

La fusión o escisión del preponente como causal rescisoria del contrato de agencia

Leonardo David Balduzzi

Sumario

En la regulación sobre el contrato de agencia, el Código Civil y Comercial prevé como regla la continuidad del vínculo ante la fusión o escisión de alguna de las partes. No obstante ello, el régimen también consagra una causa de rescisión legal en favor del agente, a saber: la fusión o escisión del preponente que causa un detrimento sustancial su posición. Se trata de un interesante y novedoso dispositivo a nivel comparado, el cual que se enrola en el marco de una dinámica de protección al agente mercantil como parte débil de la relación jurídica. Dicha causal rescisoria nos propone el desafío de analizar los mecanismos de reorganización societaria o de la persona jurídica (fusión o escisión) desde la óptica de los sujetos que mantienen vínculos contractuales con la persona jurídica que participa en los mencionados procesos.

I. Introducción

En la legislación comparada,¹³⁴ ante la fusión o escisión del preponente, la preocupación estuvo centrada en confirmar la continuidad del contrato de agencia. Nuestro régimen consagra idéntica solución ya que de modo expreso se prevé la subsistencia del contrato pese a la disolución de la persona jurídica por fusión o escisión (art. 1494, inc. b, CCC¹³⁵). Ahora bien, el CCC también

¹³⁴ Decreto-Ley hondureño n° 549 sobre Representantes, Distribuidores y Agentes de Empresas Nacionales y Extranjeras (art. 16), art. 4, inc. h, de la ley costarricense n° 6209 del 9 de Marzo de 1978 sobre Protección al Representante de Casas Extranjeras (texto según ley n° 6333 del 7 de Junio de 1979).

¹³⁵ Código Civil y Comercial de la Nación.

le concede al agente una llave de escape para dejar sin efecto el contrato si la fusión o escisión del preponente lo perjudica.

Dice el art. 1496 del CCC: “Fusión o escisión. El contrato se resuelve si la persona jurídica que ha celebrado el contrato se fusiona o se escinde y cualquiera de estas dos circunstancias causa un detrimento sustancial en la posición del agente. Se deben las indemnizaciones del artículo 1497 y, en su caso, las del artículo 1493.” El citado artículo contiene, pese a su espantosa redacción, un interesante y novedoso supuesto de rescisión legal en favor del agente. De él nos ocuparemos en esta ponencia.

II. Caracterización

Comienza diciendo el art. 1496 del CCC: “El contrato se *resuelve* si...”¹³⁶ He aquí el primer tropezón del codificador. En nuestra opinión se trata de una hipótesis de rescisión legal y no de resolución. Es decir: la ley faculta a una de las partes -al agente, en este caso- a dejar sin efecto el contrato para el futuro si se verifica el supuesto de hecho previsto por la norma (conf. art. 1077, CCC).

Pero también, vale destacarlo, el codificador introdujo un importante cambio respecto del Proyecto de 1998. Conforme el antedicho proyecto, “en los casos de fusión o escisión de *cualquiera de las partes* el contrato se resuelve si como consecuencia de ella se produce un cambio substancial en sus condiciones.” (art. 1376, 3º párr., primera parte);¹³⁷ por el contrario, el art. 1496 del CCC únicamente le confiere al agente el ejercicio de la facultad rescisoria. En efecto, los agentes podrían emplear la fusión o escisión como estrategia para lograr un mayor poder de negociación frente a sus preponentes. Creemos que es una saludable solución que opera en beneficio del agente como parte débil de la relación contractual.

Por lo demás se trata de un dispositivo que no puede modificarse vía contractual en perjuicio del agente (conf. art. 988, inc. b, CCC). Así pues, sería nula una cláusula que prohíba, limite o condicione la facultad del agente de dejar sin efecto el contrato por fusión o escisión del preponente; o bien aquella que atribuya dicha prerrogativa al preponente en caso de fusión o escisión del agente.

¹³⁶ La bastardilla es nuestra.

¹³⁷ La bastardilla es nuestra.

III. Presupuestos

La primera parte del art. 1496 del CCC establece los tres presupuestos o recaudos de procedencia para hacer operar la resolución *-rectius-*: rescisión-del contrato. Ellos son:

- i) Fusión o escisión del preponente.
- ii) Perjuicio al agente.
- iii) Relación de causalidad.

III.1. Fusión o escisión del preponente

Lo primero que debe ocurrir es que el preponente se fusione o escinda. Ello quiere decir el art. 1496 del CCC cuando reza: "...si la persona jurídica que ha celebrado el contrato se fusiona o escinde..." Varios tópicos para analizar en torno a este requisito.

