

# El pacto de garantía de indemnidad y la obligación de repetir contra el dador de la garantía: dos casos sumamente interesantes de la sala D.



Por:  
**Pablo Augusto Van Thienen**  
Director académico

# El pacto de garantía de indemnidad y la obligación de repetir contra el dador de la garantía: dos casos sumamente interesantes de la sala D.

Por: Pablo Augusto VAN THIENEN

Comentario correspondiente a los encuentros de debate de jurisprudencia mercantil, laboral y tributaria que mensualmente se llevan a cabo en el **CEDEF Law & Finance**.

## **Abstract.**

La sala D de la CN Comercial ha dictado veredicto en los casos “*Tevycom Fapeco*” y “*Rey Armando*”.

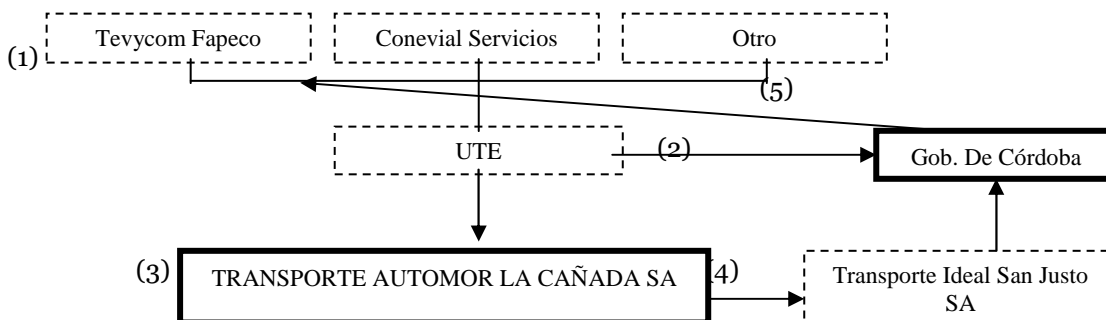
Ambos fueron resueltos durante el ejercicio 2010 con sólo tres meses de distancia el uno del otro y, en mi opinión, merecen ser destacados por las siguientes razones: (i) ambos precedentes tratan sobre operaciones de transferencia de paquetes accionarios, (ii) ambos buscan definir la naturaleza jurídica de este tipo de pactos, (iii) ambos buscan definir el daño concreto como elemento necesario para que opere la indemnidad y (iv) los efectos prácticos de ambos precedentes frente al beneficiario de la indemnidad, el dador de la garantía y los terceros.

Este último aspecto luce, en mi opinión, como el más trascendente pues nos invita a reflexionar sobre la certeza o no de ambos precedentes y la incertidumbre que generan ambos precedentes frente al pacto de indemnidad.

A continuación una breve síntesis de ambos casos con descripción de los hechos y el derecho aplicado por el Tribunal para fundar su decisión:

## I. El caso *Tevycom Fepaco*.

### PACTO DE INDEMNIDAD



(1) *Tevycom Fapeco*, *Conevia Servicios* y otros constituyen la UTE para la licitación del servicio de transporte público de pasajeros. Los socios firman un convenio de accionistas en el se comprometen a constituir una futura SA destinada a la explotación del servicio

(2) La UTE celebra contrato de prestación de servicios con el estado provincial. Los integrantes de la UTE extienden la GARANTIA DE CUMPLIMIENTO.

(3) Luego de obtenida la adjudicación de la licitación se constituye *Transportes Automor la Cañada SA* con los miembros integrantes de la UTE.

(4) Las acciones de *TA La Cañada SA* son cedidas en forma gratuita a *Transporte Ideal San Justo SA*.

(5) Frente al incumplimiento de ciertas obligaciones bajo el contrato, el ente comitente ejecuta la GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO.

09.03.01	10.03.01	5.06.01	21.06.01	29.12.01	15.02.02	14.05.02
(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)

1. Se firma convenio de accionistas con el objetivo de formar la UTE y una Joint Venture Corporation.

2. Se crea la UTE.
3. Se firma contrato de concesión de servicio.
4. Tevycom y Conevial firman un “Convenio complementario de participación empresarial” destinado a reglar sus respectivas relaciones internas: Cláusulas de indemnidad de Conevial a favor de Tevycom con motivo de la GARANTIA DE CUMPLIMIENTO.
5. Crean Transporte La Cañada SA.
6. Ceden el 100% de la tenencia accionaria de la Cañada SA a Ideal San Justo SA. La cesión es GRATUITA.
7. El ente comitente rescinde contrato de concesión y ejecuta la GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO.

#### EL PACTO DE INDEMNIDAD:

“...Conevial, una vez adjudicada la concesión y como paso previo a la constitución de la sociedad anónima que operará la concesión, desea liberar a Tevycom de...las demás responsabilidades emergentes de la adjudicación de la concesión a la UTE de la cual son integrantes las partes y del funcionamiento de la sociedad anónima que operará la concesión y en la cual Tevycom será accionista fundador. La presente no implicará en forma alguna desobligar a Tevycom de las obligaciones que en forma solidaria ha asumido frente a la autoridad concedente, ni que la presente constituya en forma alguna una cesión de derechos que pudiera quedar prohibida por los términos y condiciones de la concesión (...) Finalmente, Conevial desea mantener totalmente indemne a Tevycom por cualesquiera responsabilidades, obligaciones, multas, penalidades, aportes gastos y obligaciones de cualquier otra naturaleza que sean y que le pudieran ser exigidas por la autoridad concedente, la sociedad anónima o terceros, como consecuencia de haber asumido el carácter de obligado solidario frente a dicha autoridad y/o por ser adjudicatario o accionista de la sociedad anónima operadora de la concesión...”-

“...a partir de la suscripción del presente Convenio y hasta la completa y total finalización de la concesión o cualesquiera obligaciones originadas en la misma, en todo lo que tenga...de alguna u otra manera hacer frente a responsabilidades emergentes de la concesión, del contrato de UTE o de la sociedad anónima a ser constituida para operar la concesión, así como responsabilidades frente a terceros, Tevycom quedará deslindada frente a Conevial de dichas responsabilidades u obligaciones, *debiendo concurrir Conevial a hacer frente a dichas responsabilidades u obligaciones por Tevycom ...*”-

A. EL RECLAMO DE TEVYCOM: Demanda a Conevial cumplimiento de obligación de indemnidad.

Tevycom fue demandada por el ente comitente, poseía más de 600 juicios laborales en su contra promovidos por los choferes de ómnibus y se había presentado en concurso preventivo de acreedores.

