

CAPÍTULO IX

CONTRATO DE SHOPPING CENTER

Por Rómulo Alberto ROJO VIVOT

1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTO. 3. CLÁUSULAS HABITUALES. 4. NATURALEZA JURÍDICA DEL VÍNCULO ENTRE LA EMPRESA ORGANIZADORA Y LOS USUARIOS DE LOS LOCALES. 5. CUESTIONES PROCESALES. DERIVACIONES DE ORDEN PRÁCTICO. 6. SITUACIONES CONFLICTIVAS MÁS HABITUALES. 7. CONSIDERACIONES FINALES. CENTROS COMERCIALES EN LA ARGENTINA. INCIDENCIA EN EL MERCADO LABORAL Y COMERCIAL.

1. Introducción

Los cambios culturales, la aparición de nuevas necesidades, el crecimiento de la población, especialmente en los grandes centros urbanos, entre otros elementos, han contribuido a la aparición y desarrollo de los shopping center o centros de compras. Hay cines, restaurantes, heladerías, cafeterías, tiendas en las que están las marcas más reconocidas o importantes de indumentaria o electrodomésticos; y hasta mini bancos prestan sus servicios. Se pueden adquirir muebles de todo tipo, herramientas, cubiertas de autos e infinidad de otros elementos. También cuentan con hipermercados o supermercados donde se pueden adquirir productos de las más diversas marcas y calidades. En definitiva, en un solo lugar, con todos los detalles de confort, se pueden encontrar los productos y servicios más diversos; y los bienes que se adquieren, si uno lo precisa, le son enviados a su hogar.

Toda esta actividad, va de suyo, requiere de importantes inversiones y la necesaria aceptación de estrictas normas de coordinación y funcionamiento.

Este fenómeno, que ha dejado de ser novedoso, tuvo su origen en los Estados Unidos de Norte América en los años de post guerra. En la actualidad, a lo largo y a lo ancho del país, los organizadores de este sistema han llevado adelante importantes proyectos, que ponen de manifiesto su trascendencia y potencialidad.

Las grandes firmas comerciales se encuentran presentes en todos estos centros comerciales, lo que evidencia, pongo nuevamente de resalto, su importancia y diversidad de negocios que se generan en su entorno.

2. Concepto

Si bien lo señalado es conocido, estimamos conveniente mencionarlo para expresar —concretando el concepto— que la finalidad de un centro comercial o shopping center es reunir, en un mismo lugar, como ya se infiere de lo expuesto, la mayor cantidad posible de actividades, distribuyendo los diversos ramos de comercio y servicios, según una planificación técnica, resultante de estudios especializados sobre las preferencias del consumidor, tendientes a brindarle el mayor confort y máximo estímulo, facilitándole la elección, adquisición y uso de los bienes y servicios que en él se ofrecen.

3. Cláusulas Habituales

Antes de analizar la naturaleza jurídica del contrato de shopping center, estimamos conveniente hacer una breve referencia de sus cláusulas más habituales, en la inteligencia que contribuirá a ilustrar sobre el alcance de las obligaciones que se asumen y su influencia en su caracterización.

Tienen una primera parte, de la que destaco la cláusula referida al objeto, en la que se describen las características del establecimiento comercial, sus necesidades para un adecuado funcionamiento, incluyendo la referida al cumplimiento de un conjunto de normas tendientes a la optimización de resultados, lo que demanda una coordinación y administración centralizadas.

Luego se individualiza el local que se pone a disposición para el cumplimiento del objeto, el plazo y el precio a pagar, sus distintos componentes y oportunidad en que debe ser satisfecho.

También contienen cláusulas referidas a la administración y mantenimiento de todas las instalaciones y áreas comunes del centro comercial, que estarán a cargo de la empresa organizadora del shopping (1).

Se conviene que los gastos comunes (expensas) serán pagados por los usuarios de locales (2), que también se obligan a participar de un fondo de promoción y publicidad.

Se mencionan los codeudores solidarios y se fijan los alcances de las obligaciones que asumen y por último, para el caso de conflicto, se pacta la competencia de los tribunales que entenderán para resolverlos.

Al cuerpo principal del contrato, se le agrega un instrumento al que se denomina Anexo, cuyo contenido resulta decisivo a la hora de analizar las obligaciones asumidas y su influencia en la caracterización de su naturaleza jurídica. En dicho instrumento se establecen cuáles serán las normas generales de funcionamiento del centro comercial, de aplicación obligatoria a todos los usuarios de los locales o stands. Nos referiremos específicamente al contenido del reglamento en el punto a) del siguientes capítulo.

4. Naturaleza jurídica del vínculo entre la empresa organizadora y los usuarios de los locales

Lo referente a la naturaleza jurídica de este contrato ha dado lugar a diversas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales.

En la práctica se recurre a distintas alternativas. Algunos contratos entre la empresa organizadora y los usuarios de los locales se estructuran sobre la figura del contrato de locación o sobre el contrato de concesión. Otra posibilidad pasa por recurrir a figuras como el usufructo o el dominio del local sujeto a la ley 13.512 de Propiedad Horizontal.

(1) Se utiliza esta expresión genérica "Empresa organizadora del shopping", pues en los contratos, según la denominación que se les dé se hace referencia a concedente o locador.

(2) Se utiliza esta expresión genérica "usuarios de locales", pues en los contratos según la denominación que se le dé se hace referencia a concesionario o locatario.

En el presente capítulo, luego de hacer referencia a la opinión de distintos autores, analizaremos precedentes jurisprudenciales, antecedentes éstos que evidencian, por un lado, la dificultad que presenta el tema de la caracterización del contrato y por otro la demostración de que en algunos casos se advierte un innecesario apego a los contratos típicos, cuando en definitiva, más allá de la denominación que se le da al contrato, los argumentos utilizados para adoptar la solución del caso ponen en evidencia que no encuadra en ninguna de las formas contempladas por la legislación de fondo.

También contemplaremos el contenido de contratos celebrados por los centros comerciales, cuyas cláusulas se utilizan como referencia concreta, que dan sustento a las conclusiones a las que se arriba.

El nombre que se le dé al contrato, como se verá, de poco sirve a los efectos del tema analizado y la controversia mantiene vigencia, proyectándose el debate a la competencia de los tribunales que deben intervenir en determinadas controversias como se verá en el respectivo capítulo. Esto al menos, en la justicia ordinaria del Poder Judicial de la Nación, atento la distinta asignación de materias a los fueros Civil y Comercial, situación que no se presenta en las jurisdicciones provinciales.

4.1. Opiniones Doctrinarias

En primer término haremos referencia a opiniones doctrinarias para luego pasar al análisis de la jurisprudencia.

Lorenzetti (3) señala que el Dr. Farina (4) se inclina por la tesis del contrato de locación, en razón a que se entrega la tenencia de un local para la explotación comercial, aunque reconoce que hay elementos particulares que influyen sobre el contrato. Destaca que la tesis del contrato de sociedad ha sido desarrollada por Oliveria Ascensao (5).

Destaca Lorenzetti que para definir la cuestión debe partirse de los supuestos de hecho. Nada impide —señala— que un em-

(3) LORENZETTI, RICARDO, *Tratado de los contratos*, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, 1999, T. I, p. 697 y ss.

(4) FARINA, JUAN, *Contratos comerciales modernos*, Editorial Astrea, 1997, p. 370.

(5) ANTUNES VARELA, *Centros comerciais ("shopping center")*. *Naturaleza jurídica dos contratos de instalacao dos logistas*, Coimbra, 1995, p. 56.

prendimiento como el shopping center se haga bajo una forma societaria, en la que todos los participantes aporten dinero para su instalación y funcionamiento, compartiendo las ganancias y las pérdidas. Tampoco hay obstáculo para que se utilicen derechos reales, como la transferencia del dominio a cada uno de los negocios que ocupan el edificio, o el usufructo. Sin embargo, la relación más frecuente y controvertida, es aquella en que hay una empresa organizadora y una multiplicidad de negocios que se vinculan contractualmente con ella para instalarse dentro del establecimiento.

Para este autor puede calificarse el vínculo como un contrato mixto y conexo. Es mixto porque sobre la base de un contrato de locación, concurren elementos de un contrato de servicios. De tal modo, la perspectiva contractual nos muestra contratos de locación atípicos mixtos. Desde la perspectiva sistemática es conexo, porque los contratos están unidos entre sí por un elemento asociativo, que es el interés común, que no se alcanza a fundar en la existencia de una sociedad, pero que tiene virtualidad para que surjan para las partes una serie de obligaciones sistemáticas. No hay sociedad, pero los contratos no se explican sino por su convivencia conjunta. Una locación sería poco significativa respecto del fenómeno del shopping, ya que éste sólo existe cuando hay muchos vínculos ordenados de un modo específico.

De esta clasificación como contratos de locación atípicos mixtos en un sistema conexo, surgen importantes consecuencias en el plano obligacional: a) hay obligaciones que surgen de la locación: el pago del precio, la cesión del uso y goce; b) hay obligaciones que nacen del contrato de servicios: prestarlos contra el pago de un servicio, y c) hay obligaciones que surgen de la conexidad: son obligaciones sistemáticas que encuentran su base en el mantenimiento y desarrollo del sistema, como el pago de gastos de publicidad o los horarios extendidos.

Alvarez Larrondo (6) manifiesta que la mayor parte de los contratos entre las empresas organizadoras y los usuarios de los locales, se estructura sobre la figura del contrato de locación, sin perjuicio de que se recurra a otras figuras jurídicas como el usufructo o el dominio de local sujeto a la ley 13.512 de

(6) ALVAREZ LARRONDO, FEDERICO MANUEL, *Algunos aspectos del contrato de "shopping center"*, (LA LEY, 1999-B, 983 y ss.),

Propiedad Horizontal, agregando que coincide con gran parte de la doctrina que controvierte tal calificación, para finalmente concluir que el contrato de shopping center es un contrato con tipicidad social e integra los llamados contratos de distribución. La organizadora reviste el carácter de empresa y existe con los usuarios de los locales, un vínculo asociativo de colaboración. La dominación del organizador sobre los usuarios de los locales es marcada y determinante en el contrato de shopping center.

Acosta (7) considera que la relación entre el usuario de los locales y el organizador/administrador del shopping center es una relación comercial, que engendra un contrato de locación de cosas, revestido de ciertas particularidades en sus cláusulas, que no alcanzan a retacearle tipicidad. A todo evento se estará en presencia de un contrato de locación típico con prestación subordinada de otra especie.

Peyrano (8) señala que se suele calificar como contratos locativos a los que se celebran para obtener el uso y goce de los locales en los "centros de compras".

Luego de analizar el contenido de estos contratos (determinación del precio, participación en los gastos del sistema: seguridad, vigilancia, gastos de energía eléctrica —de gran magnitud por lo que importa la iluminación y climatización de grandes superficies comunes—, personal de limpieza y maestranza; participación de un fondo de publicidad, prohibición de publicidad individual, salvo que sea institucional, unificación de tiempos de funcionamiento, estableciendo horarios obligatorios de apertura y cierre de los comercios, sometimiento a determinadas pautas de decoración exterior, etc.) llega a la conclusión que sus características generan una desnaturalización de la relación locativa y que el producto final no puede ser asimilado, por ello, lisa y llanamente a una relación locativa de carácter comercial. Concluye afirmando que se trata de un nuevo fenómeno contractual, evidentemente atípico que, si bien guarda similitudes, no puede asimilarse al contrato de locación.

(7) ACOSTA, MIGUEL ÁNGEL, *Shopping Center: determinación de su carácter mercantil*, (LA LEY, 1995-C, 973 y ss).

(8) PEYRANO, GUILLERMO F., *Aspectos jurídicos de la locación de inmuebles en "shoppings" o "centros del compras"* (JA, 1993-IV-665 y ss.)

Farina (9) expresa que en principio se inclina por denominarlo contrato de locación pues la empresa propietaria y organizadora del shopping center entrega al comerciante la tenencia de un local determinado por un precio pactado para su explotación comercial. Pero se trata de una locación con características muy particulares, pues el locatario se inserta en un “paseo de compras”, por cuya razón el motivo determinante —que deviene en la causa propia de este contrato— lo constituye la funcionalidad, organización, atracción ejercida sobre el público y por los servicios que ofrece el shopping center (bares, restaurantes, espectáculos, salas de juegos para niños, guarderías infantiles, etc.). De modo que el locatario se instala allí por todo esto, lo cual determina un desfile incesante de público que, muchas veces, va sólo a pasear, pero del cual surgen los clientes.

Según nuestra opinión, no cabe otra conclusión que se trata de un contrato atípico, que hace propios, en algunos aspectos, disposiciones del contrato de locación de cosas y locación de servicios. Por otro lado, tiene aspectos propios de un contrato de cooperación entre distintas empresas.

Luego volveremos sobre tema, estimando apropiado, antes de dar los argumentos en los que sustentamos nuestra postura, referirnos a aquellas que no compartimos.

4.1.1. **Contrato Asociativo:** Su caracterización como contrato asociativo no parece apropiada, a poco que se advierte que no existe *affectio societatis* y mucho menos contribución en las pérdidas (arts. 1652 y 1653 del Código Civil). Concordamos pues con lo expresado en tal sentido por Lorenzetti (10).

4.1.2. **Contrato de Concesión:** Denominarlo contrato de concesión, más allá de algunos aspectos aplicables y que se trata de un contrato atípico, no nos parece tampoco aceptable, en tanto contiene elementos que trascienden esa figura conforme se lo caracteriza o define habitualmente.

No se trata de una concesión comercial, atento que la empresa organizadora no es un empresario que distri-

(9) FARINA, JUAN, *Contratos comerciales modernos*, Astrea, 1997, p. 394, nº 262.

(10) Ob. cit., p. 703.

buye bienes a través de concesionarios ahí instalados sino que, por el contrario, muchos de los negocios que se establecen en los shopping center son franquiciados o concesionarios de otros empresarios, que carecen de todo vínculo con el organizador del centro comercial.

Tampoco puede en el caso hacerse referencia a la concesión sin fines de lucro o concesión privada, figura que se utiliza para delegar en terceros funciones propias, como el buffet de un club (11).

- 4.1.3. **Locación de Cosas:** Sostener que puede encuadrarse al contrato de shopping dentro del de locación de cosas no refleja la realidad, pues sus cláusulas contemplan cuestiones que exceden a ese contrato típico, nominado, pensado y estructurado para otra realidad. Su afinidad parcial con el contrato de locación permitirá la aplicación de disposiciones propias de este contrato, ya sea por decisión de las partes o por la interpretación que efectúen los tribunales, para dar respuesta a situaciones no contempladas específicamente en el contrato. Más adelante haré referencia a convenciones o decisiones judiciales que apoyan cuanto queda expuesto.

Normas Generales de Funcionamiento del Centro Comercial: Estimamos necesario efectuar algunas precisiones, que justifican la conclusión de que el contrato de locación —reglado por el Código Civil—, no contempla una diversidad de situaciones que se presentan en los contratos analizados, al menos según surge de nuestra experiencia. Por el contrario tiene disposiciones que se apartan del marco del contrato de locación conforme lo dispuesto en el Código Civil.

Quienes ingresan al centro comercial —tal como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, que no hace sino tomar lo que resulta de los contratos— asumen obligaciones tales como:

(11) Conf. entre otros, VÍTOLO, DANIEL ROQUE en *Contratos Comerciales*, p. 629 y ss., ed. Ad-Hoc SRL, año 1993; LORENZETTI, ob. cit., p. 703, apartado d); dictamen del Fiscal del 11.12.2006 en la causa "Cencosud S.A. c/ Fine House S.R.L. s/ homologación de convenio", Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 14 Secretaría n° 28, expte. 66.469/06, causa 088594.

- Mantener el local abierto en los horarios dispuestos por el administrador.
- Contribuir a solventar las campañas de publicidad institucional.
- Participar en la distribución de las expensas comunes en condiciones de mínima fiscalización.
- Permitir la intervención del administrador en la presentación y decoración del local, así como también, aceptar que los proyectos de reformas arquitectónicas sean rechazados por la administración, si los mismos no se conciben con el perfil del centro comercial.
- Determinación imprecisa del precio. Ciertos centros comerciales fijan el monto de la retribución o canon en una suma fija, a la que se agrega un porcentaje de las ganancias, para lo cual se reservan el derecho de fiscalizar los libros y papelería del usuario del local, a los fines de auditar el monto de facturación periódica. Así por ejemplo se conviene que el precio que el beneficiario del uso del local o espacio se obliga a pagar mensualmente, será el que resulte mayor de los siguientes valores: a) valor mínimo mensual (V.M.M.): precio fijo; b) valor porcentual mensual (V.P.M.): será el que resulte de calcular, por mes calendario, un porcentaje de los ingresos mensuales por ventas. La cantidad a pagar por cada período en concepto de precio será el valor mínimo mensual correspondiente al mes de la facturación, con más la diferencia entre el valor porcentual mensual, calculado sobre los ingresos obtenidos por el comerciante que tiene el uso del local o espacio en el segundo mes anterior al de la facturación y el valor mínimo mensual de dicho mes, correspondiendo tal diferencia para los meses en que el valor porcentual mensual sea mayor al valor mínimo mensual. Esta forma de determinar el precio torna opinable que se satisfaga lo establecido en el artículo 1493 del Código Civil (12).

(12) Conf. entre otros, BORDA, GUILLERMO, *Contratos*, Abeledo Perrot, ed. 1969, T. I, p. 469 y ss.; BELLUSCIO, AUGUSTO Y OTROS, *Código Civil Anotado*, Astrea, 1998, T. 7, ps. 204/09.

