventa gratuita se regula por las normas de la donación, por remisión. Por otra parte un contrato que desde hace largos años no está regulado pero ha sido tipificado por la doctrina y aun por la jurisprudencia, como lo sostuvo la sala C en lo Comercial, demuestra que es un contrato tipificado bien sea porque está nominado como tal o porque ha sido tipificado de todas maneras en la jurisprudencia y por la doctrina.

Sin embargo soy de la opinión que regular el género, la distribución, por referencia a la especie, la concesión, no es atinado, por cuanto implica: a) reglar a la distribución con una normativa específica (la de la concesión) que le es aplicable pero no en su totalidad, y en segundo lugar; b) crear una zona gris que será litigiosa cuando entren en colisión las normas no pertinentes o conducentes de la concesión con los usos y

costumbres propios de la distribución que deberán ser tenidas en cuenta y requerirán precisiones, que el legislador omitió considerar.

Desde una visión integradora, la escueta referencia tomada del proyecto de 1998, me parece insuficiente e incorrecta, porque el contrato de distribución tiene mayor importancia que el de agencia en la vida económica del país y se encuentra reglado y mayor prosapia que algunos de los contratos nuevos incorporados. La norma acepta que hay diferencias, al establecer en lo pertinente, pero falla al no precisarlas o calificarlas, dejando la tarea a los tribunales en última instancia.

Existe numerosa doctrina nacional y europea sobre el contrato de distribución y multitud de fallos sobre el tema de la distribución y su indemnización que no pasa por el daño y perjuicio sino con la estimación del costo del reacomodamiento del distribuidor terminado abruptamente. Así en Europa se le otorga un plazo de preaviso, en ausencia de culpa de unos tres meses promedio, o se le aplica las normas de la agencia en última instancia. No concebimos una concesión verbal pero si ha existido la distribución por convenio verbal sin un solo documento y configurando una verdadera distribución de hecho. Toda esa riqueza doctrinaria y comercial no puede quedar subsumida en una sola frase, la pertinencia, simplemente porque en todo caso la concesión es hija de la distribución y no al revés. Por otra parte si se considera que no es pertinente, el intérprete queda obligado a recurrir al 970 que se refiere a la compatibilidad con otras normas, lo que genera otro tipo de problemas.

La distribución tiene siglos de experiencia, la concesión es como señaló Guyenot una distribución de productos de alta técnica o de alto precio. Ambas están escasamente legisladas a nivel europeo a diferencia de la agencia que tiene reconocimiento comunitario y 14 países tienen legislación sobre agencia, mientras que con excepción de Bélgica o para el caso Brasil y Estados Unidos no existe aun legislación sobre concesión o distribución, salvo para temas específicos como las restricciones, verticales a la competencia, que la comprenden y que no son consideradas en este análisis. Por otra parte ya la jurisprudencia se pronunció que a pesar de no estar legislado puede ser considerado como un contrato usualmente típico<sup>(13)</sup>. Pero si nos aferramos a que la referencia del art. 1511 no lo habilita a ser considerado en los términos del 970 un contrato nominado, y si por vía de hipótesis aceptamos esa proposición, sostenemos que de ser innominado existe un orden de prevalencia en el sistema del Código que

(13) CNCom., Sala C, 5/11/81, ED, 97-691; Sala E, 16/11/81, ED, 97-218. Si bien el contrato de distribución es un contrato innominado se trata de un supuesto negocial en el que la ausencia de caracterización legal no constituye óbice para una configuración generada en el tráfico, mediante la reiteración de los elementos que se incluyen en la práctica, por lo que puede ser considerado como un contrato usualmente típico.

hace inconsistente, en lo esencial la aplicación de las normas de la concesión a la distribución, porque para ello se le debe aplicar, los principios que surjan de la autonomía de la voluntad, en primer término. Por ello, puede haber una colisión entre lo que parece o se afirma que es pertinente y lo que las partes dispongan en ejercicio de esa autonomía de la voluntad. Que priorizamos la autonomía de la voluntad, que está prevista, según el orden normativo del art. 970 o el intérprete privilegia un régimen afín que entiende le es compatible.

En efecto, en el sistema del Código a los contratos innominados, que son no tipificados en el Proyecto se les aplica la autonomía de la voluntad, (limitada por el orden público, o normas indisponibles) en segundo lugar por los principios generales de los contratos, y siguiendo el orden del art. 970 por los usos y prácticas del lugar de su celebración y finalmente en ausencia de ellas por las normas correspondientes de los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad, en ese orden<sup>(14)</sup>.

Es decir que por un lado tenemos que se aplica, por indicación expresa del art. 1511 las normas de la concesión en cuanto fueren pertinentes, lo que debe ser precisado caso por caso. Pero si pensamos o argüimos que no son pertinentes o que el contrato es innominado se debe aplicar la voluntad de las partes en primer lugar para regir sus obligaciones, es decir la autonomía de la voluntad, en segundo lugar por las normas generales de los contratos, en tercer lugar por los usos o prácticas del lugar de celebración<sup>(15)</sup> y solo si estas no existiesen en último lugar según el orden del artículo 970 por otro la de los contratos afines en cuanto fueren compatibles y se adecuan a su finalidad. Me apresuro a destacar que compatibles son ambos contratos que pertenecen al mismo género pero la finalidad requiere contenidos y soluciones diferentes. Resulta imprescindible tomar partido y definir si pertinencia es lo mismo que compatibilidad. A mi juicio, no. Una cosa es ser compatible según la real academia del latín *compatibilis*, definida como que tiene aptitud o proporción para unirse o concurrir en un mismo lugar o sujeto la otra es que sea pertinente, del latín *pertinens*, en su primera acepción perteneciente a una cosa. Como segunda acepción, dicese de lo que viene a propósito y en tercera acepción conducente o concerniente al pleito. Es decir, tie-

(14) Art. 970 del Proyecto a consideración del Honorable Congreso de la Nación.

(15) El art. 970 dispone: "Los contratos son nominados e innominados según que la ley los regule especialmente o no. Los contratos innominados están regidos en el siguiente orden por: a) la voluntad de las partes; b) las normas generales de los contratos obligaciones; c) los usos y costumbres del lugar de celebración; d) las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad".

nen raíces latinas diferentes y no significan lo mismo como se desprende de su definición. El diccionario Vox de la lengua castellana explica que pertinente es lo relativo a una cosa o a propósito y establece como sinónimo oportuno y para compatible repite la misma definición de la Real Academia. Las diferencias —*sermo vulgaris*— no son perceptibles en el comercio. Será más práctico desarrollar un estándar para decidir si es o no pertinente.

Dado la dificultad en determinar si pertinencia es igual a compatibilidad, cosa que creemos no es exacta, la pregunta a formularnos es ¿cuando no son pertinentes? A mi juicio la respuesta está en la aplicación de la autonomía de la voluntad y en los usos y la práctica comercial que integran el contrato en virtud del art. 964, incs. 2 y 3, del Proyecto y por expresa remisión de la ley tienen prevalencia sobre el inciso d del art. 970 con lo que frente a todos aquellos que consideren que puede asimilarse pertinencia a compatibilidad no pueden resolver los problemas que la práctica ha determinado para la distribución, debiendo aplicar soluciones legales diferentes que aquellas que el Proyecto contempla para la concesión. Estas soluciones están validadas por la interpretación de los contratos prevista en el art. 1 del título preliminar al disponer que deberá estarse a la finalidad de la norma, y que los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente. Al establecer que la distribución se rige en lo pertinente por la concesión, no dice por que se rige cuando es impertinente, situación no reglada legalmente, por lo que es lícito aplicar los usos, las prácticas y las costumbres con fuerza vinculante, salvo que sean irrazonables o existan normas indisponibles.

Si aplicamos este criterio nos resultará fácil, aun para iniciar una polémica sobre el tema, que no pase por la simpleza de afirmar que como ambas figuras tienen por finalidad comercializar el producto de un concedente o fabricante, toda norma de una es en principio aplicable a la otra, salvo indicación en contrario, por no tener aptitud para unirse o ser claramente impertinente con el alcance que le atribuye la Real Academia. Pero esto no resuelve el problema en términos de certidumbre.

Es conducente, entonces, enumerar algunos supuestos que hacen a nuestro juicio impertinente o inaplicable ciertas normas de la concesión, a saber:

El contrato de distribución generalmente no es exclusivo salvo en el aprovisionamiento, el distribuidor puede representar a productos competitivos, como regla mientras que la concesión pretende ser exclusiva, y de hecho lo es, aunque el proyecto permita el pacto en contrario. El concesionario no puede representar a Ford y a Chrysler al mismo tiempo, el Distribuidor puede porque no vende productos de alto precio



ni de alta técnica compartir competidores en las líneas menos comprometidas véase los relojes por ejemplo, salvo aquellos de precios inaccesibles, a cuyos distribuidores le permiten tener varias distribuciones de productos competitivos, pero cuya imagen no sea auto excluyente, en otras palabras la condición de exclusividad es diferente. El resultado es que toda distribución no exclusiva no se le aplicaría las normas de la concesión y toda distribución exclusiva en principio podría aplicársele, en ese aspecto, pero no integralmente, según las circunstancias del caso.

Por otra parte el concedente está obligado en el Proyecto, cuando la concesión es de plazo tipo indeterminada a adquirir el stock de artículos nuevos y de sus partes o repuestos del concesionario, pero nada de eso sucede en la distribución. El fabricante se reserva el derecho de readquirir productos nuevos en stock, generalmente para evitar que el anterior distribuidor los venda a bajo precio a todos los clientes y evite, de esa manera, que el nuevo distribuidor pueda vender el inventario que le debe adquirir para iniciar su contrato, o, en su defecto, el nuevo distribuidor le hace una oferta y negocia un precio por el stock y se llega a un acuerdo sin juicio alguno. En una hay una obligación en el otro solo rige la conveniencia. Esto nunca ha generado problemas, el stock siempre es vendible y tiene un precio. Por ello creo que es impertinente aplicarle esa regla de la concesión, porque la autonomía de la voluntad y la práctica comercial han generado un sistema diferente en materia de distribución avalado por los usos y costumbres, que debiera primar sobre la solución prevista para la concesión.

En realidad concluido el contrato o resuelto el distribuidor no tiene derecho luego de rescindida la distribución a vender siquiera esos productos como distribuidor y los debe rematar en el mercado, como liquidación de inventario. El fabricante no hará un juicio, nadie tiene interés en el comercio de litigar por un stock que tiene un valor en el mercado. En los contratos internacionales se advierte en muchos casos que el fabricante se reserva el derecho de inspeccionar y comprar el inventario en buen estado a precios de compra más un 5% de gastos de acarreo, sin que tenga la obligación de hacerlo. Ese es generalmente en la distribución local y sobre todo la internacional como se concluyen las cuentas y se paga o se cobra lo que se adeuda de esa manera.

Otro tema relevante es que el concesionario presta el servicio de garantía como una obligación ante el cliente, nada de eso existe en la distribución en nuestro país donde generalmente, el distribuidor no atiende los reclamos del cliente simplemente los deriva al fabricante, quien designa a otra persona a esos efectos, y la reparación o la sustitución del producto en garantía debe ser reclamada directamente ante el fabricante,

o a quien éste designe para atender la garantía de sus productos<sup>(16)</sup>. Por ende la conclusión es que no es pertinente aplicar la obligación de garantía al distribuidor, quien enfatiza al cliente que él no atiende ni gestiona la reparación de de productos defectuosos, ni su garantía sea la distribución exclusiva o no exclusiva, y el público consumidor concurre a la dirección que le dio el distribuidor por indicación del fabricante, porque tampoco le interesa hacer un reclamo, si alguien se ocupa del mismo y lo hace asumiendo una obligación del fabricante.

Esa es la práctica, sin perjuicio de la aplicación de las normas de protección al consumidor, ya que en definitiva es claro que la fábrica es la responsable final de atender ese reclamo. Por ende entre partes es válida y frente a terceros el uso y la práctica funcionan de la manera que se ha descripto precedentemente. La compatibilidad con el contrato afín de concesión no le es aplicable, porque no se adecuan a las prácticas comerciales de la concesión del automotor en la que el concesionario presta la garantía y atiende los problemas del cliente y es responsable frente al mismo. Por ende no resulta pertinente aplicar una clausula que no se aplica en la plaza, según el uso y costumbre. No hay entonces pertinencia, por lo que los jueces deberán lidiar, muy probablemente, con estos temas, si se recurre a la ley de protección al consumidor y el fabricante falla con su garantía.

Por otra parte, existen distribuidores pequeños que no pueden adquirir stocks por falta de capital e intermedian con sus clientes en la modalidad *indent*, en virtud de la cual el cliente realiza la importación y nacionalización del Producto y el distribuidor no compra porque no puede y actúa cobrando una comisión que se suele arreglar caso por caso o con laguna normativa dependiendo del tipo de distribución. El Anteproyecto contemplaba el contrato de distribución con un régimen separado con un capítulo para clarificar todos estos temas, dándole la solución de la agencia a esas ventas, con derecho a comisión como lo resuelve la práctica italiana, en la medida que no fuesen ocasionales sino tuvieran una cierta permanencia, pero al retomar el Proyecto la solución de 1998, se difirió la oportunidad de legislar específicamente sobre la distribución, solución ésta que pudo haber sido pensada *ex profeso* para que las partes

(16) Ver mi obra *Sistemas de Distribución Comercial*, Buenos Aires, 2003 en lo atingente a las obligaciones del Distribuidor y las diferencias entre la concesión de automotores y la distribución comercial p. 87 y sigtes. Por otra parte la jurisprudencia desde antiguo estableció que el contrato se rige por las disposiciones convenidas y la costumbre mercantil según la regla V del Título preliminar del Código de Comercio que se deroga pero que retoman total actualidad en el 970, así como normas análogas. CNCom., Sala B, 13/5/77, Canepa Cinematografía y Anexos S.A. c. Productos Braun S.A.

lo reglase y no cristalizar la vitalidad de la distribución en un contrato tan pautado como la concesión. Ésta es, obviamente, una especulación, pero en un código civil detallado no deja de sorprender el que no podamos saber el fundamento de esa remisión actual.