B. LA DEFENSA DE CONEVIAl: Se cedieron las acciones de Transporte la Cañada SA y Transporte Ideal San Justo SA mediante el cual se pactó lo siguiente: “...La cesión o transferencia de acciones ... incluye la totalidad de los derechos políticos y patrimoniales comprendidos en los títulos accionarios, como motivo de la licitación del transporte masivo de pasajeros por automotor de la Municipalidad de la ciudad de Córdoba, ... el contrato de concesión pública suscripto con el municipio, *la garantía de cumplimiento del contrato* por dicha concesión y las obligaciones derivadas del funcionamiento de la sociedad Transporte Automotor La Cañada Sociedad Anónima...”

B. 1º INSTANCIA: Niega la demanda bajo los siguientes argumentos:

- 1) Tevycom no acreditó que estuviera obligada a afrontar pago alguno, ni el reconocimiento judicial o extrajudicial de deudas.
- 2) No ha ocurrido el presupuesto necesario para que funciones la garantía de indemnidad.
- 3) Admitir la demanda sería como dictar una sentencia abstracta: habilitar a Tevycom a eximirse anticipadamente de responsabilidades por obligaciones futuras.

## **EL CRITERIO DE LA SALA D:**

### **A. Efectos jurídicos de la cesión de acciones frente al pacto de indemnidad:**

1. **DEUDORES SOLIDARIOS (Art. 689.1 C.c):** El “pacto de garantía de indemnidad” representó un contrato entre deudores solidarios para llenar los fines previstos por el art. 689, inc. 1º, C.c. para arreglar en sus relaciones internas y el modo en que sería soportada la deuda entre ellos.
2. **SOLIDARIDAD FRENTE A TERCEROS:** Aunque se acepte que las responsabilidades y deudas que correspondían a las tres sociedades integrantes de la UTE pasaron a estar en cabeza de la sociedad anónima que ellas constituyeron, no quiere decir ello que, como consecuencia de tal cosa, quedaron automáticamente desobligadas frente a la autoridad concedente y terceros vinculados. Es más: ni siquiera puede decirse que la responsabilidad solidaria e ilimitada que tenían como integrantes de la UTE se hubiera perdido por haber ellas asumido la condición de accionistas de Transporte Automotor La Cañada S.A.
3. **CONSENTIMIENTO EXPRESO DEL TERCERO:** Tanto para la autoridad concedente como para los otros terceros acreedores pasaron a tener un nuevo deudor (La Cañada SA), pero sin correlativamente perder como deudores a título personal a las integrantes de la UTE quienes se mantuvieron responsables por las deudas anteriores a tal constitución societaria en la misma condición solidaria e ilimitada que tenían. No se ha acreditado que los acreedores hubieran consentido (expresa o tácitamente) ninguna extinción o modificación de tal responsabilidad. Imprescindible para obtener cualquier liberación de la responsabilidad solidaria e ilimitada (art. 75 LSC).
4. **CESIÓN GRATUITA DE ACCIONES. INOPONIBILIDAD. Y PACTO DE INDEMNIDAD:** La cesión gratuita no pudo hacer desaparecer la responsabilidad solidaria e ilimitada de los accionistas de La Cañada SA (cedentes). Las cesiones gratuitas se rigen por las normas de la donación (art. 1437 del Código Civil). El donatario (Transporte Ideal San Justo SA) no está obligado a pagar las deudas del donante si a ello no se hubiera obligado mediante “pacto expreso”. Y aunque en este caso se admitiera que, por hipótesis, tal “pacto expreso” quedó de alguna manera reflejado en el contrato de cesión, lo cierto es que el acuerdo es res inter alios (arts. 1195 y 1199 del Código Civil). Tales acreedores, en efecto, conservan la posibilidad de dirigirse contra el o los transmitentes (parte cedente) para perseguir el cobro respectivo, toda vez que el aludido “pacto expreso” no les es oponible.

### **B. Necesidad de perjuicio concreto para hacer operativa la garantía.**

1. **OPERATIVIDAD DE LA GARANTÍA. INTERPRETACIÓN LITERAL DEL PACTO:** Del referido “pacto de garantía de indemnidad” observo que su operatividad no se condicionó a la prueba o acreditación de los hechos y/o circunstancias referidas por el fallo apelado. Conevial se obligó a mantener indemne a Tevycom, sin más requisitos, por deudas “...que le pudieran ser exigidas...” Para hacer funcionar la indemnidad las partes entendieron suficiente la presencia de algún reclamo *no requiriéndose a ese efecto ni la prueba de haber pagado la actora previamente las deudas respectivas, ni la acreditación de algún reconocimiento judicial de tales deudas o la de su carácter no litigioso*. Nada de esto último resulta textualmente del citado acuerdo.
2. **GARANTIA DE INDEMNIDAD Y SEGURO DE RC:** Este tipo de garantías son operativas sin necesidad de que previamente el garantizado pague las deudas y repetir contra quien debe mantenerlo indemne. Los pactos de indemnidad funcionan de modo análogo a un seguro de responsabilidad civil cuyo objetivo es el de subsanar el impacto que sobre el patrimonio del asegurado tendrá la deuda como consecuencia de su contingente responsabilidad civil. Y así como el deber del asegurador es mantener indemne al asegurado, y no reembolsarle lo

pagado al tercero damnificado (art. 109 de la ley 17.418); similarmente, quien se obligó a mantener indemne a otro sujeto por las deudas que pudiera contraer respecto de terceros no puede pretender que su deber de proveer indemnidad aparezca solo después de que el beneficiario de la garantía se hubiera hecho personalmente cargo de la deuda. En rigor, la sola idea de la necesidad de un pago previo por parte de beneficiario es contraria al concepto mismo de indemnidad.

