

Contrato de colaboración empresarial. Generalidades. Efectos del concurso. [\(Nota1\)](#)

por Carlos A.M. Ferrario [\(Nota2\)](#)

Efectuaré el análisis del tema sobre la base de un esquema que contemple de manera simple y sintética el orden general de estos contratos, para luego examinar de manera particular el impacto que sobre los mismos producen el concurso preventivo y la quiebra.

Desde el punto de vista general es bueno recordar que, a partir del desarrollo de la empresa moderna en la economía capitalista, la empresa que se instala lo hace no sólo físicamente sino también con sentido de permanencia -con la finalidad de mantenerse- y es por eso que, como decía el maestro ZAVALA RODRIGUEZ, el concepto de lucro del art. 8.1 del Código de Comercio cambia por el de lucratividad, entendida como aquella que expresa no sólo la ganancia esperada sino que se integra con aquello que se necesita para permanecer y continuar. Esa empresa requiere y desarrolla en sus distintas formas productos masificados o estandarizados.

Ese producto, que quizás pierda la calidad de la cosa artesanal, aumenta extraordinariamente la ganancia y disminuye extraordinariamente los costos. Este desarrollo empresario, como ocurre en casi todas las cuestiones de derecho vinculadas al hecho económico, conduce naturalmente a nuevas formas de negociación y de instrumentación; y así surge la estandarización contractual, la que logra -a través de programas, fórmulas, contratos formularios y de adhesión- gran economía de dinero y de tiempo.

Toda vez que en estos contratos generalmente no hay discusión, ni libertad interior, adhiero a la propuesta tal cuál se me formula o no adhiero y busco otro negocio u otra cosa. Esto obviamente ahorra tiempo y dinero, pero crea otras cuestiones y otros conflictos como son que precisamente esa pérdida de libertad interior supone en algunos casos cierto grado de subordinación económica. Esto es bueno anotarlo porque luego vamos a ver que hay una serie de reglas legales y una serie de fallos especialmente por el fuero comercial que tratan de cohonestar estos excesos.

Esas modificaciones en materia de celebración y de instrumentación de los contratos lleva a algo -más propio del derecho civil- que parecía olvidado dentro del derecho comercial y que es la exigencia formal. El contrato mediante formulario requiere de formas, no formas solemnes, exige en algunos supuestos de controles y de registros. Registros y fórmulas que en algún supuesto debe controlar el propio Estado, como el que ejerce a través de la Inspección General de Justicia y la Superintendencia de Seguros de la Nación.

Este esquema formulario masificado modifica la circulación del crédito a partir de los llamados títulos en serie, los que a su vez conducen a la llamada desmaterialización de los títulos de crédito. Hoy por hoy, el título documental, el que hemos visto y aprendido desde el punto de vista intelectual y desde el punto de vista material como el papel -el documento-, ha quedado relegado exclusivamente a los títulos individuales (los

cambiarlos). El volumen relevante lo representan los que se negocian a diario o los que quizás tengan mayor negociabilidad o mayor predicamento económico: son los llamados títulos en serie, que no son documentales, sino que aparecen registralmente en libros. Entonces, el esquema formulario no solamente va hacia el contrato sino que va a esta forma de negociación para la obtención de crédito que supone el régimen de desmaterialización de estos títulos.

Por otro lado, esta empresa, en este negocio que supone este aumento de ganancias, debe recurrir a nuevos mercados y para colocarse en ellos necesita también de nuevas formas negociales y de participación que le permiten llegar a lugares a través de terceras personas. Quizás se trate de países en los que no les convenga la legislación impositiva o laboral vigente, por lo que actuara a través de otros sujetos a los efectos de que ellos soporten esos gastos y esos riesgos. Entonces todo esto que enmarca esta aptitud y actitud de la empresa la lleva a este nuevo negocio, a esta nueva situación contractual que supone lo que luego vamos a ver como contrato de colaboración empresaria.

El tercer gran factor de esto es que, en esa búsqueda de mercados, se produce lo que se llama "globalización". Ese acceso a nuevos mercados, muchos de ellos externos, supone un grado de compromiso, un grado de intervención e impone la aparición de uniones económicas, finalmente mercados comunes. Estas uniones y estos mercados también tienen su aspecto negativo o su concepto de defecto porque cualquier mercado o cualquier unión supone resignar soberanía del Estado.