- Falta de poder de control y decisión en todo lo concerniente a la publicidad, la filosofía publicitaria, los medios utilizados y las empresas contratadas.
- Plazo. En muchos casos son inferiores a los plazos mínimos que establece el Código Civil. Y ello no importa una decisión caprichosa o abusiva, sino que responde a las particularidades propias del negocio que se quiera llevar adelante. En los centros comerciales no existen sólo locales sino también —como lo sabe toda persona que ha concurrido a alguno de ellos— pequeños stands donde se presentan, promocionan y venden productos, cuya comercialización puede estar condicionada por razones estacionales o de necesidades acotadas en el tiempo (por ejemplo productos navideños, ventas día de la madre o del niño, venta de golosinas, promoción de un vehículo, etc.). Se trata de comerciantes, muchas veces importantes empresas, que se supone han analizado las probabilidades del retorno de la inversión y la rentabilidad, asumiendo el riesgo empresario. En otros casos, como se verá, el plazo es más extenso que el máximo autorizado por el Código Civil.

De su extenso contenido, un número importantísimo de artículos que forma parte del contrato, no constituyen materia negociable. La discusión, lo que puede ser materia de negociación, se refiere o puede referirse al objeto, plazo de vigencia del contrato, la ubicación y dimensiones del local o stand, el precio del canon a pagar, la participación en los aportes de publicidad.

Por el contrario, no son materia negociable el horario de apertura y cierre de los locales, la posibilidad de permanecer cerrado durante el horario de funcionamiento del shopping, por ningún motivo, salvo autorización efectuada en forma especial y por escrito, la posibilidad de vender productos no incluidos en el rubro comercial específico, la venta de objetos usados (salvo obras de arte), la necesidad de contar con equipos de venta (personal) especializado, que deben actuar con diligencia, cordialidad y eficacia. Los planos —referidos a trabajos y equipamiento de los locales— deben ser aprobados por la empresa organizadora y hasta la temperatura que debe mantener el local es materia de imposición y debe ser respetada por el locatario o concesionario. Por otro lado el organizador tiene facultades disciplinarias y de-

recho a ingresar a los locales a fin de verificar las condiciones de higiene y limpieza, pudiendo tomar exámenes bromatológicos, efectuar desinfecciones o fumigaciones, sin perjuicio de la aplicación de las multas que pudieran corresponder.

Y lo expuesto está claramente vinculado con la finalidad del centro comercial, de la que antes hice referencia y que aparece definida en los contratos. De ello se sigue que es requisito indispensable que todos los usuarios de los locales se atengan estrictamente a normas de funcionamiento comunes, que les permitan brindar el mejor servicio a los consumidores y obtener los mejores resultados de su explotación comercial (13).

El sistema, para poder funcionar, necesita de la estricta aplicación de determinadas reglas, que indispensablemente deben ser aceptadas por los que tengan interés en incorporar su negocio al emprendimiento. Debe tenerse clara conciencia y aceptarlo, que el público, en general, no concurre a un comercio o a otro sino al shopping. El atractivo, lo convocante es el shopping y de ahí la necesidad de aceptar y respetar las reglas que hacen a su funcionamiento. El cliente no tiene que tener ningún inconveniente y para lograr este objetivo, es primordial el respeto de las normas de funcionamiento que forman parte del contrato.

En definitiva y por las razones expuestas consideramos que el contrato de shopping reviste particularidades tales que no permiten encuadrarlo estrictamente en ninguna de las figuras previstas por la legislación de fondo.

Es un contrato atípico —innominado según la terminología del Código Civil—, que presenta aspectos propios de distintos contratos y la pretensión de darle un encuadre preciso, dentro de los contratos típicos, no parece una solución satisfactoria, conforme queda expresado y estimamos demostrado. Se tiene el uso y goce de un local o stand pero limitado en el tiempo, la forma, etc. conforme las “reglamentaciones” de las que antes hice

(13) A esta altura del desarrollo no podemos dejar de mencionar el fallo dictado por la sala H de la Excm. Cámara Civil en la causa “Carrefour Argentina S.A. c/ Kids & Co. S.R.L.”, 22.9.1994 (LA LEY, 1995-C, 18). En dicho pronunciamiento, con todo acierto, se señaló que no debe olvidarse que el emprendimiento comercial llevado adelante por la razón actora, necesariamente implica la coordinación de múltiples factores, ya sea comerciales, arquitectónicos, estéticos o de servicios, que se hubieran visto seriamente dificultados en un marco de pleno individualismo contractual, al punto de haber imposibilitado la puesta en práctica del denominado “Shopping Solei”.

mención, que han sido tomadas de contratos vigentes. Encuadrarlo en la locación no parece la mejor solución.

Si se estima necesario darle un nombre, lo razonable sería titularlo contrato innominado de centro comercial o shopping center. El artículo referido al objeto —que tenga cada caso en particular— señala la necesaria existencia de una coordinación y administración centralizadas. A ello sumado las extensas normas reglamentarias que como anexo forman parte del acuerdo, no permiten otra conclusión, al menos según nuestra opinión, que no se está frente a un contrato típico.

4.2. Antecedentes Jurisprudenciales

Conforme lo anticipado, haré seguidamente mención a decisiones judiciales donde se analiza la naturaleza jurídica del contrato.

4.2.1. Como Contrato de Locación

Comenzaré por aquellos que sostienen que se trata de un contrato de locación. Como se verá, del desarrollo argumental que utilizan, resulta que aceptan que tiene particularidades propias que lo alejan de esa figura típica, llegando incluso a apartarse del Código Civil en aspectos específicos. Nos estamos refiriendo al plazo máximo.

- a) En primer término haremos referencia a la causa “NG Negocios Gastronómicos S.A. c/ Cencosud S.A. s/ fijación del valor locativo” (14).

La actora promovió demanda sosteniendo que no había celebrado un contrato de concesión sino de una locación, por lo que el plazo (legal) mínimo de vigencia era de 3 años y no el acordado, mucho más breve. Sobre esa línea argumental solicitó la fijación judicial del alquiler y la extensión del plazo del contrato.

Señalamos, para ilustrar sobre el caso, que a fin de cumplir con el objeto del contrato, se había otorgado el uso de un espacio para la instalación de stands destinados a la venta de golosinas. Se reconvino por desalojo, sosteniéndose que debía estarse a

(14) Expte. N° 97.897/2003, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 46.

lo pactado, es decir que se trataba de un contrato de concesión temporaria.

Por decisorio dictado el 28 de septiembre de 2007 se rechazó la demanda y se hizo lugar a la reconvencción. El fallo quedó firme y como se verá seguidamente, se efectuó un detenido análisis de la naturaleza jurídica del vínculo contractual.

Se sostuvo en el decisorio, *"en coincidencia con lo expresado por la accionada en su escrito de responde a la demanda, que, desde el aspecto comercial, lo que se busca con la implementación de un "shopping center" o "hipercentro de consumo" es producir una concurrencia masiva de personas a un único lugar a las que, a partir de una variada e interactuante oferta de bienes y servicios, se las induce al consumo"*.

Agregó el decisorio que *"ese sentido y en cierto modo, se trata de una "empresa común", conformada por la organizadora y los comerciantes que allí se instalan, dirigida a la distribución de bienes y servicios a los consumidores, que funciona en forma de red simultánea. Y es una "red" porque sólo es operativa con ese alcance, en función de esa multiplicidad de sujetos interactuando recíprocamente, entre sí, mediante contratos conexos y programados"*.

Señaló por otro lado que *"nada impide que estos emprendimientos se hagan bajo alguna forma societaria o conforme a ciertos derechos reales (como la transferencia del dominio a cada uno de los negocios que ocupan el edificio o el usufructo)"*.

Agregó el sentenciante que *"lo más frecuente es que la empresa organizadora y una multiplicidad de negocios se vinculen contractualmente, contra pago de un canon por parte de estos últimos, que les permite ocupar un espacio dentro del complejo e interactuar en esa red de comercialización. Desde el punto de vista individual existiría, en principio y relevantemente, una causa de cambio (se cede el uso y goce de un local contra el pago de un precio). Pero la multiplicidad de relaciones contractuales conexas entre sí tiene algún efecto, pues supone el establecimiento de un vínculo asociativo que se superpone con la relación de cambio para el uso o tenencia, modificando algunos de sus aspectos. La relación sigue siendo de cambio, pero modificada en algunos aspectos por el vínculo asociativo que la entorna"* (15).

(15) LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Contratos, Parte Especial*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, T. I, p. 305 y sgtes.

Ahora bien al referirse concretamente a los contratos celebrados (eran varios, en distintos centros comerciales), estimó el juez que serían básicamente contratos de locación de cosas —pero con encuadre en lo establecido en el artículo 2º inc. d) de la ley 23.091 de Locaciones Urbanas—, es decir no amparados por un plazo mínimo, para luego agregar que por sus cualidades especiales, todo ello *“dentro de un contexto complejo, mixto, pues la organizadora compromete otras prestaciones (limpieza, iluminación, seguridad, etc.), propias de una locación de servicios. Y con el aditamento de que todos los contratos se encuentran vinculados en red; o sea unidos entre sí por un elemento asociativo que es el interés común, básicamente comercial, que si bien no alcanza a fundar la existencia de una sociedad, tiene virtualidad para que surjan una serie de obligaciones sistemáticas. No hay sociedad, se ha dicho, pero es claro que los contratos no se explican sino por su convivencia conjunta (16). Plexo que, de todos modos, no le quitaría la cualidad de locación de cosas en lo principal”*.

Se agregó en el pronunciamiento, que *“la utilización de la figura de la concesión resulta objetable pues el dueño del hipercentro no es, en el caso, un empresario que distribuye bienes a través de los concesionarios allí instalados. Tampoco es posible afirmar la existencia de una concesión sin fines de lucro o concesión privada ya que éste se utiliza para delegar en otros funciones propias”*.

Como se advierte, en el precedente se considera que se está frente a un contrato de locación para luego hacer referencia a sus particularidades, que al menos en nuestra opinión, restan fuerza convictiva a aquella conclusión acerca de la naturaleza jurídica del vínculo contractual.

b) Nos referiremos seguidamente a dos procesos en los que fue parte Walmart Argentina S.R.L., uno de los cuales tramitó ante el fuero Civil y el restante en el fuero Comercial, lo que ya está señalando una dificultad respecto de la competencia.

En estos procesos lo que se planteó fue la autorización judicial de extensión del plazo de un contrato de locación a 30 años.

(16) Cfr. “Carrefour Argentina S.A. c. Kids and Co. SRL”, cit. por LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Contratos*, ob. cit., p.311)

i) La causa "Panamerican Mall S.A. y Walmart Argentina S.R.L. s/ acción declarativa de certeza" (17) por fallo dictado el 21 Noviembre de 2007 se calificó al contrato como locación y se autorizó extender el plazo máximo de vigencia a 30 años, no obstante lo establecido por el artículo 1505 del Código Civil en cuanto a que "el contrato de locación no puede hacerse por mayor tiempo que el de 10 años. El que se hiciera por mayor tiempo quedara concluido a los 10 años"; disposición calificada como de orden público.

Las actoras solicitaron que se declare la inaplicabilidad de la citada norma respecto del contrato de locación por ellos celebrado, dejando planteada en forma subsidiaria su inconstitucionalidad.

Explicaron cómo estaban conformadas las sociedades, para luego mencionar que se encontraban construyendo un nuevo centro comercial y que suscribieron un contrato de locación de una tienda de aproximadamente 14.000 metros cuadrados en el nuevo centro comercial, cuyo destino sería el de un hipermercado. El plazo de duración de la locación se fijó en 30 años.

En cuanto a las razones que motivan el pedido, explicaron que el emprendimiento demanda una inversión muy importante y la construcción de una obra a medida, con especificaciones técnicas rigurosas. Por tanto el contrato de locación celebrado es singular y surgen innumerables obligaciones para las partes. Se trata de un engranaje fundamental para el desarrollo del centro comercial.

Por estas razones, ambos contratantes solicitaron en forma conjunta que para el caso particular, se declare inaplicable el artículo 1505 del Código Civil y se permita la celebración del contrato por el plazo de 30 años.

Estimamos que no podemos dejar de señalar que el Fiscal sostuvo que el fuero Civil no era competente en tanto el celebrado no era un contrato de locación, dictaminando que la causa debía radicarse en el fuero Comercial.

La juez desestimó el planteo del Fiscal, para concluir que consideraba que el celebrado era un contrato de locación con características atípicas.

(17) Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nº 90.

Posteriormente pasó a referirse a mociones y proyectos de códigos que coinciden en contemplar la previsión de aumentar considerablemente el plazo máximo de toda locación en algunos proyectos, o sólo para determinados supuestos, en otros, en tanto el enfoque económico contemplado por Vélez Sarsfield ha perdido vigencia (18).

Expresa que “los fundamentos que llevaron a cabo a esa previsión fueron de orden económico. En las notas a los artículos 1505, 2505 y 2503 del Código Civil, Vélez Sarsfield la funda en la necesidad de no trabar indefinidamente la posesión o goce del inmueble por su propietario, y en la conveniencia de no dificultar la división de las herencias. Se aparta así de la legislación vigente en la época que refiere en la primera de esas notas (19).

Ahora bien, formuladas esas consideraciones, la Juez entendió que “el enfoque económico ha cambiado”, precisando los argumentos que dan apoyo a cuanto expresa:

- “En la duración máxima del contrato de locación no se encuentra interesado el orden público, desde que las partes pueden volver a contratar en los mismos términos tantas veces como quieran, postergando sine die la restitución de la tenencia.”
- “Existen en el Código Civil situaciones mucho más gravosas que el contrato de locación que no tienen plazo máximo, como el comodato en el ámbito contractual, o que lo tienen muy amplio como el usufructo en el campo de los derechos reales, que puede extenderse hasta una vida (...)”.

(18) En el fallo se mencionan como ejemplo: el anteproyecto Llambías de 1954 en su artículo 1225 mantuvo el plazo de 10 años pero lo amplió a 20 años en caso de tratarse de inmuebles destinados a una explotación industrial o comercial. Por su parte el Proyecto de Código Unificado de 1987 (art. 1505) para estos supuestos lo elevó a 50 años.” Por último, menciona que “El art. 1129 del Proyecto de Código Civil de 1998 para la República Argentina prevé un máximo de 20 años para el destino habitacional y de hasta 50 años para otros destinos”.

(19) LLAMBÍAS, *Contratos, Parte Especial*, tomo I, p. 517” expresa: “En la época de la sanción del Código Civil Argentino, se permitían los arrendamientos de hasta 99 años, lo que no pareció razonable a Vélez Sarsfield porque un plazo tan prolongado desvaloriza la cosa e impide la circulación de los bienes, ya que una cosa arrendada por 20 ó 30 años no se vende. Por esta razón el Código fijó un plazo máximo de 10 años. Este límite es de orden público, de modo que una locación celebrada por un plazo mayor, se entiende limitada a 10 años.”

- “La previsión vigente no refleja las necesidades de la actividad económica, pues en el caso de las locaciones sin destino habitacional, como el de establecimientos fabriles, se requiere de más tiempo que los 10 años del art. 1505 del Código Civil para poder amortizar las inversiones de infraestructura que puede requerir la actividad de que se trate.”
- Por último, señala que “debe tenerse presente que en la contratación empresaria es muy necesario y lícito tener contratos de locación por plazos mayores para amortizar la inversión; en este supuesto, entiende la sentenciante que la cláusula que fija un plazo mayor no es ilícita, porque tiene una causa distinta: no tiene por finalidad la inmovilización del bien, sino su uso productivo. En esta tendencia se enrola la legislación comparada y los proyectos de reformas”, de la que ya se hizo referencia.
- A la fecha de la sanción del Código Civil “los emprendimientos empresariales como el shopping no existían. Es una nueva modalidad negocial, funciona en forma de empresa y celebra contratos de locación con otras empresas que instalan allí sus negocios. Y justamente, la importancia de la inversión, la continuidad de la locación a fin de que el negocio sea redituable y permita en el tiempo recuperar las erogaciones, son razones de economía social que justifican la celebración de contratos de larga duración.”

En base a los argumentos reseñados la Juez admitió la acción declarativa de certeza, autorizando la extensión del contrato de locación en la forma requerida.

ii) La Cámara Comercial de la Capital, mediante resolución dictado el 3 de julio de 2009 (20) se expidió en el mismo sentido. Se señaló en el pronunciamiento —citando el decisorio recién mencionado— que existe un vínculo contractual complejo en el que convergen múltiples obligaciones recíprocas, con notas propias de otros tipos de contratos. No obstante lo establecido en el artículo 1505 del Código Civil también se autorizó en este caso extender el plazo a 30 años al contrato que se sigue llamando locación.

(20) CNCom., sala B, autos “Walmart Argentina S.R.L. c/ Ossim S.A. s/ sumarísimo”.

iii) Otro precedente lo constituye el fallo de la Cámara Nacional en lo Civil de fecha 15 de Septiembre de 2004 (21).

