

## CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL

(sala M, 23/2/2015 – Alto Palermo S.A. v. Páez, María Constanza y otros s/ ejecución de alquileres)

con nota de RÓMULO A. ROJO VIVOT

### COMPETENCIA

#### Fuero Comercial – Ejecución de alquileres por uso de local ubicado en centro comercial

La Justicia Comercial es competente para entender en una acción tendiente a obtener el cobro ejecutivo de alquileres por el uso de un local ubicado en un centro comercial, pues la relación jurídica que vincula a las partes no es un contrato de locación típico sino un negocio complejo que tiene como característica principal la participación y colaboración de las partes en el negocio de la otra –derecho de admisión y continuidad–.

#### C. NAC. CIV., sala M, 23/2/2015 – Alto Palermo S.A. v. Páez, María Constanza y otros s/ ejecución de alquileres

2<sup>a</sup> Instancia.- Buenos Aires, febrero 23 de 2015.

Considerando:

Se elevaron estos autos con motivo de la apelación deducida en subsidio a fs. 445/448, contra la resolución de fs. 441/443, mediante la cual la a quo se declaró incompetente para entender en estas actuaciones. El memorial fue contestado a fs. 450/452. El Sr. Fiscal de Cámara dictaminó a fs. 462/463, propiciando la confirmación de la resolución adoptada.

I. En primer lugar cabe señalar que tratándose de una sentencia interlocutoria, el recurso de apelación interpuesto en subsidio resulta ser la vía adecuada de impugnación conforme lo estipulado en los arts. 161 y 242 del Código Procesal.

II. La competencia se determina en principio, según los términos de la demanda (CSJN P.96. XXXI, “Pacífico Cayetano Victorino c. Córdoba Pcia. de y otra”, del 08/08/1996, T 319). Deben tenerse en cuenta los hechos tal cual el actor los expone en dicho escrito y el derecho que invoca como fundamento de la acción.

Las reglas atributivas de la competencia en razón de la materia que tienen por fin asegurar la mejor eficacia y funcionamiento del servicio de justicia con fundamento en el interés general, son de orden público (CSJN Fallos: 306-2101; 306-1223 y 1615, n 314-110).

De ahí que a los efectos de la determinación de cuál es tribunal competente deberá analizarse el objeto de la pretensión.

III. La sociedad actora en el carácter de propietaria del complejo o centro comercial denominado "Córdoba Shopping Villa Cabrera" suscribió con la demandada un contrato de locación mediante el cual le confirió el derecho para comercializar artículos de indumentaria informal femenina individualizados en el convenio, en el local identificado con el N° ... en el anexo III. Ante la falta de pago del canon pactado en la cláusula séptima, promovió la presente demanda por cobro de pesos contra la locataria y los fiadores.

IV. Sabido es que, en principio, corresponde entender a la Justicia Nacional en lo Civil en las acciones derivadas de un contrato de locación, con independencia de la calidad de las partes o del destino comercial que se hubiere dado al bien alquilado.

Sin embargo, en el presente caso la relación jurídica que vincula a las partes no es un contrato de locación típico, puesto que impone a los contratantes una serie de deberes que exceden la relación locativa e incluso en lo atiente al precio, establece pautas especiales para su determinación que hacen al giro comercial habitual de ambas partes (ver fs. 84/117). De ello cabe concluir que se trata de un negocio complejo relativo al uso y goce del local comercial, entre lo que se destaca como característica principal la participación y colaboración de las partes en el negocio de la otra (derecho de admisión y continuidad).

Bajo esta óptica, en lo sustancial, la cuestión litigiosa no se circunscribe únicamente al reclamo efectuado a raíz de un simple contrato de locación, sino por el incumplimiento de un contrato sometido a reglas distintas que exceden el ámbito de la competencia de este fuero.

En esta orientación se ha sostenido, que corresponde la competencia de la Justicia Comercial en una acción de desalojo si las características del contrato atípico de colaboración que une a las partes derivado del sistema de explotación comercial organizado en la forma de "centro comercial" o "shopping center" no lo definen como un contrato de locación de inmuebles sujeto a la competencia civil. Cuando al estar a las cláusulas del convenio y sus anexos, el objeto del contrato, destinado a una explotación comercial, el precio estipulado determinado por un valor mensual mínimo asegurado con un valor porcentual de las ventas efectuadas, el sometimiento a un control por parte del centro comercial, no constituyen características que lo definan como un contrato de locación de inmuebles. Y el carácter del contrato orientado a una explotación mercantil no puede ser desvirtuado por la circunstancia de que se reclame el cumplimiento del convenio con relación al local asignado, accesoria que no puede encuadrar a la cuestión sujeta a examen como típicamente locación de inmuebles de competencia de la Justicia civil (CNCom., Sala "D", "Cencosud S.A. c. Fernández Roberto s/sumario" del 26/02/1992; ídem, "Cencosud S.A. c. Molinari, Marta Alicia s/ordinario" del 28/10/1994; CNCiv., Sala "E", "Cenconsud S.A. c. Mercedes Confecciones S.A. y otros s/ desalojo, 30/10/2001, del 30/10/2001; ídem, esta Sala, "Alto Palermo S.A. c. Adba, Miguel s/ preparación de la vía ejecutiva", R. 459627, 459.627 entre otros).

Por ello, serán desestimadas las quejas vertidas por la accionante y se confirmará la resolución en crisis.

V. Las costas de la Alzada se impondrán en el orden causado, en atención a la existencia de precedentes divergentes a la solución aquí dispuesta (art. 68, segundo párrafo del Código Procesal).