Esta búsqueda de ganancia y disminución de los costos ha llevado a algunas empresas a un grado de desmesura y de abuso. Para controlar esta desmesura y este abuso es que el régimen legal contiene una serie de reglas de utilización que voy a mencionar rápidamente por razones de tiempo, pero que no deben ser desechadas sino atendidas muy especialmente porque luego servirán no solamente como reglas de interpretación sino como reglas para la buena ejecución del contrato.

Todos recordamos, desde este punto de vista, las reglas del Código Civil (arts. 953, 954 bis, 1071, 1198 bis) que crean un régimen, entre otras cosas, para limitar estos abusos a partir de la incorporación en materia de interpretación de los contratos y de su ejecución de las reglas de la buena fe. La incorporación como forma de control de la regla del abuso del derecho y todo lo que genéricamente se menciona como abuso del menor, en lo económico por supuesto, como abuso por el exceso de poder o de autoridad.

Estas reglas, sumadas a la del art. 218, inc. 3), del Código de Comercio sobre interpretación contractual -que remite a las de equidad- son las que de alguna forma crean el marco normativo genérico. Naturalmente que estas reglas han evolucionado a través y a partir de fallos que deciden cuestiones particulares y que luego adquieren tal grado de generalidad que finalmente se incorporan al derecho legal. Y nosotros podemos citar aquí todo lo que refiere al abuso en materia de utilización del sujeto, persona, sociedad, del art. 54 de la Ley de Sociedades. Podemos incorporar también el régimen de abuso de poder de administradores de los arts. 59 y 274 de la Ley de Sociedades, como el dispuesto a partir del año 1994 con la reforma constitucional del art. 43, en cuanto refiere a la defensa del consumidor, y la ley 24.240, su modificatoria, y el régimen que refiere a la Ley de Defensa de la Competencia.

Deben ustedes recordar la labor jurisprudencial, luego incorporada a la legislación sobre cláusulas abusivas por posición dominante como son las propias de la Ley de Tarjetas de Créditos, art. 13; de la Ley de Defensa del Consumidor, art. 37; todo el régimen de abuso de la posición de conocimiento, a veces confidencial, como es el régimen de la Ley de Confidencialidad, la ley 24.766; y la regla de la Comisión Nacional de Valores para supuestos en lo que algún sujeto tiene conocimiento reservado y lo utiliza en su propio beneficio, la resolución 227; el régimen de responsabilidad y de extensión de quiebra, de los arts. 173 y 161 de la ley 24.522; las reglas de derecho fiscal de la ley 11.683, art. 2; y las reglas de fraude laboral del art. 31 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Estas reglas son las que debemos coordinar para que la interpretación de los contratos y de las situaciones de hecho generadas a partir de la ejecución de los mismos permitan limitar estos abusos.

Con referencia a los contratos que a nosotros nos interesan aquí y ahora, y que luego vamos a ver como los de distribución, concesión, franchising, agrupación y unión temporaria, más algunas estructuras societarias, he anotado algunos fallos que me parecen relevantes y que yo los voy a citar porque es bueno tenerlos como dato, aunque no vamos a hacer una lectura prolija ni exhaustiva de los mismos, pero podemos verlos en un esquema sintético. Yo los cito y si les interesa luego los pueden ver.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en un fallo que fue famoso porque cambió de manera relevante la interpretación en materia de contratos de concesión y de duración indeterminada, que fue “Automóviles Saavedra c/ Fiat” hizo aplicación del criterio de buena fe en materia de cláusulas contractuales que permiten la denuncia del contrato de tracto sucesivo y de plazo indeterminado.

La Sala B de la Cámara Comercial, en “Marquines y Perotta c/ Esso”, dispuso también que es una facultad-deber de los jueces la de utilizar el prudente arbitrio y equidad, con buena fe, buscando que el equilibrio de las partes se mantenga o se conserve y analizando, repite el fallo, con buena fe los actos de preparación y celebración del contrato, ejecución y cumplimiento.

