

Indemnity Agreement a favor de un director
(accionista) en operaciones de M&A. Interpretando el
negocio de indemnidad: el caso *Intermar Bingo SA*



Por:
Pablo Augusto Van Thienen
Director

Indemnity Agreement a favor de un director (accionista) en operaciones de M&A. Interpretando el negocio de indemnidad: el caso *Intermar Bingo SA*

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.

SUMARIO: *Abstract.* – I. Los hechos. – II. Decisión de la sala. – III. Nuestra opinión. – 1. El pacto de inmunidad: - a. *Interpretación de la cláusula contractual.* – b. *Pautas de interpretación.* – c. *“No responde por ningún concepto”.* – d. *El objeto del convenio de inmunidad.* – e. *La prestación en el convenio de indemnidad.* – 2. La acción de daños. – a. *Daños reclamados.* – b. *Negligencia del deudor y culpa contractual.* – c. *El artículo 218.7 del Cod.Com como pauta de interpretación.* – 3. Conclusiones.

Abstract:

La sala B condenó a las sociedades Codere SA (accionista adquirente) e intermar Bingo SA (sociedad participada) a pagar la suma de \$4000 en concepto de daño moral como consecuencia de un pacto de indemnidad suscripto entre éstas y el Sr. Fumaroni (accionista y director) de Intermar Bingo SA.

I. Los hechos:

El Sr. Fumaroni en su condición de accionista y director de Intermar Bingo SA suscribió con la firma Codere SA un convenio mediante el cual ésta se obligó a mantener indemne al primero por eventuales pasivos u obligaciones societarias en las que el Sr. Fumaroni pudiera ser condenado como consecuencia de su participación como accionista y director de Intermar Bingo SA.

Dentro del contrato de transferencia de acciones las partes pactaron la siguiente cláusula de indemnidad:

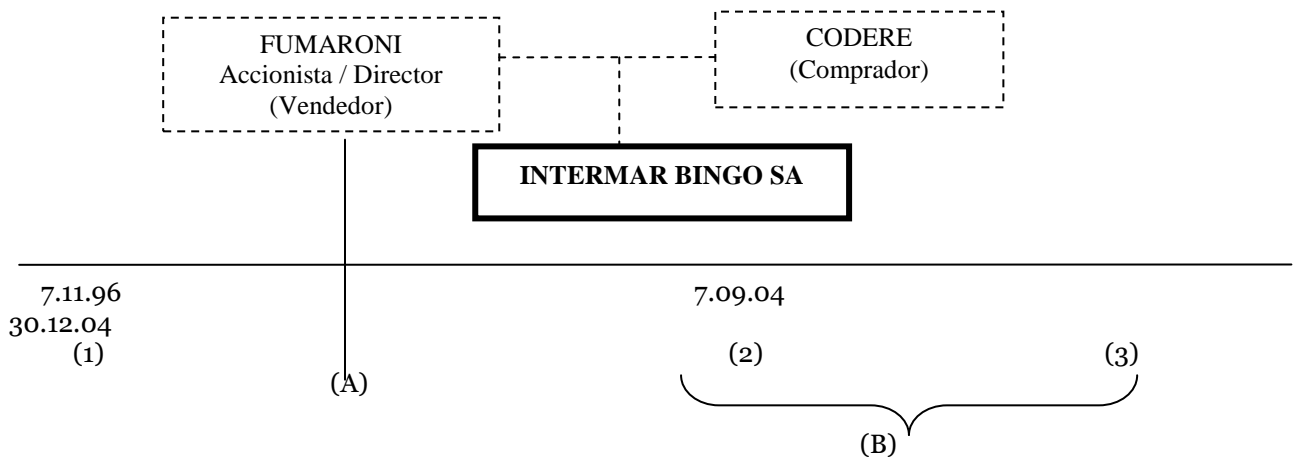
CLÁUSULA NOVENA: Todas las deudas exigibles a la sociedad al día de la fecha, así como... las que surjan en el futuro, en especial eventuales deudas por relaciones laborales, fiscales o de cualquier otro orden no serán oponibles a LOS VENDEDORES... (quienes) no responderán bajo ningún concepto por tales 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...”