En lo pertinente se estableció que *“El art. 1505 de la ley sustantiva establece: “El contrato de locación no puede hacerse por mayor tiempo de 10 años. El que se hiciere por mayor tiempo quedará concluido a los 10 años”. Vale decir que el arrendamiento es válido pero sólo hasta el límite indicado (22). En la nota, el codificador explica por qué se apartó de la solución proporcionada por otros ordenamientos legales: “En casi todos los Códigos se permiten los arrendamientos hasta 99 años, o por determinadas vidas. Los principios sociales de las monarquías europeas podían permitirlo como permitían la prohibición de vender, cuando el testador ó el contrato lo imponían. Un arrendamiento hace siempre que la cosa no se mejore, y cuando fuese de 30, 40 ó 90 años, sería sumamente embarazoso para la enajenación de las cosas, y para su división entre los comuneros, que por sucesión viniesen a ser propietarios de la cosa. Tanto por una razón de economía social, como por no impedir la transferencia o enajenación de las cosas, o por no embarazar la división de las herencias, hemos juzgado que no debían permitirse los arrendamientos que pasen de 10 años. El Derecho romano y el español daban al arrendamiento de más de 10 años el carácter de usufructo, y así en verdad venía a ser por la necesidad de dar al arrendamiento un derecho real, desde que debía suponerse que los dueños de la cosa arrendada serían muchísimas personas en los arrendamientos de 30 ó 40 años”. A su vez, en la nota al art. 2502 Vélez critica las leyes que desde la Edad Media “crearon derechos reales por el arrendamiento perpetuo o por el contrato de cultura perpetua, y por otros mil medios”. Es que en tales supuestos el Código equipara al contrato de arrendamiento a un acto de enajenación, imponiendo limitaciones a la simple facultad de administrar que incumbe al propietario (23), pues si se concediera al locatario el goce perpetuo de la cosa, importaría un verdadero desmembramiento del dominio” (24).*

“Como se advierte, los fundamentos de la limitación temporal que establece la disposición anteriormente transcripta se asien-

(21) CNCiv., sala G, autos “Segura S.A. Inmobiliaria y Financiera Internacional Hotel Development S.A”, LA LEY, 2006-B, 336.

(22) Conf. LLERENA, BALDOMERO, *Concordancias y Comentarios del Código Civil argentino*, p. 249; BELLUSCIO-ZANNONI, *Código Civil y leyes complementarias*, t° 8, p. 273; LLAMBÍAS, JORGE J., *Código Civil Anotado*, t° III-B, p. 151.

(23) Conf. LAFAILLE, HÉCTOR, *Contratos*, t° 2, p. 177 y ss., n° 291 bis.

(24) Conf. BORDA, GUILLERMO, *Contratos*, t° I, p. 437.

tan en tres razones: a) de economía social pues un arrendamiento "hace que la cosa no se mejore"); b) de movilidad del tráfico comercial (pues "sería sumamente embarazoso para la enajenación de las cosas") y c) de conveniencia para el régimen hereditario (para "no embarazar la división de las herencias)" (25).

"Si analizan detenidamente los instrumentos agregados a la causa se advierte que ninguno de los motivos que llevaron al legislador a poner un lapso de duración de 10 años al contrato de alquiler se encuentran configurados en el caso. Para así concluir basta con remitirse a las cláusulas del proyecto de contrato presentado. Según éste la inquilina se compromete a realizar en el inmueble —que será destinado a la explotación hotelera— una obra de importante envergadura económica que le proporcione a aquél un nivel de excelencia, de acuerdo con la planificación que allí se menciona. Se estipula —además— que dicha obligación constituye condición fundamental del contrato y que sólo podría variar a los efectos de obtener la aprobación por parte de la autoridad municipal, aunque sin disminuir la categoría proyectada. A su vez, la locataria se comprometió a tramitar la autorización administrativa y se fijó un plazo a tal efecto, a cabo del cual se prevén distintas posibilidades, una de ellas es encarar la tarea bajo exclusiva responsabilidad de quien habrá de realizar la inversión y la otra es rescindir el contrato en las condiciones que allí se mencionan. También se prevé la estipulación de un plazo para la ejecución de las tareas y el comienzo de la explotación y se contempla, a su vez, la posibilidad de rescisión para el caso de incumplimiento, con la consiguiente indemnización en favor de la locadora. Se establece asimismo que esta última supervisará el estado y conclusión de las obras como así también que al término del contrato, el inmueble deberá ser restituido junto con las mejoras realizadas."

"Como se advierte, el móvil que inspira a las partes no es la celebración de un contrato común de locación de inmuebles, exclusivamente —esto es, aquel que simplemente se verifica cuando las partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el uso y goce de una cosa...y la otra a pagar por este uso, goce...un precio determinado en dinero (art. 1493 del Código Civil)— sino que también ha sido su causa determinante la inversión que los locatarios procuran realizar para que esté bien ubicado en un lugar estratégico

(25) Conf. LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO, *Teoría de los contratos*, tº 3, p. 106.

de la ciudad y cuya fachada goza de la declaración de monumento histórico, pueda transformarse en un hotel de categoría. Este elemento es decisivo para interpretar la voluntad jurídica de las partes y confrontarla con el ordenamiento vigente, pues revela que el sub lite escapa al propósito que tuvo en miras el legislador al imponer un plazo máximo para la figura contractual de que se trata, pues si bien la sala no desconoce que las notas no forman parte de la ley, no puede soslayarse su riqueza explicativa” (26).

“Desde esta perspectiva cabe concluir que la primera razón para justificar la restricción impuesta por el art. 1505 de la ley sustantiva aparece en el caso notoriamente desvirtuada. En efecto, esta razón —que podría denominarse “económica”— lejos está de configurarse en la especie, desde que la introducción de mejoras de excelencia, como se las denomina, sin duda provocarán un incremento del valor venal de la propiedad que da por tierra con la objeción antedicha”.

“Por su parte, el razonamiento según el cual los alquileres prolongados o a perpetuidad entorpecen el tráfico inmobiliario, quedan sin sustento frente a las nuevas exigencias de la vida contemporánea y la evolución que han experimentado las nuevas formas de contratación, que tienden indudablemente a promover el progreso y bienestar de la sociedad. Una inversión de la magnitud de la que inspira al locatario requiere un esfuerzo económico extraordinario para adaptar la finca y es, por tanto, legítima y razonable la expectativa de recuperar las erogaciones que habrá de realizar, para lo cual requiere de un plazo, también extraordinario, para no transformar en antieconómico el desembolso. Es comprensible, entonces, que para no frustrar el móvil que da sustento a tamaña inversión, los inquilinos tomen recaudos con la finalidad de no dejar librada a la voluntad de los órganos de la sociedad locadora las eventuales renovaciones futuras, que indudablemente generan incertidumbre o desasosiego sobre el futuro de la empresa que se proponen llevar a cabo” (27).

“Es claro, por otra parte, que las cosas alquiladas no salen del comercio y pueden ser vendidas (arg. art. 1498 del Código Civil). Y aun cuando es un dato de la experiencia que el valor de venta de un inmueble se resulta disminuido cuando se encuentra locado,

(26) Conf. BORDA, GUILLERMO, *Parte General*, tº I, p. 216, nº 213.

(27) Conf. BELLUSCIO-ZANNONI, *Código Civil y leyes complementarias*, tº 8, p. 272.

lo cierto es que, en este punto, sólo podría resultar afectado el interés patrimonial, de índole individual de una de las partes, que es renunciable”.

“Por lo demás, resulta evidente la utilidad que significa para la ciudad la construcción de un hotel de las características del que se planifica realizar, por lo que el beneficio que no se obtiene a causa de la indisponibilidad del uso y goce la cosa por un tiempo prolongado, queda compensado con otras ventajas de indudable proyección social”.

“El último de los propósitos del legislador ha sido no comprometer el régimen hereditario. La locadora es una sociedad por acciones y tanto sus utilidades como su eventual disolución —como así también el régimen de inclusión o sustitución de nuevos socios— se rige por lo previsto en el estatuto o, en su defecto, por la ley 19.550. No sería correcto ni prudente anticipar desde ahora que la locación por el plazo solicitado tenga entidad para comprometer la legítima de los eventuales herederos de los accionistas, pues ello importaría poner en duda al propio tiempo si la constitución misma de la entidad societaria —figura jurídica admitida y alentada por el ordenamiento positivo porque atiende a las exigencias complejas de la sociedad actual— no tuvo por finalidad sustraer del patrimonio de cada uno de los socios bienes importantes del futuro acervo, conjetura que, por ser tal, tampoco es idónea para descartar la autorización que se solicita”.

“En el contexto apuntado, para decidir correctamente la controversia es menester tener presente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido reiteradamente que “es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella” (28). Por lo demás, tampoco debe soslayarse que por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la labor judicial indagar lo que ellas expresan jurídicamente, tarea que requiere la conexión con el resto de la legislación que integra el ordenamiento general, de modo de obtener su armonización y concordancia entre sí y especialmente

(28) Fallos: 311: 2478.

con los principios y garantías de la Ley Fundamental (29). A partir de estas premisas, cabe concluir forzosamente que atento las circunstancias excepcionales del caso que se analiza, la aplicación lisa y llana del límite temporal que prevé el art. 1505 de la ley sustantiva, importaría imponer un límite irrazonable al derecho de trabajar y de ejercer industria lícita (art. 28 CN), por cuanto, en la especie, los antecedentes de hecho anteriormente reseñados, no quedan subsumidos en aquel que contempló el legislador en un contexto del desarrollo jurídico que difiere sustancialmente de la realidad actual. La utilidad que significa la empresa proyectada para la comunidad —que realiza en el caso las garantías que consagra el art. 14 de la Constitución Nacional— con el previsible incremento de la oferta de empleo y fuente de riqueza que traerá aparejada, que tanta falta hace a la República en estos tiempos de crisis, deben prevalecer por sobre el plazo máximo previsto por la ley, pues si el art. 1505 de la ley sustantiva en su significación histórica se justifica por razones de bien común, ha quedado demostrado en esta causa, que no se procura eludir ninguna de las razones que dan sustento a los postulados en que se asienta la restricción temporal que aquél dispone. Más aún, si al Poder Judicial le ha sido encomendado preservar la supremacía constitucional en los casos concretos que se someten a su conocimiento, no puede hacer prevalecer la aplicación de la norma infraconstitucional por sobre las garantías constitucionales cuando advierte que, como ocurre en la especie, las normas reglamentarias provocan una limitación irrazonable de aquéllos (art. 28 CN)”.

Sobre la base de esos argumentos, la Cámara autorizó a las partes a suscribir un contrato de locación por un plazo de 30 años.

c) Opinión del autor: Hasta aquí los decisorios, con los que no concordamos por las razón siguiente.

Las partes pueden celebrar contratos que no pertenezcan a los tipos que tiene una disciplina particular y forzar normas jurídicas claras no parece la solución más razonable. Si las razones que llevaron al legislador a fijar un plazo máximo para el contrato de locación han perdido vigencia, (30) lo que corresponde

(29) CS, Fallos: 310: 933; 315: 380; 319:2454; 317:856; 321:2198; 322:752;; 323: 163, 1406, 1491 y 1635.

(30) Conf. GARRIDO - ZAGO, *Contratos civiles y comerciales*, T. II, “Parte Especial”, ed. 1988, p. 241, citado por BUERES - HIGHTON en *Código Civil y normas complementarias*, T. 4-A, Hammurabi, p. 251, nota 1.

será modificar la norma y no hacer caso omiso a su existencia, insistiendo en que se trata de un contrato de locación, cuando al mismo tiempo se sostiene que se trata de un vínculo contractual complejo, con notas propias de otros tipos de contratos.

Si la doctrina ha concluido que las razones tenidas en cuenta por el codificador no se ajustan a la realidad actual, si hay proyectos de reforma que amplían el plazo habrá de encontrarse la solución que el caso merece sin necesidad de recurrir a argumentos que fuerzan una decisión cuando basta con sostener que el contrato celebrado, por sus características, no encuadra en el contrato típico de locación.

No podemos dejar de señalar que la ley 340 del año 1989 dispone en su artículo 2º que la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los tribunales federales de la nación darán cuenta en un informe anual de las dudas y dificultades que ofreciera en la práctica la aplicación del Código, así como también de los vacíos que encontrasen en sus disposiciones para presentarlas oportunamente al Congreso.

Agregamos que la doctrina ha calificado al art. 1505 del Código Civil —en cuanto fija plazos mínimos y máximos— de orden público (31).

No estamos cuestionando que se dé solución a un conflicto —aceptar que el plazo vigencia del contrato se extienda a 30 años parece impecable cuando la economía del contrato lo justifique—, sino que se la busque dentro del contrato típico de locación, cuando al mismo tiempo se advierte y reconoce que el celebrado tiene particularidades que lo trascienden.

4.2.2. Como Contrato Atípico

Haré referencia seguidamente a precedentes jurisprudenciales que califican al contrato como atípico, destacando que tiene aspectos propios del contrato de colaboración.

a) Mencionamos en tal sentido el decisorio dictado por la Sala M de la Exma. Cámara en lo Civil, en la causa “Alto Palermo S.A. c/ Abda, Miguel s/ preparación vía ejecutiva”, del 19 de Julio de 2006 (32).

(31) Conf. REZZÓNICO, *Contratos*, T. II, p. 148, texto y nota nº 6, ed. Depalma, 1969.

(32) ED, 220-34, 35.

La actora promovió una demanda cuyo objeto era el cobro de alquileres adeudados y al efectuarse un análisis del contrato concluyó el tribunal que se trataba de un contrato atípico de colaboración, derivado del sistema de explotación comercial organizado en la forma de "centro comercial" o "shopping center". Se hizo también referencia a la composición del precio estipulado, determinado por un valor mínimo asegurado al que adiciona un valor porcentual de las ventas efectuadas, así como también al sometimiento de un control por parte del centro comercial y al pago de un "fondo de promociones colectivas", características ajenas a un contrato de locación (33).

b) El proceso "Cencosud S.A. c/ Fine House S.R.L. s/ homologación de convenio" fue iniciado en el fuero Civil, para en definitiva quedar radicado en el Comercial (34). En el dictamen del fiscal de fecha 11 de diciembre de 2006 se señaló que el contrato, que las partes voluntariamente han denominado concesión, con mayor rigor debe enmarcar la relación en la figura del contrato de colaboración, atípico, bilateral, conmutativo, de duración y no formal.

c) **Opinión del autor:** Compartimos estos conceptos dentro de la atipicidad del contrato. La persona que se vincula contractualmente con la empresa organizadora, acepta colaborar y participar en un proyecto (pago de expensas, participación en los costos de publicidad), asumiendo como propia la necesidad de someterse a estrictas normas reglamentarias, que se estiman fundamentales para que el emprendimiento funcione adecuadamente (horarios de apertura y cierre y demás expuesto anteriormente).

La empresa organizadora debe efectuar una importante inversión previa (por ejemplo, estudio de mercado, compra del terreno, construcción del centro comercial), que beneficia a los empresarios a los que se les concede el uso de un local o espacio para que desarrolle su actividad, y es por ello que aceptan

(33) En sentido análogo se expidió el Fiscal en la causa "Cencosud S.A. c/ Creaciones Silpa S.A s/ homologación de convenio", tal como se desprende del dictamen del día 26 de marzo de 2002. En atención al conflicto de competencia generado intervinieron el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 59 (expte. 15.902/2002 resolución del 8 de abril de 2002) y el Comercial n° 13 Secretaría n° 25 (causa 84.378, resolución del 3 de mayo de 2002).

(34) Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 14, Secretaría n° 28, expte. 66469/06, causa n° 088594.

que parte de las ganancias que genere su propio negocio, formen parte de la retribución que le pagarán a la empresa organizadora. El usuario del local vende a sus clientes los productos cuya comercialización le autoriza el contrato celebrado, sin interferencia alguna de la empresa organizadora en este aspecto, pero autorizándolo a auditar los resultados, pues tiene participación en las ganancias que genera el negocio ajeno.

Lo que determina la figura contractual no es su denominación sino su contenido; y si su análisis permite concluir que contiene matices de distintas figuras, se estará frente a un contrato atípico o innominado (art. 1143 del Código Civil), siendo función del intérprete determinar la normativa aplicable en cada caso concreto, en la medida que no se encuentren expresamente contemplados en el contrato los derechos y obligaciones asumidas por las partes.

Al hacer referencia a las reglas aplicables a los contratos innominados, señala Borda (35) que el principio rector debe ser el respeto de la voluntad expresa o tácita de los contratantes; y el silencio de las partes debe ser llenado por los jueces de la manera que mejor se conforme con el fin económico o práctico perseguido por el contrato. Si éste no fuera claro o no bastare por él para resolver el caso, habrá que aplicar las reglas relativas a los contratos típicos más afines al innominado de que se trata y las reglas relativas a las obligaciones y contratos en general (36).

4.3. Normas procesales previstas para contratos típicos aceptadas para los contratos atípicos

Como señalamos anteriormente, los contratos atípicos pueden prever la aplicación de normas propias de contratos típicos, o el juez puede disponer que se les apliquen normas previstas para contratos típicos.

Seguidamente se hará referencia a acuerdos referidos a la aplicación de normas procesales previstas para el contrato de locación que ha sido aceptada por la jurisprudencia en contratos atípicos (denominados de concesión).

(35) GUILLERMO BORDA, *Obligaciones*, T. II, p. 139, nº 1191, Abeledo Perrot, ed. 1971.

(36) En análogo sentido conf. BUERES - HIGHTON en *Código Civil y normas complementarias*, T. 3-B, ps. 538 y 542, Hammurabi, ed. 2000.

4.3.1. **Artículo 684 bis Código Procesal:** El artículo 684 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en los supuestos que la causal invocada para obtener el desalojo fuera la falta de pago del precio del alquiler o el vencimiento del plazo contractual, autoriza al actor a obtener la desocupación inmediata del inmueble, en las condiciones ahí previstas, como medida cautelar, antes del dictado de una sentencia de condena. Esta norma, dentro del citado código, está comprendida dentro del capítulo dedicado al juicio de desalojo de inmuebles.