La Sala C en el fallo “Distribur” del 10.05.1994 también aplica el criterio y el principio de la buena fe en materia de interpretación de un contrato, con alguna característica porque se trata en el caso de un contrato no escrito, y establece reglas para la prueba de este contrato, más allá de la falta de documentación e instrumentación.

En “Montenegro c/ Cervecería Bieckert”, la Sala C, el 31.10.1993, también coloca en cabeza del predisponente del contrato la carga de utilizar ciertas facultades contractuales con prudencia. Como en el caso era la denuncia del contrato a los efectos de su interrupción, la utilización del preaviso y la indemnización para el caso de daños y perjuicio, ante la inexistencia de este preaviso, no obstante que el contrato contenía cláusula de renuncia al preaviso y de renuncia a la posibilidad de indemnizatoria.

Hay un fallo de la Cámara Civil y Comercial de Misiones del 23.12.1992, “Casa Bettés c/ Posadas Refrescos”. Me parece conveniente señalar aquí dos cuestiones. La primera dice que, cuando no se ha utilizado instrumento escrito en el contrato de distribución en donde naturalmente el concedente tiene más poder económico que el distribuidor o concedido, esa falta de la prueba escrituraria debe ser interpretada en contra

precisamente del predisponente como que evitó adrede la formulación escrituraria, para luego crear una situación de mayor dificultad en materia de ejecución del contrato.

Y la segunda cuestión, que luego la Corte va a repetir en un fallo muy interesante referido a la responsabilidad laboral, en “Rodríguez c/ Compañía Embotelladora”, es que coloca como elemento indispensable para la interpretación del contrato, no la propia del contrato, sino la circunstancia económica de un momento dado del país y de un lugar.

Desde otro punto de vista nos preguntamos ¿cuáles son estas formas de colaboración a que recurrirá la empresa para obtener mayores ingresos con menores costos? Cuando hablamos de colaboración naturalmente que estamos hablando de más de un sujeto; sujeto que puede ser societario pero no necesariamente, sino que podrían ser personas físicas. Esta colaboración tiende y es la finalidad primaria la de colocar un producto y llegar a una mayor cantidad de gente. Pero puede tener una finalidad secundaria que a veces se convierte en principal como, por ejemplo, lo que dijimos hace un momento como abuso: puede ser para evitarse cierta carga impositiva, puede ser para evitar cierta responsabilidad laboral, puede ser para eximirse de cierta responsabilidad por defecto o por vicios de las cosas que se producen y que se colocan, puede ser para la búsqueda de una legislación más conveniente.

Esto puede ser una patología. Ello no califica el interés, la conveniencia económica, la utilidad del contrato o de esta forma de contratación. A punto tal que en la materia de los grupos de sociedades, la historia ha transcurrido el camino desde aquella primera impresión que tuvo la legislación, y naturalmente la justicia también, sobre que el grupo era una forma de juntarse para cometer ilícitos, que de alguna forma fue el criterio vigente hasta fines de los '70. Recuérdese aquí los fallos de extensión de quiebra de Swift, los supuestos del grupo Sasetru, el grupo Oddone y el grupo Grecco, hasta que el criterio evoluciona y se llega al año 1983, donde la ley 19.551. vigente desde 1972, se modifica; y en esa modificación introduce la extensión de quiebra en supuesto de simulación o control fraudulento o confusión patrimonial inescindible, pero que incorpora el punto 11 del art. 165 y considera en la exposición de motivos que la existencia de un grupo no supone de ninguna forma ningún grado de ilicitud o ilegitimidad. De manera tal que por la sola existencia del grupo, sin cesación de pagos, no era procedente ni era condición de la extensión de quiebra. Este momento de nuestra legislación en materia de grupos es absolutamente relevante, porque a partir de esta evolución y de este reconocimiento legal es que de alguna forma se produce lo que GALGANO llama (citado por FARGOSI) el paso de la patología del grupo a su fisiología. Por otro lado, debo recordar que la ley 24.522 introduce la posibilidad del concursamiento preventivo del grupo.