Se preguntará el lector cómo funciona un contrato de distribución que a su vez cumple alguna función incluso no ocasional de agencia, no compra stock presenta el cliente y percibe una comisión. Esto se ha resuelto en Europa donde se abre una cuenta por las operaciones *indent* en donde se reconoce una comisión y otra cuenta por las operaciones de distribución donde se debe el precio de la mercadería comprada para revender por el distribuidor. Obviamente, esto no está contemplado en la concesión, pero nada obsta que un contrato de distribución siga siendo de distribución con esa característica, porque si la mayoría de las operaciones son *indent* el contrato como lo tratan en Colombia sería de agencia. Allí, la jurisprudencia no distingue y cuando detecta operaciones de agencia en una distribución la somete a la agencia y a su régimen indemnizatorio. Ésta es una solución que vuelve impertinente las normas de la concesión, en los términos del art. 970, inc. 3.

Un aspecto tal vez no tan importante es que la remuneración del concesionario es una retribución sea por comisión o por margen, es decir que la definición desfigura el verdadero sentido de la concesión comercial en la que el concesionario solo compra y se aprovisiona del concedente para vender, permitiendo la norma regular no solo el modo sino el mismo objeto, dándole una flexibilidad inusual y ampliando la práctica del mercado, posiblemente para incorporar a los propietarios de estaciones de servicio que cobran una suma fija por litro vendido, mientras que la única retribución del distribuidor es la diferencia entre el precio especial por aprovisionarse del fabricante y el precio que cobra a los intermediarios o a los consumidores, que es fluctuante. El distribuidor tiene muchos clientes habituales que compran con descuento o bonificación, y tiene otro precio para los consumidores no habituales sean o no finales. El delta entre su precio de costo y su retribución es su ingreso o retribución. El concesionario tiene varios ingresos ya que presta servicios especiales por el servicio y venta de repuestos que factura según precio que fija a los clientes, recupera parte de la mano de obra prestada en garantía que factura al concedente y además vende accesorios de todo tipo, de modo que la retribución del concesionario difiere de la práctica y el uso a nivel local de la retribución del distribuidor, que es un comerciante que compra para revender exclusivamente y no presta el servicio de garantía y solo en las operaciones *indent*, más bien excepcionales, cobra una comisión por su intervención. Considero por ello que esas normas admiten pacto en contrario y por ende prima la libertad de contratación, ya que el concepto retribución no constituye una norma indisponible ni imperativa.

Otra diferencia menos importante es que el distribuidor no pone como el concesionario una organización al servicio del fabricante como lo hace el concesionario con el concedente, en forma exclusiva, porque habitualmente tiene varios negocios de distribución, de manera que el distribuidor cuando pierde una línea de productos no las reemplaza solo prescinde del personal afectado a esa línea de productos, sino toma otra equivalente. Por otra parte existe una mayor libertad en la fijación del precio del distribuidor al público, por cuanto el distribuidor se mueve dentro de su margen con total flexibilidad. Este es otro tema conflictivo de no simple resolución que quedará librado a la interpretación judicial.

Por otra parte el distribuidor tiene otras líneas de productos que comercializa y la desaparición de su proveedor no le causa un impacto igual que al concesionario, por eso la jurisprudencia exigía que se le diera un preaviso tempestivo, no desconsiderado, ni descomedido para permitir su reacomodamiento, y no a título de indemnización por daños<sup>(17)</sup>. Esta jurisprudencia adquiere aun mayor valor ya que se dictó con posterioridad al fallo de Automotores Saavedra, que declaró que los contratos no se celebran para siempre y que transcurrido un plazo razonable que permita aunque esto no ocurra cumplir el efecto normal de los mismos tal como recuperar su inversión, cada parte es libre de rescindirlos sin indemnización.

La jurisprudencia había declarado que un contrato renovado periódicamente durante muchos años por prórrogas automáticas de un año se había vuelto de plazo indeterminado, tomándose el computo de los años que estuvo en vigor. La práctica jurisprudencial en nuestro país fue que el distribuidor que era terminado intempestivamente no tenía derecho a una indemnización para cubrir no su lucro cesante, sino el costo de su reacomodamiento en el mercado. A su vez el monto de la compensación se basaba en el tiempo que la distribución estuvo vigente, estimada prudencialmente<sup>(18)</sup>. La jurisprudencia es clara a mayor tiempo de duración de la distribución más plazo para el preaviso, pero como se fija el plazo del preaviso. Fuera de algún caso aislado entiendo que el plazo máximo de preaviso ha sido de 18 meses o en su defecto, el pago de un mes de utilidad promedio por el lapso suficiente para permitir su reacomodamiento, disminuido prudencialmente en los contratos de larga duración,

(17) Ver CNCom., Sala C, 10/04/94, publicado en La Ley, 1995-B-88, y también CSJN, Automotores Saavedra SA c. Fiat Argentina, La Ley, 1989-B, 4, y CSJN, 5/11/1991, "Cherr-Hasso, Waldemar Peter y otro c. The Seven Úp.Co. y otros", ED, 145-756.

(18) Montenegro, Genaro c. Cervecerías Bieckert; Pérez c. Cargill, Fernández Lindolfo c Bodegas y Viñedos Recoaro. En todos ellos prevaleció que debe probarse un daño para pretender una indemnización, pero la falta de preaviso o su intempestividad genera un derecho al resarcimiento del distribuidor para que pueda reestructurar y readecuar su actividad, sin tener que acreditar otro perjuicio.

en distribuciones exclusivas. Las no exclusivas no tienen un parámetro similar. Pensamos que un plazo de 3 meses es más que suficiente para asistir a un distribuidor no exclusivo, que haya sido distribuidor por menos de 5 años siempre que el contrato haya adquirido el estado de plazo indeterminado, salvo algún caso excepcional, para readecuarse y seguir otro emprendimiento.

Esta jurisprudencia está en colisión con las normas del proyecto sobre concesión que primero establecen un plazo mínimo de 4 años y luego establecen una indemnización cuando es de plazo indeterminado equivalente a un mes de utilidades por cada año que el contrato estuvo en vigencia, en ausencia de plazo de preaviso, por aplicación de la normativa del artículo 1492 y del 1493 de la agencia aplicables a la concesión. Así, si el contrato estuvo en vigencia por 20 años tiene derecho a 20 meses de indemnización en ausencia de plazo de preaviso. Esta disposición es cuestionable y no parece pertinente aplicarla a la distribución. Todas las normas europeas le ponen un tope para el reclamo, cuando el fabricante prescinde del distribuidor, y esa normativa o techo máximo, que era de 6 meses, se perdió en los sucesivos cambios que sufrió el anteproyecto original.

La rescisión unilateral durante el plazo de vigencia de ambos contratos sin causa obliga a pagar daños y perjuicios pero si el plazo es indeterminado cualquiera puede ponerle fin, porque nadie se obliga para siempre, con el aditamento que el objeto del plazo de preaviso en la distribución éste tiene como finalidad permitir su reubicación al permitirle reacomodar su negocio, mientras que el plazo previsto para la concesión equivalente a un mes de utilidad por cada año que el contrato estuvo vigente es mucho más severo y corresponde a una indemnización. Para el caso, un contrato de distribución 30 años según lo estableció la jurisprudencia, rescindido sin preaviso suficiente, generó una compensación fijada arbitrariamente en 18 meses. Si se aplicasen las normas de la concesión, una vez que sea ley, debería ser de 30 meses de utilidades, lo que resultaría totalmente desproporcionado para compensar el reacomodamiento del distribuidor en los contratos de distribución. Este es un tema sumamente sensitivo y obviamente litigioso. Sostengo que las normas del proyecto relacionada con la falta de preaviso en la concesión tomadas de la agencia no deben aplicarse por remisión de segundo grado a la distribución. Es impertinente darle una indemnización a quien solo se necesita un reacomodamiento de su negocio, no es pertinente. A pesar que en la versión del proyecto se eliminó la jurisprudencia que contenía el título primero, art. 1, como criterio vinculante, la interpretación judicial sobre el alcance de un plazo o la fijación de una indemnización siempre resulta vinculante y goza del beneficio de la cosa juzgada, mal que le pese al legislador.

Es usual en la distribución dar un plazo breve de prueba de un año y luego renovarlo, lo que no es práctica en la concesión por el tipo de inversión mucho más importante que requiere. En la distribución se convienen contratos por un plazo de un año a prueba para luego decidir si el negocio es bueno para ambos. Nada de esto existe en la concesión. La distribución es un contrato rico en matices y soluciones propias, la concesión es un contrato más cerrado y formal<sup>(19)</sup>.

Por eso sostengo que esa litigiosidad sobre cómo se calcula la indemnización en la distribución en los contratos de plazo indeterminado se elimina poniendo un plazo o tope máximo para uno o ambos contratos, siguiendo los antecedentes europeos incluso los españoles que le ponen un límite de 3 meses y excepcionalmente de 6 meses de preaviso, cualquiera haya sido la duración, que desapareció en unos de los trasiegos y revisiones que tuvo el anteproyecto. Por todo esto resulta patente que las diferencias entre los usos y la práctica y lo normado para la concesión no se agotan solo en el plazo y en la forma de la compensación, como hemos visto.

Además no debe olvidarse que la distribución ha sido mucho más compleja que la concesión, del punto de vista de su tipología, éste es un contrato importado en nuestro país por las terminales automotrices<sup>(20)</sup>, la distribución en Argentina fue instrumentada de manera caótica, mezclada con convenios de comodato, para locales, de suministro para las mercaderías, de compraventa bajo el sistema de consignaciones, ya que se trataba de un contrato no tipificado en el código y se manejaba por el art. 1197 del Código Civil, solo limitado por el orden público, incluso el mismo contrato de distribución fue confundido con la agencia. He visto en mi vida profesional contratos de agencia locales, en las que el agente tenía el derecho de designar distribuidores, una solución bizarra propia de la falta de caracterización de los contratos incluso confundidos por la doctrina en las jornadas o congresos de derecho comercial. Es atinado repasar las normas europeas que no confunden a la distribución con la agencia<sup>(21)</sup>. En definitiva, sostengo que la práctica y los usos en lo comercial en Argentina, por ende siendo una práctica aceptada hacen impertinente la aplicación del 1492/3 de la agencia al distribuidor, por no ser pertinente el desconocer prácticas diferenciadoras establecidas por usos y costumbres. Sin perjuicio de que si resulta no pertinente aplicarle el

(19) Conf. Sala C, 24/03/2003, ED, 206-305 con nota del autor. Las dificultades para determinar la existencia de una relación de distribución.

(20) El primer contrato de concesión fue el de Industrias Kaiser Argentina S.A, cuyo dueño Kaiser Jeep Corporation lo introdujo en la Argentina.

(21) Ver las diferentes teorías y experiencias jurídicas sobre la naturaleza de la distribución y su tratamiento. MARZORATI, O. J., op. cit., ps. 83-91 y 126 a 133.

art. 1511, por ejemplo porque se trata de un tema de distribución al que no es conceptualmente admisible aplicarle por remisión las normas de la concesión, que remiten a la agencia, debe primar una solución distinta, en virtud de la aplicación del inciso 1 y siguientes del art. 970.

Hemos reseñado las condiciones en las cuales las disposiciones de la concesión no se aplican a nuestro juicio, pero es necesario abordar, a riesgo de ser repetitivos, y, además elaborar cuales son pertinentes y por ende se aplican, tarea que seguramente los jueces tendrán, de todas maneras que afrontar.

Si tomamos el art. 1502 ya hicimos notar la diferencia en el concepto y por ende no se aplica. El concepto retribución corresponde a un servicio prestado y en el contrato de distribución el distribuidor no presta un servicio sino compra una producción en condiciones que acuerda con el fabricante para revender, y es libre de ganar más o menos en esa reventa. El art. 1503 es pertinente y se aplica a la distribución porque al permitir es pacto en contrario las partes pueden o no modificar los términos del artículo sin que la tipificación quede afectada. En cambio el art. 1504 es pertinente y el art. 1505 (obligaciones del concesionario) es pertinente parcialmente, ya que el inciso d) es inaplicable porque el distribuidor no presta la garantía ni hace servicio pre-entrega, ni de mantenimiento, que si se prestan en la concesión. Pensamos por lo ya expuesto que el plazo del convenio de concesión mínimo de cuatro años previsto en el art. 1506 no es pertinente, es incluso incompatible con la actividad del distribuidor y la necesidad de tener contratos de menor plazo, para beneficio de ambos. El tema puede llegar a ser opinable, pero creo que el Proyecto debió haberlo previsto expresamente si esa fue la intención. No se le puede aplicar un plazo mínimo por afinidad. Por otra parte, el plazo mínimo de la concesión fue fijado en función de las ingentes inversiones que el concesionario debe erogar y que requieren de un plazo de tiempo para ser recuperadas. Esto es diferente en la distribución en la que las inversiones no son tan cuantiosas y por ende el plazo resulta más conveniente librarlo a lo que las partes acuerden. Por último, si fijan un plazo de un año y lo renuevan resulta aplicable la última parte del artículo 1506, que lo hace de plazo indeterminado, generando un plazo de preaviso, en función de los años que estuvo el contrato en vigor.

El art. 1507 pensado para la concesión es tan amplio que no hay realmente argumento para contestarlo por impertinente, al contemplar el margen entre precio de compra y de venta como forma de retribución, pero las restantes formas de retribución no parecen compatibles con la distribución y nos remitimos a lo manifestado precedentemente (art. 1508). Por lo ya dicho creo que no se aplica el sistema de indemnización para contratos de tiempo indeterminado, porque basta que las partes lo proyecten como contrato de duración pero con la cláusula

recíproca de que puede rescindirse unilateralmente, para que el sistema indemnizatorio de la concesión no fuera aplicable. Sin perjuicio de que el objeto de la indemnización en la concesión por falta de preaviso y el objeto de la compensación al distribuidor para su reacomodamiento responden a criterios bien diferentes, ello sin contar que las partes en función del art. 970, inc. 1 podrían pactar otras formas de indemnización al distribuidor de mutuo acuerdo, teniendo en cuenta que las disposiciones de la concesión no le son aplicables por no ser pertinentes, con los alcances ya comentados.

Creo que lo más grave de aplicar normas de remisión en este tema reside en que la concesión recibe por remisión normas indemnizatorias de la agencia, pero la distribución recibe normas de la agencia por la vía de si son pertinentes a su tipo aplicarles las de la concesión en un tema tan relevante como el plazo mínimo, plazo de preaviso y los efectos de no respetar el preaviso.