Se trata, más allá de su ubicación dentro de la estructura del código de forma, de una medida cautelar de aplicación en los juicios de desalojo, cuando se invocan las causales antes mencionadas.

Es un supuesto de lo que la moderna doctrina procesal ha denominado tutela anticipada, o jurisdicción anticipatoria, toda vez que comprobado el extremo fundamente de la pretensión, sea una u otra de las causales que la norma contempla, lo que se persigue es evitar que el "ordinario iter procesal", como denomina Calamandrei al desarrollo del proceso judicial, vaya en desmedro de los propios derechos que se pretenden proteger; en este caso el derecho de propiedad que le asiste al accionante (37).

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (38) resolvió "*que no se advierte óbice para que la pretensión cautelar se enmarque dentro del proceso promovido y sobre la base de un contrato de concesión de comercialización de productos*". Se trata de un proceso ordinario de rescisión de contrato de concesión promovido con sustento en el vencimiento de su plazo y falta de pago de los cánones convenidos (39).

(37) Conf. ARAZI, ROLAND - ROJAS, JORGE A., en *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; Análisis exegético de la reforma; ley 25.453, decreto 1387/2001 y leyes 25.488 y 25.561*, p. 133, Rubinzal - Culzoni Editores, 2da. Edición, 2002.

(38) CNCom., sala E, autos "Cencosud S.A. c/ Pizza Kitchen S.R.L. s/ incidente de lanzamiento s/ incidente por separado expte. 45.870/08", resolución del 23 de febrero de 2009.

(39) Agregaré, entre muchos otros, las causas promovidas por "Cencosud S.A.: contra Vicuña S.A. (causa 091155, Juzgado Comercial n° 12 Secretaría n° 24, resolución del 21-10-2009), contra Delhor, Susana Mirta (causa n° 066721, Juzgado Comercial n° 20 Secretaría n° 40 resolución del 16-9-2009), contra Aquelar S.R.L (causa 095522, Juzgado Comercial n° 1 Secretaría n° 2, resolución del 4-9-2009; contra Telecom S.A. (causa n° 88543, Juzgado Comercial n° 11 Secretaría

4.3.2. Artículo 688 del Código Procesal: Por otro lado hay contratos denominados de concesión que incluyen cláusulas referidas a la aplicación de normas procesales propias de la locación de inmuebles, tales como las vinculadas con la facultad de requerir una condena de futuro (demanda de desalojo por la causal de vencimiento del plazo contractual requerida en anticipada), situación contemplada en el artículo 688 del Código Procesal.

Aunque no se trate de un contrato de locación, nada impide que las partes, en la medida que no está comprometido el orden público, pacten que la empresa organizadora que otorga el uso del local o espacio, para asegurarse su oportuna recuperación, pueda promover demanda con ese objetivo, antes del vencimiento del plazo contractual, ateniéndose —es obvio— a las consecuencias previstas en dicha norma. Si el demandado se allana a la demanda o restituye el bien al vencimiento del plazo contractual, las costas de proceso serán soportadas por el actor (40).

4.3.3. Opinión del Autor: Los derechos y obligaciones de las partes surgen, en principio, de lo que ellas mismas hubieran pactado en el contrato que las vincula, como simple aplicación del principio establecido en el artículo 1197 del Código Civil, de importancia fundamental en los contratos atípicos.

Como se ha visto, no se trata de un contrato de locación, pero parte de su articulado, especialmente en lo referido al pago oportuno del precio y vencimiento del plazo contractual, han permitido que las normas procesales referidas a aquel contrato se apliquen, por extensión, al contrato atípico denominado de concesión. Es que los contratos innominados o atípicos permiten —conforme lo antes expresado— esa posibilidad; y más allá de la denominación que le den las partes, debe estarse a su con-

nº 22, resolución del 14-4-2005; contra Dream S.A. (causa nº 087458, Juzgado Comercial nº 9 Secretaría nº 17, resoluciones del 23-4-2007 y del 19-6-2007)".

(40) A título de ejemplo mencionamos la causas: a) "Cencosud S.A. c/ Dakota S.A. s/ ordinario" (causa 054284, Juzgado Comercial nº 18 Secretaría nº 36). La demanda se promovió el 21.9.2009 como proceso ordinario y se solicitó la condena de futuro. Se mencionó que con fecha 30.09. 2008, se celebró un contrato de concesión, con un plazo de vigencia de 12 meses, por lo que vencía el próximo el 16.10.2009. La demandada se allanó y restituyó el local y b) "Cencosud S.A. c/ Rivoa S.R.L (causa nº 050305, Juzgado Comercial nº 22 Secretaría nº 44). La demanda se promovió el 3.06.2008 y el plazo contractual vencía el 31.07.2008. La demandada adoptó idéntica conducta.

tenido, a lo pactado por las partes, para aplicar, de resultar necesario, disposiciones propias de los contratos típicos, especialmente si así ha sido convenido o ello lleva a evitar situaciones disvaliosas, originadas en conductas abusivas o dilatorias.

4.4. Conclusión

En síntesis, los precedentes analizados, conforme lo anticipé ponen en evidencia las dificultades que genera el análisis de la naturaleza jurídica de los contratos de shopping center, lo que tiene consecuencias de orden práctico como se verá en el capítulo siguiente.

En definitiva, conforme nuestro criterio se trata de un contrato atípico o innominado y los antecedentes que encuadran estos contratos en la figura típica de la locación (surge de su contenido), ponen de manifiesto que en realidad, por sus propias particularidades y matices, se fuerza una decisión, cuando bastaría con aceptar que no se trata de una locación sino de un contrato atípico. Los casos que autorizan la extensión del plazo contractual evidencian que, en la práctica, se reconoce que la figura tipificada no se ajusta a la realidad actual y que el Código Civil debería ser modificado. Obviamente estamos de acuerdo en esta solución pero mientras ello no ocurra, se fuerza una decisión máxime cuando al analizarse los contratos se pone de manifiesto, reconociéndola, su atipicidad.

Quiero concluir esta parte del trabajo citando la, para mí, brillante reflexión de Orlando Gómez (41) en cuanto a que en el shopping “corre una savia nueva” que no se ajusta al clásico modelo de la locación: “todos dicen que el shopping center es una cosa nueva, pero la tratan como si fuera una cosa vieja”. Si se examinan las obligaciones que existen en estos vínculos, claramente exorbitan ampliamente la causa típica de la locación, convirtiéndolos en un contrato atípico.

5. Cuestiones procesales. Derivaciones de orden práctico

Lo expresado respecto de la naturaleza jurídica del contrato no se agota en un planteo teórico sino que, como seguidamente se verá, tiene derivaciones de orden práctico.

(41) Citada por LORENZETTI, ob. cit., p. 703, apartado b.

5.1. Competencia

5.1.1. No podemos al respecto dejar de comentar, al menos brevemente, los conflictos de competencia que se generan entre los tribunales ordinarios de la Justicia Nacional con asiento en la Ciudad de Buenos Aires, cuando los procesos tienen por único objeto la recuperación del local o espacio entregado por las causales de falta de pago del canon o vencimiento del plazo contractual. Y ello tiene consecuencias vinculadas con la ley de mediación e incluso con el trámite a imprimir al proceso.

No hay un criterio unívoco, preciso, respecto de si corresponde el conocimiento de los procesos a la Justicia Civil o a la Comercial. Esta dificultad práctica provoca importantes demoras, cuando el centro comercial promueve demandas tendientes a obtener la recuperación del local invocando como causa la falta de pago o el vencimiento del plazo contractual, o cuando se solicita la homologación de convenios, etc.

En lo referente a la organización de la Justicia Nacional, rige el Decreto Ley 1258/58 que ha tenido a través del tiempo diversas reformas. El artículo 43, texto ley 24.290, dispone que los Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Civil de esta Capital conocerán en todas las cuestiones regidas por las leyes civiles cuyo conocimiento no haya sido expresamente atribuido a los jueces de otro fuero. Lo concerniente a la competencia de los jueces comerciales está contemplado en el artículo 43 bis de la citada norma.

Los juicios de desalojo —que carecen de contenido patrimonial— constituyen la vía instrumental por la que —al dictarse sentencia de condena de naturaleza declarativa— se hace efectiva la rescisión del contrato (42). Dispone el art. 680 del Código Procesal que “La acción de desalojo procederá contra locatarios, sublocatarios, tenedores precarios, intrusos y cualquiera otros ocupantes cuyo deber de restituir sea exigible”.

Al referirse a la legitimación activa, destaca Joaquín Salgado (43), que la enumeración es meramente enunciativa y se pue-

(42) BORDA, GUILLERMO, *Contratos*, T. 1, ps. 583 y 626, n° 793 y 856 respectivamente, Abeledo Perrot, 1969.

(43) SALGADO, JOAQUÍN, *Locación, comodato y desalojo*, p. 282, ed. La Rocca, 1992.

de decir, a modo de conclusión, que en general pueden promover proceso de desalojo todos aquellos que tengan un derecho a recuperar total o parcialmente la detentación de un bien inmueble.

En lo que a la legitimación pasiva se refiere, el citado autor señala (44) que la amplitud de la expresión adoptada legitima pasivamente a todo tenedor que haya entrado en la detentación de la cosa por voluntad del poseedor y en general todos los que poseyeran a nombre de otro, ya con un derecho personal a tener la cosa, como el comodatario.

El que tiene efectivamente una cosa pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa y representante de la posesión del propietario, aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho (arts. 2351, 2352 y 2461 del Código Civil).

En materia de locación no existen discrepancias respecto a que el juicio de desalojo, cualquiera sea su objeto y aunque las partes sean comerciantes, corresponde a la competencia del fuero civil (45).

En las cuestiones atinentes a locaciones de inmuebles, tanto sea con referencia a las ejecuciones de alquileres, como respecto de los desalojos, no corresponde estar al carácter de las personas o al destino que se hubiera dado al inmueble locado, sino decidir la intervención del tribunal atento el carácter civil de la figura (art. 1493 y cc. del Código Civil). Dicha doctrina, emanada del voto de los Dres. Fayt y Moliné O'Connor, (46) enseña que aún cuando un contrato haya tenido lugar entre comerciantes, la naturaleza eminentemente civil del mismo, determina la jurisdicción competente para entender en todas las cuestiones suscitadas con motivo de su inejecución; punto en el que deviene irrelevante, tanto el destino comercial del ámbito arrendado, como el giro habitual de los negocios de las partes.

(44) Ob. cit., p. 290.

(45) Conf. entre otros, Civil, sala A, "Rodríguez Arjemil, Antonio c/ Oviedo, Nélica" del 13-3-91; AREAN, BEATRIZ, *Juicio de desalojo*, p. 87 y ss.; ed. Hammurabi y sus citas, CCiv., Tribunal de Superintendencia, 24-10-1996; el Dial AE 12861; ídem 22/04/1997, el Dial AE 11257).

(46) "Marta Harff S.R.L. c/ El Hogar Obrero Coop. De Cons., Edif. y Crédito s/ resolución de contrato". Competencia, n° 485-XXIII, fallo 44.531, CS, 20 de agosto de 1991.

5.1.2. Ahora bien, cuando el invocado es un contrato atípico (normalmente denominado de concesión) la respuesta jurisprudencial no ha sido unívoca.

Muchos procesos tramitaron por ante el fuero Civil sin dificultad alguna (47), estimando de interés señalar que Gastaldi (48), considera que procede la aplicación de las disposiciones procesales del juicio de desalojo, cuando se intenta la desocupación y entrega del inmueble otorgado al concesionario con motivo de la concesión.

En definitiva en los casos citados, la naturaleza de la relación contractual no fue obstáculo a la procedencia de la acción de desalojo y tramitaron por ante juzgados Civiles. Por analogía rigen los artículos 1604 y 1579 del Código Civil, no pudiendo por lo demás dejar de señalarse la existencia de acuerdos sobre la posibilidad de recurrir a las normas del juicio de desalojo, de lo que hemos hecho referencia en el capítulo anterior.

Como anticipamos, el criterio no es unívoco.

i) La Sala C de la Excma. Cámara Civil, por resolución adoptada el 30.10.2001, en el expte. 110.749/2000 "Cencosud S.A. c/ Mercedes Confecciones S.A.", confirmó la resolución de primera instancia del 30.5.2001 que dispuso que debía intervenir el fuero Comercial (49).

ii) En autos "Muscia de Petrone, Matilde c/ Piñeiro, Enrique Luis s/ sumario", el Fiscal de la Cámara Comercial Dr. Calle Guevara sostuvo que *"el origen de la presente acción lo constituye una concesión comercial. El carácter del contrato orientado a la explotación mercantil no puede ser desvirtuado por la circunstancia de que, una vez concluido, se reclame la devolución del local, accesoriedad que no puede encuadrar a la cuestión sujeta a examen como una típica locación de inmueble, de competen-*

(47) Al solo efecto ilustrativo mencionamos entre otros, Juzgado Civil nº 1, expte. 95.394/99, "Cencosud S.A. c/ Sweet Family s/ desalojo por vencimiento de contrato". Previo dictamen fiscal se aceptó la competencia, dictándose posteriormente sentencia de desalojo; Juzgado Civil nº 57, expte. 93.863/99 "Cencosud S.A. c/ Mr. Food s/ desalojo por falta de pago"; Juzgado Civil nº 68, expte. 65.769/05 "Cencosud S.A. c/ Grupo Pilares S.R.L. s/ desalojo por falta de pago y vencimiento de contrato", fallo del 29/10/2007.

(48) GASTALDI, *El contrato de concesión privada*, ps. 300/302, Astrea 1974.

(49) La causa quedó radicada en el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial nº 21 Secretaría nº 42 donde finalmente se llegó a un acuerdo por el que se restituyeron los locales y se pagó la deuda existente.

cia de la Justicia Civil, aconsejando, entonces, la competencia del fuero comercial. A mayor abundamiento, obsérvese que el pago mensual por la mentada concesión, no sólo lo constituye un canon ajustable, sino un valor porcentual calculado sobre la venta, lo cual refuerza aún más la calidad mercantil del contrato celebrado” (50).

iii) En igual sentido cito la sentencia dictada por la Sala M de la Cámara Civil el 19.7.2006 en “Alto Palermo S.A. c/ Abda, Miguel s/ preparación de vía ejecutiva” (51). En ese caso el contrato fue denominado por las partes como locación, lo que no fue aceptado por el tribunal, que refirió que existe un negocio complejo entre las partes, instrumentado en un contrato en el cual el uso y goce del local comercial es sólo un elemento más de una operatoria comercial más compleja, entre la que se destaca como característica principal la participación y la colaboración de las partes en el negocio de la otra. Sostuvo que se trata de un contrato atípico de colaboración, para hacer referencia luego a la determinación del precio, al sometimiento a un control por parte del centro comercial, la prestación asumida para el “fondo de promociones colectivas”, características éstas que no permiten calificarlo al contrato como de locación. La circunstancia de que sólo se reclame la restitución del local, involucra a una cuestión accesoria que no autoriza a encuadrar el tema en la locación (52).

iv) En la causa “Cencosud S.A. c/ Fine House S.R.L. s/ homologación de acuerdo” (53), señaló el Fiscal en su dictamen del 11.12.2006 que la figura del contrato de locación se ve desbordada, a poco que se observe que el uso y goce de la cosa está absolutamente restringido y bajo control de la administradora, quien aprueba el mobiliario, las instalaciones, la publicidad interior del local, ya que aquélla asume la publicidad externa y aún puede controlar hasta la selección del local. Calificó al contrato

(50) Dictamen fiscal del 6.9.2006 y resolución del 14.9.2006 en autos “Cencosud S.A. c/ Diseños de Buenos Aires s/ medidas cautelares, que quedó radicado en el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 4 Secretaría n° 7, causa n° 076706).

(51) ED, 220-35.

(52) CCom., sala D, “Fernández, Roberto” del 26-2-1992; ídem “Cencosud S.A. c/ Molinari, Marta Alicia” del 28.10.1994; CNCiv., sala E, expte. 328.887 del 30.10.2001; ídem, expte. 330.987 del 30.10.2001; ídem expte. n° 353.302 del 16/08/2002.

(53) Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 14 Secretaría n° 28, causa n° 088594, expte. 66.469/2006

como atípico de colaboración. La causa se había iniciado en el fuero Civil que se declaró incompetente.

v) Estimamos de sumo interés hacer referencia a la situación que se presenta en el caso “Cencosud S.A. c/ B.R.B. Argentina S.A. s/ homologación”, pues la competencia se estableció estrictamente sobre la base de lo que estaba en discusión en el caso concreto, y no en la generalidad, si se acepta la expresión, del contrato. ¿Qué se solicitaba? Exclusivamente la restitución del local con sustento en un convenio de desocupación. Se generó un conflicto de competencia entre el Juzgado Civil n° 53 (expte. 87.014/2004) y el Juzgado Comercial n° 2 Secretaría n° 3 (causa n° 89.705). El primer tribunal mencionado se declaró incompetente y el restante, por decisión adoptada el 12.11.2004 hizo otro tanto, por lo que la decisión final la adoptó la Cámara del tribunal que previno, disponiendo que el expediente quedara radicado en el Juzgado Civil.

Señalamos que el Fiscal de Cámara del fuero Civil estimó que se trataba de un contrato de locación, criterio que hizo suyo la Cámara de ese fuero, sosteniendo que ciertas particularidades y obligaciones accesorias ajenas a la locación misma, no desvirtúan la esencia del contrato, agregando —y esto es lo importante respecto de lo que se viene analizando— que no se advierte que se hubiera incoado pretensión relativa a las modalidades de la operatoria entre los contratantes, que pueda llevar a la dilucidación de cuestiones que involucren el funcionamiento o administración de las sociedades partes en el proceso, sino que en autos se persigue exclusivamente la homologación del convenio de desocupación celebrado entre ellas.