Por estas consideraciones y oído el Sr. Fiscal de Cámara, el Tribunal resuelve: Confirmar resolución de fs. 441/443, con costas de Alzada por su orden. Regístrese, notifíquese al Sr. Fiscal y oportunamente devuélvase. La doctora De los Santos no suscribe por hallarse en uso de licencia (Resol. N° 126/15, del 11/02/2015, art. 14 del RLJN-Ac. 34/77 y 12/04 de la CSJN). – *Elisa M. Díaz de Vivar. – Fernando Posse Saguer.*

## ¿CUÁNDO RESULTA COMPETENTE LA JUSTICIA COMERCIAL PARA ENTENDER EN UNA DEMANDA DE DESALOJO O COBRO DE ALQUILERES?

por RÓMULO A. ROJO VIVOT

### I. INTRODUCCIÓN

En la causa “Alto Palermo S.A. v. Páez María Constanza s/ ejecución de alquileres (expte. 51289/2015)”, la actora en calidad de única propietaria de un Centro Comercial suscribió con la demandada un contrato mediante el cual le confirió el derecho no exclusivo para la comercialización de indumentaria en uno de los locales comerciales. Al haber incurrido en mora en el cumplimiento de obligaciones contractualmente asumidas, la actora promovió demanda por cobro ejecutivo de alquileres.

La Sala M de la Cámara Nacional en lo Civil por fallo dictado el 23 de febrero de 2015 confirmó la sentencia dictada en primera instancia declarando la competencia de la justicia comercial para continuar entendiendo en el juicio.

Para así decidir sostuvo que la relación jurídica que vinculó a las partes no es un contrato de locación típico. Ello en razón de dos argumentos sustanciales: por un lado, que los contratantes están sujetos una serie de deberes que exceden la relación locativa, y por el otro, que en el contrato se establecen pautas especiales para la determinación del precio que hacen al giro comercial habitual de ambas partes.

De ello concluye que se trata de un negocio complejo relativo al uso y goce de un local comercial entre lo que se destaca como característica principal la participación (Derecho de admisión) y colaboración (derecho de continuidad) de las partes en el negocio de la otra.

Desde dicha óptica, el Tribunal sostuvo que la cuestión litigiosa no se circunscribía únicamente al reclamo efectuado a raíz de un simple contrato de locación, sino por el incumplimiento de un contrato sometido a reglas distintas que exceden el ámbito de la competencia del fuero civil.

Lo resuelto por el Tribunal es a todas luces acertado, por lo que no puedo sino compartir estos conceptos dentro de la atipicidad del contrato. Las especiales características del contrato celebrado entre las partes y su particular naturaleza, impiden catalogarlo como un típico contrato de locación de inmueble sujeto al exclusivo y excluyente conocimiento de la justicia nacional en lo civil. En efecto, si se examinan las obligaciones que existen en estos vínculos, claramente exorbitan ampliamente la causa típica de la locación, convirtiéndolos en un contrato atípico.

Por lo demás se trata del mismo criterio que adoptó la Corte Suprema de Justicia de la Nación y todas las Salas de la Cámara Nacional en lo Comercial, en los que se plantearon análogas situaciones a las del fallo en comentario<sup>1</sup>.

## II. DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA EN RAZÓN DE LA MATERIA

La determinación de la competencia tiene su origen y fundamento en la necesidad de distribuir el trabajo entre los numerosos órganos que componen el Poder Judicial. Esta distribución obedece a razones objetivas y subjetivas y dada nuestra forma federal de gobierno, también atiende a la distinta competencia de la Nación y de las Provincias<sup>2</sup>.

En lo referente a la organización de la Justicia Nacional, rige el dec.-ley 1258/1958 que ha tenido a través del tiempo diversas reformas. El art. 43, texto ley 24.290, dispone que los Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Civil de esta Capital conocerán en todas las cuestiones regidas por las leyes civiles cuyo conocimiento no haya sido expresamente atribuido a los jueces de otro fuero. Lo concerniente a la competencia de los jueces comerciales está contemplado en el art. 43 bis de la citada norma.

También cabe señalar que una adecuada hermenéutica del art. 43 bis, inc. c) del dec.-ley 1285/1958 conduce a concluir que la Justicia comercial es competente para entender en todos los procesos derivados de contratos de locación de obra, de servicios y de contratos atípicos a los que resulten aplicables las normas relativas a aquéllos, cuando el prestador o locador sea un comerciante matriculado o una sociedad mercantil<sup>3</sup>.

La competencia en razón de la materia orienta la distribución de las causas entre jueces de distintas especialidades atendiendo a un criterio objetivo. A los efectos de su determinación debe analizarse, en primer término, el objeto de la pretensión teniendo en cuenta los hechos tal cual el actor los expone en la demanda. Luego, y sólo en la medida en que se aadecue a ellos, debe estarse al derecho que se invoca como fun-

<sup>1</sup> “Cuestión de competencia en los contratos de Shopping Center. Criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, Buenos Aires, LL 2014-1, p. 157.

<sup>2</sup> Fassi - Yáñez, Código Procesal Civil y Comercial, Comentado, Anotado y Concordado, t. 1, p. 17.

<sup>3</sup> Corte Sup., 10/3/1992, “Baspineiro, Félix Ireneo v. Exden S.A. s/ sumario” Competencia 230. XXIII., T. 315, p. 262. C. Nac. Com., Sala D, 19/6/2015, “Di Grigoli, Ezequiel Emilio v. OSDE s/ Repetición (Expte. 1695/2014)”. C. Nac. Com., Sala B, 30/9/2013, “Cencosud S.A. v. Wing Flash S.A. s/ Ordinario (Expte. 13617/2013)”. C. Nac. Com., Sala B, 27/9/2012, “Jumbo Retail Argentina S.A. v. Pedro, Vilma Beatriz s/ Ordinario (Expte. 10701/2012)”. C. Nac. Com., Sala B, 27/9/2012, “Jumbo Retail Argentina S.A. v. Aramburu, Virginia Inés s/ Ordinario”.

damento de la pretensión, procurando determinar la naturaleza de la relación jurídica que vínculo a las partes (arts. 4º y 5º del Código Procesal)<sup>4</sup>.

Es decir que el principio rector para decidir es el de atender el carácter de la pretensión, a la naturaleza del acto que la originó y a las normas que lo regulan. Para su distribución según el criterio objetivo, el aspecto que fundamentalmente debe tenerse en cuenta es la naturaleza jurídica de la relación sustancial en que se basa la pretensión<sup>5</sup>.

## 1. Carácter de la pretensión

Partiendo de tales premisas cuadra señalar que de la exposición fáctica contenida en el escrito inaugural del proceso se desprende que la propietaria del Centro Comercial otorgó a la demandada el derecho para la comercialización de indumentaria en un local comercial. Ante la falta de pago del canon pactado, la actora promovió demanda de cobro de pesos contra la locataria y los fiadores.