En cambio, las causales de resolución del contrato de distribución, incorporadas por referencia como tales son pertinentes. En los primeros cuatro casos la resolución opera de pleno derecho y las partes nada se deben, el quinto contempla el plazo del contrato y existiendo incumplimientos se puede resolver el contrato sin apartarse de lo corriente. El incumplimiento por disminución significativa del volumen de los negocios es una clara causal de resolución en la distribución, por culpa del distribuidor. En estos casos existe en la agencia un preaviso de dos meses, cuya aplicación a la distribución es impertinente.

Además, en los contratos de distribución el fabricante no hace uso automático de esa cláusula por disminución significativa prefiere reducir la cantidad de productos que vende o lisa y llanamente reducir su territorio para acomodar a otro distribuidor y si fuera exclusivo elimina la exclusividad. Creo que estas soluciones son mejores que la prevista en el 1495, que no es pertinente a mi juicio y deben permitir pacto en contrario, son soluciones menos terminantes que se usan incluso contractualmente para este tipo de problemas. Todas estas disquisiciones serían superfluas si se hubiese aceptado un techo para el plazo de preaviso. La falta de distinción en este punto a falta de norma legal que lo distinga o aclare, volverá litigiosa cualquier interpretación que se busque. El 1508 en su segunda parte es impertinente porque obliga al fabricante a readquirir productos y repuestos, la distribución se maneja con otro criterio, que resulta de la práctica y ya comentado por lo que me remito. De igual modo el 1509 remite al art 1494 de la agencia y creo que es pertinente con las salvedades ya mencionadas. Finalmente, la solución de los subdistribuidores del art. 1510 es totalmente pertinente y compatible con un contrato de distribución normal tanto local como internacional.

Mi conclusión preliminar es que el distribuidor seguirá funcionando de la misma manera por que será regido por los usos y prácticas establecidas, y por aquellas disposiciones del contrato de concesión que sean pertinentes o compatibles con su finalidad específica y no son pertinentes todas las normas de la concesión que son distintas a usos y prácticas contrarias, por la apoyatura que brinda el art. 970. Es posible que la jurisprudencia resuelva que las distribuciones exclusivas sean regidas por las normas de la concesión, siguiendo la tendencia italiana de abarcar en la distribución todo contrato de venta con pacto de exclusiva, a ambas figuras, salvo que tomen una actitud prudente y restrictiva sobre la aplicación del art. 1511, inc. 2.

En definitiva de no precisarse en la revisión, salvando las impertinencias por medio de —salvo usos y prácticas comerciales contrarias o acuerdo de partes— la solución razonable, y más sencilla es poner un techo al preaviso, como lo preveía el anteproyecto original. La inacción en tal sentido privará dar una solución efectiva, protectora del pequeño distribuidor y que permita dar certidumbre a ambas partes. En tal situación corresponderá al Juzgador decidir caso por caso la aplicabilidad de las normas de la concesión a la distribución.



## EL CONTRATO DE LEASING EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. UNA VISIÓN DESDE LA EXPERIENCIA URUGUAYA<sup>(1)</sup>

POR RICARDO OLIVERA GARCÍA<sup>(2)</sup>

### 1. INTRODUCCIÓN

Es para nosotros un motivo de inmenso placer y del máximo honor comparecer ante el Instituto de Derecho Empresarial de esta Academia Nacional de Derecho, tribuna máxima de la ciencia jurídica argentina.

Hace pocos meses fui honrado con la designación como miembro de este Instituto y agradezco al mismo esta primera oportunidad de compartir con todos ustedes reflexiones sobre uno de los numerosos temas que forman parte de este fermental y polémico proyecto de Código Civil, en proceso de aprobación en este país.

Celebro además que el tema de esta primera presentación haya podido ser el Contrato de Leasing, ya que se trata de una materia a la cual me unen muy gratos recuerdos y emociones. Fue —hace más de 30 años— el tema de mi tesis para acceder a la condición de Profesor Adscripto de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho de Universidad de la República<sup>(3)</sup>, lo cual me brindó además, prematuramente, la posibilidad de colaborar en la redacción del marco legal vigente para esta modalidad contractual, que el próximo año está cumpliendo en mi país 25 años de vigencia.

(1) Conferencia pronunciada en el Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires el 17 de octubre de 2013.

(2) Profesor Titular de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República O. del Uruguay, Decano Emérito de la Universidad de Montevideo, miembro del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(3) Esta tesis fue publicada bajo el nombre de "El Leasing. Análisis de su régimen jurídico", Ed. Amalio M. Fernández, Montevideo, 1985.

El estudio del leasing nos introduce al apasionante tema de la globalización del Derecho<sup>(4)</sup> y de los problemas que plantea la adaptación por los regímenes de derecho continental de aquellos institutos jurídicos que resultan originariamente cincelados bajo los principios del *common law*.

A diferencia de los regímenes de Derecho continental, existe en el derecho anglosajón un sistema binario de propiedad que permite realizar una suerte de disociación en el derecho de dominio, reconociendo una propiedad sustancial, estructurada sobre el goce y disponibilidad del bien (*equity ownership*) y una propiedad formal (*legal ownership*), que cumple otras funciones que, en el caso del leasing, como *security transaction*, es una función de garantía<sup>(5)</sup>.

Como veremos más adelante, en el leasing, el *lessor* tiene una *legal ownership* y sólo le interesa el bien como garantía del crédito otorgado (*security interest*), del cual es deudor el titular de la *equitable ownership*, quien tiene derecho a usar y gozar del mismo y padece los riesgos propios de la cosa<sup>(6)</sup>.

Un fenómeno similar se produce en el caso del *trust*, donde igualmente opera la división entre la *legal ownership* que mantiene el *trustee* y la *equitable ownership*, correspondiente al beneficio (*cestui qui trust*)<sup>(7)</sup>.

La inexistencia de este posible desdoblamiento del derecho de dominio en los regímenes continentales ha determinado que, cuando se pretenden trasladar institutos creados en el marco de dicho sistema a un sistema legal diferente, deban realizarse desarrollos normativos, al margen de las figuras contractuales tradicionales, con la finalidad de contemplar los mismos efectos<sup>(8)</sup>.

(4) Ver ALEGRIA, H., *Globalización y Derecho*, Buenos Aires, 2012.

(5) BLENGIO, J., "Leasing. Problemas de trasplante de figuras del *common law*. Naturaleza y régimen jurídico. Contrato y operación económica", *Anuario de Derecho Civil*, t. XXV, Montevideo, 1994, ps. 438-440.

(6) Para las características del leasing en el derecho anglosajón, véase: HIGHTON, E., "El leasing en el *common law* y traslación de la noción al derecho argentino", *Contratos modernos, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, p. 255 y ss.

(7) Ver FRANCESCHELLI, R., *Il trust nel diritto inglese*, Cedam, Padova, 1935, p. 23 y ss.; RODRÍGUEZ AZUERO, S., *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, Legis, Bogotá, 2005, p. 25; OLIVERA GARCÍA, R., "El fideicomiso y sus perspectivas en la actividad bancaria", *Anales del Foro*, año 1981, N° 23-24, ps. 33-34.

(8) En el derecho uruguayo, la Ley N° 16.072 de 9/10/1989 reguló el crédito de uso, mientras que a Ley N° 17.703 de 27/10/2003 reguló el fideicomiso.

## 2. EL NEGOCIO DE LEASING

El leasing constituye una manifestación elocuente del cambio trascendente operado en las costumbres psicológicas de los adquirentes de bienes de equipo. Varias generaciones llevó a los operadores económicos llegar a internalizar la idea de que —salvo en las actividades especulativas— el elemento generador de riqueza o de satisfacción no proviene de la propiedad de un bien sino de la capacidad de utilización del mismo; en el caso de la actividad industrial, de su aplicación a un proceso productivo.

La explosión tecnológica, que caracterizó a la segunda post-guerra, impulsó notablemente este cambio a hábitos. Puso en el mercado bienes de un mayor nivel de sofisticación, con rápida obsolescencia tecnológica, y un significativo costo. Esto impulsó a las empresas productoras e importadoras de dichos bienes a crear mecanismos de financiamiento que permitieran a sus clientes, no solamente alinear el pago del precio con el producto de la utilización del bien, sino además mantenerse a la vanguardia tecnológica, prestando el servicio de sustitución del bien objeto de la transacción, por los nuevos modelos que fueran lanzados al mercado.

Esta modalidad de contratación —que más adelante la doctrina denominó "leasing operativo"— representaba una alternativa de comercialización de bienes. Se apoyaba fundamentalmente en la figura del arrendamiento, ya que el dador en leasing aseguraba al usuario la utilización del bien, a cambio de un precio pagadero durante la vigencia del contrato. A este arrendamiento de bienes se agregaba generalmente una opción de compra, permitiendo al usuario, al finalizar el contrato, apropiarse del bien, imputando al precio final parte de los pagos realizados.

Esta circunstancia determinó que el leasing apareciera genéticamente vinculado al arrendamiento. En el derecho norteamericano, esta modalidad contractual quedó subsumida en el "lease"<sup>(9)</sup>, figura proteiforme que en el régimen anglosajón abarca negocios con causas y naturalezas jurídicas muy diversas<sup>(10)</sup>.

(9) El Black's Law Dictionary define el "lease" como un contrato por el cual el poseedor legítimo de la propiedad real otorga el derecho de uso y ocupación del bien a cambio de una contraprestación, generalmente una renta (9ª ed., 2009, p. 970).

(10) El Uniform Commercial Code (UCC) regula el Lease en el art. 2A. El UCC es una ley modelo (*soft law*), preparada por la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, en colaboración con el American Law Institute. Ha sido adoptado, con variantes menores, por 50 Estados de los Estados Unidos, el Distrito de Columbia, Puerto Rico y Virgin Islands.

Un cambio trascendente en el leasing se produjo con el ingreso a este mercado de los operadores financieros<sup>(11)</sup>. Éstos nada tenían que ver con el negocio de producción, importación y comercialización de bienes, pero tenían la capacidad de financiar la obtención de los bienes y el uso de los mismos. Se produce la interposición de un tercer actor en este proceso, que es el financiador, cuyo rol se limita a suministrar los recursos financieros para que la operación resulte posible<sup>(12)</sup>.

Este paso fundamental en el desarrollo de la figura da lugar al denominado "leasing financiero". Quien otorga el derecho de usar el bien y la opción de compra final no es ya el productor o el importador, sino una entidad financiera, absolutamente ajena al proceso de fabricación y comercialización del bien, la cual —necesariamente— no incluye entre sus prestaciones la de asegurar al usuario su utilización.

En el leasing financiero, la figura se aparta definitivamente del arrendamiento, y se perfila como un negocio exclusivamente financiero.

En el derecho continental, la aparición del leasing financiero tuvo el efecto de poner en crisis las modalidades jurídicas tradicionales, generar innumerables discusiones doctrinarias, determinar ríos de tinta sobre el tema, y motivar una explosión legislativa tendiente a regular este novel fenómeno<sup>(13)</sup>.

La expansión de la figura motivó incluso que el leasing financiero internacional fuera objeto de regulación en la Convención de UNIDROIT celebrada en Ottawa en 1988<sup>(14)</sup>.

Este negocio responde básicamente al esquema por el cual el dador del bien en leasing (sociedad leasing) adquiere a un tercero (proveedor) un

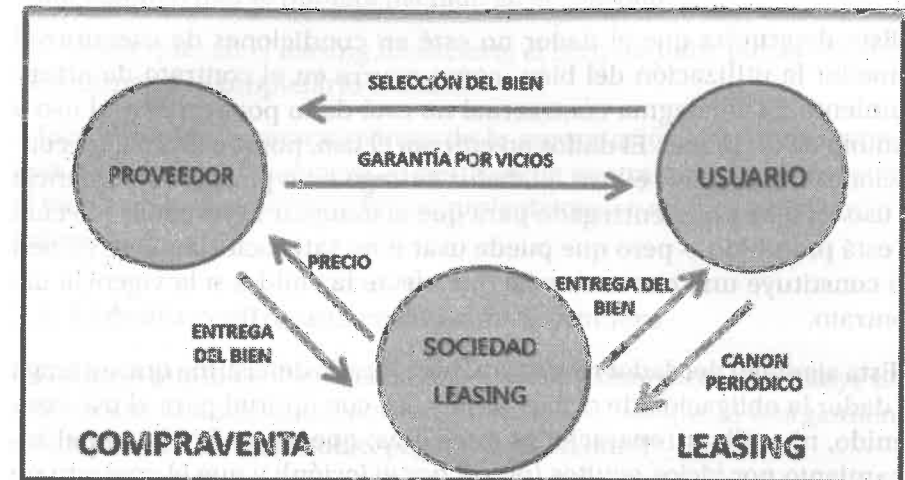
(11) Cuenta la historia que la paternidad del leasing como negocio financiero se debió a D.P. Boothe Jr., quien en 1952 fundó la United States Leasing Corporation. Tres años más tarde, el mismo precursor fundaba la Boothe Leasing Corporation. En los siguientes 10 años se fundaron en los Estados Unidos 800 sociedades leasing. Las primeras experiencias europeas fueron, en Inglaterra, la Mercantile Leasing Company (1960); y, en Francia, Locafrance (1962).

(12) Ver RUOZI, R., MOTTURA, P., CARRETTA, A., *Leasing '80*, Giuffrè, Milano, 1977, ps. 1-27; MIRABELLI, G., *Il Leasing e il Diritto Italiano*, B.B.T.C., año XXXVII, 1974, parte I, p. 228 y ss.; VAILATI, G., "Aspetti giuridici del leasing finanziario", *Rivista del Notariato*, año XXVII, parte I, p. 213; DE NOVA, G., "Contratto di leasing e controllo delle condizioni generali di contratto", *Riv. Dir. Comm.*, año LXXI (1973), parte II, ps. 332-334.

(13) Francia (1966), Brasil (1974, 1983), Bélgica (1977), España (1977, 1980, 1988), Portugal (1979), Perú (1979), México (1982, 1985), Turquía (1985), Argentina (1994, 2000), Uruguay (1989).