Lo interesante del tema es lo que expuso el Magistrado, pues analizó la naturaleza jurídica del contrato, para pasar luego a lo particular, esto es la cuestión involucrada en el proceso.

Señaló el juez que mediante los contratos que se concretan en los sistemas de explotación comercial organizados en la forma de “centro comercial” o “shopping center” se da en concesión la explotación de diversos ramos y servicios y a tal fin se asigna un determinado espacio físico o un local. Se establecen también en él, ciertas obligaciones para cada parte, que extralimitan la naturaleza de una locación en los términos el artículo 1493 del Código Civil o de una concesión, razón por la cual podría no ser estrictamente subsumible en una sola categoría de contrato, participando en el de concesión y/o en el de colaboración, lo que

parece desdibujar la competencia civil para la resolución de los conflictos que por su motivo se susciten.

Estimó que para dilucidarla, *“...ha de estarse al objeto de la demanda, a la naturaleza del reclamo que delimita el marco del conflicto por el cual se acude a la justicia. En autos, la accionante requiere la homologación de un convenio de desocupación y reclama la restitución del local entregado a la demandada (...) Es decir que, la materia del debate alcanza sólo a aquel aspecto del contrato que hace a la locación propiamente dicha, de competencia eminentemente civil. En el marco de este proceso, no podrán discutirse aspectos relacionados al cumplimiento de otras obligaciones referidas a la explotación comercial, también involucradas en la contratación que precede al convenio cuya homologación se pide (convenio de concesión). Si tal fuera el caso, consiento que la competencia sería comercial, pues —como dije— la sustancia del conflicto participaría de tal naturaleza. Pero lo que aquí la actora cuestiona y reclama es por el incumplimiento de un aspecto contractual de absoluta naturaleza civil”*. En base a esa línea argumental se declaró incompetente, criterio que fue compartido por el Fiscal de la Cámara Civil (54) y por la Sala de Superintendencia de dicho Tribunal (55). El convenio fue homologado el 1.02.2005 por el Juzgado Civil.

Estimamos de interés transcribir los argumentos del Magistrado pues con evidente poder de síntesis analizó el contrato, su naturaleza jurídica y sin desconocer que en principio una controversia originada con base al contrato (atípico) correspondía a la competencia del fuero comercial, al estar aquélla limitada solamente a la restitución del local, se trataba de un aspecto del contrato de naturaleza civil (uso del local - locación), declinó conocer en el proceso. La Cámara Civil, en lo que interesa, compartió que lo único que estaba involucrado era un convenio de desocupación y que no estaba en tela de juicio la operatoria ni el sistema. Esto nos lleva a lo expuesto en el capítulo anterior punto c), en lo referente a la aplicación de normas de contratos típicos cuando ello es necesario al analizar los distintos aspectos del sometido al conocimiento del tribunal.

(54) Dictamen 67542 del 29/11/2004.

(55) Expte. Superintendencia 7878 “Cencosud S.A. c/ B.R.B. Argentina S.A. s/ homologación, A 192 del 23/12/2004.

vi) En la causa nº 054284 "Cencosud S.A. c/ Dakota S.A." (56) se promovió demanda de restitución de un inmueble dado en concesión fundado en la causal de vencimiento de plazo contractual, requerido en forma anticipada (condena de futuro; art. 688 del Código Procesal), dictaminando el fiscal que la causa era de naturaleza comercial.

vii) Estimamos innecesario citar más resoluciones, habiendo intentado —con las anteriormente transcriptas— destacar las derivaciones que tienen de por sí las discrepancias sobre la naturaleza jurídica del contrato. El actor, incluso por decisiones tomadas de oficio y no en base a planteos defensivos, debe esperar un extenso período de tiempo para lograr que se decida cuál será el juez que entenderá en su reclamo, con evidente agravio a su derecho de raigambre constitucional, como lo es el de propiedad. Tiene un inmueble ocupado por alguien que no tiene contrato vigente o no cumple con sus obligaciones pecuniarias y no puede obtener, siquiera, en muchos casos, que se corra traslado de su demanda.

Las discrepancias doctrinarias respecto de la naturaleza jurídica del contrato, se ven reflejadas en las decisiones adoptadas por los tribunales ordinarios de la Justicia Nacional con asiento en la Ciudad de Buenos Aires. Promover la demanda en uno u otro fuero, está visto, supone el riesgo cierto de que el elegido incluso de oficio, se declare incompetente. La falta de coherencia se hace patente en los ejemplos mencionados al tratar el tema de la ampliación del plazo de vigencia del contrato de locación. Si se trata de ese contrato típico no se explica por qué conoció en algunos de los casos el fuero comercial.

En nuestra opinión, el criterio más razonable es el seguido en la causa "Cencosud S.A. c/ B.R.B. Argentina S.A. s/ homologación". Siendo un contrato atípico, si el planteo se sustenta exclusivamente en un tema vinculado con la restitución del local por haber vencido el plazo contractual o haberse generado una deuda por cánones, las normas de fondo aplicables serán las del Código Civil, no pudiendo soslayarse, como se ha visto, que los contratos suelen contemplar la aplicación de normas propias del juicio de desalojo.

(56) Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial nº 18 Secretaría nº 36, (dictamen del 2/09/2009)

Superado este aspecto, ¿es indiferente o tiene alguna consecuencia práctica que el proceso tramite por ante uno u otro fuero?

5.2. *Desalojo o Rescisión de Contrato*

Desde el punto de vista del fondo del tema, carece de toda gravitación, siendo claro que en el fuero Comercial no podrá plantearse la demanda como juicio de desalojo (no está previsto como ítem con código asignado), sino que deberá promoverse un proceso ordinario, que tendrá por objeto el reclamo de la declaración de la rescisión del contrato y que se intime a la demandada a restituir la tenencia del local cuyo uso se otorgó al celebrarse el acuerdo. Al no devolverse el inmueble en forma espontánea, no obstante el vencimiento del plazo contractual o la existencia de una deuda, no queda otra posibilidad que recurrir a la demanda judicial (57).

5.3. *Mediación previa*

Ahora bien ello tiene consecuencias de orden práctico. Al no tratarse de un juicio de desalojo, la mediación previa resulta en principio un trámite ineludible en el fuero Comercial (conf. art. 3º ley 24.573). Y digo en principio, pues en algún caso se ha logrado el dictado de resoluciones en sentido contrario (58).

El tiempo que puede demandar una apelación y las dificultades que deben enfrentarse para que se admita el sorteo de una causa sin acreditar el cumplimiento del trámite de la mediación ha llevado a concluir que su efectivización, aunque fracase, evita trabas que sólo perjudican al actor cuya urgencia para por recuperar la tenencia del inmueble lo antes posible. Si el juicio se promueve en el fuero Comercial hay que cumplir con la mediación previa aunque la demanda a promover tenga como objeto final la recuperación de la tenencia de un inmueble.

(57) BELLUSCIO - ZANNONI, *Código Civil y leyes complementarias...*, T. 5, p. 1001, nº 5, Astrea, ed. 1984, se mencionan como supuestos en que la resolución extrajudicial no es operativa, sino que se requiere la demanda judicial, a aquéllos en los que se requiere la restitución de cosas o el pago de sumas de dinero.

(58) Conf. causa nº 79.203 "Cencosud S.A. c/ Vaisberg, Bernardo A. s/ sumario" que tramitó por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial nº 15 Secretaría nº 29 (resolución dictada el 13.04.2000, con cita de un pronunciamiento de la sala D de la Excma. Cámara en lo Comercial en la causa "Cencosud S.A. c/ José y Carlos Romano SA s/ sumario" del 13.08.1996.

5.4. *Proceso ordinario o sumarísimo*

El Código Procesal en lo Civil y Procesal de la Nación, en su redacción actual, ha eliminado los procesos sumarios (art. 3 ley 25.488), pero el legislador ha omitido derogar o modificar el artículo 679 del citado código, que establece que la acción de desalojo *“se sustanciará por el procedimiento establecido ... para el juicio sumario, con las modalidades ...”*.

¿En qué situación quedan los juicios de desalojo? Se trata de procesos que normalmente no presentan mayores dificultades prácticas. En la mayoría de los casos las demandas se sustentan en las causales de falta de pago de los alquileres o el vencimiento del plazo contractual. ¿Corresponde que tramiten necesariamente como proceso ordinario o es admisible que, en base a lo petitionado en la demanda, se acepte la vía sumarísima?

El artículo 498 del Código Procesal dispone que si se promueve juicio sumarísimo el juez resolverá si corresponde ese trámite o el propio del proceso ordinario. Debe recordarse que en los procesos sumarísimos no son admisibles las excepciones previas ni la reconvencción, no procede la presentación de alegatos y todos los plazos son de 3 días salvo para contestar la demanda y fundar el recurso de apelación contra la sentencia que se extiende a 5 días. Sólo son apelables las sentencias definitivas y las resoluciones que decreten o denieguen medidas precautorias. El recurso se concede en relación y, en principio, con efecto devolutivo.

Las diferencias entre el proceso ordinario y el sumarísimo son importantes y, al menos teóricamente, la duración de estos últimos procesos es sustancialmente menor.

Si señalamos lo expuesto es porque se ha resuelto en el fuero Civil —donde, se reitera, tramitan estos juicios— que las demandas de desalojo pueden tramitar por vía del procesos sumarísimo.

En tal sentido se ha dicho que la aplicación del trámite sumarísimo a la acción de desalojo, en modo alguno cercena la posibilidad del demandado de ejercer las defensas a que se creyera con derecho en la misma medida que con anterioridad a la reforma introducida por la ley 25.488, resultando únicamente disminuida la extensión temporal para determinadas presentaciones, sin que ello genere un menoscabo en el conocimiento que obtenga

el juez de la situación que le permita en cada caso arribar a una solución apropiada (59).

5.5. Convenios Extrajudiciales - Homologación

En materia locativa es práctica habitual que las partes diriman sus conflictos en forma extrajudicial, a través de la firma de convenios de desocupación, previéndose que cualquiera de ellas pueda solicitar que sea homologado judicialmente, lo que determina que la cuestión quede encuadrada en el inc. 1º del artículo 500 del Código Procesal. Estimamos preciso recordar que el art. 47 de la ley 21.342 se mantiene vigente. Si no se cumple con lo acordado en forma espontánea, se solicita que sea el tribunal el que disponga las medidas pertinentes a través del trámite previsto para la ejecución de sentencia. Si lo acordado fue la devolución de un inmueble en determinada fecha, se requiere que se disponga el lanzamiento para recuperar la tenencia.

El pedido de homologación constituye un proceso voluntario, donde no hay en principio controversia (60), actuando las partes de común acuerdo y sólo requieren la intervención del juez para consolidar una situación jurídica (61).

Se ha resuelto que la presentación de un convenio para su homologación no es una demanda en los términos del art. 330 del Código Procesal, que traiga aparejada la sustanciación de un proceso donde, en su caso, el actor obtenga el reconocimiento de su derecho, pues el convenio tiene valor como tal (62).

En el mismo sentido se ha resuelto que *“Al promoverse el trámite tendiente a obtener un pronunciamiento judicial para que se homologue un convenio de desocupación en el marco de una relación locativa, se da origen a un proceso que, como regla, es de naturaleza no contradictoria, limitándose la actividad juris-*

(59) Conf. CNCiv., sala F, “Alto Palermo S.A. (APSA) c/ Cipriani Dolce S.A. s/ desalojo” fallo del 6/06/2003; CNCiv., sala C “Petrolera del Conosur S.A. c/ Genovese, Carlos A. y ot. s/ desalojo” del 29/08/2003; Juzgado Civil nº 21, expte. 83.600/05 “Lotito, Pablo E. c/ Disco S.A. s/ desalojo, resolución del 3/02/2006; Juzgado Civil nº 63, expte. 65.769/05 “Cencosud S.A. c/ Grupo Pilares S.R.L. s/ desalojo, resolución del 19/09/2005; Juzgado Civil nº 61, expte. 28575/2009 “Ciencias S.A. c/ TSG Solution Argentina S.A.” resolución del 29/4/2009.

(60) Conf. ALSINA, *Derecho Procesal*, T. I, p. 400, ed. Ediar, 1963.

(61) Ob. cit., p. 466

(62) Conf. MORELLO, SOSA Y BERIZONCE en *Códigos Procesales ...*, T. VII-B-216, Abeledo Perrot, ed. 1999.

dicional a comprobar la concurrencia de los recaudos formales de procedencia y a dictar, en su caso, la sentencia homologatoria. Por lo tanto, la intervención del otro contratante, en el supuesto de haber formulado la petición solo uno de ellos, se encuentra limitada, no siendo viable la introducción de defensas, atento el particular trámite previsto para la homologación de convenios. Así, tales cuestiones podrán hacerse valer en un juicio ordinario, con amplitud de debate y prueba, más no dentro del limitado marco cognoscitivo de este tipo de procesos” (63).

Sobre la vigencia del artículo 47 de la ley 21.342 ha dicho la Sala D de la Cámara Civil (64) que *“Toda vez que las sucesivas reformas legislativas no derogaron el artículo de la ley 21.342, su vigencia determina la invalidez de los convenios de desocupación suscriptos juntamente con el contrato, con lo que se tiende a evitar el aprovechamiento del estado de necesidad del locatario”, norma aplicable a contratos análogos (65).*

En definitiva, en el fuero Civil si se presenta un convenio de desocupación, previa vista a la contraparte (si el acuerdo no se suscribió con intervención de un escribano público), en la medida que no se encuentre comprometido el orden público se procede a su homologación lo que posibilita su cumplimiento por el trámite de ejecución de sentencia.

Este criterio no es aceptado en el fuero comercial. Señalamos como ejemplo la causa “Cencosud S.A. c/ Comunicaciones de Avanzada S.A. s/ homologación de convenio” (66) en la que se señaló que *“No existe en el derecho argentino ninguna acción autónoma que autorice a proceder del modo en que se pretende. A nuestro juicio, la homologación judicial de un convenio sólo procede a requerimiento de ambas partes: es necesario acreditar ante el juez la vigencia actual del acuerdo”. Agrega la sentenciante que debía cumplirse con el trámite de mediación previa aún cuando las partes ya habían celebrado un acuerdo, con intervención de un escribano que certificó las firmas. La Cámara, por resolución*

(63) CNCiv., sala L, expte. L051008 “Rosales, Jorge Augusto c/ Albornoz de Sena, Norma Haydée s/ homologación” del 22/11/1996; ED, 65-174.

(64) Expte. 107.736 “Pioro, Samuel y otro c/ Saba Varela, Gerardo y otro s/ homologación de acuerdo” del 30/11/2001.

(65) Conf. CNCiv. sala M, expte. M285510 “Suma Construcciones S.R.L. c/ Ortiz, Fernando J. S/ homologación de acuerdo”.

(66) Expte. 46.995, que tramitó por ante el Juzgado n° 23 Secretaría n° 45.

del 13.11.2002 confirmó el fallo de 1ª instancia, citando diversos precedentes (67).

5.6. *Conclusión*

Todo cuanto queda expuesto en el presente capítulo evidencia las dificultades prácticas que deben afrontarse a consecuencia de los distintos criterios existentes.

Se ha dicho que las reglas atributivas de la competencia en razón de la materia son de orden público y tienen por fin asegurar la mejor eficacia y funcionamiento del servicio de justicia con fundamento en el interés general (68).

La realidad indica que la situación que en la práctica se presenta, lejos está de cumplir con ese objetivo. Obtener que un juez acepte conocer en un simple proceso, donde lo único que se está debatiendo es si un plazo contractual concluyó o si se adeudan cánones o alquileres, puede convertirse en la práctica en una situación violatoria de derechos de raigambre constitucional, sin razón valedera que lo justifique.

Tanto el juez con competencia comercial como el de competencia civil son jueces de la Constitución, con idéntica jerarquía; y la disparidad de criterios evidencia que la incompetencia (planteada por uno u otro fuero) no es manifiesta y estas decisiones tal vez no tienen presente la innecesaria inseguridad jurídica que provocan. Los tribunales nacionales, con asiento en la Ciudad de Buenos Aires, se encuentra divididos en fueros en razón de la materia cuyo conocimiento se le asigna. No se trata que un divorcio se presente en un juzgado comercial o una quiebra en un juzgado civil. ¿Puede en los casos materia del presente sostenerse que es clara la situación a punto tal que se produzcan declaraciones de incompetencia de oficio? En nuestra opinión la respuesta es necesariamente negativa.

Se tiene también que, según el fuero donde se radique el proceso —reitero, por demás sencillo—, se puede obtener que tramite por vía del proceso sumarísimo. Lo mismo ocurre respecto de la homologación de un convenio. Si ambas partes se

(67) Sala C, 12/07/1995 "Banco Cooperativo de Caseros Ltda. c/ Almad, Zulema s/ homologación de convenio y sus citas, ED, 170-532 y ss.; sala E, 21-12-92 "Bashanski, Pedro y otro; esta sala 3/09/1997 "La Patagonia Cía. Arg. de Seguros S.A. c/ Simonetti de Viñals, Amalia María Elena.

(68) CS, Fallos 306.2101; 306-1223 y 1615; 314-110.

han puesto de acuerdo y lo han instrumentado, aceptando la posibilidad de su ejecución judicial, sostener que debe cumplirse con la etapa de mediación o que no corresponde su homologación —sin detenernos en los argumentos de los que se sirve— no parece ser una decisión que contribuya a evitar la generación de procesos que pueden ser evitados. Por lo demás, en el fuero Civil el criterio es otro. El servicio de justicia no se ve satisfecho.