Del contrato suscripto entre las partes surge que las mismas han calificado expresamente como contrato de locación a la relación entablada. Al respecto corresponde establecer que no resulta decisiva la denominación de la relación jurídica entre las partes ni los alcances que éstas le otorgan, sino su contenido real, pues de lo contrario el rigorismo formal cedería ante la verdad objetiva. Lo que determina la figura contractual no es su denominación sino su contenido.

## 2. Naturaleza jurídica de la relación contractual

No hay duda que en los contratos de locación de cosas resulta competente el Fuenro Civil. Ahora bien, dada la complejidad y las nuevas modalidades empresariales derivadas del sistema de explotación comercial organizadas en la forma de "Centro Comercial" o "Shopping Center", la naturaleza jurídica del contrato no es subsumible estrictamente en la estructura de una simple locación<sup>6</sup>.

Pretender encuadrar a los contratos de shopping center dentro del de locación de cosas no refleja la realidad, pues sus cláusulas contemplan cuestiones que exceden a ese contrato típico, nominado, pensado y estructurado para otra realidad.

a) La finalidad de un shopping center surge explícito de sus mismas cláusulas contractuales: reunir en un mismo lugar la mayor cantidad posible de actividades, distribuyendo los diversos ramos de comercio y servicios, según una planificación técnica resultante de estudios especializados sobre las preferencias del consumidor, tendientes

<sup>4</sup> Corte Sup., 8/8/1996, "Pacífico, Cayetano Victorino v. Provincia de Córdoba y otra (Expte. P.96. XXXI)" t. 319, p. 1407". Corte Sup., 18/12/1990, "Santoandré, Ernesto v. Estado Nacional (Ministerio del Interior) s/ daños y perjuicios", Competencia 352. XXIII, t. 313 p. 1467. Corte Sup., 6/6/1989, "Caputo, Antonio L. v. Corp. Mercado Central de Bs. As. s/ cobro", Competencia 502. XXII, t. 312, p. 808, entre otros.

<sup>5</sup> Palacio, Lino, Derecho Procesal Civil, t. II, Abeledo-Perrot, 1969, párr. 161 y ss.

<sup>6</sup> C. Nac. Com., Sala A, 3/7/2014, "Cencosud S.A. v. Saint Martin Group S.R.L. s/ Ordinario (Expte. 7846/2014)". C. Nac. Com., Sala E, 18/2/2013, "Jumbo Retail Argentina S.A. v. Moyano, Valeria Vanina s/ Ordinario (Expte. 30559/2012)"

a brindarle el mayor confort y máximo estímulo, facilitándole la elección, adquisición y uso de los bienes y servicios que en él se ofrecen<sup>7</sup>.

Todo aquel que ha tenido oportunidad de concurrir a un shopping center habrá advertido que por sus características es un lugar atractivo y confortable para realizar compras. A ello se suma que los locales se encuentran abiertos en horarios extendidos, manteniéndose el aseo y la seguridad dentro del complejo de manera permanente; sus locales son decorados con buen gusto y se muestran vidrieras que exhiben cuidadosamente la mercadería; sus diferentes estructuras y ambientes son uniformemente diseñados, con vías de circulación y ambientes espaciosos; cuentan con aire climatizado, baños confortables, guardias de vigilancia y estacionamiento para vehículos. El espectro de productos y servicios que se ofrecen es muy amplio y las grandes firmas comerciales se encuentran presentes en todos estos centros comerciales, lo que evidencia su importancia y diversidad de negocios que se generan en su entorno.

Va de suyo que la implementación de este tipo de emprendimientos, que requiere de importantes inversiones (vgr. estudios de mercado, elaboración del proyecto y su aprobación ante las autoridades competentes, compra del terreno, construcción del centro comercial, estructura de la gestión comercial, administración, etc.), no puede ser librada al devenir de los acontecimientos, sino que debe responder a un plan de acción previo y coordinado<sup>8</sup>.

El shopping center, por sus propias características, constituye un conjunto de bienes corporales e incorporales, muebles e inmuebles ordenados a la optimización de las actividades comerciales que en él se desarrollan. Ello requiere una adecuada distribución de los distintos rubros de comercios y servicios (*tenant-mix*), la actuación simultánea e ininterrumpida de sus diversas actividades en días y horarios determinados, y el cumplimiento por parte de todos los empresarios y terceros vinculados al proyecto de un conjunto de normas tendientes a optimizar sus resultados y procurar la excelencia en calidad, confort, atención al público, higiene y seguridad. Todo ello demanda una planificación, coordinación y administración centralizada.

b) El sistema para poder funcionar necesita de la estricta aplicación de determinadas reglas que indispensablemente deben ser aceptadas por los que tengan interés en incorporar su negocio al emprendimiento. Tal es así que quienes ingresan al centro comercial para la explotación de uno de sus locales, asumen obligaciones tales como las de: (i) mantener el local abierto en los horarios dispuestos por el Centro Comercial,

<sup>7</sup> C. Nac. Civ., Sala H, 13/10/1997 "Alerse SRL v. Carrefour Argentina SA", LL 1998-E-566: (...) la finalidad del "shopping center" es congregar en un mismo local un número adecuado de actividades empresariales, distribuyendo los diferentes ramos de comercio y servicios según una planificación técnica precedida de estudios sobre las preferencias y vocaciones del consumidor destinado a dar a esté mayor confort y el máximo estímulo, facilitándole la elección y adquisición de bienes y servicios, concluyendo que el motivo del contrato es la funcionalidad, organización y atracción ejercida sobre el público.

<sup>8</sup> C. Nac. Civ., Sala H, 22/9/1994, "Carrefour S.A. v. Kids and Co S.R.L.", LL 1995-C-18: En dicho pronunciamiento, con todo acierto, se señaló que "(...) no debe olvidarse que el emprendimiento comercial llevado adelante por el centro comercial, necesariamente implica la coordinación de múltiples factores, ya sea comerciales, arquitectónicos, estéticos o de servicios, que se hubieran visto seriamente dificultados en un marco de pleno individualismo contractual, al punto de haber imposibilitado la puesta en práctica del emprendimiento.