3. **NO SE EXIGE DAÑO CONCRETO:** La exigencia de subordinar la indemnidad a la presencia de una deuda reconocida en juicio o que dejó de ser litigiosa por haber recaído sentencia a su respecto no funciona en este tipo de garantías. La indemnidad pactada debe funcionar, en todo caso, liberando al patrimonio del beneficiario de las responsabilidades que resulten de ataques de terceros, sin más deber de demostración que la presencia de tales ataques. Sin duda la defensa de más de 600 juicios laborales generan costos que deben ser indemnizados, como así también la defensa judicial para repeler la ejecución de la garantía de cumplimiento. No es razonable que se la obligue a promover tantos juicios de cumplimiento del “pacto de garantía de indemnidad” como demandas pueda recibir el beneficiario.

4. **EFFECTOS DE LA SENTENCIA:** No estoy de acuerdo en que la tutela jurisdiccional reclamada conduzca a un pronunciamiento abstracto. No se está frente a una postulación que tenga sólo carácter consultivo. Se intenta fijar las relaciones legales que vinculan a las partes. La consecuencia necesaria de ello es la condena al cumplimiento de aquello a lo que Conevia se obligó; esto es, a cumplir la indemnidad y esto para evitar futuras negativas respecto de la vigencia de tal pacto.

Hasta aquí la síntesis del caso Tevycom Fepaco. A continuación el caso Rey Armando.

## II. El caso Rey, Armando.



1. Rey es socio-gerente. Afianza un mutuo hipotecario de Clínica Privada frente al Bapro. Ofrece bienes personales en garantía de la fianza. Decide vender a sus consocios su participación en la sociedad.
2. Los Socios Compradores acuerdan concederle a Rey una “indemnidad” para cubrirlo de potenciales reclamos que pudiera efectuar el Bapro por incumplimientos de Clínica Privada. La obligación sumida por los Socios Compradores era la de sustituir la fianza.
3. El Bapro ejecutó la fianza. Rey opuso excepciones. Se le anotó una inhibición general de bienes y embargos.

**EL PACTO:** *"...los Palese, Lema y Rivera", se obligan a mantener indemne a REY, haciéndose solidaria e ilimitadamente responsables, por cualquier daño y perjuicio que éste sufre, si se probara que éste fuera derivado directa o indirectamente de acciones que emprendiere "el BANCO" o cualquier tercero en relación a la cuenta corriente N° 5045-2790/4, del mismo BANCO citado..."*

*"1) ... los Palese, Lema y Rivera, se obligan a ofrecer al "BANCO", dentro de los 180 días contados a partir de la fecha, bienes de terceros, por un valor como mínimo superior al del 20%, a la declaración de REY, sustituyendo con dichos bienes, los oportunamente gravados por REY (...) (2). En caso de que dichos bienes no fueren aceptados por "el BANCO", "los Palese, Lema y Rivera", se obligan a realizar los*

mejores esfuerzos para obtener dentro del menor tiempo posible la cancelación de la fianza otorgada por REY a "el BANCO". (3) Sin perjuicio de la obligación asumida por "los Palese, Lema y Rivera", en el punto 2 anterior, en caso que por cualquier motivo la sustitución de la fianza otorgada por REY a "el BANCO", no se hiciera efectiva, "los Palese, Lema y Rivera", se obligan solidaria e ilimitadamente a resarcir a REY todos los perjuicios efectivamente causados. (4) Se deja aclarado que el resarcimiento para el caso de que se originara algún perjuicio efectivo, comprende solamente el monto por el que se viera perjudicado, en forma efectiva REY, excluyendo cualquier otra modalidad de reclamo.

A. RECLAMO DE REY: Cumplimiento contractual + daños por incumplimiento.

**1. Instancia:** Rechazó íntegramente la demanda.

1) La obligación asumida por los demandados era la de liberar a Rey de sus obligaciones.

2) Aún acreditado el incumplimiento, el derecho de Rey solo puede hacerse efectivo por la vía de obtener la repetición de las sumas que este último se viera obligado a pagarle al Bapro, más la eventual reparación de los otros daños que el incumplimiento contractual le hubiese generado.

3) Si bien el actor estaba siendo demandado por el Bapro aquel no había efectuado pago alguno hasta ese momento, razón por la cual la acción promovida resultaba improcedente, sin perjuicio del derecho que pudiere asistir a Rey de repetir lo pagado.

**CRITERIO DE LA SALAD:**

*“La procedencia de la demanda se justifica porque no es razonable que se obligue al beneficiario de la indemnidad a promover tantos juicios de cumplimiento del "pacto de garantía de indemnidad" como pagos deba afrontar o demandas pueda recibir en su contra, situación en la cual, ciertamente, lo coloca el fallo de primera instancia al rechazar la pretensión de autos”*

1. ¿ES ACEPTABLE EL CRITERIO DEL JUEZ A QUO DE REPETIR CONTRA EL DADOR DE LA INDEMNIDAD?: No comparto la idea de que el beneficiario de la indemnidad deba repetir probando haber hecho pagos.

2. PACTO DE GARANTIA DE INDEMNIDAD: Lo acordado por Rey y los demandados es un "pacto de garantía de indemnidad" mediante el cual estos últimos se obligaron a cubrir cualquier daño y perjuicio que el primero pudiese llegar a sufrir como consecuencia de haberse constituido como fiador, liso, llano y principal pagador de las obligaciones de "la Clínica" frente al Bapro o cualquier tercero.

3. OBLIGACIONES DE LOS GARANTES: (i) llevar adelante los actos necesarios a fin de sustituir y/o cancelar la fianza, y (ii) responder solidariamente por los eventuales perjuicios en caso de no conseguir dicha liberación. Los demandados asumieron una responsabilidad solidaria que se haría efectiva independientemente del resultado que obtuvieran "los mejores esfuerzos" de estos últimos en obtener, dentro del menor tiempo posible, la cancelación de la fianza.

4. DAÑO EFECTIVO NO IMPLICA PAGO PREVIO: Para hacer funcionar la referida garantía de indemnidad las partes entendieron suficiente la presencia de algún perjuicio no requiriéndose (a ese efecto) la prueba de haber pagado previamente la deuda respectiva. Está claro que la referencia a la necesaria concurrencia de un "perjuicio efectivo", no puede excluyentemente equipararse al *pago susceptible de repetirse*.



