

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL
Director: Académico Héctor Alegria

Contratos y Sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial

Miguel C. Araya - Mauricio Boretto
Guillermo Cabanellas (h.) - Juan Malcolm Dobson
Osvaldo Marzorati - Carlos Molina Sandoval
Ana I. Piaggi - Rubén S. Stiglitz



ACADEMIA NACIONAL
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

CONTRATOS Y SOCIEDADES
EN EL PROYECTO DE CÓDIGO
CIVIL Y COMERCIAL

DIRECTOR: ACADÉMICO HÉCTOR ALEGRIA



BUENOS AIRES
2013

Héctor Alegria

Contratos y sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial / Miguel C. Araya ... [et.al.]; 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, 2013.
288 p.; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-2596-3

1. Contratos. 2. Sociedades Comerciales. I. Araya, Miguel C. II. Alegria, Héctor, dir..

CDD 346.2

© 2013 by Academia Nacional de
Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2013
Av. Alvear 1711, 1º (C1014AAE) Buenos Aires

© by La Ley S.A.E. e I., 2013
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: 360 ejemplares.

ISBN 978-987-03-2596-3

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 50.

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 "pestificación" 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*

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.*

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. Horacio P. Fargosi	Carlos Calvo	27 julio 2006
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. Bibiloni	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

ACADÉMICOS EMÉRITOS

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

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

		<i>Fecha</i>
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 Berti	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. Felipe Osterling Parodi	Perú	26 junio 2008
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. Måns 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

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo
Dr. Carlos A. Adrogué
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio
Dr. Jorge A. Aja Espil
Dr. Juan Álvarez
Dr. Octavio R. Amadeo
Dra. Margarita Argúas
Dr. Marco R. Avellaneda
Dr. Antonio Bernejo
Dr. Juan A. Bibiloni
Dr. Germán J. Bidart Campos
Dr. Eduardo L. Bidau
Dr. Eduardo Bidau
Dr. Rafael Bielsa
Dr. Bernardino Bilbao
Dr. Adolfo Bioy
Dr. Guillermo A. Borda
Dr. Ernesto Bosch
Dr. Rodolfo Bullrich
Dr. Carlos O. Bunge
Dr. Eduardo B. Busso
Dr. Jorge Bustamante Alsina
Dr. Pablo Calatayud
Dr. Francisco Canale
Dr. Ramón S. Castillo
Dr. Alfredo Colmo
Dr. Jorge E. Coll
Dr. Julio César Cueto Rúa
Dr. Tomás R. Cullen
Dr. Mauricio P. Daract
Dr. Calixto S. de la Torre
Dr. Antonio Dellepiane
Dr. Atilio Dell'Oro Maini
Dr. Mariano de Vedia y Mitre
Dr. Juan José Díaz Arana
Dr. Manuel María Diez
Dr. Luis M. Drago
Dr. Mariano J. Drago
Dr. Wenceslao Escalante
Dr. Felipe A. Espil
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo
Dr. José Figueroa Alcorta
Dr. Salvador Fornieles
Dr. Vicente C. Gallo
Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Juan Agustín García
Dr. Juan M. Garro

Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Dimas González Gowland
Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Carlos Güiraldes (h.)
Dr. Alberto Hueyo
Dr. Carlos Iburguren
Dr. Eduardo Labouge
Dr. Héctor Lafaille
Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Hilario Larguía
Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Ricardo Levene
Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Segundo V. Linares Quintana
Dr. Mario Justo López
Dr. José María López Olaciregui
Dr. Baldomero Llerena
Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. José N. Matienzo
Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Carlos L. Melo
Dr. Leopoldo Melo
Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Augusto Mario Morello
Dr. Rodolfo Moreno (h.)
Dr. Carlos M. Muñiz
Dr. José Luis Murature
Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Manuel Obarrio
Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Alfredo Orgaz
Dr. Adolfo Orma
Dr. Alberto G. Padilla
Dr. Lino E. Palacio
Dr. Jesús H. Paz
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 Guiñazú
Dr. Isidoro Ruiz Moreno
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h.)
Dr. Alejandro Ruzo
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 Zavallá
Dr. Estanislao S. Zeballos

PRÓLOGO

Presentamos ahora la segunda entrega anual de las comunicaciones realizadas en el seno del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Ellas son el fruto del trabajo de parte de sus integrantes, que abordaron los temas de los que da cuenta cada estudio, los que fueron programados y se expusieron en las reuniones respectivas frente a los demás miembros asistentes. En todas ellas se generaron interesantes y elevados debates que nos enriquecieron a los presentes.

Los tiempos nos indican que, como elemento central de inquietudes en el derecho privado, se encuentra el Proyecto de Código Civil y Comercial, presentado por el Poder Ejecutivo nacional, que se halla en curso de tratamiento en el Congreso. Por eso, se eligieron temas vinculados a ese cuerpo de normas proyectadas, que se brindan como reflexiones que parten del análisis del derecho vigente e iluminan prospectivamente la interpretación de las reglas propuestas, de forma de ir anticipando su sentido y las coordenadas de su futura aplicación.

Hace ya años un autor muy reputado, Gorgio Oppo, pasados unos años desde la tan mentada unificación del derecho italiano por el Código de 1942, destacaba “la insustituible garantía de coherencia del orden jurídico, y, aun, de igualdad”, recordando allí a Santoro Passarelli, cuando afirmaba que los valores sistemáticos son ineliminables, aun ante la inflación de normas y hasta la afirmada “descodificación”, pues la conciencia civil requiere y garantiza la armonía del ordenamiento. Nuestra tarea en los próximos años es reinstalar ese haz de valores y principios que emanan de la legislación proyectada, pero que sin duda recogen y confrontan la perduración de bases esenciales del derecho patrio, en un permanente diálogo (véase el trabajo de RITA ROLLI, “*Overruling del diritto vivente vs. ius superveniens*” en *Contratto e impresa*, mayo-junio de 2013). Los trabajos que se brindan tienden a abrir nuevos cursos de reflexión que abonen en ese sentido.

Un pensamiento que inmediatamente nace de la contemplación del nuevo derecho escrito es la ubicación del derecho mercantil ante las normas unificadas. Ya tuvimos oportunidad de reflexionar en el sentido de que el Código Civil y Comercial lleva ese nombre porque contiene, precisamente, reglas de derecho mercantil. Además, la centralidad de la actividad empresarial en el desarrollo económico con justicia social e igualdad indica que por más que muchas reglas marquen límites adecuados al ejercicio de esas actividades, la libertad sigue siendo pilar fundamental de nuestra vida institucional, con base en la Constitución Nacional y en los derechos por ella consagrados para el mejor desarrollo de la persona humana.

El lector podrá apreciar la riqueza de los contenidos de las distintas posiciones expuestas, por lo que no resulta necesario remarcarla aquí con detalle.

Dejo así presentada esta obra colectiva, deseando que coopere con los fines expresados y con la esperanza de que continúe y se acreciente en los años por venir.

HÉCTOR ALEGRIA

DIRECTOR DEL INSTITUTO
DE DERECHO EMPRESARIAL

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

CONTRATOS ASOCIATIVOS

POR MIGUEL C. ARAYA

1. INTRODUCCIÓN

El Proyecto de Código Civil y Comercial incorpora en su texto, en el Libro III "De los derechos personales", un capítulo especial que lleva el N° 16, bajo el título de "Contratos asociativos".

Su contenido se inicia con disposiciones generales, aplicables a toda clase de estos contratos, para luego regular cuatro contratos asociativos típicos: negocios en participación, agrupaciones de colaboración, uniones transitorias y consorcios de cooperación. Adicionalmente, consagra la "libertad de contenido de los contratos asociativos" atípicos, en regla incluida en el art. 1446.

Sobre el tema, existen más que valiosos antecedentes.

En primer término, el proyecto de unificación del año 1987, si bien con un contenido diferente. Luego, la Comisión designada por el Poder Ejecutivo en el año 1993 (art. 1451), contemporáneamente en ese mismo año, la llamada Comisión Federal designada por el Congreso de la Nación y finalmente el Proyecto de Código Civil del año 1998 (art. 1333) (1).

El Proyecto, hoy en discusión, toma fundamentalmente las reglas propuestas por la Comisión Federal, que fueran asumidas por el Proyecto de Código Civil del año 1998.

Como se advierte, entonces, el Proyecto no avanza en un tema original, ya que el mismo ha sido largamente analizado, tanto en doctrina como en las reformas proyectadas desde 1987.

Sin embargo, constituye un avance significativo para el derecho argentino, según veremos.

Para comenzar, cabe recordar que los cuatro asociativos típicos que se han mencionado forman parte hoy del derecho vigente. Por lo tanto, lo

(1) RICHARD, EFRAÍN H., *Negocios de participación, asociaciones y sociedades*, ps. 36 y ss.

que es absolutamente original es la parte general de los contratos asociativos.

Paso a explicarme.

La Ley de Sociedades Comerciales, N° 19.550, sancionada en el año 1972, incluyó en su texto la llamada sociedad accidental o en participación como sociedad típica (arts. 361 a 366), cuyo "objeto es la realización de una o más operaciones determinadas y transitorias, a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre personal del socio gestor" (art. 361, LSC).

La naturaleza societaria de este tipo fue fuertemente controvertida, atento a tratarse de una estructura jurídica interna que no se explicitaba en relación a los terceros en la medida que su actuación se limitaba al socio gestor, sin que se conociera la identidad del socio o socios gestores.

Pese a las críticas que denunciaban que su carencia de personalidad jurídica no justificaba su inclusión en el régimen societario, la regulación se mantuvo hasta la fecha.

Avanzando, destaco que más tarde la reforma a la Ley de Sociedades Comerciales, sancionada por la ley 22.903 (año 1983), incorporó formas contractuales de colaboración empresaria, con el objetivo de dotar a la República de estructuras jurídicas aptas para propender a la satisfacción de una amplia gama de finalidades económicas (2).

Aun reconociendo que la inclusión en la Ley de Sociedades Comerciales, de institutos de naturaleza contractual no societario era algo forzada, la Comisión lo hizo atento a que existe —se decía— una íntima interacción entre la noción de sociedad y el concepto de empresa, aunque sean dogmáticamente distintas y posean su propia individualidad (3).

Como los institutos que se incorporaban eran formas de colaboración interempresarias, se los incluyó en la ley de sociedades comerciales.

Partiendo de tales premisas, la reforma incorporó al régimen societario comercial, dos figuras típicas: agrupaciones de colaboración y uniones transitorias de empresas (arts. 367 al 383, LSC) (4).

(2) Exposición de Motivos, reforma a la Ley de Sociedades Comerciales, N° 22.903, capítulo III.

(3) Exposición de Motivos, reforma a la Ley de Sociedades Comerciales, N° 22.903, capítulo III.

(4) En esta reforma influyó también el texto del todavía hoy vigente art. 30, LSC, que prohíbe a las sociedades por acciones formar parte de otras sociedades que no sean por acciones. Lógicamente, al adoptarse el criterio que estos contratos de colaboración no eran sociedades ni personas jurídicas, estaban ajenos a tal prohibición.

Finalmente, en el año 2005 se incorpora al régimen jurídico argentino, una nueva estructura jurídica de cooperación o colaboración interempresaria, ahora en una ley especial, que lleva el N° 26.005, bajo la denominación de "Consortios de cooperación" (5).

Todas estas estructuras típicas son de naturaleza contractual no societaria y, por lo tanto, al regularse específicamente los "contratos asociativos", que no constituyen sociedades ni tienen personalidad jurídica, lo razonable era que estos institutos abandonaran el régimen de sociedades comerciales (y la ley especial 26.005) y se incluyeran derechamente en el Código Civil y Comercial (6).

Adicionalmente se agregan en la reforma proyectada seis artículos de aplicación general a esta clase de contratos asociativos, entre los que se destaca el art. 1446, que, bajo la denominación de "libertad de contenidos", establece el derecho de las partes de configurar libremente estos contratos con otros contenidos a los que se tipifican en este capítulo.

Ésta es la reforma que se proyecta en la materia.

Paso ahora a explicar qué son los contratos asociativos, cuál es la razón de su incorporación al régimen argentino en forma sistemática y cuál es la importancia que tiene —en mi juicio— esta reforma.

2. CONTRATOS DE SOCIEDAD

El contrato de sociedad, regulado en nuestro país tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio, siempre ha sido un incordio para la teoría general del contrato.

Es que esta teoría ha sido construida en los códigos decimonónicos a partir de una especie de contrato, el contrato de cambio de ejecución instantánea, que adquirió a partir de su regulación el carácter de género contractual (7).

En efecto, esta clase de contratos es usualmente celebrada entre dos partes, cuyas prestaciones son recíprocamente contrapuestas. En consecuencia, las partes se hallan una enfrentada a la otra, y las ventajas que una de ellas obtiene constituyen pérdidas para la otra. La operación económica —además— queda absorbida en el contrato.

(5) Sobre este tema ver MOLINA SANDOVAL, CARLOS, *Consortios de Cooperación*.

(6) Así viene propuesto, con ligeras variantes, por los antecedentes más relevantes: Comisión Federal año 1993 (arts. 1648 y ss.) y Proyecto de Código Civil, año 1998 (arts. 1333 y ss.) con la obvia exclusión de los consortios de cooperación, cuya incorporación al derecho argentino es posterior a tales textos.

(7) ETCHEVERRY, RAÚL A., *Contratos asociativos, negocios de colaboración y consortios*, p. 115.

En definitiva, el paradigma tenido en cuenta por el legislador clásico es el contrato de compraventa.

La sociedad, a diferencia, es un contrato celebrado entre dos o más partes, usualmente plurilateral, en el que confluyen prestaciones de cada una de ellas, en la formación de un patrimonio común, que tiene una finalidad común para los contratantes.

En nuestra tradición jurídica, la sociedad comercial exige la reunión de cuatro elementos: pluralidad de partes, aportes para la formación de un patrimonio autónomo, bases internas y externas de organización y participación en los beneficios y soportación de las pérdidas (8).

Este concepto de sociedad está elaborado siguiendo las pautas del derecho francés, o sea que define la sociedad a partir de un concepto restringido, eludiendo la amplitud del sistema alemán (9).

La celebración del contrato genera —adicionalmente— el nacimiento de un sujeto de derecho (10).

Es por ello que siempre estuvo en discusión el carácter contractual de la sociedad, aunque, como es bien sabido, su regulación se incluía en los Códigos decimonónicos, en el capítulo de Contratos (11).

En el siglo XX se desarrollan los cuestionamientos más intensos a la noción tradicional que veía a la sociedad como contrato.

Esos cuestionamientos van desde la teoría del “acto constitutivo social” de Gierke, quien critica severamente a la concepción contractual de la sociedad y la asociación (12), a la teoría de la “institución” de Renard y Hariou, en Francia, quienes afirmaban que el acto constitutivo daba nacimiento a una “institución”, o sea un organismo que tiene por finalidad la realización de un interés intermedio entre el interés del individuo y el

(8) ZALDÍVAR, ENRIQUE - MANÓVIL, RAFAEL - RAGAZZI, GUILLERMO - ROVIRA, ALFREDO - SAN MILLÁN, CARLOS, *Cuadernos de derecho societario. Aspectos jurídicos generales*, vol. I, p. 23; FARINA, JUAN M., *Tratado de sociedades comerciales*, p. 59.

(9) Es importante volver al brillante debate generado en el V Congreso de Derecho Societario y de la Empresa y I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, celebrado en Córdoba en el año 1992, donde precisamente a partir de un reclamo académico del Prof. Ángel Rojo se originó un rico cambio de ideas, sobre la necesidad de optar por alguno de estos sistemas: el concepto restringido (modelo francés) o amplio de sociedad (modelo alemán), t. V, p. 53.

(10) PALMERO, JUAN CARLOS, “Relaciones entre contrato y personalidad”, *Derecho Económico Empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegria*, p. 1344.

(11) Así es en los Códigos argentinos, arts. 1648 y ss. del Código Civil y arts. 282 y ss. en el Código de Comercio de 1859/60. Sobre la naturaleza del acto constitutivo de la sociedad, ver CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO, *Introducción al derecho societario parte general*, p. 377.

(12) CARLO, ANTONIO, *Il contratto plurilaterale associativo*, p. 7.

del Estado (13). Negaba también el carácter contractual del acto constitutivo, Messineo, con su concepción del "acto colectivo" (14).

Ya a mediados del siglo XX (15), este debate se aplaca, cuando parece aceptarse que el contrato de sociedad integra un subtipo diferente al tradicional contrato de cambio, y haciendo hincapié en la participación de más de dos partes en su celebración se desarrolla la concepción de contrato plurilateral (o potencialmente plurilateral).

La generación de un sujeto de derecho que desarrolla una actividad a partir de la constitución de un patrimonio común, que requiere para su finalidad, una organización estructural, lleva a la doctrina a añadir la noción de organización y se califica así a la sociedad como un contrato plurilateral de organización.

Esta noción se contrapone, entonces, en la teoría general del contrato, con el contrato de cambio. A la noción tradicional de contrato, estructurada en torno al referido contrato de cambio (e incluso, de ejecución instantánea) se le suma esta nueva especie: el contrato plurilateral de organización, que es el fundamento de la sociedad comercial.

El desarrollo más acabado de esta idea está en Ascarelli (16), a través del cual llega a la Argentina. Bien sabido es que éste es el criterio que acepta la Ley de Sociedades Comerciales, N° 19.550, en el año 1972 (17).

La noción de contrato plurilateral de organización cabe también para el contrato de asociación civil, diferenciado de la sociedad comercial, con el diverso fin: uno, el propósito de obtener beneficios (sociedad comercial); el otro, el bien común (asociación).

Este contrato plurilateral se diferencia claramente de los contratos de cambio.

Así, Fontanarrosa señala que esta distinción está basada en: 1) la posibilidad de que intervengan dos o más partes, 2) el ser contratos abiertos, 3) el no haber exacta equivalencia entre las prestaciones y las contraprestaciones, 4) la atipicidad de las prestaciones de las partes, 5) el tener por finalidad la organización de grupos o categorías (18).

Pareciera que la esencia de la diferencia entre ambas categorías de contratos estriba en las prestaciones, ya que, en el cambio, los derechos

(13) COLOMBRES, GERVASIO, *Curso de derecho societario: parte general*, p. 19.

(14) MESSINEO, FRANCISCO, *Manual de derecho civil y comercial*, vol. IV, p. 437.

(15) En especial, con la sanción del Código Civil de Italia, en el año 1942.

(16) ASCARELLI, TULLIO, *Il contratto plurilaterale*, en *Saggi giuridici*, ps. 259 y ss.

(17) Surge así de la Exposición de Motivos, Ley de Sociedades Comerciales, N° 19.550, según se destaca en la Sección N° 1, punto 1. Ver también, FARGOSI, HORACIO, *Cuestiones de derecho comercial*, p. 63.

(18) FONTANARROSA, RODOLFO, *Derecho comercial argentino*, t. 2, p. 141. Ver también, NICOLAU, NOEMÍ, *Fundamentos de derecho contractual*, t. I, p. 162.

de una de las partes se corresponden a un correlativo deber u obligación de la otra. Ese esquema lógico de derecho-deber resulta insuficiente para resolver las situaciones que plantea el contrato de sociedad.

En ese orden de ideas, el Código Civil de Italia contiene reglas propias de esta clase de contratos (plurilaterales) relativas a la nulidad de los contratos (art. 1420), anulabilidad (art. 1446) a la resolución por incumplimiento (art. 1459) e imposibilidad sobreviniente en la prestación de una sola de las partes (art. 1466).

Sin embargo, el mundo de los operadores económicos prontamente contradujo ese esquema tranquilizante para los juristas.

Es que comienzan a desarrollarse en la práctica negocial contratos que implican una cooperación parcial entre empresas, que tienen una finalidad común, pero que, a diferencia de la sociedad comercial, no pretenden la creación de un sujeto de derecho.

El antecedente más notorio de esta clase de contratos es el "joint ventures" del derecho anglosajón, adonde se ha extendido largamente (19).

Reaparece entonces, como instituto superador la noción del "contrato asociativo", que incluye tanto a los contratos plurilaterales personificantes (asociación, sociedad) como los no personificantes ("joint ventures").

Instrumentos jurídicos similares son prontamente difundidos en el derecho continental europeo y a partir de estas experiencias llegan a nuestras fronteras.

Estos contratos no admiten su inclusión en la noción tradicional de contratos de cambio, ya que, al igual que las sociedades comerciales, tienen una finalidad común.

Pero no necesariamente generan un sujeto de derecho independiente de los contratantes.

La entonces novedosa categoría del "contrato plurilateral de organización" queda estrecha para incluir estos nuevos desarrollos del mercado (20).

Se vuelve, en consecuencia, a la noción de "contratos asociativos" (21).

(19) Ver entre otros, BONVICINI, DANIELE. *Le joint ventures, tecnica giuridica e prassi societaria*; LE PERA, SERGIO, *Joint venture y sociedad*; MARZORATI, OSVALDO, *Alianzas estrategicas y joint ventures*.

(20) FARINA, J. M. así lo afirma: "El concepto de contrato asociativo es más amplio que el de sociedad", en "Contratos de colaboración y asociativos. Joint ventures". Ver en "V Congreso de Derecho Societario y de la Empresa y I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa", t. 1, p. 29.

(21) Recuerda la relativa antigüedad de esta clase de contratos, APARICIO, JUAN M., *Contratos. Parte general*, p. 167.

3. CONTRATOS ASOCIATIVOS

Como antes se ha dicho, entonces, la reforma propone excluir de la Ley de Sociedades Comerciales el régimen de la llamada sociedad accidental o en participación y trasladarla al Código Civil, bajo la denominación de "negocio en participación" (arts. 1448/1452).

Además, trasladar los dos contratos tipificados incorporados en el año 1983, antes denominados "agrupaciones de colaboración" (arts. 1453/1462) y "unión transitoria de empresas" (arts. 1463/1469) al Código.

Finalmente, el contrato de colaboración empresaria incorporado por la ley 26.005, llamado "Consortio de cooperación", también se incluye en el nuevo Código (arts. 1470/1478).

Todo ello, en base a una denominación común "De los contratos asociativos", a la que se incorporan normas generales, aplicable a todos los contratos de esta clase, no tipificados (arts. 1442/1447).

Es hora de que precisemos el concepto de "contratos asociativos".

Su regulación en el mundo jurídico es la respuesta a las diversas formas de colaboración interempresaria, fuertemente acentuada a partir de la Segunda Guerra Mundial, como antes se ha dicho.

El incremento del comercio internacional y la complejidad característica de ese crecimiento generaron la necesidad de superar, como único instrumento de gestión patrimonial, el que había sido prevalente hasta ese momento histórico, que era la sociedad comercial en sus diversas variantes, con la abrumadora preferencia hacia la sociedad anónima.

Es el fenómeno del agrupamiento de empresas.

Esta realidad económica revela la existencia de dos formas diversas de agrupamiento de empresas: una, bajo la forma de subordinación, y otra, bajo la forma de colaboración o cooperación (22).

Esta última es la que nos interesa en este tema.

El primer antecedente de su regulación normativa, en el derecho europeo continental (23), es el "Conzorzio" incluido en el Código Civil de Italia de 1942, en los arts. 2602 y ss., bajo la denominación "Dei conzorzi per il coordinamento della produzioni e degli scambi" texto que ha sufrido variantes en el año 1976.

(22) Sobre este tema la bibliografía es más que abundante. Por todos, citamos a MANÓVIL, RAFAEL, *Grupos de sociedades*, Ed. Abeledo-Perrot.

(23) Excluimos de esta síntesis, el desarrollo en el mundo anglosajón, que es diferente a partir de la plasticidad enorme de la figura más utilizada: el "joint venture".

Pero sin dudas, la figura que generó una enorme expectativa y como consecuencia, la necesidad de emularla fue el "Grupo de interés económico" en Francia, en el año 1967, a través de la ordenanza 67/821 (24).

A ella le siguió el reglamento 2137/85 del 25/7/1985 de la entonces comunidad económica europea (CEE), relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE), que estimuló la conveniencia de su aplicación en los países miembros de la comunidad (25).

Así lo hizo, entre otros países, España, en el año 1991, con la sanción de la ley 12/1991, que incorpora las "agrupaciones de interés económico" (26).

En el ámbito de América Latina, lleva la prevalencia Brasil, con la sanción de su "Consortio" en su Ley de Sociedades por Acciones, N° 6404, del año 1976, en sus arts. 2768 y 2769.

Luego, la Argentina, que como se ha dicho, incluyó formas de colaboración empresaria en el año 1983, bajo la denominación de ACE y UTE.

Más tarde, Uruguay, en el año 1989, la ley 16.060, que regula los Grupos de Interés Económico y los Consortios, en los arts. 489/509.

Es hora de que conceptuemos al contrato asociativo.

Así lo hacemos afirmando que es aquel en el cual dos o más partes acuerdan para obtener con esfuerzos o medios comunes, una finalidad común.

El contrato asume aquí una posición instrumental respecto de la operación económica que las partes intentan dar vida (27).

Estos contratos de colaboración empresarial son sin dudas contratos, aunque claramente no son contratos de cambio, en la medida en que las prestaciones a cumplir por cada una de las partes no son recíprocas, necesariamente.

Las diferencias entre ambas categorías de contratos son marcadas. En realidad, ya han sido anticipadas al tratar el contrato plurilateral.

En efecto, en los contratos de cambio, cada parte recibe una prestación de la otra en recompensa de la propia. En el contrato asociativo,

(24) Sobre este instituto, ver especialmente a GUYENOT, JEAN - KLEIDERMACHER, ARNOLDO, "Los agrupamientos empresarios y de colaboración".

(25) Dice el art. 3º, inc. 1º, del citado Reglamento que "la finalidad de la agrupación será facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros, mejorar o incrementar los resultados de esta actividad; no es la de realizar beneficios por sí misma. Su actividad debe vincularse con la actividad económica de sus miembros y sólo puede tener un carácter auxiliar con respecto a ésta".

(26) Sobre el tema, ver AA.VV., *Comentarios a la ley de agrupaciones de interés económico*, Antonio Pau Pedrón (coord.).

(27) FONTANARROSA, RODOLFO, *Derecho comercial argentino*, t. 2, p. 139.

las partes unen sus prestaciones para la consecución de un fin común, mediante el desarrollo de una actividad conjunta.

En los contratos de cambio, las prestaciones de las partes deben guardar una relación de equivalencia, mientras que en los asociativos, pueden ser de diverso valor.

Los contratos asociativos pueden ser celebrados por dos o más partes, en otras palabras por un número indeterminado de partes, y por ello, son contratos abiertos. No sucede lo propio con los contratos de cambio.

En los contratos asociativos, las partes no adquieren derechos y obligaciones con respecto a una parte determinada, sino frente a todas las demás. Ello se traduce en una ausencia del sinalagma funcional cuando existe más de dos partes y por lo tanto no tiene aplicación en ellos la *exceptio non adimpleti contractus*. Tampoco el régimen de nulidad tradicional, que es sustituido por una solución propia, al estilo del art. 16 de la Ley de Sociedades Comerciales.

La función del contrato asociativo no se agota con el cumplimiento de las prestaciones a cargo de las partes. Esta convergencia y puesta en común de las prestaciones constituye el punto de partida para la realización de una actividad que permita la consecución del fin común (28).

Por ello, modernamente se acepta la distinción entre contratos de cambio y contratos asociativos, haciendo hincapié en el distinto carácter funcional de las dos hipótesis, lo que obviamente repercute en claras diferencias atinentes a la estructura de ambas categorías.

Nuestro país, como antes se ha dicho, acoge normativamente dos especies de estas formas de colaboración empresarial, la agrupación de colaboración (ACE) y la unión transitoria de empresas (UTE) (29).

Lo hace en la Ley de Sociedades Comerciales, reformada en el año 1983, bajo el N° 22.903, aunque sus propios autores, en la Exposición de Motivos, reconocen la anomalía de su inclusión en tal texto legal (30).

(28) Estas diferencias entre una y otra clase de contratos (cambio-asociativo) han sido tomadas de APARICIO, JUAN MANUEL, *Contratos. Parte general*, ps. 164 y ss. Ver también, ETCHEVERRY, RAÚL A. *Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios*, p. 112.

(29) En la práctica negocial argentina, ya se habían difundido los llamados "consorcios", que eran el instrumento jurídico que se utilizaba para el desarrollo de obras, en especial públicas, luego sustituidos por el contrato de unión transitoria de empresas. Al respecto, ver CASSAGNE, JUAN CARLOS, "Los consorcios o uniones transitorias de empresas en la contratación administrativa", ED, 106-787. También LE PERA, SERGIO, "Joint venture y sociedad", p. 99.

(30) Sobre el tema, ver ZALDÍVAR - MANÓVIL - RAGAZZI, *Contratos de colaboración empresarial*.

Cabe recordar, en relación con esta reforma a la Ley de Sociedades, que tiene justificativos propios en el derecho argentino, que en alguna medida explicaron su inclusión en un marco legal que se reconoce por sus propios autores, como inadecuado.

En efecto, la ley 19.550 presentaba un triple obstáculo, para el desarrollo de estas formas de colaboración empresaria, obstáculos que por cierto no eran comunes a otras legislaciones.

Ante todo, la incapacidad de derecho incorporada en el art. 30 de la Ley de Sociedades Comerciales, para las sociedades anónimas y en comandita por acciones, que sólo pueden formar parte de sociedades por acciones.

Esta prohibición generaba un marco de incertidumbre en la celebración de contratos de colaboración empresaria, ya que existía la posibilidad de que algún Tribunal entendiera que ese contrato en verdad era una sociedad comercial, no un contrato; y como consecuencia le aplicara el riguroso régimen de la sociedad irregularmente constituida, o lo que era peor, de la sociedad atípica.

La preocupación fue mayor en la medida en que alguna doctrina entendió que la prohibición se extendía también a la llamada sociedad accidental o en participación (arts. 363/366, LSC), aunque este tipo societario no alcanzaba la calidad de sujeto de derecho.

Tan significativa fue esa preocupación que, como es sabido, con relación a una clase de inversiones, donde la utilización de estos contratos de colaboración era de práctica, se declaró la inaplicabilidad de la regla del art. 30 de la Ley de Sociedades Comerciales (31).

La segunda preocupación que generaba la utilización de los contratos de colaboración empresaria, sin un reconocimiento legal específico, era el régimen severo consagrado para la sociedad no constituida regularmente, a partir del art. 21 de la Ley de Sociedades Comerciales (32).

Es bien sabido que para el legislador del año 1972, mantenido en la reforma del año 1983, el contrato de sociedad irregular no es oponible a los terceros, pero tampoco a los propios contratantes (art. 23, LSC).

Esa sociedad es representada en su relación con terceros por cualquiera de los socios, aunque el contrato disponga lo contrario (art. 24, LSC).

(31) Nos referimos a las inversiones petroleras, excluidas de esta regla en virtud de la sanción de la ley 21.778, art. 24.

(32) Si bien la sanción de la ley 22.903 morigeró la severidad del sistema inicial, en especial al permitir la regularización de este tipo de sociedades, mantuvo el núcleo más criticable: la inoponibilidad del contrato entre partes y la facultad de representación por cualquier socio, frente a terceros.

Sus socios responden solidariamente por las operaciones sociales (art. 23 LSC).

Cualquiera de ellos puede exigir su disolución, aun en contradicción a la voluntad expresada en el contrato, (art. 22, LSC), aunque la reforma del año 1983 permite su regularización por mayoría de socios (art. 22 LSC, reforma año 1983).

Vuelve aquí la preocupación inicial. Aunque los participantes de un contrato de colaboración empresaria, no se encontraran alcanzados por la prohibición del art. 30 por su tipo societario, un Tribunal podía entender que el régimen aplicable a tales contratos era el sistema de la sociedad irregularmente constituida, consagrado en los arts. 21 y ss. de la Ley de Sociedades Comerciales.

Finalmente, el régimen del año 1972 acogía con "fiereza" (33) el sistema de la tipicidad societaria, consagrando la nulidad de la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley (art. 17, LSC).

Cabía, por ello, también este riesgo adicional, si las empresas asumían emprendimientos comerciales, a través de la celebración de contratos de colaboración empresarial en función del régimen de la autonomía de la voluntad, pero previo a la tipificación de tales contratos. O sea, previo al año 1983.

La reforma de la ley 22.903 vino a aventar estos obstáculos, aunque es pasible, como se ha dicho, de críticas por su metodología (34).

Como se advierte de esta síntesis, el derecho argentino presenta en esta materia diversas anomalías.

Ante todo, incorpora, en la Ley de Sociedades, un tipo de sociedad que denomina "accidental o en participación" que no es sujeto de derecho.

Luego, la misma Ley reconoce como figuras típicas dos formas contractuales de colaboración empresaria: agrupación de colaboración y unión transitoria de empresas, que se reconocen expresamente que no son sociedades ni tienen personalidad jurídica, aunque están incluidas en la Ley de Sociedades Comerciales.

Finalmente, contiene una prohibición destinada a las sociedades anónimas y en comandita por acciones, que les impide formar parte de sociedades por acciones (art. 30, LSC), lo que genera una incertidumbre adicional para emprendimientos de colaboración entre empresas.

(33) La expresión pertenece a la Dra. MARÍA CELIA MARSILI, y se encuentra en su obra: *Sociedades comerciales. El problema de la tipicidad*, p. 45.

(34) Sobre los riesgos que generaba la utilización de contratos de colaboración empresaria, antes de la reforma del año 1983, ver RICHARD, EFRAÍN H., *Relaciones de organización. Sistema de contratos de colaboración*, ps. 29 y ss.

A restablecer un cierto orden metodológico en este régimen responde la inclusión de los contratos asociativos en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Además, repetimos, es valiosa la incorporación de una parte general, particularmente la regla de libertad de contenido del art. 1446.

En cuanto a las modificaciones específicas que se propone introducir a las regulaciones hoy vigentes en el ordenamiento jurídico argentino, corresponde puntualizar las siguientes:

— Mientras que en las sociedades accidentales o en participación se constituyen para operaciones determinadas y transitorias (art. 361, LSC), el nuevo régimen sólo exige operaciones determinadas (art. 1448).

— En el Proyecto, con relación a las agrupaciones de colaboración, se amplían las partes que pueden celebrarlo, extendiendo la posibilidad a cualquier persona humana o jurídica (art. 1453). Además, se corrige el error del sistema vigente que, al regular las causales de extinción del contrato, se refiere a la “disolución” del contrato (art. 375, LSC).

— En las uniones transitorias, además de las dos observaciones antes expuestas que son aplicables también en esta subespecie, se amplía considerablemente su ámbito, al permitirse su constitución para “obras, servicios o suministros concretos”, expresiones que hoy están redactadas en singular (art. 1463).

Finalmente en los consorcios de cooperación se agrega la presunción de que ante la falta de expresa inclusión del régimen de responsabilidad frente a terceros, se presume la responsabilidad solidaria de los participantes (art. 1477). Adicionalmente se deroga la insólita regla que contiene hoy la ley 26.005, que dispone que todo contrato de cooperación no inscripto se rige por las reglas de la sociedad de hecho de la Ley de Sociedades Comerciales (art. 6º, ley 26.005) (35).

4. CONCLUSIONES

El Proyecto de Código Civil y Comercial, en consecuencia, crea una nueva clasificación de contratos, distinguiendo entre los tradicionales contratos de cambio de los contratos asociativos.

Lo hace, como se ha dicho antes, incorporando seis artículos de contenido general, aplicable a todos los contratos asociativos, que incluye la afirmación de que las partes pueden fijar libremente el contenido de

(35) Como se advierte, la referencia del art. 6º de la ley 26.005 es totalmente injustificada en los contratos asociativos no personificantes, ya que precisamente el propósito del legislador, desde su inclusión inicial en el año 1983, fue excluirlos de la regulación societaria y esta ley, equívocamente respecto a esta subespecie, consagra la regla contraria.

esta clase de contratos (art. 1446, CCC), para luego regular cuatro figuras típicas.

Las diferencias entre el clásico contrato de cambio y el contrato asociativo parecen ser claras, y antes se han expuesto, por lo que esta nueva clase o categoría de contratos ingresa con comodidad en el nuevo régimen patrimonial.

Lo que genera más complejidad, sin embargo, es el contenido de esa categoría y sobre todo su diferenciación entre las especies: la que genera un nuevo sujeto de derecho (sociedad, asociación) y la no personificante (AC y UT).

Veamos:

Estas reglas se aplican, dice el art. 1442 CCC, "todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad".

El contenido de esta categoría consecuentemente se define por dos notas: una afirmativa, "comunidad de fines" y otra negativa, "que no sea sociedad".

Esto último está ratificado más abajo, en estos rotundos términos: "A estos contratos no se les aplican las normas sobre la sociedad, no son, ni por medio de ellos se constituyen, personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho" (art. 1442, segundo párrafo CCC).

En el criterio del legislador, esta categoría de contratos asociativos, que se contraponen al contrato de cambio, reconoce dos subespecies:

Contrato asociativo personificante (asociación, sociedad), donde hay una finalidad común y un aporte que se integra totalmente en un patrimonio diferenciado, asumiendo riesgos comunes, y en consecuencia se genera un nuevo sujeto de derecho.

Contrato asociativo no personificante (los incorporados en el proyecto), que tienen también una finalidad común, pero la integración de las partes a esa finalidad es parcial, el riesgo no es común y en consecuencia no generan una persona jurídica distinta. (no son sociedades ni sujetos de derecho) (36).

¿Cuáles son las diferencias entre ambos institutos?, que, como se ha visto, comparten notas muy significativas, como la finalidad común.

(36) Estas ideas han sido reiteradamente expuestas por EFRAÍN H. RICHARD, en varios y valiosos trabajos doctrinarios, entre ellos: "Sociedad y contratos asociativos", ps. 131 y ss.; "Negocios de participación, asociaciones y sociedades", ps. 43 y ss.; "Relaciones de organización. Sistemas de contratos de colaboración", ps. 62 y ss.

En la sociedad se crea y existe durante toda su vigencia una organización jurídica, sin la cual la sociedad no se podría formar y expresar su voluntad en el mundo jurídico: en cambio, en los contratos asociativos y de colaboración, no se estructura organicidad alguna (o es muy débil).

Más que ello, en la sociedad, los socios corren el riesgo en común, lo cual constituye la causa fin de su constitución y su matiz diferenciadora. O dicho de otra manera, nunca en la sociedad podría haber utilidad para una de las partes y pérdida para la otra.

En cambio, en los contratos asociativos que nos ocupan, al no existir la gestión común, cada una de las empresas partícipes contribuye con actividad que le es propia en la finalidad común, por lo que el riesgo es claramente individual de cada empresa miembro (37).

Como consecuencia de esta última afirmación, la adquisición de los resultados de cada uno de los partícipes en los contratos asociativos no personificantes se hace a título originario y no a título derivado como en las sociedades (38).

En resumen, en las notas de organización, en la forma de asunción del riesgo y, como consecuencia, en la forma de adquisición de los resultados están los elementos característicos que diferencian una y otra especie de los contratos asociativos: personificantes y no personificantes.

Es cierto que estas diferencias no son siempre fáciles de caracterizar en la práctica, pero ello no significa que no existan. Simplemente, el problema se presenta en la medida en que algunos operadores económicos exorbitan los contratos de asociativos no societarios (fundamentalmente UTE, que tiene relación con terceros), utilizando mal la figura, más allá de las previsiones legales, y allí vienen los conflictos (39).

Esperamos y deseamos que la regulación que se propone aliente a los operadores económicos a la mejor utilización de estos contratos asociativos (no personificantes) sin incurrir, en su confusión, con el sistema societario.

(37). MANÓVIL, RAFAEL, "Contratos de colaboración y sociedad", *Derecho Comercial y de los Negocios*, t. I, Eudeba, p. 117.

(38) LORENZETTI, RICARDO, "Contratos asociativos y de colaboración: elementos para una clasificación" en V Congreso de Derecho Societario y I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa", t. I, p. 41.

(39) Ver sobre el tema, RICHARD, EFRAÍN H., "Unión transitoria de empresas: ¿sujeto de derechos?", en *Relaciones de organización. Sistema de contratos de colaboración*, p. 263. OTABGUI, JULIO C., "Informalidad y exorbitancia en los contratos de colaboración empresaria", ED, 152-919.

LA RELACIÓN ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO PRIVADO: SUS IMPLICANCIAS EN LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO MERCANTIL

POR MAURICIO BORETTO

1. LA “CONSTITUCIONALIZACIÓN” DEL DERECHO PRIVADO

1.a) Introducción

Hasta hace algunas décadas se pensaba que derecho privado y derecho constitucional tenían pocos puntos en contacto: uno regía las relaciones jurídicas de coordinación y el otro, las relaciones jurídicas de subordinación.

Las relaciones entre el Estado y el individuo regidas por el derecho constitucional eran, exclusivamente, las que ponían límites al poder del Estado en los casos en que éste pretendía alterar las garantías individuales.

Por ello, la garantía constitucional tradicional más típica fue el *habeas corpus* para asegurar la libertad física del individuo frente a las detenciones arbitrarias del Estado.

En la actualidad, esta visión ha cambiado: por un lado, se advierte que no todo poder está en manos del Estado. Por el contrario, existen poderes económicos, culturales, sociales que también deben ser limitados por el ordenamiento para asegurar que las libertades y la igualdad real entre las personas sean efectivas y no se conviertan en una mera declaración.

Desde esta nueva perspectiva, no debe extrañar que ingresen a los textos constitucionales relaciones que tradicionalmente pertenecieron al derecho privado (por ejemplo, las relaciones existentes entre empresas y consumidores como ocurre con el art. 42 de la Constitución argentina (1),

(1) Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a

art. 51 de la Constitución española (2), arts. 5º (3) y 170 (4) de la Constitución brasileña, arts. 78 (5) de la Constitución colombiana y art. 28 (6) de la Constitución mexicana, entre otras).

una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

(2) 1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

(3) Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos (...) XXXII. El Estado promoverá, en la forma de la ley, la defensa del consumidor.

(4) El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la Justicia Social, observando los siguientes principios : I. Soberanía nacional; II. Propiedad privada; III. Función social de la propiedad; IV. Libre concurrencia; V. Defensa del consumidor; VI. Defensa del medio ambiente; VII. Reducción de las desigualdades regionales y sociales; VIII. Busca del pleno empleo; IX. Tratamiento favorable para las empresas brasileñas de capital nacional de pequeño porte. Parágrafo único. Se asegura a todos el libre ejercicio de cualquier actividad económica, con independencia de autorización de órganos públicos, salvo en los casos previstos en la ley.

(5) La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

(6) En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones

De este modo, el derecho constitucional penetra en el derecho privado y sus principios se propagan a los diversos sectores del ordenamiento jurídico.

Por otro lado, existen ciertos derechos civiles que merecen una tutela especial, más elevada que la que otorga la ley. Podemos ejemplificar, entre otros casos, con el derecho a la intimidad (art. 19, Constitución argentina). Este derecho constitucional, del cual deriva la garantía de la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de los papeles privados (art. 18, Constitución argentina) se ha extendido a otros ámbitos tales como el derecho a la propia imagen, el derecho a la identidad, etcétera.

Veamos, por ejemplo, lo que ha ocurrido con el fenómeno de internet, que está basada fundamentalmente sobre dos pilares: la libertad y la desregulación. En el primer aspecto, internet asegura el ingreso y desinvolvemento en ella, recibiendo y ofreciendo la más variada información. En cuanto a la desregulación, es consecuencia de la imposibilidad material para los Estados y personas de interferir las comunicaciones y de establecer los límites tecnológicos para su funcionamiento (7).

Desde la óptica constitucional, se ha sostenido el carácter de *medio de prensa* de la internet, lo que fue reconocido por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal (de la República Argentina), sala 1, al resolver el caso "Vita" (8). En sentencia del 13/3/2002 y en sentencia del 29/8/2003 se aseveró que el ejercicio de la libertad de expresión a través de internet está protegida por el art. 14 de la Constitución Nacional y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el

a título de protección a la industria. En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social. Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

(7) BADENI, GREGORIO, *Tratado de derecho constitucional*, t. I, 2ª ed. actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 633.

(8) LA LEY, 2002-B, 489.

caso, se sostuvo que las ideas expuestas por los imputados sobre el consumo de estupefacientes fueron hechas en el marco del ejercicio de la libertad de prensa al exteriorizarse mediante Internet.

En este contexto, vino la sanción de la ley argentina 26.032 del año 2005, que estableció en su artículo 1 que "(...) la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión (...)".

Huelga destacar —asimismo— que las comunicaciones mediante la internet también quedaron equiparadas a la correspondencia epistolar bajo el nombre de correo electrónico tal como lo resolvió en el año 1999 la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, sala VI (de la República Argentina), en el precedente "Lanata" (9), y ese mismo Tribunal, pero en su sala I, en el caso "Grinberg" en el año 2003. En este mismo sentido, la Cámara Nacional del Trabajo, sala VIII (de la República Argentina), en la causa "Pereyra" en el año 2003 y, ese mismo Tribunal, a través de su sala X de ese mismo año en los autos "V.R.I. c. Vestiditos S.A." (10) concluyó que la violación de la garantía constitucional de la inviolabilidad del correo electrónico, además de constituir un delito penal, importaba vulnerar el derecho a la privacidad o intimidad.

1.b) Algunos derechos subjetivos incorporados a la Constitución argentina

Por las razones antes explicadas, la reforma constitucional de 1994 incorporó a la Constitución argentina varias previsiones que tocan materias de derecho privado, tales como:

1. La *protección del consumidor* consagrada en el art. 42 de la Constitución Nacional, según el cual: "(...) Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas,

(9) LA LEY, 1999-C, 458 y LA LEY, 1999-E, 70.

(10) LA LEY, 2004-C, 455.

en los organismos de control (...). La ley 24.240 de Defensa del Usuario y Consumidor (y su reforma por ley 26.361) si bien es anterior al año 1994, hoy, es la reglamentación de esta cláusula constitucional.

2. El *habeas data* mencionado en el art. 43 de la Constitución argentina, cuya finalidad es tutelar la intimidad y otros derechos de la personalidad; autoriza a toda persona a ejercer la acción de amparo para tomar conocimiento de los datos a ella referidos que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados a destinar informes y, en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos.

3. La *acción de reparación del daño ambiental* consagrada en el artículo 41 de la Constitución argentina, en virtud de la cual "(...) todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren sus jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos o radiactivos (...)".

Sin perjuicio de los ejemplos transcriptos, otras numerosas materias de derecho privado aparecen en los tratados internacionales a los cuales la Constitución argentina (con la reforma de 1994) reconoce jerarquía constitucional (arts. 31 y 75, inc. 22). Ello son:

1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,
2. Declaración Universal de los Derecho Humanos,
3. Convención Americana de los Derechos Humanos,
4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,
5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo,
6. Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio,
7. Convención Internacional sobre le Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial,
8. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer,

9. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, Inhumanos o Degradantes, y

10. Convención sobre los Derechos del Niño.

1.c) Consecuencias de la incorporación de los derechos introducidos por la reforma de 1994 al texto constitucional sobre el derecho privado argentino vigente

Esta nueva visión ha traído luz sobre una serie de cuestiones desde que las normas constitucionales tienen gran eficacia en cuatro sentidos:

1) *Eficacia directa*: este carácter significa que, aunque no haya disposición *legal* que reglamente el derecho reconocido por la Constitución, el derecho es operativo y la persona que demanda la tutela jurisdiccional puede pedir su aplicación.

Por ejemplo, si bien en la Argentina no se ha reglamentado el derecho de réplica o respuesta (que se ejerce contra las empresas periodísticas para que rectifiquen noticias erróneas o incompletas), al estar expresamente reconocido por el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de Derecho Humanos, art. 14), cualquier particular puede reclamar al medio periodístico que difundió una noticia errónea o inexacta que los afecta personalmente a que, por igual medio, la corrija o complete.

2) *Eficacia derogatoria*: esta característica implica que las disposiciones constitucionales derogan cualquier disposición legal que las contradiga.

Por ejemplo, debe considerarse derogada toda disposición legal que discrimine a la mujer. Es lo que ocurrió con el art. 1276 del Código Civil argentino que disponía que, si no se puede determinar el origen de los fondos, el bien ganancial es de administración marital. La doctrina consideró que esta disposición estaba derogada por violar el principio de igualdad de hombre y mujer y así fue declarado por el derecho judicial. Finalmente, esta posición fue recogida por el legislador quien —a través de la ley 25.781— sustituyó el párrafo polémico del art. 1276 del Código Civil argentino, y dispuso que estos bienes son de administración conjunta de ambos cónyuges.

3) *Eficacia invalidatoria*: este carácter está estrechamente vinculado al anterior pues la disposición de jerarquía legal que se opone a una norma constitucional es inválida y, por ello, puede ser declarada inconstitucional por los jueces.

4) *Eficacia interpretativa*: se ha dicho que la visión constitucional exige una “relectura” de los textos legales, de tal modo que la interpretación de la ley esté siempre adecuada a la Constitución. Por eso, cuando una ley es pasible de ser interpretada de diversos modos, uno que contradice

la Constitución y otro que se adecua a ella; quien interpreta y aplica la ley debe hacerlo de manera que la norma resulte conforme a la cláusula constitucional. En otras palabras, la norma constitucional dirige la interpretación de la ley.

2. UN NUEVO SISTEMA DE “FUENTES DEL DERECHO” A LA LUZ DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1994

Cabe destacar también que —desde la reforma constitucional de 1994— se ha configurado un nuevo sistema de fuentes del derecho en la Argentina.

La idea de supremacía constitucional —contenida en el art. 31, Constitución argentina— y, principalmente, los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución argentina), configuran la base fundamental de un “Sistema de Fuentes” en el ordenamiento jurídico argentino que ha venido indefectiblemente a variar el orden jurídico en general.

En efecto, ante el fenómeno de la constitucionalización del derecho privado, *la legislación debe partir de este sistema para interpretar y aplicar el derecho*. Como consecuencia de ello, los casos que rijan la legislación del derecho privado deben ser resueltos de acuerdo con las leyes que regulen la materia de que se trate y que resulten aplicables, *interpretándolas conforme a la Constitución Nacional y a los tratados suscriptos por la Argentina*.

Por ello, la interpretación y aplicación del derecho privado argentino no debe desatender la siguiente directiva: *adecuar el derecho común a la Constitución y a los tratados de derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional por la reforma de 1994*.

Esta misma idea directriz campea en otros ordenamientos jurídicos en el derecho comparado.

En este sentido, por ejemplo, para el Tribunal Constitucional español la legalidad ordinaria es la que debe ajustarse en su inteligencia y aplicación al orden constitucional. Por ello, el Tribunal Constitucional anuló una sentencia del Tribunal Supremo por haber producido éste una inversión en el orden de la utilización de los cánones hermenéuticos y en los resultados de los mismos, omitiendo en su sentencia un reajuste en la interpretación de los preceptos de la legalidad ordinaria para acordarlos con los preceptos de la Constitución. Por el contrario, afirmó que es la Constitución la que debe ser interpretada con el resto del ordenamiento jurídico (11).

(11) Sentencia del 17/2/1984. Ampliar en ARCE y FLÓREZ-VALDÉS, JOAQUÍN, *El derecho civil constitucional*, Madrid, 1986.

Lo propio ha ocurrido en Italia, país en el cual la doctrina invita a hacer una "relectura" del derecho privado a la luz de la Constitución (12), pues los principios constitucionales básicos (igualdad, legalidad, propiedad, privacidad, etc.) penetran en la estructura del derecho privado y exigen a éste su adecuación a ellos.

3. APLICACIONES PRÁCTICAS DEL FENÓMENO DE LA "CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO" EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Veamos a continuación diversas aplicaciones prácticas del fenómeno de la "constitucionalización del derecho privado" en la República Argentina y su influencia en la interpretación y aplicación de la legislación *infra constitucional*.

3.a) La constitucionalización del derecho privado y su repercusión en la responsabilidad del garante

Tanto en la Argentina como en el derecho comparado (13) se ha generado una fuerte preocupación por la protección del fiador (incluido el principal pagador), procurando que el mismo tome debido conocimiento de los riesgos que acepta, y que ellos guarden una adecuada relación con

(12) Cfr. PERLINGIERI, PIETRO, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991.

(13) Ver por todos la comunicación de la académica de número Dra. KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, "La eficacia o ineficacia de la llamada fianza 'excesiva'", en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley*, Buenos Aires, julio 2003. Comenta la jurista que una cuestión muy discutida en el derecho comunitario europeo es si las medidas de protección que las directivas ofrecen al deudor consumidor se extienden a las cauciones, garantías, avales o fianzas otorgadas como accesorios de esos contratos. Existen dos decisiones del Tribunal europeo que muestran la dificultad del tema. Con relación a la directiva 87/577 relativa a los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, que establece un derecho a dejar sin efecto el contrato dentro del plazo de reflexión, el Tribunal dijo que la caución personal, aunque no está mencionada expresamente en este ordenamiento, está regida por las mismas normas protectoras que el contrato principal celebrado (decisión del 17/3/1998, "Bayerische Hypotheken c. Edgar Dietzinger"). En cambio, en el caso "Berliner Kindl c. Andrea Siepert" del 23/3/2000, en el que se discutía la aplicación o no de la directiva 87/102 (que regula los contratos de créditos con consumidores, es decir, aquellos contratos en que un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, de un préstamo, o de cualquier otra facilidad de pago similar), el tribunal dijo que ninguna norma de esa directiva, ni tampoco una interpretación derivada de los objetivos ni de la economía de la directiva, permite extender sus preceptos a la fianza.

el tipo de negocio garantizado, la actividad ordinaria del deudor y su situación patrimonial.

Pese a la ausencia en nuestro ordenamiento de reglas especiales que vayan en esta dirección, se ha postulado enriquecer las normas relativas al contrato de fianza a través de una interpretación vivificadora al amparo de los principios generales, particularmente los de buena fe, razonabilidad y protección del consumidor, que actúan como instrumentos flexibles a la hora de juzgar el alcance de la responsabilidad del fiador (14).

Por influencia del derecho constitucional, en el ámbito del derecho de consumo, se ha entendido que si la relación garantizada es de consumo, la protección no se detiene en el deudor principal y se extiende al fiador con los siguientes argumentos (15):

- *Principio de accesoriedad (art. 42, Constitución Nacional)*: que somete lo accesorio a lo principal. Supone proyectar del negocio principal al subordinado, la naturaleza de consumo del primero, lo que resulta lógico en el esquema del estatuto de defensa del consumidor, que sitúa la protección en el contexto de la relación de consumo (art. 42, Constitución Nacional).
- *Interpretación del art. 1º de la ley 24.240 (ref. ley 26.361)*: que atrapa no sólo a los consumidores que han otorgado la garantía para su propio beneficio (vgr., hipoteca celebrado por el deudor) sino que también se expande a aquellos que la han constituido en beneficio de su grupo familiar o social (vgr., contrato de fianza).
- *Principio de igualdad (art. 16, Constitución Nacional)*: que impide que se distinga a los efectos de la tutela entre negocio de consumo y negocio de garantía.

(14) Cfr. FRESNEDA SAIEG, M. - HERNÁNDEZ, C., "Límites a las responsabilidades del fiador en las fianzas abiertas", *Zeus*, t. 92, D-59.

(15) Cfr. HERNÁNDEZ, C., "Información, accesoriedad y revisión en el contrato de fianza", *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, año 1, N° 1, La Ley, septiembre de 2010, ps. 213 y ss. En nuestra opinión, la discusión seguirá latente y podrán utilizarse estos "mismos argumentos" de aprobarse el Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de la República Argentina de 2011/2012 (decreto presidencial 191/2011) pues su artículo 1092 (Relación de consumo. Consumidor) no resuelve la situación del fiador al expresar: Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Va de suyo que el fiador no adquiere ni utiliza bienes o servicios.

¿Qué se persigue? Que el *fiador - aceptante* tenga “conocimiento efectivo”:

- Del *contenido* de la garantía.
- De la *extensión* de la garantía.

En suma, que conozca el “riesgo” que asume para adoptar las medidas pertinentes en resguardo de su propio interés.

¿Cuáles son las consecuencias del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de información del acreedor hacia el garante?

- “Nulidad” del contrato de fianza (arg. art. 37, ley 24.240 de Defensa del Consumidor), o bien,
- “Acotación” de la obligación del fiador al riesgo oportunamente informado.

Pareciera que la solución atendible es esta última en función del principio de conservación del negocio y la necesidad de tutela del crédito.

En la Argentina, tuvo lugar un precedente paradigmático “Banco Nación c. Sereno, Hugo” (16), de la Cámara Federal de Córdoba (sala A), con las siguientes aristas.

- El Banco Nación demanda la suma de \$ 23.055 por compras efectuadas utilizando el sistema de tarjeta de crédito.
- Demanda al titular de la tarjeta y al fiador.
- El fiador reconoce haber asumido la garantía *pero afirmó haberlo hecho hasta el límite de compra de la tarjeta que alcanzaba un valor de \$ 2.500.*
- En el pleito se “discutía” la ***interpretación de las cláusulas contractuales (predispuestas por el acreedor)*** en orden a la “delimitación” del riesgo asumido por el garante.
- *La mayoría*, erróneamente según nuestra opinión, confirmó la sentencia de grado e hizo lugar a la demanda:
 - Hizo prevalecer la cláusula de las *condiciones generales* de la contratación, por la cual el garante se había obligado como *principal pagador por “todas” las obligaciones que él o los usuarios titulares contraeran hasta la extinción total de la deuda.*
- En cambio, *la minoría* —correctamente según nuestro criterio— valoró de manera especial que el Banco había celebrado el contrato *con límite conjunto de compra* por lo cual entendió que la cláusula

(16) LLC, 1997-971.

por la cual el garante se había obligado como principal pagador por “todas” las obligaciones que él o los usuarios titulares contrajeran hasta la extinción total de la deuda *no debía interpretarse literalmente y fuera del contexto general del contrato suscripto, tanto más por tratarse de un contrato de adhesión*. Por lo tanto, concluyó:

- Que se debía condenar al garante en los términos del *límite de compra*.
- Que *las dudas generales por la ambigüedad de los términos globales del contrato deben despejarse en contra del predisponente, por imperio de la regla hermenéutica contra proferentem*.
- Que *no se debe comprometer la eficacia de la garantía, aunque se debe facilitar su adecuación a aquello a lo que razonablemente puede entenderse que se obligó el garante*.

Nos preguntamos, esta situación que se ha suscitado en el ámbito del derecho del consumo ¿es trasladable a aquellos casos en los cuales el *garante -fiador* no ostenta la calidad de “consumidor” atento a garantizar una operación que no es de consumo? y, por lo tanto, ¿no acude en su auxilio, el art. 42 de la Constitución Nacional?

Esta problemática se vincula con la llamada “fianza excesiva”.

Previo a esbozar una posible solución en el derecho argentino, recordaremos algunos casos del derecho comparado que demuestran que nuestro interrogante no es cuestión menor.

1) La situación en el derecho francés

En Francia se suscitó un “leading case” para una garantía otorgada por un “no consumidor” (17). Fue el caso “Macron” resuelto por la Sala Comercial de la Corte de Casación el 17/6/1997 (18).

El señor Macron era presidente del consejo de administración de una sociedad (Comptoir Français des Pétales du Nord); su sueldo mensual

(17) Para los consumidores, el Código del Consumo francés de 1993 en su art. 313-10 dice: “Una institución de crédito, una institución de pago o un organismo de los mencionados en el inciso 5 del apartado 6 del art. 511 del Código Monetario y Financiero no pueden prevalerse de un contrato de fianza de una operación de crédito de las previstas en los capítulos I o II del presente título, celebrado por una persona física, cuando la obligación era, al momento en que fue contraída, manifestamente desproporcionada respecto de sus bienes e ingresos, a menos que el patrimonio de ese fiador al momento de exigírsele el cumplimiento, le permita hacer frente a su obligación”.

(18) Ampliar en KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “La eficacia o ineficacia de la llamada fianza ‘excesiva’”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, La Ley, Buenos Aires, julio 2003.

era de 37.550 francos; el 23/12/1987 firmó un aval por 20.000.000 a favor de la Banque Internationale pour l'Afrique Occidentale (BIAO); todo su patrimonio apenas llegaba a los 4.000.000 (a la época del otorgamiento de la caución ese monto era inferior al gravado con el impuesto a los bienes personales). Ulteriormente, la sociedad se presentó en quiebra y el banco ejecutó la fianza.

El caso llegó la sala Comercial de la Corte de Casación a través de dos recursos: uno interpuesto por el fiador y otro, por el banco; el fiador insistía en su liberación total por vicio del consentimiento (error); ese recurso fue rechazado; el Alto Tribunal francés afirmó que nada había que reprochar a la Cámara de Apelaciones cuando afirmó que en su calidad de director de empresa, el fiador no podía sostener que no había comprendido lo que firmaba. También rechazó el recurso interpuesto por el banco y confirmó la sentencia de la Cámara de Apelaciones de París del 8/2/1995; dijo que aunque ningún error vició el consentimiento de Macron, el tribunal de grado pudo legítimamente considerar que en razón de la enormidad de la suma garantida por una persona física y de las otras circunstancias de hecho que permitían excluir toda buena fe por parte del banco, éste había incurrido en culpa grave al haber exigido un aval cuyo monto no tenía ninguna relación con el patrimonio y los ingresos del avalista.

En definitiva, el tribunal de grado rechazó la causal de nulidad articulada por el fiador, pero hizo lugar a los daños y perjuicios sufridos a raíz del otorgamiento de la caución; liquidó ese daño en una suma equivalente a $\frac{3}{4}$ del monto de la garantía, o sea en 15.000.000 de francos, siendo que la demanda inicial del acreedor ascendía a 20.000.000. En otros términos, se condenó al fiador a pagar \$ 5.000.000, cantidad que se entendió era proporcionada a su patrimonio y a sus recursos.

El tribunal de apelaciones también fundó su decisión en otro argumento: en razón de los montos comprometidos, el acto jurídico celebrado viola el art. 1780, primer párrafo, del Código Civil francés según el cual una parte no puede, ni siquiera contractualmente, colocarse bajo dependencia de otra durante toda su vida; en el caso bajo decisión, en los hechos, la obligación de Macron tenía carácter de perpetua.

2) *La situación en el derecho alemán*

Un padre era deudor de 100.000 marcos con un banco. Su hija de 21 se constituyó en fiadora (desempleada, cobraba seguro de desempleo, ganaba como obrera de fábrica 1.150 marcos mensuales, luego se divorció y tenía tres hijos a su cargo). Se ejecutó la garantía.

La Corte *Federal* declaró la validez de la garantía con un argumento conservador: "Siendo mayor de edad, la garante debía conocer los riesgos de este tipo de contrato".

En cambio, la Corte *Constitucional* (19) (en decisión del 19/10/1993) revocó la sentencia y argumentó:

- Los conceptos de derecho privado no pueden desentenderse de los principios fundamentales que inspiran los derechos constitucionales.
- En ocasiones, la superioridad económica de una de las partes contratantes es tan fuerte que puede determinar el contenido del contrato, *hipotecando el futuro de la otra*.
- Debe tenerse en cuenta la garantía constitucional que otorga el derecho al desarrollo de la personalidad: *el ordenamiento jurídico debe reaccionar cuando existe una subordinación estructural de una de las partes del contrato respecto de la otra*

Las decisiones judiciales posteriores a este "leading case", concluyeron en que:

- Debe tenerse en cuenta el tipo de garantía: las garantías ómnibus convierten al fiador en *socio* del deudor *por lo que deben ser analizadas con mayor rigor*
- El acreedor (especialmente los bancos) *deben haber sido conscientes* de que el fiador no tenía posibilidad de afrontar esa deuda

3) La situación en el derecho inglés

Se trata del precedente "Barclays Bank c. O'Brien" resuelto en el año 1994 (20).

- O'Brien era socio de una compañía que debía sumas provenientes de descubiertos en cuenta corriente.
- Transó con el banco que se aumentara el descubierto a cambio de una hipoteca sobre un inmueble sede del hogar conyugal que tenía en condominio con su esposa.
- El gerente del banco ordenó al empleado que ambos cónyuges debían estar plenamente informados y ser conscientes de la naturaleza de la documentación que firmarían.

(19) Ver la sentencia publicada en la *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1995, p. 197, con nota de BARENGHI, ANDREA, "Una pura formalità. A propósito di limiti e di garanzie dell'autonomia privada in diritto tedesco".

(20) Ver comentario de LEBON, CAROLINE, Vorlagebeschluss of june 29, 1999, "The protection of vulnerable sureties as to German, French, Belgian, Dutch, English and Scottish Law", en *Rev. Européenne de droit privé*, 2001-2-436 y ss.

- Además debía aconsejarles consultar a sus abogados antes de firmar.
- El empleado del banco no siguió las instrucciones y la Sra. O'Brien suscribió la documentación sin siquiera leerla.
- Ella invocó que había sido inducida a firmar por influencia indebida de su marido y que lo había hecho por error.
- En autos se acreditó que el Sr. O'Brien le dijo a su esposa que la deuda llegaba sólo a 60.000 libras esterlinas y que sería cancelada en un tiempo breve.

Finalmente, el Tribunal declaró nula la fianza otorgada por la esposa. Fundó la decisión en que:

- Si bien el Sr. O'Brien tenía interés en la compañía —cuyas deudas garantizó con la vivienda—, la Sra. O'Brien no tenía ningún interés pecuniario inmediato en las obligaciones.
- Se imputó al banco *no haber asumido las diligencias* para asegurarse de que la señora fuese *informada*.

Retornando al análisis del tema en el *derecho argentino*, la cuestión suele plantearse cuando nos hallamos frente a las llamadas “fianzas ómnibus”, es decir, “aquella en que el fiador asume garantizando todas las deudas que el deudor tenga actualmente o vaya a contraer en el futuro con el acreedor” (art. 1993, Código Civil).

La característica esencial de esta especie de fianza es que no se exige una limitación en el monto de la obligación o de la garantía; por lo que se propone su interpretación restrictiva (21).

Así las cosas, conforme al nuevo panorama constitucional desde la reforma de 1994 en Argentina, ¿cabe extender las soluciones del derecho comparado a favor del garante *no consumidor* (22)?

(21) El Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de la República Argentina de 2011/2012 (decreto presidencial 191/2011) ahora exige la previsión de monto en este tipo de fianzas: Artículo 1578. - Fianza general. “Es válida la fianza general que comprenda obligaciones actuales o futuras, incluso indeterminadas, en todos los casos debe precisarse el monto máximo al cual se obliga el fiador. Esta fianza no se extiende a las nuevas obligaciones contraídas por el afianzado después de los cinco (5) años de otorgada. La fianza indeterminada en el tiempo puede ser retractada, caso en el cual no se aplica a las obligaciones contraídas por el afianzado después que la retractación sea notificada al acreedor”.

(22) En nuestra opinión, la discusión seguirá latente de aprobarse el Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de la República Argentina de 2011/2012 (decreto presidencial 191/2011) pues su artículo 1575, si bien autoriza a reducir la fianza a los límites de la obligación principal, nada dice de manera expresa respecto a la posibilidad de reducir el monto de la garantía

En el bloque de constitucionalidad de la Argentina (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional) la *Convención Americana de Derechos Humanos* (art. 3º) y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (art. 16) prevén *el derecho de todo ser humano al reconocimiento de la personalidad jurídica*.

Este derecho se traduce en el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. El fin de ello es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por él, de acuerdo con su temperamento y su carácter propio, con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden público.

En la Argentina, actualmente, por aplicación de los principios generales que emanan del sistema normativo tales como la buena fe, el orden público, las buenas costumbres, el abuso de derecho y la protección de los terceros (arg. arts. 21, 656, 953, 954, 1070 y 1198, Código Civil), interpretados a la luz de los Tratados de Derechos Humanos antes citados, pareciera que *en casos excepcionales en los cuales las relaciones jurídicas de garantía dejen transparentar una subordinación estructural de una de las partes del contrato (el garante) frente a la otra (el acreedor)*, sería posible que el juez "limite" la responsabilidad del garante —aunque el monto de la operación garantizada sea mayor— siempre y cuando:

- *El monto de la garantía es excesivo o desproporcionado respecto del patrimonio del garante al momento de pactar la garantía, o bien, es proporcionado al inicio y adquiere el carácter de exorbitante a lo largo de la ejecución del contrato garantizado (vgr., giros en descubierto de cuenta corriente bancaria garantizados con fianzas generales o fianzas omnibus)*
- *la situación de desproporción se mantiene a la hora de la ejecución de la garantía*
- *las deudas resultantes de la fianza suelen tener por efecto privar al garante del mínimo de recursos para vivir*

por otras razones como ocurre en los casos de abuso (p. ej., monto excesivo de la garantía en relación con el patrimonio y los ingresos del garante). Expresa la norma precitada: "Extensión de las obligaciones del fiador. La prestación a cargo del fiador debe ser equivalente a la del deudor principal, o menor que ella, y no puede sujetarse a estipulaciones que la hagan más onerosa. La inobservancia de la regla precedente no invalida la fianza, pero autoriza su reducción a los límites de la obligación principal. El fiador puede constituir garantías en seguridad de su fianza". Seguramente la solución vendrá por vía de los principios generales (p. ej., buena fe, abuso de derecho, etc.).

- *se verifica una superioridad económica del acreedor (generalmente un profesional conocedor del negocio garantizado), en función de las circunstancias del caso, que le permite determinar el contenido del contrato de garantía*
- *suele advertirse, al inicio, la existencia de dificultades del fiador para afrontar la deuda en el futuro*
- *el garante no suele ser debidamente informado por el acreedor de los riesgos de este tipo de contrato (23)*

Una norma expresa en este sentido, que faculte al juez en los términos indicados, no sería descabellada.

Sin embargo, reiteramos, que la idea sustancial de esta propuesta normativa es abrir el debate y dejar planteado el interrogante ante el nuevo "escenario constitucional" toda vez que, de ninguna manera, pretendemos eliminar la autonomía de la voluntad en perjuicio de la seguridad jurídica crediticia.

3.b) Las garantías autoliquidables y el problema de su constitucionalidad

Existen ciertos tipos de garantía que, por sus particulares características, son muy utilizadas en el tráfico negocial y constituyen un gran atractivo para el acreedor. Nos referimos a las *garantías a primera demanda o a primer requerimiento*.

Michele Sesta enseña que la garantía a primera demanda es un acto jurídico por el cual un sujeto, dotado de una sólida posición financiera (normalmente un banco o una compañía de seguros), se obliga a pagar un determinado importe al beneficiario, con el fin de garantizar la prestación de un tercero, a simple demanda del beneficiario y, por regla, con renuncia a hacer valer cualquier excepción relativa a la existencia, vali-

(23) La DIRECTIVA 2008/48/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de abril de 2008 (que plantea una nueva regulación relativa a los contratos de crédito al consumo) reza en su *artículo 8*: "**Obligación de evaluar la solvencia del consumidor**: 1. *Los Estados miembros velarán por que, antes de que se celebre el contrato de crédito, el prestamista evalúe la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente, facilitada en su caso por el consumidor y, cuando proceda, basándose en la consulta de la base de datos pertinente. Los Estados miembros cuya legislación exija que los prestamistas evalúen la solvencia del consumidor sobre la base de una consulta de la base de datos pertinente deben poder mantener esta obligación.* 2. *Los Estados miembros velarán por que, si las partes acuerdan modificar el importe total del crédito tras la celebración del contrato de crédito, el prestamista actualice la información financiera de que disponga sobre el consumidor y evalúe su solvencia antes de aumentar significativamente el importe total del crédito*".

dez o coercibilidad del vínculo garantido, existente entre el beneficiario y el deudor principal, al cual el garante permanece extraño (24).

Uno de los aspectos principales de estas garantías es que se trata de negocios jurídicos que posibilitan al acreedor la ejecución de la garantía en forma extrajudicial, es decir, sin que contemplen la oportunidad de defensa y prueba por parte del ejecutado ante un órgano jurisdiccional *dentro de la propia ejecución patrimonial privada*.

Ello plantea el interrogante si, acaso, estas garantías implican una renuncia anticipada del derecho constitucional de defensa en juicio del deudor; que las tiñe de inconstitucionales y violatorias de normas fundamentales de nuestra Constitución (arts. 17 y 18).

Entendemos que la respuesta debe ser negativa si es que analizamos estas garantías bajo la lupa del derecho constitucional mediante una adecuada interpretación del derecho de defensa en juicio consagrado en el art. 18 de nuestra Carta Magna y, particularmente, *del art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica y el principio de la tutela judicial efectiva (Convención Americana de Derechos Humanos, según art. 75, inc. 22, Constitución Nacional)*; que ha venido a despejar toda clase de dudas en cuanto a la necesidad de “oír” —en algún momento— al deudor autoliquidado.

En efecto, al regularse las garantías a primera demanda —toda vez que la “propiedad” es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de una sentencia fundada en ley (art. 17, Constitución Nacional)— hay que otorgarle al garante “autoejecutado” el derecho de detener la ejecución en casos de *abuso o fraude manifiesto* del beneficiario acreedor que surjan de prueba instrumental u otra de fácil y rápido examen (p. ej., porque el deudor pagó la deuda —lo que está documentado— cuya garantía se ejecuta; o porque se declaró la nulidad de la obligación principal garantizada con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; etc.); autorizándolo, de este modo, a solicitar ante un órgano jurisdiccional que ordene la no ejecución de la garantía o, en su defecto, que condicione la misma a que el beneficiario satisfaga previamente la constitución de una caución suficiente para evitar daños irreparables al garante autoejecutado.

Así las cosas, de regularse legalmente esta especie de garantía y si bien, por el principio de libre demandabilidad comprendido en la garantía constitucional de la propiedad privada (art. 17, Constitución Nacional), tampoco se le puede impedir al acreedor que ejecute su garantía; cuando existe fraude o abuso manifiesto en la ejecución que ponen en duda la legitimidad del derecho de aquél, el garante ejecutado privadamente que en forma actual o inminente tema sufrir una lesión o ame-

(24) *Le garanzie atipiche*, Cedam, Padova, 1988.

naza con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas en sus derechos, puede solicitar una tutela judicial —expedita y rápida— a los efectos de obtener el cese de la amenaza lesiva hacia sus intereses, peticionando medidas cautelares para que el garante no pague; en virtud de la siguiente normativa:

- art. 18, Constitución Nacional (garantía del debido proceso legal),
- art. 19, Constitución Nacional (principio de reserva),
- art. 17, Constitución Nacional (inviolabilidad del derecho de propiedad),
- art. 43, Constitución Nacional (principio de la tutela inhibitoria) y, especialmente,
- el art. 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos referenciado que reza que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional).

Así las cosas, el principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, *aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto*. Este principio implica lógicamente un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales.

Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto de que —por el principio *pro actione*— hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción (25).

En suma, si ensayáramos una norma sobre el particular, siguiendo —con algunos retoques— la propuesta del Anteproyecto de Unificación del Código Civil y el Código de Comercio de la República Argentina de 1992 (decreto 468/1992, art. 1479), el legislador actualizador debiera sancionar una norma de un tenor “similar” al siguiente: “En caso de fraude o abuso manifiestos del beneficiario que surjan de prueba instrumental u otra

(25) Informe 105/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 29/9/1999, “caso 10.194: Palacios, Narciso - Argentina” con nota de Carlos A. Botassi, “Habilitación de la instancia contencioso administrativa y derechos humanos”, LA LEY, 2000-F, 594.

de fácil y rápido examen, el garante o el ordenante podrán ocurrir ante el juez, quien podrá condicionar el cobro de la garantía al otorgamiento de caución suficiente u ordenar el cumplimiento de otros recaudos que resulten pertinentes al caso y, excepcionalmente, disponer la suspensión de la ejecución” (26).

3.c) El concurso extranacional y el principio de reciprocidad

Según el párrafo 3º del art. 4º de la ley concursal argentina 24.522: “la verificación del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero, y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior, está condicionada a que se demuestre que, recíprocamente, un acreedor cuyo crédito es pagadero en la Argentina puede verificarse y cobrar —en iguales con-

(26) El Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de la República Argentina 2011/2012 (decreto presidencial 191/2011), en su art. 1810 (*Garantías unilaterales*) expresa: “Constituyen una declaración unilateral de voluntad y están regidas por las disposiciones de este Capítulo las llamadas ‘garantías de cumplimiento a primera demanda’, ‘a primer requerimiento’ y aquellas en que de cualquier otra manera se establece que el emisor garantiza el cumplimiento de las obligaciones de otro y se obliga a pagarlas, o a pagar una suma de dinero u otra prestación determinada, independientemente de las excepciones o defensas que el ordenante pueda tener, aunque mantenga el derecho de repetición contra el beneficiario, el ordenante o ambos. El pago faculta a la promoción de las acciones recursorias correspondientes. *En caso de fraude o abuso manifiestos del beneficiario que surjan de prueba instrumental u otra de fácil y rápido examen, el garante o el ordenante puede requerir que el juez fije una caución adecuada que el beneficiario debe satisfacer antes del cobro*”. En nuestro concepto, la norma debiera contemplar una abanico de posibilidad frente a la eventual ejecución abusiva: (i) caucionar la ejecución (presuntamente abusiva) y exigirle al acreedor que satisfaga -antes de la realización de la garantía- la constitución de una caución suficiente y (ii) autorizar al juez a que, previo pedido de parte, ordene lisa y llanamente la no ejecución de la garantía. En efecto, si estamos en presencia de un daño irreparable, ¿para qué autorizar la ejecución, aún caucionando el posible daño que se cause, cuando es patente el abuso? Mejor darle la opción al juez, a pedido del garante u ordenante amenazado, de detener la ejecución y evitar un desgaste inútil. “Independientemente de lo parco del artículo 1810 es importante que el Anteproyecto haya consagrado este artículo para el Derecho argentino” porque constituye una excepción al principio consagrado en materia de prevención del daño (previsto en el capítulo de responsabilidad civil, art. 1711) que prevé expresamente la “irrelevancia” del factor de atribución. Pues bien, hay una excepción justamente en materia de tutela del crédito en los casos de garantías autoliquidables en las cuales para prevenir el daño y detener la ejecución es relevante y necesario probar el factor de atribución: El dolo o el abuso o el fraude manifiestos. Reza el mentado art. 1711 (*acción preventiva*): “La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño”.

diciones— en un concurso abierto en el país en el cual aquel crédito es pagadero”.

Esta norma implica la aplicación del derecho de retorsión, medio por el cual un Estado contesta con igual manera de obrar la falta de equidad cometida por el otro.

Según la Doctrina en general, la interpretación de la norma es la siguiente:

- Se aplica a la quiebra y al concurso preventivo.
- El acreedor foráneo, *que no pertenezca al concurso abierto en el extranjero*, puede obtener igualdad de trato con los acreedores locales siempre que “acredite” que en el derecho vigente en el país en el cual el crédito es pagadero, un acreedor “argentino” (*pagadero en Argentina*) tiene reciprocidad de verificación y cobro.
 - **Conclusión:** la verificación de tales acreedores está condicionada a la “*existencia de reciprocidad*”, es decir, *a la prueba de la falta de discriminación en la ley extranjera*.

Se plantea el interrogante acerca de si este principio se ajusta a los valores jurídicos de la Constitución Nacional, especialmente, al principio de igualdad ante la ley (art. 16).

Hay quienes entendieron que se trata de un principio constitucional, al sostener que “tal como está establecido en orden al lugar de pago del crédito y no a la nacionalidad del acreedor no existe elemento discriminatorio, sino vigencia del principio de territorialidad y soberanía de la ley nacional, por lo que la impugnación no es sustentable. En consecuencia, la prueba del derecho extranjero constituye una carga del acreedor que pretende ser verificado, aun cuando, como todo ‘hecho’, adscriba a la libertad probatoria” (27).

Sin embargo cabe preguntarse si— a la luz del Bloque de Constitucionalidad (art. 75, inc. 22, Constitución Argentina) y su eficacia derogatoria e interpretativa— podemos seguir sosteniendo la vigencia de este principio de reciprocidad.