Por lo pronto, la construcción del pasaje se hace pasible de numerosos reparos:

i) En primer lugar, la designación del sujeto que debe fusionarse o escindirse es harto confusa -mejor aún: inexistente-; ello, pues termina deduciéndose de la imposibilidad que sea el agente porque importaría alegar su propia torpeza.

ii) En segundo lugar, la referencia a la persona jurídica es una perogrullada: al menos por ahora son las únicas que pueden unificarse o desdoblarse.

iii) En tercer lugar, la aclaración que hace la norma respecto de la persona jurídica *-id est-*: "...que ha celebrado el contrato..."- es desafortunada ya que no necesariamente tiene que ser así; ¿o acaso el art. 1496 del CCC no aplica cuando el preponente que se fusiona o escinde es cesionario de posición contractual?

Conclusión: es el preponente quien tiene que fusionarse o escindirse para que la otra parte -es decir: el agente- gatille la rescisión del contrato.

Veamos ahora en qué consiste la fusión y escisión.

En pocas palabras podríamos decir que se trata de mecanismos de reestructuración societaria que tienen por finalidad última la concentración de empresas¹³⁸. Aunque vale la siguiente anotación: dichos institutos ya no perte-

¹³⁸ OTAEGUI, Julio C, *Fusión y escisión de sociedades comerciales*, Ábaco, Buenos Aires, 1981, p. 23.

necen con exclusividad al ámbito de las sociedades comerciales en tanto que ahora, sin dudas, otras personas jurídicas -v. gr.: asociaciones civiles, simples asociaciones, fundaciones, etc.- también podrán fusionarse o escindirse con similares propósitos (conf. art. 162, CCC).

OTAEGUI escribe que “la fusión como institución propia del derecho de las personas jurídicas se caracteriza por implicar la unificación de dos o más personas jurídicas en una sola.”¹³⁹ A ello añadimos que constituye un instrumento de reorganización empresarial, que puede tener múltiples finalidades¹⁴⁰ y que ha adquirido un interesante desarrollo en las últimas décadas.¹⁴¹

La fusión admite dos modalidades:

- fusión propia -por consolidación, integración o constitución-: tiene lugar cuando “...dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para constituir una nueva...” (art. 82, 1º párr., primera parte, LGS);

- fusión impropia -por incorporación o absorción-: es cuando “...una ya existente incorpora a una u otras, que sin liquidarse son disueltas.” (art. 82, 1º párr., segunda parte, LGS).

En este orden de ideas, VÁSQUEZ DEL MERCADO entiende que la fusión es “la reunión de dos o más patrimonios sociales, cuyos titulares desaparecen

¹³⁹ OTAEGUI, Julio C, *Fusión y escisión...*, p. 39.

¹⁴⁰ “En general, los objetivos estratégicos que suelen alcanzar la utilización de fusiones y adquisiciones se relacionan con la generación de operaciones más rentables en la combinación de empresas (evitando superposiciones ineficientes), con la expansión del mercado geográfico de los productos de una empresa (incluso llegando a lugares con culturas diferentes) o también con la diversificación de nuevas categorías de productos (cubriendo segmentos de mercados nuevos o relacionados). También se procura un rápido acceso a nuevas tecnologías o a otros recursos y capacidades empresariales (v.gr., capacidades técnicas, investigación y desarrollo, estructuras directivas, etc.) o facilitar la mutación en una nueva industria o actividad empresarial. Por ello, las fusiones, las escisiones, y las reorganizaciones empresariales en general, son herramientas que complementan una adecuada dinámica de los negocios y permite re-estructurar societariamente una determinada empresa, generando ciertas ventajas y adaptando la forma societaria (estatutos, clases de acciones, capitales, administradores, etc.) al negocio integrado.” (MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Fusión y reorganización de sociedades”, LL 2015-B, 143).

¹⁴¹ “Para las empresas, las fusiones y otras reestructuraciones se han convertido en un elemento normal, por no decir trivial, de la gestión. Antaño eran consecuencia de una gestión poco previsoras o defectuosas; la absorción de una empresa por otra cobraba un carácter excepcional y dramático. Era la señal de un fracaso, de una quiebra. En la actualidad aparece como un episodio casi normal en el mundo de los negocios. Más aún: se ha convertido en una herramienta de gestión.” (EGG, Georges, *La fusión de empresas. Técnicas y pasos a seguir*, Deusto, Madrid, 1993).

para dar nacimiento a uno nuevo, o cuando sobrevive un titular éste absorbe el patrimonio de todos y cada uno de los demás; en ambos casos el ente está formado por los mismo socios que constituían los entes anteriores y aquellos reciben nuevo títulos en sustitución de los que poseían”¹⁴².