(14) La Convención de UNIDROIT afirma que las normas que regulan el contrato tradicional de arrendamiento deben ser adaptadas a la característica relación triangular creada por la transacción de leasing financiero.

bien, previamente designado por el usuario, y lo entrega a éste en uso, durante el plazo del contrato, contra el pago de cánones periódicos, otorgando además al usuario la opción de comprar el bien, a la fecha de terminación del contrato, contra el pago de un valor final (valor residual).



No obstante, el carácter financiero del dador del bien en leasing y su absoluta y total desvinculación con el bien financiado, determina que la figura pase a revestir una serie de características, que lo perfilan como un auténtico contrato de crédito.

### 3. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DEL LEASING FINANCIERO

El leasing financiero presenta algunas características comerciales básicas que condicionan su estructura jurídica.

#### 3.1. Ajenidad del dador respecto al bien locado

La primera característica del leasing financiero es que el dador tiene total ajenidad con relación al bien locado, a lo que se suma su información asimétrica respecto del tomador. Desconoce absolutamente las características técnicas, el estado en que se encuentra y la aptitud que éste tiene para satisfacer las necesidades del usuario. Su rol habrá de limitarse a adquirir al proveedor designado por el usuario el bien que éste le instruya adquirir, en las condiciones que éste le solicita que lo haga<sup>(15)</sup>.

(15) Ver CRÉMIEUX-ISRAËL, D., *Leasing et crédit-bail mobiliers*, Dalloz, Paris, 1975, p. 63; HÉMARD, J., "Ventes, transports et autres contrats commerciaux", *Chroniques de législation et jurisprudence françaises*, R.T.D.C., t. XXX, año 1977, p. 578.

El dador no selecciona al proveedor, no selecciona el bien, no negocia el precio, ni negocia tampoco ninguna de las prestaciones accesorias o complementarias, vinculadas a la adquisición del mismo. En su relación con el proveedor, el dador se limita a comprar el bien y pagar el precio<sup>(16)</sup>.

Esto determina que el dador no esté en condiciones de asegurar al tomador la utilización del bien, como ocurre en el contrato de arrendamiento. El sinalagma contractual no está dado por entregar el uso a cambio de un precio. El dador no entrega el uso, porque no está en condiciones de asegurar el uso. El dador entrega en o para el uso, financia el uso. El bien no es entregado para que el tomador lo revenda —lo cual le está prohibido— pero que pueda usar o no satisfactoriamente el bien no constituye una circunstancia que afecte la validez o la vigencia del contrato.

Esta ajenidad del dador respecto al bien locado determina que no tenga el dador la obligación de conservar la cosa con aptitud para el uso convenido, ni realizar reparaciones o mejoras; que no esté obligado al saneamiento por vicios ocultos (no así por evicción); y que el contrato no se extinga en caso de destrucción del bien o de frustración en el uso del mismo por caso fortuito, fuerza mayor o hecho de un tercero.

El dador tampoco está interesado en recibir el bien del tomador a la fecha de terminación del contrato. De ahí que se otorgue a éste una opción de compra final, por un valor residual que constituye generalmente un precio vil, muy inferior al precio de ese bien en el mercado. Es decir que, salvo excepciones, la decisión económicamente correcta y predecible del tomador, a la fecha de terminación del contrato, es el ejercicio de la opción de compra<sup>(17)</sup>.

También es posible que se acuerde la prórroga del contrato, aunque difícilmente el tomador esté dispuesto a continuar pagando por la utilización de algo que puede adquirir en propiedad por un precio vil.

(16) Al definir el *Financial Lease*, el UCC (art. 2A-103, 1, g) se preocupa de aclarar que el dador (*lessor*) no selecciona, manufactura ni suministra los bienes; adquiere los bienes a los efectos del contrato; somete el contrato de adquisición de los bienes a la previa aprobación del tomador (*lessee*); informa al tomador de las obligaciones y garantías brindadas por el proveedor y le otorga el derecho a reclamar por las mismas.

(17) Se ha discutido en la doctrina la esencialidad de la opción de compra para que se configure la figura contractual del leasing. Alguna doctrina se pronuncia en forma afirmativa: CALANDRA BUONAURA, V., "Orientamenti della dottrina in tema di locazione finanziaria", *Riv. Diritto Civile*, año XXIV, 1978, parte II, p. 205; VINCENT, L. - DEHAN, P., "Le statut legal du leasing", *Journal des Tribunaux*, 1968, p. 233. Otros, en cambio, se pronuncian por la no esencialidad: TABET, A., *La locazione di beni strumentali (leasing)*, B.B.T.C., año XXXVI, 1973, p. 290; VAILATI, G., ob. cit., p. 218.

Pero, si el tomador no deseara ejercer la opción de compra ni retener el bien a la fecha de terminación, los contratos de leasing financiero suelen estipular que el bien será vendido públicamente al mejor postor, debiendo soportar el tomador la diferencia entre el precio obtenido y el valor residual que se hubiera pactado en el contrato<sup>(18)</sup>.

Es decir que, en el leasing financiero, el bien no tiene jamás vocación de retornar a su propietario-locador.

Este cúmulo de características de la contratación permiten sostener que, en el leasing financiero, el centro de la contratación no recae sobre el bien locado sino sobre el financiamiento que se otorga para obtener el mismo.

### 3.2. El dador realiza una colocación financiera

Desde el punto de vista del dador, el leasing financiero constituye una colocación financiera, de similares características que el otorgamiento de un préstamo amortizable, pagadero en cuotas<sup>(19)</sup>.

Al adquirir el bien al proveedor designado por el tomador, en los términos que éste previamente indica, el dador realiza una inversión de fondos. A diferencia de un mutuo oneroso, estos recursos no son entregados al tomador, sino que son aplicados a la adquisición del bien que éste indica y que recibirá en uso.

Como contrapartida de esa aplicación actual de fondos, el dador pacta con el tomador la percepción, a lo largo de la vigencia del contrato de leasing, de una serie de pagos periódicos, de monto fijo y predeterminado, que constituyen la contraprestación por la inversión realizada. Cada uno de estos pagos tendrá un componente de amortización de la inversión y un componente de tasa de interés, que remunera la aplicación de los fondos en el tiempo.

Estos pagos periódicos, que remuneran el crédito otorgado, incluyen el pago del valor residual, lo cual justifica que el dador deba asegurarse dicho importe, a través del ejercicio por el tomador de la opción de compra, o a través de la cobertura por éste de la diferencia entre el valor resi-

(18) Es además frecuente encontrar disposiciones que prevén que, si el precio obtenido en la venta pública del bien es superior al valor residual, el beneficio derivado de la diferencia corresponde al tomador.

(19) LEO, E., "L'essenza del crédito e il leasing finanziario", *Riv. delle Società*, año 23, enero-febrero 1978, fasc. 1, p. 82; GARGIULLO, S., *Aspetti giuridici del contratto di Leasing*, Foro It., 1971, año CXCIV, vol. CXCIV, t. II, parte 5, ps. 39-43; VAILATI, ob. cit., ps. 250-253.



dual establecido y el precio que eventualmente se obtenga por la venta pública del bien.

Este flujo de fondos predeterminado será pagado por el tomador con total y absoluta prescindencia de las vicisitudes que puedan ocurrir en la utilización del bien durante la vigencia del contrato.

Esto resulta muy claro cuando nos trasladamos al mundo de las normas contables que disciplinan la forma de registración de las operaciones de leasing financiero<sup>(20)</sup>. En estos casos, será el tomador quien —a pesar de no ser su propietario— registrará el bien como un activo y computará su depreciación durante la vida útil esperada. Correlativamente, registrará un pasivo por el valor actual de los cánones periódicos adeudados, incluido el valor residual. Por su parte, el dador del bien —su propietario— computará como activo solamente un derecho de crédito por el valor actual de los pagos a ser recibidos (incluido el valor residual). En oportunidad de cada pago, la porción de cada cuota correspondiente a amortización de capital representará una reducción del activo y la parte correspondiente a intereses será un cargo a resultados<sup>(21)</sup>.

Desde el punto de vista del dador, la registración contable es exactamente la misma que hubiera correspondido dar al otorgamiento de un préstamo de dinero, pagadero en cuotas. Desde el punto de vista del tomador, es la misma que hubiera correspondido en caso de una compra a crédito o de una compra financiada con un préstamo amortizable.

Para comprender cabalmente el leasing financiero resulta esencial tener presente el carácter de crédito financiero que presenta la operación, y analizar la misma como un negocio alternativo al préstamo amortizable con garantía prendaria, utilizado corrientemente en la actividad financiera.

### 3.3. Asunción de los riesgos dominiales por parte del tomador

De lo expuesto anteriormente surge que es propio y característico del leasing financiero que la totalidad de los riesgos propios del derecho de

(20) El Financial Accounting Standard Board (FASB) y el International Accounting Standard Board (IASB) están, en estos momentos, revisando los criterios de registración contable, por dadores y tomadores, de las operaciones de leasing operativo y financiero, a los efectos de que, en estas últimas, activos y pasivos resulten adecuadamente reflejados en los estados contables.

(21) En el derecho uruguayo, este tratamiento es impuesto al leasing financiero a efectos tributarios desde el año 1981 y a los efectos de las normas banconcentralistas aplicables a las entidades de intermediación financiera desde el año 1982. Véase: OLIVERA GARCÍA, R., "El Leasing", cit., ps. 24-26; también: "El leasing frente al impuesto a las rentas", *Rev. Tributaria*, t. VII, N° 34, p. 15.

dominio sobre el bien resulten desplazados del dador (propietario) al tomador (usuario).

Normalmente, la propiedad de un bien implica la asunción de los riesgos propios del derecho de dominio. El bien se deteriora, se destruye, gana o pierde valor para su propietario. El propietario es quien asume además el riesgo de su obsolescencia. Esto ocurre en la compraventa, en el arrendamiento, en el comodato, en el depósito.

Esto no ocurre en el contrato de leasing financiero. Existe en este caso un desplazamiento, en todos los casos, convencional y, en algunos regímenes, legal del dador al tomador de todos los riesgos inherentes al dominio. Como vimos, el dador no será responsable por el deterioro o la destrucción del bien. Tampoco del hecho de que no sea adecuado a las necesidades del tomador. En todos los casos, el tomador deberá seguir pagando los cánones periódicos, teniendo a lo sumo acción contra el proveedor, pero sin que ésta afecte el leasing<sup>(22)</sup>.

Tampoco soporta el dador el riesgo de la pérdida de valor del bien, producto de su eventual obsolescencia tecnológica. Al finalizar el plazo contractual, en dador percibirá el valor residual del bien, ya sea por el ejercicio de la opción de compra por el tomador, ya por la venta pública del mismo, soportando el tomador el riesgo de que se obtenga un precio equivalente al valor residual pactado.

Este desplazamiento de los riesgos dominiales del dador al non-dómino que, en principio, puede parecer inequitativo, aberrante y abusivo, es una característica esencial del leasing financiero. Esto no llama tanto la atención cuando se acude a la genética anglosajona del leasing y se percibe que el tomador tiene una auténtica *equitable ownership* que le legitima a utilizar el bien como si fuera su propietario (con la sola restricción de enajenarlo).

Por otra parte, no debe perderse de vista que, en cualquier actividad económica, el riesgo es un elemento de costo. El desplazamiento de los riesgos dominiales del dador al usuario libera al primero de incorporar estos costos en el precio de su financiamiento y permite al tomador acceder a condiciones crediticias que, en otras circunstancias, no podría tener.

Si el leasing financiero constituye, según vimos, una modalidad de crédito financiero alternativo al préstamo con garantía, no debe existir

(22) TABET, A., ob. cit., ps. 291-293; SAGREDA RIBAS, M. - MARTORELL DE BALANZO, J., "Hacia un mayor conocimiento del contrato de leasing", *Rev. Jurídica de Cataluña*, julio-setiembre 1972, N° 3, p. 564.

en el mismo una asignación de riesgos diferente del existente en dichas modalidades crediticias.

### 3.4. El dominio del dador con función de garantía

El leasing despoja al dador de todos los atributos propios del derecho de dominio. No habrá de usar y gozar del bien. El bien tampoco permanecerá en su patrimonio a la terminación del contrato. También lo despoja de los riesgos inherentes al dominio (deterioro, destrucción, obsolescencia).

El dador tiene solamente el riesgo de que el tomador pague el precio pactado y de percibir el valor residual al terminar el contrato. Es sustancialmente el riesgo de recuperar el capital invertido más sus intereses, como ocurre con cualquier crédito financiero.

En este contexto, la retención del derecho de dominio por parte del dador cumple, pura y exclusivamente, la función de garantía del cumplimiento del tomador de las obligaciones asumidas. En lugar de apelar a las garantías reales clásicas (prenda, hipoteca), el leasing apela a una garantía más intensa y efectiva, el propio dominio del bien locado<sup>(23)</sup>.

Este tema nos introduce en el mundo insondable de los negocios de garantías, en franca evolución en el derecho privado.

El derecho continental se mostró tradicionalmente reacio a ampliar el elenco de las garantías reales más allá de la prenda y la hipoteca, desarrollando la teoría del *numerus clausus* de tales garantías, prohibiendo la compraventa con pacto de reserva de dominio y cuestionando la validez de la *fiducia cum creditore*.

En esta materia ha resultado importante la influencia del derecho anglosajón que consagra un concepto mucho más amplio de garantía<sup>(24)</sup>, admitiendo que el derecho de dominio pueda ser utilizado con dicha finalidad.

La influencia de esta normativa y de los institutos creados al amparo de la misma han ido provocando una revisión de estos conceptos, lo cual se aprecia en la recepción generalizada de la figura del fideicomiso, la

(23) CALADRA BUONAURA, V., ob. cit., p. 198; MIRABELLI, G., ob. cit., p. 250.

(24) El Uniform Commercial Code regula genéricamente los negocios de garantía como *secured transactions* (art. 9), incluyendo al *lease* entre aquellos contratos en los cuales existe un *secured interest* (arts. 9 - 110). Ver HIGHTON, E., "Panorama del régimen de las garantías en el derecho estadounidense", RDPyC, N° 2, Santa Fe, 1994, p. 189.

cual admite la transferencia de un bien en propiedad fiduciaria, con una finalidad de garantía<sup>(25)</sup>.