En efecto, se ha sostenido que “el concurso único no admite discriminar desigualitariamente entre unos acreedores y otros (pagaderos aquí o en el extranjero) porque los que son titulares de créditos a cancelar en el extranjero, donde no hay quiebra, tienen suficiente punto de conexión con la jurisdicción argentina como para invocar aquí la protección integral de la Constitución. Este punto de conexión está dado por la penden-

(27) JUNYENT BAS, FRANCISCO - MOLINA SANDOVAL, CARLOS, *Ley de concursos y quiebras*, t. 1, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.

cia del único concurso ante el tribunal argentino y por la existencia de bienes del deudor en nuestro territorio" (28).

Cabe preguntarse, entonces, ¿cuál es la protección constitucional que no puede burlarse?

La respuesta se vincula con el *derecho a la jurisdicción* que importaría permitir al acreedor foráneo, que carece de una quiebra extranjera a la cual acudir, verificar su crédito y concurrir a la masa de acreedores en la Argentina sin postergación alguna y en pie de igualdad con los acreedores internos.

Pareciera que, por imperio del art. 8° (*tutela judicial efectiva*) y del art. 24 (*igualdad ante la ley*) de la *Convención Americana de Derechos Humanos con jerarquía constitucional desde la reforma del año 1994* (art. 75, inc. 22, *Constitución Nacional*), es necesario revisar el principio de reciprocidad de la ley concursal.

Ante esta aparente disparidad de posiciones, nos preguntamos si se posible conciliarlas.

Actualmente, creemos que sin llegar a impugnar por inconstitucional el principio de reciprocidad, y a la luz del bloque de constitucionalidad que no se puede soslayar, es posible efectuar una "relectura" conciliadora del art. 4° de la ley 24522 que repercuta en la morigeración de la carga probatoria del derecho extranjero por parte del pretense acreedor foráneo (29); de tal modo que no se le niegue irracionalmente la incorporación al pasivo.

Conclusión:

- *Aunque la carga de la prueba incumbe al acreedor, el requisito puede acreditarse a través de la actividad del síndico o, incluso, del propio juez; el síndico debe cooperar en la investigación y el juez puede hacerlo de oficio. En suma, la omisión del acreedor no necesariamente debe determinar el rechazo del pedido de verificación.* (30)

(28) BIDART CAMPOS, GERMÁN, "El art. 4° de la ley de concursos y la constitución", ED, 104-1019.

(29) ROUILLON, ADOLFO, "Cuestiones de derecho internacional privado en la ley concursal argentina 24.522", *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As.*, año XLIV, 1999, p. 25, N° 37; DI TULLIO, JOSÉ A. - RUIZ, SERGIO G., "Verificación de créditos extranjeros: cláusula de reciprocidad", JA, 2000-IV-985; BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, t. II, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1992, p. 1022.

(30) A mayor abundamiento, y en consonancia con lo expuesto, según la CIDIP (Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado) II sobre "Normas Generales" (*ratificado por la Argentina, ley 22.291*) "los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo

Esta fue la línea seguida por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza (Argentina), sala I, 28/4/2005, “Sábate Sas S.A. en COVISAN S.A. p/Conc. Prev.” (31), donde se concluyó que “Adolece de exceso de rigor ritual manifiesto en la apreciación de la carga probatoria, la sentencia que rechazó el pedido de verificación de un crédito por falta de prueba del requisito de reciprocidad —en el caso por una factura que establecía como condición de pago por la concursada una transferencia bancaria a Francia— pues aunque en principio la carga de la prueba incumbe al acreedor, su omisión no necesariamente debe determinar el rechazo del pedido verificador desde que el requisito puede acreditarse a través de la actividad del síndico o incluso del propio juez”.

En otro orden de cosas, vale destacar, que la morigeración del principio de la reciprocidad parece ser la tendencia mundial.

En efecto, la “*Ley Modelo*” de la UNCITRAL (art. 13) prevé en cuanto a los *derechos de los acreedores extranjeros* que gozarán de los mismos derechos que los acreedores locales para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia en el Estado adoptante de la Ley Modelo, y para participar en los procedimientos de insolvencia con arreglo al derecho interno del país adoptante de la Ley Modelo.

A su turno, la *Ley de Concursos Mercantiles mexicana* expresa en su art. 290: “*Salvo lo dispuesto en el segundo párrafo, los acreedores extranjeros gozarán de los mismos derechos que los acreedores nacionales respecto de la apertura de un procedimiento en este Estado y de la participación en él con arreglo a esta Ley. Lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo no afectará el orden de prelación de los créditos en un concurso mercantil declarado con arreglo a esta Ley, salvo que no se asignará a los créditos de acreedores extranjeros una prelación inferior a la de los acreedores comunes*”.

Finalmente, “*el Reglamento*” (CE) 1346/2000 del Consejo Europeo, del 29 de mayo de 2000, admite la verificación de cualquier acreedor en el concurso abierto en un Estado miembro (art. 32 (32)) y omite toda alusión,

harían los jueces del Estado cuyo derecho resulta aplicable”; razón por la cual esta Convención habría derogado el art. 13 del Código Civil, por lo que —para el derecho argentino— *el derecho extranjero es un “hecho notorio” y el juez puede tenerlo en cuenta oficiosamente sin perjuicio de que las partes lo aleguen y aporten las pruebas que estimen oportunas.*

(31) LA LEY, 2005-D, 247.

(32) Ejercicio de los derechos de los acreedores. 1. Todo acreedor podrá presentar su crédito en el procedimiento principal y en todo procedimiento secundario. 2. Los síndicos del procedimiento principal y de los procedimientos secundarios presentarán en otros procedimientos los créditos ya presentados en el procedimiento para el que se les haya nombrado, en la medida en que sea útil para los acreedores cuyos intereses representen y sin perjuicio del derecho de estos últimos a oponerse a ello y a retirar su presentación, cuando así lo contemple la ley apli-

obviamente, a la regla de reciprocidad mencionada precedentemente, puesto que todos los Estados deberán adecuar sus ordenamientos internos a dicha normativa. Postula, además, el mantenimiento de la paridad en los dividendos (art. 20 (33)).

Recapitulando: entendemos que el legislador actualizador del derecho comercial argentino con relación al caso que estamos analizando —*verificación en la Argentina del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero, y que no pertenezca, a su vez, a un concurso abierto en el exterior*— debiera prever una norma expresa que propicie la morigeración de la carga probatoria del derecho extranjero que pesa sobre aquél; de tal modo de evitar interpretaciones encontradas y en desmedro del principio de reciprocidad, conciliando así la normativa concursal con el Bloque de Constitucionalidad.

3.d) Los llamados “acreedores involuntarios”

También en el ámbito del derecho concursal argentino se ha suscitado una controversia en los últimos años en torno al tratamiento que la Jurisprudencia (34) ha dado a los llamados “acreedores involuntarios”.

Se trata, en general, de aquellos acreedores que se han visto afectados por infortunios personales u otros daños cuyo autor ha sido el deudor concursado y que —pese a la urgencia en obtener las prestaciones correspondientes por razones de salud, alimentarias u otras que no admiten

cable. 3. El síndico de un procedimiento principal o secundario estará habilitado para participar en otro procedimiento en las mismas condiciones que cualquier acreedor, en particular formando parte de una junta de acreedores.

(33) Restitución e imputación. 1. El acreedor que, tras la apertura de un procedimiento del apart. 1º del art. 3º, obtenga por cualquier medio, en particular por vía ejecutiva, un pago total o parcial de su crédito sobre los bienes del deudor situados en el territorio de otro Estado miembro, deberá restituir lo que haya obtenido al síndico, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 5º y 7º. 2. Para garantizar la igualdad de trato de los acreedores, el acreedor que haya obtenido en un procedimiento de insolvencia un dividendo sobre su crédito, sólo participará en el reparto abierto en otro procedimiento cuando los acreedores del mismo rango o de la misma categoría hayan obtenido, en ese otro procedimiento, un dividendo equivalente.

(34) C1aCiv. y Com. San Isidro (Buenos Aires), sala I, 18/5/2004, “González Feliciano c. Microómnibus Gral. San Martín s/inc. verificación tardía”, Causa 95.754 Reg. 288, LA LEY, 2004-D, 739, con nota aprobatoria de Mosset Iturraspe, Jorge, “Otra muestra del ‘Derecho Privado Constitucional’: la constitución avanza sobre los privilegios concursales”. Ver también Juzg. Nac. Com. Nº 20, 24/5/2007 “Institutos Médicos Antártida S.A. s/quiebra s/incidente de verificación por: R. A. F. y de L. R. H. de F”, LA LEY, 2007-E, 552, con nota aprobatoria de JUNYENT BAS, FRANCISCO, “Se abrió el cielo. A propósito de los daños a la salud y la inconstitucionalidad del régimen de los privilegios concursales”.

demoras— deben enfrentar las quitas, esperas y los “tiempos muertos” del proceso concursal.

Dicha terminología ha sido pasible de crítica. Por ello se ha preferido hablar de acreedores “extracontractuales” para englobar lisa y llanamente a todos aquellos que no están vinculados con el deudor por vínculos negociales o contractuales y que se encuentren en situación de urgencia (p. ej., acreedor de avanzada edad cuya pretensión encuentra causa en los daños y perjuicios que ha sufrido en un accidente de tránsito mientras viajaba a bordo de un transporte de pasajeros perteneciente a la concursada).

La piedra de la discordia ha sido que la jurisprudencia les ha otorgado a estos acreedores —*sin norma concursal expresa en qué sustentarse*— un tratamiento “privilegiado” (pese a no hallarse en el elenco de acreedores con *privilegio* enumerados en la ley 24.522), concediéndoles el derecho de pronto pago a créditos que no se encontraban investidos legalmente de esa prerrogativa para su percepción anticipada; soslayando, de esa manera, la *pars conditio creditorum* y los términos de la propuesta de acuerdo preventiva dirigida a los quirografarios.

Ha sido patrón común en los diferentes casos de “acreedores involuntarios” resueltos por la jurisprudencia que, el beneficiario del tratamiento privilegiado ha visto vulnerado derechos amparados por la Constitución Nacional y, especialmente, por los Tratados de Derechos Humanos previstos en el art. 75, inc. 22, de la Carta Magna (particularmente derecho a la vida y a la salud, arts. 4° y 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Se ha razonado, en este sentido, que es evidente que una norma particular (la que emerge del acuerdo concordatario) no tiene aptitud para vulnerarlos.

Como podemos apreciar, e independientemente del juicio de valor que hagamos de la “legalidad” de esta Jurisprudencia, lo cierto es que una vez más el fenómeno de la constitucionalización del derecho privado está latente en cada uno de estos precedentes. En efecto, en ellos se relativiza el principio de paridad de los acreedores concurrentes en función de derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la salud y a la integridad física; aun cuando el crédito “beneficiado” con el tratamiento distinto no está amparado por prerrogativa o privilegio alguno emanado de la legislación de fondo.

En esta línea argumental, la ley 26.684 agregó al art. 16 de la ley concursal argentina el siguiente párrafo: “Excepcionalmente, el juez podrá autorizar, dentro del régimen de pronto pago, el pago de aquellos créditos amparados por el beneficio y que, por su naturaleza o circunstancias particulares de sus titulares, deban ser afectados a cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitan demoras”.

Podríamos sostener *prima facie* que el legislador concursal, con esta reforma, se hizo cargo del fenómeno de la “constitucionalización del derecho privado” y concedió expresamente el beneficio del pronto pago a los “acreedores involuntarios”.

Sin perjuicio de ello, la propia norma transcrita suscitó dudas interpretativas motivando opiniones encontradas:

- i. por un lado, se sostuvo que “una inteligencia restrictiva permitiría aducir que la conjunción copulativa ‘y’ que se agrega entre el régimen de pronto pago y las circunstancias particulares de los titulares afectados por las contingencias de salud o alimentarias se refiere solamente a los *trabajadores*” (35) y
- ii. sin embargo, por otro lado, se entendió que “este tipo de interpretación no parece receptor el verdadero espíritu del legislador, pues resulta evidente que los trabajadores ya tienen el beneficio del pronto pago, por lo que una lectura de este tipo implicaría una mera reiteración del beneficio” (36).

La dudas hermenéuticas expuestas ponen en evidencia que la apertura de la norma la torna ambigua y requiere de un gran esfuerzo de los jueces para utilizarla estrictamente en casos fundados y cuando la equidad del caso lo requiera.

Por ello, creemos que en una futura reforma de la legislación falimentaria argentina, el legislador debiera regular expresa y claramente quiénes son los acreedores involuntarios o extracontractuales beneficiarios del régimen del pronto pago para casos de urgencia (especificando en qué supuestos) y, a la vez, hacer un retoque en el articulado referido al elenco de acreedores privilegiados mencionados en la ley 24.522. Esto evitará que se susciten controversias en torno a la supuesta falta de asidero legal de los pronto pagos concedidos por la Jurisprudencia hasta ahora; poniendo a tono, a su vez, el estatuto concursal con el Bloque de Constitucionalidad (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional).

La situación de estos acreedores en otros países ha tenido consagración expresa.

“Por ejemplo, hallamos el artículo 91 (inc. 5°) de la ley concursal española 22/2003 reformada por la ley 38/2011 que regula un privilegio aplicable a estos créditos. Los acreedores involuntarios son ubicados en el *quinto* orden de los privilegios generales. Pero además de la consagración del privilegio general en el quinto orden, los acreedores involunta-

(35) JUNYENT BAS, FRANCISCO, “La reforma del ordenamiento concursal introducida por la ley 26.684”, ED, 243-991.

(36) JUNYENT BAS, FRANCISCO, “La reforma del ordenamiento concursal introducida por la ley 26.684”, ED, 243-991.

rios son considerados *acreedores de la masa* cuando (i) el crédito hubiere nacido con *posterioridad* a la declaración del concurso y en ocasión de la *continuación de la actividad*, ya fuere profesional o empresarial del concursado; o (ii) cuando deriven de la responsabilidad extra contractual del concursado (art. 84,2.5° y 10° respectivamente)".

Lo propio ocurre con la Ley de Bancarrotas de EE.UU. que prevé la prioridad en el pago a los créditos alimentarios debidos a hijos o ex cónyuges, o los que deriven de daños generados en el funcionamiento del vehículo motor o marítimo, en caso de que la operación de ese vehículo fuese declarada ilegal por encontrarse el deudor intoxicado por ingesta de alcohol, drogas u otras sustancias (sección 507). También prevé prioridades en el pago, en el subcapítulo IV que trata la reestructuración de pasivos de los ferrocarriles sección 1071, respecto de un individuo persona física o su heredero si ésta hubiese fallecido con un crédito por daños personales o fallecimiento del mismo, ello a pesar de que resultan quirografarios. Pareciera que esta legislación hace énfasis en el mayor factor de atribución de responsabilidad del deudor o en la consideración especial de cierta actividad del deudor como en el caso de los ferrocarriles.

4. Conclusión

De acuerdo con las ideas expuestas, podemos concluir que en los diversos ordenamientos jurídicos de los diferentes países se vienen produciendo transformaciones en la conciencia colectiva. En efecto, el derecho se ha transformado a resultas del reconocimiento de derechos fundamentales, toda vez que éstos han inspirado soluciones nuevas sobre las relaciones jurídicas privadas.

Consecuencia de ello es que el derecho privado se ha constitucionalizado y se ha hecho necesario armonizar el derecho constitucional con el resto del ordenamiento jurídico a la luz de los valores jurídicos consagrados en las diversas Constituciones y Tratados de Derechos Humanos.

Así las cosas, se han empezado a ver algunas muestras de esas transformaciones en materia de derecho a la intimidad, protección al consumidor, derecho a la salud, emergencia económica, etc.; en suma, en el derecho privado en general; lo que ha obligado a hacer una relectura de las legislaciones *infraconstitucionales*.

En este contexto, el operador jurídico puede adoptar diversas actitudes: permanecer pasivo o bien adoptar una conducta activa y, en este último caso, puede ocurrir que el legislador tome la iniciativa y armonice la legislación *infraconstitucional*, o bien, que permanezca inactivo, trasladando dicha tarea a los jueces.

Como hemos podido observar mediante el estudio de las diversas legislaciones, la conducta adoptada por los operadores jurídicos ha sido dispar en los diferentes países.

DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LAS MARCAS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

POR GUILLERMO CABANELLAS (H)

1. INTRODUCCIÓN

Las conductas vinculadas con las marcas pueden tener contactos con una pluralidad de jurisdicciones; como en otros casos de relaciones jurídicas multinacionales, ello hace necesario determinar cuál será el derecho aplicable a tales conductas.

Tómese así el caso de una marca registrada en tres países, A, B y C. El producto identificado con la marca puede ser fabricado en el país A, colocándose luego la marca en B, y exportándose a C el producto resultante. En supuestos así, es necesario determinar cuál será el derecho aplicable a las conductas descriptas. Desde un punto de vista lógico, puede resultar aplicable un solo derecho, o bien ninguno, o varios. La solución dependerá de las reglas de Derecho Internacional Privado que se apliquen.

El tema objeto del presente estudio presenta algunas particularidades destacables. El legislador enfrenta generalmente cuestiones como la expuesta en el párrafo precedente, relativas a la aplicación del derecho de marcas a relaciones jurídicas multinacionales, mediante las normas, incluidas en las respectivas legislaciones, o desarrolladas por la jurisprudencia a partir de esas normas, en virtud de las cuales se determinan los derechos exclusivos del titular de la marca (1). En la práctica, este tipo

(1) Las legislaciones de marcas, a diferencia de lo que sucede con las de patentes, no incluyen una enumeración detallada de los derechos derivados de las marcas, p. ej., en materia de importación. El art. 16 del acuerdo TRIP incluye ciertas normas al respecto, pero son mucho más imprecisas que las que se encuentran en leyes de patentes como la argentina. Cabe observar que ese art. 16 es una norma internacional, aplicable en la Argentina, pero no una norma de Derecho Internacional Privado.

Respecto de los derechos derivados de una marca registrada, inclusive en el contexto de operaciones internacionales, cfr. BERTONE, L. E. - CABANELLAS, G., *Derecho de marcas*, t. 2, Buenos Aires, 2003, cap. III.

de normas es suficiente para resolver la gran mayoría de los casos con elementos multinacionales, vinculados a los derechos de marca. Pero pueden darse casos en que esas normas, internas y unilaterales, sean insuficientes para resolver cuestiones más complejas. Así, no permiten determinar si el juez de un país X puede aplicar el derecho de marcas de un país Y para determinar sanciones o indemnizaciones derivadas de la violación del derecho de ese país Y. Tampoco permiten resolver los casos en que, respecto de una misma conducta, existen a priori violaciones de las leyes de marcas de varios países. Para ello es necesario recurrir a reglas propias del Derecho Internacional Privado, que normalmente no se encuentran expresamente volcadas a las legislaciones de marcas.

El Derecho Internacional Privado, sin embargo, no ha logrado una solución mínimamente clara y unívoca respecto de su aplicación a las relaciones vinculadas a las marcas. Es más, la doctrina comparada se encuentra, en este campo, en una situación de marcada confusión, que contrasta vivamente con la simplicidad teórica que caracteriza a las soluciones legislativas unilaterales relativas al campo de aplicación de los derechos del titular de marcas registradas. De allí que se encuentre una profusa bibliografía sobre la cuestión (2), destinada a lograr una solución clara y eficaz en el campo del Derecho Internacional Privado.

Buena parte de las dificultades en esta materia se originan en las premisas y metodologías erradas utilizadas por la doctrina para enfocar la determinación del derecho aplicable en relación con las marcas. Con el fin de superar esas dificultades, comenzaremos efectuando ciertas observaciones preliminares respecto de los elementos de esa determinación.

2. OBSERVACIONES PRELIMINARES

El universo jurídico se encuentra fragmentado en múltiples sistemas normativos nacionales. En el contexto de un conflicto determinado, no existe una regla universal que permita determinar cuál de esos sistemas normativos será el aplicable a tal conflicto.

El Derecho Internacional Privado se ha desarrollado como un medio jurídico para determinar el derecho aplicable a los conflictos con contactos con una pluralidad de Estados. Ahora bien, el Derecho Internacional

(2) Cabe así mencionar las siguientes obras: TROLLER, A., *Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*, Basilea, 1952; ULMER, E., *Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht*, Colonia, 1975; DREXL, J. - KUR, A. (comps.), *Intellectual property and private international law*, Oxford, 2005; BOUCHE, N., *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*, Paris, 2002; FAWCETT, J. J. - TORREMANS, P.: *Intellectual property and private international law*, Oxford, 1998.

Privado no es una estructura unívoca universal, sino que cada Estado cuenta con su propio régimen de derecho internacional privado. Ello implica que, para un conflicto determinado, sólo será posible conocer el régimen de Derecho Internacional Privado aplicable conociendo cuál es la jurisdicción nacional aplicable a ese conflicto. Una vez determinada esa jurisdicción, ésta utilizará su régimen de Derecho Internacional Privado para determinar cuál será el derecho aplicable al conflicto. De allí que, tanto teórica como prácticamente, las cuestiones de Derecho Internacional Privado se encuentren inextricablemente vinculadas a las relativas a la determinación de la jurisdicción aplicable.

Hecha esta observación preliminar, debe advertirse que no existe un mecanismo unívoco supranacional que determine la jurisdicción sobre los litigios relativos a marcas. Cada país o entidad multinacional determina unilateralmente su jurisdicción (3); ello conduce a que, frente a un litigio determinado, uno, varios o ningún Estado tenga tribunales que se declaren competentes en la materia. Por lo tanto, también puede existir uno, varios o ningún sistema de Derecho Internacional Privado que se aplique a un caso determinado.

Una observación preliminar adicional se vincula con la aplicación del Derecho Internacional Privado en este campo. Es generalizado, en el Derecho Internacional Privado, el tratamiento de la determinación del derecho aplicable a las relaciones multinacionales vinculadas a marcas como regido exclusivamente por el Derecho Internacional Privado (4). Pero en realidad, el Derecho Internacional Privado no abarca todos los casos de determinación del derecho aplicable a las conductas con aspectos internacionales. Desde el punto de vista penal, será el Derecho Penal Internacional (5) el que determinará el derecho aplicable.

La cuestión dista de ser meramente metodológica o verbal. Las reglas del Derecho Internacional Privado son radicalmente distintas de las del Derecho Penal Internacional; así, por ejemplo, en el Derecho Penal Internacional la identidad del derecho aplicable se encuentra unívocamente ligada a la de la jurisdicción aplicable, pues la regla general es que un tribunal penal no aplicará derecho penal extranjero en cuanto régimen sancionatorio; el Derecho Internacional Privado, por el contrario, se encuentra basado en la hipótesis de que un tribunal puede aplicar derecho extranjero.

(3) Esta determinación unilateral puede verse limitada por acuerdos internacionales; pero no existen acuerdos mundiales omnicomprensivos que superen globalmente las incoherencias de los regímenes nacionales.

(4) Cfr. las fuentes cit. en la n. 2, *supra*. Cfr. asimismo BOGGIANO, A., *Derecho internacional privado*, t. 2, Buenos Aires, 1983, cap. XXIII:

(5) Cfr. al respecto LOMBOIS, C., *Droit Pénal International*, Paris, 1979; FIERRO, G. J., *La ley penal y el derecho internacional*, Buenos Aires, 1977.

La relevancia de la mencionada cuestión se ve fortalecida por el hecho de que el derecho de marcas tiene elementos manifiestamente penales. Esta coexistencia, en el derecho de marcas, de elementos privados y penales, es una de las razones que han llevado, según se expondrá en este estudio, a que el Derecho Internacional Privado aplicable en materia de marcas tenga características propias.

Por otra parte, debe tenerse presente que el régimen de marcas plantea múltiples cuestiones disímiles, en materia de determinación del derecho aplicable. Existen así cuestiones relativas a la titularidad de las marcas, al procedimiento de registro, a la validez de las marcas, a la violación de los derechos relativos a tales marcas, a su transferencia, etc., que no pueden ser resueltas mediante una única regla de Derecho Internacional Privado.

A ello se agrega una particularidad de las marcas, consistente en que pueden encontrar protección, en la generalidad de los regímenes contemporáneos, no sólo a través de su registro, sino también mediante su mero uso. Las marcas registradas y las marcas de hecho crean cuestiones diversas en materia de determinación del derecho aplicable (6).

3. EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

Buena parte de las dificultades originadas en esta materia se explican por el equivocado uso que se ha hecho del principio de territorialidad. Éste es un principio del Derecho Internacional Público, y secundariamente del Derecho Internacional Privado, que limita la soberanía de los Estados y los efectos de sus normas jurídicas al territorio de tales Estados. Tal principio ha sido repetidamente usado como base de la determinación del derecho aplicable en materia de marcas (7). Tal uso tiene dos vertientes. La primera implica utilizar la territorialidad como limitación; las marcas y su protección constituyen instrumentos de la política económica y tecnológica de los Estados nacionales, y sus efectos no podrían extenderse más allá de los límites del correspondiente Estado. La segunda es una función localizadora que ubica las conductas relativas a las marcas en el territorio en que tales conductas se producen, con el fin de aplicar el derecho de marcas del Estado al que corresponde tal territorio (8).

(6) Así lo reconoce expresamente el American Law Institute, *Intellectual property: Principles governing jurisdiction, choice of law, and judgments in transnational disputes*, Philadelphia, 2006, p. 19.

(7) Así, lo utiliza el American Law Institute (cfr. la n. prec.) como base para determinar el derecho aplicable a las cuestiones relativas a marcas.

(8) Respecto de esta doble función del principio de territorialidad, cfr. BOUCHE, N., *Le principe de territorialité*, cit.

La utilización del principio de territorialidad en materia de determinación del derecho aplicable a las marcas ha partido de dos errores fundamentales, uno relativo al contenido de tal principio, y otro vinculado a la naturaleza de las cuestiones internacionales planteadas por las marcas.

Para comprender el funcionamiento del principio de territorialidad, debe comenzarse por distinguir entre los distintos aspectos del concepto de jurisdicción, pues la territorialidad opera como un límite a la jurisdicción estatal.

Encontramos, en primer término, la jurisdicción normativa o legislativa. Esta determina los límites dentro de los cuales se aplican las normas dictadas por un Estado. Los límites de esta jurisdicción sólo muy vagamente son territoriales. Todo el Derecho Internacional Privado se basa en la posibilidad de aplicar el derecho de un Estado a relaciones jurídicas que tienen elementos ubicados en otro Estado. Ello es inmediatamente evidente en materia de derechos de marcas, donde las legislaciones nacionales y los convenios internacionales permiten aplicar — por ejemplo— los derechos respecto de una marca registrada en el país X, en relación con conductas originadas en el país Y, como ser la importación de productos de ese país, identificados con la marca registrada antes mencionada, en tanto existan ciertos efectos en el país X (9). Ciertamente, y según sea la rama jurídica de que se trate, existirán ciertos estándares en el derecho comparado respecto de los contactos mínimos que una relación jurídica debe tener con un Estado para que su derecho pueda ser aplicable, y el no satisfacer esos estándares puede llevar a que una sentencia basada en normas exorbitantes de Derecho Internacional Privado no sea ejecutable en otros Estados. Pero, en el plano normativo, lejos de aplicarse el principio de territorialidad, la regla de Derecho Internacional es que el derecho de un Estado puede aplicarse fuera de su territorio, en tanto tenga ciertos contactos mínimos con ese Estado (10). Esos contactos pueden ser tan débiles como la elección, en un contrato, del derecho aplicable, o el hecho de que la nacionalidad de la víctima —en un caso penal— sea la del país cuyo Derecho Penal pretende aplicarse a una conducta extraterritorial contra esa víctima (11).

En segundo lugar encontramos la jurisdicción de los tribunales y otros órganos con capacidad decisoria. También en estos casos falta un límite territorial estricto a su actuación. Sus decisiones pueden extenderse, y de

(9) Obsérvese que esas normas internacionales permiten aplicar el derecho de marcas de un país a las importaciones, pero no exigen explícitamente tal aplicación; cfr. CORREA, C. M., *Trade related aspects of intellectual property rights*, Oxford, 2007, p. 187.

(10) Tallo resuelto por la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el fallo "Lotus", 7/ 9/1927, en materia penal.

(11) Íd.

hecho se extienden, a personas y cosas ubicadas fuera del territorio del Estado al que corresponden tales tribunales u órganos (12). Tal extensión depende de las normas de competencia que sanciona cada país, generalmente en forma unilateral. Para la ejecución de las sentencias o decisiones, en el extranjero, sí se tropieza con la necesidad de recurrir a los tribunales y órganos del país en el que se ejecutará la sentencia o decisión. También existen límites territoriales, de dudosa definición, respecto de la actuación material en el extranjero de los integrantes de órganos judiciales o administrativos (13).

En tercer lugar, cabe identificar la jurisdicción en materia de actos imperativos, destinados a hacer efectivo un determinado orden jurídico. Se trata de actos coercitivos en virtud de los cuales los agentes de un Estado hacen efectivas las sanciones y los demás aspectos imperativos y coercitivos del orden jurídico. Estamos ante un aspecto material o físico de la jurisdicción. Sus límites son estrictamente territoriales.

Sólo en este último sentido el principio de territorialidad, propio del Derecho Internacional, limita estrictamente la aplicación del derecho de cada Estado. Por lo tanto, desde este punto de vista el principio de territorialidad no resuelve las cuestiones relativas a la posibilidad de aplicar la jurisdicción normativa y la judicial a conductas que se desarrollan fuera de los límites del Estado que se adjudica tal jurisdicción. Ello queda plenamente de manifiesto en el derecho de marcas, pues sus normas se aplican a ciertas conductas que tienen lugar fuera del territorio del Estado que ha otorgado la marca —por ejemplo, colocación de signos marcarios en ciertos productos, fuera de tal territorio, para la posterior comercialización en ese territorio—, y lo mismo sucede con su jurisdicción judicial.

Pasando al segundo error fundamental en este ámbito, la doctrina que utiliza el principio de territorialidad como solución para las cuestiones de determinación del derecho aplicable en las relaciones internacionales vinculadas a marcas, elimina al así hacerlo los motivos que dan lugar y contenido a tales cuestiones. Esa doctrina parte de la premisa de que es posible ubicar unívocamente un territorio donde tienen lugar las violaciones u otras conductas relacionadas a marcas. Pero, en realidad, los casos que plantean cuestiones de interés en materia de Derecho Internacional Privado, son aquellos en los que los elementos relevantes de la conducta examinada tienen lugar en varios países; en tales casos, el

(12) Debe observarse que, en materia penal, los límites que el Derecho Penal Internacional impone a la jurisdicción judicial son paralelos, en términos generales, a los que corresponden en el ámbito normativo, que, como hemos visto, no son estrictamente territoriales, sino que se limitan a exigir contactos mínimos con el país que ejerce su jurisdicción.

(13) Así, p. ej., no es claro que los funcionarios de tribunales de un país X puedan tomar audiencias en el territorio de un país Y, sin el previo consentimiento de Y.

principio de territorialidad no arroja una solución unívoca. Así, supon- gamos que se fabrica en el país A una etiqueta que lleva una marca regis- trada en los países A, B y C; esa etiqueta es luego colocada en un pro- ducto fabricado en el país B, desde el cual el artículo allí producido se exporta al país C. ¿Cuál será el derecho aplicable a la posible violación de derechos relativos a la marca en cuestión? A priori, los derechos de A, B y C, conjuntamente, o el de alguno de estos países, o ninguno de ellos. El principio de territorialidad no arroja un resultado unívoco para este problema. Es más, sólo arroja resultados unívocos en casos que carecen de interés desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, como son aquellos en que todos los contactos o elementos relevantes se encuentran dentro del territorio de cierto país. En tal caso, el principio de territorialidad, en su interpretación simplista, hace aplicable al dere- cho de ese país, pero al mismo resultado se llega, prácticamente, utili- zando cualquier otra regla de Derecho Internacional Privado.

Con esto no se quiere decir que el principio de territorialidad sea inexis- tente, erróneo o inútil. Lo que sí se afirma, es que no tiene el sentido que le da la interpretación simplista frecuentemente empleada en el Derecho Internacional Privado relativo a las marcas, ni soluciona las cuestiones centrales de esa rama jurídica. Sí permite, una vez que se lo descompone en los elementos antes descritos, llegar a ciertas conclusiones que serán de utilidad para un análisis más eficaz. La primera es que la conforma- ción del derecho de marcas, en el ámbito internacional, está —al menos parcialmente— determinada por las limitaciones a la jurisdicción de los Estados, que son especialmente severas en cuanto a la aplicación material e imperativa del derecho. La segunda, puesta especialmente de manifiesto en el caso “Lotus” (14), es que los Estados tienen en principio libertad para determinar los límites de su jurisdicción normativa y judi- cial, pero no pueden extender tales jurisdicciones en forma exorbitante, como en los casos en que no existen contactos aceptables con el país que pretende ejercer su jurisdicción o en que tratados internacionales limi- tan esa jurisdicción (15). No cumplir con tales restricciones puede tener diversas consecuencias, como ser la imposibilidad de ejecutar las sen- tencias fuera del territorio del país en que han sido dictadas, e inclusive la configuración de una violación del Derecho Internacional Público.

(14) Cfr. la n. 10, *supra*.

(15) Así, p. ej., diversos tratados en materia procesal regulan la realización de actos judiciales fuera del territorio del Estado al que pertenezca el correspondiente tribunal, o determinan la ejecución de sentencias fuera del territorio del Estado al que corresponda el tribunal que las ha dictado, o establecen la competencia de los tribunales de diversos Estados respecto de las materias comprendidas en tales tratados. Cfr. SCHULZ, A., “The Hague Conference Project for a global convention on jurisdiction, recognition and enforcement in civil and commercial matters: an update”, en DREXL, J. - KUR, A. (comps.): *Intellectual property and private interna- tional law*, cit., p. 5.

4. EL TRATO NACIONAL

Tanto el Convenio de París (16) como el acuerdo TRIP (17) requieren que los Estados miembros otorguen a los nacionales de los restantes Estados miembros el mismo trato otorgado, en las materias regidas por esos tratados, que dan a sus propios nacionales.

Un sector de la doctrina ha utilizado la regla de trato nacional como base o elemento para la determinación de la ley aplicable en materia de marcas (18). Entendemos, sin embargo, que tal utilización es insuficiente a los fines de esa determinación (19).

El principio de trato nacional tiene cierto efecto en materia de determinación del derecho aplicable a las cuestiones relativas a marcas, por cuanto impide dar un trato discriminatorio, a nacionales y extranjeros protegidos, en cuanto a la determinación del derecho aplicable a tales cuestiones, así como en cuanto a la extensión territorial o de otro tipo de sus efectos (20). Pero ese efecto impeditivo no es suficientemente determinante de la elección del derecho aplicable, en casos con contactos multinacionales. Así, tomando el caso descrito en el penúltimo párrafo del apartado inmediatamente precedente, el principio de trato nacional no permite determinar la solución aplicable. Todas ellas son compatibles con ese principio, en tanto se apliquen en forma homogénea a nacionales y extranjeros.

5. LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES

Los acuerdos multinacionales en materia de propiedad industrial, y particularmente el Convenio de París y el acuerdo TRIP, no incluyen reglas explícitas en cuanto a la determinación del derecho aplicable en materia de marcas. Sin embargo, presentan ciertas disposiciones que son generalmente interpretadas como orientando o determinando las reglas relativas a la determinación del derecho de marcas aplicable en contextos multinacionales (21).

(16) Art. 2°.

(17) Art. 3°.

(18) Cfr. FENTIMAN, R., "Choice of law and intellectual property", en DREXL, J. - KUR, A. (comps.), *Intellectual property and private international law*, cit., ps. 133 y ss. expone esta teoría, criticándola; ULMER, E., ob. cit., p. 60, considera que el principio del trato nacional es la regla más importante del Convenio de París en materia de normas de conflicto, pero a lo largo de su análisis aplica prioritariamente otras reglas de conflicto.

(19) Cfr. FENTIMAN, R., *loc. cit.*

(20) Íd.

(21) Cfr. ULMER, E., ob. cit., ps. 60 y ss.

Así, del art. 2º del Convenio de París (22) se ha inferido que el derecho aplicable es el del Estado ante el cual se requiere protección para el derecho invocado (23), y de allí se ha inferido que resulta aplicable el principio de territorialidad (24).

En relación con el acuerdo TRIP (25), se ha entendido que la exigencia de trato nacional conduce a que sea aplicable el derecho del país ante el cual se reclama protección, pues sólo bajo ese derecho encontraría aplicación posible la regla de trato nacional (26).

A nuestro entender, existen múltiples deficiencias en estos enfoques. En primer término, el Convenio de París, lo mismo que el acuerdo TRIP, y a diferencia de lo que ocurre con otros acuerdos internacionales en materia de propiedad intelectual, particularmente el Convenio de Berna, sobre derechos de autor, no incluye cláusulas explícitas en materia de determinación del derecho aplicable. Ello es explicable, pues no es función de estos convenios incluir una reglamentación omnicompreensiva de la propiedad industrial. Dichos convenios imponen obligaciones a los Estados nacionales, que no pueden ser inferidas sin fundamento legal concreto. La teoría que considera que los citados convenios implican la aplicación del derecho de protección, y más aún, del principio de territorialidad, están suponiendo una obligación internacional que carece de toda fuente. Un tribunal de un país miembro que aplicara una distinta regla de Derecho Internacional Privado no estaría violando norma alguna en esta materia, pues los citados acuerdos no la prevén.

En segundo lugar, es errado el razonamiento que ve, en la exigencia de trato nacional, un requisito de aplicar el derecho de protección, o el principio de territorialidad. Como se expuso en el apartado inmediatamente precedente, el trato nacional implica la obligación, cualquiera sea la regla de Derecho Internacional Privado que cada país utilice para determinar el derecho de marcas aplicable, de no utilizar la nacionalidad del titular de derechos como elemento para otorgar un trato discriminatorio. Pero las reglas de Derecho Internacional Privado que determinan cuál será el derecho de marcas aplicable a un conflicto pueden ser del contenido que establezca cada país miembro, en tanto no discriminen en base a nacionalidad —en el sentido que éstas tienen en los convenios multinacionales de propiedad industrial—, pues no existen obligaciones internacionales que limiten esa elección.

(22) En cuanto se refiere a la *protección* que los nacionales de los países de la Unión gozan en los demás países de esa organización.

(23) Cfr. FAWCETT, J. J. - TORREMANS, P., ob. cit., ps. 477 y 478.

(24) Íd.

(25) Cfr. su art. 3º.

(26) Cfr. FAWCETT, J. J. - TORREMANS, P., ob. cit., ps. 480 y 481.

En tercer lugar, la aplicación del principio de territorialidad, sobre la base de las normas convencionales antes mencionadas, es una simple petición de principio. Ciertamente, tal principio existe —con los límites indicados en el apartado 3 de este estudio— en el Derecho Internacional. Pero ninguna mención de tal principio, ni remisión al mismo, se hace en los citados convenios internacionales. De las múltiples soluciones posibles para la determinación de la ley aplicable en el ámbito de las marcas, los autores cuya posición aquí se comenta eligen la de territorialidad, como si ella fuera la única correcta. Pero esto justamente es lo que se debía determinar, para lo cual dichos autores carecen de fundamentación alguna.

En el ámbito de las relaciones internacionales argentinas, el Tratado de Montevideo de 1889 incluye diversas normas de conflicto (27); en materia de formalidades y condiciones para la protección de las marcas, se aplica el derecho del país donde se pretenda usar la marca; en materia de infracciones respecto de las marcas, se considera aplicable la *lex fori* (28), con lo que, indirectamente, la ley aplicable surge de las reglas en materia de jurisdicción, que se orientan a aplicar la del país donde tenga lugar la infracción (29). Pero estas reglas son insuficientes para regir adecuadamente las cuestiones internacionales en materia de marcas, por diversos motivos. En primer lugar, no determinan el ámbito de aplicación de la ley marcaría que se considere relevante. En segundo lugar, no resuelven los casos de interés en esta materia, que son aquellos en que los actos relativos a una marca se desenvuelven en el ámbito económico de diversos países. En tercer lugar, su aplicación está limitada al ámbito del citado Tratado de Montevideo.

6. CONSIDERACIONES DE POLÍTICA LEGISLATIVA

Tanto por motivos de interpretación como de construcción de las reglas de Derecho Internacional Privado en materia de marcas, resulta conveniente analizar cuáles son los motivos y efectos de aplicar diversas variantes de las mismas.

Es frecuente considerar que la aplicación del principio de territorialidad se encuentra vinculada a la función económica de las marcas. Éstas son instrumentos para incidir sobre el comportamiento de los mercados, y los mercados en que tiene interés el país que otorga las marcas son los de tal país. Así, Jiménez Blanco (30), en el contexto de un análisis simi-

(27) Cfr. BOGGIANO, A., ob. cit., t. 2, ps. 1201 y ss.

(28) Íd., p. 1201.

(29) Íd.

(30) *El derecho aplicable a la protección internacional de las patentes*, Granada, 1998, ps. 7 y 8.

lar hecho respecto de las patentes (31), expone: “La verdadera justificación de la concepción territorialista de los derechos de propiedad industrial es de carácter económico. De hecho, la existencia y configuración de una determinada normativa sobre patentes sólo pueden explicarse a partir de una estructura económica competitiva y basada en una economía de mercado. Además, el particular desarrollo y los objetivos de política legislativa de cada Estado van a definir el contenido de los derechos de exclusiva y el grado de control que sobre éstos puedan efectuarse, actuando como un instrumento para lograr un determinado desarrollo tecnológico, acorde con las necesidades y objetivos de cada Estado. Asimismo, la compartimentación territorial asegura un contenido unitario de la patente dentro de cada Estado, introduciendo un valor de seguridad jurídica y de previsibilidad para todos los competidores que actúan en el mercado. De este modo, el principio de igualdad de condiciones de todos los competidores en el mercado (*par conditio concurrentium*) se convierte en una de las claves explicativas del régimen de protección internacional de los derechos de propiedad industrial. Precisamente estos datos justifican la interrelación existente entre el tratamiento de los derechos de propiedad industrial y otros sectores, como pueden ser el de la competencia desleal o el mismo régimen del derecho de la competencia”.

Por varios motivos, disentimos con este enfoque. En primer lugar, como suele suceder con las distintas facetas de aplicación del llamado principio de territorialidad, deja sin resolver las cuestiones centrales en materia de conflictos del derecho de marcas, pues no determina cuáles son los mercados comprendidos en la “territorialidad” de cierto derecho. ¿Serán los totalmente locales, los de demanda local, los de exportación, u otros? ¿Qué tratamiento se dará cuando otros Estados tienen también interés en los mismos mercados? ¿Qué conductas inciden sobre los mercados relevantes? ¿Qué derecho se aplica cuando un tribunal debe resolver respecto de una infracción que se desarrolla en el ámbito territorial de varios países?

(31) Es común tratar conjuntamente las reglas de determinación de la ley aplicable a las patentes y a las marcas; cfr., p. ej., ULMER, E., ob. cit., ps. 60 y ss. El paralelismo, sin embargo, tiene importantes limitaciones. Las leyes de patentes tienen reglas nacionales en materia de determinación del ámbito de aplicación de los derechos exclusivos de tales patentes derivados, que faltan en la legislación marcaria. Por otra parte, los aspectos de las conductas de mercado protegidos por marcas y por patentes, son sustancialmente diferentes, y ello incide sobre la extensión territorial a la que pueden aspirar tales derechos para ser efectivos. Las marcas buscan lograr cierto sistema distintivo eficaz, en los mercados del país que las protege; las patentes, cierto incentivo derivado de tales mercados, que puede ser afectado por el uso de la tecnología patentada en los mercados de ese país o de forma que incida sobre tales mercados.

En segundo lugar, olvida que los intereses económicos de los Estados no condicen con sus límites territoriales, y ello especialmente en materia de propiedad intelectual. En el campo de las marcas, éstas se dirigen a lograr un sistema coherente y eficaz de signos distintivos en sus mercados, y tal meta no está constreñida o protegida por los límites territoriales de los Estados. Cuando se habla de "sus mercados", éstos son no sólo los internos sino también aquellos de importación y de exportación, y estos dos últimos suponen conductas con un ámbito territorial multinacional. Además, debe tenerse en cuenta que el funcionamiento de los mercados de un país puede ser atacado —y ello sucede frecuentemente— mediante conductas originadas en el extranjero, como en los casos en que se coloca una marca en un producto, en un país X, para su exportación al país Y, donde esa marca está protegida.

Partiendo de la base de estos intereses económicos, cabe inferir que los distintos países que otorgan derechos relativos a marcas tienen también interés en dar efectividad a esos derechos respecto de actos que tienen lugar fuera de su territorio. Pero ello tropieza con problemas prácticos que inciden sobre el régimen de Derecho Internacional Privado aplicable en este campo.

Los problemas prácticos antes mencionados son los derivados del principio de territorialidad, particularmente en lo que hace a la posibilidad de efectuar actos compulsivos en los territorios de otros Estados (32). Supongamos que un país decide extender los efectos de sus marcas al territorio de otros países, estableciendo que la producción en tales países de artículos identificados con marcas protegidas en el primer país constituye una infracción sancionable. El país que así actúe puede tener múltiples intereses en tal protección: evitará la competencia de la fabricación de esos productos en el exterior y logrará preservar la identidad de las marcas protegidas, en sus mercados. Sin embargo, tropezará con obstáculos derivados de la imposibilidad de hacer efectivo compulsivamente su orden jurídico en el exterior. Mientras los agentes que explotan las marcas en el exterior carezcan de contactos suficientes en el país que pretenda aplicar extraterritorialmente sus marcas, tal aplicación sólo será posible a través del sistema jurídico aplicable en el territorio donde operan tales agentes, que puede resistirse —y normalmente se resistirá— a esa pretensión. Así, si se logra una sentencia en el país que ha registrado la marca, condenando a residentes en otro país, la ejecución de esa sentencia en este país puede tropezar con diversos obstáculos que la hagan imposible (33).

(32) Cfr. el apart. 3, *supra*.

(33) Así, el país en que se pretenda ejecutar la sentencia puede argumentar que cuenta ya con un régimen interno que determina las esferas de licitud y de ilicitud de la utilización de signos marcarios, el cual sería contradictorio con el que surgiría de la aplicación extraterritorial del régimen de marcas de otro país.

Debido a estas dificultades prácticas, la generalidad de los Estados del mundo ha limitado la aplicación extraterritorial de su derecho de marcas, restringiéndola a casos en que existen contactos significativos con el país de cuyo derecho se trate. El mecanismo utilizado para la protección de los intereses de esos países ha sido el de los acuerdos internacionales, mediante los cuales se requiere que las legislaciones nacionales establezcan un mínimo de protección para las marcas. Es más, dichos acuerdos internacionales tienden a crear obstáculos a la aplicación extraterritorial del derecho de marcas (34).

7. LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO DE MARCAS APLICABLE EN LOS RÉGIMENES POSITIVOS

La metodología universalmente utilizada para determinar el derecho de marcas aplicable a cierta conducta es la siguiente. El derecho nacional de marcas —recordemos que no hay marcas universales, y que las marcas multinacionales tienen también un ámbito territorial limitado— determina cuáles son las conductas comprendidas en los derechos exclusivos del titular de la marca. Si una conducta resulta comprendida en ese ámbito, quedará sujeta a las consecuencias derivadas de la existencia de

También debe tenerse en cuenta que una marca puede tener un titular en el país importador, y otro distinto e independiente en el país exportador; aunque existen ciertas restricciones respecto de esta posibilidad —particularmente, las derivadas de las normas nacionales e internacionales en materia de marcas notorias—, la posibilidad de esta inconsistencia es mucho más intensa que en el campo de las patentes.

La sentencia extranjera será así no ejecutable, por ser contraria al orden público del país donde se pretende la ejecución.

(34) En particular, el régimen de la OMC limita las discriminaciones que pueden formularse a las importaciones provenientes de distintos países. Por lo tanto, cuando países como los Estados Unidos pretenden imponer sanciones derivadas de la aplicación extraterritorial de su derecho de propiedad industrial, por vía de la restricción de importaciones, tropiezan con las prohibiciones derivadas del sistema de la OMC. Éste permite imponer ciertas restricciones como sanciones, pero en los casos y bajo el procedimiento que allí se establece.

Bastante más dudoso es que la aplicación extraterritorial del derecho de marcas, con la posible extensión que se expone en este apartado, sea una violación del Derecho Internacional Público consuetudinario. Mientras no haya aplicación extraterritorial de actos coactivos, no hay una violación inmediata de ese derecho. Por otra parte, conductas llevadas a cabo en el exterior, como las expuestas en el presente apartado (cfr. el texto correspondiente a la n. 33, *supra*), tienen efectos significativos sobre el territorio del país en que se ha registrado la marca con pretendido alcance extraterritorial, pues privan al titular de esa marca de ciertos ingresos y crean una competencia adicional en los mercados internacionales. Esos efectos, en la doctrina del caso "Lotus" (cfr. la n. 10, *supra*), pueden ser alcanzados por el derecho del país en que se manifiestan.

esos derechos exclusivos, y si no está así comprendida, no le serán aplicables esas consecuencias.

Debe observarse, sin embargo, que en materia de marcas la determinación de los derechos derivados de la marca registrada es mucho menos precisa que en materia de patentes. Respecto de éstas, normas tales como el art. 8° de la Ley de Patentes establecen y enumeran expresamente los tipos de conductas, inclusive en el plano internacional, que violan la patente local. En cambio, en materia de marcas las legislaciones se limitan a otorgar en forma general derechos exclusivos y de propiedad sobre la marca, y es la jurisprudencia la que debe fijar los límites concretos de esos derechos (35). Ello plantea múltiples problemas, algunos esencialmente internos y otros de índole internacional. En el plano interno, debe distinguirse entre los usos marcarios y no marcarios de los signos protegidos; sólo los primeros dan lugar a los derechos exclusivos del titular, sin perjuicio de que los segundos puedan ser ilícitos, particularmente bajo el régimen de competencia desleal. Así, el uso de una marca con fines didácticos o literarios no es uso marcario. En el plano internacional, debe establecerse cuál es el efecto sobre los mercados del país donde la marca está protegida, que cabe considerar violatorio de los derechos sobre esa marca. Así, la mera utilización de una marca en un país extranjero no es violación de los derechos sobre la marca donde ésta esté registrada; tanto más debe ello ser así teniendo en cuenta que esa marca puede tener un distinto titular en el país en que se usa. Cada país determina, generalmente por vía jurisprudencial, cuál es el grado de impacto sobre sus mercados que hace aplicables los derechos exclusivos derivados de su sistema de marcas.

Este mecanismo se asemeja más al de la aplicación internacional del Derecho Penal que a los comunes en el Derecho Internacional Privado, pese a que la ubicación del derecho de marcas en la enciclopedia jurídica coloca a tal mecanismo en el Derecho Internacional Privado (36).

(35) En algunos sistemas, como el francés, la legislación es relativamente explícita en cuanto a los derechos otorgados a favor de los titulares de marcas registradas; cfr. los arts. L 713-1 y ss. del Código francés de la Propiedad Intelectual. El sistema argentino vigente es especialmente parco sobre el tema.

El acuerdo TRIP pone de manifiesto las dificultades del tema. Mientras que en materia de patentes ese acuerdo es relativamente preciso y explícito respecto de los efectos, en un contexto internacional, que dan lugar a la aplicación de los derechos derivados de una patente —art. 28—, en materia de marcas, al delimitar los derechos conferidos a sus titulares —art. 16—, se limita a referirse a la utilización de esos signos “en el curso de operaciones comerciales”, sin establecer qué relación deben tener tales operaciones con los mercados o el territorio del país donde se otorga la protección.

(36) Sin embargo, como se expondrá *infra*, en ciertos casos deben ser tenidas en cuenta las reglas del Derecho Penal Internacional.

La aplicación de este mecanismo lleva, tanto en el derecho argentino como en el derecho comparado, a extender los efectos de los derechos del titular de la marca a conductas ubicadas fuera del territorio del Estado que ha otorgado la marca (37). Sin embargo, ello no constituye una violación de la regla de territorialidad, antes examinada en el presente estudio, pues tal aplicación material del derecho de marcas no implica la realización de actos judiciales o coercitivos fuera del territorio nacional (38).

Así, por ejemplo, si se produce en el país A un producto identificado con una marca registrada en el país B, el derecho de marcas de B normalmente alcanzará y sancionará esa conducta, cuando se ve acompañada por la importación del bien así producido al país B. Ciertos aspectos físicos de la violación de la marca registrada en B tienen lugar en el país A; sin embargo, basta con que se produzcan ciertos efectos en B —la comercialización del producto fabricado en el exterior— para que sean plenamente aplicables el derecho de marcas de B y los derechos subjetivos de él derivados.

Discutir si en este caso existe aplicación territorial o extraterritorial del derecho de marcas es retrotraer el grado de avance del derecho comparado en esta materia. La regla de territorialidad, en materia de juris-

(37) Cfr. la n. 35, *supra*. Aun sistemas como el francés, relativamente explícitos en la materia, no efectúan una formulación exhaustiva, aplicable en el plano internacional, respecto de los actos violatorios de los derechos exclusivos sobre la marca.

En el derecho argentino, la falta de una regla explícita sobre el tema, comparable al art. 8° de la Ley de Patentes, obliga a utilizar un criterio basado en los mercados relevantes para el cumplimiento de la función distintiva de las marcas. Los mercados puramente internos y los de importación, son mercados en los que el sistema local de marcas es el mecanismo fundamental para ordenar el régimen de signos distintivos. Respecto de los mercados de exportación, existe un evidente interés del país exportador en la función distintiva de las marcas utilizadas respecto de los productos exportados, pero cuando éstos son ya comercializados en el exterior tal interés cede ante la necesidad de operar en el marco del sistema de signos distintivos del país importador. Por otra parte, los efectos de las marcas del país exportador, respecto de los productos exportados, tienden a limitarse en el derecho comparado, a los actos realizados dentro del territorio de ese país.

Estas distinciones se manifiestan en el marco del régimen de agotamiento internacional del derecho de marca. Cuando un producto se comercializa con cierta marca, en el país X, proviniendo de un país Y, donde la marca pertenece al mismo titular, el derecho de marcas del país Y determina la validez de los actos realizados en su territorio, y sobre la base de esos actos, el derecho de marcas del país X determina, en función de su régimen marcario, que también incluye a las reglas sobre agotamiento internacional, la licitud o ilicitud de los actos que tengan lugar en el territorio de ese país importador.

(38) Distinta es la cuestión de si todos los marcos territoriales de aplicación del derecho de marcas son acordes con el Derecho Internacional o susceptibles de reconocimiento por otros Estados, cuestión que será analizada más adelante en el presente estudio.

dicción normativa, es un criterio tosco y primitivo, y particularmente impreciso e ineficaz respecto de operaciones con efectos multinacionales complejos, que son justamente las que plantean cuestiones de interés en materia de determinación del derecho aplicable. Debido a esa imprecisión del concepto de territorialidad y a la complejidad de las relaciones jurídicas multinacionales relativas a la explotación de las marcas, es que el derecho comparado de marcas ha desarrollado un sistema de reglas en virtud del cual cada derecho nacional de marcas determina su alcance material. Decidido cuál es el derecho nacional invocado, no es preciso efectuar el generalmente arduo o imposible trabajo de ubicar territorialmente las conductas hipotéticamente alcanzadas por ese derecho, pues éste determina ya unilateralmente su alcance. Sobre la base del llamado principio de protección (39), en caso de supuesta infracción a una marca, se invoca el derecho nacional bajo el cual la marca se encuentra registrada o de otra forma protegida, y ese derecho nacional es el que determina el campo de aplicación de los derechos relativos a tal marca (40).

Aunque el mecanismo precedentemente descripto es el generalmente utilizado en la práctica y cuenta con el apoyo de la doctrina (41) y de la jurisprudencia comparadas (42) no tiene, generalmente, recepción legislativa (43). Ciertamente, se ha intentado derivarlo del Convenio de París, y particularmente de su regla de trato nacional (44), pero como se ha expuesto anteriormente, consideramos que esa interpretación no es correcta (45). El Convenio de París requiere que, determinada la protección aplicable bajo cierto régimen nacional, incluyendo sus reglas de Derecho Internacional Privado, no podrá discriminarse entre titulares nacionales y extranjeros; pero no dice cuáles son esas reglas de Derecho

(39) También llamado de aplicación de la *lex protectionis*.

(40) Cfr. FENTIMAN, R., ob. cit., ps. 143 y 144; ULMER, E., ob. cit., ps. 12 y ss.

(41) Cfr. BOUCHE, N., ob. cit., ps. 358 y ss. (observando que es prácticamente unánime el apoyo doctrinal a estas reglas); ULMER, E., ob. cit., ps. 12 y ss., y 72 y ss.; FENTIMAN, R., ob. cit., ps. 143 y ss. (exponiendo el consenso existente respecto de la utilización del principio de protección, aunque con ciertas objeciones de *lege ferenda* a tal principio).

(42) Cfr. los fallos cit. por BOUCHE, N., ob. cit., p. 358 y ss. Cfr. asimismo KONO, T., "Recent judgments in Japan on intellectual property rights, conflict of laws and international jurisdiction", en DREXL, J. - KUR, A., *Intellectual property and private international law...*, cit., ps. 229 y ss.

(43) Cfr. BOUCHE, N., ob. cit., ps. 366 y ss., donde se exponen algunas de las reglas legislativas existentes en la materia. El Reglamento 864/2007 del Parlamento y del Consejo Europeo, relativa al derecho aplicable a las obligaciones no contractuales, prevé —en su art. 8º— expresamente la aplicación del derecho del país para el que se reclama protección, a las obligaciones extracontractuales resultantes de la infracción de un derecho de propiedad intelectual.

(44) Cfr. BOUCHE, N., ob. cit., ps. 539 y ss.

(45) Cfr. el apart. 4º, *supra*.

Internacional Privado, lo cual no es sorprendente pues el Convenio de París no es ni pretende ser una codificación omnicompreensiva del derecho de la propiedad industrial. Desde este punto de vista, el texto del Convenio de París contrasta vivamente con el del Convenio de Berna, sobre derechos de autor, donde sí se encuentra una regla explícita en materia de determinación del derecho aplicable, que también es la basada en el derecho cuya protección se invoca (46).

La debida comprensión de las reglas aquí analizadas requiere distinguir las de otras a las que son a veces incorrectamente asimiladas.

a) Es común en la doctrina que se asimile la aplicación del principio de protección a la de la regla de territorialidad (47). Existen múltiples errores en esta aplicación. La regla de territorialidad requiere ubicar físicamente los hechos hipotéticamente regidos por cierto derecho de marcas, aplicándose éste si esos hechos se ubican en el territorio nacional del país que ha dictado ese derecho. En cambio, el principio de protección, parte de la selección o invocación de un sistema de marcas, siendo luego éste el que determina el alcance de su protección, que normalmente incluirá consideraciones de territorialidad y de otro tipo. Así, por ejemplo, en el caso de importaciones de productos manufacturados identificados con una marca registrada, el principio de territorialidad requeriría ubicar ese conjunto de conductas en un territorio determinado, lo cual implica un alto grado de arbitrariedad (48), pues ese conjunto tiene en realidad relaciones con múltiples jurisdicciones. El principio de protección, por el contrario, determina si, una vez invocada la tutela de la ley de cierto país, tal ley extiende los derechos bajo ella otorgados a las conductas alegadas; ya la propia ley ha hecho el "trabajo" (49) de determinar su alcance (50).

(46) Cfr. el art. 5º, párr. 2º, del Convenio de Berna ("la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se registrarán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección").

(47) Cfr. BOUCHE, N., ob. cit., *passim*.

(48) Cfr. el apart. 3º, *supra*.

(49) Hay importantes razones de economía procesal para la metodología utilizada por el principio de protección. En lugar de tener que determinar en cada caso cuál es el país con que cierto tipo de conductas tiene mayores contactos, el legislador y la jurisprudencia han ya determinado —en una tarea prolongada y compleja— cuál es el alcance que se pretende dar a la protección otorgada bajo el derecho de marcas. Desde este punto de vista, el derecho de marcas proporciona una delimitación mucho más elaborada, compleja y precisa que la que podría derivarse del Derecho Internacional Privado, en base a una pretendida regla de conflicto basada en la territorialidad. Recuérdese que los problemas de interés se plantean justamente en los casos en que ciertas conductas tienen relación con los territorios de varios países.

(50) Cfr. la n. 37, *supra*. Por las razones expuestas en el texto, resulta importante no adoptar una terminología que confunda el principio de protección y el

b) Tampoco es correcto asimilar el principio de protección a la aplicación de la *lex fori* (51). Es cierto que, en la mayor parte de los casos, coincide la identidad de la *lex fori* y de la *lex protectionis* (52). Sin embargo, conceptual y prácticamente existen diferencias entre ambas ideas. Cuando se plantea, ante el tribunal de un Estado, un conflicto respecto de la hipotética violación de marcas fuera de ese Estado, la regla de la *lex fori* obliga a determinar la existencia de tal violación sobre la base del derecho de tal Estado. En cambio, en igual caso, si se aplica la *lex protectionis*, las partes podrán invocar la existencia de una marca registrada o protegida en el extranjero, siendo el derecho del país donde la marca está registrada o protegida el que determine la existencia o no de tal violación (53).

c) Asimismo, debe distinguirse entre la *lex protectionis* y la *lex loci delicti* (54). Estos conceptos también difieren entre sí práctica y teóricamente. La *lex protectionis* se aplica a todos los aspectos jurídicos de la marca —con el alcance que se analizará más adelante— y no sólo a su violación (55). Por otra parte, la *lex protectionis* se basa en la invocación de un derecho de marcas, que determina el ámbito de las conductas comprendidas bajo los derechos exclusivos del titular de la marca; en cambio, la *lex loci delicti* parte de la ubicación territorial de ciertas conductas que, como hemos expuesto en el apart. 3, *supra*, puede no arrojar resultados definidos, debido justamente a que los casos en que debe determinarse el derecho aplicable son aquellos donde la conducta exa-

de territorialidad. El principio de protección no se basa en la ubicación física de ciertos hechos —sin perjuicio de que ello sea relevante, una vez determinado el derecho aplicable—, sino en la invocación de cierto derecho, que unilateralmente establece el marco de su protección. Por lo tanto, no es correcto hablar, para describir el derecho positivo en esta materia, de *lex loci protectionis*, pues el sistema vigente no se basa en identificar un lugar determinado, para establecer el derecho-aplicable a los hechos ubicados en ese lugar. Lo correcto es hablar de *lex protectionis* (cfr. FENTIMAN, R., ob. cit., *passim*) o utilizar expresiones equivalentes (como “país de protección” o *Schutzland*, que es la expresión que emplea ULMER, E., ob. cit., *passim*). Cfr. BOUCHE, N., ob. cit., p. 375, criticando el uso de la expresión *lex loci protectionis*.

(51) Cfr. BOUCHE, N., ob. cit., ps. 372 y ss.

(52) Cfr. TROLLER, A., *Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*, cit., p. 48.

(53) En un ejemplo dado por BOUCHE, N., ob. cit., p. 373, si un juez francés tiene competencia respecto de una demanda interpuesta por un súbdito alemán, alegando violación de derechos de propiedad intelectual en Alemania, derivados de la ley alemana, y reclamando la indemnización de daños y perjuicios, contra un súbdito francés con bienes en Francia, la *lex protectionis* lleva a utilizar en tal caso la ley alemana, por el juez francés, para determinar si ha habido o no violación de los derechos de propiedad intelectual invocados.

(54) Cfr. BOUCHE, N., ob. cit., ps. 375 y ss.

(55) Id., p. 375.

minada tiene contactos relevantes con múltiples jurisdicciones. El derecho de marcas, y el principio de protección que lo ilustra, parte de la premisa de que es ese derecho el que determina su alcance, sin necesidad de tener que determinar caso por caso una ubicación territorial única para las conductas con presencia en múltiples jurisdicciones.

Podría sostenerse que el principio de protección es en realidad carente de contenido o una mera tautología; ese principio podría expresarse como que el derecho (subjetivo) del titular de la marca está protegido y determinado por el derecho (objetivo) que lo protege y determina. Sin embargo, ello no es así, pues la expresión correcta del principio analizado es que el derecho del titular de la marca tiene el alcance del derecho que éste invoca, derecho que puede o no otorgar protección a tal titular. El contenido material del principio de protección se advierte cuando se comparan sus resultados con otros principios, utilizados o propuestos en el derecho comparado. Tómese así el caso en que debe determinarse el derecho aplicable a la cuestión relativa a si cierta persona es titular de una marca, sujeta a trámites de registro, respecto de la cual existen varias pretensiones contrapuestas de titularidad. Supongamos que la persona en cuestión es un nacional del país A, que ha solicitado un registro de marca en el país B. Si se aplica el derecho de la nacionalidad u origen del solicitante, será el derecho de A el aplicable a la cuestión. Si se utiliza la *lex fori*, el derecho aplicable será función del Estado al que corresponda el tribunal que dirima la cuestión. Si se utiliza la *lex loci protectionis* debe determinarse una ubicación unívoca para las relaciones jurídicas objeto del litigio. Pero si se utiliza la *lex protectionis*, se está invocando el otorgamiento o titularidad de derechos otorgados o a otorgarse por B, y será el derecho de B el que determinará los derechos relativos a la titularidad de la marca. Vemos entonces que son posibles varios sistemas de determinación del derecho aplicable, que arrojan resultados potencialmente distintos, y que el régimen de la *lex protectionis* es uno entre varios posibles sistemas.

También podría sostenerse que el principio de protección no soluciona adecuadamente los casos, crecientemente frecuentes en la actualidad, en que son potencialmente aplicables múltiples derechos de marcas (56). Así, supóngase que una persona X registra una marca en los países W, Y y Z. El titular X entiende que la conducta de una persona N viola los derechos derivados de tales registros. La utilización de la *lex protectionis* no unifica, ni prevé o permite mecanismos de unificación, para tratar tales casos. X tendrá una pretensión y, en su caso, un derecho, bajo el régimen de W; otro, bajo el régimen de Y, y un tercero, bajo el régimen de Z. Bajo cada uno de esos regímenes se determinará si existe una violación de sus derechos de propiedad industrial y la eventual indemnización u otras consecuencias. Este resultado es concreto y unívoco, y

(56) Cfr. FENTIMAN, R., ob. cit., ps. 144 y ss.

refleja la conformación actual del derecho de marcas en el mundo, pero no puede desconocerse que presenta dificultades prácticas. En primer lugar, por motivos de jurisdicción judicial, y no ya de determinación del derecho aplicable, es probable que sea necesario en tales casos entablar tantos juicios como países existan donde se hayan violado los derechos respecto de una marca. En segundo lugar, la *lex protectionis* no proporciona medio alguno para unificar el derecho aplicable, de considerarse ello conveniente. Por último, se plantea la posibilidad de que bajo cada sistema se computen los mismos daños, multiplicando indebidamente la indemnización al actor; la *lex protectionis* no proporciona soluciones para esos casos.

Salvados casos como los expuestos en el párrafo anterior, que indudablemente no encuentran en el derecho comparado actual una solución satisfactoria, el sistema de *lex protectionis* presenta múltiples ventajas en su aplicación. Posibilita que los mercados de cada país estén regidos por un sistema de marcas unívoco, en lugar de enfrentar a los agentes que operan en tales mercados con la necesidad de determinar, bajo una pluralidad de sistemas de marcas nacionales, los derechos exclusivos que pueden oponerse a sus actividades (57). Evita las complicaciones e imprecisión que requeriría la ubicación territorial unívoca de operaciones internacionales complejas.

No obstante, no puede dejar de observarse que el principio de protección presenta ciertas deficiencias que tienden a agudizarse conforme avanza la internacionalización de las relaciones económicas. La falta de un criterio unificador, cuando resultan aplicables bajo ese principio múltiples leyes nacionales, conduce —juntamente con las reglas sobre jurisdicción judicial generalmente aplicables— a la multiplicación de procesos, regidos por leyes diversas, sin que exista, bajo el citado principio, un mecanismo unificador (58). Ello puede conducir no sólo a sen-

(57) Ciertamente, cuando se efectúen exportaciones, será necesario tener en cuenta el régimen de marcas del país al cual se exporta; pero esto es una consecuencia inevitable del hecho de operar en diversos mercados nacionales.

(58) Se han intentado, en el plano doctrinal y en el sistema comunitario europeo, mecanismos unificadores de la determinación de la ley aplicable, cuando existen procesos que involucran al derecho de marcas de varios países, pero tales esfuerzos se han limitado, en general, a propuestas teóricas o a las situaciones especiales creadas en los sistemas comunitarios.

El American Law Institute, en *Intellectual property: Principles governing jurisdiction, choice of law, and judgments in transnational disputes*, cit., ha propuesto, a nivel doctrinal, ciertas reglas para unificar el derecho aplicable, en casos multinacionales complejos (cfr. en particular su art. 321). Tales reglas se basan en la evaluación de distintos elementos de las actividades analizadas, con el fin de determinar el Estado con una conexión más estrecha con la disputa. Entre esos elementos se incluyen los lugares de residencia habitual de las partes, el lugar en el que las partes se han relacionado entre sí; las actividades e inversiones de los

tencias incoherentes entre sí, sino también a grandes dificultades para tener en cuenta, en cada proceso, los resultados de los restantes, lo que puede llevar a la pérdida de elementos probatorios y al cómputo equivocado de los daños y perjuicios establecidos en los distintos procesos (59).

8. EL CAMPO DE APLICACIÓN DE LA *LEX PROTECTIONIS*

En el presente apartado se examinará el ámbito jurídico en que encuentra aplicación la *lex protectionis*, identificada del modo descrito en el apartado inmediatamente precedente.

Se trata de una cuestión común a toda regla de Derecho Internacional Privado. Determinado que una norma se aplica a cierta relación jurídica con elementos multinacionales, debe establecerse cuáles son los límites de tal relación y cuáles de sus elementos quedan regidos por la mencionada norma. En el caso del régimen de marcas, encontramos que éste presenta múltiples aspectos: el procedimiento de registro de la marca; su protección mediante el mero uso; la determinación de los elementos necesarios para el registro; la determinación del titular de la marca; la delimitación de los derechos exclusivos derivados de la marca; el establecimiento del procedimiento, acciones y medidas cautelares relativos a la efectivización de los derechos del titular de la marca; los daños y perjuicios y demás consecuencias derivadas de la violación de los derechos relativos a la marca; la transferencia de los derechos sobre la marca, etcétera. No es inmediatamente evidente que todos estos aspectos se rijan por la *lex protectionis*, y de hecho, como se verá en el presente apartado, existen fuertes diferencias tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada (60) respecto de los límites del campo de aplicación de esa ley.

a) *Requisitos subjetivos para la obtención de derechos sobre una marca.* Los regímenes de marcas establecen diversas reglas relativas a los requisitos subjetivos que deben reunirse para el registro de la marca. Así, pueden requerir el uso o la intención de uso, o ciertas actividades comerciales, o prever que el registro corresponda al primer solicitante, y que incluyan reglas para la determinación de estos extremos. Pueden tam-

titulares de derechos, y los mercados a los que se dirigen las actividades de las partes. Este tipo de evaluaciones, comunes en el Derecho Internacional Privado estadounidense contemporáneo, tiene el inconveniente de no arrojar resultados precisos y predecibles.

Cfr. asimismo DREXL, J., "The proposed Rome II Regulation: European choice of law in the field of intellectual property", en DREXL, J. - KUR, A., *Intellectual property and private international law*, cit., p. 151.

(59) Cfr. al respecto FENTIMAN, R., ob. cit., ps. 143 y ss.

(60) En la legislación comparada son escasos los antecedentes en esta materia.

bién incluir reglas respecto de la capacidad de las personas jurídicas para ser titulares de las marcas, etcétera.

Existe, en general, consenso, respecto de que estos requisitos se determinan conforme a la *lex protectionis* (61). Esto implica que si se pretende el derecho a cierto registro, o a su validez, será eficaz el derecho del Estado donde deba efectuarse el registro aplicable al caso (62).

Aun partiendo de esta premisa, existen ciertas áreas dudosas en cuanto a la determinación del ámbito de aplicación de la *lex protectionis*. Así, una vez establecido, por esa ley, que las personas físicas o las jurídicas pueden ser titulares de registros marcarios, la capacidad del posible titular será determinada por la ley que, conforme al Derecho Internacional Privado aplicable al caso, rijan la capacidad de tales personas (63).

También debe distinguirse entre las reglas aplicables a la titularidad originaria de la marca y las relativas a los actos que tengan por objeto derechos respecto de la marca o de solicitudes de registro. El primer conjunto de reglas se encuentran comprendidas en el ámbito de aplicación de la *lex protectionis*, mientras que las segundas se rigen por las reglas del Derecho Internacional Privado del foro relativas a contratos o al tipo de acto de que se trate (64).

La distinción, sin embargo, plantea múltiples dificultades al ser aplicada. Así, es común que las leyes de marcas incluyan ciertas reglas respecto de las condiciones y efectos de los contratos relativos a esos derechos de propiedad industrial. Pueden así establecer los requisitos para el otorgamiento de licencias —legitimación, inscripción, etc.—, o respecto de los efectos de las licencias (65), etcétera. En estos casos, debe determi-

(61) Cfr. FAWCETT, J. J. y TORREMANS, P., ob. cit., ps. 520 y 521; BOUCHE, N., ob. cit., ps. 431 y ss.

(62) Cfr. American Law Institute, *Intellectual property...*, cit., art. 311, previendo, sin embargo, que si el objeto de los derechos emergentes de un registro surgen de relaciones contractuales o de otra forma preexistentes, "el título inicial se rige por la ley que gobierne esas relaciones".

(63) Así, en el caso de sociedades, la ley del país en que se haya constituido la sociedad, si se aplica el Derecho Internacional Privado argentino.

(64) Cfr. American Law Institute, *Intellectual property...*, cit., art. 315 y *passim*; previendo que para los actos relativos a transferencia de derechos de propiedad intelectual se aplica la ley que hayan acordado las partes, y en su defecto la del Estado con la que el contrato tenga los contactos más estrechos, presumiéndose que el Estado donde el cedente o licenciante tenga su residencia habitual cumple este último requisito. Otros sistemas de Derecho Internacional Privado utilizan otros criterios para determinar la ley aplicable a esos actos, en ausencia de acuerdos entre las partes; cfr. p. ej. ULMER, E., ob. cit., ps. 83 y ss.

(65) (65) Cfr., p. ej., los arts. L. 714-1 y ss. del Código de la Propiedad Intelectual francés.

narse si tales reglas forman parte del régimen de la *lex protectionis* o de la ley que rija al contrato o acto de que se trate.

Varias soluciones son posibles en esta materia (66). Una consiste en utilizar como criterio de distinción entre unas y otras reglas el que estén incluidas en la legislación de marcas; sólo las allí incluidas estarían regidas por el principio de *lex protectionis*. Pero ello no es un buen enfoque, pues el legislador no decide la inclusión o no de reglas sobre actos relativos a patentes, en la legislación respectiva, en función de su encuadramiento jurídico preciso, sino generalmente por razones de conveniencia expositiva o de negociación en el marco del proceso parlamentario.

Una segunda posibilidad se basa en la distinción entre los llamados efectos obligacionales y reales de los actos relativos a marcas, siendo, a grandes rasgos, efectos obligacionales los que tienen lugar entre las partes, y reales los que se extienden a terceros. Si bien esta distinción tiene cierto valor (67), se basa en calificaciones propias de ciertos sistemas jurídicos, particularmente el alemán y los que siguen sus lineamientos, que no es fácil ni fundado trasladar a otros regímenes (68).

Otra posibilidad consiste en recurrir a la *lex protectionis*, con el fin de que ésta determine qué materias se encuentran regidas por sus disposiciones (69). Pero este procedimiento adolece de dificultades similares a las indicadas respecto de la primera posibilidad examinada (70). Las leyes de marcas no son tratados jurídicos que establezcan si sus normas deben ser encuadradas como reglas relativas a los extremos subjetivos para el otorgamiento y goce de marcas o como reglas sobre actos relativos a marcas.

A nuestro entender estamos primariamente ante un problema de calificaciones, que deberá resolverse generalmente sobre la base de la *lex fori*. Deberá tenerse en cuenta, sin embargo, que ciertas cuestiones deberán ser necesariamente regidas por la *lex protectionis* con el fin de dar efectividad a las reglas que se apliquen. Así, por ejemplo, los requisitos de registro de los actos relativos a marcas, para que sean efectivos frente a terceros, se regirán por la *lex protectionis*, pues en caso contra-

(66) Cfr. ULMER, E., ob. cit., ps. 89 y ss.

(67) En particular, no parece posible que un contrato, interpretado conforme a cierto sistema jurídico, tenga efectos frente a terceros que la *lex protectionis* no prevé o admite. El campo de los efectos frente a terceros es un típico aspecto del derecho de la propiedad industrial, derivado de los efectos *erga omnes* de esos derechos, y que no puede surgir mediante la mera contratación entre las partes.

(68) Cfr. JIMÉNEZ BLANCO, P., ob. cit., ps. 235 y ss.

(69) Íd., ps. 237 y ss.

(70) Cfr. la n. 66, *supra*, y el texto a ella correspondiente.

rio los organismos administrativos a cargo de la aplicación de esa ley no procederán, normalmente, a registrar el acto; los efectos de las cesiones, licencias, y otros actos, frente a terceros, también excederán del marco puramente contractual, y deberán regirse generalmente por la *lex protectionis* (71).

b) *Requisitos objetivos para la protección de la marca*. La determinación del derecho aplicable a tales requisitos se ve complicada por la coexistencia, hoy en día generalizada — con diversas variantes — en el derecho comparado, de la posibilidad de proteger las marcas mediante su registro y mediante su uso (72).

Tratándose de marcas registradas, existe consenso respecto de que la determinación de estos requisitos se efectúa sobre la base de la *lex protectionis* (73). En consecuencia, si se solicita el registro de una marca en la Argentina, o si se pretende que el registro de una marca en la Argentina es válido, será la ley de nuestro país la que determinará si se han reunido los extremos objetivos requeridos para el otorgamiento de ese registro.

Tratándose de derechos adquiridos mediante el uso, el elemento determinante es el lugar donde tiene lugar tal uso (74). Pero ello requiere determinar, en tal contexto, qué se entenderá por uso; en especial debe determinarse si el uso es la fijación de la marca al bien identificado o su empleo frente al público, cumpliendo una función distintiva y generando una identidad y un valor de atracción. El criterio predominante es el segundo (75), o sea que será el país en cuyos mercados se emplee la marca con valor distintivo aquel cuyo derecho será aplicable para determinar los requisitos objetivos para la protección de la marca mediante su uso (76)

(71) Cfr. ULMER, E., ob. cit., ps. 94 y ss. Cfr. asimismo JIMÉNEZ BLANCO, P., ob. cit., p. 239.

(72) La protección no es igual en uno y otro caso. Así, bajo el derecho argentino, las marcas no registradas pueden constituir marcas de hecho, con limitaciones respecto de distintos aspectos de su protección, como son la prueba de titularidad, el acceso a medidas precautorias y las sanciones penales por infracción.

(73) Cfr. American Law Institute, *Intellectual property...*, cit., p. 206; FAWCETT, J. J. - TORREMANS, P., ob. cit., ps. 520 y 521. Debe tenerse presente, sin embargo, que el American Law Institute no utiliza, estrictamente, el régimen de la *lex protectionis* sino el de la ley del lugar donde se ha efectuado el registro del cual surge el derecho correspondiente, al menos en los casos de derechos, como las patentes y las marcas registradas, que dependen de tal registro. Pero las consecuencias son las mismas que se indican en el texto.

(74) Cfr. American Law Institute, *Intellectual property...*, cit., p. 209.

(75) Íd.