De manera tal que si bien el acuerdo, el convenio o el contrato de colaboración puede ser objeto de algún reproche de ilicitud, esto es lo patológico pero de ninguna manera puede ser considerado como su finalidad o naturaleza. La motivación es precisamente acceder a través de un costo reducido a más personas, utilizando organizaciones muy completas, utilizando un sistema de colocación de productos muy hábil, muy conveniente a estos fines.

Si bien cualquier clasificación es arbitraria, porque dependerá del criterio que utilicemos, conviene efectuar alguna para su mejor comprensión.

Los contratos de colaboración pueden ser de cooperación en los cuáles los sujetos están, como principio, en el mismo grado de igualdad y son todos aquellos de concesión: el de concesión para concesionaria, el de concesión para la distribución y el de franchising.

Pueden ser de coordinación, que también suponen un grado de igualdad de las empresas, autonomía jurídica de cada una de ellas, pero que tienen algunas características de organización común de que carecen los de cooperación, es decir las agrupaciones y uniones temporarias en las que hay fondo común, hay representación, hay un grado de actividad promiscua.

Y en una tercera categoría están aquellas formas de colaboración en las que la vinculación entre los sujetos no tiene cualidad contractual sino es de estructura o base societaria a través de participaciones. Un sujeto participa de otro o de otros o con otros y participa porque tiene en propiedad, aunque no es necesario que así sea, tenencias, participaciones societarias, usualmente acciones, aunque no necesariamente deben serlo. En este esquema de la estructura societaria si bien el grado de participación no es un elemento absolutamente calificante, interesa, aunque la Ley de Sociedades establece algún número, o se infiere de la ley, que una participación de menos del 2% es absolutamente irrelevante, porque recién con el 2% puedo efectuar ciertos requerimientos al síndico. Una participación mayor del 10% es más relevante, porque la Ley de Sociedades dice: si tienes una participación mayor del 10% ojo con la contabilidad, hay tener una contabilidad, llevarla y exponerla conforme las reglas de los arts. 62 y siguientes. Es decir que si bien este número no es absolutamente relevante, es una pauta, es un índice de advertencia. Cualquier participación mayor al 10%, obviamente, aparece como interesante desde el punto de vista societario.

En cualquiera de estos negocios, ya sea de raíz contractual, coordinación o cooperación; o por raíz societaria, hay como un impulso, hay como una tendencia natural a que alguno de estos empresarios se haga más dueño que otro. La concentración es casi algo natural en el empresario, hay uno que va a querer obtener posición de dueño. Y este señorío que va a ejercer supone naturalmente la subordinación de otros. O sea que para que yo pueda hablar de concentración, no solamente es necesaria la participación, si estoy en una estructura societaria, sino la intención de someter al otro o a los otros miembros de este agrupamiento. La Ley de Sociedades establece lo que el art. 33 llama control y de alguna forma lo define. Y entonces, el art. 33 establece básicamente una forma de control societaria, la primera parte; un grado de participación societaria suficiente para tener quorum y mayoría absoluta en las asambleas ordinarias, como llaman los autores control interno de derecho. No hay duda que este controlante en la asamblea ordinaria triunfa. ¿Y en la asamblea ordinaria por qué? Porque es la que va a designar y remover el directorio, no le interesa participar en otra decisión. También existe la situación de control cuando esa participación no le da el grado de certeza porque no tiene la mayoría absoluta, pero puede ejercer, como dice la ley, un grado de influencia dominante (en este punto recomiendo los trabajos de OTAEGUI y MANOVIL).

Cuando la relación es exclusivamente contractual, la Ley de Sociedades en su art. 33, segundo párrafo, incluye el supuesto de influencia dominante y dice por los "especiales vínculos". ¿Cuáles son esos especiales vínculos? Esos especiales vínculos pueden ser una exclusividad de acopio tan estricta que si el concedido pierde la distribución no puede aprovisionarme en el mercado; de manera tal que cambia su objeto o desaparece.

Esto ocurre con habitualidad, no son casos extraordinarios. En esta materia son interesantes los fallos de Corte Suprema del año 1973, Parque Davis, Mellor y Swift.