El leasing es una manifestación elocuente de este proceso de transformación. En el leasing la única función que cumple el derecho de dominio en cabeza del dador es garantizar el crédito que el mismo ha otorgado al tomador. El perfil adquirido por esta figura contractual se ha encargado de desvincular el derecho de dominio que mantiene el dador de un bien en leasing de toda otra función, atributo o riesgo, que no sea el propio del titular de un derecho de garantía.

### 3.5. Necesidad de publicidad y oponibilidad del leasing financiero

En el leasing financiero se dan acumulativamente dos circunstancias características: por un lado, el pago de una contraprestación amortizando la inversión realizada por el dador; y, por otro, el despojamiento del dador de todas las obligaciones derivadas de su condición de propietario. Ambas circunstancias, determinan la necesidad de un fuerte régimen de publicidad y oponibilidad del contrato.

A diferencia del arrendamiento, donde el arrendatario paga por el uso del bien, en el leasing, el tomador paga la totalidad de la inversión, en el plazo del contrato. En el arrendamiento existe una suerte de sinalagma entre el uso del bien por el arrendatario y el precio, el cual se calcula teniendo en cuenta la depreciación técnica del bien (en función de su vida útil) y en valor del capital asignado a lo largo del tiempo. En el leasing financiero, en cambio, cada canon periódico contiene la amortización de la inversión total. La totalidad de la inversión del dador y sus intereses están comprendidos en las contraprestaciones realizadas por el tomador.

En cada pago de su canon periódico, el tomador está "pagando" una parte del bien locado, el cual tendrá derecho a adquirir a la fecha de finalización del contrato por un precio vil, muy inferior normalmente al valor del mercado.

Si a esto sumamos la exclusión para el dador de todas las responsabilidades de asegurar el uso del bien por el tomador, resulta imperioso dotar al leasing financiero de un régimen de publicidad y de oponibilidad *erga omnes*.

(25) FERRARINI, G., "Esperienze straniere in tema di locazione finanziaria", en *Bunocore-Fantozzi-Alderighi-Ferrarini, Il Leasing. Profili privatistici e tributari, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, N° 3, Giuffrè, Milano, 1975, p. 211 y ss.

Así como las vicisitudes del bien locado resultan irrelevantes para el mantenimiento de las obligaciones del tomador derivadas del contrato, las vicisitudes económicas del dador deben serlo para el derecho del tomador de seguir teniendo el derecho de utilización del bien, que le otorga el contrato celebrado.

El tomador debe mantenerse indemne de las enajenaciones, afectaciones, embargos, interdicciones y aún de los procedimientos concursales que puedan recaer sobre el dador del leasing. Su derecho debe ser oponible no solamente al dador sino también a cualquier tercero, ya que es normal que —en cualquier momento del contrato— el tomador haya pagado más que el valor que ha recibido, de modo que el despojamiento del contrato le habrá de provocar un perjuicio económico indebido.

Esto determina que el derecho del tomador a seguir usando del bien locado y de apropiarse del mismo contra el pago de un valor residual debe de primar sobre el de cualquier tercero. Esto supone un adecuado régimen de publicidad.

#### 4. LA SEPARACIÓN DEL LEASING OPERATIVO Y DEL LEASING FINANCIERO

Las características señaladas determinan que se haya producido una separación radical y definitiva entre el leasing operativo y el leasing financiero.

Mientras el leasing operativo sigue vinculado a la figura del arrendamiento, aun cuando se adicione al mismo una opción de compra, el leasing financiero ingresó al mundo de los negocios de crédito financiero<sup>(26)</sup>.

En el leasing operativo el dador sigue siendo un propietario con todas las barbas: mantiene un vínculo funcional con el bien, asegura su buen uso por el tomador, lo garantiza, lo mantiene, y busca fidelizar al tomador para luego sustituir el bien locado por un nuevo producto más moderno, sofisticado y caro. Está comercializando su producto, está colocando el mismo en el mercado.

En el leasing financiero, en cambio, la desvinculación del dador con el bien es total. Su único interés es mantener la propiedad del bien con la finalidad de garantizar el crédito otorgado. El dador no está comercializando un bien. No se está comprometiendo frente al tomador asegurándole el uso del bien. Está simplemente otorgándole un crédito financiero, afín a un préstamo con interés, a un mutuo oneroso.

(26) RUOZI, R.- MOTTURA, P. - CARRETTA, A., ob. cit., p. 2.

La relación promiscua entre estas dos figuras jurídicas, producto de su génesis anglosajona común —el *lease*— ha sido causa de un debate doctrinario infecundo sobre su naturaleza jurídica. La tesis que asocian el leasing con el arrendamiento o con la compraventa, incluso quienes lo analizan como un negocio trilateral, no logran desprenderse del lastre del leasing operativo que se encuentra en la génesis del instituto, y no ingresan en la esencia conceptual del mismo.

Leasing operativo y leasing financiero son dos tipos contractuales diferentes, con una función económica diferente, con causas jurídicas diferentes, que merecen una regulación autónoma.

#### 5. EL LEASING EN EL DERECHO POSITIVO URUGUAYO

En el Uruguay, el leasing recién fue regulado por la Ley N° 16.072 de 9 de octubre de 1989, la cual el año próximo está cumpliendo 25 años.

Antes de esta ley, el leasing se apoyaba en una base estrictamente convencional, existiendo discrepancias en la doctrina respecto a si debía aplicársele la normativa del arrendamiento, de la compraventa o de los contratos de crédito. Enfrentaba asimismo los cuestionamientos derivados de la prohibición del pacto comisorio, de la nulidad del pacto de reserva de dominio en la compraventa, y de la ausencia de un procedimiento de ejecución adecuado<sup>(27)</sup>.

Sin perjuicio de esto, las normas tributarias regularon el tratamiento del leasing desde el año 1981, previendo que cuando no hubiera valor residual, éste fuera inferior al 75% del valor del bien amortizado en el plazo del contrato, o se pusiera al tomador la carga de compensar al dador por la diferencia entre el valor residual y el precio de venta pública del bien al finalizar el contrato, el tomador debía computar fiscalmente el bien locado como un activo y su deuda como un pasivo, y el dador debía computar solamente su crédito contra el tomador.

Un año más tarde, las normas bancocentralistas aplicables a las entidades de intermediación financiera preveían la figura del "arrendamiento financiero", estableciendo que el dador debía computar el leasing como

(27) Ver FERRO ASTRAY, J., "Aspectos jurídicos del leasing financiero en el Uruguay", *Seminario sobre Leasing Financiero*, Banco Central del Uruguay, Montevideo, 1980, t. I, parte IV; GORFINKIEL, I., "Perspectivas jurídicas del leasing", *Estudios jurídicos en memoria del Dr. Oscar Arias Barbé*, L.J.U., t. LXXXI, p. 139 y ss.; GAGGERO, E. - BORRA ROCCATAGLIATA, J., "El leasing financiero y sus proyecciones en la aeronáutica", en *Contratos de Empresa*, Segundas Jornadas Rioplatenses de Derecho, Acali Editorial, Montevideo, 1977, p. 47 y ss.; OLIVERA GARCÍA, R., ob. cit., p. 24 y ss.

un crédito, al cual se le daba el mismo tratamiento tributario que a un préstamo amortizable.

La Ley N° 16.072 fue elaborada en el seno del Banco Central del Uruguay, apoyado por una consultoría del Banco Mundial. La redacción de la ley no se apoyó en ninguno de los modelos legales existentes en la época, sino en el intento de sistematizar legalmente la práctica contractual ya muy difundida en ese momento. Esto determina que la ley terminara siendo tremendamente detallista y casuística, tal como lo era la normativa contractual utilizada.

La regulación pretendió alcanzar exclusivamente al leasing financiero, al cual se le denominó "crédito de uso", separando deliberadamente esta denominación de la figura del arrendamiento.

Las características más relevantes del régimen uruguayo son las siguientes:

- a) Define el crédito de uso como un contrato de crédito;
- b) Lo caracteriza como aquél por el cual una institución financiera se obliga frente al usuario a permitirle el uso de un bien durante un plazo determinado y el usuario se obliga a pagar por esa utilización un precio en dinero periódicamente.
- c) La opción de compra, la opción de prórroga o la venta por el dador del bien, soportando el usuario la diferencia entre el precio de venta y el valor residual, aparecen como cláusulas no esenciales en la figura.
- d) Solamente pueden actuar como dadores (entidades acreditantes), las entidades de intermediación financieras o empresas con giro exclusivamente financiero, autorizadas por el Banco Central del Uruguay (no habiéndose creado ninguna en 25 años).
- e) Prevé que pueda recaer en bienes adquiridos por el dador bajo instrucciones del usuario; sobre bienes propiedad del propio usuario (*lease-back*); o de bienes propiedad de la entidad acreditante, recibidos en defensa o recuperación de créditos.
- f) Pueden ser objeto de crédito de uso todos los bienes muebles no fungibles y los inmuebles. No obstante, en este caso —con la finalidad de separarlo del arrendamiento de inmuebles— se dispone que, para hallarse comprendido en el régimen de la ley, debe de existir opción de compra a favor del usuario, y el precio de la misma no podrá exceder, a la fecha del contrato, el 25% del valor real del bien, fijado por la Dirección General de Catastro.
- g) El contrato puede otorgarse en instrumento público o privado, aun cuando recaiga sobre bienes inmuebles.

- h) Impone la inscripción del crédito de uso en un Registro público, según la naturaleza del bien. Esta obligación es puesta a cargo de la institución acreditante, cuyo incumplimiento es sancionado con una multa en beneficio del usuario, sin perjuicio de los daños y perjuicios.
- i) La inscripción confiere al usuario un derecho real respecto a cualquier enajenación o gravamen posterior. Se adopta la figura del derecho real de garantía, consagrada anteriormente por la ley uruguaya para las promesas de enajenación de inmuebles a plazos (1931) y para las promesas de enajenación de establecimientos comerciales (1975).
- j) El derecho real derivado de la inscripción otorga además al usuario el derecho a recuperar el bien, si hubiera sido desposeído del mismo, y a exigir su transferencia forzada si se hubiera pactado la opción de compra.  
Estrictamente, la ley no consagra una opción de compra sino una opción de promesa de compra, de modo que, ejercida la opción de compra, el dador está obligado a vender el bien por el valor residual pactado. Si no pudiere o se negara a hacerlo, esta prestación puede ejecutarse forzosamente en vía judicial, estando el Juez facultado para sustituir al enajenante.
- k) La notificación del contrato de crédito de uso al proveedor realizada por la institución acreditante, transfiere al usuario todos los derechos y acciones contra el mismo, derivados del contrato de compraventa.
- l) Salvo excepciones, la institución acreditante no garantiza al usuario por evicción u otras vías de hecho; no responde de los vicios o defectos de la cosa; no asume responsabilidad alguna por el mantenimiento y las reparaciones del bien, las cuales son de cargo del usuario.
- m) El usuario deberá pagar el precio estipulado aun en caso de destrucción o deterioro de la cosa, por caso fortuito, fuerza mayor o hecho de un tercero.
- n) Recae exclusivamente en el usuario la responsabilidad por los daños causados por la cosa locada.
- o) En caso de incumplimiento del usuario, el dador puede optar por la acción ejecutiva o la rescisión del contrato. En estos casos, se acude al juicio de entrega de la cosa, procedimiento monitorio que comienza por el secuestro del bien y limitación en las excepciones oponibles.

p) Se consagra un régimen cautelar especial —luego adoptado por la Ley de Prendas— en virtud del cual, luego de haber secuestrado el bien, otorgando garantía suficiente, la entidad acreditante puede promover la cancelación registral del crédito de uso y enajenar el bien durante la vigencia del proceso de ejecución.

La Ley N° 16.205 de 1991 amplió a algunos organismos de seguridad social (cajas Notarial, Bancaria y de Profesionales Universitarios) la potestad para celebrar contratos de crédito de uso de bienes inmuebles con sus afiliados.

En la ley N° 17.296 de 2001 —una Ley de Presupuesto, norma ómnibus que contiene un variopinto elenco de disposiciones aplicables a la Administración Pública y a la actividad privada— aparecieron dos artículos (636 y 637) que regulan el crédito de uso operativo. Estas dos normas definen el crédito de uso operativo, admitiendo que pueda ser dador cualquier persona física o jurídica.

El crédito de uso operativo se rige por la Ley N° 16.072, con excepción de aquellas disposiciones que limitan la calidad de dador a las entidades financieras, las que prevén la obligación de compra por el dador al proveedor y la transferencia del dador al usuario de los derechos y acciones contra el proveedor.

Se trata de una disposición infeliz, ya que transfiere al leasing operativo todo un régimen de asignación de riesgos que resulta propio de un negocio de crédito financiero.

## 6. EL LEASING EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Con la modestia y el pudor que provoca a un extranjero hablar de derecho argentino, a la luz de los comentarios precedentes, queremos realizar algunas breves reflexiones sobre las normas sobre leasing contenidas en el Proyecto de Código Civil argentino.

El derecho argentino fue precursor a nivel internacional en esta materia. Tal vez puedan indagarse antecedentes más viejos, pero ya en 1969, la Ley N° 18.061 preveía la posibilidad de que las entidades financieras realizaran “operaciones de locación de bienes de capital adquiridos con tal efecto” (arts. 17, 18 y 20)<sup>(28)</sup>. Esta disposición se mantiene en la Ley N° 21.526 de 1977<sup>(29)</sup>.

(28) Ver ROVIRA, A., “Contrato de leasing o locación financiera. Necesidad de legislarlo”, *Jurisprudencia argentina*, t. IV (1976), p. 633; MARZORATTI, O., “El leasing como forma de inversión extranjera”, RDCO, N° 35 (1973), p. 715.

(29) Ver BARREIRA DELFINO, E., *Leasing. Aspectos jurídicos, contables, impositivos y operativos*, Ed. Cangallo, Buenos Aires, 1978, p. 26 y ss.

El primer cuerpo legislativo, conteniendo una regulación específica del leasing fue la Ley N° 24.441 de 1994, denominada de Financiamiento de la vivienda y la construcción. En sus primeros artículos, esta ley regulaba el fideicomiso y el leasing, ahora bajo este nombre. La regulación del leasing en la Ley N° 24.441 perfila fundamentalmente una figura de leasing financiero —con matices— limitando la operativa a las entidades financieras o sociedades que tengan por objeto la realización de este tipo de contratos<sup>(30)</sup>.