6. Situaciones conflictivas más habituales

6.1. Con los clientes

6.1.1. Normativa aplicable

Antes de detenernos en el análisis de distintas situaciones conflictivas que pueden presentarse entre los Shopping Centers y los clientes, estimamos conveniente efectuar una breve síntesis de la normativa aplicable, que no se agota, en la actualidad, a las disposiciones de los Códigos Civil y Comercial.

Las normas incorporadas al Código Civil con la reforma de la ley 17.711 —que introduce las figuras de la lesión enorme (art. 954), abuso del derecho (1071) y la teoría de la imprevisión (art. 1190)— si bien de fundamental importancia para la época en que fueron dictadas, en tanto constituyó un fundamental avance como respuesta a situaciones de desigualdad que podían presentarse, no resultan suficientes frente a la problemática que se presenta en relaciones entre partes donde el principio de igualdad no responde muchas veces a la realidad.

No se produjeron modificaciones legislativas hasta el año 1993, en que se dictó la ley 24.440, que importó un verdadero cambio en lo referente a la defensa del consumidor, debiendo señalarse que a partir del año 1994 la tutela de los derechos de los usuarios y consumidores tiene raigambre constitucional (artículo 42 de la Constitución Nacional).

Debemos mencionar también el decreto reglamentario de la ley 24.240, n° 1798/94 y las leyes que a través de la protección del mercado brindan también protecciones a los consumidores y usuarios. Dicha ley establece en su artículo 3° que *“Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas antes definidas, en particular las de Defensa de la Competencia y de Lealtad Comercial ...”*.

Señalamos que en un caso de publicidad confusa o engañosa (art. 9º) se ha resuelto (69) que *“Corresponde puntualizar que el fin que persigue la ley 22.802, de Lealtad Comercial, es evitar que los consumidores, mediante indicaciones poco claras y engañosas, o inexactitudes, sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de productos, mercaderías o en la contratación de servicios protegiéndose, de este modo, el derecho de aquéllos a una información adecuada, completa y veraz, en relación al consumo (art. 42 de la C.N.). Asimismo con la ley mencionada se pretende preservar la lealtad en las relaciones comerciales que abarca los derechos de los consumidores y de los competidores: pues se pueden producir desvíos o captación potencial de clientela por medio de métodos contrarios a la lealtad en las relaciones comerciales (70)...”*.

6.1.2. Ley de defensa al consumidor — arts. 7 y 8 de la ley 24.440 — Oferta — Error — Admisibilidad de su invocación

En el presente capítulo haremos referencia a un caso que, por sus características, se estima merece ser incluido en el análisis de las situaciones de conflicto que se pueden generar entre el empresario y el consumidor, con encuadre en la ley de defensa al consumidor, en lo concerniente a las ofertas públicas y a la publicidad de ellas. ¿existe oferta cuando se ha incurrido en un grosero error en el precio contenido en un folleto de publicidad?. ¿Puede invocarse error cuando la oferta encuadra en la ley 24.440?

Es sabido que conforme a lo establecido en el artículo 1148 del Código Civil las ofertas de contrato deben estar dirigidas a personas determinadas y que una oferta al público en general, sólo podría tenerse, según la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias, como simples invitaciones a contratar (71). Análoga disposición se encuentra en el art. 454 del Código de Comercio.

Estas normas han merecido críticas, en las que estimamos innecesario detenerme, en atención a que, en lo que interesa, la cuestión ha encontrado respuesta en lo establecido en el artículo 7 de la ley 24.440. El artículo 1148 del Código Civil se

(69) Conf. entre otros Expte. N° 1.527/2009 - “Garbarino SA c/ DNCI - Disp. N° 735/08 (Expte. S01: 129614/06)” — CNACAF — Sala II — 19/11/2009 y sus citas.

(70) elDial - AA5B2E.

(71) BELLUSCIO Y OTRO, *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 1984, T. 5, p. 760 y sus citas; BORDA, *Obligaciones*, Abeledo Perrot, 1971, T. II, p. 147, n° 1201 y sus citas).

ha convertido en letra muerta cuando se trata de contratos de consumo (72).

Establece el artículo 7 de la citada ley: *“La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones. La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer. La no efectivización de la oferta será considerada negativa o restricción injustificada de venta, pasible de las sanciones previstas en el art. 47 de esta ley (73)”*.

Por otra parte el artículo 8 dispone. *“Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor. En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de C.U.I.T. del oferente” (74)*.

Nos referiremos seguidamente a lo resuelto en autos *“De Rueda, Sebastián c/ Jumbo Retail Argentina S.A.” (75)*, en el cual sostuvo el actor que la demandada efectuó publicidad de un televisor de 42 pulgadas a un precio de \$ 1.415,84. La oferta tenía vigencia desde el 31.03.2006. Dentro de esa fecha concurrió a uno de los locales, advirtiéndole que el precio que figuraba en el producto era de \$ 16.990. Supuso que se trataba de un error, por lo que requirió información respecto a las razones del cambio del precio publicado, comunicándosele que el precio era el que estaba en el producto exhibido. Al día siguiente concurrió con una escribana, que dejó constancia de lo que resultaba del prospecto y precio de exhibición. Sostuvo el actor que se modificó la oferta y sustentó su demanda de daños y perjuicios en los arts. 7 y 8 de la ley de defensa de la competencia. Reclamó una

(72) BUERES - HIGHTON, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, ed. 2000, Hammurabi, T. 3-B, p. 242.

(73) Párrafo incorporado por ley 26.361, art. 5.

(74) Párrafo incorporado por ley 24.787, art. 1.

(75) Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial nº 6, Secretaría nº 12.

indemnización de \$ 15.575, es decir la diferencia entre el precio de la publicidad y el que figuraba en el artículo.

En el responde se negó que el precio hubiera sido modificado y se sostuvo que se trataba de un error en la publicidad, que al ser advertido fue corregido de inmediato. Se sostuvo por otro lado que no hubo aceptación de oferta alguna pues del acta notarial no resultaba que se hubiera exhibido el dinero para demostrar que se estaba en condiciones de adquirir el producto, ni que se hubiera formulado oferta alguna. Sólo se dejó constancia de las características de la televisión y diferentes precios.

Debemos señalar que la prueba informativa producida demostró que el precio del televisor era el consignado en el producto en exhibición y no el del prospecto. Hasta aquí los hechos en apretada síntesis. También destaco que en el mismo prospecto se mencionaban productos similares a precios sustancialmente más elevados que el que refiere la demanda.

En la sentencia de Primera Instancia se señaló que cuando el actor remitió una carta documento manifestando que aceptaba la oferta, la misma ya había sido retractada mediante la publicación de la fe de erratas concretada por la demandada en el diario de mayor circulación. Destacó el pronunciamiento por otro lado, que se acreditó el precio real de la televisión y que no había prueba de que la demandada hubiera actuado de mala fe y que hubiera modificado el precio del producto ofertado, o que publicó un precio erróneo para atraer la atención de los consumidores. El precio publicado era irrisorio y el actor no pudo razonablemente desconocer de inverosimilitud del precio. No existió contrato. La demanda fue rechazada. La Sala D de la Cámara Comercial confirmó el decisorio de primera instancia.

Lo que interesa como interpretación de la normativa aplicada, es lo referido al análisis del error invocado, a su naturaleza y consecuencias jurídicas de su comprobación.

Señaló el Tribunal que la teoría del error juega en la etapa de formación del contrato, tal como lo ha destacado autorizada doctrina, bien que observando que es una circunstancia sumamente peculiar que requiere un examen muy atento porque no siempre, probablemente, debe llevar a las mismas consecuencias (76).

(76) DIEZ, PICAZO, L, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, 1996, T. I, p. 176.

Es obvio —se destaca en el fallo— que la teoría del error juega particularmente con relación a la oferta contractual, desde que ella es un elemento sustantivo, integrante de la aludida etapa formativa. Y puesto que toda oferta no es más que un acto voluntario o más propiamente una declaración de voluntad contractual, resulta indudable que aquél elemento perturbador representado por el error puede incidir negativamente en ella.

Es decisivo para el caso señalar que el Tribunal entendió que tan apreciación no se ve afectada por el hecho de tratarse de una oferta pública publicitaria. La oferta de consumo regulada por el art. 7 de la ley 24.240, aunque se trasmite por su publicidad en los términos del art. 8 de la misma ley, puede estar afectada de error como cualquier oferta contractual.

Aceptada que fue la posibilidad de invocarse la existencia de error no obstante tratarse de una oferta de las características señaladas, se detuvo el Tribunal en el análisis de la naturaleza del error, para agregar que el análisis de la prueba lo lleva concluir que se trata de un error obstativo.

Distinguió entre el error vicio (o error propio) y el error obstaculizante (o error obstáculo o impropio).

El primero comporta una falla de conocimiento, una discordancia entre un dato determinado de la realidad y la representación mental que de ese dato tenía el sujeto al realizar un acto que el derecho valora. El error vicio (o error propio) se da cuando la voluntad ha sido viciosamente formada sobre la base de un inexacto conocimiento de la realidad o sobre una equivocada creencia.

El segundo, en cambio, da cuenta de una desarmonía entre la declaración de voluntad y la voluntad misma. En el error obstaculizante o impropio, la voluntad se ha formado correctamente sobre un exacto conocimiento de la realidad, pero la equivocación se produce al declarar o al transmitir la voluntad. Al mediar esta clase de error se produce, en efecto, una divergencia entre la voluntad interna y la voluntad manifestada, bien por equivocación propia o por error en la transmisión.

Muchos son los casos de errores obstativos que la doctrina refiere (77), pero significativamente uno de ellos es el que se

(77) Véase, entre otros, los enumerados por SPOTA, A., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Buenos Aires, 1957, T. I, vol. 3-8, p. 380.

presenta cuando, queriéndose vender por 100, se declara vender por 10 (78).

Sobre la base de esta argumentación sostuvo la Cámara que la descrita es justamente la situación que se presenta en el caso de autos, pues habiendo querido vender por una cifra mayor ofreció vender por una suma menor. Funda su conclusión en la prueba producida.

Superadas estas dos cuestiones, se analizaron las consecuencias jurídicas de la constatación de la existencia de un error obstaculizante, señalándose que el mismo hace imposible el consentimiento al que se refiere el art. 1144 del Código Civil y, por tanto, el contrato mismo, pues impide el acuerdo sobre una declaración de voluntad común en los términos del art. 1137 del citado Código.

Mientras que el error vicio del consentimiento genera una nulidad, el error obstaculizante hace inexistente el acto y, por lo tanto, no puede hablarse de eficacia del negocio, menos de oferta vinculante, descartándose asimismo la presencia de una oferta aceptada.

Excepcionalmente, cuando la disconformidad generadora del error obstaculizante fuese imputable al declarante por ser malicioso o haber podido ser evitada por él con el empleo de una mayor diligencia, existiendo a la vez buena fe de la otra parte, podría atribuirse pleno efecto a la declaración de aquél, en virtud de los principios de responsabilidad y de protección a la bona fides y a la seguridad del comercio jurídico. La parte receptora de la declaración sobre la que se ha proyectado el error obstaculizante podría, en este especialísimo caso, inclusive reclamar el resarcimiento de los daños que hubiera padecido, pero ello con un límite preciso: todo reclamo sería improcedente cuando dicha parte receptora conocía o debía haber conocido, según las circunstancias, el error de que se trata, ya que en tal caso queda excluida su buena fe, desde que no podría invocar haber obrado con confianza en lo declarado.

Concluyó el decisorio sosteniendo que fue el actor quien actuó de mala fe y que todo lo actuado tanto extrajudicial como

(78) El ejemplo es de ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, Barcelona, 1970, T. I, p. 480, n° 59.

judicialmente no son sino un vano intento de pretender aprovecharse de un obvio y nítido error ajeno, siendo ello manifiestamente contrario a la regla de buena fe.

Hasta aquí el decisorio cuya importancia no deja margen para la duda. Si bien se encuadra el tema en el marco de los arts. 7 y 8 de la ley de defensa del consumidor se sostiene que ello no obsta a la ponderación del error invocado, su naturaleza y efectos, al igual que la conducta observada por las partes. En definitiva, no se efectuó una aplicación dogmática de la ley, desentendida de las circunstancias del caso, sino que por el contrario se analizaron las conductas de ambas partes, se justificó el error (no hubo mala fe ni falta de diligencia por parte del centro comercial) y por el contrario se reputó de mala fe a lo obrado por el actor. Se tiene pues que un error obstativo determina que no exista oferta vinculante ni oferta aceptada.

En definitiva, si bien claramente la ley de defensa al consumidor pretende tutelar a consumidores y usuarios; y evitar que la parte más débil de la relación pueda sufrir abusos o imposiciones de la otra contratante, ello no implica que no deban ponderarse y analizarse las particularidades de cada caso concreto y determinar si realmente se presentan las situaciones que se pretenden evitar.

El principio *in dubio pro consumidor* (arts. 3 y 37 ley 24.240) ampara a quienes se encuentran débiles y desprotegidos frente a ofertas masivas e indiscriminadas, pero su aplicación está condicionada a que estén presentes dichas circunstancias. En el caso analizado, claramente, dicha situación no existió.

6.1.3. Robo de autos en las playas de estacionamiento

a) Los shoppings center cuentan con espacios para el estacionamiento de vehículos, siendo en principio el ingreso irrestricto y gratuito. En otras palabras, en la práctica, no sólo puede ser utilizado por clientes o potenciales clientes sino por cualquier persona, en tanto no hay controles al respecto.

Debemos señalar que, más allá del evidente beneficio o comodidad que representa para el usuario contar con playas de estacionamiento, hay un tema que suele ser soslayado por los tribunales y que —al menos en cierta medida— resta contundencia a lo expresado por los decisorios, respecto a que

sólo se persigue un lucro con la instalación de los estacionamientos.

En efecto, se omite toda consideración a la legislación vigente, tanto en la Ciudad de Buenos Aires, como en las distintas provincias argentinas, que impone a los centros comerciales la obligación de contar con espacios para estacionamiento, como condición para habilitarlos. En el mejor de los casos, se ha dicho que esa obligación legal no obsta a la existencia de un deber tácito de seguridad.

A título de ejemplo señalamos que en la Ciudad de Buenos Aires se encuentran vigentes la ley 449, Código de Planeamiento Urbano, Sección 5.2 y el Código de Edificación, art. 7.7.1.

En la Provincia de Buenos Aires rige la ley nº 12.573 de grandes superficies comerciales —decreto reglamentario nº 2372/2001—, que en su artículo 18 establece la mentada obligación.

b) Efectuada esta breve introducción, realizamos un breve análisis de los diferentes criterios jurisprudenciales respecto de la existencia o no de responsabilidad de los centros comerciales, a raíz del robo de automóviles ocurridos en las playas de estacionamiento; y ello nos lleva a la consideración de la naturaleza jurídica del vínculo entre en shopping center y el usuario de la playa de estacionamiento.

En un principio, sin discrepancias, la jurisprudencia sostenía que la cuestión debía analizarse a la luz de las normas que regulan la responsabilidad aquiliana, para luego, abrirse paso un nuevo criterio, que terminó por imponerse: la existencia de una relación contractual (se asimila la situación a la emergente en el contrato de depósito) a lo que se agrega que, en cualquier caso existe un deber tácito de seguridad; y que los centros comerciales brindan el servicio del estacionamiento como herramienta de atracción del público que le permite obtener mayores ganancias.

Al respecto, Cuiñas Rodríguez y Díaz Palacio han sostenido que dentro del hipermercado se configura seguramente una relación de consumo genérica —comprensiva de la de uso, según lo que se haya adquirido, abarcada por las prescripciones de los arts. 1º y 2º de la ley 24.440— y esa vinculación jurídica tuvo en la especie el carácter de principal y determinante de la accesoria, cual fue la del estacionamiento del automóvil luego sustraído. Consideran que hay un contrato de depósito comercial no gra-

tuito y ello porque se efectuaron compras o al menos existió la expectativa de su concreción (79).

Por su parte, Jorge Adolfo Mazzinghi (h) (80), luego de expresar que el hecho de que las playas de estacionamiento sean de uso público (no limitada a los clientes) y gratuito, determina que se dificulta aceptar que se esté frente a un contrato de depósito o garaje cuando el supuesto depositario no controla el acceso ni toma expresamente a su cargo la custodia o la vigilancia de los automóviles estacionados. Ahora bien, probado el estacionamiento y posterior robo del vehículo y considerando a la playa como una prolongación del establecimiento, una instalación o dependencia al servicio de la actividad principal, corresponde la aplicación de los principios que animan la figura del depósito necesario.

Debemos señalar por último que se está abriendo camino el encuadre del análisis de la cuestión a la luz de la ley de defensa al consumidor.

Teniendo en cuenta el criterio imperante, mencionaré sólo algunos casos en los que se hacía una ponderación diferente de la situación. En otras palabras se desechaba la existencia de responsabilidad.

i) La Sala K de la Excma. Cámara Civil in re "Ferreyra, Mario c/ Carrefour Argentina S.A. s/ daños y perjuicios" en fallo dictado el 11.5.2005, expresó que *"no resulta que la demandada, con la instalación de esos playones anexos, hubiera perseguido más finalidad que la de facilitar un estacionamiento gratuito a sus visitantes, potenciales clientes, haciéndoles más atractivo el acceso al lugar por la comodidad que les significa, pero todo sin aceptación de la guarda o custodia de los rodados, cuyas llaves mantiene el usuario en su poder"*.

ii) La Sala D de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, resolvió con fecha 2.05.2000, (81) que no hay

(79) CUIÑAS RODRÍGUEZ, MIGUEL Y DÍAZ PALACIO, EUGENIA, *Hipermercados - Estacionamiento de vehículos en playa y responsabilidad sobreviniente*, LA LEY, 1989-E, 393).