Esto está vinculado al tema del monopolio, porque muchas veces estas concentraciones empresarias apuntan al ejercicio del monopolio. Una pregunta usual es si es cierto que a veces están para dominar a las empresas pero el fin último es mantener el control de un área de producción o de comercialización determinada.

Por eso al comienzo de alguna forma insinué el régimen de la Ley de la Defensa de la Competencia, a punto tal que cuando en la Ley de Sociedades se incorpora algo arbitrariamente -rompiendo un poco la sistematología de la ley, pero en definitiva había que ponerlo en algún lado- se colocaron los contratos de colaboración como las uniones transitorias y los agrupamientos. Allí se exige que en cualquiera de estos supuestos, porque podría haber una forma de vincularse para fijar un precio en el mercado o un grado de concentración con perjuicio al consumidor, la necesidad de inscripción de estos convenios en la Secretaría de Defensa del Consumidor.

En cuanto a los contratos de colaboración por cooperación en particular, voy a recordar algunas características diferenciales que luego puedan interesar para la otra parte de la cuestión. De estos contratos conocidos yo me referiré a tres que son los más comunes: la distribución, la concesión y el franchising. Siempre, como dijimos al principio, estamos hablando de sujetos diferentes, personas físicas o personas jurídicas con autonomías jurídicas y patrimoniales. El nexo de vinculación es naturalmente el contrato, escrito o no, y tienen en común que estas empresas vinculadas atienden cada una a su negocio, tienen su propio interés: sus propios beneficios que resultan para la concesionaria de la diferencia de precio entre compra y venta y para el concedente porque es una forma de colocar su producto. En ambos supuestos es natural al contrato que haya zona, en ambos hay generalmente exclusividad, usualmente unilateral para el concesionario o distribuidor. En el contrato de concesión, particularmente de automóvil, la exclusividad es un rasgo característico (no puede vender el concesionario otra marca). Lo que distingue quizás mejor a estos dos contratos es que la concesión refiere artículos de cierta tecnología un poco más compleja. Consecuentemente con ello el concesionario debe el servicio de mantenimiento, que el distribuidor no lo debe. Y esto supone además que como debe el servicio, el concesionario debe tener un equipamiento adecuado para prestarlo, lo que impone que el concedente tenga una mayor intromisión en el negocio del concesionario. Analizará el stock, el equipamiento mecánico, la eficiencia de las personas, sobre todo porque el fabricante concedente vincula la garantía a tal servicio. Y si ustedes analizan cualquier garantía que se presta al usuario dice que la misma se prestará por cierto tiempo, por tal circunstancia cualquiera y lo vincula con la forma que ha sido prestado el service del auto, del equipo tecnológico que fuere. Es decir que si bien en la distribución el concedente se introduce en el negocio del distribuidor, y quizás pueda controlar su contabilidad y organización; en la concesión esto es mucho más exigente.

El franchising, como ustedes saben, es en definitiva un grado de concesión, pero en el cual el elemento que califica al contrato es la licencia de la propiedad intelectual. Por cuanto en el franchising lo único que hace el franquiciado es vender como vendería el concedente -a punto tal que el consumidor confunde si está comprándole a un concesionario o al principal- en definitiva, se está vendiendo una imagen, una idea y ello es lo que caracteriza al franchising.

Estos contratos son de ejecución continuada. Esto importa porque en materia concursal es muy relevante por el art. 20 en caso de concurso preventivo. Estos contratos tienen el régimen genérico de resolución o de rescisión: resolución por incumplimiento, art. 216 del Código de Comercio o art. 1204 del Código Civil, rescisión, art. 1200 del Código Civil; pero como son de ejecución continuada y a veces el tiempo no está determinado en el contrato permiten lo que se llama la denuncia. El concedente, también el concesionario aunque en general esa facultad la ejerce el concedente, denuncia el contrato e interrumpe el mismo. No es que haya incumplimiento porque si el mismo existe por parte de la concesionaria lo puede resolver por el art. 216, evitándose los daños quizás. No lo rescinde porque para ello necesita la conformidad del concesionario y no es éste un supuesto legal de rescisión. La denuncia supone el deseo de no continuar sin causa. El concedente comunica su voluntad de no continuar el contrato a partir de cierta fecha. Pero este régimen de denuncia, plenamente legítima, no debe ser ejercida abusivamente o de manera arbitraria, por intempestiva, por violatoria de algunas de aquellas reglas que vimos sobre la buena fe; de manera tal que la jurisprudencia le ha ido poniendo límites y entonces se dice ¿puede haber denuncia? Puede haberla, pero debe preavisarse, con anticipación suficiente. ¿Cuál es el tiempo? Y en esto no hay regla legal, recordemos que son contratos que no están legislados, por ahora. Será de tres meses, de seis, será de un año. Usualmente entre seis meses y un año, es lo que la jurisprudencia considera como un preaviso suficiente. ¿Y éste plazo en relación a qué se fija? Habrá de tenerse en cuenta el tiempo durante el cuál se desarrolló la actividad, el grado de estructura que ha debido armar para ese negocio, la expectativa futura, es decir, dependerá de múltiples circunstancias.