Desvinculado de la empresa, Fumaroni llevó a cabo ciertas operaciones comerciales. Interín, el Fisco provincial (ARBA) inició una acción judicial contra la sociedad Intermar Bingo SA (y sus directores) por supuestas deudas fiscales correspondientes a impuesto de sellos presuntamente adeudado por la sociedad. Se trataba de hechos imponderables ocurridos dentro de ejercicios económicos en los que Fumaroni ocupó el cargo de director.

La autoridad fiscal promovió demandas judiciales contra los posibles responsables. En ese trámite obtuvo la traba de medidas cautelares contra activos de la sociedad y de su directorio.

Así las cosas el Fisco provincial trabó *inhibición general de bienes* contra Fumaroni y otros directores de Intermar Bingo SA.

El siguiente gráfico explica los hechos.



- 1) Convenio de transferencia de acciones de Intermar Bingo SA.
- (2) Inhibición general de bienes solicitada por ARBA.
- (3) Levantamiento de la inhibición. Sustitución por un seguro de caución.
- (A) Fumaroni llevó a cabo ciertos negocios que se vieron perjudicados por la posterior inhibición y la demora en su levantamiento.
- (B) 3 ½ meses.

1. Reclamo de Fumaroni: (i) Indemnización por incumplimiento contractual.

2. Defensa de Codere SA e Intermar Bingo SA: (i) Inexistencia de culpa, (ii) no se probó el daño, (iii) no se probó la relación de causalidad y (iv) la cláusula 9º no implicaba indemnizar daños sino mantenerlo indemne de reclamos de terceros. La sociedad fue diligente en el levantamiento de la inhibición de acuerdo con el plazo transcurrido.

1º INSTANCIA: Rechaza la demanda. No se acreditó el daño.

II. La decisión de la sala:

A. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: Se trata de interpretar el sentido del artículo 9no del convenio de transferencia. Este es el nudo central del caso. Fumaroni sostiene que la cláusula de indemnidad implica mantenerlo indemne de los daños directo causados por la inhibición. Tanto Codere SA y Internar Bingo SA sostienen que la obligación pactada era la de mantenerlo indemne de potenciales reclamos de terceros. En opinión de Codere SA e Intermar Bingo SA esa obligación fue cumplida.

B. ALCANCE DE LA INDEMNIDAD: La correcta interpretación que cabe realizar del párrafo: “*bajo ningún concepto por tales deudas o gravámenes*”, no es sólo que no debía efectuar desembolso dinerario, sino que tampoco debió haber sufrido ninguna interdicción patrimonial.

C. ILÍCITO: Partiendo de esta interpretación el ilícito consiste en el incumplimiento contractual. Esto es no haber mantenido indemne al vendedor de los perjuicios que la inhibición de bienes pudo haberle generado. La cautelar se levantó varios meses después de haber conocido Codere SA e Internar Bingo SA la existencia de su traba. Esto denota “negligencia”.

D. DAÑO: Perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, resultante de la infracción o lesión por un sujeto de un derecho subjetivo de otro, causado en violación a lo prescripto por una norma del ordenamiento jurídico. Para que aquél sea resarcible, debe ser *cierto, real, efectivo y*

debe existir plena certidumbre sobre su existencia. Su prueba es esencial, puesto que no demostrado carece de existencia.

E. **RELACIÓN DE CAUSALIDAD:** El que ejecuta un acto que por culpa o negligencia ocasione un daño a otro, está obligado a reparar el perjuicio. De ello se deriva una directriz fundamental que domina la materia, en cuya virtud quien pretende contra otro un derecho de indemnización, debe probar los elementos constitutivos de la relación jurídica correspondiente, *daño y culpa*. Este principio se integra y es consecuencia de otro más genérico denominado de causalidad jurídica. Tal relación de causalidad en el derecho exige una *vinculación efectiva y adecuada*, entre una acción u omisión y, el daño causado u ocasionado por aquella

F. **ILICITUD SIN DAÑO:** La inexecución de un contrato no constituye en sí misma una presunción de daño. Probada la existencia del hecho generador de responsabilidad, para efectivizar la pretensión indemnizatoria se requiere la prueba del perjuicio. Si bien está probado que Codere SA e Internar Bingo SA obraron antijurídicamente, ello es insuficiente para otorgar el resarcimiento por los daños patrimoniales alegados por el vendedor, quien no los probó.