(80) MAZZINGHI, JORGE, *El robo de un vehículo de la playa de estacionamiento de un supermercado, la figura del depósito necesario, y el análisis de otras situaciones parecidas*, ED, 188-492.

(81) Autos caratulados "Sancor Cooperativa de Seguros Ltda. c/ Cencosud S.A." (expte. 405/96)

responsabilidad en el supuesto de sustracción de vehículos en las playas de estacionamiento. Con relación a la oferta de estacionamiento se expresó que *“la que realizó la demandada, constituyó una oferta dudosamente vinculante para su parte y no suficientemente precisa ni inequívoca en cuanto al objeto de la prestación”*. Se efectuaron también consideraciones referidas a la accesoriad asignada al estacionamiento respecto del contrato de compraventa celebrado entre el supermercado y su cliente, sosteniendo que *“la empresa supermercadista sencillamente ofreció un lugar para estacionar los vehículos a quien quisiera hacerlo, sin que de ello resultase vínculo contractual alguno entre la empresa y la persona que dejaba allí su rodado”*. También se argumentó que *“El hecho de estacionar constituye simplemente una facilidad para la realización de compras en el supermercado —contrato al cual no accede aquel hecho— o para el cumplimiento de cualquier otra actividad —a la cual tampoco accede aquél, ciertamente”*. En definitiva se sostuvo que en el hecho del estacionamiento del vehículo hurtado no medió vínculo contractual alguno entre la asegurada en la cooperativa actora y la supermercadista demandada, desechando que existiera responsabilidad por causa del hurto (82).

Como antes señalamos, en la actualidad la jurisprudencia imperante hace referencia a la existencia de un vínculo contractual, al deber tácito de seguridad y al lucro perseguido, para aceptar la existencia de responsabilidad, en la medida que se acredite la ocurrencia del hecho (83).

(82) Análogos argumentos dieron sustento a los siguientes fallos, entre muchos otros, “Medina Ayala Héctor Luis c/ Easy Argentina S.A. s/ Daños y Perjuicios - CNCiv., sala J, 17/03/2006”; “Federación Patronal c/ Hipermercado Jumbo S.A. s/ Daños y Perjuicios - Cámara de Apelación, sala II de San Martín, Provincia de Buenos Aires” - “Ferreyra Mario c/ Carrefour Argentina S.A. s/ Daños y Perjuicios - CNCiv., sala K, 11/05/2005” - “Dree Jorge José c/ Cencosud S.A. s/ Ordinario - CNCom., sala B, 29/12/05”; “La República Cía. Argentina de Seguros Grales. S.A. c/ Cencosud S.A. s/ Ordinario - CNCom., sala D, 15/03/2005”; “Ferreyra Mario c/ Carrefour s/ Daños y Perjuicios - CNCiv sala K, 11/05/2005”; “Caja de Seguros S.A. c/ Supermercados Mayoristas Makro S.A. s/ Ordinario - CNCom., sala D, 22/03/2005”; “Compañía de Seguros La Mercantil Andina c/ Carrefour Argentina S.A. - CNCom., sala D, 24/10/2002 - LA LEY, 2003-C, 449”; “Sancor Coop. de seguros Ltda. c/ Cencosud S.A. - CNCom., sala D, 02/05/2000 - LA LEY, 2000-F, 334”; “Omega Cooperativa de Seguros Ltda. c/ Carrefour Argentina S.A. s/ Ordinario - CNCom., sala B, 09/08/2004 - ED, 08/10/2004”; “Omega Cooperativa de Seguros Ltda. c/ Compañía Americana de Supermercados S.A. - CNCom., sala B, 26/06/2003 - DJ, 22/10/2003.

(83) Conf. entre otros CCom., sala D, expte. 56.318/2006 “Caja de Seguros S.A. c/ Cencosud S.A.” decisorio del 28 de octubre de 2008 y sus citas; Boretto,

También se ha recurrido para imputar responsabilidad a la ley 24.240 (actualizada por ley 26.361) de defensa al consumidor.

La distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual se ha visto superada por los preceptos específicos de la ley citada en el párrafo que antecede.

La relación entre quien circula en un supermercado haciendo compras y éste (supermercado) constituye una relación de consumo. Si bien el artículo 5º de la ley 24.240 (texto le 26.361) se refiere específicamente a los servicios prestados y a los productos enajenados, también se ha entendido que es una pauta general, aplicable por analogía, la relativa a la seguridad que deben prestar las cosas a través de las cuales la relación de consumo se establece (84). Por ende el derecho a la seguridad no sólo se refiere al consumo de bienes y servicios, sino que se extiende a quienes transitan por el supermercado.

En lo que respecta al ámbito de la responsabilidad por incumplimiento del deber de seguridad, Lorenzetti (85) sostiene que no es contractual ni extracontractual sino una relación de consumo.

Se ha dicho que la ley 24.240 lo que ha pretendido es unificar el régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual desde que rige para usuarios y consumidores, tengan o no vínculos contractuales con los presuntos responsables. Se trata de una responsabilidad objetiva (86) y el plazo de prescripción es de 3 años (87).

Señala Farina (88) que la relación de consumo es más amplia que la que genera el contrato.

“La responsabilidad civil de los shoppings centers y supermercados y el estacionamiento gratuito” en RDDC, 2004-A, p. 374 y ss.

(84) Ver voto de la Dra. K. de Carlucci, CS, 26-7-2002 en la causa nº 72.871 “Bloise de Tocchi, Cristina” en jº 140.351 “Bloise de Tocchi c/ Supermercados Makro S.A. s/ daños y perjuicios s/ inc.”).

(85) LORENZETTI, *Consumidores*, p. 400, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, ed. 2003, citado en autos 89.484 “Macías, Ascensión c/ Disco S.A.” s/ daños y perjuicios, decisorio del 1-10-2008 del Juzgado en lo Civil y Comercial nº 4 de San Juan.

(86) Conf. causa “Frávega SA en Jº 144.304/8749 “Sellanes, Elian c/ Frávega SA s/ ord., s/ inc. Cas.”, decisorio 6199234, Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Circunscripción 1. Sala 1, 2006/10/12; expte. 85.769, elDial — MZ42D2.

(87) Conf. DELLA MAGGIRA, ATILIO V. Y ZÁRATE, JOSÉ MARTÍN, *La prescripción en la relación de consumo*.

(88) FARINA, *Defensa del consumidor y del usuario*, Astrea, Buenos Aires, 3ra. ed., p. 21.

En definitiva, en la actualidad la discusión acerca de la naturaleza del vínculo ha perdido trascendencia, pues lo cierto es que se ha sacado el tema de la órbita extracontractual o cuasi delictual.

c) Hay un tema del que la jurisprudencia no se ha hecho debido cargo —salvo contadas excepciones— y es por ello que estimamos conveniente efectuar una breve reflexión. Nos estamos refiriendo a la inseguridad que impera en todo el país, especialmente en la Ciudad de Buenos Aires y en la Provincia de Buenos Aires. No interesa que el poder de policía le corresponda al Estado y sea indelegable. Al resolverse los casos se omite toda consideración al tema, ignorándose que si el Estado, a través de sus tres poderes, cumpliera con sus obligaciones no habrían robos de autos o éstos serían mucho menos. Los desarmaderos de autos funcionan sin control serio alguno y la única solución a la que se atina recurrir es a buscar un responsable. En el mejor de los casos se han limitado a sostener que el cumplimiento del deber de policía debe ponderarse en cada caso, cuando lo que se está cuestionando es que no se satisface en ningún caso. Los únicos que niegan el problema son los que tienen la obligación de darle respuesta. Se pone todo el peso del problema en los centros comerciales haciéndose caso omiso a la realidad imperante. Es cierto que dentro del local la seguridad compete al dueño, más no puede soslayarse que está legalmente prohibido contar con personal de seguridad que porte armas. Por lo demás, si debe recurrirse a empresas de vigilancia es precisamente porque el Estado no cumple con su deber.

La inseguridad está en la calle y al respecto estimamos apropiado hacer referencia a la editorial publicada con fecha 8 de agosto de 2006 por el diario La Nación bajo el título que tituló “Desarmaderos, un negocio próspero”. Entre otros conceptos expresó que *“no es un secreto para nadie que el robo de autos se ha adueñado de las regiones más pobladas del país y, primordialmente, de la Ciudad de Buenos Aires y su conurbano. Tampoco lo es que esos actos delictivos primarios son la primera puntada de una trama larga y sombría (...) y nunca hubiera podido desarrollarse y alcanzar la magnitud de hoy sin haber estado cobijada por sectores policiales y políticos, agregando en otro párrafo que el incremento de robos es alarmante y la realidad convalida la percepción social de que hay un incremento en la inseguridad y también la flexibilización o falta de controles policiales (...)”*. Tiempo

después, el 1° de noviembre de 2006 publicó una editorial que llamó "En Buenos Aires roban un auto cada 15 minutos".

Como antes expresamos, en líneas generales los tribunales han hecho caso omiso de esta problemática, por lo que estimamos importante mencionar lo resuelto con fecha 21.11.2005 por la Sala M de la Cámara Civil (89). Expresó entonces el Tribunal que *"No corresponde exigirle al supermercado que garantice en forma absoluta a sus clientes contra hechos delictivos, porque ese deber le compete al Estado, que es quien debe velar por la seguridad de sus ciudadanos. Frente a las deficiencias en esta tarea estatal que son de público y notorio, no puede exigírseles a las empresas privadas que cumplan un deber ajeno, sin perjuicio de que por su propia voluntad se provean de un sistema de seguridad (...)".* "El ataque por parte de individuos extraños al supermercado, que aunque no estuviesen armados actuaron haciendo uso de la fuerza, debe considerarse un caso fortuito. Es difícil prever cuándo y en qué lugar exacto del predio sucederá algo semejante, y más difícil aún impedir que suceda, pues para ello debieran apostarse guardas de seguridad en cada góndola, o tratándose de un espacio abierto cada pocos metros, a fin de que puedan acceder lo suficientemente rápido al lugar donde se produjera un ataque como éste. No podemos dejar de analizar que estos sucesos suelen ocurrir con suma rapidez, y ello impide intervenir y evitarlos a tiempo.

Reiteramos que las leyes que regulan la actividad de las empresas de seguridad privada prohíben la utilización de armas en supuestos como el que corresponde al analizado (conf. así por ejemplo ley 1913, art. 3°, inc. 2°, dictada el 6 de diciembre de 2005 y vigente en la Ciudad de Buenos Aires) y parece obvio que aunque no existiera una norma como la mencionada, el sentido común sólo permite concluir que sería totalmente indebido tener personal armado en un centro comercial, con concurrencia masiva de visitantes.

Los ladrones no avisan que van a llevarse el automóvil ni generan actos violentos que puedan advertir su presencia. Actúan a escondidas y adoptando todas las seguridades que les permita llevar a cabo su cometido. ¿Cómo funciona en la práctica el argumento de la seguridad? Si el Estado a través de sus distintos

(89) Autos caratulados "Mans, Noemí Cecilia c/ Supermercado Norte S.A. y otros s/ daños y perjuicios (Exp. 10998/02)".

estamentos evidencia impotencia y en muchos casos desinterés en dar solución a los problemas reales de la gente, no resulta justo que busque siempre alguien que se haga responsable de las consecuencias del incumplimiento de sus deberes primarios.

Atento la falta de toda respuesta por parte de los poderes del Estado, los grandes centros comerciales deberán adecuar sus sistemas de seguridad, para, al menos, paliar las consecuencias que provoca la existencia de un Estado ineficiente.

En definitiva estimamos que el tema no tendrá adecuada solución en la medida que no se ataque la causa del problema. Los robos de autos se seguirán produciendo en la medida que los desarmaderos funcionen a vista y paciencia de los funcionarios responsables. Se podrá condenar a los centros comerciales pero los delincuentes seguirán actuando impunemente.

d) Entendemos preciso agregar, para concluir este tema, que la mayoría de los reclamos son formulados por compañías de seguros que han pagado la pertinente indemnización, para subrogarse en los derechos del asegurado (artículo 80 de la ley 17.418) (90).

¿Cómo funciona en estos casos el tema de la prueba? Si el reclamo lo formula el propietario del automóvil deberá acreditar —de ello no hay margen para la duda para la duda— la presencia de la totalidad de los presupuestos de la responsabilidad, bastando que falle alguno para que el reclamo no pueda ser admitido (91). Así deberá acreditar que concurrió al centro comercial, que lo hizo en automóvil y que le fue sustraído. Para ello deberá aportar los elementos de prueba que estime pertinentes entre los que se encuentran los testigos. “Testigo”, conceptualmente y en términos generales, es aquella persona, ajena al proceso, que se encuentra presente al ocurrir un hecho y que declarará acerca de lo que ha caído bajo la acción de sus sentidos. También podrá aportar la denuncia policial que pudiera haber efectuado, la queja o reclamo efectuado en la empresa y un ticket de compra.

En diversos pronunciamientos se ha negado valor probatorio —por sí solos— a la denuncia policial y al ticket de compra. En el primer caso pues se trata de una simple manifestación unila-

(90) HALPERÍN, *Seguros*, actualizado por BARBATO, Bs. As., 2001, p. 809.

(91) Conf. entre otros, LLAMBÍAS, *Obligaciones*, T. I, p. 111, Abeledo Perrot, ed. 1967.

teral y en el restante pues sólo puede permitir acreditar la presencia en el lugar pero no que se concurrió en auto y que éste fue robado (92). La prueba testimonial, ponderada junto con otros elementos de juicio, tiene pues importancia para la acreditación del hecho. Debemos señalar que en algunos casos se ha señalado que si bien la denuncia policial —por su carácter unilateral— no constituye plena prueba constituye un indicio serio de la ocurrencia del hecho (93).

Ahora bien, en el caso de los reclamos efectuados por las compañías de seguro, la actora no sólo debe probar los presupuestos que la autorizan a actuar por subrogación (contrato de seguro vigente, pago de indemnización) sino también la producción del hecho ilícito. ¿Basta para ello el testimonio del asegurado o resultan necesarias otras declaraciones? Está claro que la actora acompañará la denuncia policial y las actuaciones penales que se puedan haber iniciado.

La jurisprudencia no es unívoca. Así la Sala E de la Cámara Comercial en la causa n° 86.963/2004 "Federación Patronal Seguros S.A. c/ Cencosud S.A.", por decisorio dictado el 18 de diciembre de 2009 sostuvo que si bien la denuncia policial —declaración del asegurado— puede haber resultado suficiente para la actora para pagar la indemnización, no lo es para comprobar la responsabilidad patrimonial de la empresa supermercadista, por cuanto no aparece corroborada por ningún elemento de juicio incorporado a la causa. Señaló también el Tribunal que resulta lógico que quien es víctima de un siniestro efectúe el reclamo en el lugar, dejando asentado el mismo, pida ayuda para ubicar el auto y preserve las pruebas necesarias para su posterior reclamo. El asegurado reconoció que no efectuó reclamo alguno. Se restó valor a la denuncia policial conforme el temperamento antes señalado y se rechazó la demanda.

Análoga decisión adoptó la Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro en la causa n° 108.450 conforme fallo dictado el 17 de diciembre de 2009.

(92) Conf. entre otros CNCom., sala B; 29/12/05 in re "Dree Jorge José c/ Cencosud S.A. s/ ordinario", expte. 75.751/2002.

(93) Conf. CNCom., sala D, expte. 56.318/2006 "Caja de Seguros S.A. c/ Cencosud S.A.", decisorio del 28 de octubre de 2008.

En sentido contrario se ha expedido la Sala C de la Cámara Comercial in re "La República Cia. Argentina de Seguros S.A. c/ CENCOSUD S.A.", expte. 4051, conforme decisorio dictado el 23 de noviembre de 2007 que tuvo por acreditado el robo con la declaración del asegurado (94).

6.2. Con los proveedores

6.2.1. Notas de débito - su validez

Los grandes centros comerciales mantienen relaciones con múltiples proveedores, a los que les adquieren los productos más diversos. No son operaciones únicas, aisladas, sino que se establece un vínculo que perdura en el tiempo, según se acuerda en cada caso.

Siendo ello así, resulta necesario contar con pautas negociales aplicables, sin perjuicio de las particularidades de cada caso, en todos los casos en general. Lo contrario generaría sin dudas una situación caótica, inmanejable y de ahí la necesidad de establecer prácticas, que al ser aceptadas por el proveedor, descartan, como principio, que se vulneren sus derechos. Libremente acepta vender sus productos en las condiciones que se acuerdan en cada caso, básicamente porque le conviene. Sabe que diariamente concurren a los centros comerciales cientos de personas y entiende que tiene la oportunidad de que sus productos se comercialicen.