La falta de preaviso, o un preaviso insuficiente, lleva a la indemnización por daños, lo cual incluye el lucro cesante, ganancia esperada, los daños que supone despedir personal, reestructurar ese establecimiento, aún el supuesto de daño moral. El concedente a partir de su control en la contabilidad puede anotar y captar clientes que en realidad fueron capturados por el concesionario, para luego venderles prescindiendo del mismo. Allí, además, de un daño material hay una afectación a otro tipo de valores, a otro tipo de sentimientos o sensaciones.

Este régimen contractual, de concesión genéricamente considerado, tiene consecuencias en materia de responsabilidad frente a terceros, usuarios y consumidores. Reconocida jurisprudencialmente la garantía del fabricante por su intervención en el tráfico, diferente e independiente de la garantía del vendedor, a partir de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y su posterior reforma -que en definitiva lo que hace es levantar las observaciones que fueron efectuadas por el Poder Ejecutivo a su promulgación-, establece la garantía legal, la garantía por tres meses, la responsabilidad solidaria de productor y vendedor, un régimen especial de garantía de vicios, la posibilidad de indemnización de daños sin excepción del art. 2170 del Código Civil y sin la posibilidad de oposición del art. 2176 del mismo Código. Y lo que aparece como más relevante y que toma la doctrina de la Constitución de 1994, el art. 43, legitimando no solamente al propio consumidor, sino a la asociación de consumidores con personería jurídica. Es decir, aquello que durante tantos años fue tema de debate y referido a los intereses generales, intereses difusos, hoy recibe un reconocimiento legal en esta cuestión que aparece como de verdadero interés.

Cuando uno de los sujetos partes de estos contratos se concursa, las reglas legales son las propias de la ley concursal, de la ley societaria y algunas de incorporación judicial.

Si nos encontramos ante el concurso preventivo y estamos analizando supuestos de contratos de colaboración por cooperación, como los de concesión o de distribución, se plantean básicamente dos cuestiones: una absolutamente resuelta, que toda vez que se trata de actos de administración ordinaria, siguen operando como consecuencia del régimen propio del concurso preventivo, de los arts. 16 y siguientes; la otra cuestión, relativamente resuelta, es si estos contratos quedan sometidos a régimen del art. 20 de la Ley de Concursos, es decir, si son contratos de aquellos que, autorizados a continuar por el juez, tienen el efecto doble, uno incorporado por la ley 24.522, otro ya existente en la 19.551.

El régimen del art. 20 de la Ley de Concursos es aquél que refiere a los contratos con prestaciones recíprocas pendientes. En el caso, dice la ley, con prestación recíproca pendiente hay opción para el deudor para continuar dicho contrato y si es conveniente el juez lo autoriza. A consecuencia de esta autorización la prestación debida por el concursado es de reclamo inmediato, bajo apercibimiento de resolución por el contratante in bonis, es decir, que no debe promover por ese crédito la verificación exigida para otros acreedores; y el efecto que subsiste de la ley 19.551 en cuanto que las prestaciones futuras y pendientes de pago por el concursado, ya en concurso, reconocerían la preferencia y graduación del art. 240 de la Ley de Concursos. Es decir, por detrás de los acreedores con privilegio especial del fallido, por delante de los acreedores con privilegio general también del fallido.