5. ¿EL PAGO PREVIO ES CONTRADICTORIO CON LA NOCIÓN DE INDEMNIDAD: La exigencia de pago previo es contraria al *adecuado funcionamiento* y a la naturaleza de garantías de indemnidad.

6. “DAÑO EFECTIVO”: Lo pactado en el sentido de que “...*el resarcimiento para el caso de que se originara algún perjuicio efectivo comprende solamente el monto por el que se viera perjudicado, en forma efectiva REY, excluyendo cualquier otra modalidad de reclamo...*”, no puede ser interpretado como estableciendo la condición de la previa satisfacción de los reclamos patrimoniales para, recién entonces, tener derecho a la indemnidad. Tal previsión ninguna condición de esa índole fijó, sino que solamente estableció un límite a la garantía de indemnidad acordada.

7. OPERATIVIDAD DE LA GARANTIA – SEGURO DE RC: Son operativas sin necesidad de que previamente el garantizado pague las deudas que le son exigibles. Los pactos de indemnidad funcionan de modo análogo a un seguro de responsabilidad civil, cuyo objetivo es el de subsanar el impacto que sobre el patrimonio del asegurado tendrá la deuda que recaerá en su cabeza, como consecuencia de su contingente responsabilidad civil: el deber del asegurador es mantener indemne al asegurado y no reembolsarle lo pagado al tercero damnificado.

8. LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIDAD: Quien se obligó a mantener indemne a otro no puede pretender que su deber de indemnidad aparezca solo después de que el beneficiario se hubiera hecho personalmente cargo de la deuda. En rigor, la sola idea de la necesidad de un pago previo por parte de tal beneficiario es contraria al concepto mismo de indemnidad.

9. LA INDEMNIDAD Y EL EFECTO LIBERADOR SOBRE EL PATRIMONIO DEL BENEFICIARIO: La indemnidad debe funcionar liberando al patrimonio del beneficiario de las responsabilidades que resulten de ataques de terceros, sin más deber de demostración por parte de dicho beneficiario que la presencia de tales ataques.

10. REPETICIÓN: Corresponde admitir la demanda de cumplimiento sin que ello altere, desde luego, los derechos que contra Rey pudiera tener el Bapro toda vez que el pacto de indemnidad es “*res inter alios acta*” respecto del acreedor.

III. Nuestra opinión.

#### ***A. El caso Intermarbingo: un importante antecedente de la sala B.***

En una anterior entrega habíamos comentado el caso “Intermarbingo” en el cual se había analizado y discutido la efectividad del pacto de indemnidad otorgado a favor de un accionista - director que ante la cesión de su participación accionaria obtuvo un pacto de indemnidad a su favor por actos ocurridos en la sociedad durante su gestión.

Luego de producida la transferencia de las acciones, el ante provincial recaudador de impuestos promovió demandas contra los administradores de la sociedad (como responsables solidarios) y trabó embargos sobre bienes de los ex administradores. El director saliente solicitó ante el Tribunal (la sala B) hacer efectiva la garantía condenando a los dadores de la indemnidad a mantenerlo indemne, más daños y perjuicios por incumplimiento contractual. La falta de indemnidad implicó responsabilidad de índole contractual.

En aquella oportunidad la discusión de fondo sobre la naturaleza jurídica de este tipo de pactos y su prestación esencial (la indemnidad) no fue abordada por el Tribunal.

El director garantizado había pretendido hacer efectiva la garantía bajo el argumento de que la traba de embargos sobre ciertos bienes de su propiedad le había impedido llevar a cabo

ciertos negocios y por lo tanto, dichas cautelares le habían ocasionado un perjuicio. El Tribunal desoyó el reclamo del director bajo el argumento de que aquel no había podido probar el efectivo perjuicio. De acuerdo con el criterio de la sala B, la inexistencia de daño torna inviable la indemnidad<sup>1</sup>.

Al analizar el caso Intermarbingo nosotros habíamos concluido lo siguiente:

1. La prestación de indemnidad no puede ser otra que frente a la condena de pago por reclamos judiciales o administrativos iniciados por terceros (contra la sociedad) y por los cuales el director sea condenado al pago aquel pueda *repetir* contra quienes otorgaron la indemnidad.
2. El pacto de indemnidad es inoponible al tercero reclamante quien respecto de este negocio es *res inter alios*.
3. El *Bill* de indemnidad opera como documento de crédito que permite al director *repetir* contra quienes lo otorgaron.
4. El director podrá contabilizar este pacto a su favor compensándolo contra el pasivo asumido siempre y cuando el dador de la indemnidad no se declare insolvente y sea lo suficientemente serio como para garantizar que responderá patrimonialmente.
5. En aquel pacto de indemnidad el deudor se obligaba a una prestación muy precisa: mantener al director indemne *por todo concepto* respecto de obligaciones sociales, en especial pasivos laborales y tributarios. Nada de esto abarca la indemnidad por pérdida de negocios a consecuencia de una cautelar trabada sobre bienes del director como consecuencia de pasivos sociales.
6. Intermar Bingo SA y Codere SA estarían obligados a indemnizar al ex director si como consecuencia del reclamo judicial promovido por el organismo recaudador el director garantizado hubiera incurrido en gastos y honorarios para defenderse en sede administrativa y/o judicial (costos transaccionales), o hubiere sido *efectivamente condenado al pago* como responsable solidario y por lo tanto, ejecutado su patrimonio. *Es aquí donde el pacto surte efecto y nace la prestación*. La falta de pago implicará un claro incumplimiento contractual quedando habilitada la acción de daños.
7. En definitiva siendo la obligación del dador de la inmunidad compensar los daños efectivos sufridos por el beneficiario, el incumplimiento de la obligación o de la prestación concreta es la falta de indemnización. *Es sólo a partir de producido el daño real, efectivo y concreto que nace a favor del beneficiario el derecho de crédito*.