(76) Tómese así el siguiente caso. Una empresa A registra la marca X en la Argentina, y comercializa productos, con esa marca, en los Estados Unidos. Los requisitos para el registro de la marca, en la Argentina, se registrarán por el derecho

c) *Procedimiento de registro*. Las distintas cuestiones relativas al procedimiento de otorgamiento de registros de marcas se rigen por la *lex protectionis* (77). Si se solicita un registro marcario —puesto en otros términos, si se solicita la protección de cierto régimen de marcas— será el derecho del país donde se producirá el registro el que determine el procedimiento aplicable. Si se debe determinar si un registro, efectuado en cierto Estado, es válido, deberá establecerse bajo el derecho de ese Estado si se han cumplido los requisitos formales y de procedimiento aplicables.

d) *Derechos relativos a la marca*. Existe consenso respecto de que los derechos otorgados al titular de la marca son determinados por la *lex protectionis* (78).

Este aspecto constituye el eje de la aplicación del régimen de marcas en el marco internacional. Cada sistema de marcas determina su ámbito de aplicación; sin embargo, como se ha expuesto precedentemente (79), y a diferencia de lo que sucede en materia de patentes, el alcance de los derechos exclusivos otorgados respecto de las marcas no es determinado —generalmente— con precisión por la legislación, siendo trazado por la jurisprudencia y la doctrina sobre la base de la función distintiva de las marcas (80). Pero, de todas formas, la existencia de un ámbito de aplicación para los derechos exclusivos respecto de las marcas hace innecesario aplicar otros criterios de Derecho Internacional Privado —más allá de la regla consistente en la utilización de la *lex protectionis*— para establecer las conductas comprendidas en el *ius prohibendi* del titular de esos derechos.

Obsérvese que la consecuencia de este marco de aplicación de la *lex protectionis* es que un mismo conjunto de hechos pueden estar regidos simultáneamente por distintas leyes de marcas. Así, por ejemplo, si una marca es registrada en los países A y B, y se fabrica luego en A un producto que se exporta a B, donde se comercializa, llevando la marca así registrada, tanto el derecho de A como el de B pueden resultar aplicables al caso sobre la base de la aplicación del principio de *lex protectionis*. Conforme a la aplicación de la regla de *lex protectionis* no es preciso ni correcto “elegir” en estos casos una única ley de marcas aplicable, sino que existirá una infracción contra la marca registrada en A y una infracción contra la marca otorgada

argentino; los requisitos para la protección de la marca sobre la base de su uso, en los Estados Unidos, se regirán por el derecho estadounidense.

(77) Cfr. BOUCHE, N., ob. cit., p. 441; FAWCETT, J. J. - TORREMANS, P., ob. cit., p. 520.

(78) Cfr. BOUCHE, N., ob. cit., p. 446 y ss.; FAWCETT, J. J. - TORREMANS, P., ob. cit., p. 520; ULMER, E., ob. cit., ps. 74 y ss.

(79) Cfr. la n. 37, *supra*. Cfr. asimismo ULMER, E., *loc. cit.*

(80) Íd.

en B, y las consecuencias de tal infracción se determinarán, respectivamente, conforme a los derechos de A y de B (81).

Varios ejemplos permiten ilustrar estos mecanismos jurídicos. Tómese el caso descrito en el párrafo precedente. Podría argumentarse que sólo el derecho de B debería ser aplicado, pues es allí donde la marca cumple su función típica. Sin embargo, el titular de la marca puede tener interés legítimo en ser el único, en A, autorizado para utilizarla respecto de los productos a los que alcanza el registro marcario pertinente, y ello, inclusive, puede ser relevante en los mercados de exportación en los que no existan registros marcarios, pues puede ser la conjunción de la marca y el origen del producto lo que lo haga atractivo en esos mercados (82).

En un segundo ejemplo, supongamos que un producto se fabrica en A, pero nunca llega a venderse, ni localmente ni en el exterior. En ese caso, será el derecho de A el que establecerá si la mera fabricación, con la marca como signo distintivo, es suficiente para violar los derechos exclusivos sobre esa marca, lo cual normalmente será el caso, pues la fabricación está generalmente destinada a la comercialización, y —como se expuso en el párrafo precedente— tanto la venta en el mercado local como la exportación son suficientes para violar los derechos exclusivos sobre la marca (83).

Supongamos que un producto se fabrica en M, identificado con una marca T, que no está allí protegida. Luego se exporta a N, donde la marca está registrada. Si el titular de la marca invoca el derecho de M, no tendrá protección alguna. Si invoca el de N, la tendrá en la medida en que, como normalmente será el caso, la protección alcance a la comercialización de productos importados.

(81) Es una solución similar a la que tiene lugar en el ámbito penal cuando se producen infracciones contra las normas penales de varios Estados, en función de las reglas relativas a su aplicación internacional. La diferencia está en que, en materia penal, el llamado principio de solidaridad entre jurisdicción judicial y legislativa lleva a que la aplicación de la ley penal de cada Estado corra exclusivamente por cuenta de sus órganos judiciales, mientras que en ámbito de la aplicación no penal del derecho de marcas, no rige tal principio de solidaridad, y un tribunal, con competencia conforme a las normas de jurisdicción judicial que rijan su accionar, puede aplicar simultáneamente las leyes de marcas de distintos Estados.

La cuestión es examinada por FENTIMAN, ob. cit., ps. 144 y ss., quien observa que, aunque la solución bajo la regla de *lex protectionis* es clara, su aplicación práctica puede llevar a resultados injustos o a la impracticabilidad de aplicar una multitud de leyes por un mismo tribunal. Sugiere diversas soluciones de *lege ferenda*, como la de unificar la protección en estos casos bajo una única ley, proponiendo distintas reglas para determinarla.

(82) P. ej., en materia de vinos.

(83) Cfr. la n. 37, *supra*.

Modificando el ejemplo anterior, supongamos que la marca está registrada en M, y no así en N. En este caso, no habrá protección bajo el derecho de N. Bajo el derecho de M, la habrá en la medida en que ese derecho extienda los derechos sobre la marca registrada a los actos de mera producción, aunque no exista comercialización en M (84).

En todos estos casos, como estamos ante cuestiones de Derecho Internacional Privado, el tribunal con jurisdicción sobre el caso puede aplicar un derecho extranjero, cumpliendo con los requisitos usuales al respecto —no violación del orden público del foro, inexistencia de fraude a la ley, etc. Algunas fuentes proponen, *de lege ferenda*, en casos en que resulten aplicables varios derechos, conforme a reglas tales como las precedentes, utilizar sólo uno de ellos, como ser el del Estado con el cual la infracción tenga los contactos más estrechos (85).

e) *Duración de los derechos sobre la marca*. También existe consenso respecto de que la duración de esos derechos es determinada conforme a la *lex protectionis* (86).

f) *Agotamiento del derecho*. El agotamiento del derecho sobre la marca implica determinar los límites de tal derecho. Dado que tal determinación corresponde, en general, a la *lex protectionis* (87), también las reglas aplicables para establecer ese agotamiento serán las del derecho del país que haya otorgado los derechos cuyo agotamiento se busca precisar.

Cabe advertir que la aplicación de las reglas sobre agotamiento internacional de los derechos del titular de una marca requiere determinar las consecuencias jurídicas de actos realizados en el exterior, en el ámbito de aplicación de marcas protegidas por otros países. Para determinar dichas consecuencias también será aplicable la regla de *lex protectionis*. Así, por ejemplo, si un tribunal del país A debe establecer si una pretensión bajo una marca registrada en A es válida o no, en función del agotamiento internacional de los derechos del titular de esa marca, y si se argumentan

(84) Cfr. la n. 83, *supra*, y el texto a ella correspondiente. Cabe preguntarse si el supuesto infractor puede justificar su conducta demostrando que los productos serán exportados a un mercado donde la marca no está registrada. Conforme se ha expuesto precedentemente (cfr. la n. 82, *supra*, y el texto a ella correspondiente), consideramos que ello no debería ser el caso, pues existe un interés legítimo respecto de la identificación del producto, ya en su etapa de producción, y no sólo por el riesgo de que se "filtre" al mercado interno. La cuestión, sin embargo, no hace a las reglas de conflicto aplicables, sino a las propias del derecho de marcas que sea relevante conforme a esas reglas de conflicto, y a la determinación que bajo él se efectúe respecto del alcance de los derechos exclusivos relativos a la marca.

(85) Cfr. American Law Institute, *Intellectual property*, cit., ps. 230 y ss.

(86) Cfr. FAWCETT, J. J. - TORREMANS, P., ob. cit., p. 521; ULMER, E., ob. cit., ps. 74 y ss.

(87) Cfr. ULMER, E., *loc. cit.*

a favor del agotamiento ciertas relaciones jurídicas bajo una marca registrada en B (88), la aplicación de la regla de *lex protectionis* por el tribunal de A deberá llevar a que determine, bajo el derecho de B, cuáles son las relaciones jurídicas derivadas de las marcas protegidas en B (89).

Obsérvese que queda particularmente de manifiesto, en estos casos, las diferencias existentes entre la aplicación del llamado principio territorial y la de la *lex protectionis*. Bajo el régimen de ésta, y a diferencia de los criterios de territorialidad, no es preciso individualizar, más o menos arbitrariamente, un territorio en el que ubicar relaciones jurídicas complejas. Cada derecho de marcas tiene un ámbito de aplicación, pudiendo así aplicarse varios regímenes a las relaciones internacionales complejas, sin contradicción.

g) *Titularidad de los derechos respecto de marcas*. Las marcas tienen un titular, con las limitaciones propias de los derechos sobre estos signos, desde el inicio de su protección, que puede luego variar en virtud de cesiones u otros actos. Tal titularidad es determinada por la *lex protectionis*, con ciertas particularidades. Respecto de la titularidad inicial, se aplican las reglas expuestas en el punto a), supra, de este apartado. Respecto de la transmisión de derechos, la posibilidad de tal transmisión y la de licencias y otras fragmentaciones de los derechos del titular de la marca, hacen al régimen de marcas y se rigen por la *lex protectionis* (90), a diferencia de los actos mediante los que se lleve a cabo la transmisión que se rigen por las reglas que el Derecho Internacional Privado aplicable determine para tales actos, conforme se examinará en el punto h), *infra*.

h) *Actos relativos a marcas*. Es generalizada la distinción entre las relaciones jurídicas inherentes a los derechos relativos a las marcas, que se rigen por la *lex protectionis* y las relaciones jurídicas calificables como

(88) Así, p. ej., puede ser necesario establecer si existe una protección legal para cierta marca en B, cuyo titular sea el dueño de esa marca en A.

(89) Siguiendo el ejemplo dado en la n. anterior, si el producto ha sido puesto en el mercado en B, con la autorización del titular de la marca en A, ello puede llevar a que ese titular no pueda, bajo las reglas de A en materia de agotamiento, impedir la subsiguiente comercialización del producto en A. Para ello es preciso determinar, siguiendo el razonamiento indicado en el texto, si existe una marca protegida en B, cuyo titular sea el mismo que el de la marca protegida en A, y para ello es preciso recurrir a la *lex protectionis* aplicable en B.

(90) Cfr. BOUCHE, N., ob. cit., ps. 473 y ss. La cuestión era de especial importancia cuando, en el derecho comparado, imperaba una fuerte división entre los regímenes que permitían la libre cesión de la marca, y los que sólo la admitían junto con la empresa o fondo de comercio en cuyo contexto se empleare la marca. En esas circunstancias, era esencial establecer si la cesibilidad de la marca se regía por el derecho de un país con libre cesión o con cesión restringida, siendo aplicable a tal fin la *lex protectionis*; cfr. ULMER, E., ob. cit., ps. 89 y ss.

de actos relativos a tales derechos, que se rigen por las normas de Derecho Internacional Privado aplicables a tales actos (91). Así, un contrato de licencia relativo a una marca se rige por el derecho que resulte aplicable conforme a las reglas de Derecho Internacional Privado relativas a los contratos en general, y a los contratos de licencia en particular (92).

Inmediatamente se advierte que trazar la distinción entre uno y otro ámbito, en casos concretos, no es fácil. Respecto de la posibilidad de realizar ciertos actos relativos a las marcas, se entiende generalmente que se rige por la *lex protectionis*, en contraposición a los actos así permitidos, que se rigen por el Derecho Internacional Privado aplicable a los actos o contratos de que se trate (93). Así, por ejemplo, la posibilidad de ceder los derechos sobre una marca se determina por la ley del país en que la marca haya sido registrada o esté de otro modo protegida, pero la cesión se regirá por la ley que rija al correspondiente contrato de cesión (94).

También se distingue entre los efectos del contrato que se extienden frente a terceros y los efectos contractuales entre las partes (95). Los primeros —por ejemplo, la posibilidad de que un licenciatarío exclusivo tenga acciones contra terceros infractores— escapan al marco puramente contractual y se rigen por la *lex protectionis*. Los efectos puramente contractuales, entre las partes, se rigen por la ley del contrato.

Otro aspecto donde la distinción entre los ámbitos de unas y otras normas aplicables es dificultosa, es el de las formas de los actos relativos a marcas. Tales actos presentan ciertos requisitos formales derivados del régimen —contractual o de otro tipo— aplicable conforme a las reglas comunes de derecho internacional privado; así, por ejemplo, puede exigirse, a ciertos fines, que los contratos de licencia sean efectuados por escrito. Pero existen otros requisitos formales que se derivan del régimen de publicidad inherente a las marcas; como los derechos relativos a éstas tienen ciertos efectos frente a terceros, las leyes de marcas establecen diversas reglas de forma destinadas a dar publicidad a los actos relativos a esos derechos y darles eficacia frente a terceros. Estas reglas se determinarían conforme al principio de *lex protectionis*, mientras que las correspondientes a los requisitos formales necesarios para que el acto tenga efectos entre las partes se determinarían conforme lo establezca

(91) Cfr. BOUCHE, N., ob. cit., ps. 468 y ss. Cfr. asimismo FAWCETT, J. J. - TORREMANS, P., ob. cit., p. 545; ULMER, E., ob. cit., ps. 94 y ss.

(92) Cfr. ULMER, E., *loc. cit.*

(93) Íd. cfr. asimismo FAWCETT, J. J. - TORREMANS, P., ob. cit., p. 546; BOUCHE, N., ob. cit., p. 473.

(94) Íd.

(95) Cfr. ULMER, E., ob. cit., ps. 95 y 96, quien expone esta distinción, pero observando sus limitaciones y las dificultades que plantea para aplicarla en situaciones concretas, debido a la interrelación existente entre los efectos frente a terceros y los efectos entre las partes.

el Derecho Internacional Privado aplicable al acto de cuyos efectos se trate (96).

i) *Expropiaciones de marcas*. Una cuestión debatida en el ámbito que nos ocupa es la relativa a la determinación del derecho aplicable a las expropiaciones de derechos sobre marcas. Supóngase así el caso de una empresa X, constituida en el país A, que tiene derechos sobre ciertas marcas en diversos países del mundo, incluyendo B. Esos derechos son objeto de expropiación por el país A. ¿Se regirá la expropiación por el derecho de A o por el de B?

Un sector de la doctrina, aplicando las reglas generales expuestas en el punto h), supra, considera que la expropiación es un acto de Derecho Público mediante el que se transfiere el derecho sobre una marca, y que como tal se regirá por el derecho del país que haya dispuesto la expropiación, sin perjuicio de deberse cumplir en el país de protección con las normas de éste específicamente dirigidas a la determinación del ámbito de protección de los derechos relativos a la marca: inscripción y publicidad del acto, cumplimiento con los requisitos subjetivos para ser titular de derechos, etc. (97).

Un segundo sector, considera que el derecho del país donde se ordena la expropiación no es aplicable para determinar la efectividad de ésta. En tal sentido, Jiménez Blanco (98), en análisis enfocado en situaciones análogas relativas a patentes expone que “determinar la aplicación o no del principio de territorialidad al acto de nacionalización (en tanto y en cuanto ésta sólo puede afectar a los bienes o derechos que estén ‘localizados’ en el Estado donde se dicta la medida en el momento de dictarse ese acto público) obliga a asumir unos criterios de localización de los bienes o derechos, para lo cual habrá que acudir al sistema del foro. Teniendo esto en cuenta, el acto público realizado por un Estado nunca podrá afectar a una patente solicitada o concedida en otro Estado. Así, carece de sentido un precepto, del tipo del art. 60 párr. 3 de la Ley de Patentes italiana, que previera la expropiación no sólo de las patentes concedidas en ese Estado, sino también de las patentes concedidas en otros Estados, o que la Administración expropiante adquiriese también el derecho de solicitar patentes extranjeras. En este caso, la ‘localización’ de la patente en cada Estado donde se solicite o esté concedida impide el efecto automático directo del acto de expropiación, pues es el Estado para el que pretende hacerse valer la expropiación y en el que está conce-

(96) Cfr. BOUCHE, N., ob. cit., ps. 472 y 473. Cfr. asimismo ULMER, E., ob. cit., ps. 96 y ss., quien expone la multiplicidad de cuestiones que se plantean en esta materia, y las dificultades para resolverlas sobre la base de la distinción entre efectos frente a terceros y efectos entre las partes.

(97) Cfr. BOUCHE, N., ob. cit., p.477.

(98) Ob. cit., ps. 281 y 282.

dida la patente (o el Estado en que fuera a concederse) el que 'debe decidir' sobre la extensión o no de los efectos de dicho acto en su territorio".

A nuestro entender, en esta segunda posición existe un error o confusión fundamental. Es cierto que será el Estado donde los derechos de propiedad industrial tendrán efectos el que decidirá sobre éstos. Pero ello es así con todas las cuestiones del derecho de propiedad industrial. La pregunta relevante es cuál será la regla de conflicto que aplicará o deberá aplicar tal Estado. En el caso de la Argentina, y de la generalidad de los países del mundo, la interpretación del principio de *lex protectionis*, en ellos vigente, lleva a distinguir entre el derecho aplicable al objeto de la propiedad industrial y el derecho aplicable a los actos relativos a ese objeto (99). La expropiación entra en la segunda categoría y se regirá por el derecho aplicable a las expropiaciones, que normalmente será el del Estado expropiante.

Ahora bien, esta delimitación del derecho aplicable no implica que el foro, que normalmente será el correspondiente al mismo Estado correspondiente a la *lex protectionis*, deba aceptar incalificadamente las consecuencias jurídicas de la expropiación llevada a cabo en otro Estado. Como en cualquier otro caso con elementos multinacionales, deberá determinarse si el derecho aplicable a la expropiación es, en el caso concreto, compatible con el orden público internacional correspondiente al foro. Así, pueden no reconocerse los efectos de una expropiación si ésta no responde a un interés público legítimo —p. ej., si tiene fines de persecución política o de discriminación étnica—, o si no ha dado lugar a una indemnización plena y pronta.

Los límites de la *lex protectionis*, en casos de expropiación, son aún más marcados cuando la expropiación no se dirige directamente a los derechos relativos a marcas, sino a las acciones u otras participaciones en una sociedad titular de esos derechos (100). En tales casos, el acto de expropiación se rige por el derecho del país expropiante; los efectos de tal acto sobre la sociedad titular de los derechos se regirán por la *lex societatis* que rija la existencia de esa sociedad; y los derechos derivados relativos a la marca se regirán por la *lex protectionis*, conforme a la distinción efectuada en el punto h), *supra*, del presente apartado.

j) *Acciones derivadas de los derechos sobre marcas*. El contenido de los derechos sobre marcas viene en gran medida determinado por las acciones —de cese, daños y perjuicios, enriquecimiento sin causa, etc.— mediante las cuales se pueda dar efectividad a tales derechos. En consecuencia, resulta aplicable, para regir tales acciones, la *lex protectionis* (101).

(99) Cfr. el punto h), *supra*.

(100) Cfr. al respecto JIMÉNEZ BLANCO, P., ob. cit., ps. 285 y ss.

(101) Cfr. ULMER, E., ob. cit., ps. 74 y ss.

k) *Sanciones*. El régimen sancionatorio se encuentra estrechamente vinculado a las acciones derivadas de los derechos sobre las marcas y a la determinación de la protección efectiva otorgada al titular de esos derechos. En consecuencia, también debe regirse por la *lex protectionis* (102).

l) *Procedimiento*. La regla general, en el Derecho Internacional Privado, así como en Derecho Penal Internacional, es que el procedimiento se rija por la *lex fori*. Esa regla general es aplicable también en el campo de las marcas y de los procedimientos relativos a los derechos sobre ellas, particularmente en caso de infracción (103).

A partir de esta premisa se tropieza con una dificultad característica de las reglas de conflicto en el ámbito procesal, consistente en la determinación de las cuestiones calificables como procesales, y las que exceden de ese marco y que como tales estarían regidas por la *lex protectionis*. Esta distinción es particularmente importante en materia de propiedad industrial, pues las leyes respectivas suelen incluir normas de contenido procedimental.

Se trata, en definitiva, de una cuestión de calificaciones, que —como en otros casos— debe ser resuelta conforme a los criterios de calificación de la *lex fori*.

m) *Prueba*. En esta materia se tropieza con dificultades similares a las descritas en el punto precedente. La producción de la prueba conlleva aspectos claramente procesales; por otra parte, la determinación de las cargas probatorias y de los elementos necesarios para tener por probado un extremo inciden fuertemente sobre el contenido concreto de los derechos marcarios.

Existe un importante grado de consenso respecto de que la distinción entre ambos grupos de aspectos puede formularse de la siguiente manera. El objeto y carga de la prueba, las presunciones legales y la posible inversión de la carga de la prueba, se rigen por la *lex protectionis* (104). En cambio, la admisibilidad de los medios de prueba, el procedimiento de producción de la prueba y el valor dado a ésta se rigen por la ley aplicable al procedimiento (105).

n) *Medidas cautelares*. En esta materia la solución no es sencilla. Por una parte, tales medidas constituyen un elemento esencial para dar contenido a los derechos de propiedad industrial. Sin embargo, desde

(102) Íd. cfr. asimismo BOUCHE, N., ob.cit., p. 451.

(103) Como se expone en el punto c), *supra*, la solución es distinta en el caso del procedimiento para el registro de marcas, que se rige por la *lex protectionis*.

(104) Cfr. JIMÉNEZ BLANCO, P., ob.cit., ps. 198 y ss.; BOUCHE, N., ob. cit., ps. 450 y 451.

(105) Íd.

el punto de vista de los conceptos y estructura del sistema jurídico, tales medidas forman parte del régimen procesal.

Una solución propuesta en estos casos consiste en que la *lex protectionis* establezca las medidas a adoptar y las condiciones que deben satisfacerse para que se ordenen, mientras que la aplicación de las medidas se registrará por la ley que gobierne el proceso (106).

Así, aplicando estas reglas, si en un país extranjero se entabla un litigio relativo a la violación de una marca argentina, será el régimen argentino de marcas el que determine las medidas cautelares aplicables y los extremos que deben satisfacerse para otorgarlas. En cambio, será el régimen procesal del país extranjero en cuestión el que determinará el procedimiento para aplicar tales medidas.

Aunque coincidimos en lo fundamental con este enfoque, debemos mencionar que presenta varias dificultades para su aplicación. En pri-

(106) Cfr. JIMÉNEZ BLANCO, P., ob. cit., ps. 202 y ss. Señala esta autora, en el contexto análogo de la protección de las invenciones patentadas: "Teniendo en cuenta que la función de las medidas cautelares es la de asegurar la eventual sanción que pudiera contener el futuro fallo, en directa conexión, por tanto, con el régimen de acciones disponibles, sería aconsejable someter también esta cuestión a la *lex loci protectionis*. De hecho, la posibilidad de que el titular de la patente española pueda solicitar la retención y depósito de los objetos producidos o importados con violación de su derecho (...) se basa en que una de las posibles acciones que puede ejercitar se refiere al embargo de estos objetos (...) o su atribución en propiedad(...). Por ello, si el titular de una patente española solicitase ante un Tribunal extranjero la adopción de una medida cautelar y ésta se rigiese por el derecho del foro, los 'medios de defensa' del titular del derecho no serían los mismos que permitiría el sistema español. A la inversa, si el titular de una patente extranjera solicita en España la adopción de una medida cautelar de anotación preventiva y ésta se concede *ex lege fori*, perdería todo sentido intentar asegurar en el extranjero un fallo que nunca podría producirse según el derecho rector de la patente. La aplicación de la *lex protectionis* tendrá, por lo tanto, que cubrir todos los aspectos referentes a las condiciones que han de cumplirse para poder solicitar la medida y la determinación de las medidas concretas a adoptar. A su vez, la concreta puesta en práctica de las medidas cautelares se registrará por el derecho del foro. Aunque los presupuestos que han de concurrir para la admisión de la medida cautelar también sean determinados por la *lex causae*, habría que excepcionar aquellas condiciones para la admisión de las medidas cautelares que infringiesen principios 'constitucionales' rectores de las reglas procesales del foro. El supuesto puede ser apreciado especialmente a la hora de valorar el principio de proporcionalidad en la adopción de la medida. Es más estos criterios de admisibilidad permanecen ajenos al derecho sustantivo que se pretende hacer valer, con lo cual no existen problemas para que sean calificados como extremos puramente procesales. La ausencia de conexión entre la medida y el derecho de propiedad industrial también permite la aplicación de todas aquellas normas 'cautelares' previstas por el derecho del foro que asumen un carácter de fianza, especialmente, en nuestro sistema, la *cautio iudicatum solvi*."

mer lugar, no es fácil distinguir entre las condiciones necesarias para la imposición de medidas cautelares y los aspectos puramente procesales de tal imposición. En particular, un elemento central de tal imposición es determinar la verosimilitud del derecho invocado; aunque ello será concerniente fundamentalmente a la *lex protectionis*, pues es bajo esa ley que existe tal derecho, son generalmente las reglas procesales, y no las de fondo, las que rigen tal determinación, y es difícil suponer que el tribunal se apartará en estos casos de esas reglas.

En segundo lugar, el elenco de medidas cautelares previstas en la *lex protectionis* puede ser marcadamente distinto al previsto por la *lex fori*. Ello será particularmente el caso cuando una y otra ley pertenezcan a distintas familias jurídicas, como la del derecho continental europeo y la del derecho anglonorteamericano.

En tercer lugar, las medidas cautelares no deberán ser contradictorias con elementos del orden público del foro. Así, no pueden implicar una aplicación exorbitante —en el sentido que se examinará más adelante en el presente estudio— de los efectos de las marcas que se invoquen como fundamento de esas medidas.

ñ) *Carga de uso y caducidad*. Es generalizada en los sistemas marcarios contemporáneos, inclusive el argentino, la imposición de una carga de uso o explotación de las marcas registradas, que en caso de no satisfacerse lleva a la caducidad del correspondiente registro. Se trata de instrumentos jurídicos que determinan los límites de los derechos relativos a las marcas; en tal carácter, deben regirse por la *lex protectionis* (107), pues se trata de aspectos de la determinación del contenido de los derechos exclusivos del titular de la marca.

La aplicación de esta regla básica plantea ciertos límites. Así, las cargas de uso no podrán aplicarse en violación del orden público del foro, como en el supuesto en que den lugar a consecuencias que no permiten normas internacionales tales como el acuerdo TRIP; tal el caso de las licencias obligatorias por falta de uso de las marcas, que veda el art. 21 de ese acuerdo.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que las caducidades y otras restricciones de los derechos sobre las marcas pueden responder a múltiples y diversos motivos de política pública, como ser cuestiones de defensa de la competencia o de abastecimiento. El tribunal actuante deberá determinar si el fundamento de las caducidades o restricciones no resulta violatorio del orden público del foro.

Adicionalmente, deberá analizarse si los efectos de las restricciones o caducidades no van más allá del ámbito de la *lex protectionis* invocada,

(107) Cfr. ULMER, E., ob. cit., ps. 75 y 76; FAWCETT, J. J. - TORREMANS, P., ob.cit., p. 521.

y —en ese caso— si tal exceso no resulta violatorio del orden público del foro. Tómese así el siguiente caso. Una empresa X cuenta con marcas registradas en los países A y B respecto de la clase al que corresponde el producto M. El producto M se fabrica por X en A y se exporta de allí a B. Debido a la situación en los mercados de B, la autoridad competente de B ordena que se autorice a X a vender productos con las mencionadas marcas registradas. Como no hay posibilidad de fabricar el producto M en B, el licenciatarario pretende hacer valer la autorización en A. Las autoridades de A podrían oponerse a tal pretensión, sosteniendo que la autorización otorgada por B no puede incidir sobre los efectos de las marcas registradas en A, que se rigen por la ley de este país, bajo la cual, por hipótesis, no existe autorización de uso válidamente ordenada.

o) *Nulidades*. Existen dos tipos de cuestiones vinculadas con los aspectos sustantivos de la nulidad de derechos marcarios.

La primera consiste en la determinación de los extremos que, de no quedar jurídicamente satisfechos, llevarán a la invalidez de esos derechos. Estos extremos vienen determinados por la *lex protectionis* (108), y ésta es así aplicable respecto de este aspecto de las nulidades marcarias.

El segundo se refiere a la determinación de las consecuencias de las deficiencias jurídicas que presenten los derechos relativos a marcas. Cada sistema jurídico tiene distintas reglas al respecto. Así, por ejemplo, algunos sistemas distinguen entre actos nulos y anulables, y entre nulidades absolutas y relativas, categorías que son ajenas a otros regímenes; también varían éstos en cuanto a los casos en que se configuran estos distintos tipos de nulidades. El régimen de nulidad, como hace a la existencia y límite del derecho sobre una marca, también es determinado por la *lex protectionis* (109).

9. LIMITACIONES DERIVADAS DEL ORDEN PÚBLICO

Como en cualquier otro aspecto de la aplicación de reglas de derecho internacional privado, en el ámbito del derecho de marcas el resultado emergente de tal aplicación debe enfrentar los límites derivados del orden público del foro (110).

Es frecuente, en la doctrina comparada, que esta cuestión se enfoque simultáneamente con la derivada de los efectos de limitación que tienen

(108) Cfr. los puntos a) y b), *supra*.

(109) Cfr. ULMER, E., ob. cit., p. 76.

(110) Cfr. al respecto American Law Institute, *Intellectual property...*, cit., ps. 236 y ss.; cfr. asimismo JIMÉNEZ BLANCO, P., ob. cit., ps. 263 y ss.

el principio de territorialidad (111). Ahora bien, como hemos observado precedentemente (112), frecuentemente se cae en una confusión en esta materia, extendiendo cuestiones relativas a la jurisdicción judicial o a la de aplicación a la determinación de la ley aplicable.

En materia de jurisdicción judicial y de jurisdicción de aplicación o coercitiva, el derecho de marcas no se distingue de otros aspectos de los sistemas jurídicos. Los órganos de Estados extranjeros no pueden implementar en el territorio de otro Estado, mediante su presencia física, aspectos imperativos de su orden jurídico. Los órganos judiciales ejercen su jurisdicción conforme a las reglas que al respecto establezca el derecho del Estado al que corresponden, coexistiendo con los órganos judiciales de los restantes Estados.

En materia legislativa, el derecho de marcas sí plantea problemas específicos. Algunos son de solución relativamente fácil bajo los principios tradicionales del Derecho Internacional Privado en materia de orden público; tal el caso, por ejemplo, de los límites a los efectos de las expropiaciones dispuestas por leyes extranjeras (113).

Otros problemas en este ámbito son peculiares al derecho de marcas. Tal el caso, en especial, de los efectos exorbitantes de los derechos sobre las marcas.

Cuando, en las relaciones económicas internacionales, un Estado extiende los efectos de su protección marcaria, no está operando en un vacío. Cada Estado delimita, mediante su régimen de propiedad industrial, el ámbito de exclusividad y de libertad dejado en sus mercados respecto de la explotación de signos distintivos. Si ciertos signos no son objeto de derechos exclusivos en cierto país, ello no implica una laguna o vacío respecto de su régimen, sino que tales signos están en el dominio público y pueden ser libremente explotados. Asimismo, cuando los efectos de una marca tienen efectos sobre territorio extranjero, esos efectos pueden chocar con las disposiciones allí vigentes, particularmente porque tal marca sea objeto de derechos de terceros otorgados por el país de cuyo territorio se trata. Los efectos extraterritoriales de las marcas vienen así a interferir con los derechos que cada país otorga respecto de sus mercados.

Este tipo de interferencia o conflicto es un rasgo inevitable de las relaciones económicas internacionales que conciernan a signos distintivos. Si tienen lugar ciertos actos en el país A y de allí derivan efectos en el país B, tanto A como B ven afectados sus mercados, y tienen potencialmente un interés en regularlos. No hay por lo tanto una simple regla de territo-

(111) Íd. cfr. asimismo BOUCHE, N., ob.cit., *passim*.

(112) Cfr. el apart. 3, *supra*.

(113) Cfr. el apart. 8, punto i), *supra*.

rialidad que permita determinar el ámbito de aplicación de cada uno de esos sistemas jurídicos.

En la práctica, estos conflictos se resuelven, indirectamente, a través de las reglas en materia de jurisdicción judicial y de jurisdicción en materia de actos imperativos. Cuando un país pretende aplicar su jurisdicción judicial a ciertos hechos, y la efectividad de tal jurisdicción requiere, a su vez, llevar a cabo actos imperativos en el ámbito territorial de otro país, el primer país no podrá dar aplicación efectiva a esa jurisdicción judicial ni a las leyes que así se apliquen, si los resultados son contrarios al orden público del país con jurisdicción sobre el territorio donde deban efectuarse actos imperativos, pues este último país no dará aplicación a las sentencias extranjeras que así contradigan a su orden público (114).

Tómese así el caso de una hipotética marca N que es propiedad, en el país X, de un Sr. A, y en el país Y de un Sr. B. A comercializa cierto producto, identificado con la marca N, en X e Y, y obtiene una sentencia de un tribunal de X ordenando a B que se abstenga de comercializar sus productos con la marca N. Esa sentencia será normalmente no aplicable por los tribunales de B, por ser contraria al orden jurídico de este país (115), y por lo tanto no podrá tener aplicación en el marco territorial en el que sea necesario recurrir a los tribunales de B para dar efectividad a la sentencia.

Sin pretender agotar esta materia, cabe observar que los efectos internacionales de las marcas también pueden tropezar con reglas del orden público económico relativas a la libertad de circulación de mercaderías (116), particularmente cuando la restricción impuesta en un país, sobre la base de ciertos derechos relativos a marcas, al comercio de mercaderías, choca con acuerdos internacionales, como los existentes en relación con la formación de mercados comunes.

(114) En los hechos, los resultados para este tipo de conflictos no son tan precisos. Supongamos que un tribunal de A, sobre la base del derecho de ese país, dicta una sentencia, respecto de una marca, con efectos en los territorios de A y de B. Si la sentencia es contraria al orden público de B, los tribunales de B se negarán a ejecutarla, pero la sentencia tendrá ciertos efectos en A, que dependerán, entre otros elementos, de los bienes que tenga el demandado en ese país.

(115) Obsérvese que no se trata simplemente de una cuestión relativa al orden público de B, conforme se lo entiende comúnmente, sino a aspectos más complejos del régimen jurídico de B, como ser su marco territorial y la necesidad de preservar la efectividad del sistema marcario de ese país.

Respecto de las particularidades del límite que el orden público sienta a la aplicación internacional de las reglas de la propiedad intelectual, cfr. American Law Institute, *Intellectual property...*, cit., ps. 236 y ss.

(116) Cfr. al respecto JIMÉNEZ BLANCO, P., ob. cit., ps. 368 y ss.

10. CLÁUSULAS CONTRACTUALES RELATIVAS AL DERECHO APLICABLE A LAS MARCAS

Aunque la autonomía de la voluntad es la regla general en materia de determinación del derecho aplicable en las relaciones privadas internacionales, tal autonomía sufre importantes restricciones en materia de determinación del derecho aplicable a las marcas.

Desde el punto de vista práctico, el principal efecto de los derechos de propiedad industrial sobre las marcas es otorgar a su titular un *ius prohibendi* contra el público en general; como no es posible para el titular de la marca suscribir acuerdos con la generalidad de tales terceros, los litigios por infracción de los derechos marcarios no podrán regirse por leyes determinadas mediante cláusulas contractuales.

Desde el punto de vista jurídico existe en el derecho comparado una importante corriente doctrinaria y jurisprudencial que no admite tal libertad en materia de marcas y otros derechos de propiedad industrial (117). Los argumentos a favor de tal limitación son variados, pudiendo mencionarse el basado en el carácter territorial de las leyes de propiedad industrial, que no podría ser distorsionado mediante cláusulas contractuales (118), y el fundado en el carácter supuestamente imperativo de las reglas en materia de determinación de la ley aplicable a la propiedad industrial (119).

Tanto desde el punto de vista práctico como desde el teórico, entendemos que la posibilidad de cláusulas contractuales relativas al derecho aplicable a las marcas dista de ser menor. Desde el punto de vista práctico, existen diversos ámbitos donde la relación contractual entre las partes permite convenir el derecho aplicable a cuestiones relativas a marcas. El caso más evidente es el de los contratos de licencia, en el que ambas partes tienen interés en la determinación del valor jurídico de las marcas objeto de licencias, y pueden acordar que la validez de los derechos relativos a esas marcas se determine bajo un derecho determinado. También encontramos la posibilidad de cláusulas contractuales en esta materia en los acuerdos transaccionales. Asimismo, supongamos el caso de dos empresas competidoras que han solicitado y obtenido registros de marcas en diversos países. Las empresas pueden estar interesadas en lograr un resultado unívoco para todo el mundo, que permita determinar sus res-

(117) Cfr. SCHAPER, E., *Choice-of-law rules in the EU - Special issues with respect to community rights - Infringement of community trade marks and applicable law*, en DREXL, J. - KUR, A. (comps.), *Intellectual property and private international law*, cit., ps. 201 y ss.

(118) Íd., p. 211.

(119) Particularmente, la idea de que el Convenio de París impone la utilización de una ley específica, o sea la del lugar de protección; cfr. JIMÉNEZ BLANCO, P., ob. cit., p. 95.

pectivos derechos, sin tener que enfrentar fragmentaciones nacionales o las incertidumbres derivadas de litigios en múltiples jurisdicciones. Por esos motivos, pueden tener un interés legítimo en que la validez de sus derechos relativos a marcas se determine bajo una ley determinada (120).

Desde el punto de vista teórico, es indudable que existen ciertos aspectos jurídicos vinculados a los efectos de los derechos relativos a marcas que no pueden ser objeto de desplazamiento mediante la elección convencional del derecho aplicable: tal el caso del régimen de defensa de la competencia, del régimen cambiario, de la regulación de las inversiones extranjeras, etcétera (121). También es evidente que esa elección no puede tener efectos frente a terceros (122). Pero ello deja aun un amplio campo para la autonomía de las partes.

Por otra parte, cualquiera sea la interpretación respecto de la determinación del derecho aplicable bajo el Convenio de París (123), difícilmente pueda sostenerse que ese Convenio adopta una posición concreta respecto de la autonomía de la voluntad en tal materia; es una cuestión que simplemente no trata, y que queda así librada al derecho de cada país.

Existen sin embargo, ciertos obstáculos peculiares a las cláusulas contractuales en esta materia. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que el derecho de la competencia limita la posibilidad de ampliar contractualmente el poder de mercado derivado de los derechos de propiedad industrial, por lo que tal ampliación no podría realizarse por la vía aquí considerada (124). Asimismo, la determinación de nulidades o de cualesquiera otras consecuencias que pueda pretenderse son oponibles a terceros por vía de inscripción registral u otra análoga, tropezará con el hecho de que esos efectos frente a terceros sólo pueden ser determinados mediante el derecho del país que haya otorgado los derechos relativos a las marcas.

Otra dificultad característica de estas cláusulas se plantea en relación con los contratos de licencia. Es común que éstos incluyan cláusulas sobre derecho aplicable, sin distinguir entre cuestiones contractuales y

(120) Cfr. SCHAPER, E., ob. cit., p. 211 y ss. Cfr. asimismo los ejemplos dados en American Law Institute, *Intellectual property...*, cit., ps. 202 y ss.

(121) Cfr. American Law Institute, *Intellectual property...*, cit., p. 204.

(122) Íd.

(123) Cfr. el apart. 5º, *supra*.

(124) Distinto e inaceptable es el argumento de que estas cláusulas crean diferencias competitivas, por las variaciones en el derecho aplicable a cada competidor. No hay derecho alguno a una igualdad competitiva en el ámbito de la propiedad industrial; es más, la función de esta propiedad es crear desigualdades competitivas. También una licencia crea una desigualdad competitiva a favor del licenciatario, y ello no la hace ilícita.

cuestiones relativas a la validez y otros efectos de las marcas. Una interpretación literal de estas cláusulas llevaría a extender sus consecuencias a la determinación de la validez de los derechos relativos a marcas. Supóngase así el caso de un contrato entre A y B, mediante el que se otorgan licencias registradas en los países O, P y Q. Una cláusula contractual sobre el derecho aplicable puede regir las cuestiones contractuales, pero no se extendería a la determinación de la validez de los registros de las marcas objeto de licencia, que se determinaría respectivamente bajo los derechos de O, P y Q (125). Sin embargo, consideramos que podrían extenderse expresamente los efectos de esa cláusula a las cuestiones relativas a la validez de los derechos objeto de licencia —con las limitaciones precedentemente mencionadas en este apartado—; los contratantes podrían tener un interés legítimo en que tal validez, o ciertos aspectos de ella, se determine unívocamente bajo un único derecho (126).

11. ASPECTOS PENALES

En el ámbito penal, el Derecho Penal Internacional utiliza reglas distintas a las propias del Derecho Internacional Privado para determinar el ámbito de aplicación de sus normas (127). El tribunal competente sólo aplicará, como regla penal, la que derive de su derecho. A su vez las reglas penales tendrán una delimitación de su campo de aplicación, basado en principios de territorialidad, o bien en que la conducta tenga efectos en el territorio del país de cuyo derecho se trate, o en otras consideraciones (128).

En el derecho argentino, la regla básica en la materia viene dada por el art. 1º del Código Penal. De los aspectos previstos en este artículo, el relevante en materia de marcas es el incluido en el inc. 1, centrado en que la conducta tenga efectos en el territorio argentino.

Ahora bien, en el ámbito internacional el concepto de “efectos” es conocidamente impreciso. Puede referirse a los efectos físicos de cierta conducta o bien a que los efectos de una conducta en un territorio sean los elementos constitutivos de un delito.

En materia de marcas, la cuestión debe resolverse a la luz de los principios que determinan la aplicabilidad de los derechos exclusivos relativos a esos signos (129). Estos delimitan cuáles son los efectos, en el territorio

(125) Cfr. al respecto ULMER, E., ob. cit., ps. 94 y ss.

(126) Contra American Law Institute, *Intellectual property...*, cit., ps. 199 y ss., donde se considera generalmente inadmisibles la elección del derecho aplicable a la determinación de la validez de derechos resultantes de registros.

(127) Cfr. las fuentes cit. en la n. 5, *supra*.

(128) Íd.

(129) Cfr. la n. 37, *supra*.

nacional, que considera constitutivos de una infracción a los derechos relativos a las marcas. Si no se dan las condiciones así determinadas, no habrá violación de los derechos respecto de una marca, en territorio argentino, y no podrá, por lo tanto constituirse delito regido por las normas penales argentinas; si se dan esas condiciones, quedan satisfechas las exigencias derivadas del art. 1º del Código Penal para la aplicación de las normas penales argentinas.

12. JURISDICCIÓN EN MATERIA JUDICIAL

En las últimas décadas se han intensificado los debates respecto de las reglas aplicables a la jurisdicción, en materia judicial, correspondiente a litigios relativos a marcas (130).

Tradicionalmente, se aplicaron a los litigios relativos a marcas las reglas generales aplicables en materia de jurisdicción internacional; más aún, en muchos países, como es el caso de la Argentina, éste sigue siendo el enfoque utilizable, ante la falta de reglas especiales.

Este enfoque, sin embargo, tiene graves defectos, y la creciente internacionalización del tráfico jurídico ha exacerbado las consecuencias de esos desajustes.

Tómese así el caso de un producto identificado con una marca registrada en el país A, donde se fabrica ese producto, y en el B, donde se lo comercializa. Puede haber violaciones de los derechos sobre la marca en estos países. Los tribunales de cada uno de estos países pueden ser competentes, sea porque existe allí una infracción a los derechos sobre la marca, o porque allí reside el demandado, o por algún otro motivo derivado de las normas sobre jurisdicción internacional de cada uno de esos países. Como, normalmente, no existirán mecanismos para uniformar los procesos ante los tribunales de un único país, tales procesos se llevarán a cabo simultáneamente, con el consiguiente dispendio de esfuerzos procesales, la posibilidad de sentencias contradictorias, la necesidad de tener en cuenta en una jurisdicción lo obrado en las restantes, y la dificultad para la ejecución de las sentencias en el extranjero, entre otros inconvenientes.

Tómese otro ejemplo. Una empresa con domicilio en el país A, viola en el territorio del país B los derechos sobre marcas reconocidos en B. Sin perjuicio de la competencia que normalmente tendrán en tal caso los

(130) Cfr. DREXL, J. - KUR, A., *Intellectual property and private international law*, cit., *passim*; DREYFUSS, R. C. - GINSBURG, J. C., "Principles governing jurisdiction, choice of law, and judgments in transnational disputes", en *Computer Law Review International*, 2003, p. 33; KUR, A., *Principles governing jurisdiction, choice of law and judgments in transnational disputes: a European perspective*, *id.*, p. 65.

tribunales de B, puede suceder que las reglas de A en materia de jurisdicción internacional permitan al titular de los derechos sobre las marcas demandar en A —p. ej.— porque allí tenga su domicilio el demandado. Aunque conceptualmente —como sucede en la generalidad del Derecho Internacional Privado— no hay un obstáculo insuperable para que en este caso los tribunales de A apliquen el derecho de B —pues en caso contrario siempre se aplicaría la *lex fori*—, lo cierto es que sería marcadamente más eficaz dejar este litigio en manos de los tribunales de B, que someterlo a los de A. Sin embargo, las reglas de jurisdicción internacional de muchos países pueden no permitir este desplazamiento, o pueden guardar silencio al respecto.

Por otra parte, las marcas y sus efectos se encuentran estrechamente vinculadas a la política económica de los países que las otorgan. Aunque la interrelación económica de los países lleva a que este interés no pueda ser excluyente, lo cierto es que hay muchas cuestiones —la validez o nulidad de las marcas, las exigencias de uso y caducidades, etc.— donde existen fuertes asimetrías en cuanto al interés de cada país en decidir las. Sin embargo, las reglas comunes en materia de jurisdicción internacional no permiten, en general, contemplar esta particularidad del derecho de marcas.

Diversos países, sobre la base de las reglas procesales tradicionales allí aplicables, buscaron superar estos inconvenientes (131). Así, por ejemplo, mediante la institución del foro inconveniente o *forum non conveniens* los tribunales británicos han declinado la jurisdicción que de otra forma hubieran tenido respecto de litigios vinculados a la validez de derechos de propiedad industrial (132). Pero en otros países, como es el caso de la Argentina, pueden no existir reglas que permitan superar así los problemas de jurisdicción internacional (133) o puede faltar una jurisprudencia que dé un mínimo de certeza respecto de la aplicación, en materia de marcas, de esas posibles reglas.

Cabe aquí mencionar algunas de las reglas especiales que han sido propuestas en materia de jurisdicción aplicable a los litigios relativos a marcas.

a) Por aplicación de la regla general en la materia, las partes tienen libertad para determinar la jurisdicción aplicable a sus litigios (134). Sin

(131) Cfr. FAWCETT, J. J. - TORREMANS, P., ob. cit., *passim*.

(132) Íd., p. 38.

(133) Respecto de las reglas argentinas en materia de jurisdicción internacional, cfr. BOGGIANO, A., ob. cit., cap. V; WEINBERG DE ROCA, I. M., *Competencia internacional y ejecución de sentencias extranjeras*, Buenos Aires, 1994

(134) En la práctica, esta libertad tiene importancia en el ámbito de los contratos relativos a marcas —cesiones, licencias, etc.— o en contexto de acuerdos transaccionales. La tiene mucho menor en los casos de acciones por infracción a marcas.

embargo, esa libertad se ve eliminada o restringida cuando la sentencia sea susceptible de tener efectos frente a terceros, particularmente en los casos que se indican en el punto b), *infra* (135).

b) En los litigios que tienen como objeto una sentencia dirigida al otorgamiento, registro, validez, caducidad o revocación de una marca, los tribunales del Estado en el que se haya registrado o deba registrarse la marca tendrán jurisdicción exclusiva, en la medida en que tal sentencia tenga efectos frente a terceros (136). Igual solución es aplicable si la sentencia tendrá como efecto una prohibición *erga omnes* respecto de la utilización de la marca (137).

c) En ausencia de cláusulas contractuales, las cuestiones relativas a la validez o infracción de los derechos relativos a una marca serán generalmente de competencia de los tribunales del Estado bajo cuyo régimen jurídico se hayan otorgado los derechos cuya validez o infracción es objeto del litigio (138).

(135) Cfr. la Propuesta del Instituto Max Planck (en adelante "Propuesta"), incluida en DREXL, J. - KUR, A., *Intellectual property and private international law*, cit., p. 309 y ss, art. 12 a), par. 1. La propuesta del American Law Institute (*Principles*, art. 202, en *Intellectual property...*, cit.) es aún más permisiva en la materia, aunque incluye limitaciones para los litigios relativos a la validez de los registros marcarios, cuyos resultados no son oponibles a terceros si la jurisdicción es ejercida por un Estado que no sea aquel en que se haya producido el registro (art. 211[2]), y respecto de las cláusulas de jurisdicción incluidas en contratos en masa (art. 202[3]).

(136) Cfr. Propuesta, cit., art. 12 a), párr. 1. Obsérvese que las cuestiones susceptibles de ser objeto de los litigios indicados en el texto pueden también surgir como materias incidentales en un litigio con otro objeto principal. Así, en un litigio relativo al cobro de regalías bajo un contrato de licencia, puede debatirse la validez de los derechos de marca bajo la cual se haya otorgado la licencia. En tal caso es posible que un tribunal de un país distinto del que ha otorgado esos derechos entienda en la cuestión de validez de tal marca, pero la sentencia no será oponible a terceros respecto de tal aspecto; *id.*, párr. 2.

(137) *Íd.*, párr. 2.

(138) *Íd.* Comentario al art. 12 a), párr. 3. En los *Principles* del American Law Institute, la jurisdicción en casos de infracción se basa en la residencia habitual del demandado (art. 201), siguiendo así las reglas generales en materia de jurisdicción del derecho estadounidense. Se prevé también la posibilidad de accionar ante los tribunales del Estado en que han tenido lugar aspectos de la conducta supuestamente infractora o en el que se han producido los daños derivados de tal conducta. Como en otros aspectos de los cit. *Principles*, debe tenerse gran precaución en trasladar sus reglas a regímenes procesales basados en el derecho continental europeo, cuya estructura fundamental en materia de jurisdicción difiere marcadamente de la propia del derecho angloamericano.

Cabe mencionar, asimismo, que existen otros sistemas especiales en el derecho comparado. Así, la jurisdicción de ciertos Estados puede depender de que la infracción tenga lugar en el territorio de dichos Estados (cfr. FAWCETT, J. J. -

d) En casos de infracciones con efectos en diversos países, puede unificarse la jurisdicción sobre los distintos aspectos de tales infracciones en el Estado en que el demandado tenga su residencia (139).

Existen diversas materias donde se plantean cuestiones específicas, relacionadas con el ámbito jurisdiccional del derecho de marcas, pero respecto de las cuales es difícil encontrar posiciones unívocas. Así, por ejemplo, en materia de titularidad de derechos, en ciertos casos estaremos ante problemas de otorgamiento de registros —en cuyo caso tenderá a prevalecer la jurisdicción del Estado que otorgue esos registros—, mientras que en otros se estará ante cuestiones vinculadas a la interpretación o aplicación de contratos, que tenderán a regirse por las reglas jurisdiccionales aplicables a ese tipo de cuestiones (140).

También cabe mencionar los casos en que cuestiones relativas a la validez o infracción de derechos de marcas se susciten en el contexto de reconvenciones. En tales casos, puede ser aconsejable mantener la jurisdicción del tribunal en el que se ha planteado la demanda principal, aunque se produzca así un apartamiento respecto de las reglas generales aplicables en materia de jurisdicción relativa a propiedad industrial.

Pese a que la creciente interconexión de las actividades económicas nacionales requiere un mayor nivel de coherencia entre los distintos sistemas jurisdiccionales locales, los avances en esa materia son lentos y cabe prever que serán dificultosos. Existen diferencias básicas conceptuales en cuanto a la estructura procesal y jurisdiccional de los países de derecho continental europeo y del sistema anglonorteamericano, que hacen difícil o imposible sentar reglas aplicables en todos ellos. Asimismo, se hacen necesarias reglas de colaboración entre distintas jurisdicciones (141), particularmente cuando existen simultáneamente procesos respecto de cuestiones idénticas, similares o vinculadas, lo cual supondría negociaciones complejas, como las que han tenido lugar en materias de derecho sustantivo.

En el derecho argentino, no existe un régimen especial relativo a la jurisdicción internacional en materia de marcas. Ello implica que se aplica el régimen general en la materia, que ya de por sí plantea múltiples lagunas e insuficiencias. Cabe exponer algunas de las consecuencias de ese régimen en el campo de las marcas.

TORREMANS, P., ob. cit., ps. 119 y ss.). Ello limita, aunque no excluye, la posibilidad de que los tribunales de un Estado deban juzgar posibles infracciones a marcas otorgadas por otros Estados.

(139) Íd., art. 12 a), párr. 4°.

(140) Cfr. FAWCETT, J. J. y TORREMANS, P., ob. cit., ps. 49 y ss.

(141) Como las propuestas por el American Law Institute en sus *Principles*, arts. 221 a 223.

a) Cuestiones relativas al otorgamiento de registros marcarios y al procedimiento. Estas cuestiones hacen a la existencia misma de los derechos sobre la marca y a sus eventuales efectos frente a terceros. Decidir las implica tanto como establecer que se ordene o no el otorgamiento de una marca. Se trata de cuestiones que la generalidad de los Estados reservan para sí, por lo que no sería aceptable la jurisdicción de otros Estados, ni serían ejecutables en la Argentina las sentencias extranjeras que tuvieran este objeto, tratándose de marcas argentinas (142). Paralelamente, los tribunales argentinos no tendrían competencia respecto de estas cuestiones en relación con marcas de otros países.

b) Cuestiones relativas a la validez de los derechos relativos a marcas. En principio, sería posible someter estas cuestiones a un fuero de elección, conforme a la regla general incluida en el art. 2° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Sin embargo, para que la sentencia pueda tener validez frente a terceros, respecto de una marca otorgada en la Argentina, debe emanar de un tribunal argentino o ser objeto de exequátur (143), pues implica entonces determinar el contenido o valor de los derechos relativos a tal marca, que es una cuestión reservada al Estado que los otorga.

c) Cuestiones relativas a cargas de uso y caducidades. Estas cuestiones se encuentran íntimamente relacionadas a la política de propiedad intelectual del país que ha otorgado los derechos respecto de las marcas, por lo que no sería aceptable su resolución por tribunales de terceros Estados.

d) Cuestiones relativas a la titularidad de los derechos relativos a marcas. Los tribunales extranjeros no podrían decidir, con efectos en la Argentina, respecto de la determinación de la titularidad de la marca en el contexto del procedimiento del registro de ésta. Tal otorgamiento forma parte del procedimiento reservado a las autoridades argentinas, y los recursos que se entablen deben serlo ante los tribunales del mismo país. Pero existen múltiples cuestiones, vinculadas a la titularidad de la marca, que escapan a ese marco, y que pueden ser objeto de litigio ante tribunales extranjeros, sin violar el régimen argentino de jurisdicción internacional. Tal el caso de las cuestiones vinculadas con cesiones, con sucesiones, con expropiaciones, etc. Asimismo, cuando se trate de la titularidad de derechos derivados del uso de marca, como en el caso de

(142) Arg. del art. 517, inc. 1, del CPCCN.

(143) Podría sostenerse que, en estos casos, no alcanza con la ejecución de una sentencia extranjera, sino que debe accionarse directamente ante los tribunales argentinos. Pero ello implicaría un grave ataque a la economía procesal. Si la sentencia extranjera es acorde al orden público nacional, que está integrado por el régimen de marcas, no se ve la dificultad en que un tribunal argentino le dé ejecución, en lugar de tener que repetir todo el proceso.

las marcas de hecho, no habría un obstáculo insuperable para la jurisdicción de tribunales extranjeros (144).

e) Cuestiones civiles relativas a la infracción de derechos sobre marcas. Estas cuestiones siempre pueden someterse a tribunales argentinos, por aplicación del art. 5º, inc. 4, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuando se trate de marcas registradas o usadas en la Argentina, debido a los efectos que deben configurarse en la Argentina para que exista infracción respecto de esos derechos (145).

Puede suceder, sin embargo, que sobre la base de normas procesales extranjeras, actúe respecto de estas cuestiones un tribunal de otro país. Ello se puede deber, por ejemplo, a que el demandado tenga su domicilio en ese otro país, o a que se trate de cuestiones que conciernan a una pluralidad de países tales, como los casos en que se aleguen infracciones contra los derechos relativos a una marca existentes en diversos países, o a que exista una prórroga de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros. En estos casos, no existen motivos para rechazar necesariamente la jurisdicción extranjera; así, en los ejemplos dados, existen elementos que justifican el ejercicio de tal jurisdicción, frente a la ley argentina. El orden público nacional queda defendido mediante su consideración en los eventuales procesos de ejecución de sentencia.

También puede darse el caso, por aplicación del régimen del art. 5º, inc. 4, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, o de acuerdos de prórroga de jurisdicción, de que un tribunal argentino sea en principio competente respecto de una infracción a los derechos otorgados en el exterior respecto de una marca (146). Así, por ejemplo, una sociedad que opera en la Argentina podría exportar a Hungría un producto fabricado en nuestro país, con una marca registrada en Hungría pero no en nuestro país. El titular de la marca húngara podría demandar en la Argentina, sobre la base de que allí está el domicilio del demandado. Ello puede considerarse inconveniente, pues desde múltiples ángulos —conocimiento del derecho de marcas húngaro, jurisdicción sobre el lugar donde ha tenido lugar la infracción, etc.— lo normal es que sea más apto

(144) Tómese así el caso en que se discute la validez de los derechos respecto de los cuales se han otorgado licencias en diversos países. El tribunal competente, por así preverlo una cláusula contractual, puede ser el de un país extraño a la Argentina, aunque algunos de esos derechos sean los emergentes del uso de una de marca de hecho en la Argentina. No habría inconveniente para el ejercicio de la jurisdicción de ese tribunal, aun cuando normalmente aplique la ley argentina para determinar los derechos respecto de esa marca de hecho.

(145) Cfr. la n. 37, *supra*.

(146) Debe recordarse que ante la carencia de normas específicas de jurisdicción internacional, se debe recurrir analógicamente a la normas nacionales de competencia territorial; cfr. BOGGIANO, A., *ob.cit.*, t.1, p. 253.

el tribunal húngaro que el argentino para resolver este tipo de cuestiones. Sin embargo, faltan en nuestro sistema jurídico instrumentos como el de *forum non conveniens*, que permitan declinar la competencia en este tipo de casos.

f) Cuestiones penales. La jurisdicción judicial coincide en estos casos necesariamente con el ámbito de aplicación de la norma punitiva (147).

Cabe observar que, como en cualquier otro caso de sentencias con elementos internacionales, la ejecución o aplicación de una sentencia extranjera en el país requerirá cumplir con los requisitos de coherencia con el orden público local, entre otros requeridos para tal ejecución o aplicación (148).

13. CONCLUSIONES

La creciente internacionalización de la actividad económica requiere, con frecuencia, determinar cuestiones relativas al derecho y a la jurisdicción aplicable a los conflictos relativos a marcas. No se ha producido aún, en nuestro país y en el extranjero, una adecuada integración de las reglas específicas del derecho de marcas y de las del Derecho Internacional Privado y del Derecho Procesal Internacional, que permita llegar a una solución clara y precisa para estas cuestiones. El presente trabajo busca contribuir a tal solución.

(147) Cfr. BOUCHE, N., ob. cit., *passim*.

(148) Cfr. art. 517, CPCCN.



UNA SISTEMÁTICA DE “TRIPLE ENTRADA”: LOS TÍTULOS VALORES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN 2012

POR JUAN MALCOLM DOBSON

1. INTRODUCCIÓN

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012, contempla en su Libro Tercero “De los derechos personales”, Título V “De otras fuentes de las obligaciones”, Capítulo 6 de los “Títulos valores”. La regulación se realiza en 66 artículos (1815 al 1881).

Los autores del Anteproyecto previo han realizado un esfuerzo sistematizador de gran alcance, logrando conjugar con felicidad y agudeza las muy diversas posibilidades que ofrece el complicado esquema de los títulos valores en el derecho argentino, aunando esos diversos criterios con éxito, como se examina más abajo.

Algunos de los autores intervinientes en el Anteproyecto 2011 fueron Héctor Alegría, Salvador Darío Bergel, Martín Paolantonio y Osvaldo Gómez Leo; todos ellos, especialistas de primer nivel en el área (1).

Quiero destacar en primer lugar que se materializan en el Proyecto 2012 dos profundas aspiraciones del Prof. rosarino Dr. Celestino Araya: 1) la de incorporar una sistematización de los títulos valores; y 2) la de admitir la libertad de creación de los mismos (2).

(1) Los autores reconocen: “En este tema se ha seguido al Proyecto de 1998, con algunas modificaciones”. Puede anotarse también la influencia del decreto 677/2001 en lo que hace a la reivindicación.

(2) Señala el autor citado en el Prólogo de su obra *Títulos circulatorios*, Astrea, 1989: “Tienden estas páginas a señalar dos empeños de particular interés: 1) la permanente vigencia de la sistematización que proclama genialmente Vivante y mantiene total coherencia con las nuevas expresiones jurídicas que los tiempos presentes exigen, y que los progresos tecnológicos permiten, 2) la necesidad de la afirmación inmediata del principio de libertad de creación que el concepto unitario reclama, pues constituye manifestación plena de su riqueza”.

En este trabajo, me he de ocupar de la sistematización de los títulos valores, tanto de los ya existentes como de los que se incorporarán con motivo del Proyecto 2012. A tal efecto examinaré los elementos fundamentales de los títulos considerados como “valores”: el funcionamiento en ellos de la autonomía y la reivindicación.

A ello solamente agregaré una sugerencia relativa a los derechos de los consumidores y los títulos “abstractos” librados en operaciones de consumo.

2. UN CAMBIO SISTEMÁTICO DE CONSECUENCIAS: LA INCLUSIÓN DE LA REGULACIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES EN EL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL PROYECTO 2012

La derogación en el Proyecto 2012 del Código de Comercio en su totalidad lleva obviamente a la derogación del art. I del Título Preliminar, actualmente vigente del mismo Código: “En los casos que no estén especialmente regidos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil”.

En el Proyecto 2012, la regulación de los títulos valores se hace dentro de la sistemática del Código Civil y Comercial, ya que la misma idea de codificación es la de sistema (3).

Debe tenerse presente que la incorporación de la materia relativa a títulos valores en un Código Civil y Comercial traerá necesariamente una dimensión nueva a su interpretación. Un Código es un “sistema”, donde la interpretación debe ser coherente, esto es, los conceptos serán válidos a través de todo el sistema, obteniendo categorías utilizando procedimientos de razonamiento que vienen desde antiguo (4). La materia sobre títulos valores estuvo siempre apartada del Código Civil (5), y cuando este área del derecho se incorporó al Código de

(3) “(...) el Código es el centro del ordenamiento jurídico referido al derecho privado, y por lo tanto, allí deben consignarse las reglas generales de todo el sistema”, “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, comentarios al Título Preliminar, I.II.1.

(4) El concepto de sistema viene del Derecho Romano en la forma interpretada por los glosadores, que aplicaban la semántica (glosa gramatical), la exégesis (interpretación del texto), la concordancia y la distinción, formas de razonamiento y explicación, procedimientos griegos que utilizaron también los filósofos neoplatónicos y los Padres de la Iglesia. Ver WIEACKER, FRANZ, *Historia del derecho privado moderno*, 2ª ed., ed. portuguesa, p. 47.

(5) La expresión máxima del sistema es el área del derecho de las obligaciones, pero la materia comercial se mantuvo fuera de las construcciones. Es muy poco lo que puede obtenerse de los códigos justineanos en la materia crediticia (ver

Comercio argentino, lo hizo con la valla interpretativa del art. I del Título Preliminar.

En los "Fundamentos del Anteproyecto", sus autores manifiestan (punto 1.4):

"El vínculo del Código con otros microsistemas normativos autosuficientes es respetuoso. Es decir, se ha tratado de no modificar otras leyes, excepto que ello fuera absolutamente necesario".

Una de las responsables del Anteproyecto de Código Civil y Comercial 2011, la Dra. Kemelmajer (6), calificó a estos "microsistemas normativos autosuficientes" de "estatutos cerrados" a las leyes 19.550 de Sociedades Comerciales y 24.522 de Concursos y Quiebras, en el sentido de constituir microsistemas de interpretación. Esto se logra manteniendo fuera del Proyecto 2012 la regulación de estas áreas mencionadas.

Esto no ocurre con la regulación de los títulos valores, por cuanto no existe una Ley General de títulos valores, sino que se ha integrado su regulación dentro del sistema del Código Civil y Comercial. En el derecho uruguayo se ha seguido un régimen distinto en el decreto ley 14.701/1977 de títulos valores, donde éstos se regulan en una Ley General —aparte— de interpretación autónoma.

Al momento presente, la interpretación de los efectos de los títulos valores que integran el derecho cambiario, se formula por los tribunales sobre la base de los principios de literalidad y autonomía, y son pocas las referencias al sistema, incluso a las restantes partes del propio Código de Comercio. En la práctica jurisprudencial argentina se trata de una suerte de "isla interpretativa".

Veamos un ejemplo: el Proyecto 2012 legisla sobre abstracción en el art. 283:

Wieacker, ob. cit., p. 40). El derecho estatutario se mantuvo apartado de la materia civil desde su inicio en el siglo XI. Ripert señala que la doctrina francesa se esforzó con denuedo por integrar las operaciones comerciales dentro del juego de la teoría general de las obligaciones, señalando que Thaller usó —equivocadamente a su criterio— virtuosismo en el esfuerzo de compatibilizar las nociones de novación, delegación, subrogación y compensación. Ripert señala que esos esfuerzos no son inútiles, pero que yerran al querer integrar mecanismos ingeniosos mucho más complicados que los comprendidos en el derecho de las obligaciones tradicional. Sostiene que los mecanismos jurídicos modernos del derecho comercial son a los contratos clásicos lo que una máquina actual es a un instrumento primitivo. El derecho comercial afirma su individualidad frente al derecho civil, cada vez que la técnica comercial se afirma y se desarrolla (RIPERT-ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. 2, LGDJ, París, 1986, p. 1).

(6) Conferencia sobre el Anteproyecto de Código Civil y Comercial 2011, pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 2012.

“Acto abstracto. La inexistencia, falsedad o ilicitud de la causa no son discutibles en el acto abstracto mientras no se haya cumplido, excepto que la ley lo autorice” (7).

De la lectura del texto surge que en la acción derivada de un título abstracto, los aspectos relacionados con la causa no podrán ser opuestos ni aun entre partes directas. El art. 212 del Código de Comercio vigente prescribe:

“La falta de expresión de causa o la falsa causa, en las obligaciones transmisibles por vía de endoso, nunca pueden oponerse al tercero portador de buena fe”.

Esto es, admite la discusión de la causa entre partes directas. El Proyecto 2012 permite la emisión de títulos de libre creación abstractos por ciertas personas. A ellos se les aplicará la nueva norma.

Pero, dado que las disposiciones del Proyecto 2012 son aplicables supletoriamente a “las especiales que rigen para títulos valores determinados” (art. 1834), frente a la derogación del art. 212 del Código de Comercio, el resultado será que la discusión de la causa se hallará vedada entre partes directas, incluso en el cobro por la vía ordinaria de un pagaré, un cheque, etcétera.

La materia comercial requiere una interpretación propia, en la que la protección del crédito y la producción aparecen como imprescindibles. El hecho de que la normativa propuesta por el Proyecto 2012 establezca que la denominación del Código sea “Código Civil y Comercial” determina que la materia comercial se mantiene. El derecho comercial subsiste, así como subsiste la división de la materia comercial y la civil en la competencia de los tribunales de aplicación de la normativa propuesta en la Ciudad de Buenos Aires. Ello conlleva una interpretación propia del derecho comercial, que al presente es establecida por el art. I del Título Preliminar del Código de Comercio, como lo hiciera notar más arriba.

Hubiera sido deseable una norma expresa prescribiendo que en materia de Títulos Valores la interpretación deberá realizarse de forma de proteger la circulación de los mismos, aunque la misma puede lograrse por vía interpretativa de la función y naturaleza de las operaciones comerciales.

3. LA REGULACIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL

Más adelante he de dedicar alguna atención al concepto de “título valor” en general, pero por el momento me he de referir a los documen-

(7) Se trata de una versión de la regla *solve et repete*.

tos privados que contienen obligaciones de pagar sumas de dinero sobre los que la doctrina y jurisprudencia coinciden unánimemente en considerar que son "títulos valores" y que se hallan regulados en el derecho argentino vigente, a saber: la letra de cambio y el pagaré, el cheque, la factura de crédito, y el certificado de depósito a plazo fijo. Éstos son los denominados "títulos cambiarios". Todos estos instrumentos privados tienen leyes específicas que los regulan, y existe con respecto a la mayor parte de ellos una muy profusa jurisprudencia y doctrina.

El concepto de "títulos valores" es —no obstante— algo elusivo al presente, en particular por su confusión con el concepto de "valores negociables" que ha introducido la ley 17.811 de Bolsas y Mercados (1968). La discusión se ha planteado con respecto a las acciones de sociedades anónimas, después de la introducción de la ley 24.587 sobre "Nominatividad de Títulos Valores Privados".

No existe al presente una regulación general sobre los "títulos valores", pese a que algunas leyes se refieren a ellos en forma específica. Tal es el caso de las acciones de sociedades anónimas, que son designadas con el apelativo de "títulos valores" en el art. 226, ley 19.550 de Sociedades Comerciales. Tal es también la situación de los certificados de participación y títulos de deuda de los fideicomisos financieros en la ley 24.441, art. 19, párr. 2º. Esta designación es una referencia que cae actualmente en un vacío legal, al no existir una legislación específica sobre la materia que establezca los efectos que produce un instrumento privado de deuda designado como "título valor". Ello me ha llevado a sostener, en una oportunidad anterior, que las acciones de sociedades anónimas no transfieren derechos autónomos, principal característica de los títulos endosables que he mencionado más arriba (letra de cambio, etc.) (8). También es ésta la situación del decreto 677/2001 ("Régimen de Transparencia de la Oferta Pública", art. 2). En este decreto 677/2001 se regulan específicamente los "valores negociables" (9), entre los cuales sitúa a los "títulos valores".

También en este decreto 677/2001 se hace una referencia al art. 17 de la ley 17.811 de Bolsas y Mercado de Valores. Esta última utiliza la designación de "títulos valores" pero no los describe ni los define.

(8) Ver mi ponencia: "La transferencia de acciones de sociedades anónimas no confiere derechos autónomos al adquirente", en "VIII Congreso Argentino de Derecho Societario - IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa", Rosario, 3, 4, 5 y 6 de octubre de 2001, t. III, ps. 221/229.

(9) "[...] en general, a cualquier valor o contrato de inversión o derechos de crédito homogéneos y fungibles, emitidos o agrupados en serie y negociables en igual forma y con efectos similares a los títulos valores, que por su configuración y régimen de transmisión sean susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en los mercados financieros. Son aplicables a los valores negociables todas las disposiciones de la ley 17.811 y sus modificaciones relativas a los títulos valores".

En ambos casos (decreto 677/2001 y ley 17.811) el objetivo es el mismo: la oferta pública, por lo que la regulación de los “títulos valores” es contenida dentro de los “valores negociables” (10). Pero el concepto de “título valor” y los efectos de los mismos no se hallan establecidos en ninguno de los dos cuerpos legales.

No se cuenta al presente entonces, en el derecho argentino vigente, con un concepto legal de “título valor”.

4. SITUACIÓN FRENTE AL PROYECTO DE 2012 DE LAS LEYES COMPLEMENTARIAS DEL CÓDIGO DE COMERCIO QUE HAN SIDO CONSIDERADAS HASTA EL PRESENTE COMO REGULADORAS DE “TÍTULOS VALORES”

Las leyes complementarias a que hago referencia son las referidas a la letra de cambio, el pagaré, el cheque, la factura conformada y el certificado de depósito bancario a plazo fijo.

Conforme al art. 5° del Proyecto 2012 (11):

“Art. 5° - Las leyes que actualmente integran, complementan o se encuentran incorporadas al Código Civil o al Código de Comercio, excepto lo establecido en el art. 3° de la presente ley, mantienen su vigencia como leyes que integran o complementan el Código Civil y Comercial de la Nación por el art. 1° de la presente”.

De manera que la legislación vigente actualmente para estos títulos se mantendrá intacta con posterioridad a la posible aprobación por ley del Proyecto 2012, juntamente con todo el muy profuso cuerpo de jurisprudencia y doctrina existente al respecto. El Proyecto 2012 no innova ni regula materia alguna respecto de los títulos mencionados (12).

(10) Decreto 677/2001 - “Régimen de Transparencia de la Oferta Pública”: distingue entre “valores negociables” y “títulos valores” (art. 2°). El “valor negociable” es: [...] “cualquier valor o contrato de inversión o derecho de crédito [...] con efectos similares a los títulos valores. [El concepto incluye a los títulos valores]. El “título valor”: los [títulos] cartulares o no, representativos de derechos creditorios, las acciones, las cuotapartes de Fondos Comunes de Inversión, los títulos de deuda o certificados de participación de Fideicomisos Financieros. La ley 17.811/1968 (Bolsas y Mercado de Valores) no los distinguía: todos eran Títulos Valores.

(11) Proyecto de Ley de Aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación por parte del Senado y Cámara de Diputados, art. 5°, en “Código Civil y Comercial de la Nación”, La Ley, 2012, p. 409.

(12) Los títulos denominados como “títulos creados por legislación complementaria” en el art. 5° del Proyecto 2012 son también nombrados como “títulos valores especialmente previstos en la legislación vigente” en el art. 1820 del Proyecto 2012 y en el art. 1834 del Proyecto 2012, como títulos valores determinados creados por normas especiales”.

La situación a los mismos se halla contemplada en el art. 1834:

"Aplicación subsidiaria. Las normas de esta Sección:

"a) se aplican en subsidio de las especiales que rigen para títulos valores determinados;

"b) no se aplican cuando leyes especiales así lo disponen, incluso en cuanto ellas se refieren a la obligatoriedad de alguna forma de creación o circulación de los títulos valores o de clases de ellos".

Puede citarse, a guisa de ejemplo, normas que regirán en subsidio de las de la letra de cambio, pagaré, cheque, etc., la del art. 1825 del Proyecto 2012: "El falsificador responde por la prestación contenida en el documento cuya firma fuera por él falsificada".

5. LA AUTONOMÍA Y EL EQUILIBRIO ENTRE LA VOLUNTAD DE SU DIFUSIÓN EN LA TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS Y LA NECESIDAD DE RESTRICCIONES (LA REIVINDICACIÓN): LOS TÍTULOS VALORES

Debe dedicarse un párrafo, aun cuando brevísimo, a la importancia de los títulos valores en la historia y el presente del derecho comercial. La noción de autonomía los ha acompañado desde su nacimiento.

En general, se asimila a los títulos valores con las características del derecho contenido en algunos instrumentos privados, a saber: la letra de cambio, el pagaré y el cheque.

Los desarrollos sobre el primero de estos títulos data desde el siglo XI, y los referentes al cheque desde al menos la segunda mitad del siglo XVII. En ambos casos, existen actualmente regulaciones internacionalmente aceptadas, tanto en el mundo continental europeo, como en Latinoamérica y el *common law*. Esta laboriosa construcción implicó una excepción a la regla general del derecho que expresa: "nadie puede dar lo que no tiene" (*nemo dat quod habet*), regla que suele denominarse como "la derivación de derechos", y que se halla contenida expresamente en el art. 399 del Proyecto 2012 (13).

Es por eso que puede decirse que estas regulaciones son quizás el mayor aporte histórico de los juristas al derecho comercial por la rapidez y la seguridad aportadas a las relaciones comerciales.

Las ventajas del uso de estos títulos derivan principalmente de la autonomía o independencia del derecho adquirido, significándose con ello: la desvinculación del poseedor legítimo (tercer adquirente de buena fe)

(13) "Regla general: Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas".

de los vicios de la relación que dio lugar a la emisión del título o de los poseedores anteriores al transmitente, salvo dolo. En el acápite siguiente he de analizar la jurisprudencia que ha restringido el concepto de protección del poseedor al regular la extensión de la culpa grave frente a la desposesión involuntaria o ilegítima.

Otra esencial ventaja asimilada a algunos de estos títulos es la literalidad: el derecho contenido en el título está limitado por “las cuatro esquinas del papel”. Ningún derecho ni defensa puede ser alegada si no está contenido en el título mismo.

5.a) La *autonomía* en la adquisición de un título valor en el Proyecto 2012

El Proyecto 2012 incorpora claramente el concepto de autonomía en el sistema de los Títulos Valores:

“Art. 1816 - Autonomía. El portador de buena fe de un título valor que lo adquiere conforme con su ley de circulación tiene un derecho autónomo y le son inoponibles las defensas personales que puedan existir contra anteriores portadores.

“A los efectos de este artículo, el portador es de mala fe si al adquirir el título procede a sabiendas en perjuicio del deudor demandado”.

5.b) *Reivindicación*: la protección al poseedor-portador del título valor frente a la alegación de desposesión ilegítima ejercida como defensa frente a la ejecución en la jurisprudencia: una restricción a la autonomía en la adquisición de títulos valores

— Las leyes en materia de letra de cambio y cheque protegen también al obligado al pago que ha sido desposeído involuntariamente del título valor creado, otorgándole una acción de reivindicación “cambiaria”. Esta acción le permite al desposeído recuperar la posesión del título, pero estas mismas leyes ponen una condición a esa acción exigiéndole que pruebe que el actual poseedor del título lo haya adquirido con dolo o culpa grave. Esta regulación supone la existencia de un equilibrio entre los derechos del portador y los del obligado, exigiendo que el primero haya adquirido legítimamente el título. En caso contrario, perderá la posesión del título y el derecho a cobrarlo.

La protección del acreedor portador de un título valor (autonomía), y la protección al deudor demandado por la obligación contenida en el mismo frente a la desposesión ilegítima o involuntaria (reivindicación), han requerido equilibrio en la regulación, pero ese equilibrio ha sido encontrado con distintas exigencias, ya que algunas exigen la prueba del dolo, mientras que otras admiten la prueba de la culpa grave. También la causal de desposesión es regulada en forma distinta.

- En materia de letra de cambio y pagaré el decreto 5965/1963, art. 17 brinda protección al deudor en caso de *pérdida por cualquier causa de la posesión* de la letra de cambio, en caso en el que el acreedor haya incurrido en *culpa grave* (o mala fe) en la adquisición el título.
- La ley 24.452 de Cheques, art. 19 brinda la misma protección, en caso de *desposesión por cualquier evento* del cheque, también en el caso en el que el portador haya incurrido en *culpa grave* (o mala fe) en la adquisición del mismo.
- El decreto 677/2001, art. 4º, brinda protección al deudor otorgándole derecho a la *reivindicación* del título, en el caso en el que el acreedor hubiera adquirido el título con *dolo*.
- El Proyecto 2012, art. 1819, sigue los lineamientos de ambos sistemas: brinda protección al deudor otorgándole derecho a la *reivindicación* del título, en el caso en el que el acreedor hubiera adquirido el título con culpa grave (o dolo).