El régimen vigente a la fecha está dado por la Ley N° 25.248 del año 2000<sup>(31)</sup>. Esta norma recoge, con ligeras variantes, el texto del capítulo V del Libro de los Contratos en particular, del proyecto de Código Civil (unificación de la legislación civil y comercial) creado por el decreto 685/95.

A su vez, el texto de la Ley N° 25.248 resulta recogido —también con escasas modificaciones— por el Proyecto de Código Civil, actualmente a estudio.

Los tres textos normativos se encuentran sustancialmente alineados, por lo que puede afirmarse que la normativa sobre leasing, contenida en el Proyecto de Código Civil argentino, recoge el estado del arte en la materia en los últimos 20 años.

Se trata de 24 artículos (1227-1250), contenidos en el capítulo 5 del título destinado a los Contratos en particular, a continuación del capítulo 4 referente a la locación, y mantiene para el contrato el nombre en inglés de “Leasing”.

Sin pretender realizar un análisis exegético de este articulado, que excedería en tiempo y esfuerzo los objetivos de esta presentación, nos parece importante destacar algunas notas características de su regulación.

## 7. CARACTERES DE LA REGULACIÓN DEL LEASING EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL

Las principales características de la regulación bajo análisis pueden sintetizarse en las siguientes:

- a) Se define el leasing como el contrato por el cual el dador conviene transferir al tomador la tenencia de un bien cierto y determinado

(30) Ver BARREIRA DELFINO, *Leasing financiero*, Roberto Guido Ed., Buenos Aires, 1996, p. 139 y ss.

(31) Ver ACQUARONE, M. - EMBÓN, L., *El leasing. Su instrumentación y encuadre en la actual financiación empresarial*, 2ª ed., Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2004, p. 99 y ss.

para su uso y goce, contra el pago de un canon y le confiere la opción de compra por un precio (art. 1227).

Se habla de transferencia de la tenencia para su uso y goce, y no de otorgar a otro el uso temporario de la cosa, cómo ocurre en el contrato de locación (art. 1187).

- b) La opción de compra del bien por un precio forma siempre parte de la figura contractual.
- c) Se trata de una figura comprensiva tanto del leasing operativo como del financiero. Las únicas diferencias en el régimen jurídico provienen de la obligación de entrega y saneamiento, según la procedencia de los bienes.
- d) Se aplican subsidiariamente las normas de la locación, en cuanto sean compatibles, salvo las que establezcan plazos mínimos y máximos, u otras normas de orden público, las cuales pueden ser excluidas convencionalmente. Luego del ejercicio de la opción de compra, se aplican las normas del contrato de compraventa (art. 1250).
- e) La celebración de contratos de leasing está abierta a todos los operadores económicos, sin restricción por su objeto ni su especialidad.
- f) Puede recaer en cualquier bien cierto y determinado (art. 1227), mueble o inmueble, marcas, patentes o modelos industriales y software (art. 1228). No existe ningún régimen que separe el leasing del arrendamiento de inmuebles, más allá de la opción de compra.
- g) La modalidad de elección del bien es amplia, ya que puede recaer en bienes: (i) designados por el tomador que sean adquiridos o cuya adquisición sea asumida por el dador a efectos del contrato; (ii) bienes que ya sean propiedad del dador o estar a disposición de éste (lo cual da amplio ingreso al leasing operativo), o (iii) bienes propiedad del tomador, entregados al dador en garantía de su crédito (lease-back) (art. 1231).
- h) Con respecto a las responsabilidades y garantías vinculados a la adquisición del bien, las soluciones se dividen en función de la modalidad de elección del bien a ser locado (art. 1232):
  - (i) En caso de bienes adquiridos por el dador, a efectos del contrato:
    - El dador cumple adquiriendo los bienes;

- El tomador puede reclamar del vendedor, sin necesidad de cesión, los derechos emergentes de la compraventa;
- El dador puede liberarse convencionalmente de la responsabilidad de entrega y de la obligación de saneamiento.
- (ii) En caso de bienes propiedad del dador, o cuando éste sea fabricante, importador, vendedor o constructor:
  - El dador no puede liberarse de la obligación de entrega y de la obligación de saneamiento.
- (iii) En caso de bienes propiedad del tomador (lease-back):
  - El dador no responde por la entrega y por saneamiento, salvo pacto en contrario.
- i) Con respecto a la forma del contrato, se prevé que debe instrumentarse en documento público o privado. Se requiere escritura pública en los casos de inmuebles, buques o aeronaves (art. 1234). Esto es razonable, en la medida que el leasing contiene preceptivamente una opción.
- j) El leasing debe inscribirse a los efectos de su oponibilidad frente a terceros (art. 1234). Estos terceros podrían ser tanto los acreedores del dador (art. 1237) como el adquirente de los bienes. Parecería que la carga de inscribir recae en el tomador, ya que es quien se beneficia con la misma.
- k) Se prevé que el tomador puede ejercer la opción de compra una vez pagado  $\frac{3}{4}$  partes del canon total, o antes si lo convinieron las partes (art. 1240). La transmisión del dominio nace con el ejercicio de la opción y el pago del precio de la misma (art. 1242).
- l) Se incluye la responsabilidad del dador de contratar un seguro de responsabilidad civil que cubra riesgos y montos razonables. La responsabilidad objetiva por el hecho de las cosas recae en el tomador (art. 1757) y sobre el dador si no hubiera contratado seguro o resultara irrazonable la cobertura (art. 1243).
- m) Prevé la cancelación de la inscripción del leasing sobre cosas muebles no registrables y software, por orden judicial, a pedido del dador o su cesionario (art. 1244) o a pedido del tomador (arts. 1245-1246) que hubiera cumplido con sus obligaciones. En el caso de los bienes registrables, asumimos que se aplican las normas generales en materia registral.
- n) Se prevé la cesión de los créditos actuales o futuros por canon o precio de la opción, incluyendo los casos de titulización (art. 1247).

- o) En caso de incumplimiento del contrato de leasing, se prevé un régimen de desalojo —con diferentes plazos de gracia, en función del porcentaje del canon que se hubiera pagado— y un régimen de secuestro y ejecución, en el caso de los muebles (arts. 1248-1249).

### 8. REFLEXIONES SOBRE EL LEASING EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL

El Proyecto de Código Civil argentino contiene una normativa armónica y sistemática en materia de leasing, regulándolo como una figura independiente.

Como vimos, esta norma recoge, con muy ligeras variantes, la normativa de la Ley N° 25.248 que, a su vez, toma la solución contenida en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial, propuesta por la comisión creada por el decreto de 1995. Es decir que la propuesta representa el estado del arte en materia de regulación del leasing en la República Argentina casi en los últimos 20 años.

Sería una osadía imperdonable pretender realizar comentarios sobre este texto.

No obstante, apelando a vuestra indulgencia, me voy a permitir realizar tres reflexiones sobre la propuesta argentina.

**La primera reflexión** se refiere a la conveniencia de realizar una regulación conjunta de todas las modalidades de leasing —incluyendo tanto el leasing operativo como el financiero— sin establecer ningún matiz o diferencia, más allá de las diversas responsabilidades y garantías derivadas de las modalidades de elección del bien (art. 1232).

Como hemos sostenido, leasing operativo y financiero son dos figuras contractuales, con causas jurídicas diferentes. El leasing operativo es sustancialmente un contrato de locación, donde el dador asegura al tomador el uso y goce de la cosa, el cual es la causa de la contraprestación; o, alternativamente, una compraventa a plazo con pacto de reserva de dominio. El leasing financiero es un contrato de crédito, en el cual el dador realiza una aplicación actual de fondos, destinada a la adquisición de un bien, la cual reembolsa a través del pago de los cánones periódicos y del precio de la opción final.

Quedan pendientes puntos de definición que no vemos resueltos en el proyecto. ¿Qué ocurre en los casos de deterioro o destrucción del bien locado, que hagan imposible su uso? En especial, cuando dicho deterioro provenga de caso fortuito, fuerza mayor o hecho de un tercero.

Si, en ausencia de previsión legal, nos remitimos a las normas de la locación, ¿no deberíamos entender que se produce una causa de resolu-

ción del contrato? Esto no parece congruente con un régimen de leasing financiero, en el cual, una vez comprado y entregado el bien al tomador, éste asume todos los riesgos dominiales.

Lo mismo ocurre en el caso de responsabilidad objetiva por el hecho de la cosa. El proyecto equipara todas las hipótesis de leasing y atribuye la responsabilidad siempre al tomador, al cual se suma el dador si éste no hubiera cumplido con la obligación de contratar un seguro o la cobertura del mismo no fuera razonable.

En estos casos, ¿es razonable el traslado de responsabilidad del dador al tomador en el leasing operativo? En el leasing operativo, el propietario desde el punto de vista formal y económico es el dador del bien. En cambio, ¿por qué dejamos al dador vinculado con la obligación de contratar seguro en el leasing financiero? Para el dador, la propiedad del bien cumple exclusivamente una función de garantía, que no justificaría atribuirle ninguna responsabilidad.

La búsqueda de soluciones uniformes para institutos tan diversos obliga a realizar concesiones en el régimen jurídico que pueden resultar distorsivas para el funcionamiento de los institutos.

**La segunda reflexión** se refiere a la regulación del leasing inmobiliario. La única diferencia entre el leasing y el arrendamiento inmobiliario es la existencia o no de una opción de compra.

Si la opción de compra en un leasing inmobiliario fuera realizada a un valor de mercado —incluso expresando esto explícitamente— ¿podemos seguir sosteniendo que nos encontramos técnicamente frente a un leasing?

En este caso, los cánones periódicos pagados por el tomador estarían retribuyendo exclusivamente el costo de disponer del bien durante el plazo contractual. El canon se formaría por la depreciación del bien más el precio de utilización temporal del capital. No se estaría reembolsando la inversión durante el plazo del contrato.

Para poder distinguir el leasing del arrendamiento no debería ser suficiente contar con una opción de compra final, sino que el precio de la misma debería ser otorgado por un monto sensiblemente inferior al valor final de mercado.

Esta reflexión, que podría extenderse al leasing de los restantes bienes, cobra especial relevancia en el caso del leasing inmobiliario, en atención a que su contrapartida —el arrendamiento inmobiliario— es muchas veces objeto de normas legales tuitivas de la posición jurídica del arrendatario, las cuales no existirían en el leasing.

La tercera —y última— reflexión se refiere al procedimiento de ejecución previsto en el proyecto para los casos de incumplimiento. Más allá de los regímenes progresivos de gracia que el proyecto va dando en el leasing inmobiliario, en función del porcentaje pagado, la solución final —tanto en el caso de inmuebles como de muebles— es el desapoderamiento del tomador (desalojo o secuestro) y la pérdida de los importes pagados.

Además, se otorga al dador la facultad de reclamar en vía ejecutiva los importes pendientes de pago hasta el momento del lanzamiento.

Sin perjuicio de que las partes son libres de pactar, para los casos de incumplimiento, las cláusulas penales que consideren pertinentes, en el caso del proyecto se establece, como criterio de principio, una solución que puede, en muchos casos, resultar injusta.

La asunción por la ley de la existencia de un correlato entre el uso del bien gozado y los pagos realizados o devengados, de acuerdo con el leasing, no es necesariamente correcto. Esto es así en una locación común, pero no es así en el leasing. No lo es en el leasing financiero y no lo es, en muchos casos, en el leasing operativo.

En el leasing financiero —siempre— y en leasing operativo —en muchas ocasiones— el valor total del bien resulta pagado por el tomador durante el plazo de vigencia del contrato. Esto se demuestra en la circunstancia de que las opciones finales son generalmente otorgadas a precio vil.

Si hacemos el paralelo de un leasing inmobiliario con un crédito con garantía hipotecaria vemos que, ante el incumplimiento del deudor, el acreedor ejecuta el bien hipotecado, cobra la deuda con el importe obtenido, y devuelve el remanente al deudor. Lo mismo ocurre en el caso de una compraventa financiada.

En ambos casos, el deudor no pierde —como solución de principio— el valor de los pagos realizados. También mantiene la deuda por los pagos comprometidos.

La mecánica establecida por el proyecto, más propia de una locación que de un leasing, crea un régimen de inequidad económica que consideramos debería repensarse.

\*\*\*\*\*

Señores, anuncié al principio de mi exposición que el leasing es un tema al cual me unen recuerdos y emociones. Sepan disculpar Uds. si algunos de ellos me traicionaron durante la exposición, haciéndome poner en el planteo una vehemencia desmedida.

Agradezco nuevamente a la Academia Nacional de Derecho la oportunidad de compartir con todos Uds. estas reflexiones, y a Uds. por haber acompañado esta exposición.

Muchas gracias!!!





# INTRODUCCIÓN A LA FINANCIACIÓN COLECTIVA (CROWDFUNDING)

POR MARTÍN E. PAOLANTONIO

## 1. INTRODUCCIÓN. OBJETO DE ESTE TRABAJO

En estas breves líneas, nos proponemos presentar a la comunidad jurídica las cuestiones generales vinculadas con la denominada financiación colectiva o *crowdfunding*<sup>(1)</sup>.

Como ante toda cuestión novedosa, se suele recurrir a situaciones que se juzgan análogas como recurso para la elaboración legislativa y doctrinaria. Este proceder, no está sin embargo exento de riesgos cuando se trata de realidades dinámicas que se hacen realidad, fundamentalmente, en el mundo virtual de Internet, con parámetros de interacción social que incorporan rasgos distintivos respecto de las transacciones económicas tradicionales.

Presentamos en este trabajo introductorio una aproximación descriptiva del fenómeno (Sección 2), para a continuación revisar las notas más características del *crowdfunding* y acercarnos a los aspectos jurídicos que exhiben mayor relevancia en sus diferentes modalidades (Sección 3). El lector podrá apreciar que no se trata de un tratamiento exhaustivo de los desafíos que plantea la financiación colectiva, pero sí de una aproximación a las áreas del ordenamiento jurídico con los que se relaciona de manera más cercana.

Con ese enfoque, pueden plantearse diferentes temas de investigación que esperamos la doctrina —no limitada al plano jurídico—<sup>(2)</sup> encare

(1) Conocida en Francia como *financement participatif*; en Italia y España, como en la mayoría de los países la referencia al término en inglés es lo más frecuente.