(ii) contar con equipos de venta especializados, (iii) permitir la intervención de la administración del Centro Comercial en la presentación y decoración del local, (iv) mantener los locales asignados en perfecto estado de conservación, seguridad, higiene, aseo y temperatura, (v) destinar el local asignado al desarrollo de las actividades previstas en los respectivos contratos, no pudiendo utilizarlo para fines distintos a los pactados, aun cuando habilitación municipal alcanzara otras actividades o giros comerciales, (vi) el pago íntegro y oportuno del precio estipulado que está determinado por un valor mensual ajustable, más un valor porcentual de las ventas efectuadas, (vii) declarar el monto total de las ventas brutas y netas, (viii) participar en la distribución de los gastos comunes y directos, (ix) contribuir a solventar las campañas de promoción y publicidad institucional del Centro Comercial, (x) cumplir con el reglamento interno que contiene las normas generales de seguridad, disciplina y funcionamiento del shopping center, entre otras.

Por lo demás, si se analiza el contenido del contrato se advierte también un meticoloso desarrollo de todo lo vinculado a la construcción del centro comercial, superficies construidas y sus áreas de venta, distintos tipos de locales. Está también reglamentando el uso de las playas de estacionamiento, requisitos que deben cumplir los vehículos de quienes explotan los locales. Otro tanto cabe decir respecto de la utilización de los espacios comunes, seguridad, vigilancia, horarios de carga y descarga de mercaderías. También se prevé la fijación de días y horarios especiales, buscando hacerla coincidir con épocas especiales del año o con campañas de marketing o promoción.

Por otro lado, el organizador tiene facultades disciplinarias y el derecho a ingresar a los locales a fin de verificar las condiciones de higiene y limpieza, pudiendo tomar exámenes de bromatología, efectuar desinfecciones o fumigaciones, sin perjuicio de la aplicación de las multas que pudieran corresponder.

La relación entre los co-contratantes, demás está decirlo, no se agota en el alquiler de los locales. El uso y goce del local es un elemento más de una operatoria compleja.

Todas éstas son pautas de comportamiento que dan identidad propia y que asumen, aceptan y adoptan aquellos que se disponen a poblar el shopping con sus comercios.

Su observancia reviste particular importancia ya que su cumplimiento beneficia al interés común de todos los empresarios que explotan su negocio dentro del predio, como medio indispensable para contribuir al prestigio del shopping y a la aceptación de clientela atraída por la gran variedad de artículos en oferta. Debe tenerse clara conciencia y aceptarlo que el público, en general, no concurre a un comercio o a otro sino que el atractivo, lo convocante, es el shopping. De ahí la necesidad indispensable de que todos los que explotan locales comerciales dentro del shopping center se atengán estrictamente a las normas de funcionamiento comunes que les permitan brindar el mejor servicio a los consumidores y obtener los mejores resultados de su explotación comercial<sup>9</sup>.

Lo expuesto está claramente vinculado con la finalidad del centro comercial, de la que antes hice referencia y que aparece definida en los contratos.

<sup>9</sup> Martorell, Tratado de Derecho Comercial, t. IV, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 527 y ss. C. Nac. Com., Sala D, 5/12/2012, "Cencosud S.A. v. Gareñani, Mariana s/ ordinario (Expte. 16452/12 - causa 59485)". C. Nac. Civ., Sala M, 19/7/2006, "Alto Palermo S.A. v. Abda, Miguel s/ preparación vía ejecutiva", ED 220-34.

c) Al menos según mi opinión, no cabe otra conclusión que se trata de un contrato atípico o innominado (art. 970 del CCiv.yCom. Nación) que hace propios, en algunos aspectos, disposiciones del contrato de locación de cosas y locación de servicios. Por otro lado, tiene algunos aspectos propios de un vínculo de colaboración para el cumplimiento de las normas de funcionamiento del centro comercial. De tal modo, las partes actúan en un plano de coordinación a fin de garantizar el funcionamiento eficiente, uniforme y homogéneo del sistema con el objeto de facilitar, desarrollar e incrementar el resultado de sus actividades.

No basta que uno o algunos de los elementos de un contrato se ajusten en uno o más elementos de un contrato nominado para considerarlo como tal, sino que la regulación debe involucrar todo el contrato en su conjunto. Cuando la figura contractual a la que nos referimos no calza en ningún tipo contractual recogido por nuestro ordenamiento jurídico; cuando la relación jurídica que genera está compuesto por obligaciones combinadas, de tal manera que hay una cierta originalidad, y que el repertorio de contratos contenidos en el sistema legal se revela insuficiente para normarlo, es cuando debemos hablar de un contrato innominado.

Al ingresar a un esquema unificador y común a todo el complejo, termina por generarse una relación contractual de características eminentemente propias. La naturaleza de las obligaciones que asumen quienes explotan los locales comerciales, poco o nada tienen que ver y en todo caso exorbitan los deberes que son comunes en un contrato de locación.

d) Está claro que todo cuanto se expone tiene apoyo en distintos pronunciamientos, de los que seleccionaré algunos a título de ejemplo. A ello agrego que en algún caso haré referencia, a riesgo de fatigar al lector, al contenido de los planteos, con el fin de ilustrar sobre las particularidades de los casos e interpretación dada a contratos de shopping center u otros análogos.