La sala D en los casos que aquí comentamos sostiene criterios muy distantes a los nuestros, incluso asimilando al pacto de indemnidad con el seguro de responsabilidad civil, punto complejo y álgido.

### ***B. Los pacto de indemnidad en los casos Intermarbingo, Tevycom y Rey Armando: la interpretación de los contratos.***

Resulta interesante analizar las cláusulas de indemnidad pactadas en cada uno de los casos estudiados. Veamos:

---

<sup>1</sup> El lector interesado puede consultar VAN THIENEN, Pablo Augusto. *Pacto de indemnidad a favor de un director (accionista) en operaciones de M&A. Interpretando el negocio de indemnidad: El caso Intermarbingo*. Working Paper N° 49. [www.cedeflaw.org](http://www.cedeflaw.org)



Cláusula Intermarbingo:

*“Todas las deudas exigibles a la sociedad al día de la fecha, así como... las que surjan en el futuro, en especial eventuales deudas por relaciones laborales, fiscales o de cualquier otro orden no serán oponibles a LOS VENDEDORES... (quienes) no responderán bajo ningún concepto por tales deudas o gravámenes (...) las partes dejan constancia que el adquirente responderá en forma solidaria e ilimitada junto con la Sociedad por aquellas deudas o reclamos que se le realicen a LOS VENDEDORES por su participación en el directorio de la Sociedad...”*

Cláusula Tevycom:

*“Conevial desea mantener totalmente indemne a Tevycom por cualesquiera responsabilidades, obligaciones, multas, penalidades, aportes gastos y obligaciones de cualquier otra naturaleza que sean y que le pudieran ser exigidas por la autoridad concedente, la sociedad anónima o terceros, como consecuencia de haber asumido el carácter de obligado solidario frente a dicha autoridad ...”*

*“...a partir de la suscripción del presente Convenio y hasta la completa y total finalización de la concesión o cualesquiera obligaciones originadas en la misma, en todo lo que tenga...de alguna u otra manera hacer frente a responsabilidades emergentes de la concesión, del contrato de UTE o de la sociedad anónima, así como responsabilidades frente a terceros, Tevycom quedará deslindada de dichas responsabilidades u obligaciones, debiendo concurrir Conevial a hacer frente a dichas responsabilidades u obligaciones por Tevycom ...”.-*

Cláusula Rey Armando:

*"Los Palese, Lema y Rivera, se obligan solidaria e ilimitadamente a resarcir a REY todos los perjuicios efectivamente causados. Se deja aclarado que el resarcimiento, para el caso de que se originara algún perjuicio efectivo, comprende solamente el monto por el que se viera perjudicado en forma efectiva REY, excluyendo cualquier otra modalidad de reclamo*

Se observa en los tres modelos de indemnidad no sólo diferentes textos sino además un diferente alcance y finalidad a la hora de hacer efectiva la obligación. Está claro que en todos los casos se busca dotar al director saliente o accionista vendedor de alguna inmunidad frente a reclamos que pudieran producirse por actos anteriores a la transferencia del paquete accionario, o durante la gestión del director saliente.

En ninguno de los tres casos los Tribunales pudieron sortear la labor hermenéutica de estos pactos. En el primero la sala B se centró en el párrafo que dice *“no responderán por ningún concepto”*. El Tribunal intentó dotar a ese párrafo de algún sentido práctico. ¿Qué significa que los beneficiarios de la indemnidad no responderán por ningún concepto? El Tribunal entendió que dicha fórmula de inmunidad, diríamos amplia, sólo alcanzaba a los reclamos directamente relacionados con deudas laborales, fiscales y de cualquier otra índole. Recordemos que en este caso el beneficiario de la indemnidad intentó hacer efectiva la misma frente a la inhibición de bienes decretada a causa de gabelas presuntamente deudas por la sociedad, devengadas durante su gestión.

Al comentar este caso habíamos explicado que el fin económico del pacto de indemnidad es mantener indemne al beneficiario frente a un efectivo menoscabo patrimonial derivado de reclamos firmes e indiscutibles. La indemnidad busca compensar la pérdida patrimonial con un crédito devengado contra el dador de la garantía quien, con el reclamo en firme debe repone el patrimonio del beneficiario. La frustración de un negocio a causa de la cautelar

trabada sobre sus bienes no estaría incluida en dicho pacto; aún frente a la laxitud de la fórmula “*no responderán por ningún concepto*”; salvo acuerdo expreso.

En la cláusula Tevycom la sala D tampoco pudo eludir la tarea de interpretación.

En este caso el Tribunal sostuvo lo siguiente: la operatividad del pacto no quedó condicionada a la prueba o acreditación de que el beneficiario de la indemnidad haya sido condenado a un pago. La sala D sostuvo en este caso que el dador de la garantía se había obligado a mantener indemne a Tevycom, sin más requisitos, por deudas “...*que le pudieran ser exigidas ...*”. Sostuvo la sala que para hacer funcionar la indemnidad las partes entendieron suficiente la presencia de algún reclamo “*no requiriéndose a ese efecto ni la prueba de haber pagado la actora previamente las deudas respectivas, ni la acreditación de algún reconocimiento judicial de tales deudas o la de su carácter no litigioso*”. Sentenció la sala: Nada de esto último resulta textual del citado acuerdo. Sobre esto último volveremos más adelante. En nuestra opinión esta es la cruz del problema para este tipo de pactos.

Por último en la cláusula Rey Armando, la misma sala volvió a revisar el texto del pacto de indemnidad, pero en este caso desbordando, en nuestra opinión, la intención de las partes.

Aquí los dadores de la indemnidad habían expresamente pactado lo siguiente: “... *se obligan solidaria e ilimitadamente a resarcir (...) todos los perjuicios efectivamente causados. Se deja aclarado que el resarcimiento, para el caso de que se originara algún perjuicio efectivo, comprende solamente el monto por el que se viera perjudicado en forma efectiva (...), excluyendo cualquier otra modalidad de reclamo.*”

Se observa en este pacto un dato elocuente y un cambio de fórmula respecto de los dos modelos anteriores: se habla de *perjuicio* (y no de reclamo) y además se exige que aquel sea *efectivo*. Tanto el dador de la garantía como el beneficiario de la indemnidad entendieron, y así lo acordaron (art. 1198 C.c.), que la obligación de indemnizar sólo se hacía operativa y exigible si se cumplían ambos requisitos: *perjuicio efectivo*.