Los fabricantes, los proveedores, cuando inician la relación o negocian nuevas condiciones contractuales, suscriben documentación, que incluye acuerdos acerca del plazo de pago de las facturas, descuentos y compensaciones, contribuciones en el caso de apertura de nuevos locales, aplicación de multas por incumplimientos, especialmente en lo referente en la oportunidad en que se entrega la mercadería y su cantidad. Se acepta la utilización de una cuenta corriente, en la que constarán las operaciones entre las partes, se practicarán los débitos y compensaciones y se liquidará periódicamente, con la emisión de cada

(94) Cita precedentes de la sala "Omega Cooperativa de Seguros Ltda. c/ Supermercados Mayoristas Makro S.A.", sentencia del 18-11-2003 y "Omega Cooperativa de Seguros Ltda. c/ Carrefour Argentina S.A.", sentencia del 31-3-2006. Se sostuvo que se trata de un tercero y que no se advierte su interés personal. En el mismo sentido se dictó el fallo dictado el 1° de octubre de 2008 —que quedó firme al declararse inapelable por el monto—, en la causa n° 83591 "Federación Patronal Cooperativa de Seguros Ltda. c/ Cencosud S.A.".

orden de pago, comprendiendo la facultad de que se realicen compensaciones por operaciones realizadas en períodos anteriores a los liquidados.

Si bien el tema que trataré en el presente se vincula más concretamente a lo que se denominan hipermercados y no al shopping en sí mismo, estimamos conveniente efectuar algunas breves reflexiones sobre un instrumento de uso habitual, en la inteligencia que su falta de consideración en este capítulo dejará al tema sin tratamiento. Nos estamos refiriendo a las “notas de débito”, cuya emisión constituye una herramienta muy utilizada en las relaciones comerciales entre los grandes centros comerciales —muchos de los cuales funcionan en la misma estructura edilicia del shopping center— y sus proveedores.

Parte importante de los conflictos que se generan entre los centros comerciales y los proveedores de mercaderías, reconocen su causa en estos instrumentos, y su gravitación es tal que el tema fue incluido en el “Código de Buenas Prácticas Comerciales” del 14 de julio de 2000, concretado con intervención de la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor, en su calidad de autoridad de aplicación de la ley 24.240. En dicho instrumento se estableció que los supermercados no podrán emitir unilateralmente notas de débito a los proveedores por motivos ajenos a la venta de productos, estableciéndose las condiciones que deben satisfacerse para poder emitirlos.

Los conflictos afloran normalmente cuando la relación comercial, por la causa que fuere, llega a su fin.

El alcance y gravitación que se asigna a este instrumento frente a la factura ha generado interpretaciones encontradas y al respecto pueden señalarse dos posturas. Los criterios son, en apretada síntesis:

i) *Si bien es cierto que las notas de debito han sido emitidas por la compradora en el marco de la relación habida con la vendedora, no puede interpretarse que esta última hubiese aceptado su contenido por no haberlas oportunamente impugnado, pues no existe norma alguna que le imponga la obligación de objetarlas o rechazarlas en un tiempo específico.*

Tratándose de una compraventa, las notas de débito no tienen los mismos efectos que la ley confiere a las facturas conforme al art. 474 del Código de Comercio.

No existe asimilación posible entre facturas y notas de débito, pues estas últimas ilustran sobre la existencia de una presunta deuda, y resulta ser el medio adecuado para dar noticia al destinatario de un estado desfavorable, a lo cual se agrega que esas notas no tienen la presunción de ser cuentas líquidas como lo establece el art. 474 del Código de Comercio.

ii) *Tanto las facturas como las notas de débito y de crédito son documentos relacionados con la compraventa mercantil y, si bien emanan de una de las partes, adquieren fuerza probatoria cuando no son observados en tiempo útil.*

El régimen del artículo 747 del Código de Comercio se aplica supletoriamente a las notas de débito y de crédito, ya que así lo autoriza el artículo 16 del Código Civil, de modo que no siendo reclamadas por su destinatario dentro de los diez días siguientes a su recibo, se presumen cuentas liquidadas y quien pretende negarles eficacia debe aportar la prueba necesaria para desvirtuar tal presunción.

En defensa de la validez y efectos de las notas de débito, se ha sostenido —con las variantes que exigen las particularidades de cada caso—, que si se encuentran en poder de la actora quiere decir que las recibió, lo que da cuenta que aquéllas constituyeron impugnaciones válidas a las facturas reclamadas. La proveedora/vendedora siempre estuvo al tanto de los débitos y si nada objetó durante la vigencia de la relación, no puede tardíamente y con olvido de la buena fe cuestionarlas, desentendiéndose de lo libremente acordado y obrado por las partes. La conducta de los contratantes a lo largo de la relación contractual constituye una clara muestra —a los efectos interpretativos (art. 218 in. 4º Código de Comercio)—, de la voluntad, libremente expresada. Se ha resuelto que a la conducta de las partes corresponde darle el carácter de expresión tácita de la voluntad ya que “la intención se demuestra a veces mejor con los hechos que con las palabras” (95).

Sobre este tema ha resuelto la Sala C de la Excma. Cámara Comercial (96) que “*si bien se ha dicho que las notas de débito son constancias unilaterales emanadas de una parte, por lo que no resultan “per se” demostrativas de un crédito (ver esta Sala en*

(95) LA LEY, 134-743.

(96) Autos “Sabino, José c/ Carrefour Argentina S.A. s/ ordinario” del 6 de mayo de 2003 (voto Dr. Bindo B. Caviglione Fraga).

“Kirschbaum c/ Tía SA s/ ordinario” del 19-7-02, ídem esta Sala en “A.E.I.S.A. c/ Tecne Fidas S.A.” del 18-4-95), en el caso de autos no se da el supuesto decidido en esos precedentes —esto es que el acreedor pretende fundar su crédito en uno de esos documentos—, sino que es el deudor quien afirma que la deuda reclamada por su contraparte, con sustento en facturas conformadas, fue disminuida por descuentos operados mediante dichas notas. Y en la especie, cabe puntualizar que las notas de débito eran recibidas contra entrega de las facturas que emitía, indicándose los documentos respecto de los cuales operaban los descuentos previstos en cada nota, así como la causa del débito realizado, verbigracia, por faltantes de mercadería, sobre facturación o diferencia de precios, descuentos acordados, publicidad, etc.. Por ende, cabe considerar que las mentadas notas de débito constituyeron impugnaciones válidas a las facturas reclamadas. La oportuna impugnación de las notas de débito era una diligencia exigible a quien se desempeña en el ámbito del comercio y ante la falta de impugnación entra en juego la previsión de los artículos 918 y 919 del Código Civil”.

El pago de las facturas con aplicación de los descuentos efectuados mediante las mencionadas notas de débito, fue recibido por la acreedora sin efectuar protesta. Por consiguiente, ante la existencia de causa para la realización de los descuentos (artículo 499 del Código Civil), cabe concluir que la recepción de dichos pagos constituyó la extinción del crédito y la liberación del deudor, mediante la satisfacción del interés específico del acreedor de manera definitiva e irrevocable (97). Asimismo, en forma correlativa, dicha liberación tiene un sello definitivo para el deudor y representa un derecho adquirido incorporado a su patrimonio, del cual no puede privárselo sin afectar la garantía de propiedad consagrada en el artículo 17 de la Constitución Nacional (98).

En sentido análogo fue resuelta la causa “Cartex S.A. c/ Cencosud S.A. s/ ordinario” (99), donde se expresó *“De ello se colige que, mientras se mantuvo vigente la relación entre las partes, la actora aceptó tal modalidad de contratación referida a la emisión*

(97) LLAMBÍAS, *Código Civil Anotado*, T. II, p. 573, Buenos Aires, 1979.

(98) CS Fallos 267-212; CCom., sala C “Armando Pérsico c/ Autolatina s/ ordinario” del 24/09/1999, antecedentes citados en el fallo “Sabino; José c/ Carrefour SA” antes mencionado; LLAMBÍAS, *Obligaciones*, T. II, ps. 867 y 934, n° 1533 y 1612 respectivamente, Abeledo Perrot, ed. 1970).

(99) Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 7 Secretaría 13 (causa n° 72932), decisorio del día 27 de diciembre de 2004.

de las notas de débito al momento de efectuarse los pagos, por lo que de tal conducta resulta la directriz interpretativa del contrato que debe aplicarse en la especie ... Por lo demás, la pretensión de la accionante resulta contraria a sus propios actos, en tanto, durante la vigencia de la relación comercial aceptó tal modalidad de pago sin efectuar reserva alguna al respecto ni impugnar las mentadas notas de débito emitidas por la demandada."

La Sala E de Excma. Cámara Comercial, en fallo dictado el 6 de junio de 2007 (expte. 68.562/01), según voto del Dr. Arecha, expresó que "Cartex SA percibió los montos que Cencosud S.A. líquido, inferiores al importe facturado, sin manifestar objeción alguna. Si ello es así, el efecto cancelatorio de la obligación que asumieron esos pagos resultó inexorable, habida cuenta que "...el accipiens no puede pretender que lo pagado no se ajusta a lo debido, si lo ha recibido sin salvedad ni reserva (100). Y es que en ausencia de impugnación, el pago disuelve la obligación liberando de modo irrevocable al deudor (101); en tal contexto, el pago pasa a constituir un derecho adquirido inalterable, respecto del cual no podría volverse sin afectar seriamente el derecho de propiedad consagrada en el artículo 17 de la Constitución Nacional (102). De este modo, si la recurrente consideraba viles los importes abonados o bien improcedentes las deducciones aplicadas sobre los valores facturados, debió expresarlo al tiempo de satisfacerse la obligación, esto es, de modo coetáneo o simultáneo a la recepción de los pagos (103). Adoptar un temperamento contrario, significó liberar a Cencosud de sus obligaciones, extinguiéndolas en virtud de la regla establecida por el artículo 525 del Código Civil y la solución adoptada por el artículo 624 del mismo cuerpo legal, aplicable por vía analógica a todas las obligaciones principales y accesorias (esta Sala, voto del Dr. Ramírez del 27.3.03 y sus citas, *id.* Ramella "La resolución por incumplimiento", ed. 1975, ps. 62/3)". En base a ello descartó que resulte aplicable el artículo 474 tercer párrafo del Código Comercial.

Luego la sentencia hizo referencia al valor del silencio, conducta a la que le asignó el valor de una manifestación tácita de

(100) BORDA, GUILLERMO, *Tratado de derecho civil - Obligaciones*, ed. Perrot, 1994, T. I, ap. 743, p. 548.

(101) LLAMBÍAS, JORGE en "*Tratado de derecho civil - Obligaciones*, ed. Perrot, 1975, T. II-B, ap. 1532, p. 259.

(102) Ver CS, del 20.4.48, LA LEY, 55-186.

(103) CNCom. en pleno del 28.9.94 in re, "Compañía Textil del Plata S.A. c/ Marian Rohr S.A.", LA LEY, 1994-E, 261.

voluntad de conformarse con las remesas efectivamente cumplidas por su contrario (104).

En conclusión, existiendo acuerdo entre la partes y sobre la base del respeto de la autonomía de la voluntad (artículo 1197 del Código Civil), no existen razones para negarles valor a las notas de débito emitidas a lo largo de relación, que no se agota en una operación individual, sino que contempla las que se concretarán durante un extenso período (normalmente se pactan condiciones anuales), tiempo en el que pueden presentarse situaciones (devolución de mercaderías por deficiencias, diferencia de precios, aplicación de multas o descuentos) que justifican que se recurra a ese procedimiento, en la medida que responde a lo que las partes interesadas ya han aceptado como válido.

7. Consideraciones finales. Centros comerciales en la argentina. Incidencia en el mercado laboral y comercial (105)

7.1. Centros Comerciales en la República Argentina

A lo largo y a lo ancho del país existen 92 shopping center —de los cuales 63 forman parte de la Cámara Argentina de Shopping Centers—, que ocupan una superficie cubierta superior a los 3.000.000 de m², incluyendo los estacionamientos cubiertos.

A solo título de ejemplo mencionamos que en la Ciudad de Buenos Aires se encuentran el Abasto Shopping, Alto Palermo Shopping, Buenos Aires Design, Factory Parque Brown, Galería Güemes, Galerías Pacífico, Portal Palermo Shopping, Paseo Alcorta, Village Recoleta, Patio Bullrich, Dot Baires.

En la Provincia de Buenos Aires mencionamos a Unicenter, Las Palmas del Pilar Shopping, Los Gallegos Shopping, Nordelta Centro Comercial, Factory Quilmes, Factory San Martín, Village Pilar, Pilar Point, Plaza Oeste Shopping.

En Córdoba a Patio Olmos, Paseo Rivera Indarte, Barranquitas Plaza, Dinosaurio Mall, Espinosa Mall, Martinoli Mall Carrefour, Paseo Villa María.

(104) CIFUENTES, SANTOS, *Código Civil y leyes complementarias*, ob. dirigida por Belluscio, Augusto y coordinada por Zannoni, Eduardo, ed. Astrea, 1988, T. 4, p. 135.

(105) Fuente: página web de la Cámara Argentina de Shopping Centres: www.casc.org.ar; Perfil - 30/01/2010.

En Santa Fe y Rosario, Portal Rosario Shopping, Estación Recoleta, La Ribera Shopping, Palace Garden Centro Comercial; en Mendoza Portal Los Andes Shopping; en Neuquén Portal Patagonia Shopping; en San Carlos de Bariloche Shopping Las Terrazas y Shopping Patagonia; en San Juan Patio Alvear; en Tucumán Portal Tucumán Shopping, Solar del Cerro, Terminal Shopping, Yerba Buena Shopping.

En los centros comerciales hay un total de 6.447 locales comerciales y 1.373 stands.

7.2. Incidencia en el mercado laboral

La actividad comercial que se realiza en los centros comerciales incide notablemente en la generación de puestos de trabajo.

El entramado de relaciones que produce el sistema, conforme surge de lo expuesto en los capítulos anteriores, determina que parte los trabajos sean realizados por empleados propios de los shoppings, otros por servicios tercerizados (por ejemplo seguridad, limpieza) y los restantes dependen de los usuarios de los locales comerciales que desarrollan sus actividades en los centros comerciales

Conforme información suministrada por la Cámara Argentina de Shopping Centers, el total de personas ocupadas asciende a 44.000, en números redondos, de los cuales el 70% —también en números redondos— se desempeñan como empleados en los locales y el restante porcentaje, en partes iguales, son empleados propios del shopping o pertenecen a la planta de los servicios contratados.

7.3. Incidencia en el mercado comercial

El market share del total de la venta minorista asciende al 18%.

Según información suministrada por el Instituto Nacional de Estadística y Censos dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas, publicada el 25 de enero de 2010, en el mes de diciembre de 2009 la Encuesta de Centros de Compras (Shopping Centers) relevó 32 centros de compras. De ellos 17 se encuentran ubicados en la Ciudad de Buenos Aires y los 15 restantes, en el conurbano bonaerense.

Las ventas a precios corrientes en diciembre de 2009 alcanzaron los 1.112,8 millones de pesos, lo que significa un incremento del 47% en relación al mes anterior y una suba del 21% con respecto a igual mes del año anterior. La variación interanual de las ventas de los primeros doce meses de 2009 registró un aumento del 12,7% respecto a igual período del año anterior.

No podemos dejar de hacer mención a un fenómeno que se está produciendo y que es el incremento de las salas de cine en los centros comerciales, que en cuatro años se duplicaron en la Ciudad de Buenos Aires.

Los últimos datos oficiales que dispone la Ciudad, reflejan un cambio en la tendencia de los porteños y visitantes que consumen las vastas actividades culturales locales. En cuatro años, la cantidad de espectadores que concurrió a cines en shoppings center aumentó un 41%, mientras que desde 2005 al año pasado, la cantidad de salas de cine en esos centros de compras se incrementó un 88%.

Un informe del área de Estudios e Investigación del Sindicato de la Industria Cinematográfica Argentina (SICA) de 2008 establece que "en tan sólo cuatro años la totalidad del público que concurrió a las salas cinematográficas de nuestro país descendió un 24,27% (de cada cuatro espectadores en 2004, concurren tres en 2008, con una pérdida de 10.803.122 espectadores).

El gran crecimiento de consumo de la piratería (gran parte de los 75 millones de DVD que se importan van al mercado pirata) y el consumo casero, son otras de las razones que rivalizan con el crecimiento de la asistencia a las salas. Hoy existen más ventanas que antes para ver películas. Un ejemplo es la oferta de canales premium del cable, estrenos del abono básico, los pirateados que ofrecen los videoclubes y, además, la tecnología en los hogares, como los equipos de home theater, pantallas LCD o el sistema de alta definición, que tienen alta calidad tecnológica.

Las estadísticas de la Ciudad siguieron ese mismo sentido. El número total de espectadores se redujo en un 14,4% entre el 2005 y 2008 (de 11.600.923 espectadores pasaron a 9.923.000, respectivamente).

Sin embargo, el dato llamativo fue el incremento de espectadores que concurrieron a salas de shoppings, de 3.891.000

(33,6%) en 2005 ascendieron a 5.623.000 espectadores en 2008, un (56,7%). Así lo establece un informe del Centro de Estudios para el Desarrollo Económico Metropolitano (CEDEM).

Respecto de este cambio en el comportamiento de los espectadores esta fuente ha señalado que se está unificando el cine con el entretenimiento. La gente va a los shoppings y consume otros servicios, como merchandising, comida, ropa y, de paso, va al cine. También escogen los cines de los centros de compras por comodidad y tecnología. Además, el shopping es un ámbito más seguro que los cines de barrio y por ese motivo se concentran muchos adolescentes.

Hay datos fácticos que hablan por sí solos sobre el comportamiento de la demanda de los vecinos de la Ciudad de Buenos Aires. Entre el 2005 y el 2009 se abrieron 29 nuevas salas en shoppings centers, mientras que, según datos del INCAA, la cantidad de pantallas totales de la metrópolis porteña es de 189 y no se modificó en esos años. Lo cual podría explicarse con el cierre de algunos cines a la calle y la equiparación con la apertura de nuevas salas en centros de compras.