Al respecto no puedo dejar de mencionar el fallo dictado con fecha 4 de julio de 2014 por la Secretaría General n. 1 del Tribunal de Superintendencia de la Cámara Civil en la causa “Alto Palermo S.A. v. BMF S.A. s/ Ejecución de alquileres (Expte. 90746/2013)”. En dicho pronunciamiento se señaló que no se trata de un contrato de locación de inmueble sujeta a la competencia civil, dado que su objeto está destinado a una explotación comercial, y el precio estipulado está determinado por un valor mensual mínimo asegurado con un valor porcentual de las ventas efectuadas, a lo que agrega el control de la actividad desarrollada por parte del centro comercial. Ponderó que tales elementos no constituyen características que lo definan como un contrato de locación de inmueble, lo que determina la competencia mercantil para entender en la cuestión<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Tribunal de Superintendencia de la Cámara Civil, Secretaría General n. 1, 25/2/2015, “Westall Group S.A. v. Foods Land S.A. s/ Ejecutivo (Expte. 21629/2014)”. C. Nac. Civ., Sala L, 27/5/2013, “La Greca, Violeta Liliana v. Cincuenta y Uno Cero Ocho S.A s/daños y perjuicios (Expte. 96.089/09)”. C. Nac. Civ., Sala E, 6/10/2011, “Inc S.A. v. Cook Food S.A. s/ Desalojo por vencimiento de contrato (Expte. 17763/2011)”. C. Nac. Civ., Sala L, 6/12/2007, “Alto Palermo S.A. (APSA) v. Tribunal S.A.”. C. Nac. Civ., Sala M, 19/7/2006, “Alto Palermo S.A. v. Abda, Miguel s/ preparación vía ejecutiva”. C. Nac. Civ., Sala E, 16/8/2002, “Shopping Alto Palermo S.A. v. El bien S.A. y otro”. C. Nac. Civ., Sala E, 30/10/2001, “Cencosud S.A. v. Mercedes Confecciones S.A. s/ Desalojo”, JA 2002-I-148.

La Sala A de la Cámara Nacional en lo Comercial por fallo dictado el 3 de julio de 2014 en los autos “Cencosud S.A. v. Saint Martin Group S.R.L. s/ Ordinario (expte. 7846/2014)”, sostuvo que el sometimiento por parte de la locataria a un sistema que regula la forma de integración del canon estipulado (cuyo monto se fija con base en un porcentaje de facturación), el sometimiento a un control por parte de la locadora, la determinación de promociones especiales, seguridad, vigilancia, publicidad, asunción de riesgo empresarial –entre otros requisitos dispuestos en el contrato– no constituyen características que la definan estrictamente como una locación de inmueble<sup>11</sup>.

Menciono también el fallo dictado por la Sala B de la Cámara Nacional en lo Comercial del 30 de septiembre de 2013 en la causa “Cencosud S.A. v. Wing Flash S.A. s/ Ordinario (Expte. 13617/2013)”. La actora promovió una demanda cuyo objeto era la resolución contractual y la restitución de un local de un centro comercial. Al efectuar un análisis del contrato concluyó el tribunal que se trataba de un contrato atípico derivado del sistema de explotación comercial organizado en la forma de “centro comercial” o “shopping center”. Se hizo también referencia a la composición del precio estipulado, determinado por un valor mínimo asegurado al que adiciona un valor porcentual de las ventas efectuadas, así como también al sometimiento de un control por parte del centro comercial y al pago de un “fondo de promociones colectivas”, características ajenas a un contrato de locación<sup>12</sup>.

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

Del mismo modo, se ha sostenido que no puede soslayarse la actividad de los co-contratantes cuando está organizada como empresa estructurada bajo la forma de sociedad anónima, pues ello permite presumir que la actividad desarrollada se encuentra aprehendida dentro de su objeto social y éste es mercantil<sup>13</sup>. En este orden de ideas, se ha decidido que corresponde entender a la justicia comercial por un cobro ejecutivo de alquileres y desalojo por causal de vencimiento de contrato cuando la re-

<sup>11</sup> C. Nac. Com., Sala A, 16/4/2004, “Cencosud S.A. v. Tirreno S.R.L. s/ Ordinario (Expte. 048973)”. C. Nac. Com., Sala D, 2/8/2013, “Cencosud S.A. v. GCM Group S.A. s/ Ordinario (Expte. 11146/2013)”. C. Nac. Com., Sala F, “Cencosud S.A. v. Chocurei S.A. s/ Ordinario (Expte. 29094/2011)”.

<sup>12</sup> C. Nac. Com., Sala C, 31/5/2002, “Entretenimientos S.A. v. Formedi S.A. s/ Amparo”. C. Nac. Com., Sala E, 18/2/2013, “Jumbo Retail Argentina S.A. v. Moyano, Valeria Vanina s/ Ordinario (Expte. 30559/2012)”.

<sup>13</sup> C. Nac. Com., Sala A, 3/7/2014, “Cencosud S.A. v. Saint Martin Group S.R.L. s/ Ordinario (Expte. 7846/2014)”. C. Nac. Com., Sala F, 11/10/1012, “Cencosud S.A. v. Chocurei S.A. s/ Ordinario (Expte. 30337/2011)”. C. Nac. Com., Sala D, 27/8/2012, “Jumbo Retail Argentina S.A. v. Abrate, Sergio José s/ ordinario (Expte. 32764/2011)”. C. Nac. Com., Sala D, 4/7/2012, “Cencosud S.A. v. Faint Claire S.R.L. s/ ordinario (Expte. 059032)”. C. Nac. Civ., Sala L, 6/12/2007, “Alto Palermo S.A. (APSA) v. Tribunal S.A.”. C. Nac. Civ., Sala M, 19/7/2006, “Alto Palermo S.A. v. Abda, Miguel s/ preparación vía ejecutiva”. C. Nac. Com., Sala E, 27/6/2003, “Argentimo S.A. v. Frávega S.A.”, LL 2003-F-143.

lación habida entre las partes contiene previsiones y modalidades que se relación con la actividad comercial de las partes<sup>14</sup>.

### 3. El derecho como fundamento de la pretensión

Al hacer referencia a las reglas aplicables a los contratos innominados, el art. 970 del CCiv.yCom. Nación señala que el principio rector debe ser el respeto de la voluntad expresa o tácita de las partes. Si éste no fuera claro o no bastare por él para resolver el caso, habrá que aplicar normas generales sobre contratos y obligaciones, los usos y costumbre del lugar de celebración y las reglas relativas a los contratos típicos más afines al innombrado de que se trata<sup>15</sup>.

Así como el contrato de locación concluye, entre otras causales, por el vencimiento del plazo acordado (art. 1217 inc. a] del CCiv.yCom.) o por la falta de pago de la prestación dineraria convenida (art. 1219 inc. c] del CCiv.yCom.) y el locador puede pedir la restitución del inmueble (art. 1223 del CCiv.yCom.), lo mismo ocurre en el caso, donde se está frente a un contrato atípico o innominado, señalándose que dichas disposiciones son aplicables al caso por tratarse del contrato más afín en lo que es materia de consideración.