G. **DAÑO MORAL:** En materia de daño moral no es posible producir prueba directa sobre el menoscabo padecido, pues la índole espiritual y subjetiva del perjuicio es insusceptible de tal acreditación. El juez debe apreciar las circunstancias del hecho y de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral pues es dificultoso que éste -por su propia índole- sea objeto de prueba directa en tanto reside en lo más íntimo de la subjetividad humana. Basta la acreditación del hecho lesivo -extremo probado y la legitimación activa para dirimir su existencia. Cabe indemnizar el daño moral ocasionado al actor por el negligente obrar de las defendidas: \$4.000.

III. Nuestra opinión:

En una anterior entrega tuve la ocasión de expedirme sobre el pacto de indemnidad en operaciones de M&A. Se trataba del caso "[Greenwich Investment](#)".

El caso que aquí comento reviste interés práctico y académico por la habitualidad que presentan este tipo de convenios en operaciones de M&A donde los directores buscan mantener su patrimonio personal inmune de la agresión de terceros como consecuencia de reclamos judiciales, administrativos o extrajudiciales en los que pudieran ser condenados por ocupar (o haber ocupado) un cargo en el órgano de administración.

Tanto el caso Greenwich como el que aquí comento ponen de relieve un dato inocultable: la posición de director es sumamente riesgosa. En ambos precedentes judiciales los directores de sociedades anónimas ven agredido sus patrimonios personales como consecuencia de haber ocupado el cargo de administrador societario. En el primero, se trataba de demandas laborales con embargos judiciales trabados sobre propiedades del director, mientras que en el caso que aquí se anota se trata de una *inhibición general de bienes* trabada contra activos del director, como consecuencia de reclamos judiciales iniciados por la autoridad Fiscal provincial.

Esta demostración empírica nos enseña que las cláusulas de indemnidad dejaron de ser un pacto de estilo. Hoy, estos pactos merecen ser atendidos, tanto para el beneficiario de la indemnidad como para quien la otorga.

El caso Intermar Bingo SA trata el segundo supuesto. Esto es, los alcances de la cláusula de indemnidad y hasta dónde debe responder quien concede este beneficio.

La sala B entendió que se trataba, en primer lugar, de interpretar el alcance de la cláusula contractual y luego de realizada la labor hermenéutica avanzar hacia la eventual responsabilidad por daños.

Sin duda estamos ante un caso de responsabilidad civil por incumplimiento contractual donde la parte damnificada busca hacer efectiva la indemnidad pactada.

Veamos.

1. El pacto de inmunidad.

a. Interpretación de la cláusula contractual.

Todos sabemos que el apotegma romano *in claris cesat interpretatio* no funciona plenamente en el ámbito de los negocios contractuales. Aún el contrato que se precie de la mayor claridad posible puede ser objeto de interpretación judicial. Así lo ha entendido la más seria doctrina civilista y comercial de nuestro entorno. Esto lo digo para no buscar chivos expiatorios, ni echar culpas a quienes redactaron -aplicando su mejor arte- la cláusula contractual en disputa. Eso sí, aceptemos que la redacción de esta controvertida cláusula es la razón del caso anotado. Quizás un poquito más de *claris* en la redacción hubiera evitado esta controversia; eso sí, nos hubiera privado la exquisita oportunidad de reflexionar sobre estos complejos pactos y su importancia para el mundo corporativo.

Redactar una cláusula que refleje y sea comprensiva de la real intención de las partes nunca ha sido materia sencilla. Nuestro codificador lo intuyó de entrada. Ejemplo de ello es el artículo 218 del código de comercio. Esta norma fija las pautas de interpretación de los negocios mercantiles. Sin ir más lejos el artículo 217 nos enseña que *las palabras de los contratos deben entenderse en el sentido que les da el uso general, aunque el obligado pretenda que las ha entendido de otro modo*. O sea que más allá de lo expresamente dicho (en el papel) el codificador pone de relieve los usos de plaza. Y este dato no es menor.

La cláusula 9º en disputa rezaba así: *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...*

El párrafo “*no responderán bajo ningún concepto por tales deuda o gravámenes*” ha sido la cruz del problema.

El tribunal tuvo que asignarle un ámbito de aplicación a eso que quisieron decir las partes. Esto es que los beneficiarios del pacto no debían responder *bajo ningún concepto* (con su patrimonio personal) por deudas o gravámenes de la sociedad. En este párrafo se jugó la responsabilidad civil contractual.

Qué dicen los usos y costumbres sobre párrafos como éste. Me refiero a los usos y costumbres mercantiles pero dentro de un contexto muy acotado: operaciones societarias y, en particular, la transferencia de paquetes accionarios.

b. Pautas de interpretación.

Se trata de encontrarle un sentido con efecto jurídico a eso de que los directores (accionistas) vendedores de sus acciones no responderán por las deudas sociales. Esto nos conduce de lleno a una labor hermenéutica. Aquí no estamos ante un caso de ambigüedad de palabras (art. 218.1 c.com) y tampoco frente a un supuesto de contradicción (art. 218.3 c.com). Mas bien nos hallamos ante una cláusula equívoca o ambigua (art. 218.2 c.com). La ambigüedad se presenta cuando por el <contexto> no podemos determinar con certeza el significado de una palabra o de una oración: ¿qué significa lo que las partes pactaron?, ¿Qué se entiende por *bajo ningún concepto*?

En este supuesto el codificador fijó una primera regla de interpretación: el significado que debe darse a la cláusula de un contrato debe ser la que corresponde al <contexto> general del contrato. En este caso: un negocio de transferencia de paquete accionario. Esta sería la regla sugerida por el codificador para destrabar el entuerto interpretativo.

El pacto de indemnidad estaría dado dentro del siguiente <contexto>: transferencia accionaria donde el accionista (director saliente) acuerda no poner a riesgo su patrimonio personal por causas judiciales o administrativas correspondientes a negocios llevados a cabo durante su gestión.

Es dentro de este entorno contextual que debe encararse la labor hermenéutica del párrafo: “no responderán bajo ningún concepto”.

Una cosa sí está clara, el director saliente no puede quedar en mejor posición que el director en ejercicio.

Si la cláusula de indemnidad operara en un sentido que dejara al director saliente en una posición de cobertura más ventajosa o favorable que la del director en ejercicio, entonces estaríamos poniendo los incentivos económicos y contractuales en el lugar equivocado. Semejante cláusula contractual generaría el abandono del barco: es más ventajoso estar en tierra que en ultramar. Esto que digo tiene estrecha relación con el <contexto>. Y no puede pasar inadvertido por el intérprete.

c. “No responde por ningún concepto”.

Esto fue lo pactado (art. 1137 c.c.). Ahora bien, ¿qué significa en el contexto de una operación de M&A?

Las partes acordaron que el director saliente quedaría totalmente inmune de la agresión de terceros como consecuencia de *deudas exigibles a la sociedad, (incluso) por eventuales deudas vinculadas a relaciones laborales, fiscales o de cualquier otro orden*. En este contexto el patrimonio del director saliente quedaría <blindado> ante el ataque de terceros por los pasivos sociales indicados en el pacto, y en especial, las deudas laborales y tributarias.

La indemnidad pactada tiene por objetivo que el patrimonio del beneficiario no sufra menoscabo como consecuencia de reclamos de terceros. Dicho <menoscabo> tiene que ver con la producción de un daño real y efectivo provocado al patrimonio personal del director. Es decir que a causa de una acción de un tercero el beneficiario de la indemnidad sufre un perjuicio directo y concreto.