La interpretación que se ha realizado de la culpa grave en la adquisición del título valor por un fallo da lugar a pensar que quizá hubiera sido más adecuado seguir el régimen del decreto 677/2001, exigiendo que el deudor pruebe el dolo en la adquisición del título por parte del acreedor y no solamente la culpa grave. Veamos:

La defensa de desposesión ilegítima fue admitida por la Cámara Nacional de Comercio, sala C, con fecha 16/5/2000 (14). Se trataba de un cheque (15).

Se admitió en ese caso como defensa frente a la ejecución "la circunstancia de haber sido el librador demandado desposeído del título", aduciendo la culpa grave del adquirente y por ello se rechazó la demanda.

Se utilizó la construcción derivada del art. 20, Ley de Cheques: imposibilidad de oponer defensas basadas en las relaciones personales con el librador o los portadores anteriores, salvo adquisición por dolo y en particular la del art. 19 de la Ley de Cheques que admite la reivindicación del "desposeído" cuando el adquirente hubiera actuado con mala fe o culpa grave.

Conforme a lo establecido en dicho fallo, para no incurrir en culpa grave, el adquirente de un cheque debe:

- Verificar la identidad del transmitente.

(14) "G, J. M. c. Tsuji SA s/ejecutivo", ED, 189-289.

(15) Merece tenerse presente aquí la recurrencia frecuente de las denuncias policiales por sustracción o extravío de cheques para lograr la oposición al pago de cheques.

- Indagar el motivo y las circunstancias en las que el transmitente a su vez adquirió el cheque.
- Cerciorarse si el cheque tenía fondos en el banco girado.
- Constatar la autenticidad de la firma del librador del cheque.
- Indagar sobre la normalidad del libramiento del cheque.

El Proyecto 2012 en su art. 1819 prescribe:

“Titularidad. Quien adquiere un título valor a título oneroso sin culpa grave y conforme a su ley de circulación, no está obligado a desprenderse del título valor y, en su caso, no está sujeto a reivindicación ni a la repetición de lo pagado”.

La construcción jurisprudencial arriba mencionada, al admitir como defensa frente a la ejecución la desposesión ilegítima, y la interpretación lata del concepto de culpa grave harían aconsejable adoptar el criterio de la prueba del dolo en la adquisición para admitir tal defensa.

Debe destacarse —como se analiza más abajo— la exigencia de onerosidad en la adquisición de un título valor, que es establecida por el art. 1819 del Proyecto 2012, sancionando la gratuidad con la posibilidad de reivindicar un título valor del que ha sido desposeído el obligado (16).

6. LAS “TRES VÍAS DE ENTRADA POSIBLES” A LA REGULACIÓN SOBRE TÍTULOS VALORES: CONVIVENCIA DE TRES SISTEMAS EN EL PROYECTO 2012

El Proyecto de Código Civil se une al vasto sistema —principalmente latinoamericano— de regular a los “títulos valores” con una definición general (17). Pero el Proyecto utiliza una “técnica mixta”, incorporando otras posibilidades de aplicación de la regulación general sobre títulos

(16) También debe destacarse que el Proyecto 2012, en su art. 1821, enumera las defensas oponibles en la acción ejercida por el portador legítimo frente al deudor. Debe ser tenida en cuenta la situación de la gratuidad frente a la posición independiente del portador del título frente a la reivindicación del deudor desposeído, como se analiza más abajo.

(17) En las “Consideraciones sobre el Anteproyecto de Ley Uniforme Centroamericana de Títulos Valores y sobre la posibilidad y conveniencia de dictar una Ley Uniforme Latinoamericana sobre Títulos Valores”, el Informe presentado por el Dr. Rodolfo O. Fontanarrosa de la UNL-Rosario, se expresó: “Y el primer escollo que se opone a la materia que nos interesa es la dificultad de establecer sobre bases firmes e indiscutibles el concepto esencial de “Título Valor”. Con lo que resulta que ciertos documentos serán o no considerados Títulos Valores según la posición teórica que se adopte, lo que, a su vez, repercute sobre los criterios de inclusión o exclusión de ellos en una disciplina legislativa de alcance general” (ver

valores. Pero antes del desarrollo, haré una relación de algunos de los sistemas posibles:

1. Sistema de la "ley madre" y las "leyes satélites".
2. Sistema de la "inclusión por ley", o de la "denominación título valor" o de la "asignación de nombre" de la obligación "incorporada" a un documento. Es la ley la que otorga las ventajas del régimen legal del título valor, prescribiendo en cada caso que un determinado documento es un "título valor".
3. Sistema de la "definición". Es la estructura de la obligación asumida la que otorga el régimen del título valor, en la medida en que encaje dentro de las exigencias de la definición provista por la ley.

En la sistematización adoptada por el Proyecto, conviven exitosamente los tres sistemas, como se verá a continuación: (a) el sistema de la "ley madre" subsiste en el Proyecto, como he señalado más arriba; (b) convive con el sistema de la "definición"; y (c) también convive con el sistema de inclusión por ley. Se trata de una "técnica mixta".

6.a) Sistema de la "ley madre" y de las "leyes satélites"

Es uno de los dos regímenes actualmente vigentes en el derecho argentino, aunque el único de aplicación efectivo, como se verá más abajo. El sistema establece que existe una ley que contiene toda la regulación basada en la tradición y la experiencia de este tipo de documentos y otras leyes hacen referencia a ella, aplicándose las normas de la primera supletoriamente. En el caso de nuestra ley, las disposiciones en materia de letra de cambio y pagaré son la "ley madre". Este régimen persiste en la sistematización del Proyecto 2012.

Referencias a la ley "madre" (dec.-ley 5965/1963) sobre Letra de cambio y Pagaré contenidas en otras leyes ("leyes satélites") por remisión expresa:

- Ley 24.452 del Cheque, art. 65: "En caso de silencio de esta ley, se aplicarán las disposiciones relativas a la letra de cambio y al pagaré en cuanto fueren pertinentes
- Ley 24.760/1997, mod. DNU 363/2002 y dec. 1002/2002, de Factura de Crédito. Art. 16, ley 24.760/1997: "Las disposiciones del decreto ley 5965/1963 ratificado por la ley 16.478 son de aplicación supletoria a la factura de crédito en cuanto no se opongan a las disposiciones de esta ley, que las regula específicamente".

- Ley 20.663/1974 de Depósitos Bancarios a Plazos Fijos, art. 4º: “Las disposiciones del Código de Comercio, Libro II, Título X sobre letras de cambio serán aplicables supletoriamente a los certificados a que refiere la presente ley”.
- Letras hipotecarias (en la ley 24.441, art. 46 no derogado por el Proyecto 2012): “Al título valor son subsidiariamente aplicables, en cuanto resulten compatibles, las reglas previstas por el decreto ley 5965/63 para una letra de cambio”.
- Conocimiento marítimo (art. 304, ley 20.094, 1973), “Tanto el ‘conocimiento embarcado’ como el ‘conocimiento para embarque’ pueden ser a la orden, al portador o nominativos y son transferibles con las formalidades y efectos que establece el derecho común para cada una de dichas categorías de papeles de comercio”
- Documento de transporte multimodal de mercaderías (art. 4, ley 24.921, 1998): “cuando el documento de transporte multimodal se emita en forma negociable podrá ser, a la orden, al portador o nominativo y es transferible con las modalidades y efectos que prescribe el derecho común para cada una de las mencionadas categorías de papeles de comercio”.

La autonomía y la endosabilidad en la letra de cambio, pagaré y cheque

En el Régimen de la Letra de Cambio y Pagaré y del Cheque (arts. 20, dec.-ley 5965/1963 y 17/19, ley 24.452), en los títulos a la orden la autonomía deriva del carácter de “portador legítimo”. Es portador legítimo quien justifique su derecho por una serie ininterrumpida de endosos (también en el caso del cheque al portador sólo por su adquisición de buena fe).

Es decir que en los títulos a la orden la autonomía deriva de la endosabilidad. Si el título es no a la orden, entonces se transfiere por las reglas de la cesión (forma y efectos) (art. 12, dec.-ley 5965/1963, ley 24.452). Los efectos de la cesión de créditos no importan autonomía, sino acumulación de defensas.

Si el título no es susceptible de endoso, entonces no hay autonomía en la adquisición, cual es el caso actual de las acciones de sociedades anónimas, y de las obligaciones negociables salvo en caso de las que cotizan en bolsas y mercados de valores. Volveré sobre el particular más abajo.

6.b) Sistema del documento de “denominación especial” o de “asignación de nombre”

El sistema consiste en otorgar una forma determinada y/o una denominación (p. ej. como “título valor”, o juntamente con una forma a una obligación específica asignándole un contenido jurídico determinado.

El adoptar esta denominación o esta forma acarrearán como efecto la aplicación de un régimen jurídico particular. En este caso es irrelevante si el documento al que se le ha asignado el nombre de "título valor" encaja dentro de la definición del mismo: el hecho que la ley lo haya designado así hace aplicable plenamente el régimen de los títulos valores. El ejemplo de esta categoría es la acción de sociedad anónima, como se explicita más abajo. En efecto, una acción de sociedad anónima no "incorpora una obligación incondicional e irrevocable de una prestación" como lo exige la definición del art. 1815 del Proyecto 2012.

La forma de tipificar un título valor por forma o asignación de nombre, se ha manifestado por la utilización de ambas. Es el caso de la letra de cambio y el pagaré en el decreto 5965/1963: el título debe tener una forma tasada y la denominación o la cláusula a la orden. También es el caso, aunque más estricto, del "instrumento negociable" (*negotiable instrument*) del derecho norteamericano, aunque con una forma más estricta que la de nuestro derecho (18).

El Proyecto 2012 adopta esta forma de legislar, que consiste en asignar un determinado efecto jurídico a la denominación "título valor". Podríamos llamar también a este sistema particular como el del "bautismo" (en el sentido de "poner nombre").

1) El sistema de la "denominación especial" como tipo de obligación en el Proyecto 2012

Como se lleva dicho, la ley prescribe que un determinado documento ha de ser considerado un "título valor", y de tal manera, se le hacen apli-

(18) Un ejemplo de esta forma de legislar es el "instrumento negociable" (*negotiable instrument*) del derecho norteamericano.

En el derecho de los EE.UU. se ha creado una forma única y especial de asumir una obligación particularmente rigurosa, imponiendo requisitos *sine qua non*. Si los requisitos predispuestos por la ley no se cumplen, la rigurosidad de la asunción de la obligación no será reconocidos por los tribunales.

Los requisitos para la existencia de un *negotiable instrument* de los EE.UU., se hallan contenidos en el *U.S. Commercial. Code, Section 3-104*, a saber:

1. Promesa escrita incondicional de pagar una suma de dinero:

- a. al portador o a la orden;
- b. pagadera a la vista o a un plazo fijo.

2. No contenga ninguna otra obligación o instrucción (esta regla es conocida como la regla del "mensajero sin valijas" "*a negotiable instrument is a courier without luggage*").

La protección de la autonomía ("*holder in due course*"), es sólo para las adquisiciones a título oneroso.

Los efectos jurídicos de la asunción de esta forma de obligación son: literalidad (la regla de las "cuatro esquinas" - "*four corners doctrine*") y la autonomía (la regla del "portador legítimo" - "*holder in due course*").

cables las disposiciones correspondientes a este tipo de obligaciones. Nuestras leyes han usado este sistema, formulando designaciones o remisiones que hasta el presente no tienen un régimen legal específico destinatario, cayendo en un vacío legal que ha sido llenado en algunos casos, por la doctrina. Por ejemplo, el art. 226 de la ley 19.550 de Sociedades prescribe con respecto a las acciones de sociedades anónimas:

Títulos Valores: Principios. Las normas sobre títulos valores se aplican en cuanto no son modificadas por esta ley.

La doctrina ha interpretado que esta remisión se realiza a la "ley madre" (19).

Remisiones similares al régimen al utilizado por el art. 226 de la LS respecto a las acciones de sociedades anónimas nombrando a determinados documentos como "Títulos Valores" han sido efectuadas por otras leyes, denominándolos así expresamente:

- Fideicomisos, ley 24.441, art. 19: "Dichos certificados de participación y títulos de deuda (en fideicomisos financieros) serán considerados títulos valores. El art. 1693 del Proyecto mantiene la misma redacción.
- Fondos Comunes de Inversión: Cuotapartes de copropiedad y de renta en los Fondos Comunes de Inversión. En este caso, la ley vigente, No. 24.083, en su art. 18 (modif. por ley 24.441) no hace nominación del carácter de título valor" de los certificados de propiedad o renta, pese a que pueden incluso ser documentos al portador. La situación es remediada por art. 1829 del Proyecto que establece expresamente: "Son títulos valores las cuota partes de fondos comunes de inversión".

En algunos casos la ley actualmente vigente asigna efectos particulares a los títulos valores, pese a que no exista una ley general en la materia. Tal es el caso de la Ley de Sociedades, que en su art. 58 prescribe en materia de representación cambiaria en la asunción de obligaciones de la sociedad, que no se aplica el defecto de organización plural en el caso de "títulos valores". Obviamente queda por resolver qué es un "título valor", aunque como lo he señalado más arriba, hay un consenso generalizado al presente que los títulos cambiarios son títulos valores (letra de cambio, pagaré, cheque, factura de crédito, certificados de depósito a plazo fijo).

(19) En tal sentido Zunino, *Régimen de Sociedades Comerciales ley 19.550*, 11^a ed., p. 220 (art. 226), y en sentido similar en ed. 22^a, p. 233, donde con respecto a las acciones de sociedad anónima remite al decreto ley 5965/1963.

El sistema ha sido completado por el Proyecto 2012, en cuanto cuando la ley prescribe que un determinado documento tiene el carácter de "título valor", ello inmediatamente refiere al Régimen General de Títulos Valores contenido ahora en el Proyecto 2012 que llena de esta manera una verdadera laguna legal existente.

Pero también este sistema convive con el sistema de la "definición" que analizo a continuación.

2) La situación de las acciones de sociedad anónima y obligaciones negociables en el Proyecto 2012

La situación jurídica de la transmisión de las acciones de sociedades anónimas se halla condicionada por las disposiciones de la ley 24.587 sobre "Nominatividad de los Títulos Valores Privados" (20), en la que se establece el carácter de título nominativo *no endosable* de las acciones de sociedad anónima y de las obligaciones negociables hace concluir en el régimen vigente en el carácter derivado del título transmitido.

La primera apreciación que surge de la observación de la definición ("concepto") de título valor en el Proyecto 2012 (art. 1815) es que su existencia confiere a cada titular (el art. 1816 confiere ese derecho al portador legítimo) la posibilidad de una transmisión autónoma.

Aplicando las construcciones sobre autonomía de la transmisión de la letra de cambio conforme a la "ley madre" llevaría a considerar que el Proyecto 2012 ha incurrido en una contradicción: ¿cómo puede conferir autonomía la transmisión de un título no endosable? Dejaría perplejo al observador al ver que se hallan legislados en el Proyecto 2012 los "títulos valores nominativos no endosables" (art. 1847) entre los títulos valores cartulares (Sección 2); ¿cómo puede ser un título valor un título no endosable? Como se lleva dicho más arriba, en el derecho vigente, en el cual el carácter de título valor depende de la autonomía en la transmisión, y la autonomía deriva de la endosabilidad, no sería posible sostener que un título no endosable ni susceptible de ser transmitido al portador es un título valor (21).

Empero, no existe contradicción, sino que se trata de distintos sistemas de conferir autonomía en la "ley madre" y en el Proyecto 2012 (siendo este último más amplio): (1) en el caso de la letra de cambio, el pagaré, etc., la autonomía deriva de la endosabilidad; (2) en el caso del Proyecto 2012,

(20) Art. 1- Los títulos valores privados emitidos en el país y los certificados provisionales que los representen deben ser nominativos no endosables.

(21) Ver mi ponencia: "La transferencia de acciones de sociedades anónimas no confiere derechos autónomos al adquirente", en "VIII Congreso Argentino de Derecho Societario - IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa", Rosario, 3, 4, 5 y 6 de octubre de 2001, t. III, ps. 221/229.

en los títulos valores nominativos no endosables, la autonomía deriva no de la endosabilidad, sino de la “denominación”, esto es, del hecho que la ley los nombre como “títulos valores”. Esto equivale a decir lo siguiente: “los títulos nominativos no endosables son títulos valores”. Esto es lo que efectivamente hace el Proyecto 2012 con las cuotapartes de fondos comunes de inversión: al nombrarlas como títulos valores las hace incorporar al sistema. Por otra parte, en el caso de las acciones de sociedades anónimas, es la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 la que hace otro tanto en el art. 226, como he examinado más arriba.

Este mismo sistema de la “denominación” es utilizado por el art. 1849 Proyecto 2012 para cualquier otro título valor nominativo no endosable, como podría ser el caso concreto de las obligaciones negociables de la Ley de Obligaciones Negociables (leyes 23.576 y 23.962). Pero en este caso, deberá además entrar en el sistema de la “definición” (promesa incondicional e irrevocable), ya que no hay ley que las “nombre” como títulos valores al presente.

La “denominación” como “título valor” de los títulos nominativos no endosables conlleva automáticamente la aplicación del régimen de la autonomía propia de los títulos valores en el Proyecto 2012, conforme a su Art. 1816.

En el Proyecto 2012, la situación se halla legislada por en la Sección 2ª, Par. 4, Títulos valores nominativos no endosables con la siguiente regulación:

Art. 1849. Es título valor nominativo no endosable el emitido a favor de persona determinada, y cuya transmisión produce efectos respecto del emisor y a terceros al inscribirse en el respectivo registro.

Es cierto —siempre en el régimen actualmente vigente— que para los títulos que cotizan en Bolsas y Mercados de Valores, a los que se aplican las disposiciones del decreto 677/2001, no hay posibilidad de *reivindicación* —salvo dolo en la adquisición— con lo que existe una cierta protección frente a las causales de desposesión ilegítima o involuntaria en la transmisión en las adquisiciones a título oneroso. Pero ese régimen sólo es aplicable para las transacciones realizadas en las Bolsas y Mercados de Valores, no para las ventas privadas de acciones de sociedad anónima. En estos casos, la transmisión es derivada y el adquirente no está a cubierto de las acciones de nulidad o anulabilidad de los transmitentes anteriores.

Por ello en la ley vigente deben diferenciarse:

- a. acciones de sociedad anónima y obligaciones negociables que sí cotizan en bolsas y mercados de valores (reguladas por el decreto 677/2001).
- b. acciones de sociedad anónima y obligaciones negociables que no cotizan en bolsas y mercados de valores.

Habrán un antes y un después del Proyecto 2012 en cuanto a la autonomía de la transmisión de las acciones de sociedad anónima y de las obligaciones negociables (estas últimas en cuanto constituyen promesas incondicionadas e irrevocables).

Hoy, transmiten un derecho derivado (se pueden oponer defensas correspondientes a portadores anteriores), si no cotizan en Bolsa;

Después de la aprobación del Proyecto 2012, se transmitirá un derecho autónomo (no se podrán oponer esas defensas) en todos los casos.

Los efectos de la transmisión de una acción de sociedad anónima y de una obligación negociable son prescriptos por el hecho de ser en ambos casos un "título valor", y están contenidos en el art. 1816 Proyecto:

Autonomía. El portador de buena fe de un título valor que lo adquiere conforme con su ley de circulación tiene un derecho autónomo y le son inoponibles las defensas personales que puedan existir contra anteriores portadores.

6.c) El sistema de la "definición" ("Al que le quepa el sayo que se lo ponga")

En este sistema, distinto y complementario del anterior, se define el contenido del título por anticipado, y todos aquellos títulos que se ajusten a la definición, resultan por ello ser títulos valores y se les aplicará como resultado el régimen jurídico correspondiente a los mismos.

Muchos países han adoptado la definición de Cesare Vivante de título circulatorio expresada en el Proyecto de Código de Comercio de Italia de 1922:

"Documento necesario para el ejercicio de un derecho literal y autónomo expresado en el mismo" (22).

En el Proyecto de 1993, en su art. 2292, se define asimismo, apartando el requisito de la literalidad: "Título valor es el documento que contiene una promesa incondicionada e irrevocable de una prestación y que otorga a cada nuevo titular un derecho autónomo a esa prestación. Tal documento es necesario para el ejercicio, transmisión y modificación del derecho que de él resulta".

(22) GUALTIERI, G.-WINIZKY, I., "Títulos circulatorios", Eudeba, 1966, ps. 20 y 63. Esta definición es adoptada expresamente en forma textual por el Decreto Ley de Títulos Valores nro. 14.701 de Uruguay (art. 1°), por el art. 887 del Código Civil de Brasil de 2002, así como por el art. 5° de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito Mejicana de 1932, y en otras legislaciones latinoamericanas: Colombia, art. 619, Honduras. Art. 449.

A su vez, en el mismo Proyecto de 1993 se postulaba —en el art. 2289— una toma de posición en materia de naturaleza jurídica de los títulos valores: “Resultan de una declaración unilateral de voluntad las obligaciones derivadas de los títulos valores [...]”.

Esta definición fue adoptada parcialmente por el Proyecto de Código Civil de 1998, aunque quitándole los requisitos de “documento de presentación necesaria” y el de “derecho literal” al en él contenido:

Art. 1747. — Definición. Los títulos valores contienen una promesa incondicional e irrevocable de una prestación y otorgan a cada titular un derecho autónomo.

1) El sistema de la definición en el Proyecto 2012

La definición de título valor se encuentra en el art. 1815:

“Concepto. Los títulos valores incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación y otorgan a cada titular un derecho autónomo [...]”.

Surge con claridad que para que exista un título valor conforme al Proyecto 2012, se requiere la comprobación de la existencia de una obligación incondicional e irrevocable de una prestación.

Ello es ratificado en el art. 1850 Proyecto 2012, con referencia a los títulos valores no cartulares, donde se prescribe: “Cuando por disposición legal o cuando en el instrumento de creación se inserta una declaración expresa de voluntad de obligarse de manera incondicional e irrevocable, aunque la prestación no se incorpore a un documento, puede establecerse la circulación autónoma del derecho, con sujeción a lo dispuesto por el art. 1820.

Es claro que se ha eliminado del concepto general de título valor del Proyecto 2012 la exigencia de la literalidad, exigencia ésta que se ha mantenido solamente para los títulos valores cartulares, en el art. 1831: “Literalidad. El tenor literal del documento determina el alcance y las modalidades de los derechos y obligaciones consignadas en él, o en su hoja de prolongación” (“la doctrina de las cuatro esquinas”).

Es decir, que para los títulos valores no cartulares, en la estructura del Proyecto: puede haber autonomía sin literalidad.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los títulos valores, los autores del Anteproyecto han tomado posición también por la voluntad unilateral, ya que conforme a los “Fundamentos” que acompañaran al Anteproyecto 2011, en lo que respecta a los títulos valores se expresa:

“En este tema se ha seguido al Proyecto de 1998, con algunas modificaciones. La ubicación metodológica sigue la del mentado proyecto, es decir, dentro de la declaración unilateral de voluntad”.

Esta ubicación metodológica determinaría que además, para constituir un título valor, será necesaria una declaración unilateral de voluntad, lo que excluiría los títulos valores derivados de relaciones contractuales. Pero no resulta claro que ésta sea efectivamente la ubicación metodológica de los títulos valores dentro de las declaraciones unilaterales de voluntad, ya que éstas se encuentran legisladas en el Capítulo 5, y los títulos valores en el Capítulo 6 del Título V, "De otras fuentes de las obligaciones" del Libro Tercero, "De los derechos personales", por lo que no resulta obvio que se halle incluido el tema en las disposiciones atinentes al Capítulo anterior. (23)

2) *Libertad de creación de títulos valores*

La posibilidad de crear un "título valor" es una vieja aspiración de la doctrina argentina. Asimismo, la posibilidad de que las personas puedan emitir (o crear) instrumentos privados que tengan los efectos jurídicos de un "título valor" ha sido contemplada por todos los Anteproyectos de unificación de los Códigos Civil y de Comercio presentados hasta el presente. Así, el art. 2299 del Anteproyecto de 1993 y el art. 1752 del Anteproyecto de 1998.

En el presente Proyecto se admite la posibilidad, en el art. 1820, bajo el acápite de "Libertad de creación":

Cualquier persona puede crear y emitir títulos valores en los tipos y condiciones que elija.

No obstante, estos títulos [los "de libre creación"]:

no deben prestarse a confusión con el tipo, denominación y condiciones de los títulos valores especialmente previstos en la legislación vigente.

3) *Los títulos valores de libre creación (art. 1820, Proyecto 2012) y el sistema de la definición*

Es ésta una verdadera innovación del Proyecto 2012 en nuestra legislación, si bien la misma había sido propugnada anteriormente por todos

(23) "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación": "En este tema se ha seguido el Proyecto de 1998, con algunas modificaciones".

"La ubicación metodológica sigue la del mentado proyecto, es decir, dentro de la declaración unilateral de voluntad".

En el Proyecto 2012, la materia sobre Títulos Valores se trata en diferentes capítulos del Título V- De otras fuentes de las obligaciones. Capítulo 5: Declaración unilateral de voluntad. Capítulo 6: Títulos Valores.

En el Proyecto del año 1993, se expresaba en el art. 2289: "Resultan de una declaración unilateral de voluntad las obligaciones derivadas de los títulos valores [...]".

los anteriores Anteproyectos a partir de 1993 (24). Consiste en admitir la posibilidad de que las ventajas de los títulos valores, incluyendo la autonomía y la literalidad (en los cartulares), así como su sistema de cancelación, se hallen abiertas para títulos creados por la libre voluntad de una persona. En el sistema anterior, sólo los títulos creados por ley eran admitidos a esta regulación especial. Ahora, los particulares podrán dar nacimiento a obligaciones autónomas.

Esta posibilidad —como se sostuviera más arriba—debe ajustarse al sistema de la “definición” esto, es a lo dispuesto por el art. 1815 Proyecto 2012. El título:

debe contener una obligación incondicional e irrevocable de cumplimiento de una prestación (y como consecuencia de ello otorgan a cada titular un derecho autónomo).

El primer interrogante que surge es: ¿cómo reconocer un título valor de libre creación?

La primera aproximación a una respuesta es analizar si contiene una obligación incondicional e irrevocable de una prestación. Esto se lograría mediante una promesa (25). ¿Pero se tratará de una promesa unilateral?

No hay dudas sobre la intención de los autores del Anteproyecto, que he examinado más arriba, en el sentido que efectivamente, entienden que se trata de una declaración unilateral de voluntad. Esta ha sido la pauta otorgada por parte de la doctrina también respecto de los títulos cambiarios: la naturaleza jurídica de la letra de cambio es considerada como fundada en la declaración unilateral de voluntad. También podría decirse que el limitar el espectro de los títulos valores a las declaraciones unilaterales de voluntad, apartaría la posibilidad de incorporar títulos valores de origen contractual. El art. 1815 Proyecto 2012 sólo exige la incorporación de una “obligación”, pero no que se trate de una promesa unilateral.

Una pauta clara para reconocer un título valor de libre creación que surge expresamente del texto del Proyecto 2012 es la que aparece en la regulación de los “títulos valores no cartulares”, en el art. 1850, donde se prescribe:

“Cuando por disposición legal o cuando en el instrumento de creación se inserta una declaración expresa de voluntad de obligarse de manera incondicional e irrevocable aunque la prestación no se incorpore a un

(24) En el Proyecto del año 1993, se expresaba en el art. 2289: “Resultan de una declaración unilateral de voluntad las obligaciones derivadas de los títulos valores [...]”.

(25) El art. 734, Proyecto 2012 regula la “promesa autónoma de deuda”, a la cual, si es irrevocable e incondicional, se le aplicarán las reglas sobre los Títulos Valores.

documento, puede establecerse la circulación autónoma del derecho, con sujeción a lo dispuesto en el art. 1820".

Otra importante pauta está dada por la norma legal del Proyecto 2012 que prescribe que los títulos valores de libre creación no deben prestarse a confusión con el tipo, denominación y condiciones de los títulos valores especialmente previstos en la legislación vigente (art. 1820).

Ello excluye la posibilidad de considerar como títulos valores los pagarés al portador, los pagarés con vencimientos sucesivos, los pagarés en soja, los pagarés con intereses a tasa variable.

Así, los títulos valores de libre creación se distinguen de los "típicos", pero: ¿cuál será el límite, la frontera entre unos y otros?

La regla es que los títulos valores de libre creación deberán ser causales, salvo las excepciones dispuestas por el art. 1820, Proyecto 2012, donde se admite también la existencia de títulos valores abstractos de libre creación (26).

7. LA AUTONOMÍA Y LA REIVINDICACIÓN EN LA TRANSMISIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES EN EL PROYECTO 2012

Conforme al art. 1816 del Proyecto de 2012:

"Autonomía. El portador de buena fe de un título valor que lo adquiere conforme con su ley de circulación tiene un derecho autónomo y le son inoponibles las defensas personales que pueden existir contra anteriores portadores".

Examinaré a continuación las condiciones de aplicación de esta norma y sus efectos. Pero previamente deberé hacer un análisis del régimen complementario de la reivindicación, conforme lo regula el Proyecto 2012.

7.a) La reivindicación y la adquisición a título oneroso en el Proyecto 2012

El Proyecto 2012 marca una diferencia notable con lo establecido para los títulos cambiarios en la "ley madre y sus leyes satélites", ya que,

(26) Conforme al art. 1820, Proyecto 2012, los títulos valores de libre creación abstractos sólo pueden ser emitidos:

- cuando se destinen a ofertas públicas;
- cuando el emisor sea una entidad financiera, de seguros o fiduciarios financieros registrados ante el organismo de contralor de los mercados de valores. La diferencia entre títulos abstractos y causales será según que se hallen o no vinculados con la causa. En los títulos abstractos la causa de emisión del título es irrelevante —aunque se mencione expresamente en el título— frente al portador legítimo del título. Su creación está limitada por la ley. Ejemplos de títulos causales: las acciones de SA, debentures, títulos públicos, carta de porte (ESCURI, *Títulos de crédito*, 15).

a diferencia de lo establecido en el art. 19, Ley de Cheques y el art. 17, decreto ley 5965/1963 (Letra de Cambio y Pagaré), que otorgan la autonomía —que incluye la protección frente a la reivindicación—, se requiere la adquisición a título oneroso del título valor, mientras que aquéllos no requieren de tal título oneroso para otorgar la protección al acreedor frente a la posible reivindicación del título.

Art. 1819 - Titularidad. Quien adquiere un título valor a título oneroso, sin culpa grave y conforme a su ley de circulación, no está obligado a desprenderse del título valor, y en su caso, no está sujeto a reivindicación ni a la repetición de lo cobrado.

El Proyecto 2012 sigue en esto al decreto 677/2001 - “Régimen de Transparencia de la Oferta Pública”, que también exige la adquisición a título oneroso de un “valor negociable” para otorgarle la protección frente a la reivindicación:

Art. 4, inc. e) in fine (decreto 677/2001): El tercero que adquiera a título oneroso valores negociables [...] de una persona que, según los [...] registros correspondientes, aparezca legitimado para transmitirlos, no estará sujeto a reivindicación, a no ser que en el momento de la adquisición haya obrado de mala fe o con dolo.

Esto implica que no hay —en estos casos— protección total para los actos a título gratuito. Es de notar que el decreto 677/2001 niega la protección frente a la reivindicación cuando se ha adquirido el título con dolo. El Proyecto 2012, la niega también en los casos de culpa grave.

¿Significa esto que fuera de los casos de los títulos comprendidos en el sistema de la “ley madre”, se otorga al deudor desposeído una defensa de gratuidad frente a la ejecución de un tercer tenedor?

Paso a explicarme.

7.b) ¿La adquisición a título gratuito de un título valor en el Proyecto 2012, da lugar al desposeído ilegítimamente a una defensa frente a la ejecución del portador?

Al exigirse la onerosidad en la adquisición de un título valor para otorgar la protección del acreedor frente a la reivindicación del obligado desposeído ilegítimamente (27), se están admitiendo las defensas de desposesión involuntaria o ilegítima basadas en la prueba de la gratuidad en la adquisición. El deudor ejecutado podrá oponerse a la ejecución argu-

(27) Estimo que al incorporarse el Capítulo relativo a los Títulos Valores a la sistemática del Código Civil y Comercial, será obligatoria la referencia al art. 392 Proyecto 2012 y las construcciones jurisprudenciales y doctrinarias elaboradas en torno del actual 1051 del Código Civil en torno al requisito de la onerosidad para otorgar protección al adquirente de inmuebles.

mentando como defensa que el portador de la letra, si bien es de buena fe, adquirió el título en forma gratuita, por lo que podrá ejercer las defensas de posesión ilegítima.

Si se adquiere a título gratuito un título valor ¿se está sujeto a reivindicación aun cuando haya habido buena fe en la adquisición? ¿No hay protección al adquirente a título gratuito?

El art. 1819 Proyecto 2012, para dar derecho al acreedor-portador del título valor a rechazar la reivindicación requiere tres condiciones:

- Título oneroso.
- Ausencia de culpa grave.
- Adquisición conforme a la ley de circulación.

La ausencia de cualquiera de estos tres requisitos resulta en que el Proyecto 2012 no otorga protección al acreedor frente a la reivindicación del deudor desposeído ilegítimamente.

Este problema de la onerosidad ha sido estudiado por el derecho norteamericano, por cuanto éste —como lo he señalado más arriba— exige la onerosidad en la adquisición para otorgar la protección de la autonomía: solamente el adquirente *for value* es considerado *holder in due course*. En el derecho estadounidense, la exigencia de la onerosidad es total, negando autonomía no solamente frente a la reivindicación, sino en todos los casos.

Ante esta dura exigencia —y con el fin de morigerarla— se ha elaborado en el derecho norteamericano la doctrina del "refugio" (*shelter principle*). Por esta doctrina el adquirente a título gratuito de un *negotiable instrument* puede utilizar en su provecho la adquisición a título oneroso de un *holder in due course* anterior que sí lo hubo a título oneroso. Este principio es simplemente una aplicación de las normas del *common law* (siempre de aplicación supletoria del *Uniform Commercial Code* (U.C.C. # 1-103) y de las reglas de la compraventa de mercaderías, que establecen que el comprador adquiere todos los derechos que tenía el vendedor (U.C.C. # 2-403) (28), (U.C.C. # 3.301 [a]) y con ello ejecutar el documento (U.C.C. # 3-203 [b]). Dicho en términos más propios del derecho argentino, la protección de la onerosidad se transfiere juntamente con el título (29).

(28) Es de notar que en el derecho norteamericano (U.C.C. # 2-403), la adquisición de mercaderías de buena fe y a título oneroso pone al comprador a cubierto de las acciones de nulidad o anulabilidad contra el transmitente, aun cuando las cosas fueran robadas o perdidas.

(29) Ver CLAYTON GILLETTE, *Commercial Paper*, 1995, p. 25; White and Summers, *Uniform Commercial Code*, 4ª ed., 1995, p. 854; Stone, Bradford, *Uniform Commercial Code*, 1995, p.199.

¿Podrá lograrse una construcción semejante en el derecho argentino? La regla sería: siendo onerosa una transferencia, todas las adquisiciones posteriores podrán aprovechar de la misma, aun cuando fueren gratuitas. Aparece como deseable encontrar una solución que adopte esta regla, o la forma de incorporarla, ya que apoyaría la noción de autonomía, tan valiosa para la transmisión de títulos valores. En el Proyecto 2012 se encuentra una nueva regla que no se halla en la “ley madre”: la transmisión de los accesorios conjuntamente con el título valor.

Esta innovación se halla en el art. 1818, donde se prescribe: “Accesorios. La transferencia de un título valor comprende los accesorios que son inherentes a la prestación en él incorporada”.

Pero la onerosidad de una adquisición anterior: ¿puede ser considerada un accesorio? ¿Serán aplicables las reglas de la cesión de derechos?

La norma del Código Civil de Vélez Sarsfield, art. 1458, dispone: “La cesión comprende por sí la fuerza ejecutiva del título que comprueba el crédito, si éste la tuviere, aunque la cesión estuviese bajo firma privada, y todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, penda, los intereses vencidos y los privilegios del crédito que no fueren meramente personales, con la facultad de ejercer, que nace del crédito que existía. Creo que esta regla da respuesta afirmativa a ambos interrogantes.

Esta *facultad de ejercer*, que nace del crédito que existía”, del Código actual, puede incluirse dentro del concepto de cesión. No hay una norma igual en el Proyecto 2012, pero su sentido puede a mi criterio integrar el concepto del art. 1614 del Proyecto 2012.

—¿Podrán aplicarse las reglas de la cesión de derechos, en el sentido que la transferencia del título incluye todos los derechos que tenía el transmitente, incluyendo su derecho a oponer la onerosidad de la transmisión anterior, y por ello la no reivindicación y a la no repetición del pago?

Mi posición al respecto es afirmativa.

7.c) La incondicionalidad en los títulos valores de libre creación

¿Será suficiente con constatar en un documento la existencia de una declaración expresa de una persona de asumir una *obligación incondicional e irrevocable* para que ese documento sea considerado como un título valor? ¿Se trata el caso de palabras sacramentales? El documento referido, ¿puede ser un contrato en el que una de las partes asuma una obligación y declare que el cumplimiento de la misma es “incondicional e irrevocable”?

Estimo que el hecho de considerar que se debe tratar de obligaciones originadas en declaraciones unilaterales de voluntad —según sostienen los autores del Anteproyecto en sus “Fundamentos”) permiten una res-

puesta negativa a este segundo interrogante: debe tratarse de una promesa unilateral.

Pero esta promesa, ¿podrá estar inserta en el texto de un contrato? La clave de la respuesta está en la palabra "incondicional". ¿Cuándo una promesa unilateral es incondicional?

Obviamente, las referencias a la causa de emisión del título no pueden ser consideradas "condiciones" que invaliden la existencia de un título valor ya que los títulos valores causales (30) están expresamente admitidos. La mención de la causa, entonces, no invalida la calidad de título valor (31).

Con referencia al pagaré se ha resuelto (32) que cuando la existencia de una obligación cambiaria se encuentre subordinada a la relación base, de manera que a los fines de poder delimitar la extensión de la obligación cambiaria sea preciso acudir a un documento extraño, entonces la promesa contenida en el pagaré aparecerá como condicionada (33).

Estimo que en este caso, podrán ser de utilidad las coincidentes construcciones del derecho de los EE.UU., donde la exigencia de la incondicionalidad ha dado lugar a múltiples controversias. La regla del U.C.C. # 3-106 (a), intenta poner final a esas controversias, y prescribe —en forma similar que nuestra construcción jurisprudencial— que una promesa no será considerada incondicional si la misma se halla sujeta o es dependiente de otro documento, o es en otro documento que se hallan establecidas los derechos y obligaciones con respecto a esa promesa.

(30) Son títulos causales cuando la causa es mencionada expresamente en el título y tiene relevancia frente a todos los portadores. "La cuantía, modalidad y eficacia del derecho que ellos conceden están sujetas y completadas por la referencia a la relación fundamental que motivó su libramiento" (Gómez Leo, *Instituciones*, I, 181).

(31) Incluso en el marco del pagaré y la letra de cambio, la cláusula "valuta" por cierto tiene una añeja tradición en el área y es aceptable: la referencia no invalida la letra (GÓMEZ LEO, p. 71) y puede tener valor en las relaciones causales y servir como prueba entre partes (CNCom., sala D, 7/7/1989, ED, 137-324).

(32) CNCom., sala C, 11/5/2001, "Banco Privado c. Vazzana s/ ejecutivo", ED, 193-494.

(33) El fallo resolvió en un supuesto en el cual un pagaré se hallaba materialmente unido a un contrato y la declaración cambiaria integrada por ello a un conjunto de cláusulas contractuales acordadas entre el suscriptor del documento y su beneficiario. La declaración cambiaria aparecía así como parte de un contrato de tarjeta de crédito. En dicho contrato las partes habían pactado que el vencimiento y el importe del pagaré estarían determinados por el incumplimiento de obligaciones en el contrato de tarjeta de crédito conforme al último resumen de cuenta impago. Por ello el tribunal consideró que la declaración cambiaria se hallaba inescindiblemente unida al negocio base, haciendo que las menciones causales alcancen una entidad tal que llevaron a una verdadera desnaturalización del carácter abstracto de este tipo de obligaciones.

8. LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y LOS TÍTULOS VALORES ABSTRACTOS. UNA PROPUESTA

Es práctica común que en operaciones de consumo de bienes y servicios, se recurra a su instrumentación en pagarés o cheques de pago diferido. Estos son considerados títulos valores de contenido abstracto (34).

Debe tenerse presente que el Proyecto 2012 —como se ha analizado más arriba— tendrá una función como legislación subsidiaria de la letra del cambio, del pagaré y del cheque de pago diferido.

En las operaciones de consumo deben tenerse presentes los derechos del consumidor, pero asimismo deben tenerse presente las necesidades de proteger el crédito (lo cual beneficia también a los consumidores).

Estimo que la inserción de la cláusula “no a la orden” en el pagaré y en el cheque puede ser una efectiva protección de los derechos de los consumidores en las operaciones de consumo en la que se han instrumentado pagarés u otros títulos “abstractos” como documentación de la deuda. En efecto, la transferencia del título sólo podrá valer como cesión de derechos y con ello podrá oponerse a los terceros portadores la vinculación con la causa (deficiencias en la venta o en la prestación del servicio). Esa inserción debiera ser obligatoria —por imposición legal— en los títulos valores que instrumenten operaciones de consumo.

Esa ley podría estar incluida en la parte de títulos valores del Proyecto 2012, en cuanto esta exigencia sería aplicable no sólo a los títulos comprendidos en ese ámbito (los títulos “nominados” y los de “libre creación”), sino también a los comprendidos en la “ley madre y satélites” dado el carácter subsidiario de la legislación propuesta.

El problema a resolver está dado por la sanción que corresponde asignar por el incumplimiento de la obligación legal propuesta de insertar la cláusula “no a la orden” en todo título valor emergente de una operación de consumo.

(34) Se utiliza aquí la denominación de “título valor abstracto” a aquél que no contiene mención de la causa, y que si la tiene mencionada ésta es irrelevante como vinculación con un contrato o la relación jurídica que dio lugar a su creación. La denominación de “título valor abstracto” se realiza en oposición a “título valor causal”, siendo este último el que se halla vinculado específicamente con un contrato base. Por ejemplo, un contrato de suscripción de acciones de sociedad anónima o un contrato de transporte. Los títulos valores en nuestro derecho no son “actos abstractos” en el mismo sentido básico del derecho alemán, que no admiten relación alguna con la causa y que luego de pagados sólo dan lugar a la acción de enriquecimiento sin causa, aunque el derecho alemán admite otros significados del mismo término (ver mi “Ley de Cheques”, La Ley, 2003, p. XX). es decir, aquellos

Aquí es necesario tener en cuenta que se debe también proteger al tercer portador del título, generalmente un banco o entidad financiera, y también en los casos de cheques de pago diferido, (a lo que puede agregarse ahora en el Proyecto 2012 el supuesto de títulos de libre creación), a los adquirentes de los mismos que hayan sido ofertados en bolsas o mercados de valores.

Así, es necesario buscar un equilibrio entre la necesidad de proteger a los consumidores y la necesidad de proteger al crédito (representado en este caso por los portadores de buena fe).

Ante la necesidad de este equilibrio debe dejarse de lado cualquier posibilidad de declaración legal de nulidad del título frente a la falta de inserción de la cláusula "no a la orden" en el título valor emitido como consecuencia de una operación de consumo, como ha sido propuesto. Debe actuarse con suma prudencia en este aspecto que afectaría el crédito de manera sensible (35).

La solución debe hallarse en la imposición de sanciones al primer beneficiario del título valor emergente de operación de consumo (el vendedor o el prestador del servicio que lo recibe del consumidor).

Por ello se formula la siguiente sugerencia: incluir en el Proyecto 2012 una norma por la cual se incluya en la ley 24.240:

"El vendedor o locador que instrumente el precio de venta o de los servicios en pagarés o cheques u otros títulos valores deberá consignar obligatoriamente la cláusula "no a la orden" en los mismos. Si así no lo hiciere, en caso de transmisión autónoma a terceros, comprobada la existencia de perjuicio, como reparación deberá restituir al comprador o locatario la totalidad del precio de la venta o del servicio, sin perjuicio de la sanción pecuniaria disuasiva contenida en el art. 52 bis, y de las sanciones administrativas que correspondan".

El art. 52 bis de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor consagra la posibilidad de sancionar con daños punitivos (sanción pecuniaria

(35) Como ejemplo de la búsqueda de equilibrio puede señalarse que la Comisión Federal de Comercio de los EE.UU. ha dictado normas (16 C.F.R., part. 433) sobre "Preservación de las Defensas y Derechos de los Consumidores" frente a los portadores legítimos de un pagaré. Las mismas indican que en todo pagaré fundado en una relación de consumo debe contener una leyenda destacada en el sentido que a cualquier poseedor del título le serán oponibles todas las defensas y derechos que el deudor consumidor tenga contra el vendedor de cosas o el locatario de servicios. La normativa incluye un texto modelo en el sentido indicado. Si el vendedor o locatario no incluyera en el pagaré la leyenda indicada, la omisión será considerada una práctica desleal del comercio y le hará pasible de una acción especial allí regulada. La norma expresamente excluye los daños punitivos (15 U.S.C. #57 [b]), (ver WARREN, W. D. - WALT, J. D., "Payments and Credits", 7th ed., Foundation Press, 2007, p. 52).

disuasiva), multa civil a favor del consumidor, situación que no ha sido alterada por el Proyecto 2012, cuyos “Fundamentos” se explicitan largamente sobre el particular.

9. CONSIDERACIONES FINALES

A. **Ámbito de aplicación del Proyecto 2012:** las disposiciones sobre títulos valores del Proyecto 2012 no se aplican al pagaré, la letra de cambio, el cheque, la factura de crédito, los depósitos bancarios a plazo fijo sino en forma subsidiaria. Sí resultan de aplicación a las acciones de sociedad anónima y a las obligaciones negociables (leyes 23.576 y 23.962 de Obligaciones Negociables) y a las letras hipotecarias (“denominación expresa”, art. 35, ley 24.441). Se aplican también a los títulos valores “de libre creación” (art. 1820, Proyecto 2012).

B. Sería deseable la legislación por vía de una Ley General de Títulos Valores con un contenido similar al propuesto actualmente como integrante del sistema del Proyecto 2012 del Código Civil y Comercial. Ello permitiría una interpretación más adecuada de la normas atinentes a los títulos valores. En el caso en que ello no fuera factible, sería deseable introducir una norma prescribiendo que en materia de interpretación de los efectos de los títulos valores, se deben tener en cuenta las necesidades de protección del crédito y de la producción.

C. El sistema “mixto” adoptado en materia de sistematización de los títulos valores aparece adecuado y debe ser mantenido.

D. La autonomía en la transmisión de los títulos valores en el Proyecto 2012: la autonomía derivará ahora —para el caso de los títulos comprendidos por el Proyecto, y ya no por el sistema de las leyes complementarias— de dos circunstancias:

1. De la ley: cuando la ley establece que un determinado título es un “título valor”, asignándole esa denominación u otra equivalente (caso de las acciones de las sociedades anónimas).
2. Cuando se haya creado un título valor que encaje en la definición, incluyendo el caso de los de “de libre creación”.

E. En los casos en que la ley prescribe que un determinado título es un “título valor” (dándole esa denominación u otra equivalente) o en que se reúnan las condiciones de libre creación de un título valor, la autonomía plena (incluyendo las defensas contra la reivindicación) no surgirá de la endosabilidad del título, sino de:

1. su estructura (en el caso de los de libre creación) o;
2. de su denominación o designación como “título valor” (en el caso de los creados por la ley);

3. del carácter oneroso de la transmisión.

F. La transmisión de títulos valores después del Proyecto 2012: incluirá la cesión autónoma propia de los títulos valores para los títulos valores nominativos no endosables.



CONTRATO DE CONCESIÓN EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

POR OSVALDO MARZORATI

El Proyecto de Código Civil y Comercial para la Nación argentina redactado por la Comisión de reformas designada por dec. 191/2011 elevó oportunamente al Poder Ejecutivo el Anteproyecto encomendado a la misma, que con algunas reformas fue elevado a consideración de la Comisión bicameral para que ésta se expidiese, lo que aún no ha sucedido. El Título I trata de los contratos en particular y el Capítulo 18 regula el contrato de concesión, que hasta ahora doctrinariamente ha sido conocido como contrato de concesión comercial.

Este contrato de concesión al que al menos doctrinariamente deberá llamar contrato de concesión de producto y servicios para distinguirlo del llamado contrato de concesión privada (1) es necesario diferenciarlo además de la llamada concesión de obra pública o diferentes concesiones administrativas 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 contempladas en leyes especiales. En definitiva, coexisten en nuestro país tres formas de concesión: la concesión administrativa (2), la citada concesión privada por la que todo tipo de asociaciones civiles conceden servicios a terceros de variada índole y la concesión comercial de

(1) Ver mi obra *Sistemas de distribución comercial*, ob. cit., ps. 139 y ss. y también GASTALDI, el contrato de concesión privada donde se distinguen ambos contratos, el primero marcó rumbos en el país en función de la concesión de venta y servicios de vehículos automotores, 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 alimentación, incluyendo celebraciones de eventos varios o fiestas en instituciones privadas.

(2) Ver MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*. La 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.

venta, como también la designó otro jurista argentino (3). 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 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 (4). Es decir, se trataba de un contrato con vocación de duración que no comprende sólo una serie de compraventas futuras, 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 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 distinguido jurista uruguayo, Dr. Rodríguez Oliveira, sostuvo que es un contrato de coordinación (5) al cumplir ambas tareas complementarias con un interés común. 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 la necesidad 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

(3) LLOBERÁS, HÉCTOR, *Contrato de concesión*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 59.

(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*; MACK, M., "Der Rechnatur der Vertrag Handel Verträge", en *Neue Vertrag systeme in der Deutsche Republik Deutschland*; *Konder Comparato Franquia e concession de venta no Brasil Direito Mercantil*, 14. 1975-83.

(5) RODRÍGUEZ OLIVEIRA, "Contrato de distribución, agencia y concesión comercial", en *Estudios en homenaje a Rodrigo Uría*, p. 260; *id.*, CAMBIASSO, "El contrato de concesión para la venta de automotores", *LA LEY*, 138-1136.

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 Commercial*, lo que motivó la aguda reflexión de Jean Guyenot que sostuvo que había una concesión a la *Françoise o una franchise a la americain*, 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 de pasar un fabricante de una simple distribución comercial a una concesión. (6)

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 ésa 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 licenciatario tiene la autorización de usar una marca para fabricar un producto conforme a especificaciones y pagar un mínimo, venda o no, en la concesión no existen pagos mínimos sí obligación de comprar productos en función de un programa de compras en función del mercado y de la producción que influyen en las compras, situación que no existe en la licencia, en la que el licenciatario 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.

Luego se sugirió la teoría del monopolio que fue utilizada por la doctrina francesa y discutida por la doctrina italiana (7) seguida por la teoría de que constituía una técnica de integración de empresas. Esto último, sostenido por Champaud, se trataba de una forma secundaria de integración. Es una teoría atractiva, pero sólo se trata de eso. Si fuera de un grupo de sociedades, la integración se implementa para tener una unidad de decisión, 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 con-

(6) Nota del autor: Desde nuestro punto de vista, la naturaleza jurídica de una concesión de producto y una franquicia de producto o de primera generación son la misma cosa. Lo que ocurre es que los americanos nunca legislaron sobre concesión sino sólo sobre franquicias. Pero una concesión y una *format franchise agreement* son diferentes, como lo analizaremos al tratar esas figuras.

(7) COLOMBEL sostuvo que se trataba de una compraventa con cargo la de revender teoría de corta vida, CHAMPAUD lo controvirtió diciendo que si tuviera un cargo como la donación carecería de causa, pero sostuvo que la concesión podía configurar un monopolio. CHAMPAUD, "La *concession commercial*", *Revue Trimestrielle 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.

trol, aunque no total, a través de contratos que permiten una agrupación manteniendo las empresas una subordinación económica, pese a la autonomía patrimonial y jurídica, pero el control societario es completo, y esa forma de control no la tiene el concedente con su concesionario, quien tiene la capacidad de disentir en los temas que le son relevantes como cuestionar entregas adicionales o no solicitadas si no se cambian las condiciones de pago.

Otra teoría es la del contrato preliminar o normativo, que ha sido sostenido por parte de la doctrina argentina (8). 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. Así tuvo oportunidad de señalarlo un viejo precedente de la justicia comercial, de la sala B (9).

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 (10), dado que señaló que 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. Hasta ahora, las palabras de Champaud han sido proféticas a casi 50 años de haber sido formuladas.

(8) MASNATTA citado por FARINA, "El contrato de concesión en el derecho privado", JA, doctrina 1971-717 y también CAMBIASSO, ob. cit., p. 1135. También FARINA, "El contrato de concesión en el derecho privado", JA doctrina, 1971-718, sostuvo que el contrato de concesión es un contrato con cláusulas normativas.

(9) En un fallo del 14/8/1983, 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 sólo 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.

(10) CHAMPAUD, "La concession commerciale", *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1963-37.

La teoría del contrato sui géneris 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 géneris, de modo que si se cambia la clasificación de los contratos, también se le puede crear una categoría diferente y encuadrarlo. De este punto de partida se sostuvo que no es un contrato de coordinación como sostuvo el Prof. Olivera sino de colaboración (11), dado que el propósito que anima a ambos comerciantes es vender, es decir, que no habría intereses contrapuestos, aunque la diferencia parece muy fina. Finalmente, otro autor francés que estudió el tema en profundidad, Jean Guyenot, sostuvo que el contrato es simplemente un contrato de adhesión, cuya utilidad es innegable ya que de esa manera no importa si una de las partes, el concedente, está situado por razones económicas en una posición más fuerte e impone las condiciones generales del contrato en bloque, porque necesita de ellas para hacer una red homogénea de distribución y propone que es un *contrat cadre*, con lo que vuelve de alguna manera a la teoría del contrato normativo, Guyenot sostiene que el *contrat cadre* es la reproducción de la convención tipo, elaborada por el concedente, que excluye toda posibilidad de modificación bilateral de sus cláusulas esenciales, sólo alterable por cláusulas particulares que reflejan la realidad de cada concesionario, p. ej. su capacidad de compra de producto que difiere uno de otro y le agregó, a mi juicio, su compromiso de inversión y de su territorio que negocia.

Hay dos factores que permiten, como diría Guyenot, encuadrarlo, a saber: El contrato de concesión no es un contrato de cambio sino de colaboración, con vistas a una relación de tipo continua que se perpetúa en el tiempo y que obliga a la cooperación entre las partes, porque a diferencia de la compraventa (en la que compro si quiero y si no, no compro) como hacían las viejas casas de ramos generales que eran distribuidores de productos diversos; en la concesión se forma una red de empresas independientes por vía contractual, producto de la necesidad de tener un sistema uniforme de comercialización para distribuir los productos del concedente, y el concesionario es parte del sistema de disposición de los inventarios del concedente, que tiene un plan de producción que no se puede alterar rápidamente, porque involucra interrumpir contratos de suministro con los proveedores, aumentar el costo de fabricación y consiguientemente, aumentar los precios. Los contratos de duración no pueden prever todas las circunstancias futuras, por lo tanto están basadas en la colaboración y en la confianza que las partes deben adecuarse a acontecimientos futuros que algunas veces son previsibles y otras no lo son. Su dinámica requiere la colaboración y el auto ajuste. De ahí que como contrato se concreta en un solo documento del que dimanar dere-

(11) SAPPER, "Le contrat d'affiliation en droit français et allemand", *Revue Trim. de Droit Commerciale*. 1963-37.

chos y obligaciones, pero éstas se ajustan, corrigen, se condicionan o se postergan en función del devenir del contrato en el que alguien promete entregar en el futuro una cosa mueble y otro se obliga a comprarla y a revenderla.

La colaboración en aceptar inventarios no fáciles de vender implica concesiones en los términos y plazos de pago de las fábricas, por eso creo que más allá de sus cláusulas predisuestas y de existir un encuadramiento como contrato de adhesión o contrato marco, el concesionario pide, y generalmente obtiene, concesiones por recibir mercaderías de las que sólo podrá disponer en el futuro, ya que tiene cubiertas las necesidades del presente, y la fábrica que conoce bien del problema varía las condiciones para facilitar el financiamiento de las mercancías extras, fuera de las condiciones habituales de compra, evitando la posibilidad de ejercicio abusivo por parte del concedente que el derecho sanciona, y de esa manera mantiene el principio de un convenio de colaboración que además de tener todas las características de un contrato predisuesto, tiene aquellas que nacen de las circunstancias apuntadas, porque la colaboración está implícita en los contratos de duración, de tracto sucesivo, y además *intuitu personae*, porque la concedente estudia los antecedentes el capital y el patrimonio del postulante antes de aprobarlo oficialmente, aunque exista subordinación técnica y económica simultáneamente con autonomía jurídica.

Los pleitos de concesionarios siempre sostienen que las condiciones son leoninas (12), claro que eso se alega cuando pierden plata, no cuando ganan en un mercado que ellos, en general, no han formado, sino que es preexistente. Al contrario, son las instrucciones de los concedentes y la bondad de los productos que lo conforman, muchas veces reflejadas en tener un mercado, en parte cautivo, en el que cuanto más logran revender más ganan, porque el comprador es el que elige la marca y decide su compra en la red, en el concesionario de su barrio, o de cualquier otro, en función del grado de descuento que este concesionario reduce de su margen para ganar, no un cliente, sino una venta. Es muy difícil fidelizar clientes en los productos de alta tecnología o alto precio. La contraprestación de tener un mercado cautivo no es menor ni gratuita, es la contrapartida de resignar la independencia económica, y de ver que las cuotas de compra de productos pueden subir o bajar dependiendo de las oscilaciones del mercado, y a ese negocio, de riesgo, en todo el mundo, sean los concesionarios de Singapur, Rusia o Francia, los concesionarios de marca prestan su conformidad anticipada. Las ideas de Guyenot se compadecen con las desarrolladas en el Proyecto.

En efecto, esta teoría tiene acogida en la clasificación de los contratos prevista en el Proyecto en contratos paritarios, contratos de adhesión

(12) ZAVALA RODRÍGUEZ, *Código de Comercio*, vol. III, p. 709.

propuestos unilateralmente por una de las partes, pero con posibilidad de tener cláusulas particulares negociadas, y contratos de consumo, como hemos señalado al comentar el contrato de agencia en esta misma Comisión y al que nos remitimos *brevitatis causa*.

Sin embargo, el hecho de que sea de adhesión con cláusulas particulares no lo hace inválido o acaso el contrato de seguro, que es un contrato de adhesión clásica, es inválido porque ninguna de sus cláusulas, en cierto tipo de seguros, ha sido negociada. El seguro se basa en la matemática y en la ley de los grandes números y el cálculo de probabilidades. Nadie lo discute por ese motivo. Pero el contrato de concesión carece de ese soporte está basado en lo que una fábrica presupone colocar en el mercado en razón de optimizar su capacidad de producción, por la competencia, por la actividad económica general y las políticas predecibles del Estado que deciden que va a producir en un año y sus concesionarios a vender en ese ejercicio, confiando en pronósticos de políticas gubernamentales, de proyecciones económicas, del costo del crédito y del humor de los consumidores. Con todas esas variables no es sorpresa, siendo además un contrato *intuitu personae*, que la concesión tenga que ser un contrato de colaboración en tanto y en cuanto suceden catástrofes o situaciones no contempladas, ambas partes deben acomodarse a ese escenario. No sólo la fábrica debe despedir, si puede, obreros, cada concesionario tiene problemas propios de su organización y la vinculación continua entre las partes en esos momentos genera una relación de confianza y de cooperación, que cuando se rompe termina con esa relación generando una situación antagónica: el concedente intenta librarse del concesionario haciendo valer sus cláusulas predispuestas, entre las que históricamente estaba la de rescisión sin expresión de causa por cualquiera de las partes. El concesionario busca el pleito salvador con la finalidad de recomponer su capital para seguir en el mercado con otra marca o en otro rubro de la distribución. De allí a ejercitar abusivamente un derecho convenido en una cláusula, hay un corto trecho y ese paso es lo que ha generado diversa jurisprudencia en nuestro país que analizaremos al considerar el articulado del Proyecto.

1. CARACTERES

El contrato de concesión es: a) consensual; b) bilateral; c) oneroso; d) conmutativo; e) debe formularse por escrito; f) de tracto sucesivo; g) *intuitu personae*; h) de cláusulas predispuestas por el concedente; i) de colaboración; j) de duración; k) de exclusividad con limitaciones. (13)

(13) Ver MARZORATI, O. J., ob. cit., ps. 168 y ss. En realidad uno puede redefinir este contrato diciendo que es el privilegio que le otorga por el concedente al concesionario de aprovisionarse de sus productos para revenderlos dentro de las exigencias, condiciones y modalidades que requiere el concedente y al cual consiente el concesionario. Nadie obliga a una persona sea natural o jurídica a

a) 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 financiar el stock, lo vende de inmediato o a largo plazo, ya que la venta al público se hace por su intermedio.

b) El contrato de concesión es un contrato de duración, como veremos, el Proyecto le fijó un plazo mínimo.

c) Con ciertas salvedades el contrato de concesión es exclusivo para ambas partes.

d) 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, cuando éste es persona física, y de hecho genera también el fin anticipado de 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 el fondo de comercio, a un nuevo postulante, para no repetir el ciclo normal de las empresas de familia.

e) El contrato de concesión constituye un universo pequeño en nuestro país y su uso ha estado focalizado básicamente en el campo automotor, el de estaciones de servicio y ciertos productos industriales. Toda la jurisprudencia vigente se basa en los dos primeros rubros.

El resto de los contratos entre fabricantes y comercializadores se canaliza en contratos de distribución, que constituyen un universo mucho más amplio de contratos ya que existen miles de distribuidores pero menos de 1000 concesionarios de vehículos automotores. Este comentario se ceñirá exclusivamente al convenio de concesión, el convenio de distribución no es objeto del presente comentario.

ser concesionario. Este concepto, me parece, refleja la razón porque no es un contrato de cambio y sí un convenio de colaboración con cláusulas predispuestas por el otorgante y ciertas cláusulas particulares negociadas por el concesionario, pero todas esas cláusulas son un marco, cuya dinámica se refleja en las circulares y comunicaciones que periódicamente emite el concedente y sobre la cual los concesionarios hacen llegar sus observaciones particulares, ya que si bien el convenio de concesión es uniforme, los acuerdos sobre entrega de vehículos, notas de pedido, boletines de servicio, pedido de repuestos, programaciones de actividades de publicidad, campañas de marketing no lo son, cada concesionario tiene una situación financiera diferente de otros, una cuota de vehículos también diferente, en razón del mercado que ocupa o situaciones particulares que resulta necesario contemplar y resolver. Esas situaciones particulares difieren, no son ni pueden ser uniformes.

f) 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 que las cláusulas hayan sido ejercidas abusivamente, o infrinjan el orden público, la moral o las buenas costumbres.

2. ANTECEDENTES EXTRANJEROS Y NACIONALES SOBRE LA DESIGNACIÓN Y LA OPERACIÓN

Se dijo que Henry Ford se jactaba de que su negocio era producir autos y vigilar que terceros designados oficialmente por la fábrica los vendiesen corriendo con el riesgo de la venta y de su financiación. Ford Motor Co. vendía sus productos al contado y su red de concesionarios compraba los productos de Ford y los revendían al público financiando su venta. Los balances de Ford reflejaban esa política, disminuían los riesgos del crédito, y ello le permitía tener ganancias aseguradas con los que financiar la construcción de sus plantas y la ampliación de otras. El mercado bursátil hizo el resto. Toda una serie de bancos y terceros colocaban obligaciones de Ford o acciones que eran inmediatamente cubiertas y sobresuscriptas por el público, los fondos de pensión y las compañías de seguros que podían contar con una renta tranquila, basada en las utilidades crecientes y la apreciación patrimonial de sus acciones.

Era una proposición ganadora, sobre todo para Ford, pero también para sus banqueros, los grandes inversionistas, y los pequeños, que confiaban en la expansión de Ford y la bondad de sus productos. Por otra parte, todos los concesionarios pagaban de contado tomando préstamos de sus propios bancos que aseguraban con derechos reales, sobre los automotores, mediante derechos *in rem* sobre los automotores vendidos. Por su parte, en los casos que los concesionarios solicitaban la concesión de crédito a Ford, éste tomaba garantías reales sobre los activos de los concesionarios y así funcionaba el sistema en su génesis y en épocas de bonanza.

También los rivales de Ford, uno de los cuales llegó a ser más importante que la misma Ford, porque no sólo fabricaba autos muy apreciados por el público, sino que financiaba a los concesionarios descontando los derechos *in rem*, o como diríamos nosotros, las prendas con registro producto de las ventas al público a tasas diferenciales que le permitían, además de una ganancia sobre el producto, una ganancia sobre la financiación, también asegurado por derechos reales sobre los activos de sus concesionarios.

Este sistema le permitió una expansión mucho mayor, ya que las financieras, incluyendo la propia financiera de la General Motors, constituían

un pingüe negocio que le permitía construir más fábricas que las de sus rivales (14).

Todas esas condiciones generales o regulaciones del negocio de venta de los automotores se condensaron en manuales, sea para la venta, el servicio, la atención al cliente, las campañas de publicidad, el marketing y la contabilidad, y en general con normas y recaudos sobre la administración y la operación de los negocios entre la fábrica y su red de concesionarios, o en algunos casos en reglamentos, de modo que la designación de un concesionario implicaba: a) solicitud detallando las condiciones económico-financieras, la experiencia y la antigüedad en el comercio del postulante, dentro de los parámetros que exigía como condición previa la fábrica; b) aprobados internamente los antecedentes del postulante y su solidez financiera y experiencia en el comercio, la empresa le ofrecía un territorio y le fijaba un monto de inversión, así como le hacía conocer el manual de políticas empresarias, con las que se maneja el día a día del negocio mediante comunicaciones que reciben nombres diferentes como circulares o adendas al reglamento, etc., según la fábrica. Si el interesado estaba de acuerdo, con el territorio y con la inversión y el grado de compromiso que se le exigía entonces; c) la fábrica lo designaba concesionario oficial; d) se firmaba el contrato o se aceptaba la carta oferta dirigida al concesionario; y e) se comunicaba a la red su designación y se publicaba en el territorio donde iba a desarrollar sus actividades, y se le otorgaba o no exclusividad, pero ésta siempre fue absoluta en cuanto al aprovisionamiento, pero limitada o compartida en su aspecto territorial. Generalmente, en las ciudades importantes no existe de hecho la exclusividad ya que comparten el mismo territorio, y si bien su ubicación estaba alejada una de otro, en los hechos, ambos vendían al mismo público o algunos, los más fuertes, al Estado o entes similares con reserva de la fábrica de vender directamente a ciertos tipo de clientes, que no querían intermediarios y compraban en grandes cantidades, que se denominaban flotilleros, o al Estado mismo o alguno de sus entes o reparticiones como las policías, y otros. De modo que la exclusividad nunca fue total excepto en la exclusividad de aprovisionamiento o privilegio de comprar directamente de la fábrica que, si era respetado, y así funciona el sistema, con ligeras variantes, incluyendo indios, chinos, coreanos y rusos, con prácticas diferentes pero generalmente basados en un reglamento de concesión o con un contrato predispuesto muy similar.

(14) La financiera de la General Motors Corporation se denominaba General Motors Acceptance Corporation y al lado de cada fábrica de GM en todo el mundo se constituía una financiera para desarrollar ese negocio prácticamente cautivo ya que todos los concesionarios descontaban su ventas con garantías en la misma y en algunos casos como en la Argentina participaron en el capital de la financiera y todas la ventas de automotores de la marca, salvo los de usados, eran tomadas por dicha financiera.

La primera empresa que recaló en la Argentina fue Kaiser Jeep Corporation que celebró un contrato con el Gobierno del Presidente Perón, en su segundo mandato, para fabricar autos nacionales y que consistió, en un principio, en una armadura de piezas importadas, pero que con los años se consolidó en una industria nacional que llegó a tener hasta un 85% de contenido local con importantes proveedores de subconjuntos y partes, que dieron origen a la industria automotriz argentina y a una importante corriente de inversión con la incorporación de Ford, General Motors, Peugeot, Volkswagen, Mercedes-Benz, Scania, Fiat y, finalmente, Volvo y Toyota, en la actualidad, con otras bases de integración industrial, debido a los constantes cambios de la industria de montar fábricas en los países de bajos costos y exportar parte de la producción, incluso autopartes, a terceros países, para hacer más eficiente y competitivo el precio de un producto terminado.

Por ende, no existe gran variedad en los contratos de concesión, los contratos gracias a la informática y al espionaje industrial son iguales o muy parecidos. Son contratos de cláusulas predispuestas, sean reglamentos que la fábrica se reserva el derecho de modificar unilateralmente, o verdaderos contratos a plazo como por política usaron otras. En algunos casos la designación no tenía plazo y cualquiera de las partes del mismo podía denunciarlo sin invocación de causa, dando lugar a litigios entre fábrica y concesionarios (15).

Dentro de este contexto, la sanción de una ley sobre concesión en nuestro país, plantea algunos temas interesantes producto de la historia que acabo de consignar y de cómo reaccionaron los tribunales ante esta suerte de convenios en que todo funcionaba sin norma alguna, basado en principios generales de los contratos, apoyados en el art. 1197 del Código Civil. El contrato de concesión se conoce en nuestro país por la industria automotriz. Si ésta no se hubiera afinado en el país, los contratos de concesión (comercial) no habrían existido y pudieron haber sido denominados contratos de distribución exclusiva de productos, como éstos han sido usados sin mayor problema en otras áreas, pero los juicios sonados de la industria automotriz provocaron que no fueran populares como instrumentos jurídicos de distribución, excepto para las estaciones de servicio que ya se usaba en los Estados Unidos después de la sanción de una ley denominada *Petroleum Marketing Practices Act*, en virtud de la cual cada empresa refinadora de gasolina concedía al propietario de una estación de servicio el privilegio de aprovisionarse y un monopolio de reventa no exclusivo, en el que se obligaba a pagar un precio dentro de las condiciones de comercialización fijas por el concedente y a comprar

(15) "Dillon c. Ford Motor", en el que Ford Motor fue condenada, "Cilam c. Ika Renault", ambos con sentencia de Cámara. En ambos casos se otorgaron indemnizaciones importantes contra las concedentes, basadas en el valor llave del negocio.

cantidades de gasolina en función de la localización de la concesión en una región, localidad o paraje.

En la actualidad, diferentes políticas han incidido en una contracción de la producción debido a diferencias con Brasil, a restricciones a la importación de insumos o de piezas mecanizadas en el exterior, aunado a un fortalecimiento del peso contra el dólar y un aumento de la inflación real que han causado diferentes problemas en la matriz industrial argentina al aunarse con cierta volatilidad de las políticas económicas, y el aumento de costos laborales comenzaron a incidir en un negocio que no hace mucho era uno de los motores de la exportación argentina, teniendo en cuenta que más de la mitad de las marcas representativas mundiales están presentes (16). Situación que la existencia de un mercado cambiario con serias limitaciones al atesoramiento de dólares, sin embargo, generó un resurgimiento que dependerá y durará de circunstancias que nada tienen que ver con la industria en sí misma, sino de políticas cambiarias.

Finalmente debe destacarse que en los años setenta existió un proyecto de legislación que perdió estado parlamentario en el Senado, luego de tener la aprobación de la Cámara Baja (17) en el cual se tarifaba la rescisión, pero que no llegó a ser sancionado durante la presidencia de María Isabel Martínez de Perón. Ese proyecto sirvió para impulsar en Brasil una ley que fue finalmente sancionada y se conoció como la Ley Ferrari por el diputado que la propició y la defendió, o ley relativa a la concesión comercial de vehículos propulsado por motores a explosión, en los que se fijaron cupos para los concesionarios y un plazo fijo de cinco años

-- (16) General Motors, Ford, Chrysler, Renault, Citroën, Fiat, Mercedes-Benz, Volkswagen, Saab, Toyota.

(17) La ley belga del 27/7/1961, relativa a la rescisión unilateral de los contratos de concesión de venta exclusiva de duración indeterminada, fue modificada por la ley del 13/4/1971, relativa a la rescisión unilateral de los contratos de distribución. Esa ley sometió a su conocimiento, no obstante toda cláusula en contrario a: 1) los contratos de distribución exclusiva; 2) los contratos de distribución en virtud de los cuales el concesionario vende, dentro del territorio concedido, la casi totalidad de los productos que son objeto de la convención; y 3) los contratos de distribución en los cuales el principal impone al distribuidor importantes obligaciones que están ligadas a la distribución de una manera estricta y particular, y cuya carga es tal que el distribuidor sufriría un grave perjuicio en caso de rescisión del contrato.

El contrato de distribución, en francés *concessions de vente exclusive*, puede ser por plazo fijo y si una de las partes lo decide no renovar unos meses antes de su terminación, si no se entiende que hay tácita reconducción y a la segunda renovación se vuelve de plazo indeterminado. Los contratos de plazo indeterminado no pueden ser terminados sin un preaviso razonable o una indemnización justa, que será determinada por las partes. A falta de acuerdo, el juez resolverá según equidad, eventualmente, teniendo en cuenta los usos del comercio. No existe otra ley en Europa sobre distribución como la ley belga.

para la concesión comercial, a cuya finalización si no era renovada o si se prorrogaba de hecho por cualquiera de las partes la misma se volvía de plazo indeterminado. La calificación de contrato de plazo indeterminado generaba la obligación de preavisar y en ausencia de un preaviso, contemplado en la ley el concedente debía indemnizar al concesionario en función del tiempo que la concesión estuvo vigente. Además, el concedente quedaba obligado a recomprar los repuestos y vehículos nuevos y las herramientas especiales, que había adquirido por pedido del concedente.

El concepto de contrato de plazo indeterminado es un concepto tomado de la legislación belga (Ley Hoenckerts) única en Europa en tratar sobre la distribución comercial de automotores en su versión de 1971 que contemplaba un plazo acordado por las partes permitía su renovación pero a la tercera renovación se volvía de plazo indeterminado y si el concedente quería ponerle fin debía pagar una indemnización sustitutiva de un preaviso y una indemnización por el aumento de la cuota de mercado entre la fecha que el concesionario fue nombrado y la fecha en que el contrato quedó rescindido.

Luego de ese proyecto se propusieron en nuestro país otros proyectos fuertemente protectores de los concesionarios que no prosperaron, como tampoco prosperó el proyecto de 1998, antecedente directo del Proyecto, y en el que se tipificó a la figura por la comisión redactora. (18) Este proyecto de no muchos artículos intentó sentar los contenidos y alcances del contrato de concesión y ha sido usado para proyectar el régimen que hemos de comentar a continuación, luego de ser formulado como anteproyecto y ser revisado por los integrantes de la Comisión Redactora del Proyecto y elevado por el Poder Ejecutivo a consideración del Congreso en junio de 2012.

Art. 1502. — Definición

Hay contrato de concesión cuando el concesionario, que actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros, se obliga mediante una retribución a disponer de su organización empresarial para comercializar mercaderías provistas por el concedente, prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según se haya convenido (19).

(18) La definición era la siguiente: "En el contrato de concesión el concesionario que actúa en nombre y por cuenta propia ante terceros, se obliga mediante una retribución a disponer una organización empresaria para comercializar mercaderías provistas por el concedente, y prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según se haya convenido".

(19) La ley belga define a los contratos de concesión de venta exclusiva, a toda convención en virtud de la cual un principal reserva en favor de uno o varios distribuidores, el derecho de vender, en su propio nombre y por su propia cuenta, productos que él fabrica o distribuye.

El artículo expresa correctamente el pensamiento de la doctrina moderna sobre el tema en la que se destaca que el concesionario no sólo compra para revender como cualquier distribuidor sino que pone su organización al servicio del concedente (20). Asimismo, el artículo del Proyecto destaca el carácter del concesionario, que actúa a nombre y por cuenta propia, no como el agente que promueve ventas y lo hace a nombre y por cuenta ajena, con lo que es muy visible la diferencia, pero el detalle también diferente es que el concesionario pone al servicio de su concedente su organización empresarial con el objeto de comercializar los bienes que le provee el concedente. También de la definición surge que es un empresario que intermedia con habitualidad y profesionalidad en la comercialización de productos y servicios, ya que actúa a nombre y por cuenta propia recibiendo las mercaderías que le factura el concedente y que él comercializa por cuenta propia con los interesados en adquirirlas.

La mecánica de la operación requiere que el concedente remita para su venta al concesionario un número X de automotores, pautado desde el comienzo de cada año, pero para evitar la doble imposición de ingresos brutos, y de IVA los vehículos se envían o bien en consignación o bien o en depósito con seguro y sin cargo financiero por un plazo corto, corriendo los gastos de la custodia por parte del concesionario, hasta tanto el o los vehículos fueran vendidos al comprador final, reteniendo la fábrica la factura, ya que la venta no se inscribe hasta que el comprador pague el precio y en ese momento se presenta la documentación al Registro para inscribir el vehículo a nombre del comprador, dado que en nuestro sistema el registro es constitutivo entre las partes y terceros del dominio sobre el vehículo. El vehículo se remite en depósito para su exhibición, y el concesionario luego de firmar la documentación procede a vender el vehículo a un cliente o interesado en adquirirlo. El margen o ganancia del concesionario, es la diferencia entre el precio de costo pagado al concesionario más todos los gastos legítimos de su negocio que normalmente son siempre menores que el precio de venta al público, pero su margen es variable, porque el concesionario puede sacrificar parte de sus ganancias para concretar una venta y es frecuente que el concesionario haga descuentos especiales sobre el precio sugerido para posibilitar la venta, en épocas que la demanda es floja o simplemente para mantener un nivel de compra acorde con lo que la cantidad de vehículos que pautó adquirir con el fabricante.

Han existido casos en que los concesionarios han cobrado señas, no entregado el vehículo y concursado o quebrado. La jurisprudencia ha requerido que el vehículo que estaba en depósito fuera entregado

(20) HUGO LLOBERAS sostiene que para que haya concesión tiene que haber dos condiciones principales el nombramiento del concesionario que le permite aprovisionarse del concedente y la contraprestación es la puesta a disposición de una estructura empresarial para la comercialización del producto. Ob. cit., p. 67.

al cliente debiendo la fábrica verificar como crédito quirografario su importe en el concurso.

Otro aspecto relevante del proyecto que recogió las quejas de los concesionarios es que la concesión comprende todos los nuevos modelos que ofrezca el concedente, poniendo fin a una polémica pero que obligará a nombrar a concesionarios más fuertes, ya que otorgar concesiones de todos los modelos obliga al concesionario a disponer de más capital de trabajo, de modo que los concesionarios más fuertes se sentirán complacidos pero los económicamente más débiles sentirán el esfuerzo financiero.

Art 1503. — Exclusividad. Mercaderías.

Excepto pacto en contrario:

a) La concesión es exclusiva para ambas partes en el territorio o zona de influencia determinados. El concedente no puede autorizar otra concesión en el mismo territorio o zona y el concesionario no puede por sí o por interpósita persona, ejercer actos propios de la concesión fuera de esos límites o actuar en actividades competitivas.

Éste es uno de los temas más complejos de la concesión ya que la exclusividad es cruzada, el concesionario tiene el derecho de aprovisionarse exclusivamente con el concedente y el concedente de aprovisionar sólo a concesionarios autorizados, salvo acuerdo en contrario pero, además, el concedente tiene la obligación de no autorizar otra concesión en la misma zona y el concesionario no puede vender fuera de esa zona. La obligación del concedente es absoluta, salvo pacto en contrario o cuando dispone de concesionarias propias, pero las del concesionario en ciertos territorios pueden ser compartidas con otros concesionarios. La expresión pacto en contrario es clara sólo existe exclusividad de aprovisionamiento, ya que el concesionario se obliga a comprar del concedente, mientras que la exclusividad es contingente.