Por otro lado, la naturaleza y el carácter del acuerdo orientado al desarrollo de una explotación mercantil no puede ser desvirtuado por la circunstancia de que una vez concluido se reclame la restitución del local<sup>16</sup> y/o sumas que integran el monto del concepto canon<sup>17</sup>. Por lo demás, la decisión convencional de aplicar normas propias del proceso de desalojo regulado en el Código Procesal nada tiene que ver con la competencia sino en su caso con el procedimiento.

i) Y es así que en el fuero Comercial se aceptó en distintos planteos, la posibilidad de promover la acción tendiente al recupero de los locales por vencimiento del contra-

<sup>14</sup> Tribunal de Superintendencia de la Cámara Civil, Secretaría General n. 1, 25/2/2015, "Westall Group S.A. v. Foods Land S.A. s/ Sumarísimo (Expte. 21625/2014)".

<sup>15</sup> Borda, Guillermo, Obligaciones, t. II, Abeledo Perrot, 1971, p. 139, n. 1191.

<sup>16</sup> C. Nac. Com., Sala B, 30/9/2013, "Cencosud S.A. v. Wing Flash S.A. s/ Ordinario (Expte. 13617/2013)". C. Nac. Civ., Tribunal de Superintendencia, 10/9/2013, "Hotel y Spa Cañuelas S.A. v. Moreira, María Inés s/ Desalojo". C. Nac. Com., Sala D, 4/7/2012, "Cencosud S.A. v. Faint Claire S.R.L. s/ ordinario (Expte. 059032)". C. Nac. Com., Sala A, 16/04/2012, "Cencosud S.A. v. Tirreno S.R.L. s/ Ordinario (Expte. 048973)". C. Nac. Civ., Sala E, 6/10/2011, "Inc S.A. v. Cook Food S.A. s/ Desalojo por vencimiento de contrato (Expte. 17763/2011)". C. Nac. Civ., Sala E, 30/10/2001, "Cencosud S.A. v. Mercedes Confecciones S.A. s/ desalojo", JA 2002-I-148. C. Nac. Com., Sala B, 12/4/2000, "Liebre Patagónica S.R.L. v. Asesores Empresarios Corp. S.A. s/ sumario". C. Nac. Com., Sala D, 26/2/1992, "Cencosud S.A. v. Fernández, Roberto s/ sumario". C. Nac. Com., Sala D, 24/4/1991, "Muscio de Petrone, Matilde v. Piñeiro, Enrique Luis s/ sumario".

<sup>17</sup> Tribunal de Superintendencia de la Cámara Civil, Secretaría General n. 1, 25/2/2015, "Westall Group S.A. v. Foods Land S.A. s/ Ejecutivo (Expte. 21629/2014)". C. Nac. Com., Sala A, 12/8/2014, "Showcenter S.A. v. Compañía Ranom S.A. y otro s/ Ejecutivo (Expte. 25101/2013)". C. Nac. Com., Sala A, 3/7/2014, "Cencosud S.A. v. Saint Martin Group S.R.L. s/ ordinario (Expte. 7846/2014)". C. Nac. Com., Sala F, 11/10/2012, "Cencosud S.A. v. Chocurei S.A. s/ Ordinario (Expte. 30337/2011)".

to, antes de su vencimiento sobre la base de lo convenido conforme el procedimiento establecido en el art. 688 del Código Procesal.

Así menciono la causa “Cencosud S.A. v. Dakota S.A. s/ ordinario (Expte. 054284)” que trámító por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n. 18 Secretaría 36. La demanda se promovió el 21/9/2009 como proceso ordinario y se solicitó la condena de futuro conforme el procedimiento establecido en el art. 688 del Código Procesal. Se mencionó que con fecha 30/9/2008 se celebró un contrato con un plazo de vigencia de 12 meses por lo que vencía el 16/10/2009. La demandada se allanó y restituyó el local.

En igual sentido menciono la causa “Cencosud S.A. v. Rivoa S.R.L. s/ Ordinario (Expte. 050305)”, que trámító por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n. 22 Secretaría n. 44, y la causa “Cencosud S.A. v. Forestieri Gentil s/ Ordinario (Causa 098801)”, que trámító en el Juzgado Comercial n. 2 Sec. n. 3.

Debo destacar que en el supuesto señalado se da satisfacción a los principios de economía y celeridad procesal sin quiebre de las garantías del debido proceso porque la ejecución de la sentencia que ordene el desahucio recién se cumplirá una vez acaecido el vencimiento del término<sup>18</sup>.

ii) También se aceptó el desalojo anticipado como medida cautelar consagrado en los arts. 680 bis y 684 bis del Código Procesal.

Tal es así que con fecha 7/11/2012 la Sala D de la Cámara Comercial en los autos “Cencosud S.A. v. Faint Claire S.R.L s/ Ordinario s/ Incidente de medidas cautelares (Expte. 26298/2012)” admitió el pedido de desalojo promovido en los términos del art. 684 bis del Código Procesal encogiéndolo que la magistrado a quo dispusiera lo necesario para cumplimentar el desalojo requerido<sup>19</sup>.

Por otro lado, señalo que con fecha 4/12/2012 en los autos “Cencosud S.A. v. Vision Express Argentina S.A. s/ Medida Precautoria (Expte. 22051/2012)” la Sala F de la Cámara en lo Comercial, admitió el desalojo anticipado por vencimiento del plazo contractual<sup>20</sup>.

Asimismo, por resolución del 30/6/2009 dictada en la causa “Cencosud S.A. v. Aquelar S.R.L. s/ medida cautelar” (Causa 95522) que trámító por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n. 1 Sec. n. 2 se admitió el desalojo anticipado requerido, con cita del fallo de la Sala E de la Cámara en lo Comercial del 23 de febrero de 2009 en la causa “Cencosud S.A. v. Pizza Kitchen S.R.L.” que resolvió que no existía impedimento alguno en aplicar la normativa a los contratos atípicos.