Los pactos de indemnidad tienen por objetivo único asegurar al beneficiario lo siguiente: que frente a potenciales o eventuales reclamos judiciales o administrativos que terceros puedan promover contra la sociedad y, donde el beneficiario pueda ser condenado como responsable solidario, el dador de la garantía (la propia sociedad o un tercero) se obliga a mantenerlo indemne de los daños y perjuicios que dichos reclamos le generen. Es usual que estos pactos incluyan dentro de los rubros indemnizables los gastos causídicos y honorarios profesionales contratados (por el beneficiario) para defender sus derechos en sede judicial o administrativa.

De lo que se trata aquí es de mantener indemne al beneficiario de los daños y perjuicios que sean consecuencia directa de reclamos de terceros. Se busca compensar los daños y gastos incurridos o que pueda incurrir como consecuencia de reclamos concretos. Esa indemnidad abarca no sólo la cobertura de los costos de entrada (costos transaccionales tales como honorarios y otros gastos) sino y, por sobre todo, el costo de la imputación de responsabilidad (costos de salida o *exit costs*).

La duda que presenta el caso que anotamos es si la traba de *medidas cautelares* sobre activos de un ex director por *presuntas deudas* de la sociedad pueden dar lugar a reclamar la indemnidad pactada sobre la base de que dichas medidas cautelares provocaron la pérdida de ciertos negocios encarados por el ex funcionario luego de su salida del directorio.

Si queremos evitar colocar los incentivos en el lugar errado y si hacemos el ejercicio de interpretar la cláusula dentro del <contexto negocial> - como lo sugiere el artículo 218.3 c.com - la respuesta negativa se impone.

La obligación de mantener indemne *por todo concepto* significa -dentro del contexto de este tipo de negocios- dos cosas muy concretas: (i) evitarle al beneficiario hacerse cargo de pasivos sociales que no le corresponden y (ii) que dichos desembolsos estén directamente relacionados con las obligaciones expresamente mencionadas en el pacto de inmunidad (en nuestro caso: cualquier pasivo social, incluido, reclamos laborales y tributarios).

Y esto quiere decir una cosa muy simple: al modelo de inmunidad amplio *por todo concepto* le corresponde un límite muy preciso fijado por el propio codificador: el *contexto*.

El *contexto* lo estaría dando el objeto del negocio de inmunidad dentro de una operación de M&A.

d. El objeto del convenio de inmunidad.

No puede ser otro que mantener indemne al beneficiario por obligaciones que le pueden ser imputadas atento su condición de deudor solidario. El pacto de indemnidad que usualmente las empresas (o sus accionistas) otorgan a favor de los administradores busca asegurar que el patrimonio personal del agente no sufrirá cargas como consecuencia de su gestión; aún culposa, esto es aún por mal desempeño del cargo (art. 274 LSC). Estos pactos pueden otorgarse mientras el director ocupa el cargo como así también en su salida o, sólo, al momento de su salida. En todos los casos suelen tener un plazo de duración igual al plazo de prescripción de los eventuales reclamos.

Los pactos de indemnidad mientras el director ocupa el cargo tienen por objeto darle cierto *Bill* de indemnidad que le permita tomar decisiones de negocios sin correr el riesgo de ser responsable por mala gestión empresarial (arts. 59, 274, 275, 276 y 279 LSC). Los pactos otorgados al momento de la salida buscan protegerlo de la acción de terceros por eventuales ilícitos realizados durante su gestión (*urg.*, art. 279 LSC).

Es importante en esta instancia precisar si la pérdida de negocios del director saliente como consecuencia de medidas cautelares trabadas sobre su patrimonio puede generar incumplimiento contractual atento la fórmula amplia: *por todo concepto*.

e. La prestación en el convenio de indemnidad.

No puede ser otra que la indemnidad. Esto significa 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. Recordemos que este pacto es inoponible al tercero reclamante quien respecto de este negocio es *res inter alios*. El *Bill* de indemnidad opera como documento de crédito que permite al director repetir contra quienes lo otorgaron. 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.