Es necesario al respecto que la exclusividad es un concepto cada vez más ambiguo y difícil de observar. En efecto, antes del advenimiento de internet el concesionario no podía vender fuera de su zona pero mediante tretas varias, de hecho, vendía a clientes fuera de su zona, con el simple expediente de obtener las listas de socios de clubes náuticos reconocidos o clubes de golf o centros que agrupaban inmigrantes de diferentes nacionalidades y domicilios que tenían socios en Capital o en Provincia de Buenos Aires u otras jurisdicciones que no eran su zona pero teniendo en sus manos la dirección de los socios hacía ofertas personalizadas a todos con descuentos especiales sacrificando parte de su comisión para ganar volumen de ventas. Dado que en los hechos los clientes son libres de comprar donde quieren y por supuesto fuera de su domicilio, la maniobra tenía éxito ya que los reglamentos no contemplaban el ingenio de los concesionarios para soslayar sus compromisos y obtener clientes

fuera de zona con lo cual el concesionario no respetaba su territorio y se exponía a represalias de otro concesionario.

Las fábricas no se quedan tampoco atrás, porque excluyen ventas a grandes compradores y luego también a todo aquel que adquiere una cantidad considerable de vehículos, con un precio diferencial por volumen, los que por circular aclaratoria o por reglamento considera flotilleros, subiendo o disminuyendo el número de compras para —en épocas de contracción económica— mantener el nivel de entregas físicas.

Por otra parte, en las grandes ciudades argentinas no existe prácticamente un solo concesionario de marca sino varios, cada uno con una zona, pero de hecho ninguno tiene la exclusividad, si bien las fábricas tienen prácticas diferentes. Algunas daban ciertos modelos a unos y los morosos o en incumplimiento no los recibían o los recibían tardíamente. Por otra parte, jurisdicciones como la Capital Federal y alguna otra jurisdicción eran zonas de territorios compartidos por más de un concesionario cubriendo zonas de la ciudad que tampoco se respetaban, ya que los más ingeniosos abrían o permitían bocas de venta propias a nombre de terceros en otros barrios. En definitiva, los clientes se acostumbraron a comprar por precio y no exclusivamente en su zona, al concesionario que le haga el mejor descuento.

Por otra parte, el uso de internet que no estaba previsto en los reglamentos ni circulares, trajo un auge de web propias de los concesionarios que hacían publicidad *urbis et orbe* pero consignando su jurisdicción como único lugar de entrega. De esa manera pretendían resguardar la exclusividad pero al consignar ofertas y precios provocaban para el consumidor experto un interés súbito de adquirir el vehículo en extraña jurisdicción, a veces tentado por el bajo precio de las patentes, aunque debiendo hacer el primer *service* con el concesionario de marras.

Lógicamente, todo esto precipitó la regulación de las páginas web por parte de las fábricas valiéndose de que los contenidos de la publicidad debían estar aprobados por la fábrica para evitar la intromisión de los concesionarios fuera de su zona. De ese modo, algunas groseras invitaciones a comprar vehículos fueron morigeradas, pero no totalmente eliminadas. En los hechos, internet ha debilitado la validez de cualquier tipo de exclusividad en la distribución de productos en general, ya que el cliente tiene la libertad de comprar donde le plazca y no en su jurisdicción, pero el margen de venta es ganado por el que la realiza, sin reconocimiento de ninguna especie, al concesionario del lugar de entrega del vehículo, que es el lugar de patentamiento.

Internet es un recurso válido para publicar ofertas válidas hasta cierta fecha, pero difícilmente alguien compre un auto sin visitar al vendedor o hablar en detalle del tipo de vehículo que quiere adquirir a menos que se encuentre decidido y solicita un vehículo de color y equipamiento

especial. En los hechos, las exclusividades se mantienen pero el uso de redes sociales, además de internet, ha disminuido aún más la exclusividad del territorio, no así de la marca, que es controlada celosamente. En resumen, el único que cumple la exclusividad de aprovisionamiento es el concesionario ya que el concedente se reserva, dentro de un territorio, cierto tipo de clientes ya comentados pero ambos con las salvedades apuntadas venden uno en el ámbito mayorista y otro el concesionario en el minorista vende donde puede y a quien le compre y lo invita indirectamente a conocer la disponibilidad de colores que es un dato importante para el comprador. Ésta es la praxis argentina.

En cuanto a la prohibición de actuar por interpósita persona también ha sido soslayada con parientes lejanos o políticos que representan a marcas diferentes que compiten y tratan de mantener un símil de independencia de sus afines. Esto se da frecuentemente en el interior con el resultado nefasto de que la marca que vende más perjudica a la concesión más vieja, pero le sirve al concesionario para equilibrar presupuestos vendiendo, por ejemplo, autos de alta gama en una concesión y autos de precios más populares en la de su afín.

A la larga todo se conoce, la discreción se hace imposible en localidades pequeñas o provincias del mismo porte, donde todos saben todo y a veces la fábrica los conmina a cesar en la concesión bifronte, cuando además de esa infracción el concesionario acumula otras que ameritan su discontinuación. Por ese motivo, los juicios contra concesionarios o de éstos contra los concedentes son siempre complicados, porque la relación de concesión está plagada de creatividades y pequeñas argucias para mejorar el flujo de caja de ambas partes.

b) La concesión comprende todas las mercaderías fabricadas o previstas por el concedente, incluso los nuevos modelos.

Este artículo pretende coartar las facultades de la fábrica de limitar con premios y castigos a quienes les entrega nuevos modelos. La prohibición no puede ser total pero sí ha sido válida, quien se encuentre en mora con pagos adeudados por la compra de automotores a las fábricas queda postergado o descartado de recibir nuevos modelos hasta tanto se ponga al día.

En el pasado, hubo firmas que tenían dos grandes marcas como Sevel y concesionarios duales (Fiat y Peugeot) y otros unimarca que son la fuente de este artículo, por el que pelearon, cuando algunas de las terminales europeas decidieron vender sus operaciones a empresarios locales, dado las notorias restricciones que existieron en el régimen de remesa de utilidades, y de inversión de capital que complicaban la gestión de las empresas multinacionales. Con el *corsi y ricorsi* de la historia, las multinacionales volvieron, readquirieron las empresas mediante la compra de los paquetes accionarios, y los concesionarios bimarca fueron historia,

pero el tema de los modelos siempre quedó pendiente y ha sido resuelto en el Proyecto, como se ha expresado.

Art. 1504. — Obligaciones del concedente

- a) *Proveer al concesionario de una cantidad mínima de mercaderías que le permita atender adecuadamente las expectativas de venta en su territorio o zona, de acuerdo con las pautas de pago, de financiación y garantías previstas en el contrato. El contrato puede prever la determinación de objetivos de venta, los que deben ser fijados y comunicados al concesionario de acuerdo con lo convenido.*
- b) *Respetar el territorio o zona de influencia asignados en exclusividad al concesionario. Son válidos los pactos que, no obstante la exclusividad, reservan para el concedente cierto tipo de ventas directas o modalidades de ventas especiales.*
- c) *Proveer al concesionario la información técnica y, en su caso, los manuales y la capacitación de personal necesarios para la explotación de la concesión.*
- d) *Proveer durante un período razonable, en su caso, repuestos para los productos comercializados.*
- e) *Permitir el uso de marcas, enseñas comerciales y demás elementos distintivos, en la medida necesaria para la explotación de la concesión y para la publicidad del concesionario dentro de su territorio o zona de influencia.*

El tema de la provisión de mercaderías muestra que el Proyecto intentó despegar al contrato de concesión de su antecesor el contrato de concesión comercial de vehículos automotores, regulando entonces en forma general y con relación a mercaderías la entrega de una cantidad mínima de mercaderías, como para generar interés entre los operadores en el mercado de utilizar el convenio de concesión para la distribución en general. Tal vez el uso de este contrato encuentre nuevos adeptos fuera de las estaciones de servicio de marca, ya que las llamadas estaciones blancas por no estar afiliadas a una concedente de estaciones de servicios sólo tienen contratos de suministro con cualquiera de las petroleras, ya que si un concesionario se atrasa en los pedidos la fábrica le manda inmediatamente el aviso de que se encuentra en mora y a veces le remite el producto para forzar su recepción.

De esta manera, a cada concesionario se le adjudica una suerte de cupo que le corresponde a su objetivo de venta mensual, lo que ha generado siempre roces con los concesionarios, que en épocas de ventas flojas se resisten a la entrega de vehículos que se acumulan a los que no han podido vender, hasta que en casos extremos las fábricas acumulan en sus depósitos cantidad de vehículos que ellas tampoco pudieron vender ni a sus propios concesionarios y que generan suspensión de personal o

vacaciones forzadas para paliar el problema de acumular *stock* con los costos consiguientes. Allí todos sufren y cada uno, en su medida, debe asumir los riesgos consiguientes.

La colaboración no sólo se da en las buenas pero también en las malas y es en las malas donde la colaboración se advierte más notoriamente, y las partes suelen reunirse para determinar políticas comunes en que ambas hacen sacrificios para resolver cómo encarar las retracciones del mercado.

Art. 1505. — Obligaciones del concesionario

a) Comprar exclusivamente al concedente las mercaderías y demás elementos distintivos, y en su caso, los repuestos objeto de la concesión, y mantener la existencia convenida de ello o, en defecto de convenio, la cantidad suficiente para asegurar la continuidad de los negocios y la atención del público consumidor.

Ya hemos visto en la parte general, el alcance de la exclusividad de aprovisionamiento que también se extiende a los repuestos.

b) Respetar los límites geográficos de actuación y abstenerse de comercializar mercaderías fuera de ellos, directamente o por interpósita persona.

Nos remitimos a lo expresado en las páginas precedentes de cómo han existido casos en los que se han soslayado estos criterios por parte del concesionario que generan la posibilidad de una rescisión por culpa de éste al incorporar parientes como titulares de concesiones que compiten contra la del concesionario.

c) Disponer de los locales y demás instalaciones y equipos que resulten necesarios para el adecuado cumplimiento de su actividad.

Estos locales son generalmente pautados por el concedente que fija las superficies, el tipo de maquinarias y el *lay out* para que los mismos se asemejen a los de los restantes concesionarios.

d) Prestar los servicios de preentrega y mantenimiento de las mercaderías, en caso de haberlos convenido.

Éste es otro caso en los que los contratos reglamentan precisamente, porque en muchas mercaderías no existe servicio de preentrega en la distribución, el distribuidor vende la mercadería como la recibe del fabricante y solo la abre cuando se ha pactado su venta para cerciorarse que en el empaque la mercadería está completa, mientras que en el caso del vehículo automotor que no viaja empaquetado es necesario lavarlo, limpiarlo y lustrarlo, además de revisarlo poniéndolo en marcha y observando que frene, que las puertas cierren correctamente, etcétera.

- e) *Adoptar el sistema de ventas, de publicidad y de contabilidad que fije el concedente.*
- f) *Capacitar a su personal de conformidad con las normas del concedente.*

El personal del concesionario debe ser preparado y tomar cursillos de venta, de administración, de publicidad y de gestión, que de tanto en tanto ofrece el concedente a sus concesionarios de modo que la atención en la red sea similar, las condiciones de venta uniformes, así como las políticas de protección de la marca, y los contenidos de la publicidad que deben reflejar las mercancías o ventajas que éstos proporcionan al consumidor así como su importancia comparativa. El inciso e) también requiere que el concesionario adopte el mismo sistema de ventas procurando con ello uniformar la oferta, regulando estrictamente las pautas de publicidad y ajustando su contabilidad para permitir que las informaciones sean consistentes, de modo que los controles de auditoría produzcan datos e información compatible y fiable.

Éstas son normas mínimas que el reglamento complementa con la obligación de mantener un capital de trabajo acorde con el giro del negocio de la concesionaria, la adopción de un sistema administrativo y contable con el del concedente y la obligación de no comercializar productos competitivos de la competencia que es causal de terminación.

El resto de las condiciones generales se encuentra en la lectura detallada de los manuales de servicio de atención al público, con el objeto de uniformar las prestaciones, las condiciones de venta, de administración y de gestión de toda la red de concesionarios de productos. A ello se deben sumar las circulares o comunicaciones a toda la red de la que surgen las condiciones particulares de entrega de retiro de unidades, de despacho de pedidos especiales, de las tasas de interés en cuenta y de penalizaciones por incumplimientos varios, que como en todo contrato de duración se modifican en el tiempo, como lo señalamos anteriormente reflejando problemas futuros o anticipando cambios en la gestión.

El art. 1506 especialmente contiene la siguiente dispensa:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso a) el concesionario puede vender mercaderías del mismo ramo que le hayan sido entregadas en parte de pago de las que comercialice por causa de la concesión, así como financiar una y otras y vender exponer o promocionar otras mercaderías o servicios que se autoricen por el contrato aunque no sean accesorios de las mercaderías objeto de la concesión ni estén destinados a ella".

Esta norma le permite al concesionario comprar vehículos usados que recibe como parte de pago y revenderlos y revender *merchandising* y productos varios para la atención del automóvil, que se encuentra en cual-

quier concesionaria y que son comprados al concedente, porque a éste no le interesa proveerlos.

Esta disposición es excepcional pero le ha sido útil a algunos concesionarios para comerciar *merchandising* de la empresa u otros productos y accesorios que no provienen del concedente pero son útiles para el servicio de los automotores, o herramientas para su equipamiento o servicios de enganche para lanchas o seguros con terceros incluyendo productos de terceros que se exhiben en sus vitrinas.

Art. 1506. — Plazos

El plazo del contrato de concesión no puede ser inferior a cuatro años (4). Si se pacta un plazo menor o si el tiempo es indeterminado, se entiende convenido por cuatro años. Excepcionalmente, si el concedente provee al concesionario el uso de instalaciones principales suficientes para su desempeño, puede preverse un plazo menor de dos años.

La continuación de la relación después de vencido el plazo determinado por el contrato o por la ley, sin especificarse antes el nuevo plazo, lo transforma en contrato por tiempo indeterminado (21).

El artículo es uno de los más importantes del Proyecto en el tema que nos ocupa. En primer lugar, a diferencia de la agencia, establece un plazo mínimo de cuatro años y aun más importante es que el contrato no se vuelve de plazo indeterminado si se renueva o se establece un nuevo plazo antes de su vencimiento. El contrato solo se vuelve de plazo indeterminado, si el contrato se sigue cumpliendo por las partes luego de haberse vencido el plazo, a diferencia del contrato de agencia, que en principio es de plazo indeterminado salvo pacto en contrario.

¿Cuál es la razón de los cuatro años mínimos?, la posibilidad de darle tiempo para que pueda amortizar su inversión, teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema en autos "Automotores Saavedra c. Fiat Argentina y otros". En otras palabras, en la medida en que se prorogue o se fije un nuevo plazo, la concesión no se vuelve de plazo indeterminado y el concesionario o el concedente si lo rescinden sin expresión de causa deben indemnizar los daños y perjuicios, es decir, el daño emergente y el lucro cesante o, en su caso, la indemnización de la chance especialmente prevista en el Proyecto en la parte de responsabilidad contractual.

El siguiente inciso permite que cuando el concedente le facilita las instalaciones para desempeñarse, la inversión del concesionario se minimiza totalmente, por lo que el legislador le permitió reducir el plazo mínimo, ya que sólo se trata de recuperar gastos y reacomodarse, sin

(21) La ley belga vuelve el contrato de plazo determinado a plazo indeterminado luego de la segunda renovación del plazo contractual (Ley Hoenckerts. Ver nota ...).

otra indemnización. Esto o bien se aplica a una empresa subsidiaria de la concedente, ya que no conocemos casos en los que el concedente le cede instalaciones al concesionario o bien se puede aplicar a los contratos llamados hasta aquí de concesión privada, en los que los dueños de bares, o asociaciones de todo tipo ceden sus instalaciones para los llamados concesionarios de bares, restaurantes u otros servicios.

Pero tal vez el más relevante de los incisos es el último que prescribe que la continuación de la relación después de vencido el plazo de los cuatro años o el plazo contractual si hubiera sido mayor, sin especificarse el nuevo plazo, lo transforma en contrato por tiempo indeterminado. Este lenguaje permite la renovación del plazo o la fijación de uno nuevo, en cuyo caso el contrato se sigue cumpliendo como un contrato de plazo determinado. El contrato no se vuelve de plazo indeterminado a menos que continúe luego de vencido el plazo original, salvo que hubiera nacido como de plazo indeterminado. La ley no dice que se consensue el nuevo plazo, por lo que permite renovarlo por el mismo plazo, si se ejerciera una opción de prórroga. Tampoco prohíbe una renovación, por lo que el contrato se podrá renovar antes de su vencimiento, siempre que se prevea en el contrato, por igual plazo, más de una vez, solución consistente con un convenio de duración que ha propiciado la Comisión redactora, abandonado el proyecto de 1998. Es interesante que el plazo de cuatro años se disminuye a dos años cuando el concedente facilita las instalaciones para el ejercicio de la concesión por el concesionario, con lo que el artículo parece querer englobar la posibilidad de la concesión privada de bares o restaurantes o cualquier otra en la que el inmueble de la concesión es facilitado por el concedente. Al permitir también que la remuneración no sea necesariamente el clásico margen, permite que el concesionario pacte cualquier forma válida de remuneración. Es posible que se haya tenido en cuenta esa circunstancia, como se señala al comentar el art. 1507.

Esta solución difiere de la de la agencia, en que la continuación del contrato luego de su vencimiento, cuando se lo pacta a plazo, transforma al contrato en un contrato de plazo indeterminado, mientras que en la concesión basta renovar el contrato o prorrogarlo con plazo para que el contrato no se vuelva de plazo indeterminado y por ende no entren en vigencia las disposiciones de los arts. 1492 y 1493. En tal situación y siempre que el concedente respete el plazo original o sus prórrogas, no debe a la terminación indemnización alguna ni tampoco readquirir los productos nuevos que el concesionario haya adquirido del concedente y tenga en *stock* al tiempo de la rescisión. Esta solución es totalmente compatible con "Automotores Saavedra", ya que si se renovó una vez estuvo en vigencia ocho años y si fueran dos habría estado en vigencia doce años, con lo que retoma el pensamiento de la Corte en "Automotores Saavedra" (22)

(22) "Automotores Saavedra c. Fiat y otros", sentencia de la Corte Suprema de Justicia que puso fin a los reclamos de los concesionarios por lucro cesante, daño

en el sentido de que el concesionario dispuso de tiempo más que prudente para recuperar su inversión, aunque de hecho no la haya recuperado, ya que ése es el riesgo de su negocio.

En todo caso, la ley le permite al concesionario disponer de un plazo mínimo de concesión que puede ser renovado y que no vuelve al contrato —si se ejerció antes de su vencimiento— a un contrato de plazo indeterminado, por lo que a la conclusión del contrato, éste se extingue y sólo se deben liquidar las operaciones pendientes, situación totalmente diferente si el contrato se vuelve de plazo indeterminado, en lo que se aplica la solución de los arts. 1492 y 1493, pensadas para la agencia.

Art. 1507. — Retribución. Gastos

El concesionario tiene derecho a una retribución que puede consistir en una comisión o un margen sobre el precio de las unidades vendidas por él a terceros o adquiridas al concedente, o también en cantidades fijas u otras formas convenidas con el concedente.

Los gastos de explotación están a cargo del concesionario, excepto los necesarios para atender los servicios de preentrega o de garantía gratuita a la clientela, en su caso, que deben ser pagados o reembolsados por el concedente conforme a lo pactado.

Este artículo fija varias opciones para remunerar la concesión, que no son usuales en la Argentina pero posibles, en lugar de comprar y revender con un precio sugerido, siendo la diferencia su ganancia o margen, asume la circunstancia de que el concedente le fija el margen de ganancia o en cantidades fijas u otras formas convenidas con el concedente, incluso un porcentaje fijo de ganancia. Una primera lectura parece que está diseñada para atender no a la concesión sino a cualquier forma de distribución que reúna las características de la concesión. Si no fuera que habla de unidades vendidas, el concepto retribución como está expresado podría incluir a servicios pero el lenguaje no es claro. El con-

emergente, clientela, cuando la concesión tuvo tiempo suficiente para posibilitar que el concesionario pudiese recuperar su inversión. En ese fallo, la concedente hizo uso de una disposición que le permitía rescindir la concesión sin expresión de causa en un contrato de plazo indeterminado en donde la Corte señaló que nadie se obliga para siempre y además sentó que las cláusulas abusivas no existen como tales si no es el ejercicio abusivo de las mismas que es reprimido por el derecho no encontrando en el expediente, razón suficiente para considerar que la rescisión sin causa después de haberle hecho saber tiempo atrás su disconformidad con el cumplimiento de sus obligaciones, constituía un uso abusivo y la circunstancia de que un contrato tuviese cláusulas de adhesión o predispuestas no era razón para invalidarlas. En el fallo "Cher Hasso c. Seven up" aclaró que el ejercicio de una cláusula de adhesión debe ser razonable, agregando ese aditamento al fallo de "Automotores Saavedra".

cesionario clásico argentino tiene como fuente de retribución el margen entre el precio que abona al concedente para unidades sean vehículos o repuestos, más las ganancias que le reporta el servicio de las unidades que atiende de terceros. En la concesión automotor no ha existido una remuneración fija por la venta de vehículos, y tampoco existe en la distribución, aunque nada lo prohíbe tampoco, ya que el lenguaje es muy amplio, posiblemente teniendo en cuenta el contrato de concesión se aplica a la venta de software que en muchos casos consiste en una licencia con regalías o un porcentaje fijo de la venta o a la concesión privada, que es generalmente una concesión de servicios, pero el lenguaje del art. 1 permitiría incluirla, ya que si bien habla de mercaderías se refiere también a la prestación de servicios típica también de las estaciones de servicio y característica de la concesión privada.

Por otra parte, el concesionario de bares o restaurantes que sí presta un servicio a su concedente, como tomar a cargo la seguridad, la limpieza o regentar un restaurante o un bar, que son propiedad del concedente, paga un canon fijo a su concedente, toma ciertas obligaciones básicamente de inversión en el local que recibe en comodato y su ganancia se origina en los ingresos de explotación del bar o restaurante por el plazo del contrato, al cabo de los cuales debe devolver con sus mejoras el local recibido con su inventario completo o reponer los faltantes. Sin embargo, a mi juicio, el contrato al que aludimos difiere de la concesión en cuanto a su naturaleza, y ciertamente al reducir el plazo a dos años, alargaría el plazo de la hasta ahora concesión de bares a un plazo mínimo de dos años, lo que puede resultar muy gravoso para instituciones deportivas, cuando el servicio es deplorable, ya que cualquier juicio es más largo que la concesión de dos años, pero la latitud de cómo está redactado permitiría, a mi juicio, considerar que esos cambios fueron efectuados para eventualmente, por designio o por amplitud, incluirla.

No parece que esta modalidad de la concesión privada haya sido *ex profeso* contemplada en el régimen del Código, por lo tanto seguirá siendo un contrato innominado que se basa en la autonomía de las partes en lo que es materia dispositiva, y sujeto al orden público, aplicándose el régimen general de contratos previstos en la parte general del Proyecto, art. 970 y ss., y en particular el 970 que en tercer orden contempla los usos y costumbres del lugar de celebración, pero interpreto que no corresponde aplicar los del contrato de concesión que prevé el Proyecto, porque la finalidad de ambos contratos es diferente.

En cuanto a los gastos, todos los gastos del concesionario corren por su cuenta y riesgo, con la salvedad de que los servicios de preentrega y en garantía de las unidades que vende le son reembolsados por el concedente, disposición que sólo se puede referir a la concesión de productos y servicios y no a la conocida concesión de bares y restaurantes.

Art. 1508. — Rescisión de contratos por tiempo indeterminado.

Si el contrato de concesión es por tiempo indeterminado, el Proyecto dispone:

a) Son aplicables los arts. 1492 y 1493 que prevén el preaviso de un mes por cada año de vigencia o en su defecto el pago de las ganancias de las remuneraciones neto de gastos por el período del preaviso.

b) El concedente debe readquirir los productos y repuestos nuevos que el concesionario haya adquirido conforme con las obligaciones pactadas en el contrato y que tenga en existencia al fin del período del preaviso, a los precios ordinarios de venta a los concesionarios al tiempo del pago (23).

La disposición es coherente con la fórmula de indemnización tarifada que se propuso para superar el tema de la litigiosidad de este contrato, pero la Comisión fue más innovadora que el propio anteproyecto porque en la redacción propuesta el contrato de concesión puede ser de tiempo determinado por muchos años y a su vencimiento el concedente nada debe al concesionario porque, habiendo contratado a un plazo de diez años y no siendo renovado, nada se deben las partes entre sí, ya que supieron desde el comienzo que su contrato tenía un plazo. En los términos de la jurisprudencia francesa sobre concesión que no reconoce ninguna indemnización por la falta de renovación, conocían de antemano que su contrato tenía fin y por ende no debieran sorprenderse de que éste concluya conforme a lo pactado ya que asumieron el riesgo consiguiente. Tratándose de un convenio de duración y siendo la confianza un factor importante en el contrato de concesión, creo que el concedente luego de diez años de vigencia debe notificar, aunque la ley no lo prevé, que no hará uso de su renovación si existía una opción o simplemente que no lo renovará si el acuerdo guardaba silencio al respecto. En ese caso no existe ninguna indemnización sustitutiva del preaviso, ni obligación de readquirir productos nuevos que el concesionario haya adquirido durante la concesión, conforme a obligaciones pactadas en el contrato.

En este sentido tampoco se debe en la agencia a plazo determinado un preaviso o una indemnización sustitutiva si se cumple el plazo y no se lo

(23) Estas disposiciones provienen de la ley brasilera que rige para todo tipo de vehículos propulsados a motor y que contempla luego de un período de cinco años que el contrato se vuelve de plazo indeterminado y da derecho a la indemnización si el concedente le poner fin anticipadamente equivalente a una indemnización tarifada equivalente a un 4% de la venta proyectada, calculada sobre el promedio de los dos últimos años, por un período fijo de 18 meses más una suma variable de tres meses por cada quinquenio que el contrato estuvo en vigencia y la recompra de las unidades repuestos y maquinarias especiales que debió comprar para atender la concesión.

renueva, aunque en ese caso se aplica la indemnización por clientela que prevé el art. 1497-8. Por ende, creo que el efecto de esta cláusula es que aquellos concedentes que dan concesiones a plazos cortos y la renuevan automáticamente dejarán de hacerlo y mucho menos lo harán por plazo indeterminado, por cuanto en lo referente al plazo indeterminado el proyecto le atribuye efectos propios previendo un preaviso o el pago de una indemnización que puede ser importante.

De este modo, el Proyecto termina con el pleito del contrato por plazo indeterminado al permitir su prórroga o su renovación, siempre que haya sido pactada con un plazo mínimo de cuatro años que eran cinco en el Anteproyecto, a semejanza de la legislación brasileña. Creo que ese plazo se ajusta más a un contrato de duración.

Art. 1509. — Resolución del contrato de re concesión. Causales

Al contrato de concesión se le aplica el art. 1494, dice escuetamente el Proyecto.

Por ende, es necesario remitirnos al contrato de agencia que prevé en su art. 1494 las siguientes causales: a) muerte o incapacidad del concesionario; b) disolución de la persona jurídica que celebra el contrato, que no deriva de fusión o escisión; c) quiebra firme de cualquiera de las partes; d) vencimiento del plazo; e) incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones de una de las partes, de forma de poner en duda la posibilidad o la intención del incumplidor de atender con exactitud las obligaciones sucesivas; y f) disminución significativa del volumen de negocios del concesionario. En primer lugar cabe afirmar que esta disposición no excluye otras causales que las partes pudieran haber pactado basado en el principio de la autonomía de la voluntad.

Es de destacar que el Proyecto sólo contempla como otras causales válidas de la resolución para el agente las mencionadas precedentemente, pero al tratar la concesión sólo se remite al art. 1494, pero no al art. 1495 que establece cómo opera la resolución, con lo que no se le aplicaría — por ser las remisiones de índole restrictiva— lo allí dispuesto en cuanto a las cuatro primeras que operan de pleno derecho; y la última, la (f), otorga una indemnización de dos meses al agente cuando se resuelve, debió decir se rescinde el convenio por una disminución significativa del volumen de negocios, que si está establecida a favor del agente, no puede ser extendida sin más al concesionario. Tampoco es aplicable lo resuelto en caso de fusión o escisión, donde por remisión indirecta debería aplicarse la omisión de preaviso, y la indemnización por clientela, que es típica de la agencia pero no de la concesión.

Párrafo aparte merece el último inciso del art. 1494, disminución significativa del volumen de los negocios del agente o para el caso del concesionario que es algo que puede pactarse entre las partes, porque en la dinámica de los contratos de duración, a menos que el concesionario no haya

vendido nada, en cuyo caso debe renunciar al carecer de razón atendible, si existe alguna razón por la que el concedente entienda que el concesionario es salvable, se le otorga un plazo para recuperarse pero un concesionario que durante dos ejercicios continuos no vende sin tener una importante y valedera razón es rescindido, mucho más si la disminución significativa no es general, de toda la red, porque sus colegas si han vendido.

El fijar un período de dos ejercicios completos para resolver el contrato por esa causal, previendo en tal caso un preaviso que no exceda de dos meses, aun cuando el contrato sea de plazo determinado impone cierta rigidez a la autonomía de las partes y aun más podría favorecer al concesionario cuyo abandono de sus obligaciones son la causal directa de esa disminución significativa, sea por negligencia, o impericia, que se vería premiado con una indemnización, a pesar de que no cumplió su parte en el contrato. *La disminución* significativa del volumen del producto comprado ha sido siempre causal de terminación del contrato, por culpa del concesionario, por lo que aun que se interpretara por analogía es probable que no genere mayor litigio atento al monto reducido previsto.

En definitiva, el punto más conflictivo es la indemnización por clientela porque el concesionario no tiene derecho a reclamar indemnización por clientela, porque la clientela no le pertenece. Por otra parte, la referencia al art. 1494, sin más, no implica que por analogía se deba adoptar disposiciones legales que corresponden a otro contrato, bien diferente como es el contrato de agencia, ya que la manera cómo opera la resolución del contrato de agencia difiere de cómo opera la resolución del contrato de concesión que está pautada de otra manera incluso para la rescisión por tiempo indeterminado.

Al respecto, siempre hemos sostenido que no le corresponde al concesionario de automotores como concesionario de marca, ni mucho menos al de software ni a la concesión privada una indemnización por clientela, ya que la clientela de marca sigue a la marca y no a su revendedor ni a quien por un motivo temporal la marca ha tercerizado sus derechos de venta. El concesionario de marca no tiene clientela, la clientela de la marca le compra por ser concesionario de esa marca y cuando pierde ese carácter, bien por cierto temporal, ninguna indemnización se le debe, ya que los clientes no le son propios. Lo mismo sucede en las estaciones de servicio a las que el art.1497 no es aplicable y tampoco el 1498, que es un complemento del 1497.

No cabe presumir que el legislador pueda extender responsabilidades por analogía, en contratos cuya tipología es conocida, y que no dan derecho a clientela cuando quien reclama por la misma, siendo clientela de una marca conocida no puede ejercer ningún derecho ni siquiera puede reclamar judicialmente las infracciones a su uso porque carece del derecho de uso de marca ajena, y al no ser titular de la misma nuestra ley le priva el derecho de ejercer cualquier acción marcaria, a quien carece de

todo título sobre ella, ya que la ley argentina sólo pone en cabeza de su titular registrado. Por ello, somos de la opinión de que el concesionario no tiene derecho al reclamo de indemnización por clientela en ningún supuesto, ya que él no aporta clientela, sino es la marca acreditada que los atrae, el concesionario sólo se atiene a su deber, que es operar la concesión con la máxima eficacia.

*** Subconcesionarios. Cesión del contrato. Excepto pacto en contrario el concesionario no puede designar subconcesionarios, agentes o intermediarios de venta, ni cualquiera de las partes puede ceder el contrato.**

El proyecto prohíbe tanto la cesión como la subcontratación, pero admite el pacto en contrario. Dicha disposición es corriente en los contratos de concesión, pero en la práctica es muy normal y casi admitido o tolerado que diferentes intermediarios acerquen compradores al concesionario, o éste abra bocas de venta oficiales para aumentar las ventas en su territorio. No son tan corrientes las agencias, pero pueden existir, aunque lo dudo, como están pactadas, los concesionarios preferirán tener bocas de venta propias, no reconocer comisiones a quien le procura una venta a semejanza del *proccattori di afari* del derecho italiano.

Art. 1511. — Aplicación a otros contratos

Las normas de este capítulo se aplican a:

a) Los contratos por los que se concede la venta o comercialización de software o procedimiento similares.

b) Los contratos de distribución en cuanto sean pertinentes.

a) El software se rige además por principios de la propiedad intelectual y no presenta mayor problema en la práctica, ya que la utilización de software no es pasible del contrato de franquicia y muchas veces sí lo ha sido del contrato de licencia, pero quien la usa rara vez adquiere título, ya que el software es necesario actualizarlo todo el tiempo, por ello por su utilización generalmente se paga un derecho importante sobre el valor de las ventas que la utilización del software produce. No es el pago de una licencia sino que hablamos del 40% de las ventas. La definición de la remuneración del concesionario permite esta flexibilidad que no tenía el contrato de concesión y que proviene de la reforma del 1998. El tiempo dirá si el convenio de software se adapta a la concesión o simplemente se compra el paquete de software con una licencia adicional, por ser más simple y sencillo que una concesión. Un tema que entiendo es innecesario es que el convenio de software deba tener un plazo mínimo de 4 años o que a su conclusión existe alguna obligación fuera de la confidencialidad entre las partes, ya que el "concesionario de software" no pone una organización al servicio del concedente, simplemente explota una tecnología, por lo que creo que muchas de las disposiciones son sobrea-bundantes o inaplicables

b) En cuanto a la distribución, la consideramos por su importancia y las implicancias en un trabajo separado, ya que el Codificador en lugar de legislar sobre el género distribución legisló sobre la especie concesión, tema con el que estoy en desacuerdo, pero del que me ocupare en otra presentación, por la entidad que tiene este tema que amerita un tratamiento separado.



DIRECTORES SUPLENTE O SUSTITUTOS

POR CARLOS MOLINA SANDOVAL

1. MARCO NORMATIVO

El art. 258, LSC, bajo el acápite de "reemplazo de directores", señala que el estatuto podrá establecer la elección de suplentes para subsanar la falta de directores por cualquier causa. Esta previsión es obligatoria en las sociedades que prescinden de sindicatura. En caso de vacancia, los síndicos designarán el reemplazante hasta la reunión de la próxima asamblea, si el estatuto no prevé otra forma de nombramiento.

Por su parte, el art. 157, LSC, la administración y representación de la sociedad corresponde a uno o más gerentes, socios o no, designados por tiempo determinado o indeterminado en el contrato constitutivo o posteriormente. Podrá elegirse suplentes para casos de vacancia.

En materia de sindicatura, el art. 284, LSC, señala que está a cargo de uno o más síndicos designados por la asamblea de accionistas. Se elegirá igual número de síndicos suplentes. Asimismo, el art. 288, LSC, agrega que si existieran diversas clases de acciones, el estatuto puede autorizar que a cada una de ellas corresponda la elección de uno o más síndicos titulares e igual número de suplentes y reglamentará la elección. Finalmente, el art. 291, LSC, señala que en caso de vacancia, temporal o definitiva, o de sobrevenir una causal de inhabilitación para el cargo, el síndico será reemplazado por el suplente que corresponda. De no ser posible la actuación del suplente, el directorio convocará de inmediato a una asamblea general o de la clase en su caso, a fin de hacer las designaciones hasta completar el período. Producida una causal de impedimento durante el desempeño del cargo, el síndico debe cesar de inmediato en sus funciones e informar al directorio dentro del término de diez días.

2. JUSTIFICATIVO DE DESIGNACIÓN DE LOS DIRECTORES SUPLENTE

La LSC establece la posibilidad de que el estatuto social prevea directores suplentes que actuarán ante la imposibilidad de los directores titulares. Si bien la redacción de la norma indicaría que la elección

de directores suplentes es meramente facultativa del estatuto social ("podrá establecer", dice la ley), lo cierto es que la designación de directores suplentes es obligatoria en la mayoría de los casos teniendo en cuenta las estructuras societarias que generalmente se inscriben en las entidades administrativas (pues es moneda corriente que la sociedad prescinda de sindicatura y que la fiscalización sea llevada a cabo por los mismos accionistas).

El fundamento de la distinción tiene cierta lógica y procura evitar afealías societarias. La obligatoriedad de nombrar directores suplentes, cuando se prescinde de sindicatura, garantiza, en cierto modo, que cuando el director renuncie, fallezca o quede inhabilitado para el cargo, no deba convocarse a una asamblea ordinaria para cubrir la vacante (a veces transitoriamente) sino que automáticamente asuma sus funciones de manera inmediata. Procura evitar la vacancia y/o paralización del directorio.

Dicho justificativo resulta más obvio en el caso de directorios unipersonales (en los cuales el director único fallezca). En este caso podría generarse verdaderamente una situación de anarquía en la administración (pues el legitimado natural para convocar la asamblea sería el director que ya falleció y la inexistencia de un director suplente impediría la convocatoria mediante los mecanismos societarios normales).

Dicha obviedad se reduce en directorios plurales, pues la renuncia o fallecimiento de algunos no impide que los directores restantes convoquen a asamblea para designar nuevos miembros del directorio y regularizar la situación. En la práctica societaria, incluso, no es extraño que un directorio plural siga funcionando normalmente pese a la vacancia de uno de los cargos.

Cuando se haya designado sindicatura, la LSC le permite prescindir de la designación de suplentes ya que será la sindicatura la encargada de designar un director suplente hasta tanto la asamblea ordinaria así lo ratifique.

3. PREVISIÓN DE DIRECTORES SUPLENTES

Como se vio, la previsión de directores suplentes es sólo obligatoria cuando la sociedad prescinda de sindicatura. Ello no quiere significar que cuando la sociedad tenga sindicatura no sea posible designar directores suplentes.

Razones de orden práctico imponen que pese a que se trate de una sociedad con sindicatura se designe igualmente a directores suplentes que entren en funciones cuando se produjere una situación de vacancia (transitoria o permanente).

4. NÚMERO DE DIRECTORES SUPLENTE

El art. 258, LSC, a diferencia del art. 284, LSC (que impone igual número de síndicos suplentes), no establece el número de suplentes a designar, determinando sólo la elección de suplentes. Por ello, el estatuto social podrá fijar un número de suplentes no sólo igual al de los titulares sino que podría también establecer un número menor o mayor.

Asimismo, al igual que acontece con el número de directores (que puede delegarse a la asamblea en función de algunos parámetros) es común que el número de directores suplentes también se deje a la discreción de la asamblea. Es común encontrar cláusulas que señalen: "La dirección y administración de la sociedad estar a cargo de un directorio integrado por el número de miembros que fije la asamblea de accionistas entre un mínimo de uno (1) y un máximo de cinco (5) directores titulares. La asamblea designará igual o menor número de suplentes que se incorporarán al directorio en el orden de su elección".

En general, es más usual que el número de suplentes sea igual o menor que el de los directores titulares, pero ello no necesariamente deberá ser así. Las particularidades de cada estructura societaria (o aun especiales convenciones parasocietarias así pactadas) podrían imponer la necesidad de que el número de suplentes sea mayor que el de titulares.

5. DURACIÓN DE DIRECTORES SUPLENTE

La LSC no dice nada respecto de la duración de los suplentes y por ello existe libertad de los accionistas en su planificación. La duración podrá ser mayor o menor a la de los directores titulares, pero no podrá superar el límite previsto en el art. 257, LSC (esto es, normalmente tres ejercicios, salvo que existiese consejo de vigilancia —art. 281, inc. d, LSC—).

A pesar de la aplicación supletoria de muchas de las normas previstas para los directores titulares, el director suplente no debe permanecer en el cargo mientras no se designe a otro director suplente (salvo cuando el director suplente hubiere entrado en función, en cuyo caso deberá mantenerse en el cargo hasta tanto se designe a otro director). Esta disposición está pensada para directores en ejercicio de sus funciones, y no para suplentes.

Por ello, incluso sería excesivo exigir que la renuncia de directores suplentes sea aceptada por el directorio en reunión (ya que los fundamentos de la exigencia del tratamiento de la renuncia por el directorio están focalizados en no afectar el correcto funcionamiento del directorio (1)). Sería suficiente, en este caso, que el director suplente notifique la

(1) MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., "Pautas de funcionamiento del directorio", *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, noviembre 2010 (año 1, nro. 2), ps. 137/151.

renuncia al presidente del directorio para que tome las medidas que considere pertinente. En este caso, el directorio podría considerar necesario convocar a asamblea a los efectos de designar sólo el director suplente o aguardar la asamblea.

Si nada dijera el estatuto, es razonable entender que la duración es la misma que tienen los directores titulares. Si la designación se hubiere realizado con posterioridad a la designación de los titulares, también parece lógico interpretar que su duración será hasta que se designe todo el directorio nuevamente. Ello sin perjuicio de que la propia asamblea estipulara las distintas cuestiones vinculadas con la duración (esto es, que dure hasta una determinada fecha siempre que no exceda los límites legales).

6. ORDEN DE INCORPORACIÓN

Otro de los temas que no señala la ley y es conveniente que figure en el estatuto social (o incluso en el reglamento) se relaciona con el orden en que los directores suplentes deben asumir sus funciones (en caso de vacancia o falta temporaria del directorio).

En este sentido se ha señalado (2) que el estatuto puede preverlo o no, dándose, según los casos, las siguientes soluciones:

- i. si el estatuto social estipula el orden en que habrán que incorporarse los directores suplentes a las vacancias directoriales, se estará a lo allí establecido (orden de nominación por la asamblea, determinados suplentes reemplazarán a determinados titulares u otros procedimientos);
- ii. si el estatuto social omite tal reglamentación, la asamblea ordinaria establecerá el orden de incorporación y, si no lo hace expresamente, los directores se incorporarán en el mismo orden en que fueron designados, según constan en el acta de dicha asamblea.

7. CLASE DE ACCIONES

Si hubiere clase de acciones, es aconsejable que la elección de directores en cada clase prevea sus propios suplentes. El art. 262, párr. 1º, LSC, señala que cuando existan diversas clases de acciones el estatuto puede prever que cada una de ellas elija uno o más directores, a cuyo efecto reglamentará la elección.

Aunque no lo dice expresamente, resulta lógico que en cada asamblea especial no sólo se designen los directores titulares sino también los

(2) VERÓN, ALBERTO VÍCTOR, *Manual de sociedades comerciales*, t. III, Errepar, Buenos Aires, 1998, p. 1543.

suplentes que suplirán en cada clase de acciones (siendo conveniente, incluso, que consigne el orden en el que sustituirán a los titulares) (3).

Agotados los directores suplentes (vgr., porque se cumplieron las vacantes existentes), será el síndico quien deberá designar al director suplente hasta tanto se designe un nuevo director titular de clase. En esto tiene plena libertad de elección y no debe responder necesariamente a las instrucciones que pudieren brindar los accionistas de clase (salvo que el accionista de clase fuera sólo uno, o todos estuvieren de acuerdo, en cuyo caso no sería irrazonable que procure respetar el interés de la clase).

Podría ocurrir que no hubiere sindicatura y que la vacancia no pudiese cubrirse con el director suplente (o que éste ya hubiere aceptado y no quedaran más directores suplentes). La pregunta en este caso apunta a determinar si puede reemplazar a un director titular de una clase un director suplente de la otra. Pensamos que si no se afecta el funcionamiento del directorio sería conveniente que se convoque a asamblea ordinaria para llenar ambas vacantes (titular y suplente), salvo que la falta del director de clase impidiera dicha convocación (en cuyo caso debería aceptar al efecto de regularizar la situación).

8. VOTO ACUMULATIVO

8.a) El caso "Ribatto"

Un tema que se planteó en la jurisprudencia fue si el voto acumulativo era también exigible en la elección de los directores suplentes. En el caso "Ribatto" (4) se impugnó una decisión asamblearia que resolvió designar solamente a dos directores suplentes para la sociedad anónima por vulnerar el inderogable art. 263, LSC. La sentencia de primera instancia rechazó la demanda por considerar que "la asamblea decidió libremente seguir con dos directores suplentes".

En la alzada, la Cámara interviniente y en fallo dividido, aunque con diversos argumentos, confirmó la sentencia del *a quo*. Entre otras cosas, la mayoría encabezada por Cuartero señaló que la "elección de directores es facultativa para la sociedad, salvo para las que prescinden del órgano sindicatura, que no es el caso de autos", que la norma del art. 263, LSC, "no le imponía elegir a tres directores titulares ni, menos, a tres suplentes" y que las pautas del art. 258, LSC, y "del art. 8º de sus estatutos le permitieron designar entre siete y cero directores suplentes". Además

(3) MOLINA SANDOVAL, C., *Asamblea especial y clase de acciones*, LA LEY, 19/9/2007, ps. 1/6.

(4) CNCom., sala D, 20/10/1986; "Ribatto, Ricardo c. Fiplasto SA", ED, 123-181, con nota de GAGLIARDO, "Voto acumulativo y elección de directores suplentes", cit.

se tuvo en cuenta que en anteriores asambleas se habían elegido sólo dos directores suplentes y que no se comparte la opinión de Negri que señala que “en el momento de la votación debiera elegirse (lo mismo en caso de votación por clases) igual número de suplentes y su orden de incorporación. De esta manera el suplente sería electo por la misma clase o minoría que vota acumulativamente” (5). Alberti, si bien compartió la ponencia precitada, fue más categórico y negó la existencia de interés jurídico en la controversia.

Por su parte, en su disidencia, Arecha señaló lo siguiente: que la asamblea no tiene discrecionalidad absoluta para determinar el número de miembros suplentes, sino que la decisión debe armonizarse con la especial naturaleza del art. 263, LSC. Textualmente agrega: “la demandada admitió el ejercicio del derecho de votar acumulativamente para la designación de directores titulares, y así cierta minoría pudo designar miembros titulares en ese directorio. Es decir que un procedimiento y régimen legal fue aceptado y aplicado para la elección de los titulares, en cambio para la designación de los suplentes —incluidos en el mismo punto del orden del día— se altera el procedimiento y se afecta así el régimen legal, con lo cual frente a una situación similar —designación de directores sean titulares o suplentes— se aplican criterios dispares, que en definitiva impiden a las minorías —para elegir suplentes— ejercer sus derechos. Si la demandada adoptó un determinado sistema para un caso —el de los titulares— no puede acto seguido e inmediatamente en la misma asamblea alterarlos para la elección de suplentes porque la teoría de sus propios actos torna ese proceder como irrazonable y arbitrario” (6).

Antes del pronunciamiento aludido, Zamenfeld se planteó el interrogante, entendiendo que como el sistema no puede frustrarse, limitarse ni reglamentarse de manera tal que se dificulte su ejercicio, el caso planteado (elección de dos suplentes respecto de un directorio de tres o más titulares) sería cabal ejemplo de un intento de frustración de este tipo. Así pues, en los directorios de tres o más miembros, deberá exigirse cuando menos la posibilidad de que los suplentes —si el estatuto los prevé— sean tres. Lógicamente —agrega— que si no se prevé suplentes el estatuto no podrá ser objeto de observación al respecto y, en caso de vacancia, el síndico procederá conforme lo dispone el art. 258, LSC (7).

(5) NEGRI, *El voto acumulativo para las elecciones en los órganos sociales*, cit., p. 441.

(6) Debe destacarse que Gagliardo en el comentario antes citado compartió el voto de la minoría: “consideramos que mediando elección de miembros suplentes, corresponderá adoptar idéntico temperamento que el seguido para sus titulares, inclusive en cuanto al número de directores, y existiendo ausencia o vacancia asumirán sus cargos los electos votados por el sistema de que se trate”.

(7) ZAMENFELD, *Elección de directores de sociedad anónimas por voto acumulativo y por clases o categorías de acciones*, cit., p. 160.

8.b) Nuestra opinión

Por nuestra parte, y aun cuando en el caso concreto ("Ribatto") se comparte la opinión de la mayoría, deben efectuarse algunas especificaciones (8).

En primer lugar, la solución del caso no depende tanto de la aplicación o no del voto acumulativo (que, obviamente, será una de las principales consecuencias), sino de una interpretación lógica del art. 258, LSC. Esta norma no provee de mayores soluciones al respecto. Así señala: "El estatuto podrá establecer la elección de suplentes para subsanar la falta de los directores por cualquier causa. Esta previsión es obligatoria en las sociedades que prescinden de sindicatura. En caso de vacancia, los síndicos designarán el reemplazante hasta la reunión de la próxima asamblea, si el estatuto no prevé otra forma de nombramiento" (9).

En este sentido debe decirse que para los fundadores de la sociedad es facultativo establecer un mecanismo para la elección de suplentes siempre que no se prescinda de sindicatura, ya que en caso de vacancia, la sindicatura podrá designar el suplente. Ahora bien, si la sociedad prescinde de sindicatura (arts. 284 y 299, LSC), deberá establecerse un procedimiento electivo para subsanar la falta de directores por cualquier causa.

Nada establece la LSC respecto del número de suplentes que deben designarse en este caso. Por ello dicho precepto debe interpretarse adecuadamente. Algunos autores entienden que la sociedad podrá fijar libremente en sus estatutos el número de directores no titulares, llamados a cubrir ausencias o vacancias. Incluso se entiende que el número de suplentes no debe guardar relación o proporción con el número de directores titulares (10).

Compartimos tal opinión, aunque cabe reforzar la argumentación esgrimida: i) la LSC no se ha pronunciado sobre el número de suplentes que debe designarse y por ello los socios (las partes en el contrato social) son libres para pactar lo que sea conveniente a sus intereses (art. 1197, Código Civil); ii) parece surgir de la propia inteligencia de la ley una cierta indefinición en este sentido. La LSC en este punto no es rígida y admite cierta flexibilidad. A tal punto que la elección de directores suplentes no es necesaria si existe sindicatura. Además de la Exposición

(8) Remitimos a nuestro: MOLINA SANDOVAL, C. A., *Voto acumulativo en las sociedades comerciales*, Lexis-Nexis, Depalma, Buenos Aires, 2007, p. 289.

(9) Debe recordarse que según el art. 284, LSC, las sociedades que no estén comprendidas en el art. 299, LSC, podrán prescindir de la sindicatura cuando así esté previsto en el estatuto.

(10) SASOT BETES, MIGUEL A. - SASOT, MIGUEL E., *Sociedades anónimas. El órgano de administración*, Ábaco, 1980, p. 172.

de Motivos no surge intención en contrario, sino que mantiene la misma laxitud; iii) el argumento de que la previsión de un número menor de directores suplentes que titulares puede ocasionar inconvenientes en el completamiento de las vacantes es superficial. Ello así pues puede suceder que ningún suplente pueda asumir sus funciones o, aún más, que habiendo tomado funciones se produzca una causal de vacancia; iv) las necesidades empresarias o la autoorganización de la sociedad debe estar en manos de los socios, quienes pueden tomar este tipo de decisiones que tienen que ver con la planificación societaria.

De todas formas cabe señalar que la solución en cada caso concreto podrá variar. Si la sociedad siempre eligió igual número de directores que suplentes y luego, ante la eventualidad del ejercicio del voto acumulativo por cierta minoría, la mayoría accionaria resuelva reducir el número de directores suplentes para frustrar sus posibilidades electivas, tal maniobra resulta contraria al orden legal. Distinto será el caso, como en "Ribatto", si la sociedad siempre estableció un número menor de directores suplentes, ya que en este caso no podrá argüirse violación de las perspectivas electivas.

Sin perjuicio de ello, si el número de directores ha sido previsto estatutariamente (o por asamblea) y es superior a tres, el sistema de votación acumulativa de implementarse para cada elección y su quebrantamiento podrá dar pábulo para la impugnación de la asamblea electiva (debido a la imperatividad prevista por el art. 263, LSC).

En general dichos funcionarios se designan paralelamente con el nombramiento de los directores titulares (11), en donde se deberán respetar pautas electivas similares.

8.c) Votación acumulativa en directorios de dos miembros titulares y un suplente

Ahora bien, se puede plantear el interrogante de una elección en la que deba elegirse dos directores titulares y uno suplente, ¿puede unificarse el sistema electivo para ambos tipos de directores? En este caso, ¿podrá la mayoría elegir los dos candidatos titulares y la minoría, al suplente?

Si bien una primera respuesta podría establecer esta posibilidad electiva de la minoría como equitativa, cabe pronunciarse por una enfática negativa. En efecto, se trata de dos cargos distintos que si bien pueden, en algún punto, tener identidad funcional (cuando el suplente ocupe el lugar del titular), no merecen ser equiparados. Además se genera el inconveniente práctico de tener que determinar qué grupo accionario será el que elija al director suplente (o, peor, que esta fijación genere

(11) SASOT BETES y SASOT, *Sociedades Anónimas. El órgano de administración*, cit., p. 162.

inconvenientes consecuencias). Finalmente, y además de no surgir de la letra de la ley, no parece adecuado o conveniente al sistema electoral previsto por el plexo societario ni con su coherencia sistémica.

8.d) Orden de incorporación de directores suplentes votados acumulativamente.

Tampoco establece la ley el orden en que los directores suplentes deben asumir sus funciones cuando ha habido elección acumulativa. Parece claro, pese al vacío del estatuto, que si existe una vacante del director elegido acumulativamente (más allá de quienes hayan sido los accionistas que hayan determinado el voto del titular o suplente, puede ocurrir, incluso, que quienes eligieron al suplente por esta votación hayan transferido sus acciones) corresponderá que sea el suplente (también elegido por votación acumulativa) quien suceda en el cargo a éste. Ello así, porque la finalidad del voto acumulativo radica en procurar la participación electiva de minorías en el directorio y en evitar la participación totalitaria de la mayoría en el directorio.

Ahora bien, no pudiendo llenarse la vacante por el suplente votado acumulativamente (vgr., se designó sólo uno y ya aceptó el cargo, directamente no aceptó el cargo, etc.) cabe preguntarse si debe cubrirse con los directores suplentes elegidos por el sistema ordinario o debe llamarse nuevamente a asamblea para cubrir esta vacante.

La lógica del sistema y fundamentalmente razones prácticas imponen una solución diferente a la de las clases de acciones. En este último sistema, se garantiza de manera efectiva el nombramiento de uno o varios directores por clase. En el sistema acumulativo esta garantía no existe y depende del caso concreto. Por ello, resultaría un verdadero despropósito forzar una nueva elección general (de todos los directores) al solo efecto de cubrir la vacante de quienes optaron por el sistema acumulativo.

9. DELEGACIÓN EN EL DIRECTORIO LA DISCRIMINACIÓN ENTRE TITULARES Y SUPLENTE

Una cuestión que nunca ha sido planteada, pero que es interesante plantearla a los efectos teóricos, se vincula con la competencia de la asamblea ordinaria y su eventual delegación en el directorio. Cabe preguntarse si es válido que la asamblea designe un número determinado de directores, sin discriminar entre titulares o suplentes, y delegue en el directorio la distribución de los mismos entre titulares y suplentes.

Sin perjuicio de cuestiones puntuales (elección de directores mediante voto acumulativo o por clase de acciones), cabe señalar que no resulta aconsejable que sea el propio directorio quien decida quién debe asumir

como titular y quién, como suplente. Se trata de una competencia de la asamblea que no puede ser delegada en otro órgano (salvo supuestos de urgencia y de manera excepcional) y se trata de una decisión que no es indiferente. La asamblea, al designar los directores, debe discriminar de manera clara y concreta a los titulares y a los suplentes.

10. DESIGNACIÓN DEL REEMPLAZANTE POR LA SINDICATURA

La LSC establece que en caso de vacancia, los síndicos designarán el reemplazante hasta la reunión de la próxima asamblea, si el estatuto no prevé otra forma de nombramiento.

10.a) Equívoca redacción

La alusión a “los síndicos” en plural es fruto de una mala técnica legislativa y podría inducir a error, ya que no es menester que se trate de una sindicatura colegiada (Comisión Fiscalizadora, en los términos del art. 290, LSC). Ello así, no sólo por la finalidad del instituto sino porque la primera parte del art. 258, LSC, alude a sindicatura a secas.

También es equívoca la redacción en lo que se refiere que se designará “el reemplazante hasta la reunión de la próxima asamblea” (*sic*). La designación realizada por el síndico no será sólo hasta la próxima asamblea sino que deberá ser una asamblea que trate como punto del orden del día la designación de directores y —luego de ello— el director elegido “accepte” el cargo. Puede ocurrir que se realice la asamblea pero el director no acepte el cargo, en cuyo caso deberá continuar en sus funciones el director elegido por el síndico. Igualmente, que no se logre el quórum suficiente en primera convocatoria y que el estatuto no haya autorizado convocatorias simultáneas (art. 237, LSC).

Además, esta suplencia (a diferencia de los otros casos) será en forma independiente del plazo de duración del director al cual se reemplaza.

10.b) Vacancia

La norma es también incompleta (o, al menos, imprecisa en sus alcances) ya que no debe tratarse de una vacante definitiva (vgr., renuncia o fallecimiento) sino que también podrá ser una imposibilidad transitoria (vgr., viaje al extranjero de un director, intervención quirúrgica, enfermedad, etc.). En este caso, resulta incoherente que la designación que realiza el síndico quede supeditada a la designación de un reemplazante en la próxima asamblea. La designación, en este caso, deberá tener la duración de la imposibilidad de ejercer el cargo, y una vez cesada la imposibilidad (regreso del viaje, alta médica, etc.) podrá reasumir en sus funciones.

Podría argumentarse que la ley alude a “vacancia” y no a otro término y por eso no incluye suplencias temporarias. Se trata de una imprevisión de la norma y la finalidad es suplir la ausencia de designación asamblearia de

directores suplentes (para vacancias temporarias o definitivas) y permitir el adecuado funcionamiento del directorio durante dicho interregno.

De todas formas, y dada la excepcionalidad del mecanismo (que altera el sistema general de designación por parte de los accionistas), debe entenderse que se trata de una imposibilidad (definitiva o transitoria) de cierta seriedad o trascendencia. La mera ausencia para algún acto o la falta de quórum en alguna reunión no habilita al síndico a establecer el mecanismo (12).

10.c) Normal funcionamiento del directorio

Genera cierta incertidumbre si este mecanismo de designación de un director debe emplearse siempre que exista vacante en el directorio o es menester que la vacante altere el normal funcionamiento del directorio (esto es, que dicha vacancia afecte el quórum o los esquemas de toma de mayorías).

Pensamos que se trata de una norma que no requiere la afectación del funcionamiento del directorio y habilita la designación del director por el síndico siempre que exista una vacante. Exigir afectación de funcionamiento del directorio sería imponer una condición más gravosa que no está previsto en el texto legal y que es contrario al esquema ideado por el legislador. No es menester que dicha situación sea declarado por el directorio ni por otro órgano.

10.d) Imposibilidad del síndico de asumir la administración de la sociedad

En caso de que se altere el funcionamiento del directorio, cabe ratificar que los síndicos no podrían asumir la administración de la sociedad cuando se produjera la acefalía, aunque se tratara de situaciones urgentes (13).

(12) Dice Verón "la facultad de la sindicatura de designar sustituto procede en caso de vacancia, pero subordinada a que el estatuto no disponga otra forma de nombramiento. Tal atribución es excepcional y no autoriza a asumir la representación, ni a ejercer ningún acto de administración (Zaldívar). La facultad excepcional la ejerce el síndico titular, y sólo puede ser adoptada después de la declaración e vacancia por el órgano competente (Suárez Anzorena). El reemplazo se ejercerá hasta la reunión de la próxima asamblea, con abstracción del término por el cual estaba designado el titular sustituido, pues se trata de un remedio de emergencia a la tipicidad societaria y a la diferenciación funcional de los órganos (Zaldívar). VERÓN, ALBERTO VÍCTOR, *Manual de sociedades comerciales*, t. III, Errepar, Buenos Aires, 1998, p. 1541.

(13) ZALDÍVAR, ENRIQUE y otros, *Cuadernos de derecho societario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, vol. II, parte 2ª, p. 551; OTAGUI, JULIO CÉSAR, *Administración societaria*, Ábaco, Buenos Aires, 1979, p. 244.

Igualmente, pensamos que nada empece para que uno de los síndicos renuncie al cargo a los efectos de asumir el cargo de director durante el interinato. Ello así, porque el art. 286, LSC, sólo marca la incompatibilidad a los síndicos (no a los ex síndicos).

11. MECANISMOS DE DESIGNACIÓN DEL SUSTITUTO

La LSC tampoco establece la forma en que el síndico deber realizar la designación. Alude a "designarán" a secas sin especificar el mecanismo. Esta facultad no está incluida en el art. 294, LSC, ni tampoco en las otras establecidas en los arts. 284 y ss., LSC.

Si la sindicatura fuere individual no existen mayores inconvenientes; es el propio síndico quien debe tomar la decisión y comunicarla.

Si se tratare de una Comisión Fiscalizadora la cuestión puede ser distinta, ya que se requiere su actuación como cuerpo colegiado y cumplir con el régimen de mayoría. Pese a que la norma alude a "los síndicos" no se requiere unanimidad sino la mayoría prevista en el estatuto para asuntos generales.

En caso de no existir acuerdo sobre el síndico o de que no se logre el quórum para tratar este tema, pensamos que el "síndico disidente" (art. 290, LSC) no tiene facultades para tomar dicha decisión de manera autónoma. Ello así, porque el síndico disidente tiene sólo los derechos, atribuciones y deberes del art. 294, LSC, y dentro de los once incisos de este artículo no se incluye la designación de un director suplente.

No obstante ello, el síndico disidente cuenta con la facultad de convocar a asamblea (art. 294, inc. 7º, LSC) razón por la cual frustrada la intención de designar a un suplente podrá convocar autónomamente para tratar la designación de un director titular.

12. ALTERNATIVAS PRÁCTICAS

Determinada la facultad del síndico para cubrir la vacante y designar director surgen algunas cuestiones prácticas vinculadas con la forma de efectivización de dicha designación.

El art. 110, resolución 7/05 (de la Inspección de Personas Jurídicas) (14) establece algunas pautas a los fines de lograr la inscripción en el Regis-

(14) Artículo 110.- I. Nombramiento por el consejo de vigilancia. Si el nombramiento es efectuado por el consejo de vigilancia (art. 281, inc. d, ley 19.550), el instrumento requerido por el inc. 1º del art. 108 debe contener la transcripción del acta de la reunión del mismo.

II. Nombramiento por la sindicatura. Si la sindicatura solicita la inscripción de un nombramiento efectuado conforme al segundo párrafo del art. 258 de la ley 19.550, debe presentarse:

tro Público de Comercio, e incluso diferencia según la designación si se realiza por un síndico o por Comisión Fiscalizadora.

En este último caso (sindicatura colegiada) se exige un primer testimonio de escritura pública o instrumento privado original, conteniendo las transcripciones del acta de la reunión de la misma extraída del libro prescrito por el art. 290, LSC, y documentos originales de las comunicaciones del nombramiento cursadas al directorio y al director designado, efectuadas por medio fehaciente y con constancia de recepción, pudiendo optarse por su protocolización si se presenta escritura pública.

En caso de sindicatura unipersonal, se debe acompañar escritura pública conteniendo la declaración del nombramiento efectuado y la protocolización de las comunicaciones indicadas en el inciso anterior.

Como puede verse, la designación requiere de un "acta de reunión de comisión fiscalizadora" o una "declaración unilateral", según el caso. Además, se exige que dicho nombramiento sea comunicado de manera fehaciente que constate la recepción de la misiva (acta notarial, carta documento, etc.) al directorio en funciones y al director designado. Es claro que este requisito podrá cumplirse completamente en caso de que existan otros miembros del directorio.

Si se tratare de un directorio unipersonal o si todos los cargos estuvieren vacantes, el síndico no podrá comunicar a nadie esta designación.

1. En caso de sindicatura colegiada, el instrumento requerido por el inc. 1º del art. 108 conteniendo transcripción del acta de la reunión de la misma extraída del libro prescrito por el art. 290 de la ley 19.550 y documentos originales de las comunicaciones del nombramiento cursadas al directorio y al director designado, efectuadas por medio fehaciente y con constancia de recepción, pudiendo optarse por su protocolización si se presenta escritura pública.

2. En caso de sindicatura unipersonal, escritura pública conteniendo la declaración del nombramiento efectuado y la protocolización de las comunicaciones indicadas en el inciso anterior.

III. Aceptación del nombramiento; domicilios; garantía. En cualquiera de los supuestos de este artículo, la aceptación del nombramiento y los domicilios real y especial del designado, deben acreditarse mediante nota de éste con su firma certificada notarialmente, y el cumplimiento de la constitución de la garantía, mediante el dictamen de precalificación en la forma dispuesta en el segundo párrafo del inc. 3º del artículo anterior.

Publicación. Debe acompañarse la publicación original prescrita por el art. 60 de la ley 19.550.

Dictámenes de precalificación. En los casos de nombramiento por la sindicatura colegiada o el consejo de vigilancia, el dictamen de precalificación debe expedirse sobre la observancia de las formalidades de convocatoria o citación a la reunión respectiva y de las normas de quórum y mayorías, conforme a la reglamentación del funcionamiento del órgano (arts. 280, párrafo segundo, 281, primer párrafo y 290, ley 19.550).

No es menester que dicha designación sea comunicada a los ex directores. Igualmente, y más allá de que no está exigido en la resolución en cuestión y el número de accionistas fuera reducido, en caso de vacancia de directores, sería prudente que la sindicatura se lo comunicara a los accionistas (ello más allá de la publicación edictal que finalmente se realice).

Igualmente, previo a la participación en reuniones de directorio, es menester que el director designado acepte el cargo y cumpla con las formalidades establecidas (domicilio especial, garantía, etc.).

El síndico tiene la obligación de publicar el edicto de designación del director en los términos del art. 60, LSC. No es menester que el edicto sea firmado por el directorio sino que tiene plena legitimación para firmar el edicto. Ello así, porque si puede designar y habilitar los trámites necesarios para concretar la inscripción es lógico que también pueda realizar la publicación.

13. DESIGNACIÓN DE MANERA ANTICIPADA

Cabe preguntarse si el síndico puede entregar por anticipado al directorio la nómina de personas que él designa para cubrir las vacancias que se puedan producir en el directorio.

Sasot Betes y Sasot entiende que no, ya que hasta tanto la vacancia no se produzca, el síndico no tiene ninguna atribución propia para designar reemplazantes (pues su actuación es supletoria para el caso de que el estatuto disponga otra cosa). Pero como este último puede ser modificado en cualquier momento por la asamblea extraordinaria (imponiendo a la asamblea ordinaria la designación de directores reemplazantes), agrega que no puede el síndico dar por supuesto que la falta de previsión estatutaria al respecto a la fecha en que asumió el cargo subsistirá cuando llegue el momento de cubrir efectivamente la vacancia (15).

No compartimos esta opinión, ya que se confunde la facultad de designar los sustitutos con su posible invariabilidad en el tiempo. El síndico puede proponer los posibles directores sustitutos (que sólo entrarán en funciones luego de aceptado el cargo), pero esta designación se encuentra limitada a las particularidades del caso societario y —naturalmente— a lo que decida finalmente la asamblea al respecto. El hecho de que el síndico proponga directores sustitutos no significa que éstos se transformen en suplentes. El síndico deberá —en este caso— cubrir con los demás extremos exigidos por el art. 258, LSC.

(15) SASOT BETES y SASOT, *Sociedades anónimas. El órgano de administración*, cit., p. 168.

14. VACANCIA DEL DIRECTORIO ELEGIDO POR CONSEJO DE VIGILANCIA

En el caso de vacancia de un director elegido por el consejo de vigilancia (art. 281, inc. d, LSC), la solución del art. 258, LSC, no es aplicable porque nada podría decidir la asamblea. Además, siendo el consejo de vigilancia un órgano permanente que debe reunirse por lo menos una vez al mes (arts. 267 y 280, LSC), lo razonable es que proceda derechamente a la designación de director para la cobertura del cargo vacante (16).

15. OTRAS FORMAS DE ELECCIÓN DEL SUSTITUTO

Tampoco es claro el art. 258, LSC, cual puede ser la otra forma de nombramiento alternativa a la designación por el síndico. Una posibilidad prevista legalmente es que sea el consejo de vigilancia quien nombre el sustituto en los términos del art. 281, inc. d, LSC.

Ahora bien, y dada la excepcionalidad de la norma, cabe preguntarse si podría delegarse en los restantes directores la designación del director sustituto. O incluso si el estatuto podría prever que —excepcionalmente— algún accionista o tercero pueda designar el sustituto y activar el mecanismo de inscripción del mismo.

La LSC pareciera dar cierta libertad en este punto, pero el respeto de las competencias orgánicas no podría alterarse en este punto. Es cierto que dada la excepcionalidad no hay ningún principio rígido que pudiera prohibirlo, pero la permisión de la sindicatura está más vinculada al contralor de legalidad que debe ejercer sobre la sociedad.

En este punto se ha dicho que habría que desechar aquellas fórmulas de elección del reemplazante sustituto que contraríen los principios del organicismo societario y la especialidad de cada órgano (17), y por ello serían válidas las cláusulas que atribuyeran la elección de los sustitutos a la asamblea e inválidas las que asignaran la misma al directorio o a terceros (18).

Se ha agregado que no serían válidas aquellas cláusulas estatutarias que atribuyeran la elección de los directores a terceros sustitutos, estén éstos vinculados societariamente a la sociedad en cuestión (vgr., presidente, socio mayoritario, etc.) o no (19), porque ello afectaría contra el

(16) OTAEGUI, JULIO CÉSAR, *Administración societaria*, Ábaco, Buenos Aires, 1979, p. 244.

(17) SUÁREZ ANZORENA, CARLOS, *La vacancia del director y la reintegración del directorio*, 2ª ed., Ed. Cangallo, Buenos Aires, 1970, p. 66.

(18) OTAEGUI, *Administración societaria*, cit., p. 240.

(19) SUÁREZ ANZORENA, *La vacancia del director y la reintegración del directorio* cit., p. 62.

principio de tipicidad societaria que prevalece en esta materia (art. 17, LSC) sobre la libertad contractual (art. 1143, Código Civil) (20). Si bien compartimos lo afirmado, pensamos que no existen óbices para que — mediante un convenio de accionistas— sus partes sometan la elección del director en el seno parasocietario a la voluntad de un tercero o accionista de control (siempre que ello no afecte el interés social). Esto sólo será obligatorio en el seno interno del convenio de accionistas, pero no tendrá ningún efecto frente a la sociedad.

Tampoco se comparte el sistema de cooptación (o cláusulas estatutarias que atribuyen al directorio la función de designar a los directores sustitutos), aun cuando Otaegui —luego de desarrollar la cuestión en el derecho comparado— sugiere una posibilidad: el art. 258, LSC, admite la validez de las cláusulas estatutarias que atribuyan al director la función de cooptación, siempre que la vacancia no haya afectado el quórum del cuerpo (arg. art. 2386, Codice Civile), siendo ésta —también— la solución de la Ley brasilera de Sociedades por Acciones (21).

16. DESIGNACIÓN POR TRIBUNAL U ÓRGANO DE CONTROL

Tampoco cabe que la otra forma de designación sea la designación por el juez o por el órgano de contralor estatal. El juez carece de competencia para decidir sobre aspectos internos de la sociedad (como lo es la regular y norma designación de los integrantes del órgano de administración) particularmente si se trata simplemente de cumplir una previsión de los estatutos (pues la intervención del juez sólo se justifica excepcionalmente cuando los accionistas reclaman su presencia para hacer cumplir las normas estatutarias o legales) (22).

17. ACEPTACIÓN DEL CARGO

Una vez designado el director suplente la reglamentación administrativa no exige que la aceptación del cargo sea realizada en la misma acta sino que es suficiente con que se remita una nota de aceptación del nombramiento, la denuncia del domicilio real (y constitución de un domicilio especial) y el cumplimiento de la garantía. Pese a que no lo dice es conveniente que el director manifieste que no se encuentra inmerso en las prohibiciones del art. 264, LSC.

Si bien exige que la firma esté certificada notarialmente (no es suficiente certificación bancaria o eventualmente judicial), no dice la norma

(20) OTAEGUI, *Administración societaria*, cit., p. 241.

(21) OTAEGUI, *Administración societaria*, cit., p. 242.

(22) SASOT BETES, MIGUEL A. y SASOT, MIGUEL E., *Sociedades anónimas. El órgano de administración*, Ábaco, 1980, p. 166.

a quien debe estar dirigida dicha nota y algunas otras formalidades. El vacío de la norma impone dos posibilidades igualmente válidas: que se dirija a la misma sociedad (o presidente del directorio, según el caso) o que la nota esté dirigida a la entidad administrativa encargada de inscribir la designación del directorio. En ambos casos, debe tenerse por válida la designación.

Igualmente y pese a lo dicho por la reglamentación (“deben acreditarse”), pensamos que dicha mención no excluye que el director presente su aceptación en reunión de directorio y dicha aceptación sea la que cumplimente con dichos recaudos (domicilio real, especial, garantía, etc.).

En materia de directores suplentes se suele generar ciertos inconvenientes en orden a la aceptación del cargo de director suplente y su asunción como director de la sociedad (una vez producida la vacante).

La LSC guarda vacío en este punto y se limita a exigir la designación de suplentes en caso de prescindencia de sindicatura. La reglamentación (art. 109, res. 7/05 de IGJ) impone, implícitamente, que los directores designados deben aceptar el cargo. La resolución no distingue y en la práctica se suele exigir que ambos directores (titulares y suplentes) acepten el cargo.

17.a) Domicilio especial

En un caso que llegó a los tribunales se discurrió sobre ciertas exigencias formales en orden al domicilio. En este caso, una sociedad anónima solicitó la inscripción de la designación de sus directores ante la IGJ y el organismo requirió a la sociedad la información sobre el domicilio real y la constitución de un domicilio especial, respecto de uno de los directores suplentes designados (23).

Ante ello, la sociedad presentó una copia de la nota de la aceptación del cargo por parte del director suplente, denunciándose en esa nota sus datos personales, incluyendo sus domicilios real y constituido o especial. Sin embargo, la Inspección General de Justicia observó esa presentación considerando que no se adecuaba a las normas reglamentarias.

En efecto, el organismo denegó la inscripción, ya que estimó que la constitución del domicilio especial era un acto personalísimo, que debía cumplirse según la reglamentación del art. 256, LSC, es decir, conforme al apart. segundo del segundo parág. del art. 109 del anexo “A” de la res. gen. IGJ 7/05, aludiéndose con esa remisión a la exigencia de la certificación notarial (24).

(23) IGJ, res. particular 1332/10 del 10/11/2011, dictada en el expte. “1.800.388/2.161.354” de “Cartesio SRL”.

(24) Ver, en detalle, YMAZ VIDELA, MARTÍN R., *Actualidad societaria y de otros entes*, La Ley 2/11/2011, p. 10.

La sociedad cuestionó esa decisión entendiendo que el art. 256, LSC, no exigía la certificación notarial en caso de constitución de domicilio especial, por lo que la reglamentación dictada por la Inspección General de Justicia, en este punto, era contraria a la ley, planteando una cuestión constitucional al respecto.

Para el tribunal no se requería abordar la tacha de inconstitucionalidad, ya que una correcta interpretación de la reglamentación dictada por la Inspección General de Justicia conducía a tener por cumplido el requisito de constitución de domicilio especial por parte del director suplente, quien estuvo presente en la asamblea de designación de autoridades aunque sin constituir domicilio en ese mismo acto.

Agregó que ciertamente el art. 256, LSC, no condiciona la efectividad de la constitución de domicilio especial de los directores a una presentación certificada notarialmente como lo exigió el organismo.

Indicó, además, que el art. 109 del anexo "A" de la res. gral. del IGJ 7/05 exige los recaudos para la constitución del domicilio especial, disponiendo como regla que la constitución del domicilio debe constar en el acta de asamblea en la cual se haya hecho el nombramiento o, alternativamente (no conjuntamente), en el acta de la reunión de directorio en la cual se han distribuido cargos y, si no surge de dichas actas, la constitución de domicilio debe ser informada mediante una nota con la firma de cada director certificada notarialmente, pudiendo ser cumplida esta información en la misma nota de aceptación del cargo, en su caso.

Ante ello, según el tribunal, se observa claramente que, en defecto de actas con la constitución de domicilio, no se exige excluyentemente la certificación notarial como lo indica el organismo, ya que la constitución puede expresarse en el marco de la nota de aceptación expresa prevista para la hipótesis de duda acerca de la aceptación del nombramiento.

Aclaró igualmente, que si bien el artículo 109 exige que, en caso de duda sobre la aceptación del cargo, el director lo acepte por nota "con firma del designado certificada notarialmente u otra constancia fehaciente" inmediatamente después, el mismo artículo establece una excepción consistente en que del dictamen precalificadorio "surja que su firmante constató dicha aceptación precisando la documentación de la cual resulte...".

Según la propia reglamentación impuesta por la IGJ, interpretándosela armónicamente y teniendo en cuenta la integridad de sus disposiciones, la certificación notarial de la aceptación puede ser suplida por el dictamen precalificadorio y que el dictamen precalificadorio presentado en el trámite de inscripción de la designación de los directores de la sociedad se desprende que se constató la autenticidad de la nota de aceptación del cargo del director suplente. Nota por la cual, a su vez, el director suplente hizo saber la constitución del domicilio especial.

Por ello, se configuró así el caso de excepción previsto en la norma, esto es, la constitución del domicilio especial por parte del director suplente mediante la nota de aceptación del cargo, que fue válida para la Inspección General de Justicia en cuanto a esto último, por lo que no podría dejar de serlo para la constitución del domicilio y dejaron sin efecto la decisión administrativa (25).

18. NUEVA ACEPTACIÓN

La aceptación del cargo de director suplente no importa, al menos no necesariamente, que esté obligado a aceptar el cargo una vez producida la vacante (para ello se requiere su participación —expresa o implícita— en los actos del directorio). Simplemente implica su conformidad para entrar en funciones en el directorio sin tener que convocar a una asamblea de accionistas a los efectos de designar directores suplentes.

Por ello, la aceptación podrá ser expresa cuando el director señala a continuación de la asamblea ordinaria que lo designó (y pese a no ser un punto del orden del día) que acepta el cargo y —eventualmente— cumple con los demás requisitos de la aceptación. Igualmente podrá asumir también tácitamente, mediante la simple presencia del director en la asamblea o reunión de directorio respectiva (de distribución de cargos).

Igualmente, no sería la única forma de aceptación tácita sino que deberá evaluarse en cada caso concreto cuáles pueden ser equiparadas a dicha decisión (podría darse el caso de que el directorio, pese a no aceptar el cargo, haya comenzado a tomar decisiones en su seno).

Exigiendo en cierto modo cierta seriedad en la interpretación de la aceptación tácita, se ha dicho que no se considerarán suficientes las referencias genéricas, la constancia de firmas sin aclaración ni la manifestación, aun con constancia de recepción, de haberse notificado la designación y que en caso de duda sobre la aceptación del nombramiento, deberá presentarse nota de aceptación expresa con la firma del designado certificada notarialmente u otra constancia fehaciente, salvo que del dictamen de precalificación surja que su firmante constató dicha aceptación, precisando la documentación de la cual resulte.

19. GARANTÍAS

Nada dice la LSC sobre la constitución de la garantía por el director suplente. La inteligencia de la norma parece imponer que sea el titular (y sólo el titular) el que deba prestar la garantía establecida en el estatuto

(25) CNCom., sala A, "Inspección General de Justicia c. Cartesio SRL, s/organismos externos".

social, salvo que este mismo estatuto (o la propia asamblea) consideren conveniente que todos los directores (titulares y suplentes) cumplan con este requisito.