En fecha reciente, el Juzgado Nacional en lo Comercial n. 11 Sec. n. 21 por resolución dictada con fecha 15/7/2014 en los autos “Cencosud S.A. v. Valni S.A. s/ Ordinario s/ Medida Cautelar (Expte. 105758/2014)”, en los términos del art. 684 bis del CÓ-

<sup>18</sup> Morello, Sosa y Berizone, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial (...)*, t. VII-B, Librería Editora Platense – Abeledo Perrot, 1999, p. 18.

<sup>19</sup> C. Nac. Com., Sala D, 30/4/2009, “Cencosud S.A. v. Marego S.R.L. s/ Incidente de Medidas Cautelares (Expte. 052850)”. C. Nac. Com., Sala D, 24/5/2011, “S.A. Alba Fábrica de Pinturas, Esmaltes y Barnices v. Golkan S.R.L. s/ desalojo s/ incidente de medidas cautelares”.

<sup>20</sup> C. Nac. Com., Sala F, 3/5/2011, “Cencosud S.A. v. López de Portieri, Alicia s/medida precautoria (Causa 098101 - Expte. 005111/11)”.

digo Procesal dispuso el lanzamiento de la demandada, subinquilinos y ocupantes de un local comercial ubicado dentro de un shopping center<sup>21</sup>.

El peligro en la demora –que no es en estos supuestos un presupuesto ineludible– cabe presumirlo de la privación del ejercicio pleno del derecho de propiedad a quien resulta ser titular del dominio del inmueble afectado a una ocupación supuestamente ilegítima<sup>22</sup>.

Se ha dicho que es el proceso de desalojo la vía instrumental para obtener la restitución del bien<sup>23</sup> y los arts. 680 y ss. del Código Procesal hacen viable la acción de desalojo en casos como el presente<sup>24</sup>. También se ha destacado que la enumeración es meramente enunciativa y se puede decir, a modo de conclusión, que en general pueden promover proceso de desalojo todos aquellos que tenga un derecho a recuperar total o parcialmente la detención de un bien inmueble<sup>25</sup>.

### III. FALLOS DEL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

He dejado para el final la mención a los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los que se dirimió la competencia en contratos atípicos.

En la causa “Inc S.A. v. Cook Food S.A. s/ Ordinario”, por fallo dictado el 10 de julio de 2012 la CSJN declaró que era competente el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial para conocer en la acción de desalojo de un local ubicado dentro de un centro comercial (Competencia n. 113, XLVII).

Estimo conveniente efectuar una breve síntesis del caso y a tal efecto señalo que el proceso fue iniciado en un Juzgado Civil que se declaró incompetente y ordenó su remisión a la Justicia Comercial. La actora apeló la decisión y la Sala E de la Cámara Nacional en lo Civil confirmó el pronunciamiento de la instancia anterior con fundamento en que el contrato que une a las partes no es una simple locación de inmuebles, sino un contrato de colaboración organizado en la forma de “centro comercial” o “shopping center”, dado que de sus cláusulas y anexos surge que su objeto está destinado a una explotación comercial, que el precio estipulado está determinado por un valor mensual mínimo asegurado por un porcentual de las ventas efectuadas y que se prevé un control por parte del

<sup>21</sup> Juzg. Nac. Com., n. 5, Sec. n. 9, 25/4/2014, “Cencosud S.A. v. Gilmer S.A. s/ Ordinario s/ Incidente de Medidas Cautelares (Expte. 68642/2014)”. Juzg. Nac. Com., n. 2 Sec. n. 4, 3/9/2013, “Cencosud S.A. v. Alsite S.R.L. s/ Ordinario s/ Incidente de medidas Cautelares (Causa 100068)”. Juzg. Nac. Com., n. 7 Sec. n. 14, 29/7/2013, “Cencosud S.A. v. Chocurel S.A. s/ Ordinario s/ Incidente de medida cautelar (Causa 094119)”. Juzg. Nac. Com. n. 21 Sec. n. 42, 31/3/2011, “Cencosud S.A. v. Pixer S.A. s/ Ordinario s/ Medida Cautelar (Causa 53261)” Juzg. Nac. Com., n. 15 Sec. n. 29, 16/7/2014, “Cencosud S.A. v. GCM Group S.A. s/ Ordinario (Expte. 100099/2013)”.

<sup>22</sup> C. Nac. Civ., Sala C, 29/10/2002, “Gras, Guillermo Osvaldo v. Favieri, Juan Carlos s/ desalojo (expte. 360176)”. C. Nac. Com., Sala F, 4/10/2012 “Cencosud S.A. v. Visión Express Argentina S.A. s/ medida precautoria”. Kielmanovich, Jorge, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Anotado, t. II, Buenos Aires, 2005, p. 1087.

<sup>23</sup> Borda, Guillermo, Contratos, t. I, Abeledo Perrot, 1969, ps. 583 y 626, ns. 793 y 856.

<sup>24</sup> Fenochietto - Arazi, Código Procesal Civil y Comercial (...), t. 3, p. 363.

<sup>25</sup> Salgado, Joaquín, Locación, comodato y desalojo, La Rocca, 1992, p. 282. Gastaldi, El contrato de concesión privada, Astrea, 1974, ps. 300/302.

centro comercial. Agregó el tribunal que el carácter comercial del contrato no se desvirtúa por la circunstancia de que una vez concluido se reclame la restitución del local asignado.

A consecuencia de lo resuelto, el expediente fue remitido al fuero Comercial y el Juzgado al que fue asignado, no aceptó lo resuelto por la Sala E de la Cámara Civil, por lo que aquél fue enviado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que resolviera en definitiva.

El Procurador Fiscal compartió lo expresado por la Sala E de la Cámara Civil y sostuvo que el uso y goce del local es un elemento más de una operatoria compleja, razón por la que consideró que la relación jurídica que vinculó a los litigantes excede ampliamente el marco de un contrato de locación urbana. Asimismo, resaltó el carácter de comerciante de ambas partes y el fin del bien locada, relativo al giro de un negocio mercantil organizado en el caso particular en un centro comercial. La Corte Suprema de Justicia hizo suyo el dictamen del Procurador.