Pero no solo eso sino que además las partes aclararon en párrafo siguiente (por si cabía alguna duda) de que el resarcimiento al que se comprometía el obligado comprendía únicamente *el monto del perjuicio efectivo* (sic).

No obstante la fórmula pactada y el esfuerzo por dejar aclarado los tantos, el Tribunal intentó dar una vuelta más de tuerca reinterpretando la intención de las partes y el sentido económico de esta fórmula. El Dr. Pablo Heredia (vocal de la sala D que en ambos casos tuvo el voto prominente) sostuvo lo siguiente:

1) Para hacer funcionar la referida garantía de indemnidad las partes entendieron suficiente la presencia de algún perjuicio no requiriéndose (a ese efecto) la prueba de haber *pagado previamente* la deuda respectiva. Está claro que la referencia a la necesaria concurrencia de un “perjuicio efectivo”, no puede excluyentemente equipararse al *pago susceptible de repetirse* y,

2) Lo pactado en el sentido de que “...*el resarcimiento para el caso de que se originara algún perjuicio efectivo comprende solamente el monto por el que se viera perjudicado, en forma efectiva, excluyendo cualquier otra modalidad de reclamo...*”, no puede ser interpretado como estableciendo la condición de la *previa satisfacción* de los reclamos patrimoniales para, recién entonces, tener derecho a la indemnidad. Tal previsión ninguna condición de esa índole fijó, sino que solamente estableció un límite a la garantía de indemnidad acordada.

### **C. El fin económico y el objeto del pacto de indemnidad.**

El fin económico del pacto de indemnidad es evitarle al beneficiario de la garantía asumir costes transaccionales derivados de ciertos negocio subyacente (*urg.*, asumir un cargo o función, salir de ese cargo, adquirir o disponer de un activo, celebrar ciertos contratos, entre muchos otros negocios). Estos pactos son moneda corriente en operaciones de M&A y los casos analizados son una muestra elocuente de ello. También sirven para diluir la responsabilidad civil de los gestores quienes se ven a diario amenazados por la toma de decisiones de negocios. Nuestro mercado acepta hoy los seguros de responsabilidad civil a favor de directores y gerentes por mal praxis profesional pudiendo la sociedad administrada contratar dichos seguros en beneficio de sus administradores. El fin económico de estas pólizas es permitir a los administradores poder tomar decisiones de negocios sin poner a riesgo su propio patrimonio personal. La clave en estos pactos de indemnidad resulta de una definición: *la culpa*.

Además de las pólizas que aseguran los daños causados por los administradores a terceros e incluso a la propia sociedad gestionada, los directores pueden contar con convenios de indemnidad otorgados por los accionistas de la sociedad e incluso por la propia sociedad administrada. Sin duda estamos parados frente a dos negocios jurídicos diferentes, aún cuando buscan el mismo resultado: *la indemnidad*.

Mientras el primero está enmarcado dentro de la ley de seguros con una reglamentación propia, específica y supervisada por una entidad de control, donde incluso podría hablarse de un marco legal de orden público; el segundo se enmarca dentro de la autonomía contractual donde lo pactado es: *ley para las partes*.

El objeto del pacto de indemnidad es simple: mantener indemne al beneficiario. Ahora bien, esa simpleza de objeto va acompañada de una complejidad brutal. ¿Cuál es la prestación en la obligación de indemnidad? ¿Cómo opera la indemnidad? ¿La indemnidad obliga al beneficiario a pagar y luego repetir? ¿Cómo hacemos efectivo el pacto de indemnidad frente a los terceros? ¿Es el pacto de indemnidad igual o similar al seguro de responsabilidad civil?

Intentaremos responder estas dudas sin dejar de advertir que el pacto de indemnidad es una práctica que se acompañó la inversión extranjera y la globalización de nuestra economía, y la imposición de ciertas prácticas jurídica derivadas de esa globalización. Sin duda sobre este tema estamos dando, en nuestro territorio, los primeros pasos tornando el debate mucho más atractivo.

#### ***D. La prestación esencial en el pacto de indemnidad. El tercero como (beneficiario) mediato. Efectos patrimoniales de la indemnidad y el daño material.***

Hemos dicho que la prestación esencial de este tipo de pacto es mantener inmune de perjuicio patrimonial a quienes son beneficiarios de esta obligación. El negocio de indemnidad presupone tres sujetos: un oferente, un destinatario y un tercero. Si bien el tercero no es parte del pacto sin duda es, beneficiario (mediato) de la indemnidad. Al final de cuentas es el tercero quien obtiene la ventaja final del pacto. Frente a la imposibilidad de pago del beneficiario (inmediato) el tercero podrá solicitar al dador de la garantía el pago total de lo adeudado. Claro está, siempre que el tercero tome conocimiento de la existencia de este pacto. En este sentido hay una diferencia sustancial con una fianza civil o comercial. En éstas el fiador extiende la fianza a favor del acreedor quien toma conocimiento de la garantía y la puede ejecutar directamente contra el fiador según el tipo de fianza de que se trate y del grado de solidaridad acordado. El tercero en la fianza es el beneficiario (inmediato). En el pacto de indemnidad el tercero desconoce la existencia de la garantía. Este dato no es menor al analizar los aspectos prácticos de esta especie de garantía atípica y su eventual asimilación al seguro de responsabilidad civil.

El perjuicio es una noción bien definida dentro del ámbito de la responsabilidad civil y sobre éste no vale la pena ahondar más, sino simplemente decir que dicho perjuicio debe representar – necesariamente – un deterioro o menoscabo patrimonial. Un pasivo, carga u obligación susceptible de apreciación pecuniaria que agrava la solvencia de los activos y por ende disminuye el valor patrimonial de los bienes y derechos. Estamos hablando del daño material.