Lo señalado es, incluso, ratificado por el art. 75, res. 7/05 de la IGJ, que señala que las cláusulas estatutarias o contractuales que establezcan la garantía que deberán prestar los directores de sociedades anónimas y gerentes de sociedades de responsabilidad limitada (arts. 256 y 157, LSC), deben adecuarse a las ciertas reglas mínimas y que los obligados a constituir la garantía son los directores o gerentes titulares. Los suplentes sólo estarán obligados a partir del momento en que asuman el cargo en reemplazo de titulares cesantes.

Por ello, el director suplente deberá prestar la garantía sólo al momento de aceptar el cargo (y no en el momento de la designación como suplente).

20. CAPACIDAD DEL DIRECTOR SUPLENTE

Con respecto a la capacidad, y pese a que algunos sólo entienden necesario que se cumplimenten los requisitos recién cuando entre en el cargo efectivo, pensamos que los directores suplentes deben tener capacidad de ser directores titulares "a la época de su designación" (26) como suplentes, ya que si se admitiera "que la asamblea puede nombrar como suplente a quienes no reúnen en tal oportunidad las condiciones necesarias para el ejercicio del cargo, se admitiría a la vez que ésta estaría consagrando un régimen de inutilidad" (27).

Obviamente, que también deberán refrendar tales requisitos al momento de aceptar el cargo para entrar en funciones en el directorio.

21. PUBLICACIÓN DEL EDICTO DE ACEPTACIÓN

Una vez incorporado el suplente al directorio (esto es, una vez que ha aceptado el cargo y comienza a actuar como titular) cabe preguntarse si debe publicarse el edicto en los términos del art. 60, LSC. Dicho de otro modo: si pese a haberse publicado oportunamente la publicación mencionando el nombre del suplente debe publicarse nuevamente haciendo saber su incorporación como titular.

Con la excepción de los suplentes elegidos por el órgano de fiscalización (que no habían sido publicados oportunamente) pensamos que no es necesario (e incluso superfluo) volver a realizar una nueva publi-

(26) ZALDÍVAR, ENRIQUE y otros, *Cuadernos de derecho societario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, vol. II, parte 2ª, p. 490.

(27) SUÁREZ ANZORENA, CARLOS, *Vacancia del directorio y la reintegración del directorio*, Ábaco, Buenos Aires, 1982, p. 42.

cación. Ello así, porque su cambio de condición (de suplente a titular) puede ser conocida de antemano por terceros (quienes tienen acceso a dicha publicación de manera completa).

Ello es incluso ratificado por la doctrina. Verón ha señalado que es cierto que las dificultades prácticas que incuestionablemente implica tal aplicación rigurosa, no pueden fundar una solución —como falta de publicidad e inscripción— que contraríe la letra de la ley; pero tampoco hay que olvidar que la expresión genérica de precepto (“toda designación o cesación de administradores”) tiene que armonizarse con los principios que inspiran la LSC, de agilidad, de practicidad y economía, coherentes con los usos y costumbres comerciales, y en tanto no lesionen intereses sociales ni de terceros. Por ello, agrega que si la designación de suplentes ha sido prevista, y por consiguiente, inscrita y publicada oportunamente, los terceros ya adquirieron el conocimiento de que en esta sociedad se designaron directores suplentes con vocación potencial para ser directores titulares. Luego, el propósito del art. 60, LSC, está cumplido, aunque los suplentes no integren el directorio ni estén comprendidos en sus obligaciones y responsabilidad hasta que no se incorporen como titulares al órgano directorial (28).

22. TRACTO SUCESIVO

A nivel de inscripción de directores, se suele exigir lo que se conoce en la técnica registral como “tracto registral”. Dicho en otras palabras: se requiere la inscripción de todos los directores que hayan sido designados por la asamblea en forma sucesiva. De esta manera, se garantiza —más allá de su inscripción tardía— de cierta lógica en las designaciones de directores. Se muestra una suerte de concatenación en la designación de los directores. La falta de inscripción de los directores anteriores no invalida la nueva designación, sino que la entidad de registro deberá ordenar la inscripción de los cargos o tramos directoriales no inscriptos.

Cabe preguntarse si, omitida la inscripción de algunos directores anteriores, se requiere igualmente la inscripción de los directores suplentes que no llegaron a aceptar el cargo o a participar como directores titulares. Los esquemas registrales suelen ser rígidos en este sentido y exigen la inscripción de todos los directores, titulares o suplentes anteriores.

Pese a la interpretación de ciertas normas registrales (como el art. 111, res. 7/05 de IGJ que nada aclara sobre el tema y alude a directores de manera genérica) pensamos que no es lógico exigir la inscripción de directores suplentes que no llegaron a ocupar el cargo.

(28) VERÓN, ALBERTO VÍCTOR, *Manual de sociedades comerciales*, Errepar, Bs. As., 1.998, t. III, p. 1545.

En la práctica cotidiana suele ser muy engorroso cumplimentar los requisitos registrales (aceptación de cargo, constitución de domicilio, etc.) de un cargo que nunca se llegó a ocupar y que no llegó a tener connotaciones negocials frente a terceros.

23. REPRESENTANTES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS

Nada dice la LSC respecto de la designación de suplentes de representantes de sociedades extranjeras. El art. 118, inc. 3, LSC, exige la designación de un representante (“justificar la decisión que crea la representación y designar la persona a cuyo cargo ella estará” *sic*) y no aclara dicha cuestión. De manera similar, el art. 123, LSC, para la participación en otras sociedades.

En materia de derecho internacional privado se vislumbran dos de los muchos temas posibles: (i) necesidad de que la sociedad extranjera, para inscribirse en la República Argentina, cumpla con las normas de directorio existentes en nuestro país; (ii) la designación de un representante “suplente” de la sociedad extranjera, que se inscriba conforme el procedimiento administrativo local.

23.a) Obligatoriedad de suplentes

Con relación al primer punto, es claro que la norma relativa a la obligatoriedad de designación de directores suplentes no es un dispositivo de orden público internacional. Por ello, el ordenamiento argentino no podría limitar la inscripción de una sociedad que no cumpla con las pautas de la suplencia de directores. Se trata de una cuestión que se rige por la *lex societatis* de la sociedad extranjera.

Dicho en otros términos: la exigencia de suplentes sería obligatoria sólo para directorios que actúen en el extranjero, pero dicha exigencia no resulta aplicable a sociedades extranjeras que quieran actuar en nuestro país.

Se ha dicho, en este punto, que —en general— la estructura de los órganos de una sociedad constituye un aspecto central de su organización, operación y existencia jurídica, quedando en consecuencia regida por la *lex societatis* (29). Tal regla se aplica a la constitución, elección de integrantes, funcionamiento, responsabilidad y atribuciones de los distintos órganos societarios (30). Y agregamos: también al régimen de suplencia de directores.

(29) LOUSSOUARN, YVON y BREDÍN, JEAN DENIS, *Droit du commerce international*, París, Sirey, 1969, p. 426.

(30) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO, *Derecho societario. Parte general. Sociedades extranjeras y multinacionales*, Heliasta, Buenos Aires, 2005, p. 307.

23.b) Representante que actúa en Argentina

No existe acuerdo unánime sobre la naturaleza del representante que actúe en la República Argentina. En este punto, el art. 121, LSC, señala que el representante de sociedad constituida en el extranjero contrae las mismas responsabilidades que para los administradores prevé esta ley y, en los supuestos de sociedades de tipo no reglamentados, las de los directores de sociedades anónimas.

Cabe recordar en este caso un precedente administrativo ("Belait Industrial Ltda." (31)) que asignó al representante legal naturaleza orgánica (aplicando en este caso las reglas relacionadas con la renuncia de directores).

Respecto de los suplentes la cuestión luce simple ya que el art. 121, LSC, nada señala respecto de la estructura de funcionamiento, ni aclara su estricta naturaleza (esto es, contractual u orgánica) y menos sobre la exigencia de prever un representante suplente (que asuma la representación frente a la imposibilidad del titular). Paralelamente, sería un exceso reglamentario obligar a la sociedad a tener un representante suplente aplicar analógicamente las disposiciones del directorio cuando la ley no exige expresamente la designación de un suplente.

24. RETRIBUCIÓN DE HONORARIOS

En otra oportunidad hemos analizado el tema de la retribución del director suplente. En general, la jurisprudencia se había pronunciado sobre la improcedencia de que los directores suplentes pretendan percibir retribución por el hecho de que fueran citados a las reuniones del cuerpo y que en tal carácter concurren a varias de las sesiones (32).

Suárez Anzorena ha puntualizado las siguientes consideraciones (33):

- i. el suplente o sustituto tiene derecho a la remuneración como titular desde el momento que entra en la condición de tal;
- ii. para determinar su retribución debe prorratearse entre él y el titular que ha cesado cuando provenga ella del cargo como tal; si la remuneración se origina en actos determinados y concretos, debe atribuirse a los directores que originaron tales utilidades;

(31) IGJ, "Belait Industrial Ltda.", res. del 23/7/2001, Revista de Sociedades y Concursos, 2001, p. 311, N° 11.

(32) CNCom., sala B, 17/4/1964, JA 1964-III, p. 126. Cfr. VERÓN, ALBERTO VÍCTOR, *Tratado de las sociedades anónimas*, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 421.

(33) SUÁREZ ANZORENA, CARLOS, *Vacancia del directorio y la reintegración del directorio*, Ábaco, Buenos Aires, 1982, p. 114.

- iii. durante la vacancia directorial (si existió) no da derecho a remuneración ni al titular que ha cesado ni al suplente que se incorpora. Si la retribución fuere del sueldo fijo, el suplente tendrá derecho a percibirlo a partir de su incorporación;
- iv. el suplente que ha sido indebidamente postergado en el ingreso al cargo y ha reclamado por ello derecho a la remuneración que le hubiere correspondido de haberlo ejercido tiene acción contra los integrantes del órgano directorial que le hubiera impedido el ingreso y ejercicio.

Desde el punto de vista previsional, a tenor de lo dispuesto por la ley 24.241, el director suplente no estará obligado al pago de los aportes previsionales en los términos del art. 2, inc. b, apart. 1. Será obligatorio cuando efectivamente esté en el cargo de director (34).

25. RÉGIMEN DE INHABILITACIÓN

25.a) Naturaleza de la inhibición

La quiebra conlleva —y siempre fue así— una gama importante de efectos. Las inhabilitaciones falenciales encuentran su origen en la noción penal que rigió los albores del derecho falimentario y en un principio que presumía el fraude de la mera situación de quebrado. Sus efectos fueron muy intensos en sus comienzos (que llegaron a incluir situaciones de despojo de la mayoría de sus derechos); hoy, aun cuando han sido superados ciertos fatalismos, el plexo concursal actual sigue contemplando reminiscencias de un viejo régimen (35).

A pesar de lo discutible del tema, pensamos que la situación de quiebra de una persona (física o jurídica) le irroga una cierta incapacidad jurídica, pues existen actos (ejercer el comercio, ser administrador, gerente, síndico, liquidador o fundador de sociedades, asociaciones, mutuales y fundaciones, ser factor o apoderado, etc.) que no podrá realizar debido a su estado falencial; que estará incapacitado legalmente de desarrollar varios planos de su vida civil, comercial, profesional y política. Además, porque en muchos casos se alude directamente a una incapacidad de este tipo (arts. 1160, 4046, Código Civil; 24, inc. 2º, Código de Comercio).

Ello no importa, por supuesto, negar la *naturaleza jurídica autónoma* que importa este instituto, ya que la inhabilitación tiene características

(34) CFed. Seguridad Social, sala 2ª, 30/12/1997, Errepar, DSyC, agosto/1998, p. 160.

(35) Ver *in extenso*: JUNYENT BAS, FRANCISCO - MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., *Ley de concursos y quiebras comentada*, t. 2, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 577.

peculiares, pautas de interpretación propias y un régimen normativo especial.

25.b) Aplicación de administradores

El art. 235, LCQ, señala que en el caso de quiebra de personas jurídicas, la inhabilitación se extiende a las personas físicas que hubieren integrado sus órganos de administración desde la fecha de cesación de pagos y que a este efecto, no rige el límite temporal previsto en el art. 116.

Y agrega bajo el acápite "*Comienzo de la inhabilitación*" que la inhabilitación de quienes son integrantes del órgano de administración o administradores a la fecha de la quiebra, tiene efecto a partir de esa fecha. La de quienes se hubiesen desempeñado como tales desde la fecha de cesación de pagos pero no lo hicieron a la fecha de la quiebra, comenzará a tener efecto a partir de que quede firme la fecha de cesación de pagos en los términos del art. 117, LCQ.

En este sentido, cabe señalar:

- i. Si fueron *administradores a la fecha de la quiebra*, la inhabilitación será definitiva para la sociedad, pero *temporal* (de un año) para sus administradores, el que será contado *a partir de la fecha de la sentencia de quiebra*.
- ii. Si *no fueron administradores a la fecha de quiebra*, pero revistieron esa calidad luego de que la persona jurídica ingresara en estado de cesación de pagos, la inhabilitación igualmente los alcanza (y también será anual). A los efectos de determinar la fecha de inicio de tal estado crítico, no regirá el límite de los dos años del período de sospecha (art. 116, LCQ). A estos efectos, el juez deberá determinar la fecha en que realmente comenzó la insolvencia, aun cuando hubiese sido con una antelación mayor a dos años.

En este último caso, y atento a que previamente debe determinarse cuándo ingresó la persona en cesación de pagos, el plazo anual de la inhabilitación comienza a tener efectos desde que quede *firme* la fecha de inicio de cesación de pagos (art. 117, LCQ) y no desde la sentencia de quiebra.

No obstante ello, debe recordarse que la resolución (firme) de cesación de pagos hace cosa juzgada respecto del fallido, los acreedores y de los terceros que intervinieron en el trámite, y "es presunción que admite prueba contraria respecto de los terceros que no intervinieron" (art. 115, párr. 1, LCQ) (36). Por ello, si el ex administrador no intervino en el trá-

(36) Ver nuestras reflexiones en JUNYENT BAS, FRANCISCO - MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., *Sistema de ineficacia concursal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 107.

mite de determinación de la fecha de cesación de pagos, dicha fecha sólo es presuntiva, pudiendo el ex administrador revocar a su respecto dicha fecha.

Respecto de la duración de la inhabilitación, el art. 236, LSC, señala que la inhabilitación del fallido y de los integrantes del órgano de administración o administradores de la persona de existencia ideal, cesa de pleno derecho, al año de la fecha de la sentencia de quiebra, o de que fuere fijada la fecha de cesación de pagos conforme lo previsto en el art. 235, segundo párrafo, salvo que se dé alguno de los supuestos de reducción o prórroga a que aluden los párrafos siguientes.

Ese plazo puede ser reducido o dejado sin efecto por el juez, a pedido de parte, y previa vista al síndico si, verosímelmente, el inhabilitado —a criterio del magistrado— no estuviere *prima facie* incurso en delito penal.

La inhabilitación se prorroga o retoma su vigencia si el inhabilitado es sometido a proceso penal, supuesto en el cual dura hasta el dictado de sobreseimiento o absolución. Si mediare condena, dura hasta el cumplimiento de la accesoria de inhabilitación que imponga el juez penal.

25.c) Su aplicación a directores suplentes

Habiendo analizado sumariamente la incidencia que tiene la quiebra de la sociedad en el órgano de administración cabe preguntarse si los efectos de la inhabilitación alcanzan a los directores suplentes. Nótese en este punto que el art. 235, LC, señala que la inhabilitación se extiende a las personas físicas que hubieren integrado sus órganos de administración desde la fecha de cesación de pagos, sin aclarar si deben ser titulares o suplentes o que hayan realizado, de manera efectiva, funciones de administración. El párr. 2º del art. 235, LCQ, alude genéricamente a “desempeño” del cargo (“la de quienes se hubiesen desempeñado como tales desde la fecha de cesación de pagos” dice textualmente), dando una idea de ejercicio concreto de las funciones directoriales.

Pese al brocardico “*ubi lex non distinguet...*”, la cuestión vinculada con la inhabilitación es diferente y resulta razonable entender que los directores suplentes están excluidos de la inhabilitación si nunca ejercieron funciones como directores (de hecho o de derecho). Ello así no sólo por el giro del art. 235, párr. 2º, LCQ, que alude a “desempeño como director” (lo que sólo puede entenderse cuando realiza actividad concreta como director) sino porque sería un despropósito inhabilitar a quien nunca ejerció funciones de administración.

Más allá de que el fundamento de la inhabilitación es en la actualidad un tanto confuso (y podría calificarse como una reminiscencia de un viejo régimen penal concursal), lo cierto es que no sería lógico inhabilitar para ejercitar el comercio y otras actividades a quien nunca realizó

labores de conducción de la sociedad. La mera designación formal en el directorio sin ejercicio de funciones por alguna de las causales que activan la participación del suplente (renuncia, muerte, imposibilidad temporaria, etc. del director titular) no es suficiente para que el director resulte inhabilitado.

Sería casi como sancionar (más allá de nuestras dudas en torno a la real naturaleza jurídica de la inhabilitación) a quien no realizó ninguna conducta ni tuvo facultad alguna de controlar o activar los mecanismos internos de fiscalización.

Distinta es la cuestión cuando el director suplente realizó algunas actividades temporarias en reemplazo de alguna vacante temporaria. En este caso, hay que evaluar el momento en el que el director suplente participó de las reuniones de directorio. Si el director suplente realizó funciones una vez que la sociedad había iniciado su estado de cesación de pagos (aun cuando la declaración de quiebra sea posterior) el director suplente deberá ser inhabilitado y realizar las inscripciones respectivas. Ahora bien, si su participación devino con anterioridad a la fecha inicial de cesación de pagos el director suplente no deberá ser inhabilitado (aun cuando haya sido designado junto con el directorio de la sociedad que finalmente haya sido inhabilitado en los términos de la LCQ).

25.d) Su aplicación a síndicos

Las mismas argumentaciones cabe aplicar para el síndico suplente (el que no podrá ser inhabilitado si nunca asumió de manera efectiva las funciones previstas en el ordenamiento societario).

26. SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Cabe preguntarse si en la sociedad de responsabilidad limitada debe designarse un gerente suplente. Pensamos que no es necesario designar un gerente suplente para el caso de vacancia del gerente titular. Ello incluso cuando la sociedad prescinda de sindicatura.

El art. 157, párr. 1º, LSC, señala que la administración y representación de la sociedad corresponde a uno o más gerentes, socios o no, designados por tiempo determinado o indeterminado en el contrato constitutivo o posteriormente.

No corresponde, en este caso, aplicar por analogía (art. 16, Código Civil) las disposiciones de la sociedad anónima porque la aplicación establecida por el art. 157, párr. 4º, LSC, sólo se refiere a disposiciones relativas a la responsabilidad de los directores cuando la gerencia colegiada.

Pese a lo dicho, pensamos que no existen óbices en que el contrato social prevea un gerente suplente de manera similar a lo establecido para

el régimen de la sociedad anónima y que el régimen de aplicación puede tener aplicación en el caso concreto según las circunstancias del caso.

Incluso, pese al vacío de la LSC, pensamos que de haber sindicatura y en caso de acefalía de la sociedad de responsabilidad limitada, el síndico podrá designar al reemplazante del gerente hasta la próxima reunión de socios (art. 258, párr. 2º, LSC). La analogía en este caso se justifica en orden a resolver un problema de anarquía societaria no deseable para el interés social.

27. OTRAS SOCIEDADES

Una solución similar se aplica para la sociedad colectiva (art. 125, LSC), la que no obstante tratar el tema de la renuncia en el art. 130, LSC, nada dice respecto de la suplencia. Incluso en este punto, el art. 127, LSC, habilita a cualquier socio a administrarlo de manera indistinta.

Igualmente en la sociedad en comandita simple (arts. 134 y ss., LSC) con la única salvedad de que la administración y representación de la sociedad es ejercida por los socios comanditados o terceros que se designen (art. 136, LSC), aplicándose para lo demás las reglas de la sociedad colectiva.

El mismo régimen también lo comparte la sociedad de capital e industria. En su art. 143, LSC, señala que la representación y administración de la sociedad podrá ejercerse por cualquiera de los socios, conforme a lo dispuesto en la sección I del presente capítulo (esto es, arts. 125 a 133, LSC, que regulan la sociedad colectiva).

28. SUPUESTOS DE VACANCIA

La ley no aclara los supuestos de vacancia. El art. 258, párr. 1º, LSC, sólo alude a la elección de suplentes "para subsanar la falta de directores por cualquier causa". Paralelamente, el art. 259, LSC, reglamenta parcialmente la renuncia de los directores, señalando que el directorio deberá aceptar la renuncia del director, en la primera reunión que celebre después de presentada, siempre que no afectare su funcionamiento regular y no fuere dolosa o intempestiva, lo que deberá constar en el acta pertinente. De lo contrario, el renunciante debe continuar en funciones hasta tanto la próxima asamblea se pronuncie.

El art. 291, LSC, referido a la sindicatura, también alude al tema, señalando que "en caso de vacancia, temporal o definitiva, o de sobrevenir una causal de inhabilitación para el cargo, el síndico será reemplazado por un suplente que corresponda" (*sic*).

El concepto de vacancia se refiere a la carencia de una o más personas que puedan ejercitar el cargo, por cualquier causa que fuera (renuncia, remoción, etc.). Con la cesación del cargo se extingue la relación jurídica

existente entre el director y la sociedad (37), generándose una vacante a cubrir (38).

Se incluyen también en el concepto de vacancia ciertos "impedimentos temporarios" que no importan la cesación del cargo, pero imponen el ejercicio efectivo de funciones por el suplente hasta la cesación del impedimento temporario.

Se ha dicho en este sentido que la cesión en sus funciones de un director produce la vacancia del cargo y, en tal supuesto, deberá ser reemplazado, sea por un suplente si ha existido previsión estatutaria, y ello sin perjuicio de que en determinados supuestos el suplente reemplace al director titular sin mediar vacancia (vgr., una licencia, sea por un sustituto, en caso de no haber suplente) (39).

No se incluye en la noción de vacancia al vencimiento del plazo, ya que según el art. 257, LSC, el director debe permanecer en su cargo hasta ser reemplazado.

Se produce la cesación del cargo de director por las siguientes causas (40):

- i. muerte;
- ii. incapacidad de hecho o de derecho;
- iii. inhabilidad (art. 234, LCQ);
- iv. incompatibilidad;
- v. pérdida de los requisitos exigidos por la ley o el estatuto para ejercer el cargo (art. 264, LSC);
- vi. revocación *ad nutum* (art. 256, LSC);
- vii. remoción (arts. 265 y 257, LSC);
- viii. renuncia (art. 102, LSC);
- ix. intervención judicial (arts. 113 y 346, LSC);

Cabe también agregar:

- x. cualquier causal prevista por el estatuto o reglamento.

(37) SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, *Los administradores en las sociedades de capital*, Thompson Civitas, Navarra, 2005, p. 157.

(38) ROITMAN, HORACIO, *Ley de sociedades comerciales comentada y anotada*, t. IV, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 360.

(39) OTAEGUI, JULIO CÉSAR, *Administración societaria*, Ábaco, Buenos Aires, 1979, p. 239.

(40) ROITMAN, *Ley de sociedades comerciales comentada y anotada*, cit., t. IV, p. 361.

29. COMUNICACIÓN DE LA CESACIÓN EN EL CARGO

En general, la noticia sobre la cesación del cargo debe comunicarse o tratarse en el mismo directorio, quien deberá constatar la circunstancia fáctica y en función de ello declarar la cesación en el cargo. Es necesaria la declaración del directorio porque a partir de ese momento se habilita la posibilidad de que el suplente acepte el cargo.

Puede tratarse de una cuestión no dubitable como el fallecimiento de un director (en cuyo caso será suficiente con el certificado o constancia de defunción acompañado al directorio) y no requiere mayores probanzas (no es necesaria su constatación judicial o administrativas). Incluso en un escenario conflictivo, esta cuestión no requeriría de declaración del directorio sino que podría habilitarse la directa aceptación del director (en aras de regularizar el funcionamiento del órgano de administración).

30. INCAPACIDAD

Algo similar ocurre con la incapacidad de hecho de algún directorio (vgr., demencia, estado vegetativo, etc.). Pero, a diferencia del fallecimiento, este supuesto podría devenir reversible (superación de la enfermedad psiquiátrica, retorno a las actividades normales, etc.), planteándose el interrogante de que ocurriría si el director procura asumir nuevamente sus funciones.

Atento a que la LSC admite vacaciones transitorias estimamos que no es necesaria la declaración judicial de incapacidad sino que es suficiente con que dicha circunstancia sea constatada médicamente o aceptada expresamente por el director o su curador. La mera imposibilidad de participar en el directorio podría importar, al menos, la vacancia transitoria y la aceptación del cargo del suplente.

En caso de existir un conflicto sobre la existencia o no de un supuesto de incapacidad el directorio tendrá facultad para resolver la cuestión y no deberá requerirse una declaración judicial. Igualmente, tratándose de una cuestión tan delicada como la mencionada, siempre es conveniente llevar la situación a la asamblea de accionistas a los fines de que (independientemente de la existencia o no de incapacidad) decida libremente sobre la continuidad del director cuestionado en la sociedad.

Sin perjuicio de ello, dicha decisión directorial podrá ser impugnada por el propio director declarado cesante a los fines de que el tribunal declare su nulidad. Si se trata de una situación patológica (o fraudulenta) a los fines de evitar la participación del director en cuestión, la decisión anulada podría ser, a su vez, motivo suficiente para su remoción judicial

y reclamo de los daños causados no sólo al director cesante sino también al patrimonio social (según el caso).

31. TRANSITORIEDAD DE LA CESACIÓN POR INHABILITACIÓN

Ya se ha analizado la cuestión de la inhabilitación de los directores por la quiebra de la sociedad. Hemos visto que la inhabilitación de los integrantes del órgano de administración cesa de pleno derecho al año de la fecha de sentencia de quiebra (art. 236, LCQ) y que este plazo puede, incluso, ser reducido.

Atento a ello, podría decirse con cierta razonabilidad que la inhabilitación del director (por integrar el órgano de administración de otra sociedad en quiebra) no es una causa de cesación definitiva del cargo sino temporaria, ya que el año de inhabilitación es menor a los tres ejercicios que se impone como plazo usual para el directorio. Por ello, luego de rehabilitado el director, no existirían óbices para que vuelva a asumir sus funciones en el directorio (salvo que la asamblea expresamente resuelva su revocación).

Paralelamente es claro que el directorio no tiene facultad de resolver sobre la remoción o la revocación *ad nutum* de algún miembro del directorio. Esta es una cuestión que sólo queda reservada a la asamblea ordinaria y sobre la que el directorio sólo tiene competencia en orden a su sometimiento a la asamblea.

La declaración del directorio en este sentido es intrascendente y a lo sumo podrá valer como informe de los hechos realizados por el director a remover.

Incluso se ha distinguido entre suplente y sustituto, aunque una licencia no produce vacancia del cargo siempre que haya un suplente (41). En este sentido, Otaegui señala que dentro de la redacción del art. 258, párr. 1, LSC, regula el reemplazo del director en el supuesto de falta por cualquier causa por el suplente, y en su párr. 2º, reservado expresamente para el caso de vacancia, norma el reemplazo del director por el sustituto. En otros términos: la falta del director, por cualquier causa, no provoca la vacancia del cargo si existe "suplente" para reemplazarlo; el cargo queda vacante si en caso de falta no hay reemplazante suplente y, entonces, si la falta coincide con una cesación de funciones procede la designación de un reemplazante "sustituto" (42).

(41) Otaegui, *Administración societaria*, cit., p. 239. En contra: SUÁREZ ANZORENA, CARLOS, *La vacancia del director y la reintegración del directorio*, 2ª ed., Ed. Cangallo, Buenos Aires, 1970, p. 83.

(42) Otaegui, *Administración societaria*, cit., p. 240.

32. LICENCIA

Se ha señalado que una licencia no puede acordarse si se afecta el quórum del directorio por un período que impida su reunión mensual (arts. 260, 266 y 267, LSC) (43). Entendemos válida la opinión, salvo en aquellos supuestos en que se haya designado un director suplente, en cuyo caso podrá intervenir el director suplente a los efectos de cubrir cualquier afectación del quórum.

Obviamente, que durante dicha licencia el director alejado temporariamente del cargo no tendrá responsabilidad alguna y el director suplente será solidariamente responsable.

33. IMPOSIBILIDAD PERMANENTE

La jurisprudencia administrativa ha señalado que en “un directorio integrado por tres miembros titulares que requiere de un quórum mínimo de dos integrantes para sesionar válidamente, no supe la falta de estos dos miembros de la presencia del director suplente en el acto, salvo en los casos de licencias, fallecimiento, enfermedad, sentencia judicial u otra que justifique la inasistencia de un director titular” (44).

Existe un criterio que establece como pauta para la designación del suplente una suerte de imposibilidad permanente de que actúen por fin, los directores suplentes (45). Para estas posiciones rígidas, una simple ausencia no podría facultar al suplente a incorporarse. De manera muy crítica, Allende ha señalado que son tan remotas las ocasiones que puedan reunir todos los requisitos que tales posiciones pregonan, que las tornan de virtualidad imposible. O, lo que es peor ¡agregan condiciones que la ley no previó para la aplicación del instituto! La ley no habla de vacancia fundada; tampoco utiliza la palabra “vacancia”. La ley alude a la “falta” de necesidad de subsanar dicha falta, lo cual es revelador de la intención legislativa de evitar la paralización del órgano. La ley no estableció ningún requisito formal para que se produzca la tomar de posesión del cargo de titular por parte del suplente. ¿Por qué, entonces, exigir

(43) OTABGUI, *Administración societaria*, cit., p. 240.

(44) Res. IGJ 1122/2007, 18/12/2007, “Calimboy SA”.

(45) “He aquí el error en que incurre la sentencia, confunde vacancia que es a lo que la ley refiere el art. 258 de la LSC, con inasistencia. La directora titular... o los directores titulares ausentes simplemente no asistieron, pero no dejaron por ello vacante su cargo. La vacancia para adquirir relevancia jurídica, debe ser declarada y fundada... pero ello no autoriza a que la simple inasistencia permita al suplente ocupar el cargo del director titular... La sentencia exhibe una notoria equivocación al afirmar que el artículo noveno del estatuto autoriza a la asunción del suplente en la forma efectuada, pues ninguna previsión contiene para el caso de ausencia ni de vacancia, más allá de la autorización a designar suplentes” (CCiv. y Com. Quilmes, sala II, 26/8/2008, “Guzzetti, Miguel A. c. Guzzetti Hnos. SA”).

ritualismos donde la ley no los exige? ¿Por qué esa tendencia a solemnizar algo que debe transitar por otro camino, el de la solución práctica y amigable para el interés social? (46).

Por otro lado, se ha señalado que la “inasistencia de un director titular a la reunión de directorio convocada no permite cubrir su cargo por un director suplente hasta que sea declarada la vacancia de dicho cargo” y que “cuando la ley consigna en el art. 258, LSC, por cualquier causa, no significa de cualquier forma, claramente señala la necesidad de una resolución de incorporación por el órgano competente actuando legalmente, la que obviamente debe tomarse luego de un abandono del cargo, constatado, previa intimación” (47).

Muchas veces, en estos casos, en vez de involucrar a un director suplente, a veces se prefiere optar por autorizar a otro a votar por el ausente, pero es claro que es una alternativa que no es necesaria a estos efectos.

34. INCORPORACIÓN AL DIRECTORIO

Un fallo ha señalado (48) que el director suplente sólo tiene vocación potencial de ocupar el cargo titular y que la legitimación de la suplencia no se produce automáticamente sino que es el propio directorio el que debe admitir, expresa o tácitamente, la incorporación del hasta entonces suplente al seno del órgano de administración. Este acto habrá de implicar el reconocimiento de que se ha producido la vacante y que ella será cubierta por el director suplente de que se trate.

Agrega, además, que es cierto que en el caso de que la vacante se hubiere producido en un directorio unipersonal alguna doctrina (Suárez Anzorena) postula que el suplente se incorpore al órgano social al solo fin de convocar de inmediato a la asamblea ante la cual dará cuenta de lo actuado; pero para validar esa actuación se requiere que el mandato del director se encuentre vigente, lo que en el caso no ocurrió porque ambos mandatos se encontraban vencidos hacía más de cuatro años.

Cabe señalar en este punto que nuevamente se vislumbran los problemas que la misma LSC genera por errores fundamentales de concepción constitutiva. El esquema de funcionamiento orgánico está pensado

(46) ALLENDE, Lisandro A., *Funcionamiento del directorio. Cuestiones insuficientemente reguladas*, Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 59.

(47) Busetto, Adalberto, *Conflictos en la integración del director suplente al director en la sociedad anónima*, ponencia presentada en el XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mar del Plata, 2010, t. II, p. 647.

(48) CNCom., sala D, 5/8/2010, “Inspección General de Justicia c. Lagos del Sur Argentino SA s/ organismos externos”.

para grandes sociedades con órganos de muchas personas y en las que —generalmente— no coincidan los accionistas con los directores; pero en la gran mayoría de los supuestos, la ley debe resolver inconvenientes de sociedades con pocas personas (y que a veces coincide en el órgano de administración).

El punto más delicado es determinar cuándo se ha generado una vacante en los términos de la LSC y en qué momento (y quién debe decidir) el ingreso del director suplente.

34.a) Posiciones sobre el tema

Rodríguez Acquaron y Nissen informan muy detalladamente sobre las dos posiciones que, sobre la cuestión y en forma antagónica, se esgrime por la doctrina y la jurisprudencia, tanto administrativa como judicial (49):

Una primera posición, sostenida por parte de la doctrina nacional (50) y por una resolución particular de la IGJ en el caso “Cacoon Sociedad Anónima” (51), predica que la asunción al directorio de la sociedad por parte del director suplente es automática y que no debe cumplirse ningún procedimiento ni trámite previo para autorizar la actuación de aquél, quien podrá reemplazar al director titular en el ejercicio de sus funciones, en cualquier oportunidad en la cual éste no pueda desempeñar su cargo, cualquiera fuera la causa que le impida hacerlo.

La segunda posición es sostenida por la justicia en el caso “Guzzetti, Miguel Ángel c. Guzzetti Hermanos Sociedad Anónima” (52), así como por la Inspección General de Justicia, que, modificado su original opinión, expuesta en la resolución antes aludida, sostiene la necesidad de realizar un acto formal de asunción del cargo de miembro titular por parte del director suplente. Tal es el criterio expuesto por la autoridad de control societario en el expediente “Inspección General de Justicia c.

(49) RODRÍGUEZ ACQUARONE, PILAR y NISSEN, RICARDO A., *La asunción al directorio por parte del director suplente*, ED del 24/10/2011.

(50) ZAVALETA, MARCELA, *La automaticidad de la suplencia en el directorio en la ley de de sociedades comerciales* y GALIMBERTI, María Blanca, *El suplente en el directorio, el funcionamiento del órgano de administración*, ponencias presentadas en las Primeras Jornadas Argentino-Uruguayas sobre Sociedades Comerciales y Fideicomiso celebradas en la ciudad de Colonia, República Oriental del Uruguay, los días 3 y 4 de octubre de 2011. Todas estas ponencias se encuentran reproducidas en el libro *La negociación accionaria, el fideicomiso y la representación de las sociedades*, Legis.

(51) Res. 345/2005 del 28/3/2005.

(52) CCiv. y Com. Quilmes, sala 2ª, 26/8/2008, “Guzzetti, Miguel Ángel c. Guzzetti Hermanos Sociedad Anónima”.

Colegio Río de la Plata SA s/organismos externos" (53), que fuera confirmada por la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, mediante fallo del 16/6/2011; en el expediente "Inspección General de Justicia c. Calimboy SA s/organismos externos", que fuera confirmada por el mismo tribunal de alzada el día 16/6/2011, y en el expediente "Inspección General de Justicia c. Lagos del Sur Argentino s/organismos externos", que objeto del presente comentario y que fuera revocada por el mismo tribunal de apelaciones, debiendo no obstante destacarse que el criterio de la Inspección General de Justicia, que declaró la irregularidad e ineficacia a los efectos administrativos de la reunión de directorio de la sociedad "Lagos del Sur Argentino Sociedad Anónima" y de la asamblea de accionistas que fuera convocada en dicha reunión de directorio, ante la automática asunción de cargo por parte del director suplente, mereció la adhesión de la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que revocó la aludida resolución del Organismos de Control, por otras razones, sobre la cual también nos explayaremos.

La Inspección General de Justicia, en el caso "Colegio Ríos de la Plata Sociedad Anónima", mediante resolución particular 646/2009 del 7/8/2009, declaró la irregularidad e ineficiencia a los efectos administrativos de una reunión de directorio y su consecuencia, la celebración de una asamblea ordinaria de accionistas convalidada en aquella reunión, estimando que no fue correcto remitir una carta documento al director suplente, al solo efecto de formar quórum, sosteniendo que hasta que el director suplente no asuma como titular no puede reemplazar a otro director titular en forma automática con caso de impedimento o vacancia temporal. La autoridad de control societario llegó a tal conclusión, con base en el argumento de que si bien es cierto que la LSC prevé que el estatuto puede establecer la elección de directores suplentes para subsanar la falta de directores titulares por cualquier causa, la misma no dice que el director suplente asume de otra forma automática y menos cuando hay otra persona designada para el mismo cargo.

Dicha resolución administrativa fue confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, mediante resolución del 16/6/2011, pero el rechazo del recurso de apelación interpuesto por la sociedad no se basó en los mismos argumentos que la Inspección General de Justicia, sino que puso el énfasis en una cuestión fáctica, esto es, que el director titular no había sido convocado fehacientemente a la cuestionada reunión de directorio, habida cuenta de que la carta documento continente de esa citación no había sido remitida al domicilio especial requerido a todo director por el art. 256, LSC. Sobre la base de este argumento fáctico, el Tribunal de Alzada concluyó que en el caso no había mediado renuncia del director ni éste había sido removido del

(53) Res. 646/2009 del 7/8/2009.

cargo, de modo que la asunción del director suplente al directorio de la compañía carecía de todo fundamento.

Con anterioridad a ello, existió otro precedente jurisprudencial dictado en el mismo sentido. Nos referimos a la doctrina del caso “Inspección General de Justicia c. Calimboy Sociedad Anónima”, en donde la autoridad de control rechazó la inscripción de la decisión social adoptada en la asamblea de accionistas que fuera convocada en una reunión de directorio, en la cual el presidente del directorio expulsó del recinto donde se iba a celebrar esa reunión a dos de los directores titulares de la sociedad, invitando, de seguido, a uno de los directores suplentes, más proclive con su manera de pensar, a los efectos de desempeñar directamente la titularidad y dar el correspondiente quórum a tan original reunión del órgano de administración de la sociedad. Como no podría ser de otra manera y ante tal situación fáctica, la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el fallo del 25/4/2011, confirmó esa resolución administrativa.

En este mismo sentido, la sala 2ª de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Quilmes, mediante fallo del 26/8/2008, dictado en los autos “Guzzetti, Miguel Ángel c. Guzzetti Hermanos Sociedad Anónima” resolvió en sentido contrario a la “automaticidad” de la asunción por el director suplente a la titularidad en ese cargo, con el argumento de que esa incorporación al órgano de administración está supeditada a la efectiva vacancia en los cargos de directorio, “único supuesto que hubiera habilitado al suplente para cubrirlo”. Sostuvo el referido Tribunal de Alzada que “la asistencia del director suplente a la reunión de directorio, justamente por su calidad de suplente, no podía conformar el quórum legalmente requerido, dado que ninguno de los titulares había renunciado ni había sido removido, y es sabido que el director titular permanece en el cargo hasta ser reemplazado (arts. 257 y 258, LSC).

En lo que respecta al caso que nos ocupa, esto es, lo acontecido en los autos “Inspección General de Justicia c. Lagos del Sur Argentino s/organismos externos”, resuelto por la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial mediante fallo 1/7/2011, la Inspección General de Justicia, mediante resolución particular 581, del 24/6/2010, había declarado irregulares e ineficaces, a los efectos administrativos, ciertas asambleas de accionistas y reuniones de directorio que había convocado a dichos actos asamblearios, basados en el argumento de que el director suplente sólo tiene una vocación potencial a ocupar el cargo de titular, y que la legitimación de la suplencia no se produce automáticamente, sino que es el propio directorio el que debe admitir, en forma expresa o tácita, la incorporación del hasta entonces director suplente al seno del órgano de administración, afirmando que ese acto habrá de implicar el recono-

cimiento de que se ha producido una vacante y que ella será cubierta por el director suplente de que se trate.

Si bien este criterio fue compartido por el referido Tribunal de Apelaciones, la resolución dictada por el Organismo de Control en el caso que nos ocupa fue revocada con el argumento de que si a la asamblea de accionistas, convocada en la reunión de directorio en la cual el quórum requerido legalmente fue obtenido por la ilegítima incorporación automática del director suplente, compareció a *ese acto* asambleario el ciento por ciento de los accionistas, en el cual todos votaron por unanimidad la totalidad de los puntos del orden del día, concluyendo el Tribunal de Alzada que esa circunstancia es susceptible de purgar cualquier vicio de convocatoria.

En sentido contrario, la Inspección General de Justicia, en una resolución dictada el 28/3/2005, en el expediente "Cacoon Sociedad Anónima" resolvió que carece de sentido final útil pretender la celebración de una reunión de directorio para resolver en ella la formal asunción del cargo por parte del director suplente, a sabiendas de que dicho acto fracasará por falta de quórum. Advertirá el lector que este caso exhibió una particularidad especial, pues uno de los miembros del directorio, integrado por solo dos directores, había negado haber integrado jamás dicho órgano. Se aclara que dicha resolución administrativa no fue apelada y quedó firme.

Analizados los antecedentes de la cuestión, es de toda obviedad concluir que en los precedentes antes detallados, en donde no se admitió la asunción automática a la titularidad por el director suplente, tanto la Inspección General de Justicia como el Tribunal de Alzada resolvieron correctamente la cuestión llevada a juzgamiento, siendo razonable concluir que, como una decisión asamblearia debe ser adoptada luego de un complejo pero detallado proceso de convocatoria y celebración, si la primera etapa en la adopción de un acuerdo asambleario, esto es, la reunión de directorio que decide la convocatoria de la misma padece de graves irregularidades que la invalidan, esta contingencia afectará final y fatalmente a la validez de los acuerdos asamblearios.

Con toda razón, tanto la jurisprudencia de nuestros tribunales mercantiles como la jurisprudencia administrativa emanada de la Inspección General de Justicia, tienen resuelto en forma reiterada y pacífica que "todas las etapas de actos asamblearios son formativas de la voluntad social y deben ser necesariamente cumplidas en protección de quienes contribuyen a la adopción de los acuerdos asamblearios, y ello es necesariamente así, pues los requisitos de publicidad, así como lo que prescriben la necesidad de un determinado quórum o calificadas mayorías, tendiente a garantizar el acto mismo. Por lo tanto, cuando ha existido violación de la ley, el estatuto o el reglamento, aun en la hipótesis de que la resolución fuera inobjetable, sufrirá los efectos de la anomalía que la precedió, porque el acto asambleario se integra con diferentes eta-

pas que constituyen y configuran una unanimidad funcional con fases interdependientes” (54).

35. VACANCIA DEL DIRECTORIO POR ABANDONO

En la mayoría de los estatutos no se suele pactar los supuestos de vacancia (temporal o definitiva) y por ello, como en el caso, la cuestión queda librada al arbitrio de quienes deban decidir dicha cuestión. Existen ciertos casos que no requieren mayores deliberaciones (fallecimiento, renuncia, enfermedad incapacitante, encontrarse preso —vacancia que será temporal o definitiva según el plazo de condena o el tipo de delito—, etc.), pero en otros la cuestión es mucho más difícil (enfermedades breves, viajes de unos pocos días, indisponibilidades transitorias, etc.).

La idea que prima en estos supuestos es siempre el interés social y la necesidad de que el órgano de administración pueda llevar a cabo sus competencias con normalidad. En general, siempre que exista una imposibilidad más o menos seria (viaje al exterior, enfermedad, etc.) se debe arbitrar un mecanismo para que la sociedad pueda continuar con su giro comercial. Sería contrario al orden societario que dicho giro quede sin un órgano que tenga, al menos, vocación de funcionamiento. Las líneas gerenciales, más allá de su responsabilidad, no pueden entrometerse en cuestiones que son de competencia del directorio, salvo delegación expresa para algún tema puntual.

35.a) Noción de abandono

El abandono en el cargo también es una causal para la incorporación del suplente, pero requiere de cierta comprobación que permita tener certeza en ello. De otro modo, cualquier persona con la simple alusión a abandono del cargo por no haber llevado a cabo reuniones de directorio por cierto tiempo (que —paradójicamente— es lo que usualmente ocurre en la práctica de pequeñas sociedades cerradas y en las que las actas de directorio o asamblea se suelen confeccionar todas juntas y previo a su presentación en el Organismo de Contralor).

(54) CNCom., sala B, 19/5/1995, “Noel, Carlos Martín Marcelo c. Noel y Cía. SA s/sumario”; CNCom., sala A, 7/7/1978, “Facio de Crotto, Alcira SCA y otros”, ED, 81-474; CNCom., sala A, 26/2/1980, “Tallería, Luis A. c. Martínez Valderramay Cía. SA s/sumario”; CNCom., sala B, 16/2/1999, “Férez, Alberto Miguel c. Penedo, Marcelo y otro s/sumario”; CNCom., sala C, 9/3/2010, “Gianakis, Ricardo Miguel c. D’Mode SA y otros s/ordinario”; res. IGJ 1452/03 del 11/11/2003 en el expediente “Comital Convert Sociedad Anónima”; res. IGJ 340/01 del 7/5/2001 en el expediente “Papelmatic de Argentina SA”; res. IGJ 258/04 del 8/3/2004 en el expediente “Ingerpro Sociedad Anónima”; res. IGJ 1554/04 del 6/12/2004 en el expediente “Ce. Ge. O. Sociedad Anónima”; CCiv. y Com. Neuquén, 17/4/2008, “Marecos, Víctor Luciano c. Key Energy Services SA s/acción de nulidad”; etc.

Paralelamente, el término “abandono del cargo” es ambiguo y la LSC no cuenta con elementos normativos que permitan delinear las bases conceptuales. Por ello, el abandono no sólo requiere un aspecto objetivo (no participación en reuniones de directorio por cierto tiempo o de cierta relevancia, pese a su citación en forma correcta) sino también un matiz subjetivo (la intención de no volver a participar de tales reuniones).

Se trata de una situación no tipificada legalmente, pero fundamentalmente no permitida por la ley. La LSC no permite a los directores abandonar su cargo sino que les exige lisa y llanamente renunciar a su cargo (renuncia que naturalmente está condicionada a no afectar el normal funcionamiento del órgano, salvo algunas excepciones).

Quien abandona el cargo de director no sólo queda inmerso en una hipótesis de remoción (pudiendo, incluso, solicitarse una medida interventiva —art. 113, LSC— si dicho abandono produce serios efectos para la sociedad) sino que queda inmerso un obvio supuesto de responsabilidad. Es imposible sostener que quien abandona su cargo de director sin cumplir con los mecanismos y procedimientos previstos por la LSC es un buen hombre de negocios (arts. 59 y 274, LSC) y mucho menos que dicho actuar (dejar de conducir y administrar la sociedad) pueda no generar daño a la sociedad. Entiéndase bien: no se trata de haber administrado incorrectamente la sociedad sino directamente de no administrarla y dejarla librada a la suerte.

35.b) ¿Quién determina la vacancia por abandono?

Quien debe juzgar, con razonabilidad y prudencia, pero fundamentalmente priorizando el interés social, la existencia de la vacancia es el mismo órgano de administración. Por ello, luego de deliberar acerca de la causal de vacancia (en el caso, abandono) decide aceptar o no dicha circunstancia. Dicha aceptación podrá ser expresa (mediante un acta de directorio en el que trate el tema puntualmente) o implícita (permitiendo directamente su participación en la asamblea).

Pero esta facultad de evaluar si existe o no abandono (o eventualmente otra circunstancia puntual de vacancia) no es ilimitada sino que debe hacerse valorando especialmente el especial contexto. La no aceptación de un director suplente en el directorio puede ser una gravísima falta en su desempeño como directorio y puede, incluso, traer aparejada la remoción judicial de quienes arbitraria o abusivamente no aceptaron al suplente.

Incluso la no aceptación del suplente cuando existe un supuesto que amerita su incorporación habilita expresamente la impugnación judicial del acto de directorio y la toma de medidas cautelares. Ello así, porque la decisión del directorio no ha sido tomada de conformidad con el ordenamiento societario (que exige la incorporación del suplente) y que el

estatuto impone el funcionamiento del directorio en su plenitud (y no de manera desmembrada).

La incorporación del director suplente en la mayoría de los casos no es irrelevante, porque puede cambiar el régimen de quórum, de mayorías, y puede —en algunos casos— quitar el doble voto en caso de empate con el que, en muchos estatutos sociales, suele contar el presidente del directorio.

Para la incorporación del suplente no es necesario, como sostienen algunos, que el funcionamiento del directorio se encuentre en riesgo o que necesariamente se afecte el quórum. Es suficiente con que se configure la vacante y el director titular no actúe pese a tener que hacerlo.

36. DIRECTOR SUPLENTE EN DIRECTORIOS UNIPERSONALES

Si la cuestión es compleja en directorios que, pese a la vacancia, funcionan o tienen vocación de funcionar (esto es, el cuerpo puede deliberar sobre la participación del director suplente en las decisiones asambleas) imagínese la misma situación en directorios unipersonales en los que quien deja la vacante deja con ello no sólo un cargo en el directorio sino también el funcionamiento mismo del directorio (y de la administración societaria).

36.a) Incorporación del director suplente en el directorio unipersonal

No se comparte la opinión autoral citada (55) en ninguno de sus dos aspectos: el director suplente de un directorio unipersonal no debe incorporarse al órgano social al solo efecto de convocar a asamblea ante la cual dará cuenta de lo actuado y tampoco carece de legitimación en caso de que el mandato del director suplente se encontrare vencido.

En cuanto al primer punto (incorporarse al sólo efecto de convocar a asamblea) se desnaturaliza la propia naturaleza del director suplente cuya esencia radica cumplir el mandato iniciado por el director titular evitando —justamente— tener que convocar a una nueva asamblea para elegir directores. No se entiende por qué la incorporación de un director suplente en un directorio plural pueda ser plena y en un directorio unipersonal deba ser a ese solo efecto.

La idea de la incorporación del director suplente apunta a seguir con la inercia societaria en las tareas y estrategias que desarrolla el anterior director y no en funcionar en una “zona de transición” que pueda

(55) SUÁREZ ANZORENA, *La vacancia del director y la reintegración del directorio* cit., p. 121.

afectar la sociedad. Ello no quita que el directorio suplente (que ya fue designado por la asamblea para supuestos de vacancia) convoque a una asamblea para comunicar la circunstancia o incluso, de ser pocos, lo haga mediante una misiva postal (pues hace a la buena fe societaria).

Pero más grave es la exigencia de que para poder incorporarse al órgano de administración el director suplente no deba tener vencido el mandato. El art. 257, LSC, señala que la duración de los directores (no discrimina entre titulares y suplentes) no puede superar los tres ejercicios (salvo el supuesto del art. 281, inc. d, LSC, que son cinco años) y que no obstante ello, "el director permanecerá en su cargo hasta ser reemplazado".

Por ello, y no obstante el vencimiento del plazo de duración, el director suplente conserva su vocación potencial mientras no se haya designado otro suplente (por el mecanismo societario respectivo). Si durante esta suerte inercia directorial luego del vencimiento del plazo se produjere vacancia en el directorio, el director suplente debe asumir sus funciones como titular.

En este caso, la situación es distinta y sí resulta lógico que dicho director suplente convoque inmediatamente a asamblea para regularizar la situación del órgano de administración. Mientras tanto tendrá —igualmente— plenas facultades en el directorio para actuar conforme sus competencias y en protección del interés social.

36.b) Incorporación con falta de acuerdo sobre la vacancia

Si la cuestión es lineal y la vacancia del directorio es indubitable (y lo curioso de la "unilateralidad" de la situación) el director suplente directamente se integra en el directorio unipersonal, acepta su cargo y comienza con sus tareas y funciones. El problema radica cuando no existe acuerdo sobre la vacancia (vgr., abandono) y el director titular cuestiona la incorporación del suplente durante un interregno en el que él creía que estaba en funciones y en el que no se tomaron decisiones directoriales, porque no había sido necesario o por alguna otra causal.

En caso de duda, debe priorizarse siempre la vocación natural que tiene el director titular (más allá de los cuestionamientos que podría realizar el director suplente ansioso de tomar su posición). Y, sin perjuicio de ello y a los efectos de evitar cuestiones vinculadas con la legitimidad del directorio, deberá convocarse a asamblea a los efectos de que sea la asamblea quien decida la controversia (ello así, porque es la misma asamblea quien está facultada no sólo para nombrar titulares y suplentes sino también para revocarlos *ad nutum*).

No sería tampoco imposible que un director suplente desleal y conociendo cierta irregularidad formal de los libros societarios, de manera unilateral asuma el cargo y realice una serie de actos y conductas que naturalmente sean imputables a la sociedad con terceros que, siendo de

buena fe, nada conocen respecto del alejamiento o no del director titular. Actos que, incluso, el mismo administrador podría desconocer.

Es claro que, más allá de la responsabilidad del director titular (que no puede desconocer este tipo de cosas que vislumbrarían una especie de desidia o abandono del cargo) este acto será anulable y podrá ser cuestionado por los cauces societarios judiciales. Todo ello, siempre protegiendo a terceros de buena fe que puedan aducir legítimamente haberse frustrado en las razonables expectativas de haber contratado con quien representaba a la sociedad.

37. CASOS NO PREVISTOS POR LA LEY

Existen algunos supuestos que no encuentran una solución adecuada en la LSC (ni siquiera por aplicación supletoria de otros preceptos) y que por su conflictividad intrínseca (anarquía societaria) pueden llevar a la intervención judicial de la sociedad (arts. 113, LSC).

Suárez Anzorena (56) menciona los siguientes:

- i. fallecimiento del titular y del suplente y que no haya otro para reemplazarlo en sociedades sin sindicatura;
- ii. vacancia total y que el síndico no pueda lograr la aceptación de persona para integrar el directorio;
- iii. sociedad con prescindencia de sindicatura y que no haya suplente que pueda asumir el cargo.

38. ASISTENCIA A REUNIONES DEL DIRECTORIO

Es claro que los directores suplentes no deben asistir a las reuniones de directorio, ya que sólo tendrán el derecho a hacerlo cuando asuman el cargo (una vez acaecida la suplencia).

No obstante ello, la práctica indica que es común que los suplentes participen de las reuniones de directorio (sin voz ni voto, salvo autorización del directorio al efecto) al solo efecto de interiorizarse de la labor interna societaria de un órgano sobre el cual tienen vocación de sustitución. Siempre, claro está, que no se afecten intereses sensibles del directorio (interés social, secretos, estrategias, etc.).

Por ello se ha dicho que no sería contraria a ninguna de las normas de la LSC que modulan el funcionamiento del directorio (57):

(56) SUÁREZ ANZORENA, *La vacancia del director y la reintegración del directorio*, cit., ps. 29 y ss.

(57) SASOT BETES y SASOT, *Sociedades anónimas. El órgano de administración*, cit., p. 179.

- i. el consignar en los estatutos que los directores designados por la asamblea para suplir o reemplazar la falta de directores titulares asistan a las reuniones del cuerpo;
- ii. la cláusula en cuestión debería estar redactada en forma tal que la concurrencia no fuera obligatoria sino de libre decisión del director suplente o reemplazante (pues de serlo engendraría a favor de éstos el derecho a ser, como mínimo, remunerados);
- iii. debería consignarse que el directorio podría oponerse a la concurrencia de aquéllos cuando la naturaleza de los asuntos a tratar así lo aconsejara;
- iv. el directorio, igualmente, no necesita de una autorización estatutaria para poder invitar a concurrir a sus deliberaciones a tales directores suplentes o sustitutos (pues ello debe entenderse como una atribución implícita entre las que integran el cuadro de facultades del directorio que pueda cumplir eficientemente su misión de gestión de la sociedad);
- v. si el directorio puede requerir el asesoramiento de terceros (profesionales o no), cuando estén en condiciones de aportar soluciones a los problemas propios, sería realmente arbitrario que pudiera recurrir a terceros e invitados y se le negara la posibilidad de invitar a directores suplentes o reemplazantes.

39. QUÓRUM Y CONFLICTOS

En una resolución particular 1122/2007 de la IGJ, la *Inspección General de Justicia* declaró irregular e ineficaz a los efectos administrativos una reunión de directorio de "Calimboy SA", así como también la asamblea de accionistas convocada por esa reunión de directorio y aplicó una multa pecuniaria al presidente de la sociedad (58).

Ello así, porque la reunión de directorio que convocó a la asamblea sesionó sin quórum suficiente, puesto que para celebrarla dicho órgano —compuesto por tres directores— se constituyó con su presidente y una directora suplente, anticipando el primero a los dos restantes directores titulares que no podían ingresar ni deliberar en la reunión por tener un interés contrario a la sociedad; ya que entendió que un directorio integrado por tres miembros titulares requerían al menos un quórum mínimo de dos para sesionar válidamente, sin que puedan ser suplidos por directores suplentes excepto en caso de licencia, fallecimiento, enfermedad, sentencia judicial u otra causal justificante. Pondero el organismo que no existía acción alguna que permitiera excluir a un

(58) Puede verse, YMAZ VIDELA, MARTÍN RAFAEL, *Actualidad societaria y de otros entes*, en LA LEY, 2008-B, 1088.

director de participar tanto en la reunión de directorio como de la asamblea de la sociedad.

También destacó el organismo administrativo que la asamblea que consideró el orden del día propuesto fue convocada por una reunión de directorio inválida cuya convocatoria era un requisito *in sine qua non* para su realización. Estimó que la conducta del presidente del directorio era sancionable, porque excedió notoriamente de su competencia al disponer de la suspensión de dos directores y en ausencia de éstos por pretender hacer valer resoluciones tomadas en actos viciados de nulidad.

La sociedad y su presidente apelaron judicialmente la decisión del organismo (59).

La sala D de la Cámara Nacional de Comercio (60) expresó que no estaba controvertido que quien convocó la asamblea realizada fue el directorio de la sociedad.

Agregó que para establecer la regularidad de la asamblea es preciso que haya sido regular su convocatoria, ya que la invalidez de esta última operaba como causal de invalidez de todo el acto asambleario. En consecuencia, era preciso determinar la regularidad de la resolución del directorio como órgano convocante, porque de esa regularidad dependía la de la asamblea misma.

Señaló que en el acta del directorio en cuestión figuraban como comparecientes su presidente y una directora suplente que asumió el cargo en ese acto, informando el presidente que los otros dos directores titulares se encontraban impedidos de participar por tener un notorio interés contrario al social —demostrado por ciertos actos que enumeraba— y porque el orden del día para la convocatoria los excluía necesariamente.

De ello surgía que la ausencia de los dos directores titulares en la reunión de directorio tenía como causa la sola voluntad de su presidente, quien decidió excluirlos por razones que tuvo por ciertas, sin ningún pronunciamiento de la asamblea ni de los propios directores. Y que la directora suplente que asumió el cargo no lo hizo para llenar una vacante como prevé el contrato social de la entidad, en tanto tal vacante no existía, ya que los directores titulares no habían renunciado ni habían sido removidos por la asamblea.

Ratificó, en cuanto al interés contrario al social, que la LSC no autorizaba al presidente del directorio a decidir su existencia y a asignarle por sí mismo consecuencias jurídicas, sino que constituía una información que debía proporcionar al director afectado al mismo directorio y a los

(59) Ver un detalle en YMAZ VIDELA, MARTÍN R., *Actualidad societaria y de otros entes*, La Ley del 2/11/2011, p. 10.

(60) CNCom., sala D, "IGJ c. Calimboy SA s/organismo externos", 25/4/2011.

síndicos, así como abstenerse de deliberar y si tales conductas se omitían incurriría en responsabilidad en los términos del art. 272 de la norma citada. Agregó que el interés contrario al social, por sí mismo, que no constituye una causal de revocación o remoción como director quien lo tiene, sino que en todo caso sería un elemento que ponderaría la asamblea para decidirlo. Que ese presunto interés contrario al social, cuya existencia fue decidida únicamente por el presidente del directorio, no era una de las "causas justificadas" que impedía la participación de los afectados en la reunión de directorio si no fue invocada por estos mismos, ni menos aún permitía integrar tal órgano con un director suplente que fue previsto en el contrato social para el caso de vacancia.

Concluye diciendo que la reunión de directorio que convocó a la asamblea fue irregular por no contar con el quórum de directores titulares previstos por la ley, y por el contrato social, sin que hubiera habido razón justificada para que ese órgano se conformara con una directora suplente, puesto que la Ley de Sociedades Comerciales la prevé para la cesación del cargo o un impedimento temporario del director titular. Y que, al ser irregular la reunión de directorio fue también irregular la asamblea que se convocó por dicha reunión. Por todo ello, confirmó la resolución particular de la Inspección General de Justicia.

40. LEGITIMACIÓN IMPUGNATIVA DEL DIRECTOR SUPLENTE

Un tema ciertamente vidrioso (que el fallo no profundizó en cierto modo por obvio, pero especialmente por una cuestión formal) se relaciona con la legitimación del director suplente para impugnar actos societarios, entre ellos, reuniones de directorio, actos asamblearios o incluso decisiones unilaterales de directores en actos jurídicos.

Es claro que el director suplente no es estrictamente un director y sólo tiene una vocación potencial para serlo. Mientras sea sólo "potencia", pero no "acto", carece de legitimación sustancial para cuestionar dichos actos societarios. Así como no tiene responsabilidad por la actuación del órgano de administración (la solidaridad del art. 274, LSC, no los alcanza no sólo porque no actuaron sino porque tampoco tuvieron la facultad de evitarlo o activar los mecanismos extintivos) tampoco tiene derechos, deberes o funciones en este orden.

40.a) Impugnación de la decisión que no permitió la incorporación del suplente

Una excepción relativamente lógica se configura con el acto de directorio que no permitió su ingreso como director titular por valorar que no se configuró un supuesto de vacancia. En este caso y pese a no ser "director" en sentido estricto, pensamos que tendría facultades para impugnar ese acto de directorio (pues más allá del interés social, el director poten-

cial tiene interés legítimo en participar en el órgano de administración y el directorio no puede frustrar arbitrariamente dichas expectativas).

Dicha legitimación es similar, en cierto modo, a la habilitación decidida por tribunales cuando han legitimado sustancialmente a un ex director que fuera removido con justa causa (pero sólo en lo que atañe a la imputación de dichas causales). El ex director tiene interés en no consentir dichas causales no sólo por su prestigio empresario o comercial sino porque —en algún punto— podría admitir implícitamente la realidad de lo acontecido y de las imputaciones.

En el caso del director suplente (a quien no incorporan en el directorio) es incluso más grave, ya que sería uno de los únicos vehículos societarios con que cuenta para procurar regularizar la situación. Tampoco tiene legitimación para convocar a asamblea para tratar la cuestión en ese seno. A lo sumo, si existiera sindicatura, podría denunciar la irregularidad y ser la sindicatura quien convoque a asamblea para deliberar sobre el tema.

El problema, incluso, sería el mismo en todas partes (tribunales, autoridades administrativas, Comisión Nacional de Valores, etc.): sin legitimación no puede lograr la reversión de la decisión.

40.b) Otras decisiones

Pero, para las otras cuestiones, el director suplente no tiene facultades para impugnar actos societarios (mientras no se haya incorporado al directorio).

40.c) Alcances de la legitimación

Una cuestión peculiar se vislumbra en aquellos casos en que el director suplente integró el directorio pero sólo para cubrir una vacante temporal (vgr., una enfermedad, un viaje al exterior, etc.) y durante un tiempo muy limitado (uno o dos meses).

Es obvio que durante ese plazo el directorio tiene plena legitimación para impugnar las decisiones directoriales (y aún asamblearias) que se hayan tomado durante su participación como director. Dicha legitimación surge de la propia LSC que legitima al director para cuestionar asambleas (arts. 251 y ss., LSC) y obviamente, por extensión, las propias decisiones del directorio.

40.d) ¿Puede impugnar actos realizados antes de su incorporación?

Ahora bien, surge la duda sobre la legitimación del director (ahora titular) para solicitar la nulidad de decisiones directoriales o asamblearias

tomadas con anterioridad a su incorporación al directorio. Pensamos que no existen inconvenientes en admitir la legitimación sustancial (o procesal) del director suplente para iniciar procesos de esta naturaleza. El art. 251, LSC, sólo hace mención a los directores sin condicionar su legitimación a su efectiva participación en el acto o que el acto hubiera sido adoptado mientras estaba ejerciendo funciones como director.

Obviamente que de tratarse de un mecanismo abusivo (art. 1071, Código Civil) por el director incorporado, el juez deberá valorar esta circunstancia y el propio director será responsable de los perjuicios causados a la sociedad (art. 274, LSC).

Pero los temas no pueden razonarse desde lo patológico (pues la posibilidad de lo irregular o espurio no es fundamento axiológico para prohibir o permitir ciertas conductas) y por ello sería un verdadero despropósito restar posibilidades que, a la postre, lo único que hacen es procurar un adecuado funcionamiento de la sociedad (nulificando los actos contrarios al ordenamiento jurídico).

Adicionalmente, es posible que un director designado por asamblea (mediante el mecanismo natural previsto por la LSC) impugne actos de directorio o incluso asambleas anteriores a su efectiva aceptación del cargo. Y a nadie se le ocurriría negar legitimación para ello.

40.e) Legitimación una vez perdida la calidad de director titular

El problema más delicado se trasunta cuando el director incorporado (transitoriamente) volvió a ser un simple suplente (sin legitimación alguna).

La regla general sería que, una vez reincorporado en el cargo, el director titular pierde legitimación para cuestionar los actos oportunamente llevados a cabo (salvo hipótesis como la mencionada anteriormente). Ello así, porque no puede tener responsabilidad quien no impugna una decisión por no tener legitimación (y carecer de tal facultad). Siempre que haya cumplido con los mecanismos societarios establecidos para la exención de responsabilidad (art. 275, LSC).

Ahora bien, es posible que el director haya impugnado decisiones llevadas a cabo durante su gestión (suplencia) y que luego cese en el cargo. En este supuesto, ¿tiene acaso el director suplente (con el verdadero alcance del término) facultad de continuar con el proceso oportunamente incoado para actuar como director?

Más allá de que cada contexto societario (y las particularidades del caso en concreto) podrían arrojar análisis y reflexiones diferentes, parece lógico aceptar que el director (ahora nuevamente suplente y posiblemente mañana ex director) pueda continuar con dicho proceso.

Podría cuestionarse, incluso, de que dicho director ya no actúa en interés de la sociedad y que sólo actúa en su propio beneficio en un pleito en el cual ningún interés directo tiene.

En este punto, la legitimación no sólo se mantiene al solo efecto de las costas (en las que el director podría ser quien cargue con las mismas), sino por la propia responsabilidad en el desempeño de sus funciones. Paralelamente podría darse una herramienta muy fuerte a la mayoría accionaria para impedir sistemáticamente cualquier discusión que pudiera realizar el directorio designado.

Frente a cualquier impugnación que se realice (sea contra actos del directorio o de la asamblea) la mayoría no requiere de una estrategia legal para analizar la razonabilidad de lo peticionado o la estrategia defensiva a asumir; simplemente le bastaría con revocar (sin causa) el director impugnante para restar legitimación sustancial (sin que ningún otro director pueda asumir una acción llevada a cabo por el anterior).

Es claro que ante la duda sobre la legitimación sustancial que proteja a una sociedad (en el que puede haber conflictos entre mayorías y minorías) debe estar por una interpretación amplia que permita una mayor transparencia en la dinámica societaria.

41. ANTEPROYECTO DE REFORMA

El anteproyecto de reforma señala: “El director suplente reemplaza a su titular en forma definitiva en caso de vacancia y en forma transitoria en caso de ausencia o impedimento temporal. Si se produjere la vacancia de un director titular y la de su suplente, el síndico designará el reemplazante hasta la reunión de la próxima asamblea; esta designación compete al consejo de vigilancia si es de aplicación el art. 281, inc. d. El estatuto puede disponer otra forma de nombramiento del reemplazante y debe hacerlo cuando prescinde de la sindicatura”.

ATRIBUTOS AMBIVALENTES DE LA EMPRESA FAMILIAR CON REFERENCIA A SU TRATAMIENTO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE 2012

POR ANA I. PIAGGI

I. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO DE LA EMPRESA FAMILIAR (EN ADELANTE EF)

a) Todavía no tenemos una teoría robusta de la EF (1) pero se viene considerando que una empresa es familiar cuando una parte esencial de la propiedad está en manos de una o varias familias, cuyos miembros

(1) La EF ha creado en la década del 90 un espacio de nuevas tendencias en la investigación, logrando abrirse camino como ámbito de estudio desde la dirección de empresas. Se inició así un debate sobre el análisis de la EF, considerado una temática independiente o una extensión de la visión de empresa. Su estudio ha ido evolucionando de trabajos simplemente descriptivos, a otros que desarrollan interpretaciones propias del fenómeno para dar respuesta a la problemática de campo.

Desde finales del siglo pasado, los especialistas están intentando reflejar un conocimiento más amplio que se plasma en los aspectos intrínsecos y extrínsecos de la investigación.

Todavía hoy sigue existiendo la necesidad de establecer un concepto de EF integrador y operativo que sea de utilidad a la comunidad científica, ya que tanto la capacidad de integración y de no exclusión como la de operatividad son aspectos estrechamente vinculados al potencial definitorio de un concepto.

Al decir integrador, hacemos referencia a que el concepto propuesto sea aplicable al universo de empresas familiares (o EF) que pueda existir, que a la vez permita distinguirlas de aquellas otras que no lo son de manera exhaustiva y no excluyente, con independencia de cuál sea su grado evolutivo, de la generación familiar que pueda hallarse al frente de las mismas o de su tamaño. Por su parte, con la cualidad de "operativo" aludimos que el concepto debe permitir la identificación rápida, clara y sistemática de cualquier EF. Sólo si el concepto es realmente operativo puede ser de utilidad, contribuyendo a salvar uno de los principales escollos que se enfrentan cuando se quiere estudiar qué (o cuáles) empresas son familiares y cuáles no.

intervienen en forma decisiva en la administración y dirección del negocio (2).

En distintas aportaciones se ha considerado que existe una estrecha interacción entre propiedad y gestión, o dicho de otro modo, entre la vida de la empresa y la vida de la familia. O sea, que un grupo de personas pertenecientes a una o más generaciones unidas por vínculos familiares comparten total o parcialmente la propiedad de la EF, generando una fuerte intercomunicación (3) entre familia y empresa (4).

No es de desechar que estamos ante la existencia de dos subsistemas: empresa y familia (5). Conviven así dos sistemas relacionales basados en lógicas diferentes, la de la familia y la de los negocios. Debido a que ni sus principios ni sus objetivos son similares, la convivencia de ambas conforma una base estructural conflictiva.

La EF resulta entonces como sea la familia y los individuos que la componen, por ello, no se puede pretender que una EF sea "mejor" que la familia que la compone. Existe un cierto consenso académico en que los aspectos familiares son los que distinguen a las EF exitosas.

En este orden de ideas, varios autores han destacado que uno de los principios característicos de las EF exitosas en el largo plazo, es la existencia de un espíritu de "custodios del legado familiar" (*stewardship of wealth*); es decir, un elevado compromiso con la continuidad del legado

(2) La empresa familiar es la primera forma empresarial que ha conocido el hombre, evoluciona al mismo ritmo en que cambian las formas de relacionamiento humano y las vicisitudes de la economía

(3) En la historia empresarial-europea están ejerciendo influencia las teorías sociológicas sobre grupos empresariales y las bases que explican lazos duraderos de solidaridad entre ellos. Según algunos teóricos las empresas están organizadas y actúan no sólo en función de aspectos internos sino en contextos externos que influyen y a menudo determinan el marco posible de los operadores económicos.

La cultura, la religión, la ideología política y la pertenencia a una región o a una etnia determinada serían factores importantísimos para entender la existencia de grupos y redes empresariales, sobre todo en sociedades que priorizan los lazos personales de confianza. Con relación a ello se han combinado estas ideas con otras procedentes de la economía neoinstitucional para realizar aproximaciones históricas a las empresas familiares en Asia, Gran Bretaña, Holanda e Italia.

(4) RODRÍGUEZ DÍAZ, ISABEL, "La empresa familiar en el ámbito del derecho mercantil", en *Cuadernos mercantiles*, Edersa, Madrid, 2000, N° 2, ps. 23/24.

(5) Recordamos que la Constitución Nacional en su artículo 14 bis dispone que en el marco de la seguridad social deben dictarse las normas necesarias para la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia y la compensación económica familiar. Esta disposición está integrada con las cláusulas contenidas en diferentes tratados internacionales suscriptos por nuestro país.

familiar que se transmite de generación en generación y que incluye la identidad y la cultura de la familia.

Como se ha dicho reiteradamente, no existe (6) un concepto unívoco de este instituto (7), pero sus características diferenciadoras según la doctrina mayoritaria son: 1) la propiedad de la empresa está concentrada en un grupo familiar (8), y a medida que se produce el tránsito genera-

(6) Las EF son ya un viejo tema de estudio presente en obras de organización de empresas, economía e historia económica y empresarial. Hasta hace unas décadas, los objetivos y métodos utilizados por cada una de estas tres disciplinas académicas eran en general muy distintos y sus resultados apenas se interrelacionaban.

Desde finales de los años setenta y hasta la actualidad, un grupo creciente de investigadores procedentes de estas disciplinas han empezado a adaptar aportaciones teóricas de distintos ámbitos científicos, produciéndose una verdadera "reinstalación" teórica de las EF

(7) Para abordar el análisis comparativo de la evolución del campo de la EF se consideran dos tipos de factores: extrínsecos relacionados con aspectos periféricos (la problemática como inspiradora de investigación, la difusión del conocimiento, el respaldo científico y reconocimiento social, y la visión multidisciplinar) e intrínsecos que integran el cuerpo teórico y desarrollo del conocimiento (concepto de EF y estructura e integración del conocimiento).

(8) Los numerosos casos estudiados y disponibles revelan un abanico de situaciones; pero también que las estrategias de sucesión han sido históricamente condicionadas por costumbres locales y regionales, por la legislación (tributaria -sobre todo- y mercantil) y por la situación sociopolítica y económica.

Los estudios comparativos entre empresas familiares (comerciales, industriales y financieras) de distintos países europeos, señalan que a pesar de la diversidad de casos y de situaciones se observan algunas similitudes notables en las estrategias de sucesión en la Europa anterior a la segunda guerra mundial.

M. B. ROSE y A. COLLI realizaron un estudio comparativo entre empresas manufactureras familiares británicas e italianas, observando que antes de la Segunda Guerra Mundial, la sucesión en la dirección fue determinada por la existencia de redes personales de base local, en un largo período comprendido entre fines del siglo XVIII y 1940. Dicho predominio y los factores esenciales que determinaban la sucesión variaron sustancialmente en Inglaterra, pero no en Italia.

En el primer período señalado, los contactos, la formación de valores compartidos y la captación de recursos (financieros, laborales y de socios empresariales) se realizaron a nivel de la comunidad local, facilitando la creación de bienes personales de "alta confianza recíproca" que permitían la selección de sucesores en la dirección. Por otro lado, en el caso de los distritos industriales estudiados en ambos países se formaron reservas de información, conocimiento y experiencia técnica de las que empresas familiares podían obtener ventajas comparativas de carácter productivo y comercial, y la planificación eficiente de la sucesión en la dirección.

Tras la Segunda Guerra Mundial, en Inglaterra -a diferencia de Italia- una combinación de campos económicos (de alcance internacional) e institucionales (especialmente en la legislación tributaria y mercantil) habría forzado un cambio notable en las EF industriales: disminución de su gravitación y progresiva presencia de instituciones financieras corporativas en el control de los negocios.

cional (9), generalmente la propiedad se divide en más ramas o grupos de parentesco; 2) la participación de la familia en el gobierno y/o gestión de la empresa; y 3) existe una vocación de continuidad y de transmisión de los valores empresariales propios de la familia (10).

En Italia, en contraste, desde 1940 se habría reforzado la EF en la industria y los mecanismos internos que regulaban la sucesión: por un lado, asociando intereses de varias familias con el poder político del Estado (en sectores intensivos en tecnología y capital, como el automóvil y construcciones mecánicas), y por otro lado, manteniendo flexiblemente pequeñas EF de base local, en distritos industriales de sectores más tradicionales de bienes de consumo.

En ambos casos, las empresas italianas usaron estrategias "internas" de selección de sucesores en la dirección dentro de las redes familiares y de la localidad, más frecuentemente que captando profesionales independientes y externos.

Otro de los aspectos contrastables entre EF de distintas épocas y ámbitos geográficos que recientemente focaliza el interés de los historiadores de empresas, es el de formación.

Preparar, educar, enseñar sería una de las ventajas comparativas reconocidas que en algunos sectores de actividad tendrían las EF sobre las ENF. La transmisión interna y reservada de "secretos" relativos a un producto o proceso productivo, y a redes y contactos familiares y comerciales, significaba a menudo uno de los elementos arcónticos que aseguraba la especialización en un negocio, y la reputación.

(9) El principal problema compartido que afecta a estas empresas, según lo señalan los estudiosos del comportamiento organizacional, es el de la "mortalidad" en el tránsito intergeneracional.

Esta constatación fue observada también desde la historia empresarial, que acuñó el término "síndrome de Buddenbrook" para caracterizar los frecuentes casos de desaparición de empresas familiares debido al escaso interés de terceras y cuartas generaciones en seguir la iniciativa empresarial de sus antepasados.

El "síndrome de Buddenbrook" toma su nombre de una novela publicada en 1901 por Thomas Mann, en la que se narra la decadencia de una familia de comerciantes de Lübeck -los Buddenbrook- a lo largo de tres generaciones. La historia empresarial anglosajona adoptó este nombre para referirse a la desaparición de un negocio familiar por la progresiva transformación del espíritu de trabajo y de ahorro de la generación fundadora en mala gestión y estrategias de inversión inproductiva de terceras y cuartas generaciones.

(10) La formación conceptual es una característica intrínseca que se exige a un campo de investigación para su existencia. Ergo, es necesario encontrar un concepto de EF que permita la creación de un marco teórico sólido, en tanto su inexistencia obstaculiza el análisis de los resultados obtenidos por los diferentes trabajos. Al no existir homogeneidad en los puntos de partida sobre lo que se entiende por EF, los resultados son difíciles de comparar (Chua, Chrisman y Sharma, 1999; Westhead y Cowling, 1998).

Ahora bien, aunque no existe consenso en una definición integral y completa, sí hay características sobre las que los investigadores parecen estar de acuerdo: propiedad-dirección de los miembros de la familia, la implicación familiar en el negocio y la transferencia generacional. Estos parámetros estructurales son fácilmente medibles; pero tanto las perspectivas cualitativas como cuantitativas para definir la EF no alcanzan para una clara delimitación del término.

Parece claro que el carácter de EF no está asociado al tamaño del negocio o a su sector particular de actividad; existen desde grandes grupos empresariales (11) hasta microempresas familiares, tanto en sectores modernos de la economía como en sectores tradicionales.

La empresa y la familia se articulan en una institución social productiva que tiene su origen en la evolución histórica de las sociedades (12). Pero,

Sirven para trabajos concretos, pero no proporcionan una visión integrada del fenómeno que estudia el campo de la EF.