En igual sentido menciono la causa "Unity Oil S.A. v. Golo Kids S.A. s/ desalojo y otras causales"<sup>26</sup>. De conformidad con lo dictaminado por la procuradora Fiscal, con fecha 22 de mayo de 2010 la CSJN declaró que era competente el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial para conocer en la acción de desalojo, ejecución de alquileres y daños y perjuicios (Competencia n. 977, XLV). Se resaltó el carácter de comerciante de ambas partes y el fin del bien locada relativo al giro de un negocio comercial.

Finalmente, en los autos "San Martín Express SA v. Brightstar Fueguina SA s/desalojo por vencimiento de contrato (Expte. C. 156. XLIX. Com)", por fallo dictado el 8 de octubre de 2013 la Corte resolvió que resultaba de aplicación –en lo pertinente– la doctrina de los fallos antes mencionados (Competencia n. 113, XLVII y Competencia n. 977, XLV), a cuyos fundamentos y conclusiones se remitió en razón de brevedad. En el caso se trató de una acción iniciada ante la Justicia Nacional en lo Comercial con el objeto de obtener el desalojo por vencimiento contractual de un inmueble que fue dado en leasing, destinado a su uso comercial. Fundó su pretensión en normas del Código Civil y en la ley 25.248.

La mejor orientación para alisar un territorio ondulado y quebradizo, será atender en jurisdicción y competencia a los parámetros que predica el Alto Tribunal. En fecha reciente, la Sala F de la Cámara Comercial por fallo dictado el 18/9/2014, en la causa "Jumbo Retail Argentina S.A. v. Da Coba Miguel Ángel s/ Ordinario (Expte. 21768/2014)" determinó que era competente el Fuero Comercial para entender en una acción de resolución contractual y restitución de un local comercial. Para ello se sustentó en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia expuesta en los fallos recién citados<sup>27</sup>.

A ello cabe agregar que en el ejercicio de la función judicial no cabe prescindir de la preocupación por la justicia, no solo en lo referido a la primacía de la verdad jurídico-facultativa.

26 En Doctrina Judicial Procesal, La Ley, año III, nú. 5, junio 2011, p. 29.

27 En igual sentido, C. Nac. Com., Sala F, 18/9/2014, "Jumbo Retail Argentina S.A. v. Da Coba, Miguel Ángel s/ ordinario (Expte. 21768/2014)". C. Nac. Com., Sala A, 12/8/2014, "Showcenter S.A. v. Compañía Ranom S.A. y otro s/ Ejecutivo (Expte. 25101/2013)". C. Nac. Com., Sala D, 2/8/2013, "Cencosud S.A. v. GCM Group S.A. s/ ordinario (Expte. 11146/2013)". C. Nac. Com., Sala E, 18/2/2013, "Jumbo Retail Argentina S.A. v. Moyano, Valeria Vanina s/ Ordinario (Expte. 30559/2012)". C. Nac. Com., Sala F, 11/10/2012, "Cencosud S.A. v. Chocurei S.A. s/ Ordinario (Expte. 30337/2011)". Juzg. Nac. Civ. n. 52, 8/9/2014, "Westall Group S.A. v. Foods Land S.A. s/ Desalojo por vencimiento de contrato (Expte. 21625/2014)".

ca objetiva sino en evitar, contra la justicia, la onerosidad de trámites y tiempos intolerables<sup>28</sup>. Las demoras, trastornos e incertidumbre que generan los conflictos de competencia causan evidentes daños a los litigantes, viéndose privados en la práctica de tener acceso a la justicia.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

Por las razones está aquí expuestas, considero que el contrato de shopping reviste particularidades tales que no permiten encuadrarlo estrictamente en ninguna de las figuras previstas por la legislación de fondo. La pretensión de darle un encuadre preciso, dentro de los contratos típicos, no parece una solución satisfactoria, conforme queda expresado y estimo demostrado.

Es un contrato atípico –innominado según la terminología del Código Civil y Comercial–, que presenta aspectos de distintos contratos, haciendo propios, en algunos aspectos, disposiciones del contrato de locación de cosas y locación de servicios. Por otro lado, tiene aspectos propios de un vínculo de colaboración para el cumplimiento de las normas de funcionamiento del centro comercial.

Tal como quedó expuesto, la empresa organizadora debe efectuar una importante inversión previa que beneficia a los empresarios a los que se les concede el uso de un local para que desarrollen su actividad, y es por ello que aceptan que parte del precio de las ventas que genere su propio negocio formen parte de la retribución que le pagarán a la empresa organizadora. El usuario del local vende a sus clientes los productos cuya comercialización le autoriza el contrato celebrado sin interferencia alguna de la empresa organizadora en este aspecto. Tampoco tiene injerencia en la funcionalidad y organización. Menos aún aportes comunes, participación en las pérdidas, utilidades o beneficios ni *affectio societatis*. En efecto, las partes toman a su cargo los costos y riesgos de su actividad en tanto actúan como empresarios independientes desde el punto de vista jurídico y económico.

Ello sin perjuicio que la merced locativa se integre con un porcentaje de la venta que el empresario abona por la potencialidad comercial que le brinda la organización y funcionamiento del sistema implementado por el shopping center al cual se incorporan. Ese pago nada tiene que ver con el resultado económico del negocio reflejado en el balance y distribuido a los socios que explotan el local<sup>29</sup>.

Lo que determina la figura contractual no es su denominación sino su contenido. Si su análisis permite concluir que contiene matices de distintas figuras, se estará frente a un contrato atípico o innominado (art. 970 del CCiv.yCom.), siendo función del intérprete determinar la normativa aplicable en cada caso concreto, en la medida que no se encuentren expresamente contemplados en el contrato los derechos y obligaciones asumidas por las partes.

<sup>28</sup> Morello, Augusto, *Código Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y Anotados*, t. II-A, Librería Editora Platense – Abeledo Perrot, 1984, p. 28.

<sup>29</sup> Efraín, Richard, "Locación participativa: ¿contrato asociativo?", en *Revista de las sociedades y concursos*, Buenos Aires, Legis-FIDAS, vol. 2011-5, p. 77.