El daño material tiene que ver con las cargas o gastos reales y efectivos que uno deba sufragar como consecuencia de reclamos judiciales, extrajudiciales, administrativos o de cualquier índole y por el cual uno esté jurídicamente obligado a sufragar dicho coste. El daño material no incluye el menoscabo potencial o eventual (al menos respecto de los sujetos que no confeccionan balances y que se rigen por el criterio del percibido).

Dentro del marco de un pacto de indemnidad el beneficiario de la garantía que deba atender reclamos de terceros y que para atenderlos deba incurrir en gastos de todo tipo (vrg., tasas, honorarios profesionales, impuestos, papelería, movilidad, etc) está sufriendo en su patrimonio un perjuicio real y efectivo. La operatividad de la garantía de indemnidad dependerá de sus términos contractuales.

Siguiendo el ejemplo anterior el beneficiario de la indemnidad deberá defenderse personalmente de los reclamos (como sujeto pasivo) y finalmente atender las posibles condenas que pueden ir desde una simple multa por cifras insignificantes hasta una millonaria condena por daños y perjuicios. El daño efectivo al patrimonio del beneficiario se producirá cuando la sentencia quede firme e irrevocable siendo la sentencia un pasivo que debe – necesariamente – afrontarse. Sin duda esta sentencia produce el menoscabo patrimonial del que hablábamos más arriba.

Dependiendo de los términos y condiciones del pacto de indemnidad el beneficiario tendrá derecho a ser resarcido patrimonialmente. Y en esto se juega la eficacia del pacto. Los precedentes analizados dejan bien en claro esta lección: el pacto de indemnidad merece ser atendido con profundidad pues precisar su objeto y su operatividad es esencial a la hora de hacerlo efectivo.

### ***E. Operatividad del pacto de indemnidad. ¿Solve et repete?***

Insistimos en que la operatividad del pacto de indemnidad dependerá de sus específicos términos y condiciones; ahora bien la sala D ha fijado un criterio interpretativo en los dos casos que estamos analizando que merece ser destacado toda vez que ha sentado el criterio de que el pacto de indemnidad no implica, necesariamente, *pago y luego repito*.

Este criterio de la alzada que se opone al sostenido en ambas instancias inferiores debe ser analizado con detenimiento y mucho cuidado a fin de precisar la efectiva operatividad del pacto de garantía de indemnidad. Sostener el criterio de la alzada como criterio general puede poner en serio riesgo la efectividad de estos pactos.

En ambas instancias inferiores se mantuvo el criterio por el cual el beneficiario de la garantía no tenía derecho a hacer efectiva la indemnidad si antes no ocurre el evento dañoso: *la efectiva condena*.

En la primera instancia del caso Tevycom el juez sostuvo que admitir una demanda de cumplimiento de indemnidad (sin que antes se produzca el evento dañoso como causa de la obligación de indemnizar) “*sería como dictar una sentencia abstracta*”. En el caso Rey Armando el juez de primera instancia sostuvo los siguientes: hasta tanto el beneficiario de la garantía no efectúe pago alguno a favor del tercero la acción de cumplimiento del pacto de indemnidad resulta improcedente.

El criterio *solve et repete* se encuentra consolidado a nivel de primera instancia y puesto en tela de juicio a nivel de alzada y, más específicamente, a nivel de la sala D.

### ***F. Operatividad del pacto de indemnidad. ¿Seguro de responsabilidad civil?***

Piedra angular del criterio contrario al principio de pago y luego repito es la interpretación del negocio de indemnidad como seguro de responsabilidad civil. En la visión de la sala D el pacto de indemnidad opera y funciona en forma análoga y similar a un seguro. Es aquí donde, para nosotros, anida el problema central: confundir el pacto de indemnidad con el seguro de responsabilidad.

La sala D sostuvo lo siguiente: *“este tipo de garantías son operativas sin necesidad de que previamente el garantizado pague las deudas y repetir contra quien debe mantenerlo indemne. Los pactos de indemnidad funcionan de modo análogo a un seguro de responsabilidad civil cuyo objetivo es el de subsanar el impacto que sobre el patrimonio del asegurado tendrá la deuda como consecuencia de su contingente responsabilidad civil. Y así como el deber del asegurador es mantener indemne al asegurado y no reembolsarle lo pagado al tercero damnificado (art. 109 de la ley 17.418), similarmente, quien se obligó a mantener indemne a otro sujeto por las deudas que pudiera contraer respecto de terceros no puede pretender que su deber de proveer indemnidad aparezca solo después de que el beneficiario de la garantía se hubiera hecho personalmente cargo de la deuda. En rigor, la sola idea de la necesidad de un pago previo por parte de beneficiario es contraria al concepto mismo de indemnidad”*. “El deber del asegurador es mantener indemne al asegurado y no reembolsarle lo pagado al tercero damnificado”.

La verdad es que aquella alegada operatividad análoga al seguro es absolutamente inviable dentro del contexto de un pacto de indemnidad. Varias razones nos llevan a esta conclusión.

1. El sistema de seguros surge de una ley específica y en muchos casos la contratación del seguro es de uso obligatorio para los operadores de mercado;
2. las aseguradoras operan en el mercado como terceros citados en garantía,
3. el sistema obliga a las aseguradoras a asumir dicha función como carga legal y por lo tanto obligados a pagar los costos y costas del proceso judicial o extrajudicial de la indemnización,
4. debido a su función de garantes deben contar con reservas patrimoniales exigidas por las entidades de control para asegurar su solvencia;
5. los terceros beneficiarios de las pólizas suelen tomar noticia de la existencia de estos seguros y así demandar a las aseguradoras;
6. el asegurado paga una prima por la contratación de este servicio

Demasiadas diferencias sistémicas como para entender que entre el pacto de indemnidad y el seguro de responsabilidad civil existe alguna analogía o similitud jurídica u operativa.

La verdad es que si el pacto de indemnidad operara como un seguro de responsabilidad civil la pregunta que cae de maduro es la siguiente, para qué contratar una indemnidad si tenemos el sistema de seguros. Lo cierto y real es que el pacto de indemnidad busca evadir (para interés de ambas partes) el contrato de seguro; las razones de esta evasión pueden ser muchas y variadas y no vale la pena aquí detallarlas.