Sintetizando, la principal dificultad en la investigación se encuentra en la excesiva fragmentación del conocimiento producido por la literatura descriptiva, la inexistencia de una teoría que explique el fenómeno y la ausencia de un concepto uniforme sobre EF.

Sin embargo, recientemente tanto en el campo de la economía como en el de la historia económica y empresarial se están realizando esfuerzos de renovación teórica en el estudio de las empresas familiares. Se está produciendo una adopción crítica de conceptos procedentes de la organización de empresas, la sociología, la teoría económica, la historia, la antropología e incluso la psicología, cambiando perspectivas tradicionales en el análisis de la EF y produciendo una "reinstalación" teórica de las EF. La organización de empresas está yendo más allá del análisis individualizado de "casos" y está elaborando modelos evolutivos que permiten el análisis de distintos sectores y ámbitos territoriales con fines prácticos.

(11) Sólo a título de ejemplo pueden citarse algunos casos argentinos como: "Valot", "Diario La Nación", "Grupo Clarín", entre otros. En nuestro país la empresa Ledesma es una sociedad de familia que tuvo tres conducciones personalistas: la de Enrique Wallmann, la de Herminio Arrieta y la de Carlos Pedro Blaquier. Pero más del 80% de las acciones de la firma -con ventas por \$ 1.486 millones- está en manos de las familias Arrieta-Blaquier, y el resto cotiza en Bolsa. Grimoldi, Roggio y Washington son otros ejemplos de EF nativas exitosas.

Magnasco Hnos. SA (1855, 5a. generación), La Nación (1870), Rigolleau SA (1882, 3a. generación), Dellepiane SA (1898, 3a. y 4a. generación), Lheritier Argentina, Bodega Luigi Bosca SA (1901, 3a. generación), Bodega Catena Zapata SA (1902, 3a. generación), Bodegas San Huberto SA (1905, 3a. generación), Benito Roggio e Hijos SA (1905, 3a. generación), Bodegas y Viñedos Larroque SA (1889, 4a. y 5a. generaciones), Goyenechea Bodegas y Viñedos SA (1868, 5a. generación), Roemmers SA (controlada por la familia Roemmers), BGH (controlada por los herederos de la familia Garfunkel), Impsa (controlada por la familia Pescarmona), Molinos Río de La Plata SA (controlada por la familia Pérez Companc), Grupo Bagó (controlado por la familia Bagó), Grupo Los Grobo (controlado por la familia Grobocopatel), etc.

(12) Al promediar la Edad Media, comienza a notarse la configuración de un incipiente sistema de mercado amparado por los propios Estados entre oriente (Península Ibérica y el Magreb) y occidente (China). Sin embargo, a partir del siglo XVI, se produce la transformación del sistema basado en la tierra a otro capitalista fundado en el dinero, las finanzas y la banca; éste con la primera Revolución Industrial se convierte en un capitalismo industrial.

la creación y el sostenimiento de los proyectos productivos familiares (13) tienen una connotación diferente según las épocas y las regiones (14).

El peso de las EF en la economía de prácticamente todo el mundo ha llevado a muchos autores a reflexionar sobre las razones de su existencia en países con niveles de desarrollo y marcos institucionales muy variados.

El hecho de que una empresa sea familiar tiene un impacto significativo en su proceso de toma de decisiones y resultados, ya que los intereses y valores de la familia son incorporados a sus objetivos, lo que produce ventajas e inconvenientes (15).

Las empresas familiares han ocupado un espacio sobresaliente antes, durante y después de la primera revolución industrial, con ésta cambian profundamente las bases sobre la que se estructura la empresa y la forma de dirección de la misma.

(13) En una etapa inicial, si bien la figura paternalista es predominante y constituye un pilar para el desarrollo y crecimiento del negocio, su intransigencia potencia la resistencia a los cambios que los mercados obligan. Cuanto mayor es el liderazgo del fundador, más lento pueden desarrollarse nuevas y mejores estrategias de crecimiento, así como también mayor dificultad presentará la adecuada circulación de información y planificación

(14) En las décadas del 60 y del 70 del siglo pasado recién surgen algunos trabajos sobre la EF (p. ej.: Barnes y Harshon en 1976; Barry en 1975; Donnelley en 1964; Levinson en 1971) y es a partir de finales de los años ochenta, cuando el instituto suscita la atención de profesionales, consultores y académicos.

(15) Una situación especial presentada la sociedad integrada por cónyuges. La empresa conyugal esta necesariamente atada a la permanencia del vínculo afectivo. El peligro existente se configura cuando el matrimonio termina por causas de separación o divorcio, lo que deriva en la división de bienes que puede desencadenar la lucha por la permanencia en la conducción de la empresa y la necesidad de exclusión del otro cónyuge.

Nuestro ordenamiento jurídico limita las posibilidades de estructurar sociedades entre cónyuges, con fundamento en la protección del patrimonio conyugal por sobre los riesgos a los que pueden vincularse los socios de diversos tipos societarios.

El art. 27 de la ley 19.550 establece sólo el acceso de los cónyuges como socios entre sí para conformar sociedades por acciones y SRL. Se discute si los cónyuges tienen la capacidad de integrar sociedades en comandita simples, revistiendo el carácter de socios comanditarios, en tanto los efectos serían similares a la posibilidad que les asiste, conforme al art. 27 de ser comanditarios en las comanditas por acciones. Excluye bajo pena de nulidad absoluta la sociedad de cualquier otra forma.

En este sentido, debe considerarse que no sólo la prohibición abarca a los tipos regulares de la ley, sino también respecto de la situaciones societarias de no regularidad, es decir, las sociedades irregulares y las sociedad de hecho.

Confr. GAGLIARDO, MARIANO, *Sociedades de familia y cuestiones patrimoniales*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, p. 15; STRATTA, ALICIA J., "Nuevos enfoques sobre la validez de las sociedades entre cónyuges", RDCO, 1972-787).

HALPERIN, ISAAC, *Sociedades comerciales. Parte general*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1964, ps. 41 y ss. y *Sociedades de responsabilidad limitada*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1948, ps. 26 y ss. Desechaba completamente la posibilidad de forma-

Entre las ventajas comunes a todas las empresas familiares se encuentra en primer lugar, la orientación a largo plazo. Los intereses de la familia vinculados con la supervivencia de la empresa, que se pretende transmitir a las siguientes generaciones. Este deseo de perpetuar la herencia familiar influye sobre la toma de decisiones, que están menos condicionadas por el corto plazo y la obtención de beneficios inmediatos, aun a costa de la competitividad futura.

Este valor social derivado de la vinculación entre familia y empresa, además de ser el elemento diferenciador, también es el factor desencadenante de algunos de sus problemas específicos. La participación de la familia también las convierte en una forma de organización empresarial más compleja.

Al margen de su mayor complejidad, ¿qué otros factores explican la fragilidad de las empresas familiares?

En primer lugar, desaparecen por los mismos motivos que cualquier otra empresa, entre otros: 1) insuficiente inversión en I + D; 2) inadecuado control de costos; 3) deficiencias en la gestión; 4) falta de acceso al crédito a tasas razonables.

En segundo lugar, se extinguen porque también padecen problemas específicos, por ejemplo: 1) incapacidad de equilibrar la necesidad de liquidez de la familia con la necesidad de capital de la empresa; 2) incapacidad de atraer y retener a los sucesores competentes; 3) falta de voluntad del fundador para ceder la propiedad y la dirección en el momento oportuno (16).

Ergo, las EF donde la propiedad o el control están en manos de una o más familias, suman a los desafíos comunes a cualquier empresa otros propios de su naturaleza.

b) La evolución en el tiempo de la empresa familiar y su cultura organizacional han sido estudiadas tradicionalmente en forma separada. En ésta son interesantes los trabajos de Gallo (1993, 1995) y Dyer (1986) (17).

ción de sociedades entre cónyuges, porque la responsabilidad ilimitada y solidaria subvertiría el régimen de la comunidad conyugal e introduciría en el matrimonio posibles rencillas. Consideraba válidas a las SA y las SRL por la limitación de la responsabilidad y porque las posibilidades de problemas resultaban menores.

(16) Los trabajos de investigación indican que en la mayoría de los países, tan sólo entre un 10 y un 15% de las EF planifican la sucesión. En Estados Unidos de Norteamérica, según la *American Family Business Survey*, hace 10 años sólo el 25% de las empresas planificaban la sucesión; hoy harían el 60% de las EF norteamericanas.

(17) La problemática de la EF, como campo de estudio independiente sólo comenzó hace 40 años en EE.UU. y hace unos 30 años en Europa.

Los aportes del primero inciden en aspectos diferenciales de su cultura, concretamente señala: el mayor número de interesados y de interrelaciones existentes entre ellos, la diferente exteriorización que se hace del poder durante la primera y la segunda generación familiar, el compromiso distinto que existe por parte de los accionistas para con la empresa y entre ellos, las conexiones entre las cambiantes necesidades de los miembros de la familia y los ciclos evolutivos de la empresa (18).

En cambio Dyer centra más su interés en los diferentes patrones de cultura generacional de las EF, así como de sus características. Sostiene que la cultura generacional de la EF, es la resultante de las posibles combinaciones que se pueden dar entre los diferentes patrones culturales de la empresa (paternalista, *laissez faire*, participativa, profesionales); la familia (patriarcal, colaboradora y conflictiva), y el consejo de administración (burocrático, consultivo y supervisor).

El hecho de que cuenten con un capital dispuesto a permanecer en la empresa es una fuente de ventajas competitivas para la EF, ya que permite abordar la realización de inversiones en activos intangibles, con largos períodos de maduración, resultados inciertos y faltos de garantías reales.

La peculiaridad de estos activos hace que encuentren problemas para ser financiados por el mercado, mientras que la propiedad familiar, con información sobre el verdadero valor de estas inversiones y con interés y compromiso a largo plazo en la empresa, está en mejor disposición para abordarlos.

Entre los activos intangibles más valiosos se encuentran la reputación de seriedad, honestidad, transparencia, el cumplimiento de los compromisos, y capacidad de gestión.

Gestionar la EF implica entender de qué depende el riesgo estructural y actual, de manera apropiada al nivel de riesgo existente (19).

Una de las características típicas de las EF consiste en otorgar más importancia al compromiso establecido con los grupos con que se relacionan (empleados, proveedores consumidores y clientes) (*stakeholders*).

(18) La presentación de la empresa con sustento familiar se puede presentar a través de distintas figuras o situaciones que podrán o no coincidir con las etapas evolutivas de la empresa.

Los períodos fundacionales suelen identificarse con la figura unipersonal del empresario individual, identificado con el integrante familiar que ha iniciado el negocio por sí y que, con el crecimiento y resultado de aquel incorpora a otros miembros. Cualquier circunstancia que coloque en lugar activo a otros integrantes, generalmente importaría el paso a otra situación jurídica distinta a la indicada.

(19) El "FBK diagnostic" es un modelo de diagnóstico de riesgo estructural desarrollado por Family Business Knowledge, SL (www.fbkonline.com).

La confianza y la reputación reducen los costes de transacción, favorecen la lealtad, la creación de confianza y el establecimiento de relaciones estables.

Estabilidad y relaciones consolidadas, hacen que estas empresas tengan un conocimiento estrecho del negocio y de las necesidades de los mercados que atienden, lo que facilita la labor de supervisión del trabajo directivo por parte de la propiedad familiar.

Como ventajas competitivas destacables (20) puede mencionarse su mayor grado de autofinanciación, mejor vinculación con la clientela, comportamiento más entusiasta de los trabajadores, flexibilidad competitiva y mayor grado de compromiso con el negocio.

En realidad, es posible que en ningún otro lugar quede tan expuesta la dinámica positiva y negativa de la familia como dentro del negocio familiar, transporta las luchas por poder y dinero entre parientes próximos y distintas generaciones, pasiones intimidatorias entre padres e hijos, nueras, suegros y las crisis matrimoniales del ámbito de la casa a la empresa familiar (21).

(20) En España se legisló la Sociedad Limitada Nueva Empresa (SLNE), ley 7/2003 que modifica el régimen de la SRL, siguiendo la Recomendación N° 7 de la Unión Europea, sobre simplificación del aspecto administrativo y reglamentario de las empresas, se pueden otorgar de acuerdo a este nuevo marco, acciones sin voto y prohibir la transferencia de las partes sociales.

Esta reforma se ha potenciado con la incorporación en el año 2007 del protocolo familiar como instrumento para regular las relaciones familiares de la empresa (Real Decreto español N° 171 del 9/2/2007, Boletín Oficial español, www.boe.es)

En Colombia durante el 2008 se sancionó la Sociedad Anónima Simplificada, por ley 1258, consagrando la oponibilidad para la sociedad de los Acuerdos de Accionistas.

En Italia el art. 230 bis del Código Civil consagra el derecho a la estabilidad, a percibir utilidades, preferencia en la indivisión hereditaria, etc., del trabajador familiar.

También se ha reconocido la legalidad de los pactos de familia, permitiendo una sucesión familiar racional y ordenada a través de la sociedad tácita familiar.

(21) La mayoría de los conflictos familiares derivados de la muerte y de los divorcios, así como los societarios, comunes a las empresas familiares pueden ser conocidos y calificados.

El derecho privado provee herramientas jurídicas para la prevención a través de instrumentos tales como: contratos, constitución de derechos reales, de fideicomisos, emisión de testamentos y fideicomisos testamentarios, fideicomisos sobre acciones, celebración de pactos de sindicación, redacción de cláusulas contractuales y estatutarias apropiadas para cada EF, etc.

La celebración de esos instrumentos no puede ser la respuesta a cada coyuntura, sino que debe ser previamente acordada y negociada por los familiares a través de un Protocolo de Familia.

Las múltiples cuestiones que giran en derredor de la llamada EF (22) tienen en sustancia una base sociológica que no puede eludir su realidad, y la potencial tendencia como punto de inicio del conflicto societario. Se produce así un cruce disciplinario y contraposiciones entre institutos y soluciones, en ocasiones agónicas (23).

De un lado, los herederos en la propiedad a menudo resultan incompetentes ejecutivos y peor administradores, y de otro, las guerras internas implosionan frecuentemente.

Además, a pesar de la importancia que las EF tienen en las economías desarrolladas, la mayor parte de la comunidad científica opina que la propiedad de las empresas en manos de una familia no dura demasiado tiempo (24).

Tras revisar, analizar y discutir la idoneidad de las distintas dimensiones utilizadas con mayor frecuencia en la literatura para definir el término empresa familiar, más adelante se propondrá una definición que se considera integradora y operativa, no excluyente e independiente del estado evolutivo alcanzado de EF, sustentada en las dimensiones: participación suficiente en el capital para controlar las decisiones del órgano de representación de propietarios, voluntad de continuidad en el negocio en manos de la siguiente generación familiar y transmisión de valores.

(22) Los desafíos de la EF se presentan, en principio, en la misma perspectiva que en el resto de las empresas en cuanto a competitividad, internacionalización, acceso a recursos financieros, innovación, estrategias de crecimiento y gerenciamiento.

Sólo la envergadura y complejidad de los negocios determina una diferencia.

Ahora bien, las características singulares de los emprendimientos familiares tales como la identificación entre patrimonio familiar y empresa, la presencia activa de los miembros de la familia en la toma de decisiones y en la gestión de negocios, la vocación de continuidad y los problemas derivados de la sucesión empresarial y su propia subsistencia, requieren de un tratamiento diferenciado a la hora de identificar los retos a los que se enfrentan estas empresas en el panorama local e internacional actual.

(23) Conf. VAISER, LIDIA, "Problemática de la sociedad de familia frente al derecho societario", t. XI, Errepar, DSE, N° 143, octubre 1999, p. 293.

(24) En la Argentina, si bien no existen estadísticas sobre este tipo de empresas, se puede estimar que numéricamente representan el 75% del total de sociedades legalmente constituidas, aunque cuando se compara con el PBI disminuye en forma sensible oscilando entre el 45 y el 60% aproximadamente.

Se ha dicho que las características del vínculo existente entre los integrantes de la EF provoca una duración efímera de la misma, ya que una cantidad importante se disuelve dentro de los 5 años de su constitución, tan sólo un 30% perdura hasta la segunda generación y un escaso 4% alcanza a la tercera generación (AZPIRI, JORGE, "La sociedad de familia y la empresa familiar", RDE, 1998-13-151).

c) A su vez, la EF cotizada en bolsa tiene características diferentes de la que no lo está (25). De su lado, los estudios existentes confirman de forma reiterada que la empresa familiar cotizada, obtiene mejores resultados tanto contables como de mercado, que la no familiar. Los estudios que analizan empresas no cotizadas, alcanzan resultados más dispares.

Para cotizar en bolsa es preciso poseer buenos mecanismos internos de información, supervisión y control. A ello se añade el control externo que proporciona el mercado y la posibilidad que otorga el mercado de capitales para dar liquidez a los minoritarios, lo que reduce la posibilidad de que la empresa expulse las rentas de éstos.

Sin embargo, las EF parecen ser extremadamente reacias a acudir a este tipo de fuentes de financiación debido, al temor de la pérdida del control, autonomía y privacidad que asocian a la incorporación de ajenos a la familia al accionariado.

La opción de los mercados bursátiles parece ser una de las que más temores y reticencias despiertan, dado que se asocia la salida a bolsa con mayores obligaciones de transparencia y entrega periódica de información sobre los resultados de la empresa.

II. SU IMPORTANCIA

Pese a la dificultad de contar con estadísticas precisas, dada la diversidad de definiciones utilizadas para generarlas, se estima que las EF son la columna vertebral de los países con economía de mercado, ya que representan aproximadamente entre el 60 y el 85% de todas las empresas.

En los EE.UU. se ha estimado que el porcentual de EF sería de alrededor del 60% de todas las empresas, y el 37% de las 500 empresas más grandes están dirigidas por familias. Ello representa el 80% sobre el total de empresas, el 50% del empleo privado, el 70% del PBI y el 30% de las empresas que cotizan en bolsa.

Cabe señalar que la Fundación Pitcairn (EE.UU.) comparó el resultado de 205 empresas familiares con 1800 no familiares, advirtiendo que por cada dólar invertido, las familiares obtuvieron a lo largo de los años un rendimiento medio anual del 22% frente al 14,5% de las ENF.

Diversos estudios realizados en países europeos, confirman porcentajes similares. Los datos disponibles indican que, del total de empresas son familiares: en Italia el 99%, en Suiza el 88%, en Inglaterra el 76%, en España el 75%, en Austria el 83%, en Bélgica el 63% y en Finlandia el 63%.

(25) En nuestro medio del 100% de las sociedades anónimas constituidas y en funcionamiento, sólo el 1% posee su capital social abierto a la oferta pública de los mercados de valores.

En España se estima que representan el 80% de las empresas españolas. En el año 1999 se encontraban en Alemania 1.6 millones de EF que representaban aproximadamente el 80% de todas las empresas alemanas y contribuían con más de la mitad del PBI. A su vez, estas empresas ofrecían casi el 70% del total del empleo privado de entonces.

Otro estudio posterior, consideró a las empresas alemanas con una facturación anual superior a 1.2 millones de euros, determinando que de este grupo las familiares representan el 75% con facturación anual de 1.2 millones a 60 millones de euros, el 50% de ellas con una facturación anual entre 60 y 300 millones de euros y el 30% de las con una facturación anual superior a los 300 millones de euros.

Las conclusiones del Informe Anual 2008 del *Institute for Family Business* dan cuenta de la dinámica de las EF en Inglaterra:

- 1) representan el 65% de los 4.5 millones de empleos privados que existen en la economía británica;
- 2) generan más del 40% de la mano de obra del sector privado;
- 3) suministra trabajo a 9.5 millones de personas (uno de cada cuatro puestos de trabajo);
- 4) generan más del 30% del PBI.

De un lado las economías asiáticas, del Pacífico, están construidas sobre conglomerados familiares, muchos de ellos hoy imperios globales como Samsung (con una facturación de 98,7 millones de dólares y el 22% del capital controlado por la familia Lee), Hutchinson Whampoa (fundado por Li Ka-Shing, de Hong Kong), LG Group (familias Koo y Huh).

Muchas grandes multinacionales están aún controladas por alguna familia, incluyendo Mars, Carrefour, BMW, Banco Santander, Wal-Mart (la multinacional más grande de EE.UU.) Stores, Grupo Fiat, Novartis Group, Motorola, Gap, Roche Group, Ikea, Toyota, Ford Motor Co. (creada en 1903 por Henry Ford y gobernada por la cuarta generación de sucesores que controlan el 40% de la empresa), Honda, Hyundai Motor (familia Chung), Woolworth, Marriott, Cargill Inc. (con una facturación anual de 50 mil millones de dólares y el 80% del capital controlado por la cuarta y quinta generación de las familias fundadoras), Estée Lauder, Levi Strauss, el grupo sueco de tamaño medio Wallenberg, Michelin, L'Oréal, Inditex (Zara), Fiat (4ª generación), El Corte Inglés, Benetton, etc.; aunque la mayoría de ellas están administradas por gestores profesionales.

También son empresas familiares Seagram, Pernod Ricard, Remy Cointreau; los productores de champagne más importantes de Francia y la mayor empresa de cerveza del mundo; Anheuser-Busch.

Frecuentemente suele identificarse a la EF con la pequeña y mediana empresa, sin embargo, los datos disponibles indican que también tienen una participación significativa dentro de las grandes empresas. En los Estados Unidos, por ejemplo, las EF representan el 40% de las 500 empresas más grandes según el *ranking* 2009 de la revista Fortune. En España, el Instituto de la Empresa Familiar (IEF) señaló en 2010 que el 17% de las 1000 mayores empresas de ese país son familiares.

En la Unión Europea existen 17 millones de EF, constituyen el 60% sobre el total de empresas; son el 25% de las 100 empresas más grandes y brindan 100 millones de empleos.

Un estudio realizado por el INSEAD de Suiza (originariamente el *European Institute for Business Administration*) sobre las 250 empresas más importantes de Alemania y Francia señaló que el 40% de ellas, están controladas por familias.

Tomando sólo Alemania, ese porcentual se elevaba al 52% y si se consideraba aquellas empresas que cotizaban en bolsa, el porcentaje de empresas controladas por familias se extiende al 32%.

Sintetizando, las EF sobre el total de empresas en Europa son 84% en Alemania (Klein 2002), 70% en Bélgica (Crijns 2001), 75% en España (Gallo y ot. 1995), 80% en Finlandia (Asmetx Geef), 74% en Holanda (Flören 1998), 85% en Italia (Gnan, Montemerlo 2002), 70% en Portugal (Reojo 1997), 70% en Inglaterra (Poutziouris 2001).

Asimismo, un puñado de empresas familiares ha alcanzado una longevidad notable; la empresa hotelera Hoshi de Japón dice tener una antigüedad que se remonta al año 718 y está hoy en manos de la 46ª generación de su familia fundadora.

La familia Beretta está aún haciendo armas después de 450 años, y el negocio familiar de vinos de la familia Antinori se remonta a 1351.

A comienzos de este siglo, todavía era un Cadbury de 6ª generación quien aún presidía la multinacional de confitería y bebidas refrescantes Cadbury-Schweppes.

En el John Lewis Partnership, aunque no ha habido un Lewis en el sillón presidencial desde 1993, la "visión" de John Spedan Lewis, que transfirió el negocio familiar a aquellos que trabajaban para él, aún aparecía intacta.

La firma "Hermès" que cotiza en Bolsa, facturó el año pasado 1.591,4 millones de euros y el 72% de su capital está controlado por descendientes (5ª y 6ª generaciones) de Thierry Hermès, fundador de la marca en 1837.

La creencia entre los herederos de esta casa es que el éxito de la compañía radica en un control financiero que desde el principio estuvo en manos

de los descendientes (26). No sería más “Hermès” si no perteneciera a la familia dicen los herederos.

Tienen más de 9000 empleados repartidos por todo el globo, aunque los artesanos están en su gran mayoría en suelo francés. Se forman durante un año y medio antes de comenzar a trabajar, aunque pasarán al menos siete años antes de que se les permita trabajar determinados materiales. Como los productos son artesanales, explican que tienen límites en el crecimiento, actualmente tienen 328 bocas de expendio en todo el mundo.

A fines de 1911, los herederos de “Hermès” crearon un *holding* familiar que reúne el 50,2% de las acciones, lo que presenta una protección en el caso de que alguno de los descendientes tenga intereses diferentes.

Una manera de evitar que alguien de la familia se convierta en su peor enemigo.

También “LATAM Airlines”, formada con las empresas brasileña TAM y chilena LAN, nacida en junio de 2012, está formada por dos grupos familiares. Constituye la línea aérea más grande de América Latina por tráfico y se trata de las familias Amaro y Cueto (*La Nación*, 9/7/2012, secc. 2, p. 2).

La participación de los Cueto en el sector aeronáutico comenzó con una pequeña empresa de carga “Fast Air Carrier SA. En 1994, Juan Cueto decidió tomar la aerolínea insignia de su país Línea Aérea Nacional de Chile, que luego se convirtió en LAN Airlines; los Cueto eran los accionistas mayoritarios de la aerolínea. En ese mismo año, LAN adquirió su mayor competidor en Chile LADECO SA, convirtiéndose en la mayor aerolínea de su país. Los Cueto comenzaron a conversar sobre una fusión con el fundador de TAM.

TAM lidera el mercado brasileño con una participación del 39%, según ANAC, la autoridad de aviación civil brasileña.

En nuestro país el 75% de la sociedad anónima importadora y exportadora de la Patagonia, que cumplió 100 años, está en manos de la familia Braun. El porcentual de EF en Argentina es del 75%; en Brasil, 90%; en Canadá, 45%; en Chile, 75%; en Colombia, 80%; en India, 65% (27).

(26) *La Nación*, 22/7/2012, p. 23.

(27) Fuente: *International Family Enterprise Research Academy* (IFERA). Se han efectuado algunas actualizaciones de LUCARELLI MOFFO, RICARDO, “La sociedad comercial como empresa familiar y sus conflictos”, *Revista Electrónica de Derecho Societario*, Número extraordinario 10º aniversario, octubre 2010, www.societario.com.

Estas estructuras generan una incidencia determinante en la economía de cada país, constituyen entre el 45 al 70% del PBI, un promedio del 75% de los puestos de trabajo en la actividad privada y el 90% de los canales comerciales. Véase Martínez

III. LA ESTRATEGIA DE INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS EF

Como es fácil prever, el contraste empírico confirma la existencia de una relación negativa entre propiedad familiar e internacionalización medida a través de la actividad exportadora (28).

En principio, las EF no parecen muy proclives a crecer en mercados internacionales: por falta de recursos financieros, inflexibilidad y resistencia al cambio de los líderes familiares, diferencia de objetivos, valores y necesidades entre empresa y familia, juntamente con los conflictos entre los sucesores y problemas psico-sociológicos, culturales y políticos.

Desde otro punto de vista, debe sumarse a lo anterior, que como es de conocimiento común la cualificación del personal directivo de algunas de estas empresas suele ser baja por dos motivos: a) para evitar la supuesta pérdida de control, prefieren emplear a miembros de la familia para ocupar los puestos directivos, y es posible que no dispongan de suficientes familiares cualificados o con experiencia internacional; b) las EF encuentran dificultades para atraer profesionales cualificados, debido a su naturaleza poco estructurada (29), a lo que se suma la dificultad de implementar una carrera profesional plena en competencia con los miembros de la familia.

Adicionalmente, el deseo de independencia dificulta la obtención de información sobre los mercados internacionales, por lo que la incertidumbre provocada por este tipo de actividades será alta, al igual que el riesgo percibido en la expansión internacional.

Naturalmente, las características del propietario de la empresa intervienen en la decisión de internacionalizarse. La formación que posea, la experiencia, los idiomas que maneje, así como el tiempo pasado en el extranjero facilitarán la expansión internacional.

Es previsible que la 2ª generación esté mejor preparada para este evento, lo que animará el proceso de expansión.

Echezárraga, Universidad Adolfo Ibáñez (Chile), citado por BARUGEL, ERNESTO A., "La gobernanza en las empresas de familia. Un código de buenas prácticas para la supervivencia", UCEMA, 2005, en www.cema.edu.ar.

(28) Es un dato concreto que muchas sociedades de familia son micro, pequeñas y medianas empresas, pero también otras son sociedades cotizadas y abiertas al público inversor. En nuestro medio la mayoría de las escasas sociedades autorizadas a cotizar sus acciones en mercado de valores están identificados con grupos o familias fundadores de esas empresas.

Ver MARSILI, MARÍA CELIA (dir.), *Mercado de Capitales. Régimen de las emisoras*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2003

(29) El nivel tecnológico es un posible factor de rigidez ante la internacionalización.

La resistencia a operar con o en el extranjero, provocada por la carencia de experiencia y cultura internacionales dentro, de la familia puede ser más fuerte en EF de 1ª generación, que cuando el control pasa a los hijos o los nietos del fundador.

Para compensar la falta de recursos, la EF puede optar por acumularlos ella misma, aunque también tiene la posibilidad de conseguirlos de otras empresas, mediante el establecimiento de relaciones estables entre ellas.

Estas relaciones pueden ser accionariales, como ocurre cuando se abre el capital de la EF a accionistas externos, o de cooperación, mediante el establecimiento de alianzas estratégicas.

La empresa familiar que tiene accionistas externos mejora sus posibilidades de desarrollar una cartera de recursos, o de acceder a los de sus socios, como capacidad de dirección, tecnología, canales de distribución o conocimientos comerciales. Estas empresas estarán en condiciones de acceder a la financiación y garantías para obtener fondos en el mercado.

Otra consideración es que, la posesión de rutinas y conocimientos especializados en gestión en exportaciones es básica y para obtenerlos, la empresa debe dedicar tiempo y esfuerzos, que ahorrará si un tercero se los proporciona.

Como es obvio, debido a la exigencia del accionista externo, la EF se encuentra obligada a gestionar su negocio de una forma más profesional. Ello hace que no puedan mantenerse estructuras ineficientes o muy centralizadas y pueda vencerse la entropía a la que tienden muchas EF, asegurando su supervivencia.

IV. LA FORMA JURÍDICA

Diversos aspectos del derecho privado vienen a condicionar el desarrollo y la sucesión de la EF, produciendo desajustes originados por el hecho de que aquellas normas no tenían previsto total o parcialmente, su aplicación a campos empresariales.

Tales desfases vienen producidos no sólo porque la realidad y los cambios socioeconómicos han llevado a una cierta obsolescencia de la normativa jurídica civil, sino también porque se está aplicando a supuestos que el legislador entendió que quedaban al margen de determinadas ramas del derecho, pero ahora dichas normas se están aplicando al campo empresarial.

De otro lado, como bajo el nombre de EF involucramos una realidad que va desde la pequeña empresa que no adopta forma societaria a aquella transnacional y de gran volumen, que sí utiliza formas societarias, es

lógico que la normativa del derecho privado y concretamente del derecho civil, produzca problemas (30).

En este orden de ideas, es importante la modernización de los pactos sucesorios y de los testamentos como instrumentos jurídicos para disponer la herencia del causante; pacto sobre herencias futuras (en el derecho inglés es sobradamente conocido que no existe legítima), de las indivisiones sucesorias, modificaciones en los regímenes gananciales, capitulaciones matrimoniales, fideicomisos testamentarios, etc.

Mantener a la empresa unida será muy difícil ante la necesidad de respetar la legítima y el principio de igualdad de la partición (31). *Ergo*, la EF va a tener que luchar en su desarrollo contra una serie de normas que se redactaron ajenas a las circunstancias que rodean esta realidad empresarial.

Ciertamente, la adopción de una forma societaria por parte de los empresarios, se debe al interés de limitar la responsabilidad de sus propios patrimonios, pero, una vez adoptada la forma societaria, choca con los principios con los que el legislador reguló las sociedades y los intereses de las EF. La falta de adaptación de la ley societaria y el ordenamiento civil a las EF y las fricciones derivadas de su naturaleza requieren la adopción de medidas que suponen el ajuste en materia de estatutos sociales, permitir la inscripción registral del protocolo familiar, las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, limitaciones al derecho de voto, las prestaciones accesorias, etc.

En la doctrina comparada se menciona la posibilidad de introducir un régimen de partes o de bonos de fundador, que otorguen determinadas ventajas a los miembros del núcleo familiar, profundizar el régimen de las acciones sin voto con el objeto de asegurar al grupo familiar el mantenimiento del control empresarial, regular un nuevo régimen de usu-

(30) En el año 2006, Italia modificó su legislación admitiendo una modalidad de pactos sobre herencia futura, denominados "pactos de familia", dando validez excepcional a los contratos sobre herencias futuras para disponer de la EF. La posibilidad de disponer de bienes y transmitirlos en vida por causa de muerte, se introduce en el *código*, como una excepción a la regla general de la nulidad de los pactos sobre herencia futura que sigue proclamando el art. 458.

Después de la reforma de 2006, los nuevos apartados segundo a octavo del art. 768 del *código* establecen el régimen jurídico para el *patto di familia* que se define como el contrato mediante el cual el empresario transfiere, en todo o en parte su patrimonio empresarial (*l'azienda*) o por el que el titular de participaciones societarias transfiere en todo o en parte, la propia cuota a uno o más descendientes; siempre con respecto a las normas sobre empresa familiar y a los distintos tipos de sociedad -art. 768, bis- (MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MARÍA, "Admisión de pactos de familia en derecho italiano después de la reforma del Código Civil", 2006, legge 14 de febbraio 2006, núm. 55 recante "Modifichie al Codice Civile in materia de patto di familia", GUN, 50 del 1/3/2006).

(31) MEDINA, GRACIELA, "La empresa familiar", La Ley, 2010-E-920

fructo de acciones, cambiar el derecho de suscripción preferente para flexibilizar la posibilidad de su exclusión, simplificar los procedimientos de fusión y escisión de sociedades, modificar la disolución y liquidación de sociedades, etc.

También sería deseable establecer un sistema fiscal especial para las EF (como tienen numerosos países de la UE) con mejora del impuesto a las donaciones y eliminación del impuesto al patrimonio y un sistema de arbitraje o mediación específico para la resolución de los problemas que puedan plantearse a nivel de la propiedad de las EF y los conflictos que puedan surgir entre la familia o familias propietarias y la propia empresa.

De su lado el Estado debería contribuir a mejorar la inversión en I + D, en servicios básicos, fibra óptica y telecomunicaciones.

Respecto a su regulación jurídica, existe entre distintas opciones posibles la de sujetar la EF a las reglas de la sociedad mercantil. No creemos adecuado acordar un específico tipo legal para la sociedad familiar, por cuanto carece de caracteres diferenciales, sustanciales y suficientes, como para identificarla con determinada tipología.

El proceso de constitución de una EF y la elección de su fórmula jurídica pueden estar condicionados —al igual que cualquier otro tipo de empresa— a su tamaño, necesidades financieras, número de socios, etcétera.

Desde el punto de vista societario mercantil, la empresa puede presentar —entre otras— un estándar básico: la empresa formal, estructurada alrededor de un tipo social reconocido legalmente, y organizada bajo una constitución familiar reguladora de las relaciones entre empresa y familia (32).

Entendemos que las estructuras societarias que más se acomodan a las necesidades del instituto son la SRL, la SA y la sociedad unipersonal (en el caso eventual de que ese tipo sea amparado en nuestro ordenamiento jurídico).

(32) Además de los órganos de gobierno societarios, que se regirán por las normas legales correspondientes al tipo social, la EF puede utilizar otros órganos paralelos que contribuirán de manera eficaz a la viabilidad de la empresa; vgr. el consejo de familia, que debería estar integrado por representantes de todas las ramas y generaciones familiares, con independencia de que trabajen o no en la empresa. Sus funciones principales son: 1) dirigir y organizar la sucesión en la empresa, 2) resolver los problemas que se susciten entre la familia y la empresa, 3) proteger los intereses de los miembros de la familia que no trabajen en la empresa, etc.

Como es obvio, la autonomía de la voluntad tiene dos límites: el primero es que no se afecten derechos de terceros (arts. 1195, 1197 y 1198, CC) y que no atente contra la tipicidad societaria (art. 17, LSC) (33) sea cual sea la fórmula jurídica.

Es común que los autores afirmen que este tipo de empresas por sus particulares características sufren determinadas limitaciones (34), que se ponen de manifiesto con el crecimiento de la empresa y se convierten en críticas en el momento de la sucesión.

En los países de economía libre, las empresas de socios familiares constituyen el entramado básico de la actividad nacional y son los principales agentes de generación de riqueza.

La contribución de la EF a la estabilidad del empleo es una de sus principales características, ya que las relaciones laborales adquieren matices privilegiados de continuidad y confianza, con independencia del tamaño de la empresa.

V. FALTA DE UNANIMIDAD SOBRE LA ESPECIFICIDAD DE LAS EF

De todos modos, no puede olvidarse —reitero— las tentativas doctrinarias de corrección que todavía no arrojan consenso sobre cuáles son los parámetros que delimitan el concepto de las EF, si bien existe mayor concientización en torno a la exclusividad y especificidad del mismo.

Ya Handler (1989) apuntaba a tal falta de unanimidad, como uno de los aspectos metodológicos que obstan al desarrollo de este campo de estudio, a fin de mejorar la calidad y el rigor científico de las investigaciones de este tipo de empresas.

Como anticipamos, sólo si el concepto de EF que utilicemos es operativo, puede ser de utilidad, contribuyendo a salvar uno de los principales

(33) La Exposición de Motivos del Real Decreto español 71/2007, después de manifestar que no es su propósito regular el contenido del protocolo familiar, añade que “será configurado por la autonomía de la voluntad, como pacto parasocial... sin más...(límites)... que los establecidos con carácter general en el ordenamiento civil y específicamente en el societario”.

(34) En materia financiera: 1) dificultad para incorporar socios externos, 2) carga financiera para la recompra de acciones de familiares, 3) dificultad para vender acciones propias.

En materia de gestión existen posibles conflictos por interferir la propiedad del capital con la capacidad profesional de dirigir: 1) personas no cualificadas en puestos de responsabilidad directiva, 2) limitaciones a la incorporación de nuevas tecnologías, distintos intereses entre accionistas, dificultades de relación entre gestores y familiares.

escollos que se encuentran cuando se pretende investigar a estas empresas.

Cabe acotar bajo parámetros y criterios propios y objetivos, la población de EF que vaya ser estudiada, lo que a su vez redundara en una disminución de la generalización y comparación de los resultados obtenidos.

Las distintas definiciones que han ido surgiendo de EF han centrado la mayor parte de su contenido semántico en distintos aspectos.

Son numerosos los investigadores que han fundado sus definiciones en dos aspectos muy concretos. De un lado, en quién o en quiénes controlan la propiedad del capital y de otro, los que basan sus definiciones en el grado de implicación de la familia en la dirección empresarial, o en el potencial con que cuenta la empresa para una posible transmisión generacional, entendida como la disponibilidad de miembros de la familia para que, llegado el caso, pueda tener lugar un relevo generacional.

MELISSA SHANKER y JOE ASTRACHAN (1996) clasifican las distintas definiciones vertidas en función del grado de inclusión, distinguiendo entre: 1) amplias, 2) medianamente restrictivas, y 3) estrictas.

Las *amplias* requieren que la familia propietaria, tenga algún control efectivo sobre la orientación estratégica, y que exista al menos cierta intención de que el negocio continúe en la familia.

Las *restrictivas intermedias* incluyen todos los requisitos de las amplias pero, además, requieren que el fundador o sus descendientes estén al frente de la empresa. Sólo estarían dentro de esta definición todas aquellas empresas en las que al menos un miembro de la familia esté directamente implicado en las operaciones del día a día de la misma.

Las *restrictivas*, en cambio, requieren que haya más de una generación familiar participando del negocio. Y que exista una implicación directa de la familia propietaria en la gestión de la EF, con más de un familiar con claras responsabilidades de dirección.

Ante la abrumadora cantidad y variedad de definiciones de EF, consideramos oportuno, con carácter previo a determinar que entendemos nosotros por EF, hacer una revisión de la literatura especializada, agrupando las definiciones en torno a dos categorías genéricas. Primero, consideraremos una dimensión en la que incluiremos únicamente las que se apoyan sólo en un aspecto para delimitar el concepto; luego, una segunda categoría en la que incluiremos las que lo hacen en más de una.

a) Definiciones unidimensionales

El conjunto de definiciones con cabida en este subgrupo podemos estructurarlo a su vez, dependiendo de cuál sea el aspecto utilizado para acotar el concepto de EF. Así, distinguimos los siguientes: definiciones que apuntan a la propiedad, definiciones dirigidas a la dirección o ges-

ción, definiciones centradas en el grado de participación e implicación de la familia, definiciones centradas en la posibilidad de un relevo generacional.

b) Definiciones centradas en la propiedad

Este grupo se caracteriza por utilizar la dimensión propiedad como elemento fundamental de soporte semántico. Todas ellas aluden al control de la propiedad de capital de la empresa por parte de la familia.

c) Definiciones centradas en la dirección

En este caso es la dimensión dirección la que sustenta la mayoría de las definiciones incluidas en este grupo.

d) Definiciones dirigidas al grado de participación o implicación de la familia

Las definiciones de este grupo inciden en la interrelación (35) existente entre la familia y la empresa, origen de una participación activa de la familia en el devenir del negocio (36).

e) Definiciones centradas en la existencia de un relevo generacional

En este grupo incluimos cuatro definiciones. La primera propuesta por Donnelley (1964) caracteriza a una empresa como familiar, cuando ésta fue claramente identificada con al menos dos generaciones familiares resultando de este vínculo una mutua influencia entre la política de la compañía y los intereses objetivos de la familia. La segunda mantenida por Churchill y Hatten (1987) afirma que lo que normalmente entendemos por EF. responde al hecho de que un miembro joven de la familia, asuma el control del negocio familiar de manos de sus ascendientes, o bien la anticipación de esta circunstancia. En la tercera, Sharma (1997) explica que la EF. es aquella gobernada o dirigida sobre la base de una potencial transferencia generacional, esto es, orientada a mantener el negocio en manos de los miembros de una misma familia. Finalmente, Tan y Fock (2001), aunque no hacen alusión expresa en su definición a la

(35) La empresa familiar suele ser sentida no como un nuevo negocio, sino como un legado recibido de los mayores. Esta característica aumenta la capacidad de resiliencia, en tanto proceso dinámico que implica una adaptación positiva dentro de un contexto adverso.

(36) La complejidad de manejar las lógicas relacionales y evolutivas en simultáneo, teniendo en cuenta los intereses de la empresa y de la familia es evidente.

existencia de un relevo generacional, dejan constancia implícita de tal condición.

f) Definiciones multidimensionales

Dentro de este grupo distinguimos a su vez dos subgrupos. El primero toma definiciones que utilizan para definir la EF. los aspectos de la propiedad y la dirección. El segundo, en cambio, es abarcativo de definiciones sustentadas en los dos aspectos ya comentados de propiedad y dirección y un tercero adicional.

g) Definiciones centradas en la propiedad y en la dirección

En este sentido Rosenblatt (1985), entiende que cualquier negocio en el que la mayoría de la propiedad o control residen en una sola familia y en la que dos o más miembros de ella están en algún momento directamente implicados en él, es una EF.

h) Definiciones centradas en la propiedad en la dirección y en una tercera dimensión

Con esta óptica, Ward (1987) define la EF como aquella que fue transferida, tanto desde el punto de vista de la propiedad como del control a la siguiente generación; Handler (1989), como una organización cuyas decisiones de mayor importancia, así como los planes para la sucesión en el liderazgo, están influidos por los miembros de una familia, que la dirigen y que controlan la propiedad.

Compartimos la idea de la necesidad de que exista cierta voluntad de continuidad y de traspaso del negocio a generaciones posteriores a la que actualmente controla el capital y dirige sus designios. Ahora bien, la ausencia de un relevo generacional ya consumado satisfactoriamente no es —a nuestro juicio— un indicador definitivo de ausencia de voluntad de continuidad familiar del negocio.

Es frecuente que las EF en sus inicios sean al 100% de capital y dirección de la familia; luego a medida que la empresa crece, y superado el relevo generacional, suele ocurrir que si bien la propiedad del capital continúa siendo 100% familiar, la dirección efectiva de la misma va progresivamente profesionalizándose, llegando a medida que se van consumando los relevos familiares a encontrarnos con empresas familiares, en que la presencia de la familia en la dirección efectiva del negocio es mínima o nula.

En estados evolutivos más avanzados, nos encontramos EF que han permitido parcialmente la entrada de capital no familiar en el negocio, sin perder el control efectivo de la propiedad del mismo.

Abundando en la taxonomía de las EF, exponemos la tipología de Gallo (1993), quien distingue cuatro tipos de EF: 1) empresa de trabajo familiar, 2) empresa de dirección familiar, 3) empresa familiar de inversión, y 4) empresa familiar coyuntural.

1) *Empresa de trabajo familiar*

Como se advierte sería aquella en la que los propietarios tienen voluntad de permanecer unidos en la propiedad, y en la que se promueve que todos los miembros de la familia que lo deseen trabajen en ella.

2) *Empresa de dirección familiar*

Sería esa en la que los propietarios tienen voluntad de continuar vinculados en la propiedad, pero se distingue de la anterior, en que se busca que sólo trabajen en ella los miembros más capacitados para la actividad empresarial, ocupando cargos de responsabilidad como miembros del consejo de administración o del equipo de alta dirección.

3) *Empresa familiar de inversión*

Es donde los miembros de la familia están unidos para hacer inversiones de negocios, consistiendo su trabajo en la EF principalmente en la adopción de decisiones de inversión y control.

4) *Empresa familiar coyuntural*

Aquí, los miembros de la familia están vinculados como propietarios, por circunstancias históricas de herencia y no por su manifestación de voluntad positiva.

Si por un cambio de coyuntura tuvieran oportunidad de vender sus acciones o participaciones, o asociarse con terceros, en condiciones económicas adecuadas, lo harían sin preocuparse por la falta de continuidad del nexo que unió la empresa y su familia.

Ya hemos advertido las dificultades que plantea la ausencia de una definición integradora y operativa de EF. Paralelamente propondremos un criterio que, a nuestro juicio, permite distinguir a las empresas familiares de aquellas otras que no lo son.

A nuestro entender "Una EF es aquella en la que los miembros de una misma familia tienen una participación suficiente en el capital para dominar las decisiones propias del órgano de representación de propietarios, tenga éste carácter formal o legal o por el contrario sea de naturaleza informal, y en la que, existe el deseo o la voluntad de continuidad

del negocio en manos de la siguiente generación familiar, y de transmitir los valores familiares” (37).

En el año 2009, dos instituciones internacionales, el Grupo Europeo de Empresas Familiares (Bruselas) y el *Board del Family Business Network* (Milán), aprobaron una definición de EF. Una compañía tenga el tamaño que tenga es EF, si se cumplen cuatro requisitos:

- 1) La mayoría de los votos son propiedad de la persona o personas de la familia que fundó o fundaron la compañía; o son propiedad de la persona que tiene o ha adquirido el capital social de la empresa; o son propiedad de sus esposos, padres, hijo(s) o herederos directos del hijo(s).
- 2) La mayoría de los votos pueden ser directos o indirectos.
- 3) Al menos un representante de la familia o pariente participa en la gestión o gobierno de la compañía.
- 4) A las compañías que cotizan en bolsa se les aplica la definición de EF a la persona que fundó o adquirió la compañía (su capital social) o sus familiares o descendientes poseen el 25% de los derechos de voto.

VI. DE LA SOCIEDAD FAMILIAR A SU CONSTITUCIÓN POR SOCIEDADES DE UN SOLO SOCIO

Los países que mayor rechazo han manifestado hacia las sociedades unipersonales —desde hace años— han abrogado su posición.

En la unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación ordenada por ley 24.032, vetada por el Poder Ejecutivo, decreto 2719/1991, se posibilitó la constitución de sociedades comerciales (SRL o SA) sobre la base de la declaración unilateral de voluntad, incorporando a nuestro régimen jurídico las SU, originarias o devenidas, aceptando su viabilidad negocial, estructural y organizativa. En las primeras, el socio único debía ser una persona física y en las SA podía ser una persona física o jurídica.

Esta ley propuso la reforma del art. 1° de la ley 19.550 en los siguientes términos: “Habrà sociedad a los fines de esta ley cuando una o más personas, en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en su capítulo II se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. Las disposiciones de esta ley sólo se aplican a los tipos legislados en su capítulo II”.

(37) VALLEJOS MARTOS, M. C., “Cuando definir es una necesidad. Una propuesta integradora y operativa del concepto de empresa familiar”, *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, Universidad de Vigo, España, 2005, vol. 11, N° 3, ps. 151-171.

La ley vetada autorizó el negocio jurídico unilateral constitutivo, el que queda abierto en relación a nuevos sujetos que pudieran incorporarse instituyendo el principio de libertad corporativa con creación de la personalidad jurídica o centro de imputación diferenciada.

La categorización permitía la constitución de una SA o una SRL, con un solo socio y posterior incorporación de otros -y a la inversa- sin modificar el tipo ni necesitar transformación.

También el Anteproyecto de reformas a la Ley de Sociedades Comerciales (38), elaborada por la Comisión de Juristas designada por resolución 465/1991, introducía un art. 1° semejante (39).

VII. ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN DEL 2012, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES. DECRETO PRESIDENCIAL 191/2012

La Comisión creada por decreto 191/2012 envió un proyecto con reformas enviado el 27/3/2012 a la Presidencia de la Nación, pero luego nuevas modificaciones y ajustes fueron efectuados en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

El Proyecto original proponía receptor la sociedad unipersonal de un modo bastante parecido al Proyecto de 1998 (40).

“Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.

(38) Modificaba las leyes 19.550, 17811 y 20.891, proponiendo derogar la 22.168.

(39) Ver Proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades Comerciales, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993

(40) La regulación propuesta en 1998 proponía que a) las sociedades de un solo socio podían constituirse bajo la forma de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada (art. 2°); b) las sociedades unimembres debían constituirse en todos los casos por instrumento público (art. 4°); c) el capital subscripto debían integrarse siempre en el acto constitutivo o en la oportunidad de decidirse su aumento (arts. 149 y 187); d) la sociedad de un sólo socio no podían ser socias de otra sociedad unipersonal (art. 30); e) estas sociedades necesitaban sindicatura obligatoria (arts. 158 y 284); f) los créditos del socio único respecto a la sociedad resultaban créditos subordinados respecto al resto de los acreedores sociales (art. 150); g) la sociedad unimembre no votaba en las asambleas del socio único que fuera a su vez sociedad (art. 33); h) el socio único no podía compensar los daños causados con ganancias obtenidas, si es que había puesto en peligro la solvencia o la viabilidad de la sociedad de un solo socio (art. 54, párr. 3°).

La sociedad unipersonal sólo se podrá constituir como sociedad anónima. La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal.

La Comisión propuso modificar el art. 1° de la LSC disponiendo que “Hay sociedad si una o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. Si el tipo social prevé dos clases de socios, los socios deben ser dos o más”.

Señalaron los autores del Proyecto que consideran conveniente dejar esa norma en el ámbito societario, en tanto y en cuanto, se trata de un fenómeno fundamentalmente societario que no se presenta en las asociaciones, fundaciones o en otras personas jurídicas privadas que no son sociedades (41).

Es interesante señalar que, como en el Proyecto original se constituía una norma que si bien acepta y regula la sociedad unipersonal, se lo hace como una “figura de peligro”.

En la propuesta original de la Comisión de Reformas en las sociedades irregulares o de hecho, el contrato podía ser invocado por el socio único para ser oponibles a terceros, si probaba que los terceros lo conocían al tiempo de la contratación o del nacimiento de la obligación y también podía ser alegado por terceros contra el socio único.

Discrepamos con esta solución, así como toda posibilidad de constituir la sociedad unipersonal con las características de una sociedad irregular o de hecho.

Se ha dicho -con razón- que lo anterior, posibilita que el socio único regule de acuerdo con su arbitrio el régimen de responsabilidad respecto de los terceros sea de una manera puntual o genérica (42).

El Anteproyecto evita una regulación más puntual, por cuanto se dice que podría obstaculizar la utilización del instituto. Afirmación con la que coincido como puede observarse en los Anteproyectos en que participé: el Código Civil Unificado, sancionado por ambas Cámaras del Congreso y luego vetada por el Ejecutivo (decreto 2719/1991) (43), el Pro-

(41) El Anteproyecto proponía suprimir la denominación de sociedades comerciales para pasar a ser directamente sociedades, al eliminar la distinción entre sociedades civiles y comerciales.

(42) VÍTOLO, DANIEL R., “Las sociedades unipersonales y la reforma de la ley 19.550”, *La Ley*, 28/5/2012, p. 6.

(43) Fue el primer trabajo global de unificación en la legislación civil y comercial de la Argentina y posibilitó la constitución de sociedades sobre la base de la declaración unilateral de voluntad incorporando las sociedades de un sólo socio como sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, originarias y sobreve-

yecto de Unificación de la legislación Civil y Comercial (44) sancionado por la Honorable Cámara de Diputados el 3/11/1993 (45), el Proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades Comerciales (res. 465/1991 (46) del MJ) y el Proyecto de Reformas a la Fiscalización Estatal de Sociedades (res. 28/1991 del MJ).

VIII. MODIFICACIONES AL ANTEPROYECTO REALIZADAS POR EL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Con carácter previo a que el Poder Ejecutivo remitiera la iniciativa al Congreso, se introdujeron múltiples reformas al Anteproyecto en materias varias, pero trataremos el aspecto relacionados con la sociedad de un solo socio.

nidas, aceptando su viabilidad negocial, estructural y organizativa. En las SRL el socio único podía ser una persona física en las SA podía serlo una persona física o jurídica. Este proyecto concibió la sociedad como un recurso técnico personificante, no engendrada necesariamente por un contrato, pues su creación puede obedecer a un acto unilateral de voluntad, que determina el tipo societario elegido y las relaciones de organización internas.

(44) Al igual que todos los Anteproyectos, éste recepta las sociedades de fundación unipersonal por una persona física o jurídica (ver Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1994). Fue redactado por la Federación Federal de Juristas designada por la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados en 1992.

En la reforma del art. 1° de la Ley de Sociedades encontramos tres cambios: a) se eliminó la referencia a la sociedad comercial conforme a las pautas de unificación legislativa, dentro de las que se enmarca el proyecto; b) se suprime que la sociedad debe constituirse -para ser tal- "conforme con uno de los tipos previstos por esta ley"; pues tal expresión no resultaba ajustada a la realidad, desde que la ley 19.550 reconocía sociedades carentes de tipificación estricta (vgr. sociedad de hecho e irregular).

(45) La comisión de 2012, fue a mi juicio -equivocadamente- más allá de lo que habían ido los proyectos anteriores que limitaban la sociedad unimembre a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Ahora no requiere tipos especiales sino que libera el tipo, salvo que se requieran "...dos clases distintas de socios". La innovación no es fútil, porque quedarían incluidas las sociedades irregulares o de hecho, que podrían funcionar como sociedades de un solo socio (sociedades del Cap. IV); *ergo*, se permitiría incluir en este tipo social a entes que omitan requisitos esenciales o que no respeten formalidades exigidas legalmente.

(46) En su título I, capítulo I, art 1°, define la sociedad: "Habrá sociedad a los fines de esta ley cuando una o más personas, en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en el capítulo II de este título primero, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, o a la inversión, participando de los beneficios y soportando las pérdidas".

Las disposiciones de este capítulo sólo se aplican a los tipos legislados en el capítulo II de este título I, es decir que sólo las sociedades de responsabilidad limitada y las anónimas pueden ser constituidas por una sola persona física o jurídica".

La última reforma —hasta la fecha de redacción de este trabajo— habiéndose dispuesto que:

1. La sociedad unipersonal sólo se puede constituir bajo la forma de sociedad anónima (art.1°).
2. La sociedad unipersonal sólo puede ser constituida por instrumento público y en un acto único (art. 165).
3. En el caso de constituirse una sociedad unipersonal, ésta deberá contener la denominación “sociedad anónima unipersonal” o su abreviatura (art.1°)
4. La sociedad unipersonal no puede ser constituida por otra sociedad unipersonal (art. 1°).
5. La reducción a uno del número de socios no acarrearía la causal de disolución. Se impone así la transformación —*de pleno derecho*— de las sociedades en comandita simple o por acciones, de capital e industria y sociedades de responsabilidad limitada, si no se decidiera otra opción en el plazo de tres meses (art. 94 bis).
6. La sociedad anónima unipersonal debería contar con *sindicatura colegiada en número impar* (art. 299, inc. 7°, LSC), y *estar sometida a fiscalización estatal permanente*. Este último aspecto es (47) simplemente un dislate.

Las modificaciones introducidas por el Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos a nuestro entender implica un amplio retroceso, resultando inconsistente si la comparamos con la práctica y la legislación comparada (48).

No atisba la realidad sustantiva, ni sincera el orden legal. El orden jurídico debe impartir impulsos o incentivos posibles al cuerpo social, toda vez que asume la función de instrumentario de órdenes factibles. Aquí sólo se demuestra un avance disfuncional del voluntarismo y del estatismo a todas luces de contramano con la experiencia mundial en los países occidentales (49).

Parece olvidarse que la estandarización legislativa del derecho de sociedades es un fenómeno incitado por la mundialización de los merca-

(47) Ninguno de todos los anteproyectos que se han sucedido después del de 1987—y tampoco éste— imponían esa intensificación de controles arbitraria y seguramente ineficaz.

(48) Ver VÍTOLO, DANIEL R., ob. cit., p. 7.

(49) Ver *in extenso* PIAGGI, ANA I., *Estudios sobre la sociedad unipersonal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997.

dos y no es la primera vez que la presión de los mercados fuerza la uniformación del derecho.

Desde nuestro punto de vista, sería más acertado mutar la reforma propuesta conforme a los antecedentes emergentes de los antecedentes proyectos patrios y de la más reconocida legislación comparada; los que han sido suficientemente debatidos aquí y en el exterior.

IX. PROTOCOLO O CONSTITUCIÓN FAMILIAR

Superados los prejuicios tradicionales contra la legalidad de los pactos extraestatutarios, nos aproximaremos al anclaje societario del compromiso parasocial denominado en muchos países como "constitución familiar".

Esta práctica de gestión empresarial se gestó en los EE.UU. en las dos últimas décadas del siglo pasado bajo la fórmula de *family agreement* o *family constitution* (50).

Estos códigos de conducta en la forma de *family business statements* se representan en la *family agreement/constitution* o *family business protocol* (51).

Desde una perspectiva estrictamente societaria, en la práctica norteamericana los pactos concluidos entre los miembros de una familia en relación con una sociedad encuentran tratamiento jurídico bajo el marco de los *shareholders agreements*, típicos de las sociedades cerradas (*close corporation*).

En la evolución legal, jurisprudencial y doctrinal de ese país se tiende a favorecer la eficiencia de estos pactos que nosotros conocemos -con terminología italiana- como parasociales, asegurándose su oponibilidad a terceros, siempre que se encuentre asegurada su publicidad.

En similar sentido, la Ley de Sociedades canadiense (*Canada business corporations act -CBCA-*) regula los pactos unánimes entre accionistas (*unanimous shareholders agreements, section 146 CBCA*). Éstos forman

(50) Véase el portal del *Family Consulting Group*, en www.efamilybusiness.com, en el ámbito internacional el *Family Business Network*, en www.fbn-i.org. También el *European Group of Owner Management and Family enterprises*, en www.geef.org. La *Associazione delle Aziende Familiari*, en www.iefamiliar.com y, la asociación madrileña de la empresa familiar, en www.efamiliar.org.

En el 2002, *Survey of American Family Business*, puede observarse que el 35% de las empresas familiares en EE.UU. estaban con alguna forma de protocolo familiar (*Family Agreement*). Confr. 2002, *American Family Business Survey*, *Raimond Institute, New York*.

(51) Es de interés la *Family Business Review*, de periodicidad trimestral, publicada por el *Family Firm Institute, Inc.*

parte de las reglas de funcionamiento interno de la sociedad, como si se tratara de reglamentos o estatutos y, si se hacen constar en el mismo documento de la acción, ya sea por referencia suficiente o por reproducción de su contenido; sujetan al tercero adquirente en las mismas condiciones que el pacto (*constructive party*). Si no se han cumplido estos extremos el derecho norteamericano concede que el tercero adquirente de buena fe tiene derecho a la rescisión del contrato.

En España al igual que en Italia, el uso del protocolo familiar (52) ha sido bastante extendido a partir de la última década del siglo pasado; la práctica se importó de Francia (*pacte de famille*) y fue la doctrina francesa la primera en afirmar la "contractualidad" de lo "extra estatutario".

Tanto la doctrina gala como la mayor parte de la comparada tienen en vista la continuidad de la EF en caso de sucesión en la misma, dado la recia oposición del derecho civil francés, belga, luxemburgués (entre otros), a reconocer validez jurídica a los pactos sobre herencia futura.

La primera referencia expresa al protocolo familiar efectuada en un texto legal fue en el Derecho de la Unión Europea, relativo a la transmisión de PYMES (53).

(52) Es un documento con significación jurídica diversa, con alto grado de atipicidad. Se lo ha definido como: un acuerdo marco de naturaleza jurídica compleja, firmado entre familiares socios de una empresa, actuales o previsibles para el futuro, con la finalidad de regular la organización y gestión de la misma, así como las relaciones económicas y profesionales entre la familia, la propiedad y la empresa, para dar continuidad a ésta de manera eficaz, a través de las siguientes generaciones familiares.

(53) Después de la recomendación de la Comisión 94/1069/CE del 7/12/1994, que habla críticamente sobre la necesidad de "introducir en la legislación nacional cuando no se haya resuelto la posible contradicción entre el contrato de sociedad y las disposiciones testamentarias o las donaciones, una disposición que establezca que el contrato de sociedad prevalece sobre los actos unilaterales de uno de los socios". La misma Comisión patrocinó la celebración de un simposio en Lille -el denominado "*Forum de Lille*"- los días 3 y 4 de febrero de 1997, con la finalidad de analizar los distintos progresos realizados por los distintos Estados miembros en la materia.

Las recomendaciones del simposio incluían entre otras, adoptar medidas legislativas tales como la supresión de formas del derecho de sucesiones que dificultan la sucesión de la empresa, con implícita referencia a soluciones de la práctica privada conocidas en derecho de los negocios como *pactes d'entreprise* o protocolos familiares.

La comunicación de la Comisión de las pequeñas y medianas empresas del 28/3/1998, al hacer una evaluación de la situación de los Estados miembros, es la primera que menciona en un texto comunitario en lugar preferente a los "pactos de empresa" y "protocolos familiares"; con el fin de paliar las consecuencias de la prohibición sobre la futura sucesión (ap. 4.d). Véase FERNÁNDEZ DEL POZO, LUIS, "El protocolo familiar", Cuadernos Civitas, Thomson-Civitas, Ed. Aranzadi, 2008.

Parece evidente que en nuestro derecho, mientras no se plantee un cambio en el sistema sucesorio, ganancial, fiscal, sobre la legítima, etc. no podrá afrontarse adecuadamente el problema de la conservación, continuación y transmisión de la EF.

El PF es un contrato potestativo (como también debería ser potestativa su publicidad) (54) y multilateral; constituido por miembros de la familia -socios o no de la EF-, consanguíneos o no. Tiene por finalidad asegurar la continuidad y buen gobierno de la EF.

Aquí sólo trataremos los protocolos (55) que se constituyen como un negocio jurídico complejo o si se prefiere compuesto de varios negocios jurídicos simples (56) (equivalentes de los *shareholders agreements* en el derecho norteamericano o los *protocole de famille* del derecho francés).

A mi entender, en el derecho argentino los protocolos de familia originales o revisados, firmados en tanto no sean contrarios a la ley, podrían ser obligatorios incluso frente a la sociedad y su instrumentación pública -ya sea por escritura pública o registro notarial- sería deseable que fuera tan potestativa como su publicidad.

Su origen es voluntario o negocial, como el resultado de una asociación voluntaria de personas (57), sin perjuicio que pueda aceptarse en teoría un protocolo unipersonal. Se trata de fijar lo que la doctrina llama "relaciones horizontales" que, en el caso, configuran el marco básico de funcionamiento de la EF.

La doctrina española acepta la hipótesis de un protocolo familiar instrumentado a través de un negocio unilateral, como ocurre en el caso de

(54) FERNÁNDEZ, GIMENO - REYES, J. P. - LÓPEZ, M. J., "La empresa familiar", Valencia, 2000, ps. 199 y ss.

(55) La doctrina ha planteado la necesidad de abarcar el estudio de la problemática en torno a la EF desde un aspecto interdisciplinario, con el aporte de la sociología, la psicología, el análisis económico y también las ciencias jurídicas.

(56) La explicación habitual dirigida a los distintos grados de obligatoriedad del protocolo familiar parten de un protocolo sin fuerza legal (pactos de caballeros, a manera de códigos de conducta, de naturaleza metajurídica) que en la mayoría de los casos tiene un significado práctico más que escaso.

(57) Básicamente las situaciones mas relevantes son: 1) socios de la sociedad familiar y miembros de la familia que además trabajan en la empresa; 2) socios que trabajan en la empresa, pero no son miembros de la familia; 3) miembros de la familia que no son socios, pero que trabajan en la empresa; 4) miembros de la familia que son socios pero no trabajan en la empresa (FERNÁNDEZ DEL POZO, LUIS, "El protocolo familiar", ob. cit, p. 67. Para este autor normalmente quedarían fuera de su constitución las siguientes situaciones: 1) trabajadores en la empresa que no son socios ni miembros de la familia; 2) miembros de la familia que no son socios ni trabajan en la empresa; 3) socios que no son miembros de la familia ni trabajan en la empresa, aunque no necesariamente.

la cabeza de familia que prevé su futura sucesión y en relación a las sociedades del grupo familiar (que de aprobarse el Anteproyecto de Código Civil podrían ser unipersonales). Se ha invocado la posibilidad de que el causante incluya en su testamento disposiciones relativas al derecho de voto inherente a la EF, como ocurre en el derecho norteamericano con las *testamentary direction on voting of shares* (58).

Un dato importante es fijar la duración del contrato, pues de acuerdo con normas generales de nuestro derecho, la perdurabilidad ilimitada del protocolo familiar es imposible. No puede pactarse la imposibilidad de su denuncia ni interpretarse ante la falta de consignación de plazo con una duración ilimitada y sin reconocimiento del derecho de denuncia de buena fe de los firmantes.

Un protocolo típico puede ser aquel que luego del Preámbulo (que incluirá la historia y la axiología familiar) diga que se incluyen o que se excluyen los parientes afines, que se excluyen de la EF los que sólo tienen relaciones convivenciales, etcétera. Cabe incluir pactos marco de naturaleza estrictamente familiares: régimen económico matrimonial de los miembros de la familia, casados, educación, etcétera.

Un capítulo puede estar dedicado a determinar: a) *el ámbito subjetivo*, quiénes serán los firmantes, lo que se prevea para sucesores, adherentes, etc.; b) *el ámbito objetivo*, identificación de las sociedades que forman el grupo empresarial; c) *el ámbito temporal*: duración del protocolo, las mayorías que son necesarias para su reforma, previsión de su revisión periódica, etcétera.

Otro capítulo generalmente tratará de las regulaciones que prevean los órganos estrictamente familiares (consejo de familia, comité de seguimiento del protocolo, etc.).

Un capítulo referirá a la "propiedad de la EF", donde se precisará el régimen de acceso a la condición de socio, los derechos políticos y económicos, etcétera.

Un posible capítulo versará sobre la "conducta familiar", mediación, etcétera, y otro capítulo adicional quizá sobre las penalidades por incumplimiento del protocolo familiar.

El PF no sólo puede incluir previsiones de carácter parasocial; puede prever la composición y funcionamiento del órgano de administración de la empresa familiar, el cauce orgánico de intercomunicación entre el ámbito de lo estrictamente familiar y lo orgánico societario, puede suministrar la base contractual para la articulación de un grupo de sociedades, etc.

(58) Véase O'NEAL AND THOMPSON, "Close Corporations and LLCs", *Law and Practice*, 2004. Rev. 3a. ed., I, vol 5, nro. 39.

Como mínimo, cabe presuponer que es intención de las partes firmantes del PF, que en su relación recíproca como socio de la sociedad o sociedades familiares en cuestión, el contenido de dicho protocolo suministre una base interpretativa de los estatutos de dichas sociedades. En no pocas ocasiones, los tribunales tienen en consideración el sustrato asociativo "familiar" de la sociedad a los efectos societarios.

Lo dicho tiene efecto incluso en relación a la parte considerada menos jurídica del protocolo, como es lo concerniente al aspecto de la historia de la EF o a su axiología.

El protocolo puede servir como fuente externa (extra estatutaria) de interpretación de los estatutos (59) y de integración del negocio societario. Debe existir para ello coincidencia entre el sustrato asociativo del protocolo y de la sociedad familiar. Pero a los efectos interpretativos puede muy bien ser societariamente relevante una buena parte del PF; que no podrá surgir en los estatutos, por ser materia objetivamente inidónea para ello.

10. OTROS PACTOS PARASOCIALES

Sería conveniente permitir la inscripción de pactos estatutarios inscribibles, con lo cual se podría generar la oponibilidad de los mismos frente a la sociedad y a terceros.

Siempre en lo atinente al PF, es evidente que dentro de una sociedad familiar pueden coexistir distintos grupos familiares o distintas ramas de la misma familia, interesadas en regular sus relaciones separadamente en protocolos distintos. Porque si la regla de unidad del PF publicable registralmente tuviera algún sentido, ese es exclusivamente formal.

1) No vemos inconvenientes insalvables en que lo publicado bajo este régimen sea al solo efecto de la mera publicidad, publicidad registral que podría funcionar como simple mecanismo de noticia legal o cognoscibilidad legal de lo publicado, por los terceros. Cognoscibilidad legal que podría asegurarse a través de los instrumentos y con los requisitos de publicidad previstos del registro mercantil.

La publicidad legal —total o parcial— del PF sería un instrumento voluntario de la política de transparencia empresarial, conforme lo que podría entenderse como una buena práctica de gobierno de la EF. Con

(59) Véase GALIMBERTI, MARÍA BLANCA, "El protocolo familiar. Una herramienta eficaz para la previsión y prevención de los conflictos en empresas de familia", en X Congreso Argentino de Derecho Societario y de la Empresa y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. I, Frespresa-Advocatus, Córdoba, 2007, p. 533.

relación a éstas, también es lícito hablar de buenas y malas prácticas de gobierno corporativo; la transparencia de la EF y de sus pactos de gobernanza son una buena *praxis* de gobierno corporativo.

2) Desde la práctica estrictamente societaria no creemos que los firmantes del PF debieran estar legitimados a título individual, para la publicidad registral del mismo; ésta es una cuestión que debe ser enjuiciada por los administradores, quienes deben plantearse la conformidad de tales prácticas con el interés social. De otro lado, el administrador de la sociedad deberá contar con el consentimiento estricto de los afectados, cuyos datos sensibles, susceptibles de divulgación registral hubieran sido incluidos en el protocolo.

A la vista de la eventualidad legal de su publicidad registral, lo recomendable será que los firmantes del protocolo se pronuncien con claridad en el mismo a través de una cláusula, o señalen cuáles son las cláusulas que se mantendrán reservadas por cualquier causa legítima. En este caso, la voluntad de secreto de todo o parte del protocolo, deberá ser respetada por el administrador de la sociedad mercantil afectada.

Existiendo libertad de formas, el protocolo puede documentarse en instrumento notarial —nacional o extranjero— o en instrumento privado. El principal problema práctico y dogmático es el referente a su efectividad o *enforcement* o mejor aún y más concretamente, todo lo relativo a su presunta ineficacia externa. Ineficacia que suele cifrarse en su presunta inoponibilidad frente a los terceros.

La que denominaremos doctrina tradicional suele dar por supuesta una separación radical —de verdadera incomunicación— entre contrato de sociedad y el pacto parasocial, de manera que la voluntad de las partes tendría una inoponibilidad o relatividad objetiva.

En realidad en esta tesis, hay algo de argumento circular o petición de principios; cabe conjeturar que sería interesante que las partes firmantes del convenio extraestatutario pudieran dotar a lo parasocial de la cualidad jurídica que cierto sector de la doctrina italiana describe como inherencia.

Dicho lo anterior, se observa una interesante evolución en derecho de sociedades en países como EE.UU. o Canadá, hacia el reconocimiento pleno en derecho positivo de sociedades de la oponibilidad de lo parasocial “publicado” mediante técnicas o instrumentos que aseguren su cognoscibilidad. Pero como hemos apuntado, para la doctrina tradicional es directamente impensable el anclaje societario de lo parasocial: que las partes de un contrato parasocial puedan conseguir su efectividad (*enforcement*) por un cauce societario.

3) Habida cuenta del estado de nuestra doctrina y jurisprudencia un dilema a resolver es el relativo a la conveniencia —o no— que este pacto

esté dentro o fuera del contrato social. Creemos que en cualquier caso, el contrato social debe tener necesariamente una referencia a la constitución que regulará las relaciones familiares dentro de la empresa.

La legislación española lo ha previsto desde el año 2003 incorporándolo a la sociedad limitada nueva empresa. Asimismo, este instrumento fue definido por el art. 2º del decreto español 171 del 9/2/2007.

La posibilidad de pactar en estatutos la prestación accesoria de cumplir el PF permite un radical robustecimiento de la eficacia del pacto parasocial, puede una parte estimular su cumplimiento (societariamente) por la vía de la exclusión del incumplidor y, de otra parte, puede vincularse la prestación a la acción o participación de manera que obliga al tercero adquirente o subadquirente de las acciones o participaciones vinculadas.

4) La transmisión de empresas es uno de los temas de la política empresarial de la Comisión Europea (60), tras las etapas de creación y crecimiento, aquélla es la tercera fase crucial en el ciclo de vida de una empresa.

En estudios recientes se ha demostrado que más de 5.000.000 de empresas en la UE -aproximadamente un 30% de la totalidad de las empresas europeas- se enfrentarán al problema de la transmisión durante los próximos años. Según las previsiones, aproximadamente un 30% de estas empresas -o sea 1.5 millones- desaparecerá, porque su transmisión no fue preparada, poniéndose así en peligro, aproximadamente, 6.3 millones de puestos de trabajo

La actividad de la CE en esta área se remonta a enero de 1993, cuando se organizó en Bruselas un simposio para tratar una panorámica de la situación en los distintos Estados miembros y definir qué prácticas son las mejores en relación con la transmisión de empresas. Como continuación de este coloquio se llevó a cabo una amplia serie de consultas entre todas las partes interesadas, que desembocó en la adopción el 7/12/1994, de una Recomendación Oficial de la transmisión de las pequeñas y medianas empresas que la CE dirigió a los Estados miembros (61).

Posteriormente, la CE organizó en febrero de 1997, en Lille (Francia), el Foro Europeo sobre transmisión de empresas.

(60) "Valorización máxima del potencial de empleo, crecimiento y competitividad de las PYME europeas", Propuesta de Decisión del Consejo relativa al tercer Programa plurianual en favor de las pequeñas y medianas empresas (PYME) de la Unión Europea (1997-2000), COM(96) 98 final de 20/3/1996.

(61) DO L 385 DE 31/12/1994, p. 14 (denominada en adelante "la Recomendación"); véase también la Comunicación en que se justifica la Recomendación, DO C 400 de 31/12/1994, p. 1.

En 2007, la CE creó un grupo de expertos en EF. Éstos definieron a la EF y realizaron los trabajos preparatorios que permitieron el dictado de la *small business act* en el año 2008.

El principal objetivo de esta iniciativa fue que, las EF encontraran en la UE y en los países que la componen el entorno más propicio posible.

Más cercanamente, en Colombia –desde hace al menos 8 años– se ha prestado particular atención a las sociedades familiares. Fue constituido un grupo de trabajo, que compuso una guía que contiene 36 medidas; el diseño de cada una no es el resultado de un ejercicio meramente teórico por parte de un panel de expertos, sino la propuesta organizada de un equipo interdisciplinario que buscó disminuir la frecuencia y el impacto de ciertas situaciones que, de acuerdo con mediciones concretas y cuantificadas, habían sido identificadas como perjudiciales para el desarrollo ordenado y adecuado de las sociedades cerradas y de familia en ese país.

Asimismo, en el panorama mundial, vemos que la mayoría de las medidas adoptadas consisten —hasta la fecha— en modificar el entorno jurídico para facilitar y fomentar la preparación de la transmisión de la empresa.

Varios Estados han modificado el tratamiento fiscal de la transmisión, sobre todo reduciendo los derechos de sucesión y de donación.

Otras iniciativas tienen por objetivo mejorar las perspectivas financieras de las empresas al producirse la transmisión. La mayoría de estas medidas afectan al derecho civil y al derecho de sociedades y las mejoras varían de un Estado al otro.

5) Simplificación administrativa y contable. Para la supervivencia de numerosas empresas sería importante que se simplificasen las obligaciones administrativas relacionadas con su transmisión, de la misma manera que las relacionadas con la creación de empresas; es decir, menos trámites, plazos más breves, puntos de contacto únicos (62), etcétera.

El objetivo debería garantizar que los regímenes fiscales no obstaculicen el buen desarrollo de los preparativos de la transmisión y no fueren a vender la empresa para pagar la deuda fiscal. Si el fracaso de las transmisiones repercute negativamente en el empleo, todos resultan perjudicados, incluido el Estado

Insistimos, una solución satisfactoria para la prevención de los conflictos en EF puede encontrarse a través del establecimiento de procedimientos de resolución de conflictos alternativos al ámbito judicial.

(62) Recomendación de la Comisión de 22 de abril de 1997, sobre la mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas, DO L 145 de 5-6-1997, p. 29.

En este entendimiento resulta una alternativa válida la implementación de procedimientos arbitrales simplificados, para asegurar la continuidad de la empresa y proteger los intereses de los socios familiares.