La fusión se caracteriza por las siguientes notas:¹⁴³

- produce la unificación de dos o más sociedades en virtud un convenio de fusión que expande sus efectos sobre las respectivas sociedades, sus socios y los terceros;

- agrupa los socios de todas las sociedades fusionantes en la sociedad fusionaria, recibiendo los socios de las sociedades que desaparecen las partes sociales correspondientes en contraprestación de las que se cancelan;

- disuelve todas las sociedades fusionantes en la consolidación y todas las sociedades incorporadas en la incorporación;

- ausencia de liquidación de las sociedades disueltas;

- produce la transmisión total y a título universal de los patrimonios de las sociedades disueltas a la sociedad fusionaria.

De todos los efectos que acarrea la fusión, el más importante -“el elemento característico de la fusión”, según VÁSQUEZ DEL MERCADO¹⁴⁴- es la transmisión patrimonial a título universal que opera entre las sociedades fusionantes disueltas y la nueva sociedad o la incorporante, según sea el caso.¹⁴⁵ De allí que se afirme que la fusión es un tipo de sucesión *in universum ius*.¹⁴⁶ Y así lo dispone la LGS: “La nueva sociedad o la incorporante adquiere la titularidad de los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas, produciéndose la transferencia total de sus respectivos patrimonios al inscribirse en el Registro Público de Comercio el acuerdo definitivo de fusión y el contrato o estatuto de la nueva sociedad o el aumento de capital que hubiere tenido que efectuar la incorporante.” (art. 82, 2º párr.).

142 VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar, *Fusión de sociedades mercantiles*, Porrúa, México D. F., 1950, p. 21.

143 OTAEGUI, Julio C, *Fusión y escisión...*, p. 42 y 43.

144 VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar, ob. cit, p., 67.

145 Ya lo decía el maestro Garrigues: “La fusión es la transmisión del patrimonio entero de una sociedad a otra, a cambio de acciones que entrega la sociedad que recibe ese patrimonio” (GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, t. 1, Ed. S. Aguirre, Madrid, 1936, p. 322).

146 COLOMBRES, Gervasio R., *Curso de Derecho Societario. Parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 189.

Ahora bien, ¿cómo juega esta transmisión patrimonial respecto del contrato de agencia? Debemos distinguir tres supuestos:

i) Preponente fusionante por consolidación: la relación jurídica contractual se trasmite a la nueva sociedad.

ii) Preponente sociedad incorporada: la relación jurídica contractual se trasmite a la sociedad incorporante.

iii) Preponente sociedad incorporante: conserva sus relaciones contractuales y adquiere las que estaban en cabeza de las sociedades incorporadas.

De este modo, en las hipótesis **i)** y **ii)** se produce la transmisión del contrato de agencia a un nuevo preponente, operando la novación subjetiva por cambio de deudor sin la exigencia del consentimiento del acreedor prescripta por el art. 936 del CCC¹⁴⁷.

En cuanto a la escisión se ha dicho que “estriba fundamentalmente en el desdoblamiento de una persona jurídica con el reparto de su patrimonio entre varias personas jurídicas”¹⁴⁸. La escisión puede asumir diversas modalidades:¹⁴⁹

- escisión-fusión por incorporación: es cuando “una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para fusionarse con sociedades existentes...” (art. 88, inc. I, LGS);

- escisión-fusión para la constitución singular: tiene lugar cuando una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para participar con otras ya existentes en la creación de una nueva sociedad (arg. art. 88, inc. I, LGS);

- escisión-fusión para la constitución plural: aquí pues, una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para participar con otras ya existentes en la creación de dos o más nuevas sociedades (arg. art. 88, inc. I y II, LGS);

- escisión propia: supuesto en el que “una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para constituir una o varias sociedades nuevas.” (art. 77, inc. II, LGS);

- escisión-división -o transformación-: ocurre cuando “una sociedad se disuelve sin liquidarse para constituir con la totalidad de su patrimonio nuevas sociedades.” (art. 88, inc. III, LGS).

¹⁴⁷ OTAEGUI, Julio C., ob. cit., p. 91.

¹⁴⁸ OTAEGUI, Julio C., ob. cit., p. 24.

¹⁴⁹ RICHARD, Efraín H. - MUIÑO, Orlando M., *Derecho societario*, t. 2, Astrea, Buenos Aires, 2007, ps. 278 y 279.