La pérdida de negocios como consecuencia de medidas cautelares trabadas debido a reclamos promovidos por terceros, reclamos que podrían no estar firmes o estar apelados, o incluso no tener causa lícita escapan a mi entender el ámbito del pacto de indemnidad; al menos dentro del contexto del negocio de M&A.

El pacto de indemnidad que estoy tratando obliga al deudor a una prestación muy precisa: mantener al acreedor 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 beneficiario como consecuencia de pasivos sociales.

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.

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.

2. La acción de daños.

a. Daños reclamados.

El ex director beneficiario del pacto reclamó daños como consecuencia de la pérdida de ciertos negocios a raíz de la inhibición general de bienes trabada sobre ciertos bienes de su propiedad. Incluso llegó a reclamar daño moral.

Respecto de los daños materiales el tribunal exoneró de responsabilidad a los sujetos demandados. Ahora bien, esa exoneración se debió esencialmente a la debilidad probatoria del actor. Éste no pudo convencer al juez de los daños padecidos. En este sentido el juzgador se ciñó de manera estricta a los principios del derecho de daños, el que debe ser *cierto, real y efectivo para ser indemnizable y, debe existir plena certidumbre sobre su existencia*.

Tampoco pudo probar el actor la relación de causalidad entre el acto antijurídico (incumplimiento) y el daño causado. El tribunal sostuvo que la relación de causalidad exige una *vinculación efectiva y adecuada* entre una acción u omisión y el daño causado u ocasionado por aquella. Si esa vinculación efectiva no pasa el test de la prueba, entonces no hay responsabilidad civil.

De los cuatro elementos necesarios para que prospere la responsabilidad contractual el actor no pudo acreditar dos: ni el daño, ni la relación de causalidad. Ahora bien, sí estaría probada la antijuridicidad del acto dañoso, y esto es el incumplimiento contractual.

Para la sala B la obligación de indemnidad *por todo concepto* alcanzaba la obligación de mantener al ex director inmune de medidas cautelares que le pudieren perjudicar negocios concretos. Esto sí es preocupante!

En mi opinión, la obligación de indemnidad pactada dentro del contexto comercial descripto no puede tener semejante latitud. Aceptar la postura del tribunal significa darle al beneficiario una garantía que supera, por creces, la garantía común y ordinaria que usualmente se concede a quienes ocupan el cargo de director: el *contexto*.

b. Negligencia del deudor y culpa contractual.

Un dato no menor es la alegada negligencia de Codere SA e Intermar Bingo SA para levantar una medida cautelar judicial y por lo tanto sustituirla por un seguro de caución a satisfacción del acreedor. Para este trámite se demoraron sólo tres meses. El tribunal consideró aquel plazo como una conducta negligente. O sea calificó la demora en la sustitución como culpa contractual. ¿Cuál será el plazo diligente para obtener el levantamiento de una medida cautelar en sede judicial?

Uno de los aspectos más interesantes del fallo es, precisamente, éste. Ya no se trata de analizar el incumplimiento contractual en la no prestación de indemnidad sino, en que dicho

incumplimiento fue culposo en los términos de los artículos 512 y 902 del c.c. Ya no se trata de delatar el mero incumpliendo de la cláusula 9º del contrato de transferencia de acciones sino, se trata de valorar la presunta actitud negligente del dador de la garantía frente a un acto jurisdiccional tan complejo y mañoso como es el levantamiento de una medida cautelar y su impacto sobre presuntos negocios del beneficiario.

A mi gusto estamos en terreno muy resbaladizo. Por un lado evaluar la diligencia del deudor en el levantamiento de medidas cautelares y por el otro determinar si, efectivamente, el levantamiento de esas medidas está incluida como prestación esencial de la indemnidad contratada. O sea si ese levantamiento hace al objeto del negocio jurídico contratado.