Cabe mencionar la expresa inclusión en la resolución general IPJ 7/2005 que en su art. 74 del Anexo A (Normas de la Inspección General de Justicia), admite la utilización de la cláusula arbitral para las sociedades por acciones y SRL.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- AIDIS, R., "Institutional impediments to small -and medium- sized enterprise development in transition countries", *Small Business Economics*, 25/4/2005.
- ALBET, JOSEP, *Cartas a un director general. Reflexiones sobre la empresa y las personas en el siglo XXI*, Ed. Deusto, Bilbao, España, 2004
- ALBRECHT, KART, *La misión de la empresa. Definir el espíritu, establecer los propósitos, fijar el rumbo*, Ed. Paidós, Barcelona, 1996.
- ÁLVAREZ, A., "Programa de Doctorado Cooperativo ULA-UJLL: una alternativa académica de éxito", *Visión Gerencial*, año 5, N° 2, julio-diciembre 2006
- AMAT, JOAN M., *La continuidad de la empresa familiar*, Ed. Gestión 2000, Barcelona, España, 2004
- ANDERSON, RONALD - REEB, DAVID, "Foundind ownership and firm performance", *Journal of Finance*, vol. 58, N° 3, June 2003
- ARONOFF, CRAIG E., "Megatrends in family business", *Family Business Review*, 1998
- ARONOFF, CRAIG E. - ASTRACHAN, JOSEPH H. - WARD, JOHN L., *Desarrollo de políticas en la empresa familiar. Su guía hacia el futuro*, Colección Liderazgo en las Empresas Familiares, 2005
- ARONOFF, CRAIG E. - WARD, JOHN L., *Consultores para empresas familiares. Cómo elegir y aprovechar al mejor*, Ed. Planeta Mexicana, Colección Liderazgo en la Empresa Familiar, México, 2005
- BAKER, K. - WISEMAN, K., "Leadership, legacy and emotional processw in family business", *Family Business Review*, 1998
- BAKER, T. - GEDAJLOVIC, E. - LUBATKIN, M., "A framework for comparing entrepreneurship across nations", *Journal of International Business Studies* 36 (5): 492-504, 2005.
- BANNOCK, G. - PEACOCK, A., *Government and small business*, Paul Chapman Publishing, London, 1989.
- BAULENAS, G. - GIMENO A. - VILANOVA, A., *El desarrollo de la empresa familiar*, Ed. Especial Cinco Días, 2003
- BAULENAS, G. - GIMENO, A. - VILANOVA, A., *La sucesión en la empresa familiar*, Ed. Especial Cinco Días, 2003

- BAUMOL, W., "Entrepreneurship: Productive, Unproductive and Destructive", *Journal of Political Economy*, 98 (5), 1990.
- BEAVER, PATRICK, *A taste of tradition the story of the Samworth family business, 2886-1996*, Ed. Athlone Press, London, U.K., 2000
- BECKHARD, RICHARD - DAVIS, PETER - HOLLANDER, BÁRBARA, "Miembros ajenos a la familia", en *Empresa Familiar* 3, Ed. Estudios y Ediciones IESE, SL, 1997
- BECKHARD, RICHARD, citado por LEA, JAMES W., en *La sucesión del management en la empresa familiar*, Ed. Granica, 1993
- BELAUSTEGUIGOITIA RIUS, IMANOL, *Empresas familiares. Su dinámica equilibrio y consolidación*, Ed. Mc Graw-Hill Interamericana, México, 2004
- BERNHOFET, RENATO, *Cartas a um jovem herdeiro: a herança nao vem com manual de instruções*, Río de Janeiro, Brasil, 2004
- BEZERRA, BRUNO, *Caminos do desenvolvimento: uma historia de sucesso e empreendedorismo em Santa Cruz do Capibar*, Ed. Edições inteligentes, São Paulo, Brasil, 2004
- BIRD, B. - WELSH, J. - ASTRACHAN, J. - PISTRUI, D., "Family Business Research: the evolution of an Academic Field", *Family Business Review*, 2002
- BIRLEY, S., "The role of networks in the entrepreneurial process", *Journal of Business Venturing*, vol. 1, ps. 107-17, 1985.
- BLACKBURN, R. - SMALBONE, D., "Researching Small Firms and Entrepreneurship in the UK: Developments and Distinctiveness", *Entrepreneurship Theory and Practice*, 32, 2, 2008.
- BLACKBURN, R. - RAM, M., "Fix of fixation? The contributions and limitations of entrepreneurship and small firms to combating social exclusion", *Entrepreneurship & Regional Development*, 18, 2006.
- BOSMA, N. - ACS, Z. - AUTIO, E. - CODURAS, A. - LEVIE J., *Global Entrepreneurship Monitor: 2008 Executive Report*, Babson College, Universidad del Desarrollo, London Business School, London, 2008.
- BRIÈRE, C., *Les entreprises familiales en France*, Université Paris-Dauphine, 1991
- CABRERA, K. - DE SAÁ, P. - GARCÍA, D. A. - RAO, S., "The succession process from a resource and knowledge based view of the family firm", *Family Business Review*, 2001
- CASILLAS, J. - ACEDO, F., "Evolution of the intellectual structure of family business literature: a bibliometric study of the FBR", *Family Business Review*, 2007
- CE CONSULTING EMPRESARIAL, *Empresa familiar y sucesión patrimonial programada*, Ed. CE Consulting Empresarial, Madrid, España, 2004
- CHRISMAN, J. - CHUA, J. - STEIER, L., "An introduction to theories of family business", *Journal of Business Venturing*, 2003

- CHRISMAN, J. - STEIER, L. - CHUA, J., "Personalism, Particularism and the Competitive Behaviors and Advantages of Family Firms: an introduction", *Entrepreneurship, Theory and Practice*, noviembre, 2006
- CHUA, J. - CHRISMAN, J. - STEIER, L., "Extending the Theoretical Horizons of Family Business Research", *Entrepreneurship, Theory and Practice*, 2003
- CHULIÁ, FRANCISCO VICENT, ET AL., *El buen gobierno de las empresas familiares*, Ed. Aranzadi, Colección monografías Aranzadi, Derecho Mercantil; 73, Pamplona, España, 2004
- COLLINS, JAMES Y PORRAS, JERREY, *Empresas que perduran*, Paidós, España, 1996
- COMISIÓN EUROPEA, *Responsabilidad empresarial. Recopilación de casos de buenas prácticas entre pequeñas y medianas empresas de Europa*, Ed. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2004
- CORBETTA, G - MONTEMERLO, D., "Equilibrar propiedad y dirección en la empresa familiar", en *La empresa familiar* 6, Ed. Estudios y Ediciones IESE, 1999
- CORBETTA, G. & SALVATO, C., *The board of directors in family firms: One size fits all?*, *Family Business Review*, 17 (2), 2004.
- DANCO, L., "Beyond survival", *The Center for Family Business*, University Press, Cleveland, 1982
- DAVIS, PETER - STERN, DOUGLAS, "Adaptation, Survival and Growth of the Family Business: An Integrated System Perspective", en *Human Relations*, vol. 34, N° 4, 1980
- DE MASISS, A. - CHUA, J. - CHRISMAN, J., "Factors preventing intra-family succession", *Family Business Review*, 2008
- DEBICKI, B. - MATHERNE III, C. - KELLERMANN, F. - CHRISMAN, J., "Family business research in the new millennium", *Family Business Review*, 2009
- DEMOSS, M. J., "Developing Consumer - Driven Services in University - Based Family Business Programs", *Family Business Review*, 2002
- DIENSTAG, ELEANOR FOA, *In good company: 125 years at the Heinz Table (1869-1994)*, Ed. Warner Books, New York, EE.UU., 1994
- DYER, G. - SÁNCHEZ, M., "Current state of family business theory and practices as reflected in Family Business Review 1988-1997", *Family Business Review*, 1998
- EBRD, *Transition report 2005: Business in transition*, London: European Bank for Reconstruction and Development, 2005.
- EBRD, *Transition report 2006: Finance in transition*, London: European Bank for Reconstruction and Development, 2006.
- ESADE - CASCANTE, CARLOS ET AL., *El desarrollo de la empresa familiar: estructuras jurídicas y de gestión*, Ed. Cinco Días, Colección Biblioteca Cinco Días, Madrid, España, 1999

- F. CASADO, "Introducción", en *Alta Dirección*, N° 202, nov-dic. 1998
- FAVIER DUBOIS, EDUARDO M. (H), (dir.), *La empresa Familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación*, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2010
- FOWLER, DEAN R. - MASTERSON EDQUIST, PEG, *Love, power and money: family business between generations*, Ed. Glengrove Publishing, 2002
- FRISHKOFF, P., "Strategic questions for University - Based Family Business Programs", *Family Business Review*, 1998
- FUNDACIÓN DE ESTUDIOS BURSÁTILES Y FINANCIEROS, *Empresas familiares y bolsa*, Ed. Civitas, colección Biblioteca Civitas Economía y Empresa, Madrid, España, 2005
- GALLO, M. A. - CAPPUYNS, K. - ESTAPÉ, M. J., *La empresa familiar 5*, Estudios y Ediciones IESE, S L, 1996
- GALLO, M. A., "Órganos de gobierno de la empresa familiar", en Nota Técnica de la División de Investigación del IESE, 1993
- GALLO, M. A., *Empresa Familiar: textos y casos*, Ed. Praxis, 1995
- GALLO, M. A., *La Empresa Familiar 7*, Consejos de Administración, Ed. Estudios y Ediciones IESE, SL, 2001
- GALLO, M. A., *La Sucesión en la Empresa Familiar*, Servicio de Estudios La Caixa, 1998
- GALLO, MIGUEL A. - LACUEVA, FERNANDO, "La crisis estructural en las empresas familiares: una observación internacional del fenómeno", en *Empresa Familiar 3*, Ed. Estudios y Ediciones IESE, SL, 1997
- GALLO - CAPPUYNS - ESTAPÉ, "La empresa familiar en España: caminos, recorridos y destinos alcanzados por las 1.000 mayores empresas (1972-1992)", en *La Empresa Familiar 5*, Ed. Publicaciones de la Cátedra del IESE, 1996
- GALVE, CARMEN - SALAS, VICENTE, *La empresa familiar en España*, Ed. Fundación BBVA, 2003
- GAMBEL, EDOARDO L., *Il ricambio generazionale nell'impresa familiare italiana: un metodo per valutare e preparare gli eredi alla successione aziendale*, Ed. Edizioni Franco Angeli, Milán, Italia, 2004
- GARRIDO MELERO, MARTÍN - FURGADO ESTIVILL, JOSEP M. (coord.), *Patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Ed. Bosch, Barcelona, España, 2005
- GERSICK KELIN E. ET ALII, *Empresas familiares generación a generación*, Ed. McGraw-Hill, 1997
- GERSICK, K. E. - DAVIS, J. A. - MC COLLON HAMPTON - LANSBERG, I., *Generation to generation, life cycles of the family business* Harvard Business School Press, Boston, 1997
- GERSICK, K. E., *Generations of giving: leadership and continuity in family foundations*, Lanham, MD: Lexington Books, 2006

- GIMENO, ALBERTO - BAULENAS, GEMMA - COMA-CROS, JOAN, *Modelos de empresa familiar. Soluciones prácticas para la familia empresaria*, Ediciones Deusto, España, 2009
- GIMENO, ALBERTO - BAULENAS, GEMMA, "Modelos de EF: identidad y estructura", en *Iniciativa emprendedora*, N° 40, Ed. Deusto, 2003
- GRANOVETTER, M. S., "The strength of weak ties", en *Americal Journal of Sociology*, 78
- GREINER, L. E., "Evolution and revolution as organizations grow: a company's past has clues for management that are critical to future success", *Harvard Business Review*, julio-agosto 1972
- GRANT, GORDON - NIGEL NICHOLSON, *Familias en guerra*, Ed. Deusto, España, 2008
- GUSTAFSON, JOAN ELEANOR, *Some leaders are born women!: stories and strategies for ouilding the leader within you*, Ed. Leader Dynamics, Antherm, 2003
- GUTIÉRREZ UGALDE, G., "Financiación del desarrollo y del proceso de sucesión en las empresas familiares", en *Jornadas sobre la Empresa Familiar*, Ed. Sindicato Empresarial Alavés, 1995
- HAMBRA, JORGE, *Empresas de familia*, Universidad Siglo XXI, Argentina, 2012
- HANDLER, W. - KRAM, K., "Succession in family firms: the problem of resistance", *Family Business Review*, vol. 1, N° 4, USA, 1988
- HERNÁNDEZ, R. - FERNÁNDEZ, C. - BAPTISTA, P., *Metodología de la Investigación*, McGraw-Hill, México, 2006
- HUSE, M., *Boards, governance and value creation*, Cambridge University Press, 2007
- KAYE, KENNETH, *Family rules: raising responsible children*, Ed. Universe, Lincoln, EE.UU., 2005
- KENNEDY, CAROL, *Empresa familiar: apellidos que han triunfado*, Ed. Ariel, Barcelona, 2002
- KENYON-ROUVINEZ, D., "Patterns in Serial Business Families: theroy building through global case study research", *Family Business Review*, 2001
- KITCHING, J., "Burden on Business? Reviewing the Evidence Base on Regulation and Small Business Performance", *Environment and Planning C: Government and Policy*, 24, 2004.
- KLEIN, SABNE, "Family Business in Germany: significance and structure", *Family Business Review*, N° 3, sept. 2000
- LABAKI, R., *Contribution á la connaissance des liens familiaux dans les entreprises familiales françaises cotées: renforcement versus atténuation*, Bordeaux: Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2007

- LAMBRECHT, J. - LIEVENS, J., "Pruning the family tree: an unexplored path to family business continuity and family harmony", *Family Business Review*, 2008
- LANSBERG, I. S., "The Succession conspiracy", *Family Business Review*, vol. 1, num. 2, USA, 1988
- LEACH, P., *La Empresa Familiar*, Ed. Granica, 1991
- MAGRETTA, J., "Governing the family-owned enterprise: An interview with Finland's Krister Ahlstrom", *Harvard Business Review*, enero-febrero 1998.
- MARTÍNEZ, A., "Profesionalizar la empresa familiar, una necesidad", en *Gestión en la Empresa Familiar*, N° 12, Ed. CISS Praxis, 2000
- MASCARENHAS VAZ, ALISSON, *Cia. Cedro Cachoeira: Historia de uma Empresa Familiar, 1883-1987*, Ed. Cedro Cachoeira, Belo Horizonte, Brasil, 1990
- MATTERA, PHILIP, *Las 100 mayores empresas del mundo*, Ed. Planeta de Agostini, Biblioteca Deusto de Empresas y Empresarios, Barcelona, España, 1994
- MIRAVITLLES, LUIS, *La ruta del éxito, MRW: claves de un modelo de gestión innovador*, Ed. Gestión 2000, Barcelona, España, 2001
- MONDAVI, ROBERT - CHUTKOW, PAUL, *Robert Mondavi, Harvests of joy: how the good life became great business*, Ed. Harcourt Inc., Florida, EE.UU., 1999
- NEUBAUER, F. - LANK, A. G., *The Family Business - its Governance for Sustainability*, London: MacMillan Business, 1998.
- NEUBAUER, F. - LANK, A. G., *La empresa familiar, cómo dirigirla para que perdure*, Ed. Deusto, España, 2003.
- NIETHARDT, ERNESTO, *La empresa familiar y sus protagonistas*, Ed. Dunken, Argentina, 2007.
- NIETHARDT, ERNESTO, *Empresas de familia*, Universidad Siglo XXI, Argentina, 2012
- NOGALES LOZANO, FERNANDO, *La familia empresaria ante la gestión de sus procesos sucesorios: problemas y soluciones*, Ed. CIE Dossat 2000, Biblioteca de Management, Madrid, España, 2004
- NOGALES, FERNANDO, *La continuidad de la Empresa Familiar*, Ed. Cátedra PRASA de Empresa Familiar de la Universidad de Córdoba, 2003
- O'HARA, WILLIAM T., *Centuries of success: lessons from the world's most enduring family business*, Ed. Adams Media Corporation, EE. UU.
- Oriano, Marco, *Il family office, il nuovo wealth management dei grandi patrimoni familiari*, Ed. Edizioni Franco Angeli, Milán, Italia, 2004
- PENG, M., "Institutional transitions and strategic choices", *Academy of Management Review*, 28 (2), 2003.

- PENG, M. - HEATH, P. S., "The Growth of the Firm in Planned Economies in Transition: Institutions, Organizations, and Strategic Choice", *Academy of Management Review*, 21 (2), 1996.
- PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. JAVIER, *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*, Ed. Ciss, SA, Valencia, España, 2005
- PITHOD, A. - DODERO, S., *La Empresa Familiar y sus ventajas competitivas*, Ed. El Ateneo, 1997
- RAYMOND, GEORGE G., *All in the family... business: a personal memoir and corporate history*, Ed. Prosperity Press, Santa Barbara, EE.UU., 2001
- Reyes López, María José, coord., *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, Ed. Aranzadi, Pamplona, España, 2004
- ROCA I JUNYENT, MIGUEL - MARTI I PICÓ, NATÁLIA, *El protocolo familiar*, Ed. Pricewaterhous Coopers / Associació Catalana de l'empresa familiar, Colección Biblioteca de la empresa familiar, 2, Barcelona, España, 2004
- RODRÍGUEZ ALCAIDE, JOSÉ J. - RODRÍGUEZ ZAPATERO, MARIBEL, *La singularidad de la empresa familiar: conceptos básicos para llegar a entenderla*, Ed. Cátedra PRASA de Empresa Familiar, Córdoba, España, 2004
- RUS RUFINO, SALVADOR, "Apuntes del Programa para la Empresa Familiar", Cátedra Empresa Familiar, Universidad de León, 2003
- SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, ANTONIO J., *Cómo mejorar la estructura de la empresa familiar. Guía práctica para empresarios*, Ed. Cátedra PRASA de Empresa Familiar, Colección Cátedra PRASA, 5, Córdoba, España, 2004
- SANDERSON, I., "Evaluation, Policy Learning and Evidence-Based Policy Making", *Public Administration*, 80, I, 2002
- SCHROËR & FREUND, 1999
- SCHUMAN, AMY M., *Nurturing the talent to nurture the legacy: career development in the family business*, Ed. Business Owner Resources, Georgia, EE.UU., 2004
- SCHWASS, JOACHIM, *Crecimiento inteligente: la experiencia de las mejores empresas familiares del mundo*, Ed. Deusto, España, 2008
- SEGASCO, *El caso del 5º invitado*, Ed. Segasco SL, Barcelona, España, 2004
- SHANKER, M. C. - ASTRACHAN, J. H., "M y THS and realities. Families Business contribution to the economy a framework for assessing, family business statistics", *Family Business Review*, 1996
- SMALLBONE, D. - WELTER, F., "The Role of Government in SME Development in Transition Countries", *International Small Business Journal*, 19, 2001a
- SMALLBONE, D. - XIAO, JIANZHONG - XU, LEI, "Developing the Small Business Market for Business Development Services in Chengdu: Policy Issues and Priorities", *Journal of Small Business and Enterprise Development*, 15, 4, 2008

- SMALLBONE, D. - WELTER, F., "Conceptualising Entrepreneurship in a Transition Context", *International Journal of Entrepreneurship and Small Business*, 3, 2, 2006
- SMALLBONE, D. - WELTER, F., "The distinctiveness of entrepreneurship in transition economies", *Small Business Economics*, 16, 4, 2001b
- SONNENFELD, J., *The Hero's Farwell: what happens when chief executives retire*, Ed. Oxford University Press, New York, 1988
- SPECTOR, B., *The Family Business Policies & Procedures Handbook*, Family Business Publishing Co.: Philadelphia, PA, 2006.
- STEIER, LLOYD, "Sucesores y Emprendedores de nueva generación. Modalidades y medios de administrar el capital social en una empresa familiar", en *Iniciativa Emprendedora y Empresa familiar*, N° 29, julio-agosto 2001
- STOREY, D., *Understanding the small business sector*, London and New York: Routledge, 1994
- THOMPSON FINANCE STUDY, "The best: the family factor", *Newsweek*, April 12th, 2004
- USSMAN, ANA MARÍA, *Empresas familiares*, Ed. Edições Silabo, Lisboa, Portugal, 2004
- WARD, JOHN L., *Creating effective boards for private enterprises: Meeting the challenges of continuity and competition*, 3rd. edition. Family Enterprise Publishers, Marietta, GA, 2001.
- WARD, JOHN L., "How many will survive in 2.046?", *Family Enterprise*, N° 9, March 1986
- WARD, JOHN L., *Cómo desarrollar la Empresa Familiar*, Ed. El Ateneo, 1994
- WARD, JOHN L., *Perpetuating the family business: 50 lessons learned from long lasting successful families in business*, Ed. Palgrave, New York, EE.UU., 2004
- WARD, JOHN, *Creating effective boards for private enterprises: meeting the challenges of continuity and competition*, Ed. Jossey-Bass, San Francisco, 1991
- WARD, JOHN Y CARLOCK, RANDEL, *Strategic planning for the family business*, Ed. Palgrave, Great Britain, 2001
- WATSON, THOMAS J. - PETRE, PETER, *Father, son & Co.: my life at IBM and beyond*, Ed. Bantam Books, New York, EE.UU., 1990
- WATSON, THOMAS J. - PETRE, PETER, *El imperio IBM: un negocio familiar*, Ed. Plaza & Janés, Barcelona, España, 1992
- WENNEKERS, S. - THURIK, R., "Linking Entrepreneurship and Economic Growth", *Small Business Economics* 13, 1999
- WESTHEAD, P., HOWORTH, C. & COWLING, M., "Ownership and management issues in first generation and multi-generation family firms", *Entrepreneurship and Regional Development*, 14: 247-269, 2002.

WORLD BANK, *Doing Business 2007*, Washington DC: The World Bank Group, 2007

WORLD BANK, *Doing Business 2008*, Washington DC: The World Bank Group, 2008

WORLD BANK, *Doing Business 2009*, Washington DC: The World Bank Group, 2009

ZALL, R., *The Board of Directors in a Family-Owned Business*, National Association of Corporate Directors, 2004.



LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. EXAMEN DE NUEVOS TEMAS

POR RUBÉN S. STIGLITZ

1. UN NUEVO ORDEN CONTRACTUAL

La frase “nuevo orden” la empleamos en la acepción de “colocar las cosas en su lugar”. Nos referimos a una visión contemporánea del contrato.

Si uno ensaya resumir la evolución del derecho de contratos desde hace unos cuarenta años, parece que la materia fuera objeto de una mutación progresiva, profunda e irreversible, a tal punto que se puede pretender afirmar que se ha edificado un nuevo orden contractual del cual, antes de exponer las principales manifestaciones, es necesario repasar las causas que no son otras que la identificación de principios jurídicos, robustos, explicables y justificados en tiempos pasados, aunque frágiles en la actualidad.

2. LOS ANTIGUOS PRINCIPIOS

La primera causa del advenimiento de este nuevo orden contractual reside en el debilitamiento de los principios absolutos sobre los cuales estaba fundado el derecho de los contratos durante cerca de dos siglos, producto de la filosofía individualista y del liberalismo económico, que impregnaba el Código Civil.

El derecho de los contratos reposaba antiguamente sobre la base de un principio dogmático: nos referimos al principio de la autonomía de la voluntad, el que presupone la existencia de contratantes libres, iguales e independientes, que sostenía que la libertad y la igualdad desde la creación del contrato suponían necesariamente la justicia y el contrato era, como consecuencia, impermeable a la intervención del juez, al tiempo de su ejecución. La consecuencia consistía en que anudaban un

vínculo contractual sustentado en la irrevocabilidad y en la intangibilidad del contrato.

3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, AYER

La autonomía de la voluntad en el campo contractual era (y es), ante todo, libertad de contratación, lo que significa la libre opción del individuo entre contratar y no contratar, libertad para la elección del otro contratante y la posibilidad de dotar de contenido al contrato. Significa, además, la libertad de elección del tipo contractual y la libertad de construir otros distintos.

El principio de la autonomía de la voluntad es útil para explicar el porqué de la fuerza obligatoria del contrato.

En su origen, "las convenciones legalmente formadas" equivalían a la ley y no podían ser revocadas más que por el mutuo consentimiento o por las causas establecidas en la ley (por todos, art. 1134, Código Civil de Francia de 1804).

El individualismo no admitía racionalmente la posibilidad de que el juez revisara el contrato, con fundamento de que éste era el resultado de un acuerdo entre iguales y libres y, por ende, "no otra cosa que justo".

De modo que lo acordado sólo era factible de ser modificado por las mismas partes, celebrando otro contrato. Se consideraba inadmisibles que el contrato fuera revocado mediante una declaración unilateral.

El individualismo consagraba la preeminencia del valor "seguridad" por sobre el de la "justicia contractual". Y la seguridad estaba dada por el principio de la inmutabilidad o intangibilidad de la palabra empeñada.

Tampoco conceptualmente se aceptaba que el contrato se tornara injusto, pues no era imaginable que quien por esencia era libre autolimitara su libertad al contratar para consagrar una consecuencia injusta contra sí mismo.

4. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, HOY

Esta visión del contrato no ha resistido la marcha del tiempo y se ha manifestado legislativamente en el curso de los últimos setenta años como desubicada con relación a la realidad contractual, ya que muy a menudo, en el momento de la conclusión del contrato, uno de los contratantes se encuentra en situación de inferioridad y, por tanto, de desigualdad con relación a su cocontratante. Ese desequilibrio de fuerzas se manifiesta concretamente en la elaboración unilateral del contrato, por la parte que dispone del poder de negociación. Sin embargo, en esta última categoría de contratos, los formados por adhesión a cláusulas

predispuestas, el Proyecto decididamente afirma la prevalencia de la autonomía de la voluntad por sobre la "regla contractual predispuesta", en caso de colisión (art. 986).

Así concebida, la ley contractual es a veces el reflejo de esa desigualdad y la fuente de una injusticia que se traduce por abusos y excesos. Como quiera que sea, dotar de contenido al contrato sigue siendo, como principio general, en los contratos negociados individualmente, una cuestión atinente a la voluntad de las partes. La excepción se halla constituida por el carácter indisponible de las normas legales cuando ello resulte de su contenido o de su contexto. Así lo establece el Proyecto (art. 962).

Hoy, vale afirmar que el rol de la autonomía de la voluntad no debe ser entendido como una supremacía absoluta de los derechos subjetivos contractuales, sino como un principio relativo y subordinado a los límites que les son inherentes. En el Proyecto de Código Civil y Comercial, los límites inherentes a la autonomía de la voluntad se hallan constituidos, entre otros: (a) por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres (art. 958); (b) por la facultad acordada a los jueces de modificar el contrato cuando sea a pedido de partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público (art. 960).

A los fines de una prelación normativa, aplicable en caso de eventual conflicto de normas entre disposiciones contenidas en leyes especiales y el Código, el Proyecto hace prevalecer: (a) las normas imperativas de la ley especial y del Código, (b) las normas particulares del contrato, (c) las normas supletorias de la ley especial, y (d) las normas supletorias del Código (art. 963).

En orden a la integración del contrato, el Proyecto hace prevalecer las normas imperativas por sobre las cláusulas incompatibles con ellas, lo que no deja de ser una aplicación del principio de prelación normativa.

Finalmente, en punto a las formas del contrato, se adopta el principio de libertad, salvo que la ley imponga una forma determinada (art. 1015).

5. LA FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO, AYER

El art. 1197 del Código Civil afirma que "las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma".

La nota de Vélez Sarsfield nos remite al artículo 1134 del Código Civil francés, que establece: "Las convenciones legalmente formadas equivalen a la ley para los que lo celebraron. No pueden ser revocadas más que por el mutuo consentimiento o por las causas que la ley autoriza. Deben ser ejecutadas de buena fe".

El individualismo no admite racionalmente la posibilidad de que el juez revise el contrato, con fundamento de que éste es el resultado de un

acuerdo entre iguales y libres. De modo que lo acordado sólo es factible de ser modificado por las mismas partes, celebrando otro contrato.

6. LA FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO, HOY

La concepción liberal es irreal en cuanto afirma que el contrato es el producto de partes iguales y libres, ya que implica ignorar a sabiendas que hoy, predominantemente, el contrato es el resultado de la configuración interna de una sola de las partes que, por concentrar sobre sí el poder de negociación, se autoatribuye la creación exclusiva del contenido del contrato, dejando a la parte débil la decisión de concertar sobre un esquema predispuesto o, de lo contrario, no contratar.

El rol de la autonomía de la voluntad no puede traducirse en una supremacía absoluta de los derechos subjetivos contractuales, pues ello importaría lo mismo que admitir la inexistencia de límites impuestos a la libertad contractual.

Equivaldría a enfrentar la voluntad individual con el ordenamiento legal. En el Proyecto se reproduce el principio vinculante como efecto de todo contrato válido en su celebración que constituye lo que históricamente se ha enunciado como la "fuerza obligatoria del contrato" y que refuerza al punto de establecer, como novedad, que "los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante" (art. 965). Sin embargo, la fuerza obligatoria del contrato cede por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé (art. 959), lo que no constituye una novedad ya que se halla previsto en el art. 1134 del Código Civil francés y reproducido literalmente en igual disposición por el Proyecto Catalá para Francia. Una aplicación, en que declina la fuerza obligatoria del contrato por acuerdo de partes, la encontramos en el caso de rescisión de los contratos de larga duración en que la parte que la decide debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociarlo (art. 1011-3). Lo propio acontece en los supuestos de "Frustración de la finalidad" (art. 1090) e "Imprevisión" (art. 1091). Las aplicaciones expuestas precedentemente, hoy, han adquirido universalidad. Por ejemplo, las previsiones de renegociación previstas en el Proyecto Catalá para Francia, arts. 1135-1 y 2.

7. LOS DERECHOS RESULTANTES DE LOS CONTRATOS Y EL DERECHO DE PROPIEDAD

Ya hemos afirmado que el Proyecto introduce una novedad en la teoría general. Se admite que "los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad" (art. 965), cuya fuente la hallamos en el art. 901 del Proyecto del 98. Podemos afirmar que lo que ha hecho el Proyecto no ha sido otra cosa que receptar una tesis emanada desde tiempos

lejanos por la Corte de la Nación. En efecto, la fuente jurisprudencial del Alto Tribunal se remonta al 28/4/1922 en el caso "Ercolano c. Lanteri", donde entre otros argumentos se afirmó:

"Se ha dicho, con razón, que la propiedad es una de las bases cardinales de la organización civil de los pueblos en el estado actual de la cultura y de la civilización, y que sin ella se trastornan los conceptos de libertad, de patria, de gobierno, de familia, y después de notar el fracaso de los ensayos de organización social que la han desconocido, afirmase que 'debemos considerarla como el punto de arranque de los ordenamientos sociales contemporáneos'" (Montes de Oca, *Derecho constitucional*, I, cap. XII; Estrada, *Obras completas*; VI, 183 y 334; González Calderón, *Derecho constitucional argentino*, I, 364; II, 170 y ss.). La Constitución Nacional contiene una serie de disposiciones que aseguran su inviolabilidad siguiendo nuestras antiguas leyes comunes y las de carácter político que la han incluido entre los derechos del hombre, como los reglamentos de 1815 y 1817 en su cap. 1, la Constitución de 1819 en su art. 109, y la de 1826 en su art. 159, que sirvieron de modelo al capítulo único de la primera parte de la de 1853.

8. LA LLAMADA "CRISIS DEL CONTRATO"

Lo expresado hasta aquí ha motivado que desde hace tiempo y recurrentemente se aluda a la *crisis del contrato*, se anuncie su deceso y se examine lo que se ha dado en denominar "la declinación de la voluntad contractual", etcétera.

Y ello con fundamento en: (a) las restricciones de lo acordado por las partes y que resultan de las normas imperativas, lo que se enuncia como la "publicitación" del contrato, y (b) en su estandarización a través de fórmulas predispuestas.

Como se advierte, la crisis está referida a los términos en que fue concebida la autonomía de la voluntad. Y eso es positivo desde una perspectiva social.

De allí que quepa afirmarse que el contrato no ha muerto ni se halla en situación de crisis. Por el contrario, se recrea y se halla en pleno apogeo.

En suma, hoy, la declaración de voluntad común tiene fuerza obligatoria en la medida en que lo acordado por las partes se halle (a) conforme con el ordenamiento jurídico, (b) sea individual y socialmente útil, y (c) se adecue al principio de la máxima reciprocidad de intereses. En el Proyecto, los límites a la fuerza obligatoria del contrato son los que provienen de la ley, del orden público, la moral, las buenas costumbres (art. 958) y al carácter imperativo de las normas (art. 962). *Esto significa que el rol de la autonomía de la voluntad no debe ser entendido como una supremacía*

absoluta de los derechos subjetivos contractuales sino, repetimos, como un principio relativo y subordinado a los límites que le son inherentes.

Pero el principio vinculante subsiste en el Proyecto con toda su intensidad al punto que los contratos obligan "no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que pueden considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor" (art. 961).

9. LOS LÍMITES INHERENTES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Lo que se enuncia como límites a la libertad contractual, no es otra cosa que el precipitado de un tiempo histórico en el que se presta mayor atención a la creciente exigencia de subordinar la libertad sin límites, a la utilidad social.

La libertad contractual no puede ser omnímoda.

Uno de los límites está constituido por las normas imperativas. El ordenamiento legal concede a las normas imperativas un rango preferente, una jerarquía superior por sobre el precepto privado y por sobre las normas supletorias. Ese rango superior se traduce en su carácter coactivo, en tanto el orden jurídico no consiente que el sujeto no haga lo que manda hacer o haga lo que prohíbe.

10. INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS FUENTES

En síntesis, podemos concluir que la perspectiva de la autonomía de la voluntad, en la acepción de lo que se supone como previsible en lo futuro es que, como principio general mantendrá las limitaciones actuales y, con el tiempo y en la medida que lo requiera, la aspiración de que los contratos además de útiles sean justos; el número de limitaciones habrá de dilatarse a través de normas jurídicas abiertas, de cláusulas o de nuevos principios generales y de intentos de armonización o aproximación del derecho civil y mercantil, como acontece en los estados miembros de la Unión Europea como lo constituye hoy, a título de ejemplo el art. 4109 de los "Principios del derecho europeo de los contratos" (Proyecto Lando) por el que se establece que "...el Tribunal puede adaptar el contrato a favor de la parte que ha resultado perjudicada por la otra que ha obtenido un beneficio excesivo o una ventaja desleal..." (inc. 3°). Lo mismo sucede con los Principios de Unidroit, con la cláusula "hardship" (art. 6.2.2), aplicable sólo a la excesiva onerosidad "cuando ocurran sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio del contrato", siempre y cuando la parte en desventaja: (a) no los haya conocido sino después de la celebración del contrato, (b) cuando dichos sucesos no pudieron ser razonablemente previstos, y (c) escapen a su control. Lo propio acontece

con el "Proyecto europeo de contratos" elaborado por el "Grupo Pavía" cuando establece en su art. 6º: "Si en el curso de los tratos las partes han examinado ya los elementos esenciales del contrato, de manera que de ello se prevé una eventual conclusión, la parte que suscite respecto de la otra una confianza razonable en cuanto a su estipulación, obra contra la buena fe desde que interrumpe las negociaciones sin motivo justificado", como lo consagra el principio de la "confianza razonable".

Todo esto significa que se puede constatar la internacionalización creciente de las fuentes del derecho contractual.

11. EL CONTRATO POR ADHESIÓN EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

11.a) Definición de "contratos por adhesión" y requisitos de las "cláusulas generales predispuestas". Quid de las "cláusulas particulares"

Cabe señalar, como lo haremos en su momento con relación al contrato de consumo, que el Proyecto introduce las tres categorías de contratos existentes: el contrato discrecional o paritario, el contrato por adhesión a cláusulas predispuestas o condiciones generales y el contrato de consumo. Hasta su presentación, normativamente no existía una definición del contrato por adhesión. Obviamente no se halla en el Código civil ni tampoco en la Ley de Defensa del Consumidor. En esta última, se lo menciona en el art. 38 sin definirlo. Sólo se hace una referencia al control de incorporación, estableciéndose que la autoridad de aplicación deberá vigilar que en los contratos por adhesión no contengan cláusulas abusivas. En el Proyecto, se ha incluido una sección que contiene seis artículos, del 984 al 989, que tratan el tema con carácter general.

1) *Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas*

"Art. 984. — *Definición.* El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción".

Como resulta de la lectura de la precedente disposición, al referirse a esta modalidad, el Proyecto alude a "contrato", por lo que suprime todo debate en torno a la naturaleza jurídica de su contenido, o sea, de las cláusulas predispuestas.

En segundo lugar, se desprende de la definición, la existencia de dos partes: por un lado, el predisponente que es quien redacta el documento contractual o se sirve de la redacción efectuada por un tercero. Por otro lado, la contraparte del predisponente es el adherente que no sólo no ha

participado en la creación del texto contractual sino que, tampoco, ha influido en su contenido.

Y ello se explica, y así lo señalamos, de modo complementario, en que uno de los caracteres salientes de la noción del contrato por adhesión se halla constituido por el hecho de que el adherente carece de poder de negociación, a tal punto de que no puede redactar ni influir en la redacción de la cláusula. Dicho de otro modo, las cláusulas se presentan al adherente ya redactadas por el predisponente.

2) *Requisitos de los contratos por adhesión*

El Proyecto enuncia una serie de recaudos que deberán contener las cláusulas predisuestas, a saber:

“Art. 985. — *Requisitos.* Las cláusulas generales predisuestas deben ser comprensibles y autosuficientes.

La redacción deberá ser clara, completa y fácilmente inteligible. Se tendrán por no convenidas aquellas que efectúen un reenvío a textos o documentos que no se faciliten a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica o electrónica, o similares”.

Cabe indicar que el Proyecto hace prevalecer la importancia de la legibilidad, la inteligibilidad y la completividad de la cláusula, de modo que para la comprensión de su lectura se haga innecesario un reenvío a otra cláusula. Sobre el particular, cabe señalar y repetir que *a la claridad se le une la legibilidad, para que las cláusulas predisuestas que contienen restricciones dirigidas al adherente no pasen desapercibidas, y, para ello, deben aparecer destacadas del resto del documento contractual.*

Justamente, los contratos impresos en formularios se destacan por su inusitada extensión, traducida en un inagotable y profuso clausulado, en ocasiones ininteligible, por lo que para favorecer su edición se emplean textos redactados en *pequeños caracteres*. Pero, considerando que no todo el articulado se halla constituido por cláusulas lesivas, concluimos en que sólo ellas deben ser redactadas en caracteres notorios, ostensibles, lo suficiente como para llamar la atención del adherente/consumidor. Deben aparecer patentes, ostensibles, visibles, aparentes, palmarias, evidentes en el contexto total, fácilmente advertibles, lo que requiere una impresión en caracteres más considerable y de apariencia más visible que el resto del texto, con una tinta destacada, o subrayadas, aisladas, o enmarcadas. Es ineludible que se noten.

Y ello debe ser así, al punto que la consecuencia que, como directiva de interpretación, debe aparejar el defecto de legibilidad de una cláusula restrictiva, leonina, gravosa o abusiva es el de su inoponibilidad al adhe-

rente/consumidor. Lo expresado constituye el efecto que apareja asumir la responsabilidad de redactar unilateralmente el documento contractual: la obligación de redactar claro constituye la fuente de la responsabilidad en que incurre quien efectúa una defectuosa declaración.

El objeto de la referida obligación tiene por contenido redactar cláusulas claras, serias e inequívocas, suficientemente idóneas como para ser entendidas por sí por el adherente. Y llena este requisito, el texto redactado con palabras cuyo sentido objetivo puede ser establecido sin lugar a dudas según el uso idiomático común o del comercio.

Por lo demás, se ha enfatizado en la necesidad de un conocimiento pleno y cabal del texto contractual, al punto que se declara como no convenientes las cláusulas que contengan reenvíos a textos que no se faciliten previamente al adherente.

El Proyecto le asigna suma trascendencia a las cláusulas particulares no sólo por disciplinarlas en una disposición específica sino porque el contenido de la misma no sólo constituye una definición sobre lo qué son, sino, por lo demás, porque se reconoce en dicha disposición una directiva de interpretación que les atañe.

“Art. 986. — *Cláusulas particulares.* Las cláusulas particulares son aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas”.

En primer lugar, cabe señalar que en la disposición precedente se incorpora una frase modernamente utilizada por la Unión Europea y los 27 países que la integran, con la que, modernamente, se denomina al clásico contrato discrecional: el negociado individualmente. Creemos que la denominación es la más acertada, porque refiere a uno de los caracteres más salientes de la negociación tradicional, que es la que hoy ocupa una función residual en la contratación. En efecto, hoy prevalecen los contratos por adhesión y los contratos de consumo que, predominantemente, se forman por adhesión y, excepcionalmente, se negocian individualmente. La disposición, además de definir el significado de la “cláusula particular”, incorpora una regla de interpretación proficua en su aplicación por los Tribunales y que tiene su fundamento en la preferencia que se otorga a la cláusula negociada en tanto constituye el resultado de la libre contratación por sobre la cláusula general, resultado de la predisposición contractual.

En segundo lugar, añadimos que las cláusulas particulares que tienen por fin sustituir, ampliar, suprimir o modificar una cláusula general, predominantemente, traducen una expresión de voluntad que atiende al mecanismo tradicional en la formación del contrato. En ese caso, prevalecen por sobre la condición general que deviene derogada.

Pero sucede, frecuentemente, que las fórmulas empleadas, manuscritas o mecanografiadas, omiten expresar que el propósito tenido en miras, al incluirlas, consiste en suprimir o modificar la cláusula predispuesta o condición general con la que se halla en estado de incompatibilidad.

De tal manera que, al momento del conflicto, el intérprete se encuentra en presencia de una cláusula predispuesta y por tanto impresa (desde su origen), y con una cláusula particular que la contradice o altera su alcance.

Para este supuesto, la directiva de interpretación contractual que impera consiste en que las cláusulas particulares deben considerarse como una deliberada modificación o cancelación (según el caso) de la cláusula predispuesta general. Y el fundamento está dado en que la primera refleja, de ordinario, el acuerdo que fue objeto de negociación.

En efecto, en la discrepancia entre una cláusula general y otra particular, habrá de estarse a esta última, en razón no sólo de que apunta a alterar, suprimir o aclarar el contenido de la primera, suministrándole un contenido más concluyente y concretamente adaptado al caso de que se trata, sino que es tarea relevante del intérprete no perder de vista que la cláusula, manuscrita o mecanografiada, se estipula al tiempo de la conclusión del contrato, mientras que la cláusula predispuesta general viene formulada (redactada) previamente por el predisponente sin consideración al negocio concreto, por lo cual cabe concluir que la regla de autonomía particularmente concertada revela la auténtica y real intención de las partes de derogar, en el caso singular, la cláusula general redactada por el profesional uniformemente para sus futuros contratos.

11.b) Directivas de interpretación de los contratos por adhesión

Las cláusulas ambiguas

A la ya expresada, precedentemente, la de prevalencia de las cláusulas particulares sobre las cláusulas generales predispuestas, se añade la previsión contenida específicamente en el art. 987. Antes, habremos de formular un comentario preliminar.

La categoría de los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas porta sus propias directivas de interpretación que el Proyecto las ha receptado y que, por razones obvias, no se hallan en el Código Civil ni en el de Comercio y que, *parcialmente o expresadas de otro modo*, se hallan incluidas en el art. 37, apart. 4, de la Ley de Defensa del Consumidor. En efecto, en esta última se establece que "cuando existan dudas sobre el alcance de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa". Por nuestra parte, entendemos que la regla que transcribimos a continuación es consistente con los criterios actuales referidos a los efectos de la ambigüedad.

“Art. 987. — *Interpretación.* Las cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente”.

Cabe señalar, una vez más, que la modalidad que adopta la formación del contrato predisuesto —la predisposición unilateral del contenido— impide acudir a criterios subjetivos, como podría ser la indagación de la intención común de los contratantes mediante la reconstrucción del pensamiento y de los propósitos de los autores de la regla contractual.

De allí la necesidad de que la directiva en análisis sea examinada a través de criterios predominantemente objetivos y con extremado rigor, ya que en razón de que el predisponente reserva para sí la creación del texto (documento) contractual, lo debe hacer de forma tal que el destinatario (adherente) comprenda su significado utilizando esfuerzos comunes, con extensión proporcionada al alcance del negocio.

Es el predisponente quien debe asumir los riesgos de una defectuosa declaración. Para alcanzar esta conclusión, debemos señalar que su fundamento está dado en que es él quien dispone de los medios a su alcance para evitar toda duda por no haberse expresado con claridad.

Ésta no se refiere sólo a facilitar la legibilidad de la lectura sino, además, a la claridad sustancial, la referida a la significación relevante, desde los aspectos fácticos, económicos y jurídicos.

La claridad o precisión en el lenguaje son acepciones que se contraponen a la ambigüedad, y la cláusula ambigua deberá entenderse como aquella susceptible de varios sentidos o expresada sin precisión, equívocamente, confusamente, con oscuridad.

A veces, la ambigüedad se predica de la insuficiencia misma que se predica de un texto vago e impreciso, redactado genéricamente. Lo expresado en el texto puede traducirse en la necesidad que todo sistema de interpretación requiera de un principio que satisfaga la equidad y preserve la relación de equivalencia.

La regla *contra proferentem* importa una aplicación del principio de buena fe que conduce a sancionar a quien ha infringido el deber de expresar su declaración comprensiblemente.

Acontece que las palabras usadas deben autoabastecerse. Ello significa que deben ser idóneas, suficientes, claras, aptas por sí para ser reconocidas por el destinatario.

Las declaraciones deben ser comprendidas, y llenan este requisito las expresadas con palabras cuyo sentido objetivo puede ser establecido, sin lugar a dudas, según el uso idiomático común o del comercio.

Todo ello justifica trasladar al predisponente las consecuencias que derivan de la imprecisión o vaguedad en la redacción de las cláusulas.

Sobre la cuestión, no nos pasa inadvertido que existe un conflicto entre la norma jurídica y la realidad: (a) por una parte, el empresario que adhiere normalmente es consumidor, ya que, normativamente, puede serlo una persona jurídica (art. 1, ley 24.240, modificado por ley 26.361) en cuyo caso el contrato que celebre se halla sometido a las directivas de interpretación que surgen de los arts. 3-2 y 37, especialmente este último si llegan a existir dudas sobre los alcances de la obligación; (b) por otra parte, al empresario, aunque sea adherente, no le es inherente la condición de profano o débil jurídico que requiera de protección.

De allí que el referido fallo, si bien halla su fundamento en la ley, parece una exorbitancia proteger al empresario/adherente en consideración a su vulnerabilidad.

Por lo demás, cabe apuntar que la disposición proyectada no formula distinción alguna, lo que significa que es aplicable a todos los contratos por adhesión.

Como quiera que sea, el Proyecto da por finalizada toda disputa al introducir la directiva de interpretación a la que nos estamos refiriendo sin formular distingo alguno entre contratos por adhesión celebrados entre una persona física o entre personas jurídicas o entre unas y otras.

Esto significa que la regla *contra proferentem* es aplicable a todos los casos.

12. EVOLUCIÓN DEL CONTRATO HACIA EL EQUILIBRIO EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

Indagar sobre los puentes a tender hacia el equilibrio en las relaciones de consumo, inexorablemente conduce a un "derecho de los contratos" solidarista y, para ello, desprovisto de la rigidez de dogmas que ya no operan con los efectos enunciados al tiempo en que fueron concebidos.

De allí que, desde hace unos cuarenta años, se aluda al "derecho a la protección de los intereses económicos de los consumidores", tema que en algunos países goza de reconocimiento constitucional (entre nosotros, art. 42, CN) y todos han logrado que se sancionen códigos o leyes de "defensa de los consumidores". *En lo profundo, los principios y normativas que dominan el tema portan como contenido el restablecimiento del equilibrio contractual.* Partamos de la base de que todos los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas son contratos de consumo por lo que los negocios instrumentados a través de la primera de las categorías es, precisamente, y desde su génesis concebida para documentar una relación entre desiguales. De allí que pueda afirmarse que el derecho de los consumidores ha sido pensado, concebido y diseñado como mecanismo idóneo para alcanzar el equilibrio contractual. Y el modo es multidireccional. Va desde la consagración del

derecho a la información (art. 1100), como a la prohibición de prácticas que contradigan el derecho a recibir un trato digno (1097), equitativo y no discriminatorio (1098) o que limiten la libertad de contratar como, por ejemplo, las que subordinen la provisión de productos a la adquisición simultánea de otros (1099). Lo propio acontece con el derecho que asiste al consumidor de revocar la aceptación en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia en el plazo de diez días computados desde la celebración del contrato (1110) y prevalecerse de un sistema de control de incorporación de cláusulas abusivas (1117 a 1122).

13. EL SOLIDARISMO CONTRACTUAL

Los imperativos de previsibilidad y de estabilidad contractual deben acompañarse con las exigencias de equidad, de proporcionalidad, de coherencia, de lealtad, de colaboración y de solidaridad.

En lo profundo, lo que la doctrina del solidarismo contractual propone, es simplemente una lectura menos rígida de las reglas que regulan el derecho de los contratos como, por ejemplo, aquellas que hacen prevalecer el imperativo de la seguridad jurídica, haciendo abstracción de circunstancias atinentes al contexto económico y social, y que contempla los intereses legítimos del contratante dominado y conduce a reconducir los desequilibrios contractuales más inadmisibles aunque contraríen el respeto de la palabra dada.

14. EL NUEVO ORDEN CONTRACTUAL Y LAS REGLAS Y LOS PRINCIPIOS CONTRACTUALES, HOY

El derecho positivo contractual no es más un derecho descarnado cuyas reglas se despliegan sin consideración por la situación concreta en la cual se desenvuelven las personas en que ellas encuadran la actividad.

Actualmente, las cualidades específicas y las características personales de los contratantes así como el estado del mercado dentro del cual se inscribe el contrato que ellos concluyen son tenidos en cuenta en vista de la determinación del régimen de sus relaciones contractuales.

Ese pragmatismo legislativo se expresa no sólo por la proliferación de estatus contractuales especiales (consumidores en general, asalariados, etc.) sino también por el desarrollo de derechos especiales emergentes que avanzan sobre el derecho común (usuarios de medicina prepaga, de telefonía celular, de servicios bancarios, de planes de ahorro, de tarjetas de crédito) que obedece a lógicas políticas, económicas y sociales diferentes y que, por ello, lo hacen objeto de sensibles alteraciones.

En suma, el derecho común de los contratos, o sea la doctrina general del contrato, debe ahora integrarse, especialmente, con los derechos del consumidor y de los usuarios. Lo que significa que debe ser "refundado".

15. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO CONTRACTUAL DE HOY. LAS REGLAS SECUNDARIAS DE CONDUCTA

Otra causa del advenimiento de un nuevo orden contractual se halla en la renovación de los principios.

Además de las normas legales, se hallan principios en la doctrina de los jueces así como reglas y conceptos contractuales nuevos o renovados cuyo impacto es considerable en nuestro derecho contractual positivo y, de ellas, principalmente las reglas secundarias de conducta o deberes accesorios a los principales.

Con relación a éstas, acontece que el contrato no engendra solamente las obligaciones principales, las que integran el principio conmutativo. Produce además normas de comportamiento como la lealtad, la colaboración, el cuidado, la prudencia y la protección así como deberes de transmisión, como ser el de información. Se trata de reglas secundarias de conducta que trascienden el tipo de contrato concluido, que derivan del principio de buena fe y que constituyen el armazón de toda relación contractual.

Una aplicación de lo expuesto se halla constituida, a modo de ejemplo, por las obligaciones del fiduciario, quien debe cumplirlas "con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él" (art. 1674). Como se advierte, aparece la figura del "buen hombre de negocios" como paradigma del "contrato virtuoso". Otra aplicación está referida a los contratos de larga duración, incluidos en el Proyecto en donde se establece que "las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total..."

16. CONTRIBUCIÓN DEL DERECHO DEL CONSUMO AL DERECHO COMÚN

Para examinar esta cuestión, se hace preciso partir de la base de que las reglas y los principios que atañen al contrato de consumo, cualitativa y cuantitativamente, prevalecen en la teoría general del contrato.

También, en la práctica del mercado negocial, prevalecen los contratos de consumo por sobre los que no lo son. Y ello en razón de que la adquisición de bienes o la utilización de servicios abarca gran parte de los con-

tratos que se concluyen, al punto que puede afirmarse que el derecho del consumo hoy es el derecho común.

Todo ello, sin perjuicio de la extensión de los efectos de los contratos de consumo a quienes son parte de una relación de consumo, noción que excede la noción de contrato (art. 1092 del Proyecto).

Cualitativamente, cabe afirmar que el contrato de consumo, tal como se halla regulado en el Proyecto, trae importantes novedades.

A modo de simple enunciado, señalamos: (a) el deber de información previsto en el art. 1100 del Proyecto; (b) la prohibición de la publicidad engañosa (art. 1101, inc. a) y la comparativa (art. 1101, inc. b); (c) el reconocimiento a favor de los consumidores de acciones de cesación de la publicidad ilícita y la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria; (d) el reconocimiento de la publicidad como fuente heterónoma de obligaciones a cargo del oferente/proveedor; (e) se disciplina todo lo relativo a los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y los contratos celebrados a distancia (arts. 1104 a 1116 del Proyecto); (f) finalmente, se incorporan normas referidas a las cláusulas abusivas, disponiéndose inicialmente que las mismas se aplican no sólo a los contratos de consumo sino, además, a los contratos por adhesión (art. 1117), se las define (art. 1119), se disciplina su control de incorporación y el judicial (arts. 1118 y 1122) y se establece cuándo no pueden ser declaradas abusivas (art. 1121).

17. LA CAUSA COMO ELEMENTO ESENCIAL. REFORMULACIÓN DE LA NOCIÓN DE CAUSA

La causa es examinada como elemento esencial de los contratos.

Se afirma la íntima vinculación de los elementos del contrato con la validez del mismo.

Los elementos constitutivos o estructurales del contrato, tradicionalmente, se han denominado o se les asignó tratamiento de esenciales, entendido ello en el sentido de que la falta de o la infracción a cualquiera de ellos afecta su existencia o su validez, según el caso.

Modernamente, se afirma que la causa se identifica con los fines individuales. Y así lo ha recogido el Proyecto (art. 281) cuando al disciplinar todo lo relativo al acto jurídico —el contrato lo es— establece que la causa es el fin determinante al que se añade los motivos exteriorizados, incorporados al acto expresa o tácitamente si son esenciales para ambas partes. La relevancia de esta concepción radica en que la causa (determinante) se proyecta decididamente sobre la validez del acto, siempre y cuando sea conocida o factible de serlo.

Entendida la causa como la razón, el móvil concreto, individual y variable por el que un contratante se vincula con otro, permitirá apreciar el acto en función de los factores que han determinado a las partes a concluirlo y tolerará un examen finalístico en punto a su licitud, su moralidad y al equilibrio contractual, todo lo cual contribuirá al saneamiento de las relaciones jurídico-patrimoniales.

18. EL NUEVO ORDEN SUSTANCIAL DEL DERECHO CONTRACTUAL. LOS NUEVOS DEBERES

Se caracteriza, en primer lugar, por la aparición de deberes que el derecho contemporáneo impone con mayor frecuencia a los contratantes.

Desde que las partes inician tratativas precontractuales asumen deberes secundarios de conducta, sustentados en reglas morales, de convivencia y de solidaridad social. Las referidas reglas son todas derivaciones del principio de buena fe que en el Proyecto se lo enuncia como aplicable en el período de tratativas "para no frustrarlas injustificadamente", pues el incumplimiento genera responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del acto" (art. 991). Y a ello se suma el deber de confidencialidad en orden a la información recibida y que consiste en no revelarla ni de usarla inapropiadamente en su propio interés (art. 992). El Proyecto vuelve sobre la protección a la confianza en el capítulo sobre "Interpretación", en el sentido de que esta última debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente (art. 1067), declarando la inadmisibilidad de conductas contradictorias. Lo que modernamente se conoce como principio de coherencia.

Los deberes secundarios de conducta se explican en la distinción existente entre las prestaciones principales y aquellas otras que las complementan, que les son accesorias o instrumentales y que se fundan en la ejecución de la expectativa de crédito, lo que se ha dado en denominar la creación de confianza en el otro.

En oportunidades, los deberes accesorios se manifiestan en prestaciones en punto a la protección del acreedor por la otra parte, evitándole la producción de daños o de mayores daños que los contractualmente previsibles.

Como queda expresado, las reglas secundarias de conducta son manifestaciones de la buena fe contractual. Son el carácter más saliente de la buena fe contractual que se traduce en categorías genéricas, como ser la cooperación y la lealtad, y en directivas específicas que operan como desprendimientos de las anteriores, por ejemplo, la información, la legítima expectativa de confianza en el otro, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, el auxilio a la otra parte, etcétera.

19. LOS NUEVOS PRINCIPIOS. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

De lo que llevamos expresado, queda claro que se renueva (a) el principio de buena fe, hoy mencionado así en el Código Civil (art. 1198), pero desenvuelto en el Proyecto a través de cuatro de sus principales derivaciones. Nos referimos al deber de información (art. 1100), al deber de lealtad y al de colaboración (art. 1011) y protección a la confianza (art. 1067). Al principio de buena fe, debemos añadir el principio de proporcionalidad que lo hallamos en diversos institutos. Así, lo hallamos en el núcleo duro del dispositivo consumerista de protección. Así, el objetivo perseguido es proteger a los consumidores contra las cláusulas que provoquen un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones emergentes del contrato (arts. 1118, 1119, 1122) en desmedro del consumidor. El criterio de puesta en obra de la protección reside, pues, en la desproporción entre los derechos, las obligaciones y los poderes respectivos del profesional y del consumidor.

En efecto, no es suficiente para provocar la reacción del juez que la estipulación litigiosa importe un desequilibrio contractual, es necesario que ella cree una ventaja significativa, por desproporcionada, a favor del proveedor.

El principio de proporcionalidad es aplicable a la lesión, como vicio del acto jurídico, cuando la norma habilita una pretensión por modificación del acto o un reajuste equitativo con relación a una ventaja patrimonial desproporcionada (art. 332).

Lo mismo debe expresarse en torno a la facultad de los jueces consistente en reducir los intereses, cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización, excede, sin justificación y *desproporcionadamente*, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares (art. 771). Lo propio acontece con la imprevisión cuando al tornarse la prestación de una de las partes excesivamente onerosa, permite plantear extrajudicialmente o pedir a un juez la adecuación del contrato (art. 1091).

20. LOS NUEVOS PRINCIPIOS (CONT.). EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

El carácter razonable debe juzgarse de acuerdo con lo que considerarían personas que actúan de buena fe y en la misma situación que las partes. En concreto, para determinar lo que es razonable, se deben tener en cuenta la naturaleza y el fin del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de los ramos de negocios o profesiones involucrados.

Es el caso de la oferta realizada a una persona que no está presente, sin fijación de plazo para la aceptación, en el que el proponente queda

obligado hasta el momento en que puede razonablemente esperarse la recepción de la propuesta (art. 974).

El principio de razonabilidad está presente en el Proyecto en una pluralidad de temas. Así, en los contratos de duración se establece "...que la parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociación de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos". Lo propio acontece en el tema referido a la falta "adecuación de las cosas muebles a lo convenido", cuando de las circunstancias resulta que el comprador no confió o no era razonable que confiara, en la idoneidad y criterio del vendedor (art. 1156, inc. b).

En igual sentido en el contrato de leasing, cuando se establece la responsabilidad del dador cuando el seguro que haya contratado para cubrir los daños causados por las cosas objeto del contrato, lo haya sido por un monto irrazonable o la irrazonabilidad provenga de la falta de cobertura de riesgos (art. 1243). En el mismo sentido, se disciplina la obligación del fideicomisario, consistente en contratar un seguro contra la responsabilidad civil por los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso, ya que se establece que lo debe hacer por los riesgos y montos que sean razonables (art. 1685).

21. LOS NUEVOS PRINCIPIOS (CONT.). LEALTAD. COLABORACIÓN

Se trata de una aplicación de la buena fe. Este deber, que ha sido consagrado por la doctrina y la jurisprudencia contractualista, influye en el desarrollo de los deberes de coherencia (art. 1067), confidencialidad (art. 992) y cooperación, cuya mayor y mejor expresión se halla constituida por el deber de información (art. 1100 y arg. art. 991). Está presente en todas las etapas del proceso contractual: en la negociación, en la ejecución y en la extinción del contrato.

En primer lugar, su exploración permite que la esfera contractual no sea otro ámbito donde juegue la ley del jurídicamente más fuerte sino que constituye un lugar civilizado regido por un mínimo respeto mutuo entre los cocontratantes.

En segundo lugar, recordar que la buena fe/lealtad es a veces un aliado precioso de la seguridad jurídica y contribuye a suprimir la dicotomía que tradicionalmente se afirma entre la justicia contractual y la seguridad jurídica. No son nociones opuestas sino complementarias.

Para convencerse de ello es suficiente tener en cuenta que ella permite, entre otras funciones, asegurar la fase de negociación contractual, puesto que constituye el soporte de la sanción de rupturas súbitas e intempestivas de tratativas precontractuales.

La lealtad importa un deber de honestidad mínima y de moralidad. Así, el predisponente no puede oponer al adherente cláusulas que éste nunca conoció y, por tanto, no aceptó (art. 988, inc. c) La lealtad se impone a las cláusulas sorpresivas e impone cierta transparencia.

En otro orden, la buena fe, en su versión actual, en los contratos de larga duración, impone a cada parte el deber de colaboración que permita al contrato producir sus plenos efectos (art. 1011).

22. LOS NUEVOS PRINCIPIOS (CONT.). EL PRINCIPIO DE COHERENCIA. LA DOCTRINA DEL ACTO PROPIO

La circunstancia de que uno de los sujetos de la relación jurídica sustancial intente verse favorecido en un proceso judicial, asumiendo una conducta que contradice otra que la precede en el tiempo, en tanto constituye un proceder injusto, es inadmisibles.

Examinado el principio de buena fe, advertimos que su observancia requiere que en la relación jurídica la parte exhiba un comportamiento leal y adecuado a la creencia y confianza despertada en la otra, manteniendo la palabra empeñada desde el proceso formativo mismo, transformando en inaceptable la contradicción con una conducta previa y propia.

Es un imperativo del sujeto observar un comportamiento coherente, como principio básico. Pero acontece que la declaración de inadmisibilidad de una conducta incoherente emplazada en una pretensión, requiere ineludiblemente su comparación con otra conducta precedente y propia del mismo sujeto. La improponibilidad será el resultado de una tarea de interpretación, relacionando para ello la conducta propia que precede al comportamiento ulterior. Y este último será el declarado inadmisibles por incoherente.

El fundamento estará dado en razón de que la conducta anterior ha generado confianza en que quien la ha emitido permanecerá en ella, pues lo contrario importaría incompatibilidad o contradicción de conductas emanadas de un mismo sujeto, que afectan injustamente la esfera de intereses de quien suponía hallarse protegido, pues había depositado su confianza en lo que creía un comportamiento agotado en su dirección de origen. Este deber ha sido incorporado al Proyecto (art. 1067), bajo el título de "Protección de la confianza".

23. LOS NUEVOS PRINCIPIOS (CONT.). EL DEBER DE COOPERACIÓN. LA RENEGOCIACIÓN DEL CONTRATO

Tratar el deber de cooperación supone volver brevemente sobre el solidarismo contractual del cual constituye la encarnación conceptual.

Se trata de un principio que, en nombre de una cierta ética contractual, se traduce, para cada contratante, en brindar consideración y respeto por el interés de su contraparte.

El derecho positivo ofrece algunas ilustraciones del deber de cooperación.

En nombre del deber de cooperación, el principio de la fuerza obligatoria del contrato debe entonces hacerse flexible, sin extinguirse.

Una aplicación lo constituye la renegociación o revisión judicial si están dados los presupuestos de hecho que lo justifiquen.

La revisión del contrato presupone la inaplicabilidad del principio vinculante.

24. LOS NUEVOS PRINCIPIOS (CONT.). PROTECCIÓN DE LA DIGNIDAD

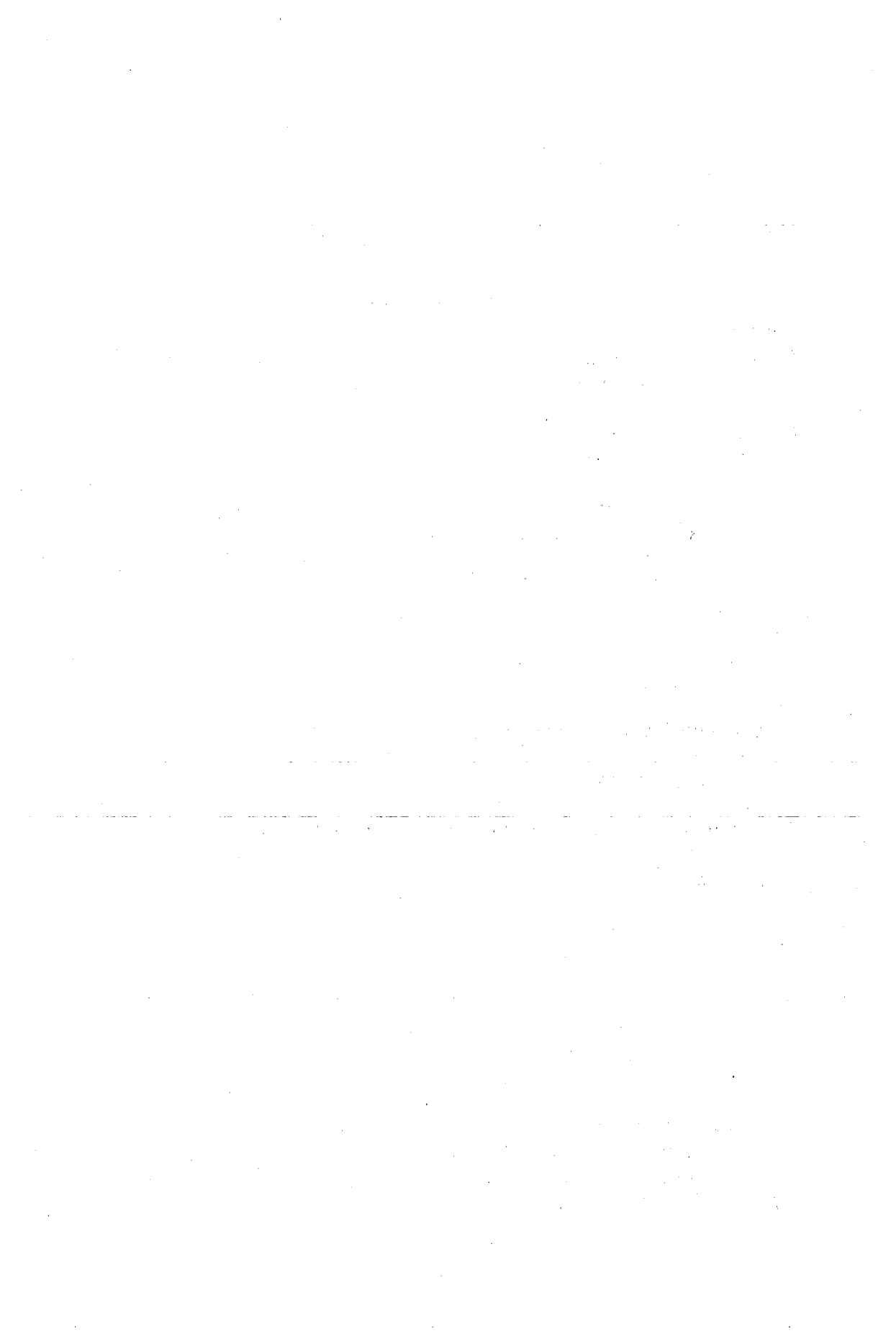
Sobre la base de la previsión contenida en el art. 42 de la Constitución Nacional, en cuanto establece, como derecho de los consumidores y usuarios el derecho a condiciones de trato equitativo y digno, el Proyecto reproduce el texto pero como obligación del proveedor. Así, establece que "los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios". Y añade: "la dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos". Y a manera de desenvolvimiento del núcleo duro la idea establece: "Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias" (art. 1097). Sobre el particular se sostiene que, el derecho de acceso al consumo, supone a un "acceso digno y equitativo", lo que significa, sin menoscabo a los atributos esenciales del consumidor como ser humano, que aparecen afectados no sólo en razón de tratos discriminatorios o arbitrarios, sino también cuando el aprovechamiento importa menguar las pretensiones de dignidad y equidad del público. Lo propio acontece con la prohibición de publicidad que sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud (art. 1101, inc. c).

25. FINAL

Como se advierte, el nuevo orden contractual está orientado en la búsqueda del equilibrio contractual, lo que, en lo profundo, implica reforzar la protección de los débiles. Tal vez sea ésa la principal influencia del derecho del consumo sobre el derecho común. De allí que hoy se lo enuncie como un "derecho virtuoso", en el que los principios y las reglas convergen en favor de un "civismo contractual".

En suma, la totalidad de los principios que inspiran un nuevo orden contractual, sustentados en la buena fe como, por ejemplo, la proporcionalidad, la lealtad, la cooperación, la coherencia, las reglas secundarias de conducta y, de entre ellas, el deber de información, tienen por objeto propagar al contrato mayor seguridad jurídica y moralizar los comportamientos, dotarlos de ética.

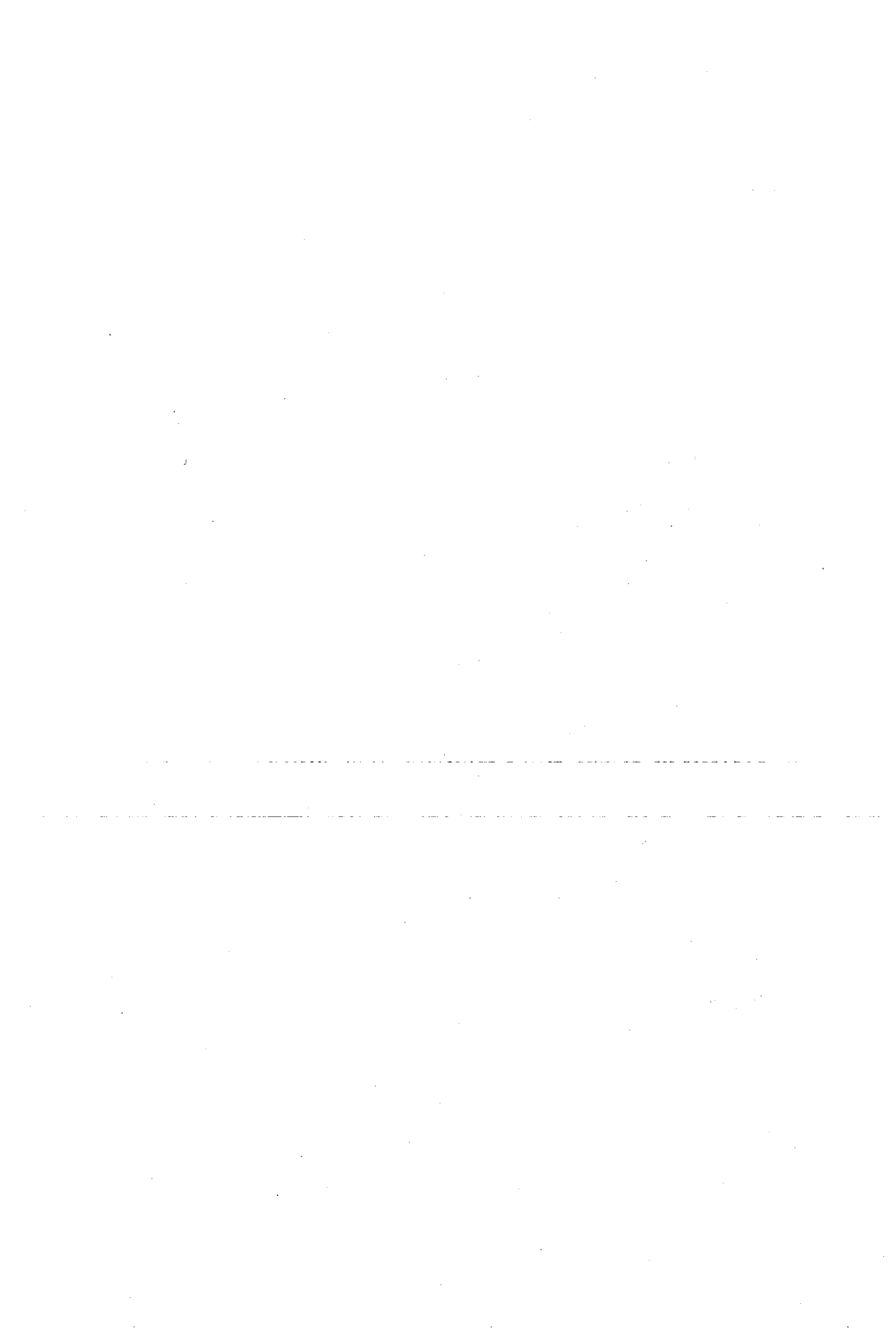
Y precisamente ése es el rol que deben cumplimentar los principios generales expuestos, dado que para eso existen.



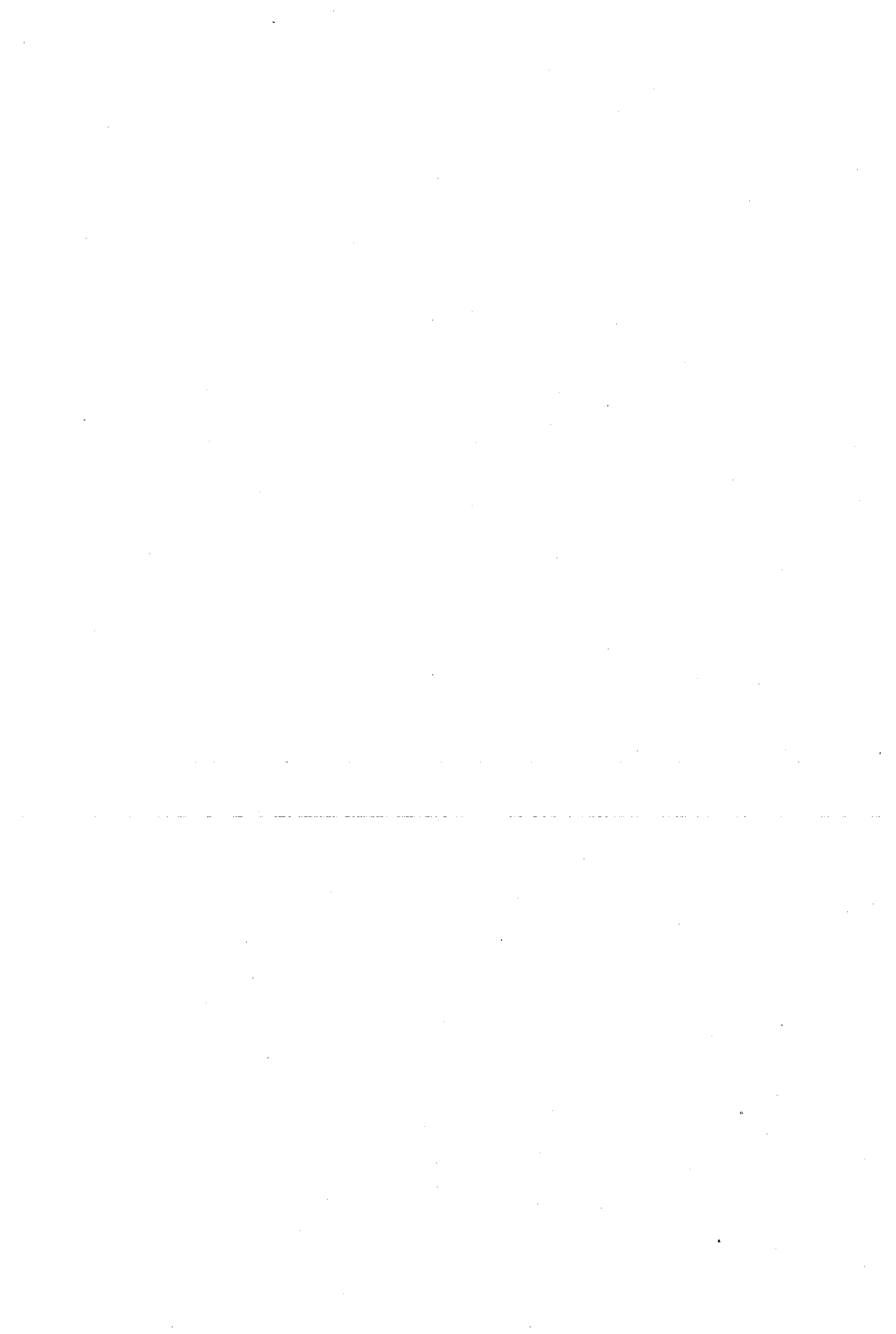
ÍNDICE GENERAL

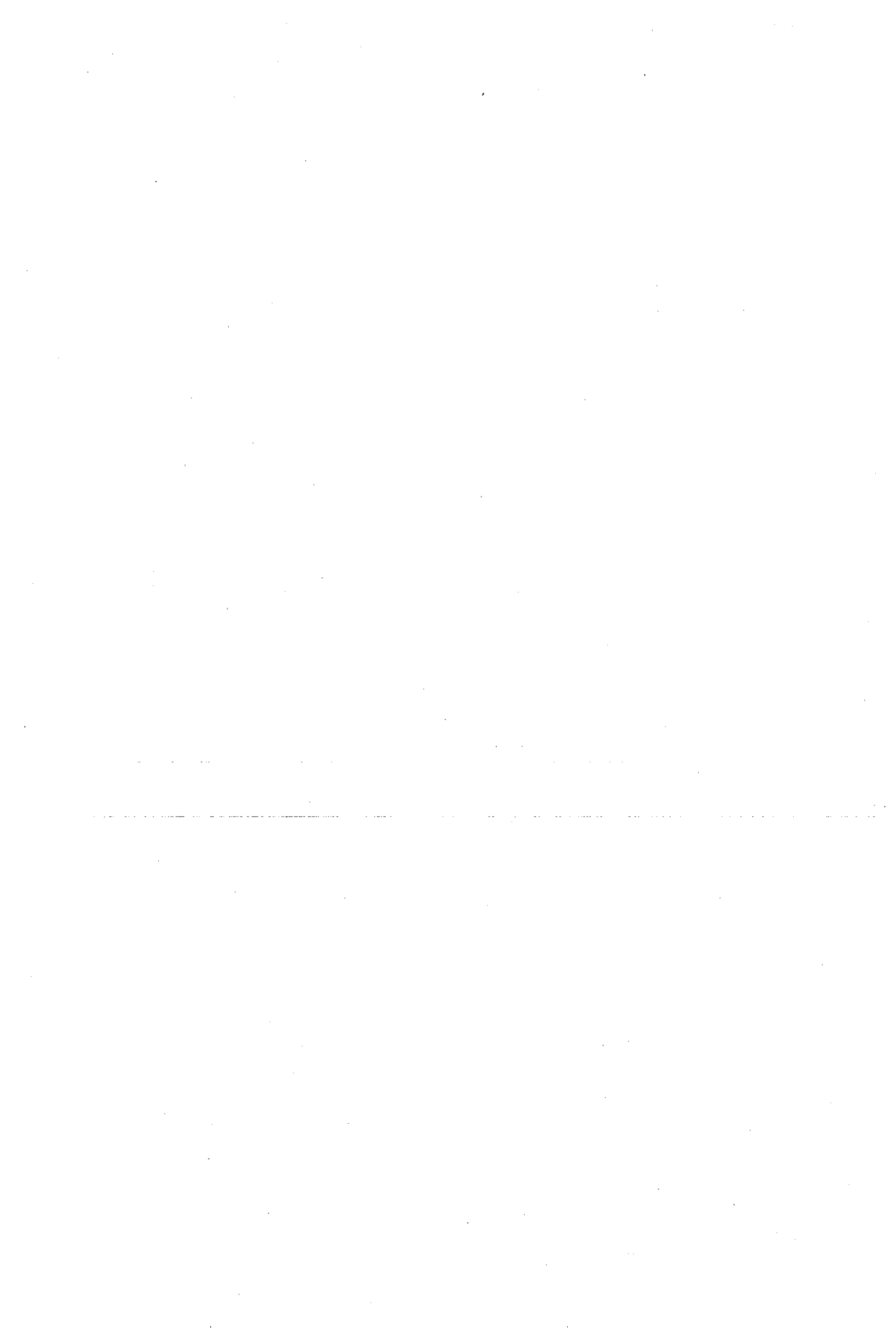
<i>Prólogo</i>	XIII
Por HÉCTOR ALEGRIA	
<i>Contratos asociativos</i>	1
Por MIGUEL C. ARAYA	
<i>La relación entre la Constitución y el derecho privado: sus implicancias en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico mercantil</i>	15
Por MAURICIO BORETTO	
<i>Determinación del derecho aplicable a las marcas en el ámbito internacional</i>	41
Por GUILLERMO CABANELLAS (H)	
<i>Una sistemática de “triple entrada”: los títulos valores en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012.</i>	89
Por JUAN MALCOLM DOBSON	
<i>Contrato de concesión en el Proyecto de Código Civil y Comercial</i>	119
Por OSVALDO MARZORATI	
<i>Directores suplentes o sustitutos</i>	149
Por CARLOS MOLINA SANDOVAL	
<i>Atributos ambivalentes de la empresa familiar con referencia a su tratamiento en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012</i>	197
Por ANA I. PIAGGI	
<i>Los principios generales de la teoría general del contrato en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Examen de nuevos temas</i>	243
Por RUBÉN S. STIGLITZ	





**SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 1ra. QUINCENA DE NOVIEMBRE DE 2013
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA**









2013



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

ISBN 978-987-03-2596-3



9 789870 325963

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