Como se advierte, la escisión siempre entraña un desglose del patrimonio de la sociedad escidente y únicamente en el caso de escisión-división se produce la disolución y trasmisión a título universal de una parte alícuota del patrimonio social hacia las nuevas sociedades.

¿Cómo opera la escisión en relación al contrato de agencia? En la hipótesis de escisión-división de la sociedad preponente, el contrato de agencia se transferirá a alguna de las nuevas sociedades produciéndose la mentada novación subjetiva por cambio de deudor; en todas las otras modalidades de escisión, la relación jurídica contractual se mantendrá en cabeza de la preponente sociedad escidente.

III.2. Perjuicio al agente

El segundo presupuesto consiste en el perjuicio que experimenta el agente producto de la fusión o escisión del preponente. Dice el art. 1496 del CCC: "...detrimento sustancial en la posición del agente."

Cuando la fusión del preponente implica la trasmisión del contrato de agencia a la sociedad fusionaria *-id est:* preponente sociedad fusionante por consolidación o preponente sociedad incorporada-, en principio, ninguna modificación se produce respecto de la relación traspasada.¹⁵⁰ Digamos que, más

¹⁵⁰ En este sentido se ha dicho: "La sucesión patrimonial que acontece con la fusión a título universal tiene como efecto principal que la sociedad absorbente o fusionante adquiere la titularidad de todos los activos y pasivos de las sociedades que se han disuelto por efecto de la fusión. Las relaciones contractuales vigentes, siguen siéndole, con la única diferencia que se ha producido una novación subjetiva del deudor; los contratos siguen siendo los mismos, las fechas de vencimientos siguen siendo las mismas y rigen todas las demás cláusulas contractuales que pudieran existir entre los terceros que han contratado y las sociedades ahora disueltas, respecto de las cuales la sociedad incorporante es la nueva titular de esos derechos y obligaciones." (GRISPO, Jorge D., "Fusión de sociedades comerciales", LL 2004-F, 1356). El jurista azteca Vásquez del Mercado ya lo expresaba con total claridad: "Las relaciones jurídicas de las sociedades pasan a la nueva o subsistente, sin que ninguna de ellas deba darse por concluida por el solo hecho de la fusión. Si se admite que un ser moral puede aportar la integridad de su patrimonio a otro ser moral, lo que constituye el principio mismo de la fusión, no debe admitir ni el vencimiento de término, ni reembolso anticipado, ni resolución del contrato. El beneficio del término es parte integrante del contrato celebrado en otro tiempo por la sociedad absorbida. El patrimonio de la sociedad absorbida es precisamente el conjunto de contratos que ha celebrado. Si este patrimonio se amalgama con otro patrimonio social, todas las cargas y ventajas pasan íntegras." (VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar, ob. cit, p. 70).

allá del cambio de preponente, el agente tendrá igual régimen de remuneración, plazos, indemnizaciones, etc. No obstante es posible que la otra sociedad -es decir: la consolidante o incorporante, según estemos ante una fusión por consolidación o incorporación- tenga agentes que actúen en igual rubro, zona geográfica o grupo de personas que los agentes del preponente fusionante. En tal caso, la fusión impacta de modo directo sobre un elemento esencial del contrato como lo es el derecho de exclusividad en favor del agente (art. 1480, CCC). Ahora bien, ello no implica necesariamente un detrimento en la posición del agente y corresponde que sean analizadas todas las particularidades que rodean el caso. En resumen: el agente no puede rescindir el contrato en los términos del art. 1496 del CCC -ni mucho menos resolverlo por incumplimiento- con argumento en la mera alteración del derecho de exclusividad; además es menester que tal modificación redunde en un detrimento sustancial a su posición.

Lo propio ocurre cuando el preponente es sociedad incorporante. En tal supuesto, la sociedad incorporada se suma al club con sus respectivos agentes y se producen iguales resultados a los recién vistos. El agente podría experimentar aquí un perjuicio aún sin necesidad del traspaso de la relación jurídica contractual; ello lo explica la nota de alteridad que caracteriza el derecho de exclusiva.

Cuando la sociedad preponente se escinde -cualquiera sea la modalidad de escisión adoptada- se produce un achicamiento en términos patrimoniales y de organización. En ese contexto podría suceder que disminuyan o varíen los negocios que promueve el agente como resultado del desdoblamiento verificado.

El perjuicio que experimenta el agente ha de ser sustancial. Esto significa, *a contrario sensu*, que el agente está obligado a soportar ciertas alteraciones en su posición derivadas de la fusión o escisión del preponente en la medida que sean tolerables, leves o afecte aspectos secundarios del contrato. Además de sustancial es menester que el daño sea cierto y no puramente eventual o hipotético (arg. art. 1739, CCC).¹⁵¹

III.3. Relación de causalidad

Por último es preciso que exista relación de causalidad entre la fusión o escisión del preponente y el detrimento sustancial en la posición del agente. Lo expresa claramente el art. 1496 del CCC al decir "...y cualquiera de estas dos circunstancias causa..." Dicho nexo de causalidad debe ser adecuado (arg. art. 1726, CCC).

¹⁵¹ Conf. ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, Ed. Lerner, Córdoba, 2011, p. 67.

IV. Funcionamiento

¿Desde qué momento el agente está habilitado a rescindir el contrato? A partir que se practiquen las correspondientes inscripciones en el Registro Público (conf. arts. 84 y 88, inc. 6, LGS). Mientras ello no ocurra, el procedimiento de fusión o escisión no culmina y faltará uno de los presupuestos necesarios para articular la rescisión del contrato.

Ahora bien, para la confirmación del segundo presupuesto -esto es: el perjuicio al agente- requerirá que el agente aguarde la ejecución del contrato bajo el nuevo escenario durante un tiempo prudencial. En otras palabras: nos parece arriesgado gatillar la rescisión antes que el detrimento se actualice.

¿Hay un *dies a quem* para ejercer esta facultad rescisoria? Creemos que no. El agente puede gatillar la rescisión en cualquier tiempo siempre y cuando subsista el perjuicio al agente. Varios argumentos respaldan esta tesis, a saber:

i) El art. 1496 del CCC no establece plazo alguno; luego, no puede crearse un plazo de caducidad por vía interpretativa.

ii) Si admitiéramos que la facultad de rescindir el vínculo debe articularse dentro de un tiempo prudencial después de efectivizada la fusión o escisión del preponente, el preponente siempre argüirá que el contrato fue mal rescindido porque la otra parte aceptó continuar en las condiciones planteadas con posterioridad a la fusión o escisión. De este modo, el agente se hallaría siempre entre la espada y la pared: si se apura rescinde mal, si espera la comprobación del perjuicio rescinde tarde.

iii) No vemos ningún inconveniente en que el agente continúe ejecutando el contrato luego de la fusión o escisión del preponente. Lo único que importa para rescindir el contrato es que subsista el perjuicio al agente.

V. Modo en que opera la rescisión

Dos alternativas caben al respecto:

i) que la extinción del contrato se produzca de pleno derecho con la respectiva comunicación cursada al preponente (conf. art. 1078 inc. a, b y f, CCC);

ii) que el agente articule una demanda judicial con la pretensión rescisoria (conf. art. 1078, inc. b, CCC).

VI. Efectos

La segunda parte del art. 1496 del CCC se ocupa de los efectos al disponer que “se deben las indemnizaciones del artículo 1497 y, en su caso, las del

artículo 1493.” Por un lado, todo indicaría que el agente tiene derecho a la compensación por clientela y la reparación de todo el perjuicio patrimonial y moral que le ocasione la ruptura del contrato (conf. art. 1497 y 1498, CCC). Por otra parte es inexplicable que se reenvíe a un artículo donde trata los derechos indemnizatorios derivados de la rescisión unilateral del contrato sin preaviso; en la hipótesis del art. 1496 del CCC nadie tiene que preavisar nada: ni el preponente que se va a fusionar o escindir, ni mucho menos el agente que quiere rescindir el contrato. La única interpretación razonable es entender que la norma contempla el daño material lucro cesante sufrido por el agente como consecuencia de la fusión o escisión del preponente.

VII. Conclusiones

i) La fusión o escisión del preponente habilita al agente a gatillar la rescisión del contrato.

ii) Se trata de un dispositivo no puede modificarse por las partes en detrimento del agente.

iii) La fusión o escisión del preponente, el perjuicio al agente y la relación de causalidad son los presupuestos o requisitos condicionantes de este supuesto de rescisión legal.

iv) El agente podrá rescindir el contrato desde que se encuentre inscripta la fusión o escisión en el Registro Público.

v) No hay *dies a quem* para rescindir el contrato; el agente podrá hacerlo en cualquier tiempo siempre que el perjuicio subsista.

vi) El agente puede extinguir el contrato mediante una comunicación cursada al preponente o articulando la correspondiente demanda rescisoria.

vii) Operada la rescisión, el agente tiene derecho a la compensación por clientela y la reparación de todo el perjuicio patrimonial y moral que le ocasione la ruptura del contrato.