(2) Como lo señalamos en la Sección 4 y final de este trabajo, existen diferentes cuestiones que el ordenamiento jurídico trata sobre la base de conclusiones derivadas de otras ciencias sociales, que la realidad de Internet en su dimensión actual exige, sino modificar, al menos visitar sin preconceptos.

en el futuro cercano, como resultado de la ubicuidad de la financiación colectiva.

Para concluir, realizaremos algunas reflexiones acerca de la aplicación a la financiación colectiva de normas de carácter imperativo que forman parte del marco normativo de los sectores del ordenamiento jurídico que toman contacto con aquélla (Sección 4).

## 2. ORÍGENES, DESARROLLO Y ACERCAMIENTO CONCEPTUAL

El desarrollo exponencial de Internet y su universalización no debe hacer perder de vista que lo que diferencia a sus primeros años de la situación actual no es solamente el avance tecnológico<sup>(3)</sup> y la mayor cantidad de personas con acceso a la denominada “red de redes”<sup>(4)</sup>.

Ya desde hace unos años, la denominada Web 2.0 está dando una impronta muy diferente a la Internet actual: los usuarios interactúan, colaboran y participan de las omnipresentes redes sociales, no limitándose a un consumo “pasivo” de información<sup>(5)</sup>.

El cambio del paradigma de acceso y uso de Internet ha permitido—ya acercándonos al objeto de este trabajo— el desarrollo de alternativas para la financiación —en sentido amplio— de variados emprendimientos, típicamente vinculados con actividades individuales de pequeña escala o empresas en formación (*start-ups*)<sup>(6)</sup>.

En sus estadios iniciales, el *crowdfunding* se presentó ligado a manifestaciones artísticas —lo que contribuyó a su difusión, por el natural

(3) Particularmente, las mejoras en la velocidad de acceso, transporte y almacenamiento de datos, acompañadas de una importante disminución de los costos asociados a esas actividades.

(4) Se estima que en 1996 tenían acceso a Internet 45 millones de personas; en 2002 el número ascendió a 545 millones; y en 2012, a 2.400 millones: <http://www.infoplease.com/ipa/A0873826.html>.

(5) Suele señalarse que los orígenes de la Web 2.0 coinciden con el fin del milenio, y el término se popularizó en los años siguientes. El nombre no sugiere un cambio tecnológico fundamental, sino modificaciones en los usos de Internet, con páginas dinámicas que facilitan la interacción de los visitantes y la creación de contenidos. Ver sobre el tema TAPSCOTT, DON y WILLIAMS, ANTHONY D., *Wikinomics. How mass collaboration changes everything*, Portfolio, New York, 2008.

(6) Los orígenes del *crowdfunding* pueden situarse en el fin del siglo pasado, aunque su presencia se hizo destacada en los últimos cinco años, y el recurso al mercado de capitales (*equity crowdfunding*) es aun más reciente, y en gran parte objeto aun de regulaciones iniciales: ver lo que señalamos en el trabajo citado en nota 11.

atractivo que ellas presentan—, para expandirse rápidamente al ámbito tecnológico<sup>(7)</sup> y a otras actividades —con o sin finalidades de lucro—.

Más cercano en el tiempo en su corta historia, y bajo el impulso de la aprobación en EE.UU. de la *JOBS Act (Jumpstart Our Business Startups Act)*<sup>(8)</sup>, y otras legislaciones y proyectos en el ámbito de la Unión Europea<sup>(9)</sup>, la financiación colectiva o *crowdfunding* se ha expandido de sus modelos iniciales<sup>(10)</sup>, para llegar a lo que denominaríamos en el plano normativo ámbito de la oferta pública, mediante la suscripción de títulos valores representativos de deuda, o —principalmente— representativos del capital social del —en sentido genérico— emprendimiento o proyecto<sup>(11)</sup>.

La financiación colectiva es hoy un tema de constante presencia en los medios de difusión —incluyendo, lógicamente la propia Internet—<sup>(12)</sup>, y con perspectivas de crecimiento sostenido: para 2013 se estima por encima de los U\$S 5.000.000.000<sup>(13)</sup> y un reciente estudio del Banco Mun-

(7) Ver para sus orígenes <http://en.wikipedia.org/wiki/Crowdfunding#History>. Los sitios más conocidos, para diferentes modalidades de financiación colectiva, son posiblemente Kickstarter, Kiva, IndieGoGo, Crowdfunder y Lending Club. Se trata de todas maneras, de una referencia que puede fluctuar en poco tiempo, atento a la rapidez de los cambios en el mundo *online*. De las mencionadas, las tres primeras son verdaderos íconos del *crowdfunding*.

(8) Promulgada por el presidente Obama el 5 de abril de 2012, con un amplio apoyo de diferentes sectores políticos y empresariales. Sobre sus características más salientes y proceso legislativo, ver MARTIN, THOMAS A., “The Jobs Act of 2012: Balancing fundamentals securities law principals with the demands of the crowd”, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2040953>; y FOUSE, LINDSAY, “The Crowdfunding Act: a new frontier”, disponible en [http://works.bepress.com/lindsay\\_fouse/1](http://works.bepress.com/lindsay_fouse/1). Recientemente, la *Securities and Exchange Commission* publicó y puso en consulta su propuesta de reglamentación: <http://www.sec.gov/rules/proposed/2013/33-9470.pdf>. También diferentes estados en EE.UU. han dictado normativa propia sobre el tema: <http://www.theconglomerate.org/2014/06/state-crowdfunding-update.html>.

(9) Ver referencias en el trabajo citado en nota 11.

(10) *Infra*, Sección 3.

(11) Del tema nos ocupamos en PAOLANTONIO, MARTÍN E., “Introducción a la financiación colectiva (*crowdfunding*) en el mercado de capitales”, *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, abril de 2014, p. 287.

(12) Basta para ello una simple búsqueda en Google, medio natural e insustituible para apreciar la dimensión del fenómeno. Una búsqueda simple a junio de 2014 arroja casi 9 millones de resultados. En la Argentina la financiación colectiva se encuentra en un estadio inicial, aunque resulta cada vez más frecuente en nuestro país la existencia de notas de difusión en la prensa escrita; ver por ejemplo, <http://goo.gl/bXxqSE> (cronista.com); y <http://goo.gl/kPhu5> (lanacion.com.ar).

(13) Los montos globales de financiamiento, en más de 1 millón de campañas o proyectos, ascendieron en 2012 a U\$S 2.700.000.000 (*The Crowdfunding Industry Report*, [www.crowdfunding.org](http://www.crowdfunding.org)).

dial ubica el potencial del sector para llegar a U\$S 95.000.000.000 para 2025<sup>(14)</sup>.

Las definiciones de la financiación colectiva (formuladas primariamente en el plano descriptivo), suelen converger en la referencia al uso de Internet para obtener dinero en montos pequeños de un gran número de personas, para un proyecto determinado (de muy variada índole)<sup>(15)</sup>.

Se trata por supuesto de un acercamiento inicial, cuya apariencia de sencillez no debe hacer olvidar la compleja dinámica de la interacción social en la red virtual<sup>(16)</sup>, de indispensable comprensión para cualquier actividad en el plano regulatorio.

De un modo análogo a lo que ocurre con la propia Internet, la intervención estatal en la financiación colectiva ha sido limitada, aunque claramente ese escenario se encamina a un cambio sustancial ante el desarrollo del denominado *equity crowdfunding*, por su evidente conexión con las normas imperativas que caracterizan al ordenamiento jurídico del mercado de capitales<sup>(17)</sup>. Sin embargo, que esa abstención o conducta

(14) infoDev, Finance and Private Sector Development Department, Washington, DC, World Bank, *Crowdfunding's Potential for the Developing World*, 2013.

(15) No necesariamente de carácter empresario o con finalidad lucrativa. Puede el lector visitar a modo de comprobación los sitios web de las plataformas indicadas en la nota 7 para apreciar la diversidad de usos de la financiación colectiva, o mejor aún, una rápida búsqueda en Google con idéntico fin, ya que los sitios online dedicados al *crowdfunding* se modifican a diario. Resultaría ocioso en esta oportunidad abrumar al lector con citas de soporte del concepto descriptivo señalado. Sólo remitimos a unas pocas fuentes que ilustran sobre el punto. Así, por ejemplo, DANMAYR, FLORIAN, *Archetypes of crowdfunding platforms. A multidimensional comparison*, Springer Gabler, caracteriza al *crowdfunding* como "open call for capital, mainly via the Internet, where the desired campaign can be evaluated and financially supported by a large group of individuals". En KIRBY, ELEANOR y WORNER, SHANE, *Crowd-funding: an infant industry growing fast, Staff Working Paper of the IOSCO Research Department*, se señala que el "crowd-funding is an umbrella term describing the use of small amounts of money, obtained from a large number of individuals or organisations, to fund a project, a business or personal loan, and other needs through an online web-based platform" y en la edición online de *Oxford Dictionary* se aprecia un acercamiento similar: "the practice of funding a project or venture by raising many small amounts of money from a large number of people, typically via the Internet".

(16) Ver EASLEY, DAVID y KLEINBERG, JOHN, *Networks, crowds and markets. Reasoning about a highly connected world*, Cambridge University Press, New York, 2010.

(17) Ver para la Unión Europea, el documento preparado por European Crowdfunding Network, *Regulation of crowdfunding in Germany, the UK, Spain and Italy and the impact of the European Single Market*, disponible en <http://europcrowdfunding.org/> (publicado en junio de 2013), y el documento de octubre de 2013 *Review of crowdfunding regulation*, de mayor amplitud geográfica. Con posterioridad a las fechas indicadas los acercamientos de los diferentes reguladores nacionales se han

pasiva se mantenga en el futuro, sólo puede afirmarse en el terreno especulativo. Como veremos más abajo, las diferentes modalidades de la financiación colectiva incursionan en diferentes sectores del ordenamiento jurídico, y varios de ellos pueden presentar aristas de conflicto con el *crowdfunding*, lo que seguramente requerirá una intervención legislativa.

### 3. MODELOS O VARIANTES DEL CROWDFUNDING. SUJETOS

El desarrollo de la financiación colectiva permite ensayar una clasificación de sus modelos o variantes, lo que constituye un paso importante para determinar las cuestiones jurídicas más relevantes vinculadas a su utilización.

En la literatura se aprecian hoy tres acercamientos parcialmente diferentes, aunque con coincidencias sustanciales en la observación de la dinámica del *crowdfunding*.

Por un lado<sup>(18)</sup>, se propone la distinción entre cinco variantes: (i) donaciones; (ii) recompensa; (iii) compra anticipada; (iv) préstamo; y (v) participaciones de capital<sup>(19)</sup>.

Por el otro<sup>(20)</sup>, se distinguen —no sin algunos matices— cuatro modalidades: (i) donaciones; (ii) recompensa; (iii) préstamos entre particulares; y (iv) participaciones de capital.

En otra perspectiva<sup>(21)</sup>, considerando la presencia o no de un retorno financiero o ganancia para el proveedor de fondos, se diferencian lo que

multiplicado, con proyectos en avanzado estado en países como Canadá (<http://goo.gl/GmPzyD>); Gran Bretaña (<http://goo.gl/cLmGOE>); Francia (<http://goo.gl/RiucF1>) y España (<http://goo.gl/0hZQ7G>).

(18) Ver, por ejemplo, BRADFORD, C. STEVEN, *Crowdfunding and the federal securities laws*, 2012 Colum. Bus. L. Rev. 1.

(19) Como una variante de esta aproximación, encontramos las cinco categorías o modelos que se presentan en el informe del Banco Mundial citado en nota 14: (i) *donation-based*; (ii) *reward-based*; (iii) *equity-based*; (iv) *lending-based* y (v) *royalty-based*. Esta última, es una participación especial en el flujo de fondos futuros que genere el proyecto, con notas similares de riesgo al modelo basado en las inversiones de capital.

(20) En esta línea, el trabajo de Kirby y Worner, cit. en nota 15; también ese es el criterio propuesto en el informe *The Crowdfunding Industry Report*, cit. en nota 13; y MICHELUCCI, FANIA y ROTA, FRANCESCA, "The success of non-profit crowdfunding: first evidences from the Italian web-platforms", EuSPRI Conference - Entrepreneurship for societal challenges, <http://goo.gl/srgGvn>.

(21) European Commission, *Unleashing the potential of Crowdfunding in the European Union*, Communication from the Commission to the European Parliament, the

se denomina *crowd sponsoring*, comprensiva de las variantes de donación y recompensa, *crowd investing* —modalidad en la cual se participa en el resultado del proyecto mediante deuda o capital que se identifica como *securities-based crowdfunding*— y *crowdlending* —toma de préstamos del público—.

Las clasificaciones señaladas, parten no de principios o consideraciones estrictamente jurídicas, sino fundamentalmente de observaciones empíricas de las variantes visibles en los sitios webs más conocidos dedicados a la financiación colectiva.

Si bien podrían ensayarse algunas clasificaciones que se sostengan en criterios más afines a la doctrina en materia contractual<sup>(22)</sup>, para el propósito introductorio de este trabajo no resulta necesario incursionar en ese terreno.

Pero sí resulta posible una reelaboración —parcial— de las clasificaciones precedentes, para plantear un esquema que refleje la relevancia de áreas particulares del ordenamiento jurídico que tengan una influencia importante para el análisis. Si bien resulta evidente que la disciplina contractual atraviesa la totalidad de las modalidades de la financiación colectiva, existen otros sectores cuya presencia —tal como lo desarrollamos más abajo— se refleja en la siguiente ordenación:

- a. Modelo de donación.
- b. Modelo de compra o adquisición anticipada.
- c. Modelo de préstamo entre particulares.
- d. Modelo de inversión en títulos valores.

En cualquiera de las modalidades indicadas, encontramos la presencia de los que podemos denominar sujetos o participantes en la financiación colectiva<sup>(23)</sup>:

- a. El proveedor de recursos financieros o *funder*: rol que cumple cualquier persona jurídica o ente que provee los fondos para el proyecto. Típicamente, se trata de personas físicas (personas humanas en los términos del Proyecto de Código Civil de 2012), que aportan peque-

Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, marzo de 2014.

(22) Así, por ejemplo, considerar la causa fin de cambio o gratuidad en las diferentes modalidades existentes.