La cuestión referida a si se trata de contratos incluidos o no en el art. 20 tiene su interés porque, si estos contratos están incluidos, la prestación debida con anterioridad al concurso no se verifica y se cobra anticipadamente y a la prestación futura se le reconoce el art. 240. A nadie se le escapa que si el concurso es del concesionario exclusivo, la frustración de este contrato, ya sea por vía concursal o porque el concedente lo resuelve por el concurso, lleva casi inexorablemente a la quiebra del concesionario. De manera tal que frente al supuesto de si el contrato debe subsistir o no, todos nos inclinábamos por la subsistencia del mismo porque así subsiste la empresa del concursado. Pero frente a los efectos que esto produce debemos hacer el análisis desde el punto de vista de la teoría y si el contrato que la ley quiere que se someta al régimen del art. 20, es el contrato de ejecución diferida pero inmediato, en donde la obligación es única y se desarrolla como prestación que puede ser a plazo o a término; es que estos contratos de ejecución continuada, en los que la prestación que se cumple satisface una obligación y permite sucesivamente recrear nuevas obligaciones y prestaciones, como son los llamados genéricamente contratos con prestaciones fluyentes, estos contratos no se encuentran sometidos al régimen del art. 20.

Por otro lado, el art. 147 de la Ley de Quiebras excluye expresamente de la asunción por parte de la quiebra a los contratos de ejecución continuada y menciona expresamente a la concesión y distribución, de manera que si tal fue el régimen de la ley concursal -excluir a este contrato del régimen de continuación, disponiendo por el contrario su resolución- no parece que hubiera regla legal de aplicación y de derivación razonada de esta legislación vigente: impedir que la quiebra asuma tal contrato y por otro lado facilitar su asunción en el concurso preventivo. Por lo tanto, en principio, yo diría que estos contratos están fuera del régimen del art. 20.

En los supuestos de los contratos de integración, como son las agrupaciones de colaboración, naturalmente que la Ley de Sociedades no prevé el supuesto de concurso

preventivo porque, como se trata de negocios propios de la administración ordinaria, no se sienten afectados por el concursos, por lo que continuarán. La única cuestión que puede plantearse en estos supuestos es la de aquellos contratos que para su ejecución requieren de cierta habilidad técnico-financiera, como son los contratos de obra pública, o de cierta habilidad en función de reglamentos, como son los del Código Aduanero en materia de importadores o exportadores; porque si la carencia de esta habilidad es consecuencia del concurso preventivo, la finalidad de la agrupación se frustraría por esa carencia y consecuentemente con ello la misma o la unión se vería afectada y naturalmente el miembro concursado debe ser separado para que el contrato continúe o caiga todo el contrato. Quizá en estos casos, como hemos dispuesto judicialmente en varios otros supuestos, la medida precautoria o la decisión innovativa en función de disponer que la regla de inhabilitación en materia concursal resulta inaplicable por el principio general de conservación de la empresa daría una solución, por lo menos transitoria, hasta que el acuerdo fuera efectivamente homologado.

Cuando estamos frente a los grupos, en el supuesto de estructura societaria, la Ley de Concursos incorpora el régimen de los arts. 65 a 68 que precisamente permite el concursamiento del grupo como grupo. Claro está que lo que se concursa no es el grupo porque, al no ser el grupo sujeto de derecho, los que se concursan son los sujetos miembros del grupo. Esto está claro por cuanto los únicos que tienen deudores, acreedores, patrimonio y personalidad son estos miembros sujetos.

En esta materia la ley concursal incorpora el régimen, aunque no contiene una denominación uniforme toda vez que la llama en su articulado de diferentes maneras: las llama conjunto, agrupamiento o grupo económico, societario o empresario; pero el hecho concreto es que estas personas que están vinculadas por algunas de estas formas societarias de vinculación están autorizadas legalmente a presentarse en conjunto, pero deben hacerlo manifestando: 1) que exteriorizan esa voluntad y esa realidad que es el propio conjunto; y, 2) que ese conjunto tiene características de permanencia; de manera tal que si esta exteriorización es insuficiente en cuanto a su existencia o en cuanto a su permanencia, puede bien el juez rechazar la presentación en concurso con las consecuencias que ustedes conocen en materia de rechazo e inadmisibilidad de nuevas presentaciones. La posibilidad legal es la del concurso en conjunto de los miembros del grupo en su totalidad o cada uno individualmente. Lo que no se puede hacer es denunciar la existencia de un conjunto y presentar algunos miembros. Si se exterioriza la existencia de este grupo, la presentación debe ser del grupo en su totalidad. La ley no establece sanción a la violación de esta disposición en caso de ser advertida luego que esté abierto el concurso. Creo que el juez no puede decidir que deja sin efecto la apertura porque ello violaría el principio de preclusión procesal y, además, crearía una notoria inseguridad para los acreedores, por lo que quizás podría ser motivo de una impugnación al acuerdo obtenido con fundamento en el ocultamiento de activos, porque este miembro concurre y participa del grupo con sus activos y pasivos. Este grupo que se presenta y se beneficia con esta solución concursal puede hacerlo efectuándole a los acreedores una propuesta unificada o una propuesta diferenciada por cada uno de los miembros respecto a sus acreedores.

En materia de quiebra estos contratos obviamente tienen una debacle que es la propia del desapoderamiento. Ni en el contrato de concesión, ni en los contratos de agrupamiento, se permite que sean continuados por la quiebra, no solamente por lo dispuesto por el art. 147, sino fundamental y básicamente como consecuencia del

desapoderamiento. No puede ser reemplazada la prestación por el síndico, de manera tal que no hay duda.

El único de estos contratos que subsiste no obstante la quiebra de sus miembros es la unión transitoria de empresas, que no se disuelve y que se mantiene en la medida en que los otros miembros tomen la decisión, y así la manifiesten en el concurso explícitamente, que van a asumir las obligaciones y compromisos que precisamente tiene este miembro que está quebrado.

Queda por definir la cuestión del grupo y el tema de la extensión de quiebra aunque hay mucha cosa vista y escrita. Si uno lee los arts. 33 de la Ley de Sociedades y 161 de la Ley de Quiebras se aprecia en la literalidad de ambas normas que en el punto, el art. 161, inc. 2), refiere al control. La descripción del control es similar a la del art. 33: es el control interno de derecho (la mayoría absoluta), es el control por influencia dominante por participación societaria, pero la Ley de Concursos no ha transcrito, la segunda parte del art. 33 que refiere a la influencia dominante por especiales vínculos.

De manera tal que, en principio, debe concluirse de esa lectura que cuando el art. 161 dice que hay control y transcribe el art. 33 y no transcribe la influencia dominante por especiales vínculos es porque ha querido descartar el supuesto de extensión de quiebra cuando la influencia es externa por un contrato, como hemos visto en casos de concedente-concesionario y concedente-distribuidor. Es decir, no es casual.

Alguno ha dicho que no importa que este supuesto de control no esté en el art. 161, inc. 2), porque podría ser de aplicación el art. 161, inc. 1), es decir cuando hay actividad y disposición de bienes bajo la apariencia de cierta persona. En esa apariencia, que OTAEGUI ha identificado con simulación y que muchos otros, como MANOVIL, han dicho que es un supuesto diferente, algunos han dicho en este art. 161, inc. 1), que más que la forma o la manera de actuar lo que importa es el resultado. De cualquier manera que actúe, y mejor aún haga actuar al otro, si esa actuación redunde en su beneficio y en perjuicio de la otra persona o en el de sus acreedores, el art. 161 es de aplicación, no digo inexorable pero por lo menos con alto grado de probabilidad.

NOTA:

(1) Versión corregida por el autor de su exposición en el Ciclo de Conferencias "Cuestiones Conflictivas en el Derecho Comercial", que se desarrolló el 24 de septiembre de 2001 en el Salón Auditorio del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

(2) Juez Nacional de Primera Instancia en lo Comercial. Profesor adjunto ordinario de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor asociado ordinario de Derecho Económico de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de cursos de posgrado en materia concursal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de cursos de posgrado en sindicatura concursal de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires. Autor de diversos trabajos de la especialidad. Participante como expositor en diferentes seminarios, jornadas y cursos.