Como he dicho en el apartado 5 anterior, la prestación esencial del convenio de indemnidad es mantener inmune al beneficiario de daños reales, concretos y efectivos, producidos sobre su patrimonio personal. O sea, una real merma en su neto patrimonial. Hasta tanto eso no ocurra no nace la obligación de indemnidad, más allá de los *perjuicios potenciales* que le pueda causar la traba de medidas cautelares. La frustración de negocios como consecuencia de haber ocupado en el pasado una función ejecutiva en una sociedad mercantil es parte del riesgo asumido y parte del costo de entrada y salida de un director. Ese riesgo lo toman todos los directores estén en el cargo o lo hayan abandonado.

Para que la indemnidad *por todo concepto* abarque los perjuicios causados como consecuencia de medidas cautelares trabadas por terceros, esa prestación de garantía debe estar, a mi juicio, expresamente pactada. Los límites precisos de la obligación de la indemnidad hacen a la esencia del negocio de garantía. Este principio es cardinal. Los negocios de garantía deben tener muy bien determinado el objeto. Basta citar a modo de ejemplo cómo funcionan las garantías reales o personales en nuestro mercado para advertir que la prestación de garantía, siempre, funciona con esta lógica incluso llegando al rango de <principio>, en algunos casos.

Para que podamos hablar de culpa contractual como incumplimiento de la prestación de hacer o dar, debemos tener muy claro cuál es el alcance de dicha prestación. Lo concreto es que en el caso que estamos analizando tengo serias sospechas de que los garantes hayan tenido la real intención (causa fuente) de asumir la obligación de levantar o sustituir embargos. Este tipo de obligación nos lleva necesariamente al terreno de la culpa contractual, siendo carga del actor tener que demostrarlo.

A mi modo de ver las cosas y dentro del *contexto del negocio* que estamos analizando los garantes asumieron una única obligación: mantener indemne *por todo concepto* al director para el caso de reclamos de terceros. Esto quiere decir en buen romance evitarle el efectivo pago de dichos reclamos, haya o no, medidas cautelares trabadas. En este caso el incumplimiento contractual sería la falta de pago. Punto y aparte. Y este es el objeto y causa fin del negocio de garantía.

Pretender extender y amplificar el objeto de este contrato contradice la lógica económica del negocio de garantía donde el garante buscará restringir y limitar su responsabilidad contractual a la mínima expresión posible. Caso contrario, debería estar muy claro los límites de la indemnidad.

c. El artículo 218.7 del cod.com como pauta de interpretación.

Este dispositivo nos da la respuesta correcta frente a este planteo.

En efecto, el codificador nos dice que en los casos dudosos, que no pueden resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre a favor del deudor, o sea en el sentido de liberación.

Habíamos dicho que la indemnidad *por todo concepto* incorporada a la cláusula 9º del convenio de transferencia de acciones ingresaba dentro del supuesto de <cláusula ambigua>, y que dicha ambigüedad se presenta, según la Real Academia Española, cuando una palabra, un sintagma u una oración es susceptible de dos o más significados o interpretaciones. Si el <contexto> del

negocio no sirve para resolver la ambigüedad - tal como lo sugiere el código - la regla siguiente es bien precisa: se opta por liberar al deudor. Así lo ordena expresamente el artículo 218.7 cod.com.

O sea, frente a la incertidumbre que el intérprete pueda tener sobre el objeto de la obligación o prestación efectiva del deudor, el código opta por una regla bien simple: el acreedor pierde su crédito.

Este riesgo de pérdida impone sobre el acreedor la carga de precisar con claridad el objeto de la obligación. Aquel es el principal beneficiario y único destinatario del negocio.

3. Conclusiones.

En el caso que comento la indemnidad *por todo concepto* paga un precio demasiado alto.

Sin duda el precedente anotado nos sirve como lección y nos pone en alerta para prestarle mucha atención a la redacción de este tipo de convenios.

En breve comentaremos dos precedentes de la sala D sobre este mismo tema y que nos preocupan por las conclusiones del tribunal respecto de este atípico negocio de garantía.

Atte.,

Prof. Pablo A. VAN THIENEN
Director académico