La analogía encontrada por la sala D a estos negocios nos huele a cierto capricho intelectual pues no encontramos razones jurídicas y económicas serias que nos convenzan de lo



contrario. Las reglas de la analogía no se presentan en este caso pues no encontramos puntos de contacto ni rasgos de similitud entre uno y otro negocio jurídico.

### ***G. Operatividad del pacto de indemnidad y la necesidad de repetir.***

Salvo pacto en contrario expreso y específico la obligación de atender el pasivo para luego repetir contra el dador de la garantía de indemnidad hace a la naturaleza de este negocio jurídico atípico.

Quienes participan de este tipo de acuerdos saben, conocen y aceptan que esta es la regla de juego y las reglas del mercado. El beneficiario de la garantía primero soporta todos los gastos de su defensa para luego rendirlos y repetirlos contra el dador de la indemnidad, como así también debe soportar la condena, para luego repetirla contra el garante.

Dependiendo de los términos específicos del pacto de indemnidad el beneficiario podrá exigir el pago de los gastos o de la condena antes de realizar aquel el efectivo pago al tercero. O sea que la indemnidad no opere como negocio de reembolso sino más bien como pago por tercero, tal como lo autoriza el propio código civil. Toda esta operatividad sobre la efectividad de la garantía surgirá del pacto expreso. Si nada hemos dicho al respecto entonces corresponde al beneficiario hacer frente al pago para luego repetir<sup>2</sup>.

La sala D en el caso Rey Armando sostuvo lo siguiente: “*quien se obligó a mantener indemne a otro no puede pretender que su deber de indemnidad aparezca solo después de que el beneficiario se hubiera hecho personalmente cargo de la deuda. En rigor, la sola idea de la necesidad de un pago previo por parte de tal beneficiario es contraria al concepto mismo de indemnidad*”.

No estamos de acuerdo con esta forma de interpretar el negocio de indemnidad puesto que la necesidad de pagar para luego repetir en nada perjudica la naturaleza jurídica del negocio si finalmente se logra el objeto contractual: *la indemnidad*.

A contrario de lo sostenido por el Tribunal podemos afirmar que precisamente la necesidad de un pago previo por parte del beneficiario hace al concepto mismo de indemnidad. De lo que se trata aquí es de mantener indemne al beneficiario. Eso no significa mantenerlo inmune de todo perjuicio sino que, producido éste, sea indemnizado. Por lo tanto podemos afirmar que hace a la modalidad contractual que el daño se produzca para que opere la garantía.

El artículo 218 del C.com se impone con toda su fuerza a la hora de interpretar adecuadamente este negocio contractual.

### ***H. ¿Cómo funciona frente a terceros las sentencias en los casos Tevycom y Rey Armando?***

En ambos casos los actores obtuvieron de la alzada el reconocimiento de la efectividad del pacto de indemnidad; esto es evitarle al beneficiario de la garantía tener que hacer frente a los reclamos. En el primero eran 600 juicios laborales y en el segundo un reclamo del Banco Provincia.

La pregunta de fondo que debemos hacernos es la siguiente: ¿Es oponible al banco y a los trabajadores la sentencia de la sala D? Incluso podríamos formularnos otras preguntas:

---

<sup>2</sup> Vid, al respecto nuestra opinión en Working Paper N°49. También puede consultarse *Indemnity Agreement a favor de director de una SA y costos transaccionales añadidos: análisis del caso Greenwich Investment*. Working Paper N°36. [www.cedeflaw.org](http://www.cedeflaw.org)



¿Podría el deudor oponer excepción de falta de legitimación pasiva?, ¿podría citar en el expediente al tercero como garante dador de la indemnidad?, ¿están los acreedores obligados a ir contra el tercero?, ¿pueden los terceros trabar embargos sobre activos del garante?

La verdad es que la sentencia de la sala D es inoperante frente a los terceros quienes incluso pueden negarse a aceptar al garante. Para ellos el pacto de indemnidad es *res inter alios* y por lo tanto un problema del deudor.

Queda por lo tanto claro que ambas sentencias de la sala D condenando a los obligados de indemnidad a cumplir su prestación sólo serán efectivas frente a las sentencias a favor de los terceros condenando al beneficiario de la indemnidad al pago de lo reclamado. Sólo frente a estas sentencias definitivas y, habiendo el deudor pagado a los acreedores, éste tendrá allanado el camino para repetir contra el dador de la garantía.

Finalmente llegamos al mismo punto de partida: en el negocio de indemnidad, salvo pacto en contrario, la necesidad de pagar para luego repetir contra el obligado de indemnidad, hace a la esencia y estructura jurídica y económica del negocio.

### ***I. La redacción del pacto de indemnidad. Las enseñanzas de la sala D.***

Los fallos analizados tanto de la sala B como los de la sala D nos llevan al profundo convencimiento de que el pacto de indemnidad no es un pacto baladí. La sala D ha fijado el criterio –contrario a la instancia inferior- de que el pacto de indemnidad no implica *solve et repete*. Este criterio lejos está de ser calificado como pacífico pero puede traer secuelas. La verdad es que nos enfrentamos a un negocio jurídico atípico para nosotros pero muy propio de otras latitudes jurídicas y costumbres mercantiles a punto tal de que estos pactos suelen operar de forma análoga a ciertos seguros del sistema anglosajón, donde el asegurado paga primero y luego repite contra la compañía aseguradora.

Siendo para nosotros un pacto atípico la autonomía de la voluntad adquiere especial relevancia estratégica pudiendo las partes de este negocio incorporar al clausulado y estructura del negocio los pactos que mejor protejan sus respectivos intereses económicos: el dador de la garantía al cumplimiento de su obligación y el beneficiario a hacerse de la indemnización sin poner en riesgo su patrimonio.

En este aspecto la sala D ha fallado eludiendo a la autonomía contractual forzando una interpretación que no refleja la causa del negocio, ni el fin económico del mismo: *la indemnidad*.

Estos precedentes nos obligan a poner mucha atención y prestar particular interés en la redacción de estos pactos de fuerte contenido económico, en particular reglamentar su operatividad y el alcance de los derechos y obligaciones de cada una de las partes.

Atte.,

Pablo A. Van Thienen