(23) Para un análisis de los incentivos y riesgos de los actores de la financiación colectiva, se puede ver AGRAWAL, AJAY; CATALINI, CHRISTIAN y GOLDFARB, AVI, "Some simple economics of crowdfunding", disponible en <http://www.nber.org>.

ñas cantidades de dinero. Aunque sin concluir aun sobre la aplicación de la disciplina de tutela del consumidor, el *funder* calificará normalmente como consumidor en los términos del art. 1 de la ley 24.240.

- b. El emprendedor, que es quien pretende llevar a cabo un proyecto determinado<sup>(24)</sup> y para ello realiza un llamado abierto al público. Puede ser una persona física o jurídica, que también desde la perspectiva indicada en a. precedente, calificará generalmente como proveedor bajo la ley 24.240.
- c. La plataforma, que es quien como actividad empresarial<sup>(25)</sup> y típicamente vía un sitio web, realiza en términos económicos una función de intermediación entre los *funders* y los emprendedores. Pero en rigor, el rol de la plataforma es aun más relevante que lo que sugiere la función de intermediación. La plataforma provee no solamente el soporte tecnológico para la interacción entre el público (*crowd*) y los emprendedores, sino que establece además las "reglas del juego" que permiten la apelación al ahorro público<sup>(26)</sup>.

En las secciones siguientes, indicaremos las características principales de las variantes indicadas, y algunas de las notas jurídicas centrales que les son propias.

Advertimos, sin embargo, que como en toda clasificación lógica (por oposición a la propia de las ciencias naturales), las divisiones propuestas pueden en la práctica tener algún grado de combinación entre sí<sup>(27)</sup>, lo que no quita de todos modos su utilidad en el ámbito expositivo.

(24) Como indicamos en la Sección 2, el proyecto puede ser de la más variada índole. Se trata normalmente de emprendimientos de escala pequeña, característica que se visualiza en alguna normativa existente por la limitación cuantitativa de los "aportes" de los *funders*.

(25) La referencia a actividad empresarial supone normalmente una actividad con un propósito de lucro, plasmado en el cobro de un porcentaje de los fondos recaudados. Lo apuntado puede ser la regla, pero reconoce excepciones significativas por su presencia como la de Kiva ([www.kiva.org](http://www.kiva.org)), que es una organización sin fines de lucro vinculada con las microfinanzas y no percibe retribución alguna por su actuación, financiándose primariamente con donaciones.

(26) Así, las características de los proyectos admisibles, el tipo de información cuya difusión se requiere, las condiciones de liberación y uso de los fondos obtenidos en la campaña. Aunque con foco en el *equity crowdfunding*, es muy interesante el desarrollo del rol de los intermediarios que realiza HEMINWAY, JOAN MACLEOD, "The new intermediary on the block: funding portals under the Crowdfund Act", 13 U.C. DAVIS BUS. L. J. 177 (2013). Ver también el trabajo de Danmayr citado en nota 15.

(27) Ver, por ejemplo, lo que señalamos más abajo en la nota 37.

doctrina<sup>(37)</sup>, pero no puede descartarse la intervención del Banco Central de la República Argentina conforme lo prevé el art. 3 de la ley 21.526<sup>(38)</sup>. Tampoco, la aplicación del art. 36 de la ley 24.240 cuando el vehículo utilizado para amalgamar los fondos de los particulares inversores pudiera calificar como proveedor (art. 2, ley 24.240).

### 3.4. Modelo de inversión en títulos valores

La variante referida en esta sección es la más reciente en el desarrollo de la financiación colectiva. En estos casos, la posición del *funder* se aparta netamente de las modalidades originarias del *crowdfunding*, en las que en mayor o menor medida se presenta un motivo o fin no lucrativo.

Por otro lado, la apelación al ahorro público para la adquisición de títulos valores, evoca inmediatamente la regulación de carácter imperativo que caracteriza al ordenamiento jurídico del mercado de capitales y la oferta pública de títulos valores<sup>(39)</sup>, la que plantea uno de los principales obstáculos para el desarrollo de esta modalidad<sup>(40)</sup>.

Particularmente en su modalidad de suscripción de acciones (*equity crowdfunding*), estamos en presencia de la variante que presenta el mayor potencial de inserción en el proceso de financiamiento de las empresas nuevas o *start-ups*, “compitiendo” —y para algunos, con notables ventajas y mayor potencialidad— con los actores típicos de ese mercado (capital de riesgo y *angel investors*)<sup>(41)</sup>.

(37) Ver sobre el tema PAOLANTONIO, MARTÍN E., *Derecho Penal y Mercado Financiero*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2012, p. 194 y ss. y sus referencias. Claro que la afirmación general de texto ha de medirse concretamente con las modalidades operativas de la plataforma. Así, por ejemplo, en el caso de Lending Club, los *funders* suscriben deuda de la propia plataforma, que luego se canaliza por préstamos bancarios. Se trata de una variante que combina las características del modelo P2P y el que referimos en la sección siguiente, por lo que también —según las particularidades normativas de cada país— puede entrar en el ámbito de la oferta pública. Ver para el caso de EE.UU. a VERSTEIN, ANDREW, “Misregulation of person to person lending”, <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjas/8>.

(38) Norma que prevé que “las disposiciones de la presente ley podrán aplicarse a personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en ella, cuando a juicio del Banco Central de la República Argentina lo aconsejen el volumen de sus operaciones y razones de política monetaria y crediticia”.

(39) PAOLANTONIO, MARTÍN E., “El derecho del mercado de capitales”, *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, 2010-1, p. 261.

(40) El tema lo tratamos en nuestro trabajo citado en nota 11, al que remitimos.

(41) Ver por ejemplo LAWTON, KEVIN y MAROM, DAN, “The crowdfunding revolution. How to raise venture capital using social media”, McGraw Hill, 2013; y DITTMER,

### 4. NORMAS IMPERATIVAS Y FINANCIACIÓN COLECTIVA

El *crowdfunding*, aunque mayormente insertado en el amplio campo de la contratación privada, puede entrar en conflicto con áreas del ordenamiento jurídico que se caracterizan por la impronta imperativa de sus normas. En el desarrollo precedente, mencionamos dos de ellas: las normas de tutela del consumidor, y las del mercado de capitales.

No es esta la oportunidad de analizar su alcance concreto, sino de presentar algunas reflexiones sobre su aplicación en un campo novedoso: el entorno que ofrece a la interacción social la denominada Web 2.0<sup>(42)</sup> y las características de la financiación colectiva (pluralidad de sujetos y riesgo económico limitado), particularmente por la posible alteración de los supuestos de hecho que sustentan la intervención estatal.

Para ello, también es importante considerar que más allá de lo pintoresco que puedan resultar algunas modalidades de la financiación colectiva, lo realmente relevante es que con la colaboración o participación de múltiples sujetos, se pueden obtener recursos para proyectos que —por la incertidumbre de sus resultados— son refractarios para el sistema financiero tradicional.

De hecho, la intervención pública se ha interesado en la financiación colectiva particularmente luego de la crisis económica general iniciada en 2007 y 2008. Allí se pudo apreciar el efecto negativo de la retracción de la oferta de recursos para los emprendimientos de menor escala, y la potencialidad de la financiación colectiva para paliar esa situación<sup>(43)</sup>.

Dicho de otro modo, más que regular a la financiación colectiva, lo que se ha pretendido —especialmente en el denominado *equity crowdfunding*—, es sujetarlo a reglas más flexibles que las que de otro modo le serían aplicables<sup>(44)</sup>.

Un interrogante similar plantea para las modalidades iniciales de la financiación colectiva la aplicación de las normas generales de la legislación de tutela al consumidor, que parten del supuesto generalmente

JANKE, MCCAHERY, JOSEPH y VERMEULEN, ERIK, “The “new” venture capital cycle and the role of governments; the emergence of collaborative funding models and platforms, disponible” en <http://ssrn.com>.

(42) *Supra*, Sección 2.

(43) Circunstancia que, por ejemplo, resulta evidente de las normas particulares dictadas en Estados Unidos e Italia, y del actual proyecto legislativo en España.

(44) Lo que no ha excluido de todos modos voces críticas sobre el camino adoptado. Ver por ejemplo HAZEN, THOMAS, “Crowdfunding or fraudfunding? Social networks and the securities laws. Why the specially tailored exemption must be conditioned on meaningful disclosure”, disponible en <http://ssrn.com>.

aceptado del desequilibrio de la posición negocial entre consumidores y proveedores.

Como toda regulación, la legislación de protección de los consumidores implica costos que se consideran compensados por los beneficios seguidos de su aplicación<sup>(45)</sup>.

En esta cuestión, parte de la agenda de investigación tendrá necesariamente que considerar si la situación indicada en la última oración del párrafo previo se verifica, y sobre todo, si la denominada "sabiduría colectiva"<sup>(46)</sup> es suficiente remedio al desequilibrio estructural indicado cuando se actúa individualmente.

Sobre la cuestión, bien harán el jurista y el legislador en evitar conclusiones anticipadas que desechen la posibilidad de cualquier cambio sobre la base de principios que rápidamente se escalen a la jerarquía constitucional que corresponde a la tutela del consumidor. El precepto de la Ley Suprema es ciertamente un mandato que el legislador no puede desoír, pero sí interpretar y aplicar razonablemente conforme las circunstancias de hecho existentes. Lo afirmado, por cierto, no significa un "vale todo" ni una abstención ciega a posibles abusos. Y ello no sólo por la tutela de la parte que se considera débil en la relación contractual, sino también por la necesidad de evitar las fallas de mercado que terminen borrando la potencialidad que presenta la financiación colectiva<sup>(47)</sup>.

En este orden de ideas, es particularmente importante determinar si la dinámica de la financiación colectiva, —y en general la propia de la interacción en la Web 2.0—, es consistente con el estereotipo de consumidor pasivo y carente de información que conforma el supuesto de hecho de la tutela tradicional que en nuestro ordenamiento jurídico plasma la ley 24.240.

En otros términos, se trata de discernir si la referencia al *prosumer* (el consumidor "activo" que se involucra en la adquisición del producto o servicio, informándose y divulgando esa información), es algo más que un término de moda en el marketing y la publicidad, con potencialidad para justificar algún apartamiento de las normas imperativas de protección al consumidor.



(45) Aun para quienes la ecuación costo-beneficio no debería usarse para cuestiones que puedan involucrar daños personales, el argumento debería ser aceptable para cuestiones puramente patrimoniales.

(46) Ver SUROWIECKI, JAMES, *The wisdom of crowds*, Anchor Books, New York, 2005.

(47) Un apunte del tema en Agrawal y otros, cit. en nota 23.

## ÍNDICE GENERAL

|  |      |
|--|------|
| <i>Prólogo</i> .....   | XIII |
| <i>Por HÉCTOR ALEGRIA</i>  |      |
| <i>Responsabilidad civil, concursal y laboral en la franquicia</i>   |      |
| <i>Por MAURICIO BORETTO</i> .....  | 1    |
| <i>Contrato de suministro</i>  |      |
| <i>Por ARIEL ÁNGEL DASSO</i> .....   | 31   |
| <i>La venta con pacto de reserva de dominio en el derecho argentino y en el derecho comparado, frente a la quiebra del comprador</i> |      |
| <i>Por PABLO D. HEREDIA</i> .....  | 77   |
| <i>Contrato de distribución (Su regulación en el proyecto de Código Civil y Comercial)</i>   |      |
| <i>Por OSVALDO J. MARZORATI</i> .....  | 113  |
| <i>El contrato de leasing en el proyecto de Código Civil Argentino. Una visión desde la experiencia uruguaya</i>                     |      |
| <i>Por RICARDO OLIVERA GARCÍA</i> .....  | 139  |
| <i>Introducción a la financiación colectiva (crowdfunding)</i>   |      |
| <i>Por MARTÍN E. PAOLANTONIO</i> .....   | 163  |



INDICE GENERAL

Los factores de producción... 111

Los factores de producción... 112

Los factores de producción... 113

Los factores de producción... 114

Los factores de producción... 115

Los factores de producción... 116

Los factores de producción... 117

Los factores de producción... 118

Los factores de producción... 119

Los factores de producción... 120

Los factores de producción... 121

Los factores de producción... 122

Los factores de producción... 123

Los factores de producción... 124

Los factores de producción... 125

Los factores de producción... 126

Los factores de producción... 127

Los factores de producción... 128

Los factores de producción... 129

Los factores de producción... 130

Los factores de producción... 131

Los factores de producción... 132

Los factores de producción... 133

Los factores de producción... 134

Los factores de producción... 135

Los factores de producción... 136

Los factores de producción... 137

Los factores de producción... 138

Los factores de producción... 139

Los factores de producción... 140

Los factores de producción... 141

Los factores de producción... 142

Los factores de producción... 143

Los factores de producción... 144

Los factores de producción... 145

Los factores de producción... 146

Los factores de producción... 147

Los factores de producción... 148

Los factores de producción... 149

Los factores de producción... 150

Los factores de producción... 151

Los factores de producción... 152

Los factores de producción... 153

Los factores de producción... 154

Los factores de producción... 155

Los factores de producción... 156

Los factores de producción... 157

Los factores de producción... 158

Los factores de producción... 159

Los factores de producción... 160

Los factores de producción... 161

Los factores de producción... 162

Los factores de producción... 163

Los factores de producción... 164

Los factores de producción... 165

Los factores de producción... 166

Los factores de producción... 167

Los factores de producción... 168

Los factores de producción... 169

Los factores de producción... 170

Los factores de producción... 171

Los factores de producción... 172

Los factores de producción... 173

Los factores de producción... 174

Los factores de producción... 175

Los factores de producción... 176

Los factores de producción... 177

Los factores de producción... 178

Los factores de producción... 179

Los factores de producción... 180

Los factores de producción... 181

Los factores de producción... 182

Los factores de producción... 183

Los factores de producción... 184

Los factores de producción... 185

Los factores de producción... 186

Los factores de producción... 187

Los factores de producción... 188

Los factores de producción... 189

Los factores de producción... 190

Los factores de producción... 191

Los factores de producción... 192

Los factores de producción... 193

Los factores de producción... 194

Los factores de producción... 195

Los factores de producción... 196

Los factores de producción... 197

Los factores de producción... 198

Los factores de producción... 199

Los factores de producción... 200

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 2ª QUINCENA DE NOVIEMBRE DE 2014  
 EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130  
 AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA