

Responsabilidad del concedente de contratos de distribución por invasiones producidas en zonas otorgadas en exclusividad.

SUMARIO: I.- Planteo del problema; II.- La “Violación de la cláusula de exclusividad” y su estudio; III.- Canales de Comercialización; IV.- Contrato de distribución propiamente dicho (en sentido estricto o restringido); V.- Distinción con otras figuras afines; VI.- Aproximación a la exclusividad como elemento natural del contrato de distribución; VII.- La distribución exclusiva de hecho; VIII.- Aceptación tácita de la oferta; IX.- Marco legal de la cláusula de exclusividad; X.- Obligación del distribuido por la exclusividad acordada; XI.- Invasión por una sociedad relacionada con el distribuido; XII.- Pruebas para demostrar la relación entre ambas empresas; XIII.- Incumplimiento por interpósita persona; XIV.- Teoría del allanamiento de la personalidad jurídica; XV.- Invasión de zona por un tercero distribuidor no relacionado a la concedente; XVI.- Análisis de cuando hubo acuerdo por escrito entre concedente y distribuidor invadido en el que no se pactó cláusula de exención de responsabilidad; XVII.- La cláusula de exención de responsabilidad; XVIII.- Validez de la cláusula de exención de responsabilidad - a) Cuando el incumplimiento de la exclusividad otorgada al distribuidor se produjo por un actuar doloso del concedente y b) Cuando el incumplimiento de la exclusividad otorgada al distribuidor se produjo por un actuar culposo del distribuido; XIX.- Alcances de la invalidez de la cláusula de exención de responsabilidad – Principio de conservación del negocio –; XX.- Análisis de cuando no hubo acuerdo por escrito entre concedente y distribuidor invadido; XXI.- Conclusión.

I.- Planteo del problema

Pocas cosas provocan - *a prima facie* – mayor sensación de injusticia en el ser humano que la obligación de responder por los actos que han sido realizados por terceros.

Sin perjuicio de ello, desde antaño el mundo jurídico ha establecido una serie de preceptos que extienden la responsabilidad de ciertos actos a personas que en un primer momento parecen ajenas al mismo.

Podemos mencionar a mero título ejemplificativo, la responsabilidad de los padres por sus hijos, del principal por el dependiente, de los tutores y curadores por las personas que están a su cargo, y en general cualquier otro tipo de responsabilidad configurada por hechos atribuibles a terceros.¹

El estudio de este trabajo se centrará en determinar si el concedente (productor o importador) de un contrato de distribución de mercadería en sentido estricto es o no

¹ Véase artículos 1114, 1117, 1118, 1119, 1122 del Código Civil.

responsable por las invasiones que realiza un tercero distribuidor de aquel en la zona que el primero le ha sido asignado en exclusividad al distribuidor invadido.

Evadiendo la tentación de caer en facilísimos, consideramos que la solución a este interrogante no es, de modo alguno, simple.

Sobre tal premisa, primero me abocaré a desentrañar la noción de contrato de distribución - en sentido estricto -, para luego avanzar sobre sus caracteres, elementos, naturaleza jurídica, y todos aquellos institutos que nos puedan servir para dilucidar la problemática formulada.

La especificidad del tema, lejos de limitarnos, nos obliga a estudiar la cuestión en profundidad. Ello así, se analizará la forma en que estos acuerdos pueden ser consensuados, la realidad de las partes, sus derechos y obligaciones, la naturaleza jurídica del vínculo y las interpretaciones efectuadas por la doctrina y jurisprudencia, entre otras cuestiones.

Destacamos la importancia de este estudio en virtud de la tendencia que viene patentizándose en los últimos años tanto a nivel nacional como internacional. Esto es, la gran proliferación de este tipo de contratos.

Dicho auge es producto no solo de la creciente complejidad de los procesos de comercialización, los cuales requieren un alto grado de especialización, sino también, de las políticas de expansión asumida por importantes empresas, las cuales actualmente se ven en la necesidad de satisfacer una demanda constante en diversos - y remotos - puntos del país y del mundo.

Cabe aclarar que el análisis que aquí se efectuará, se limita a los conflictos suscitados dentro del ámbito geográfico nacional, dejándose de lado los casos en los cuales la problemática trascienda las fronteras.

II.- La “Violación de la cláusula de exclusividad” y su estudio

La cláusula de exclusividad a favor del distribuidor le otorga a éste la facultad de encargarse en forma exclusiva de la reventa de los productos en una determinada zona

bajo la garantía que no existirá otro que comercialice el/los producto/s dentro de ese territorio.

No cabe duda que la invasión de zona por parte del mismo concedente genera en el distribuidor invadido una acción legítima, aunque cabe destacar que incluso ese universo reconoce excepciones.²

Ahora bien, ¿Qué sucede cuando la intromisión es producida por un tercero ajeno a la relación contractual convenida entre el concedente y el distribuidor invadido?

Es decir, ¿Puede el accionar del invasor, cuya conducta trasciende el actuar de las partes contratantes, generar algún tipo de responsabilidad en el distribuido que no ha participado de dicha intromisión?

¿Hay alguna injerencia en que el acuerdo se haya formalizado o no por escrito?

En resumen, ¿Cumple el distribuido con la exclusividad acordada por el simple hecho de abstenerse de nombrar otros distribuidores en la misma zona o su responsabilidad se prolonga más profundamente teniendo la obligación de efectuar un control y seguimiento sobre lo producido a fin de salvaguardar la zona otorgada en exclusividad?

A todos estos interrogantes nos referiremos a continuación.

III.- Canales de Comercialización

Como remarca la jurisprudencia³, el vocablo “distribución” es, conceptualmente, un término equívoco, ya que podemos encontrar en él una acepción amplia y otra restringida.

² En “Lubri Fil SRL c/ Industrias Famet SA”, dictado por la Cámara Nacional Comercial, Sala E, Editorial La Ley 1991-C página 505, el tribunal entendió que no era procedente el reclamo de la distribuidora invadida por la propia concedente debido a que en autos se verificó la existencia de incumplimientos mutuos. Ello así, y sumado a que según los sentenciantes el contrato estaba “signado por una verdadera precariedad”, se resolvió que el acuerdo había sido rescindido por las partes de mutuo acuerdo.

³ Farina, Juan M., “Resolución del contrato en los sistemas de distribución”, Ed. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2004, página 5.

La primera, también denominada por algunos autores como “contratos de distribución de bienes y servicios” o “canales de comercialización a través de terceros”, encierra figuras de naturaleza contractual tales como la concesión, la agencia, la franquicia, el contrato de distribución en sentido estricto (o de distribución propiamente dicho); y en general todas aquellas actividades de intermediación mediante las cuales una empresa o persona coloca en mercado los bienes y servicios que han sido producidos o importados por otra.

Autores como Marzorati, enmarcan dentro de esta noción amplia a modalidades más complejas como el *commissionario*, el *mediatore italiano* y el *mercantile agent* del derecho inglés.⁴

En lo personal, y a efectos de dirigirme a la acepción amplia, me inclino por utilizar la expresión de “canales de comercialización”, pues dicho vocablo manifiesta a la perfección la idea jurídica-económica de la noción que se acaba de exponer.

Etcheverry⁵ señala que estos canales de comercialización presentan los caracteres que a continuación se detallan:

a) Relación contractual entre dos sujetos jurídicamente independientes: Más allá de la estrecha relación técnica y/o económica que pudiera llegar a existir entre los contratantes, ambas partes son sujetos de derecho jurídicamente independiente. No existe, en principio, entre las mismas, vínculo laboral ni societario.

b) Masividad contractual: Por las características de esta modalidad contractual (que requiere que la distribuidora posea una importante estructura comercial en el lugar en el cual desarrollará su tarea) las empresas concedentes suelen suscribir una multiplicidad de contratos con distintas firmas distribuidoras a efectos que cada una de ellas, dentro de la zona que le ha sido asignada, cumpla su tarea intermediadora de manera cabal y efectiva.

⁴ Marzorati Osvaldo, “El contrato de distribución en el derecho comparado”, Ed. La Ley 1989-E, página 855.

⁵ Etcheverry, Raúl A., “Derecho Comercial y económico. Contratos – Parte especial T. I”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1991 citado por Robledo, Teresita S. e Iribas, Claudia M., “El contrato de distribución”, Ed. La Ley 2000-F, 1348.

c) Colaboración y cooperación: Es de vital importancia que ambas empresas se sometan a un fuerte compromiso de colaboración y cooperación ya que la dependencia económica que cada una de ellas tiene respecto a la otra así lo exige.

d) Permanencia: Estos contratos tienen carácter de permanencia, es decir, se celebran para producir efectos durante períodos prolongados o relativamente extensos. Este carácter de permanencia se patentiza en que si el acuerdo no llegara a cumplirse y respetarse durante un mínimo de tiempo determinado, las partes nunca podrían percibir los beneficios que tuvieron en miras al momento de celebrar el acuerdo.

e) Finalidad: El objeto de estos contratos no es otro que la colocación por parte de la distribuidora de los bienes que la concedente le ha suministrado.

Además de estos caracteres, enunciados por la mayoría de la doctrina, hay autores que señalan otros como: carácter atípico del contrato, de posición dominante, calidad de *intuitu personae*, etc.

IV.- Contrato de distribución propiamente dicho (en sentido estricto o restringido)

Por tratarse de un contrato atípico no nos es posible encontrar una definición legal del mismo, razón por la cual nos remitiremos a las nociones desarrolladas por la doctrina.

Vítolo explica que “es aquel por el cual, generalmente, un productor o industrial concierta el suministro al distribuidor, de uno o más productos determinados, asumiendo este último, entre el plexo de sus obligaciones, la de su colocación en el mercado, actuando en su nombre y su interés, dentro de las condiciones establecidas, y a través de su propia organización.”⁶

Caivano, consigna que “es un contrato en el cual una de las partes (productor o fabricante de una bien determinado) delega en la otra parte (distribuidor) la tarea de una colocación masiva de bienes producidos por aquel, por medio de su propia organización,

⁶ Vítolo, Daniel, “Contratos comerciales”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, página 621.

en una zona geográfica determinada, recibiendo a cambio un porcentaje del precio de venta”.⁷

Cabe, respecto a esta última definición, hacer dos comentarios.

En primer lugar resalto el hecho de haberse hecho mención de la territorialidad, noción que sin lugar a dudas se encuentra subyacente en este tipo de contratos. Subráyese, además, que el autor no se refiere a la exclusividad, sino solamente al área designada por el concedente para que el distribuidor realice la intermediación de los productos. Más adelante volveremos sobre esta idea.

En segundo lugar formulo mi desacuerdo en cuanto a que el distribuidor “recibe a cambio un porcentaje del precio de venta”. Coincido con la doctrina y jurisprudencia mayoritaria en cuanto a que en este contrato no hay mandato alguno que pueda generar una comisión, sino más bien un verdadero suministro del producto que posteriormente se colocará en el mercado.

Desde esta perspectiva, al distribuidor no se le entrega el producto para que éste lo venda a un tercero por cuenta y orden del concedente, sino que el distribuidor adquiere la mercadería para luego colocarla y venderla en el mercado bajo su propia cuenta y orden sin perjuicio que pueda recibir alguna instrucción al respecto.

Ello así, la ganancia del distribuidor no surge de un porcentaje que la empresa productora le otorga, sino del margen de reventa que éste logra obtener entre la compra de la mercadería (que realizó del productor o importador) y la venta de dichos bienes a los terceros.

Marzorati, por su parte, manifiesta que “es un acuerdo por el cual el productor o fabricante conviene el suministro de un bien final - producto determinado – al distribuidor, quien adquiere el producto para proceder a su colocación masiva por medio de su propia organización en una zona determinada. A cambio de ello, el distribuidor recibe del

⁷ Caivano, Roque, “Contrato de distribución”, La ley 1993-B, página 843.

productor un porcentaje - puede ser un descuento - sobre el precio de venta del producto, sin perjuicio de las condiciones relativas a pedidos previos y formas de pago”.⁸

En otras publicaciones, y citando a Perrota manifiesta que “el contrato de distribución en sentido estricto ha sido definido como aquel contrato por el cual el productor o fabricante conviene el suministro de un producto determinado al distribuidor, fijándose un cupo mínimo para que éste proceda a su colocación masiva por medio de su propia organización. El distribuidor compra el producto a un precio fijado por el fabricante y lo revende al consumidor a un precio mayor, es decir, con un margen, habitualmente un porcentaje sobre su costo, que representa su ingreso sobre el precio de venta del producto al consumidor final”.⁹

Asimismo se ha dicho que “el contrato de distribución, nacido de los requerimientos mercantiles actuales, desnaturaliza la compraventa como negocio base; aunque hay una efectiva transmisión definitiva de dominio no es ésta la finalidad tenida en cuenta al formalizar el acuerdo de voluntades, la finalidad es, justamente la intención que este adquirente único, exclusivo, el distribuidor, lleva a cabo del fabricante, para distribuir y vender bienes”.¹⁰

Finalmente completo el cuadro con la definición de Farina, aclarando asimismo que considero a esta ultima como la más acabada y completa. Explica este autor que el contrato de distribución es aquel por el cual “se le otorga al distribuidor el derecho de vender a un sector determinado la mercadería que produce o importa la otra parte (a la que se conoce como “distribuida”), a cuyo efecto ésta queda obligada a suministrarla durante la vigencia del contrato, dentro de las convenciones convenidas o que surjan de la práctica”.¹¹

⁸ Marzorati, Osvaldo, J., “Derecho de los negocios internacionales”, Ed Astrea, Buenos Aires, 1993, página 376.

⁹ Perrota, Salvador y Couso, J. C., “Contrato de distribución” citado por Schiffer en Ed. La Ley, T. 1985-B, página 833, citado por Marzorati Osvaldo, en “El contrato de distribución en el derecho comparado”, Ed. La Ley 1989-E, página 855.

¹⁰ “Zamora Ventas c/ Técnica Comercial Hoy SA”, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, publicado en La Ley 1980-C página 27.

¹¹ Farina, Juan M, “Resolución del contrato en los sistemas de distribución”, Ed. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2004, página 6.

V.- Distinción con otras figuras afines

Sin perjuicio que el objeto de este trabajo verse sobre el contrato de distribución en sentido estricto, deberemos adentrarnos en las nociones, doctrina y jurisprudencia de los contratos denominamos de distribución en sentido amplio, ya que como han puntualizado algunos autores,¹² ciertas implicancias jurídicas de estos contratos pueden aplicarse analógicamente al contrato de distribución propiamente dicho.

a) Concesión

Esta figura presenta marcadas similitudes con el contrato que aquí se estudia: Al igual que en aquel, está inserta la idea de la adquisición de mercaderías por un tercero para que sea éste quien las coloque en el mercado a su cuenta y orden.

Sin embargo, se diferencian en cuanto a las obligaciones específicas que debe afrontar el concesionario: servicio de garantía, *service*, mantenimiento de post venta, etc.

Asimismo pesa sobre el concesionario, entre otras, la obligación de darles a los clientes las especificaciones técnicas sobre el producto e informar al concedente sobre las tendencias del mercado y las posibles necesidades de la clientela.

Farina, explica que “el termino concesión significa, en todos los casos (es decir, tanto en el derecho público como en el derecho privado), un privilegio que una de las partes le otorga a una empresa para lograr, por su intermedio, una participación más eficaz en las ventas o en la prestación de un servicio de carácter general o colectivo”.¹³

Es de destacarse que en este contrato el concesionario enajena en parte su independencia comercial toda vez que el concedente define y controla gran parte de los términos de la comercialización: precios de venta, modo de presentación del producto y del local, etc.

¹² Farina, Juan M., “Resolución del contrato en los sistemas de distribución”, Ed. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2004, página 5, entre otros.

¹³ Farina, Juan M., “Resolución del contrato en los sistemas de distribución”, Ed. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2004, página 8.

Ello así, el concesionario debe cumplir con ciertas pautas impuestas no pocas veces en forma abusiva por la concedente.

Sin perjuicio de las diferencias señaladas, manifestamos que ambos contratos tienen mucho en común, razón por la cual varios autores manifiestan que dichos contratos “son objeto de igual tratamiento por los jueces”¹⁴, explicando que tanto los argumentos expuestos por las partes como las soluciones a las que arriban los tribunales resultan aplicables a ambas metodologías contractuales.

b) Franquicia

De los aquí nombrados, es la modalidad contractual de más reciente aparición. Es otro de los canales de comercialización definidos más arriba, en la que una de las partes – franquiciada - es utilizada como canal o medio para la comercialización de productos o servicios de titularidad de la otra - franquiciante -.¹⁵

Una de las características distintivas de esta modalidad, es el alto grado de identificación que percibe el consumidor entre ambas partes de este contrato, quien muchas de las veces es desconocedor de la existencia de este tipo de acuerdos y asume que está adquiriendo el producto directamente de manos del franquiciante.

Lo que genera esta percepción en los consumidores es que la franquiciante no suministra a la franquiciada los productos para ser comercializados en el mercado, sino que lo que le provee, tras la entrega de la licencia, es una metodología de trabajo, es decir, un *know how*.

c) Agencia

Es el canal mediante el cual el agente se obliga a efectuar lo necesario para procurar captar clientes para un tercero - el comitente -, a quien serán remitidos los

¹⁴ Farina, Juan M., “Resolución del contrato en los sistemas de distribución”, Ed. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2004, página 11.

¹⁵ Farina, Juan M., “Contratos comerciales modernos”, Ed. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 1997, página 477.

pedidos, ya que convenidos los términos, el negocio será celebrado entre éste último y el adquirente.

El agente nunca es parte del contrato, sino que actúa solo como un intermediario.¹⁶

A diferencia de lo que sucede con el contrato de distribución en sentido estricto, el agente nunca adquiere la mercadería. Toda venta que pudiera llegar a promover o a concluir (en caso que estuviera facultado a ello) se considerará celebrada entre el adquirente y el comitente, ya que el agente vende a cuenta y orden de éste.

De ese modo, el beneficio que reciba no surgirá ya de un margen de reventa, sino de un porcentual sobre la operación en la que haya participado.

d) Casus de la Compraventa

Tal como sostiene la doctrina mayoritaria¹⁷, si bien hay autores y jurisprudencia¹⁸ que ven en la esencia del contrato de distribución una compraventa, esto no es así.

La finalidad última perseguida por las partes al momento de celebrar el acuerdo no es la transmisión del dominio, sino el suministro del bien a fin que quien lo adquiere, proceda a su colocación masiva en el mercado.

Ello así, el distribuidor no es un adquirente liso y llano, sino un verdadero intermediario que debe encargarse de difundir y colocar los productos que le han sido entregados.

Tal es así, que el distribuidor no tiene una libre disponibilidad de los bienes, sino que los recibe bajo ciertas condiciones y pautas, ya que no puede retenerlos ni venderlos

¹⁶ En tal sentido, la jurisprudencia ha señalado que “A través de un contrato de agencia una de las partes intermedia de manera estable y autónoma, promoviendo o concluyendo contratos en interés de la otra, percibiendo por ello una retribución, la función económica del contrato consiste en crear clientela, aumentar la existencia, o por los menos mantenerla” (Cámara Nacional en lo Comercial Sala C, 31/8/1981, ED 96-641).

¹⁷ Robledo, Teresita S. e Iribas, Claudia M., “El contrato de distribución”, Ed. La Ley 2000-F, 1348.

¹⁸ En “Bayer c/ Alparbatas” de fecha 23 de diciembre de 1985, la Cámara Nacional Comercial, Sala A, ha simplificado la noción del término manifestando que la distribución (en sentido estricto) es, en esencia, una compraventa con cláusula de exclusividad.

en las condiciones que quiera, so pena de las acciones que tendrá a su favor el concedente en tales casos.¹⁹

Considero de gran aporte lo señalado en repetidas oportunidades por la doctrina: la clave para distinguir una compraventa de un contrato de distribución en sentido estricto reside en el análisis que se efectúe respecto a la subordinación técnica que pueda existir entre el vendedor y el adquirente.²⁰

e) Suministro

El contrato de suministro es aquel por el cual una de las partes - suministrante - se compromete a aprovisionar o abastecer de bienes a la otra - suministrado- durante un plazo más o menos prolongado; que puede ser determinado o indeterminado.

Ello así, el suministrante deberá cumplir con dichas prestaciones de acuerdo con lo pactado o en la medida que el suministrado lo solicite.

La diferencia con el contrato de distribución propiamente dicho reside en la finalidad última perseguida: en ambos casos, con la entrega de los bienes, se transmite la propiedad; pero mientras en el contrato de suministro el adquirente recibe los mismos para ejercer sobre ellos la plena propiedad sin consignarse restricciones a su libre disponibilidad, en la distribución en sentido estricto, el distribuidor los recibe simplemente para colocarlos en el mercado debiendo cumplir, a su vez, con un sinnúmero de obligaciones y pautas determinadas por el fabricante o distribuido. Es decir, “el distribuidor no puede disponer a su antojo de de la mercadería, surgiendo para él obligaciones de control que no se exigen al suministrado”.²¹

Sin perjuicio de las diferencias señaladas, coincido con Lorenzzeti²² en que todo contrato de distribución en sentido estricto lleva insito un acuerdo de suministro. Dicha

¹⁹ Robledo, Teresita S. e Iribas, Claudia M., “El contrato de distribución”, Ed. La Ley 2000-F, 1348.

²⁰ En “Dinac SAICYA c/ Nestlé Argentina” de fecha 11 de agosto de 1997, la Cámara Nacional Comercial, Sala A, ha manifestado que “si la operatoria habida entre las partes no presenta ninguna modalidad que implique una subordinación técnica económica propia de este contrato de distribución... cada una de las sucesivas entregas de mercaderías realizadas adquiere la naturaleza de una compraventa independiente”.

²¹ Robledo, Teresita S. e Iribas, Claudia M., “El contrato de distribución”, Ed. La Ley 2000-F, 1348.

²² Lorenzzeti, Ricardo L., “Tratado de los contratos”, T. 1, páginas 537/8, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999.

opinión no es aislada en la doctrina toda vez que autores de la talla de Vítolo²³ o Marzorati²⁴ incluyen el término “suministro” en sus definiciones de contratos de distribución.

VI.- Aproximación a la exclusividad como elemento natural del contrato de distribución

Los elementos esenciales de los actos jurídicos son aquellos sin los cuales no nos es posible concebir una relación contractual. Ellos son: Sujeto, Objeto y Forma.²⁵

La exclusividad, en cambio, se presenta como un elemento natural del contrato que aquí estudiamos, pues admite pacto en contrario.²⁶

Dicha exclusividad puede manifestarse en un doble plano: el de la territorialidad y el del producto.

Mediante la estipulación de la territorialidad se fija el ámbito geo-físico en el cual se desarrollará la relación contractual.

La delimitación territorial puede coincidir con una provincia, una región, una localidad o con cualquier otra delimitación geográfica posible, como por ejemplo una avenida, un barrio o las orillas de un determinado río.

²³ Vítolo, Daniel, “Contratos comerciales”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, página 621. Allí explica que, el contrato de distribución “es aquel por el cual, generalmente, un productor o industrial concierta el *suministro* al distribuidor, de uno o más productos determinados, asumiendo este último, entre el plexo de sus obligaciones, la de su colocación en el mercado, actuando en su nombre y su interés, dentro de las condiciones establecidas, y a través de su propia organización”.

²⁴ Marzorati, Osvaldo, J., “Derecho de los negocios internacionales”, Ed Astrea, Buenos Aires, 1993, página 376. Ese autor manifiesta que el contrato de distribución “es un acuerdo por el cual el productor o fabricante conviene el *suministro* de un bien final - producto determinado – al distribuidor, quien adquiere el producto para proceder a su colocación masiva por medio de su propia organización en una zona determinada. A cambio de ello, el distribuidor recibe del productor un porcentaje - puede ser un descuento - sobre el precio de venta del producto, sin perjuicio de las condiciones relativas a pedidos previos y formas de pago”.

²⁵ Llambías, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil, Parte General – Tomo II”, quinta edición. Ed. Perrot, Buenos Aires, 1995, página 69.

²⁶ En la sentencia de segunda instancia de “Marcolín, Carlos A c/ Resero SA”, dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, publicado en Microjuris, MJJ2730, el Dr. Monti expresa que “para que el contrato de distribución se configure, basta en lo sustancial la exteriorización de cierta labor de vinculación entre la fuente y la boca de expendio. Los otros caracteres – existencia o no de un plazo determinado del contrato, exclusividad, etc. – que suelen aparecer en la práctica de los negocios, por habituales que fueren, son en realidad contingentes”.

En efecto, las partes pueden acordar o no la exclusividad sobre ese territorio. Cabe destacar que la obligación que surja de tal convenio de exclusividad será bilateral. Al respecto Marzorati explica que: a) El distribuidor se obliga a no efectuar ventas fuera de su zona asignada; b) El distribuido se compromete a su vez a no designar otro distribuidor dentro del mismo territorio.²⁷

La exclusividad respecto al producto también puede ser acordada por las partes, y de serlo, puede estar convenida en forma unilateral o bilateral.

Si está pactada a favor del concedente, el distribuidor no podrá revender productos competitivos con aquellos que le fueron suministrados.

Si la exclusividad, en cambio, ha sido pactada a favor del distribuidor, el concedente no podrá, sin incurrir en incumplimiento grave contractual, efectuar ventas directas de sus productos en la zona convenida.²⁸

La exclusividad sobre la cual versa este trabajo es la territorial. Sin perjuicio de ello, también nos referiremos a aquella relativa al producto debido a la lógica interrelación existente entre ambas.

VII.- La distribución exclusiva de hecho²⁹

Suele ocurrir con reiterada frecuencia, que los contratos de distribución no son más que acuerdos comerciales desarrollados a lo largo del tiempo sin que las partes intervinientes hayan suscripto convenio alguno por escrito.

Ello se debe a que “el contrato de distribución, no requiere para su perfeccionamiento forma instrumental alguna, rigiendo el principio de libertad de formas consignado por el artículo 974 Código Civil”.³⁰

²⁷ Marzorati Osvaldo A., “Las dificultades para determinar la existencia de una relación de distribución”. Ed. Microjuris, MDJ 2293 (ED 206-311) comentario al fallo “Laiño, Néstor Oscar c/ Nestlé Argentina SA”.

²⁸ Marzorati Osvaldo A., “Las dificultades para determinar la existencia de una relación de distribución”. Ed. Microjuris, MDJ 2293 (ED 206-311) comentario al fallo “Laiño, Néstor Oscar c/ Nestlé Argentina SA”.

²⁹ El nombre del presente capítulo es copia de aquel que ha elegido el Dr. Marzorati para efectuar un comentario al fallo “Distrihur SA c/ Industrias Cipolletti SA”, dictado por la Cámara Nacional Comercial, Sala C, publicado en La Ley 1995-B página 88.

Tal como lo explica Marzorati, “basta un simple apretón de manos y un señor Y comienza a vender productos de un señor o una firma X. El dueño de X confía en Y, y así durante años lo que comenzó como una compraventa comercial, de las expresamente reguladas en el artículo 454 del Código de Comercio, se convierte en una serie de compraventas sucesivas y ordenadas en el tiempo, que permiten al señor Y prosperar y eventualmente alquilar un inmueble y luego comprarlo, tomar empleados y crear una estructura comercial que descansa solamente en el apretón de manos dado con el Señor X quien, para esa época ya no administra el negocio. Los nuevos gerentes de X llegan a la conclusión de que el sistema de comercialización de X no es eficiente y debe mejorarse. Contratan a un abogado, quien verifica que no existe un contrato escrito, ni siquiera una carta de intención (...) y así de un plumazo, se deshace el acuerdo que estaba basado en el viejo apretón de manos y comienza un pleito que debate qué relación unía a X con Y.”³¹

Lo que Marzorati explica con suma simpleza y con cierta gracia, es sin duda una cuestión fundamental de este estudio: muchos de los contratos de distribución comercial que actualmente se encuentran vigentes en nuestro país, no han sido sellados por escrito. De allí el nombre con el que los bautiza: “contrato de distribución de hecho”.

La jurisprudencia está plagada de estos casos en los cuales el abogado del distribuido manifiesta que no existió contrato alguno de distribución, y que la relación comercial que vinculaba a su empresa con “la adquirente”, no fue más que una sucesión de contratos de compraventas diferidas en el tiempo.

La distribuidora, por su parte, argumentará que efectivamente existió una relación contractual de distribución, y que ambas partes de común acuerdo han mantenido tácitamente esta relación a lo largo del tiempo generando recíprocamente una estabilidad que no puede ser interrumpida en forma intempestiva.

³⁰ “Marcolín, Carlos A c/ Resero SA”, dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, publicado en Microjuris, MJJ2730.

³¹ Marzorati Osvaldo A., “Las dificultades para determinar la existencia de una relación de distribución”. Ed. Microjuris, MDJ 2293 (ED 206-311) comentario al fallo “Laiño, Néstor Oscar c/ Nestlé Argentina SA”.

Si bien la jurisprudencia no ha aplicado un criterio unificado para resolver estas cuestiones, la sentencia del fallo “Distrihur SA c/ Industrias Cipolletti SA”, dictada por la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala C³², ha sentado algunos principios:

a) Cuando el contrato de distribución no se hubiere efectuado por escrito, la relación jurídica existente entre las partes debe dilucidarse conforme al principio de buena fe. A ese efecto deben considerarse no solo los fines económicos tenidos en cuenta al comenzar la relación comercial, sino también la conducta desarrollada por ambas partes tanto con anterioridad como con posterioridad al comienzo de la ejecución misma del acuerdo.

Será necesario evaluar la relación mantenida por las partes durante el transcurso de la relación: la cotidianeidad, el volumen de las compras, la existencia de un régimen de supervisión y suministro de información por parte del concedente, la imposición de precios, las condiciones de reventa, etc.

Asimismo, la existencia de prueba por escrito jugará un rol fundamental - papelería o folletines que demuestren que la concedente llamaba a la otra parte “distribuidora”, o que le impusiera un precio sugerido de reventa, o que le otorgara un descuento sobre los productos bajo la condición que luego los coloque en un determinado mercado -.

b) La exclusividad: Si bien la exclusividad es un elemento natural de los contratos de distribución, el supuesto distribuidor afianzará fuertemente su posición si demuestra la existencia de la misma a favor del concedente.

Esa probanza es, sin lugar a dudas, un hecho condicionante para el resultado del litigio, ya que como lo explican los autores, “el sólo hecho que una persona o empresa revenda periódicamente productos adquiridos de un tercero no es suficiente para generar responsabilidad contractual ante una eventual ruptura comercial; por más intempestiva que esta sea. Sino, que la relación deberá estar signada por ciertos caracteres contractuales, como la exclusividad, como para poder considerar una posible responsabilidad por rescisión unilateral, ya que el distribuidor ha organizado, y hasta a veces, creado y

³² “Distrihur SA c/ Industrias Cipolletti SA”, dictado por la Cámara Nacional Comercial, Sala C, publicado en La Ley 1995-B página 88.

modificado toda su estructura técnica en virtud del tipo de productos suministrados por el concedente, quien era el único que podía proveerle los bienes objeto del acuerdo”.³³

La existencia de exclusividad a favor del distribuidor también será considerada importante para definir la existencia o no de una relación contractual, ya que el hecho que el concedente haya respetado durante un período considerable de tiempo la zona en la cual el primero revendía los productos de aquel, genera en el distribuidor un alto grado de seguridad para desarrollar una estructura comercial acorde con el volumen de reventa habitual.

Demostrada la relación de distribución, la jurisprudencia se ha mostrado pacífica en tomar como medida para la indemnización, las dificultades que tendrá el distribuidor para reacomodar su actividad; ya sea buscando nuevos clientes u otras estrategias que le permitan reinsertarse en el mercado.

En definitiva, serán los sentenciantes quienes deberán determinar si existió o no una relación de distribución ya que, como bien se ha señalado, “la sana crítica racional obliga al juzgador a analizar los elementos de convicción legalmente reunidos en la causa, confrontándolos cuando fueren opuestos o diferentes y escogiendo aquellos que a la luz de la razón, la experiencia y el sentido común aparezcan como verdaderos”.³⁴

Ello así se ha fallado que “surgiendo de la prueba rendida que la vinculación entre el actor y la demandada implicaba, en la realidad económica, que el primero se sostenía con el producido de prestar a la segunda un servicio, consistente con tomar su producción para colocarla en los comercios al menudeo sitios en cierta zona geográfica precisada, verdadero ciclo económico que tendría la apariencia jurídica de innumera cantidad de contratos sucesivos de compraventa, repetidos día a día durante varios años, cabe concluir que lo actuado por las partes ha significado montar un sistema de distribución, aunque

³³ Marzorati Osvaldo A., “Las dificultades para determinar la existencia de una relación de distribución”. Ed. Microjuris, MDJ 2293 (ED 206-311) comentario al fallo “Laiño, Néstor Oscar c/ Nestlé Argentina SA”. En este artículo el autor manifiesta que “(...) Las ferreterías, los shoppings, y los múltiples negocios venden productos de terceros por conveniencia y la discontinuidad de la venta de los mismos no genera responsabilidad. Sólo cuando la relación subyacente reviste ciertas características como cuando hubo exclusividad, podemos hablar de responsabilidad en una rescisión unilateral.”

³⁴ “Roldán David c/ Rivero SA y/o Rivero, P. L. Cirugía Capeusa SA”, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, Sala I, publicado en La Ley Litoral 1998-2 página 517.

quien la efectuara no haya pactado por escrito ni convenido su estabilidad en ese rol (...) tal sistema revestía interés común para ambas partes, y aunque las mismas omitieran dar fijeza a la relación mediante el pacto de sus recíprocos derechos y obligaciones en forma escrita, resulta procedente el derecho del distribuidor a percibir indemnización”.³⁵

VIII.- Aceptación tácita de la oferta

La doctrina y la jurisprudencia también se han referido al perfeccionamiento de los contratos cuando las pautas dispuestas entre los contratantes surgen de meras notas remitidas entre las partes.

Si bien al igual que el punto anterior, aquí tampoco existe - *per se* – un contrato de distribución formalizado y suscripto por escrito, los autores y sentenciantes han recurrido a los principios generales del derecho a fin de establecer el perfeccionamiento de la relación que une a las partes.³⁶

Al respecto se ha dicho que “... la sentenciante ha incurrido en un error de interpretación jurídica al considerar que la convención citada es un contrato no formalizado por escrito (...) es razonable suponer que si una de las partes recibe por escrito una oferta que reúne los caracteres previstos por el ordenamiento jurídico (seriedad, completividad, etc. artículos. 1144, 1148, 1152 y concs. Código Civil), no formula del mismo modo o por otro fehaciente el rechazo o una contraoferta (artículo. 1152 Código Civil), y lleva a cabo hechos o actos que impliquen la ejecución de dicha oferta, se ha producido la aceptación tácita de la misma, y por ende, un contrato consensual se ha perfeccionado”.³⁷

³⁵ “Larramendy Domingo y otros c/ Resero SA”, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D. La Ley 1979-D, 306.

³⁶ En “Efel SA c/ Lalor SA”, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, publicado en Microjuris, EDJ12811 se ha expresado que “a los fines interpretativos no existe mejor forma de conocer la intención común de las partes que apreciando la conducta observada por éstas durante la celebración y ejecución del negocio jurídico, dado que dicho comportamiento trasunta la evidencia más acabada de lo que las partes quisieron contratar”.

³⁷ “Roldán David c/ Rivero SA y/o Rivero, P. L. Cirugía Capeusa SA”, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, Sala I, publicado en La Ley Litoral 1998-2 página 517.

Ello así, entendemos que nos encontramos ante un verdadero contrato escrito sin perjuicio de las posibles confusiones que puedan llegar a generarse por encontrarnos ante un caso de manifestación del consentimiento prestado entre ausentes.

IX.- Marco legal de la cláusula de exclusividad

El contrato de distribución en sentido estricto es uno de los comúnmente llamados innominados o atípicos, lo que significa que no está regulado por la ley argentina.

Dicha falta de tipificación, sin embargo, no implica que se encuentre exento de toda regulación positiva ya que el mismo está sujeto a las normativas genéricas impuestas por el Código Civil, el Código Comercial y las diferentes leyes de vigencia nacional.

Las normas que aquí consignaremos se aplican a los contratos de distribución sin discriminar según el acuerdo haya sido formalizado o no por escrito, pues el fundamento de su aplicación viene de la misma letra la ley y no de las convención hechas entre particulares.

Por tratarse de un acuerdo, cabe en primer lugar hacer referencia al artículo 1197 del Código Civil³⁸ cuyo principio es la autonomía de la voluntad de las partes.

Sin perjuicio de ello, no deben olvidarse las limitaciones generales contractuales determinadas por los artículos 21³⁹, 953⁴⁰ y 1198⁴¹ del mismo código, y siguiendo a Marzorati, tampoco deben vulnerarse los principios de moral y buenas costumbres⁴².

³⁸ Artículo 1197 del Código Civil “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como la ley misma”.

³⁹ Artículo 21 Código Civil “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”.

⁴⁰ Artículo 953 Código Civil “El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo en especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibido por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conforme a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto”.

⁴¹ Artículo 1198 Código Civil “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. En los contratos de ejecución

Desde otra perspectiva, el objeto contractual debe ser lícito, no contrario al orden público, y las partes deben acomodar siempre su conducta a la buena fe, no actuando nunca en forma abusiva.

Existe un amplio abanico de normas a las que sin duda debe prestarse fundamental atención a fin de considerar soluciones a los diferentes conflictos que puedan presentarse.

Ellas son entre otras, las referentes a los siguientes artículos del Código Comercial: artículo 207 - aplicación supletoria del Código Civil -, 208 - modo en que deben probarse los contratos comerciales -, 216 - pacto comisorio -, 218 - interpretación de los contratos comerciales-.

Volviendo al Código Civil, no debemos olvidarnos de los artículos: 505 - medios otorgados al acreedor para que éste se procure de aquello a lo que se había obligado el deudor - y 666 - cláusula penal contractual -.

Por ultimo, cabe destacar que la jurisprudencia ha dicho que siendo “el contrato de distribución comercial un contrato atípico, en tanto carente de regulación en nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto a las reglas que lo rigen pueden destacarse: la voluntad de las partes; los principios generales de los contratos y los de las obligaciones; los usos y costumbres, sobre todo cuando se refiere a un contrato que adquirió tipicidad social; la analogía con figuras contractuales o elementos de ellas que se le asemejan, y los principios generales del derecho”.⁴³

X.- Obligación del distribuido por la exclusividad acordada

Marzorati, según se lo citó precedentemente, sostiene que la obligación del concedente respecto a la exclusividad territorial pactada consiste en no designar otro distribuidor dentro del mismo ámbito geográfico.

continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”.

⁴² Marzorati Osvaldo A., “Las dificultades para determinar la existencia de una relación de distribución”. Ed. Microjuris, MDJ 2293 (ED 206-311) comentario al fallo “Laiño, Néstor Oscar c/ Nestlé Argentina SA”.

⁴³ “Prieto Mabel del Carmen c/ Coca Cola Femesa de Buenos Aires”, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, publicado en ED, 208-247.

Si se efectuase una interpretación literal de ese concepto, llegaríamos a la conclusión que la responsabilidad del distribuido se agota por el hecho de no incurrir en dicho acto.

Expresado de otro modo, su imputabilidad se definiría según haya o no incumplido ese precepto básico.

Al respecto, reiteramos el interrogante que formuláramos más arriba: ¿Cumple el distribuido con la exclusividad pactada por el sólo hecho de abstenerse de nombrar otros distribuidores en la misma zona?

Las más de las veces, en el mundo jurídico, los problemas y sus respuestas no se nos presentan en blanco y negro, sino en grados de matices.

Ello así, pareciera que dar una respuesta categórica, genérica y abstraída del caso concreto no se presenta como una solución correcta.

La dificultad para definirse por la afirmativa o la negativa a dicha pregunta se intensifica aún más por el hecho que el contrato que aquí se estudia carece de una regulación normativa específica.

En lo personal me inclino por pensar que aún cuando el concedente no haya designado otro distribuidor dentro del mismo territorio su conducta puede tipificar un incumplimiento respecto a la exclusividad prometida.

Ello así toda vez que entiendo que la obligación que pesa sobre distribuido es más amplia que la definida *ut supra* ya que no solo su comportamiento positivo, sino también su impericia, negligencia o connivencia pueden ser la causa directa de una intromisión por parte del tercero.

Sostengo esta idea en las siguientes razones:

1) Si bien en el contrato de distribución en sentido estricto existe una verdadera transmisión de la propiedad a fin que la distribuidora venda los productos por su cuenta y orden, ello no implica que ésta tenga una libre disposición sobre los mismos.⁴⁴

Es habitual que la distribuidora haga valer su posición dominante sobre su cocontratante imponiéndole ciertas obligaciones respecto a las condiciones y modalidades de venta, ya sea fijando políticas de precios, de ofertas, de publicidad y propagandas, de promociones, etc.

Ello genera en la concedente, la necesidad de realizar supervisiones periódicas a fin de corroborar que la distribuidora se encuentre cumpliendo de modo cabal lo acordado.

Si bien destacamos que la fiscalización es un derecho, y no una obligación de la distribuidora, la práctica indica que la misma se realiza sino de modo permanente, al menos de manera periódica.

Verificado el control pertinente, resulta difícil sostener que la concedente pudiera desconocer que una distribuidora se encuentra excediendo el límite territorial que se le ha asignado ya que de la misma documentación relevada – facturas comerciales, listados de clientes, órdenes de pago, remitos, etc. - debería surgir claramente el comportamiento de la invasora.

En efecto, consideramos que si la concedente tuvo acceso a dicha información y no se ha preocupado por revertir la situación, su comportamiento debe ser tildado de negligente debiendo imputársele responsabilidad por incumplimiento contractual.

Asimismo, y aún cuando no se hubiera pactado entre las partes fiscalización alguna, pensamos que la concedente debe efectuar un mínimo seguimiento de los productos que ha suministrado a cada distribuidor ya que el principio de colaboración y cooperación que se deben recíprocamente las partes contratantes en este tipo de contratos así lo exige.

⁴⁴ “Dinac SAICYA c/ Nestlé Argentina” de fecha 11 de agosto de 1997, dictado por la Cámara Nacional Comercial, Sala A.

2) Si el distribuido no fuese responsable por la intromisión del tercero, éste podría abusar de tal situación obteniendo un beneficio para sí en desmedro de los intereses de la invadida.

Analícese el caso a través del siguiente ejemplo: la concedente y la distribuidora damnificada acuerdan mediante un contrato lo siguiente: a) Exclusividad a favor de la segunda en un determinado territorio, y b) Precio por el cual se suministrarán los bienes.

Supongamos que el precio de venta allí acordado fuera inferior al que hubiera pactado la misma distribuida con un segundo distribuidor para el suministro del mismo producto en una zona distinta.

Si se sostuviera que la concedente no es responsable por la intromisión que se produjera, ésta podría concertar con la segunda distribuidora una mayor cantidad de ventas, despreocupándose si dichos bienes están siendo colocados o no en la zona asignada en exclusividad a la primera.

Esto reportaría un mayor margen de ganancia para la distribuida y un grave perjuicio para la invadida.

Generalmente el concedente conoce el mercado y la demanda comercial de cada una de las zonas - principio comercial básico -.

Ello así, si suministrase al distribuidor de alguna de ellas una cantidad de productos exorbitantes en relación a la demanda comercial, consideramos que luego no podría argumentar desconocimiento respecto a las invasiones y alegar que su responsabilidad estaba limitada a no designar a otro distribuidor dentro de la zona concedida a la invadida.

3) La invasora no es parte del contrato de distribución por el cual la concedente prometió la exclusividad a la invadida.

Ello así, si hubiera una obligada al cumplimiento de la exclusividad, esa sería la distribuida, y no la invasora, quien ante un reclamo por parte de la damnificada podrá escudarse en la letra del artículo 1199 del Código Civil. que especifica “los contratos no pueden oponerse a terceros (...)”.

Asimismo, la invasora verá aún más solventada su posición si no hubiera firmado contrato alguno con la distribuida ya que ésta última tendrá mayores dificultades para probar que le suministraba productos para una zona distinta a la otorgada en exclusividad a la invadida.

Aún en el caso que existiera contrato entre la concedente y la invasora que fijase una zona de actuación diferente a la invadida, consideramos que la demanda también debe estar incoada contra la distribuida, quien en caso de recibir una sentencia condenatoria tendrá un derecho a repetir contra el invasor.

La interpretación amplia que efectúo respecto a la responsabilidad del concedente encuentra su antecedente jurisprudencial en el *leading case* Lubri Fil c/ Industrias Famet en el cual se ha dicho que “Este derecho de exclusividad se pacta en este tipo de contratos a fin de permitir que el distribuidor se encargue en forma exclusiva de la venta del producto a los mayoristas o al menudeo; es decir, garantizarle que no existirá, en la zona otorgada, otro distribuidor que pueda comercializar el producto”.⁴⁵

Destacamos el uso del término “garantizarle”, noción que implica que el distribuido debe poner todo su cuidado a fin que se respete la zona otorgada en exclusividad.

Otras nociones que nos permiten sostener esta postura: el principio *favor debitoris* y el carácter de cooperación y colaboración.

XI.- Invasión por una sociedad relacionada con el distribuido

Es indiscutible que la concedente que vende por sí productos dentro de la zona otorgada en exclusividad incurre en un incumplimiento grave.

Debemos contemplar, asimismo, la posibilidad que la distribuida no efectúe la intromisión por medio de su propia organización, sino a través de un tercero a la cual ésta se encuentra relacionada - sea esta una sociedad controlada o una integrante de su mismo grupo societario -.

Cabe aclarar, que en este supuesto, la posible responsabilidad de la concedente no estará basada en su pertenencia a un determinado grupo societario, ya que la vinculación entre las sociedades, las relaciones de control y aún más, la realidad de un grupo económico no merece reproche legal alguno desde el mismo momento en que hay un marco legal que lo regula y permite.

Lo reprochable del caso será más bien, la utilización de esos instrumentos para concretar un abuso de los institutos legales a fin de encuadrar la conducta antijurídica en un marco aparentemente legal y ajustado a derecho.

Desde esta perspectiva, el fundamento de la pretensión del reclamante está sustentado en que resulta ilusorio competir contra la propia fabricante, quien es, sin lugar a dudas, la parte fuerte de la relación ya que, aunque en forma ilegítima, tiene la capacidad de restringir o limitar la entrega de mercadería e imponer ciertas condiciones de reventa.

De hecho, “el objeto específico del reclamo estará circunscripto al incumplimiento de la demandada (distribuida) a respetar el deber de exclusividad de zona, y en consecuencia lo que se analiza (...), probada la exclusividad geográfica o territorial, es la conducta de la misma como un supuesto objetivo de incumplimiento contractual propiciando la invasión de zona”.⁴⁶

Ese tipo de conducta configura una verdadera “competencia desleal” según lo ha entendido la doctrina y jurisprudencia.⁴⁷ Sobre esta hipótesis nos referiremos a continuación.

XII.- Pruebas para demostrar la relación entre ambas empresas

⁴⁵ “Lubri Fil SRL c/ Industrias Famet SA”, dictado por la Cámara Nacional Comercial, Sala E, publicado en La Ley 1991-C página 505.

⁴⁶ “Roldán David c/ Rivero SA y/o Rivero, P. L. Cirugía Capeusa SA”, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, Sala I, publicado en La Ley Litoral 1998-2 página 517.

⁴⁷ Si bien el término “competencia desleal” ha sido utilizado por los sentenciantes del caso “Roldán David c/ Rivero SA y/o Rivero, P. L. Cirugía Capeusa SA”, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, Sala I, publicado en La Ley Litoral 1998-2 página 517, en el cual se juzgaba el accionar de la concedente que propició la invasión de zona por una tercera a la cual se encontraba vinculada, también encontramos que dicha noción ha sido utilizada por los jueces intervinientes del pleito “Prieto María del Carmen c/ Coca Cola Femesa de Buenos Aires”, dictado por la Cámara Nacional de

Siguiendo el precepto genérico dispuesto por el artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial⁴⁸, será la parte damnificada quien deberá probar la existencia de vinculación entre la distribuida y la invasora.

Sin perjuicio de la noción consignada en el artículo mencionado, no debe pasársenos por alto que la jurisprudencia es conteste en admitir el principio de adquisición procesal, según el cual “todo material probatorio producido a instancia de ambas partes es concluyente para acreditar los presupuestos de hecho de procedencia de la acción, pues entre los distintos elementos incorporados al expediente se produce una ligazón e interdependencia de los cuales surge el convencimiento o la persuasión del juzgador”.⁴⁹

De igual modo, recordamos la uniforme aceptación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas. A modo de ejemplo citamos a E. Butty quien en uno de sus fallos expuso que si bien “era la actora quien cargaba con la prueba de los hechos (...), conforme a la teoría de las cargas probatorias dinámicas, era la defendida quien se hallaba en mejores condiciones de acercar pruebas al expediente para desdecir los dichos y acreditar la realidad de los hechos”.⁵⁰

A efectos de tener por acreditada la actitud de la concedente de favorecer y/o propiciar la intromisión de zona por parte de la distribuidora con la que se encontraba vinculada, la jurisprudencia ha admitido las siguientes pruebas:⁵¹

Apelaciones en lo Comercial Sala B, ED, 208-247, en el cual se analizó la responsabilidad de la concedente por la invasión que ella misma había efectuado en la zona otorgada en exclusividad a la distribuidora.

⁴⁸ Artículo 377 Código Procesal Civil y Comercial (párrafo segundo) “Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido (...) Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción”.

⁴⁹ “Roldán David c/ Rivero SA y/o Rivero, P. L. Cirugía Capeusa SA”, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, Sala I, publicado en La Ley Litoral 1998-2 página 517.

⁵⁰ “Provesur SA c/ Peñaflor SA s/ Ordinario”, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, Publicada en Microjuris, MJJ5364.

⁵¹ Los primeros nueve ítems apuntados son aquellos que ha consignado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, Sala I a fin de fallar en el caso “Roldán David c/ Rivero SA y/o Rivero, P. L. Cirugía Capeusa SA” (Ed. La Ley Litoral 1998-2 página 517). Los últimos cuatro, son aquellos esgrimidos en el “Zamora Ventas SRL c/ Técnica Comercial Hoy SA” dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A (Ed. La Ley 1980-C página 27). Cabe consignar que si bien en este caso la invadida no era una empresa de distribución, sino un agente de comercio que tenía la exclusividad de la zona en la cual comenzó a operar una distribuidora subsidiaria de la concedente, los fundamentos expresados por la jurisprudencia son aplicables a nuestro estudio en virtud de la analogía dispuesta por el artículo 16 del Código Civil.

1) Informes emitidos por registros de proveedores provinciales con asiento dentro del territorio de la invadida de los cuales surge que la firma invasora solicitó su inscripción como distribuidora de productos de la concedente.

2) Declaraciones de clientes que manifiestan haber adquirido productos o recibido ofertas de venta por parte de firmas relacionadas con la concedente.

3) Informes emitidos por organismos gubernamentales ya sean nacionales, provinciales o municipales que manifiestan haber concertado con terceros – ya sea a través de licitaciones públicas o contrataciones directas – adquisiciones de productos sujetos a distribución con cláusula de exclusividad a favor del distribuidor damnificado.

4) Declaración testimonial de uno de los directores de la firma invasora que manifiesta que esa sociedad se constituyó con posterioridad a la existencia del contrato de distribución con cláusula de exclusividad a favor de la damnificada con el objetivo de distribuir y comercializar los productos de la concedente en aquella zona.

5) Declaración testimonial del vicepresidente de la firma invasora que declara que la misma se ha constituido a fin de colocar una mayor cantidad de productos en el mercado asignado en exclusividad en virtud que la firma invadida venía desde un largo período de tiempo mermando los volúmenes de compra.

6) Que de los libros contables y demás registros surja que la concedente vendió productos a la invasora a fin que ésta los coloque en la zona de exclusividad otorgada a la invadida.

7) Que durante la absolución de posiciones el concedente demandado reconozca la provisión de productos a empresas distribuidoras competidoras de la invadida a fin que los coloquen en el territorio exclusivo de la damnificada.

8) Clasificado de Diario – prueba documental – de la que surja que la invasora ofrecía la venta de productos dentro de la zona otorgada en exclusividad a la invadida.

9) Que de los libros comerciales de las codemandada – concedente y distribuidora invasora – surja que hay directores y accionistas comunes entre ambas sociedades.

10) Que en el libro de directorio de la concedente se nombre a una distribuidora exclusiva distinta de aquella a la que sin contrato de distribución en sentido estricto se encargaba de la colocación de los bienes producidos en una determinada zona por un periodo de tiempo considerable.

11) Que tanto la invasora como la concedente tengan departamentos administrativos o comerciales comunes.

12) Que la concedente haya entregado una significativa cantidad de mercadería a la invasora sin perjuicio del poco respaldo patrimonial con el que ésta contaba en su capital social. Dicha prueba se correlaciona con el haberse suministrado mercadería sin que medie una prestación de garantía adecuada por los productos recibidos.

13) Que tanto el comercio como el público consumidor considere a ambas empresas – concedente e invasora – como una sola.

Los precedentemente citados, son meros ejemplos de las pruebas en las que se ha basado la jurisprudencia a fin de decretar la existencia de la competencia desleal en la que ha incurrido la concedente al propiciar la invasión de zona.

Ello así, cabe puntualizar que ninguno de ellos en forma separada y abstraído del caso en el cual han sido consignados implican por sí la configuración de la conducta desleal mencionada, sino que será el sentenciante quien, mediante la sana crítica, deberá evaluar la totalidad de las pruebas arrojadas a fin de determinar si ha existido o no un accionar reprochable por parte del concedente.

XIII.- Incumplimiento por interpósita persona

Tal como se ha mencionado, lo reprochable del caso no es la pertenencia a un grupo societario, ni el hecho de haber constituido una sociedad controlada, sino más bien, el incumplimiento contractual incurrido por la distribuidora al violar por interpósita persona la exclusividad geográfica concedida a la invadida.⁵²

⁵² Artículo 1071 Código Civil “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los

La demandante, entonces, deberá probar no solo la relación de distribución exclusiva que la unía con la concedente, sino también, que esta última estaba emparentada con la sociedad que operaba dentro de la zona otorgada en exclusividad.

Ello así, el material probatorio deberá permitir al sentenciante “arribar al convencimiento de encontrar acreditado en autos la conducta de la demandada (distribuidora) – producir invasiones en la totalidad de las zonas del accionante – en perjuicio del actor y la consecuente conducta desleal de la demandada (concedente) en el cumplimiento del contrato que las uniera, al contribuir o propiciar la invasión aludida, incumplimiento contractual que en estos términos determina la existencia del abuso del derecho que da lugar a la indemnización correspondiente por el perjuicio ocasionado”.⁵³

En definitiva, lo reprochable es que ambas empresas - concedente e invasora - actúan como una sola y misma organización.

Mientras la primera realiza el proceso de producción o importación, la segunda realiza la labor de comercialización y venta del producto, todo ello en desmedro de la invadida a la que originariamente se le había concedido la exclusividad sobre la zona.

Al respecto se ha dicho que “esta conveniencia, lícita por cierto y aconsejable desde el punto de vista empresario debe conciliarse con el interés de los terceros que han concertado y colaborado con aquellas de modo tal que las ventajas obtenidas por unas no perjudiquen los derechos de estos últimos”.⁵⁴

XIV.- Teoría del allanamiento de la personalidad jurídica

Si bien el presente trabajo no tiene por finalidad debatir sobre cuestiones societarias, es imperante en este punto hacer una referencia al articulado de la ley 19.550 – Ley de sociedades comerciales – toda vez que la estrategia de defensa de la concedente seguramente verse sobre su supuesta falta de legitimación pasiva.

derechos. Se considera tal al que contraría los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

⁵³ “Roldán David c/ Rivero SA y/o Rivero, P. L. Cirugía Capeusa SA”, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, Sala I, publicado en La Ley Litoral 1998-2 página 517.

Es decir, argumentará que la empresa que ha invadido la zona asignada en exclusividad ostenta una personería jurídica distinta a su persona, y que ella, en su calidad de concedente, no es responsable por los actos que cometa un tercero.

Por su parte, la distribuidora a la que se le ha violado el territorio asignado, deberá demostrar que efectivamente la concedente y la distribuidora invasora son dos sociedades integrantes de un mismo grupo económico y que ambas son responsables del daño que se le ha causado.

El primer obstáculo que deberá soslayar la damnificada, será el del presupuesto esgrimido por el artículo 2 de la ley 19.950, el cual supone que toda sociedad es un sujeto de derecho independiente y autónomo.

Desde tal perspectiva, consideramos que la invadida deberá instaurar su demanda desde el artículo 54 de la Ley de Sociedades, al cual, mediante la reforma introducida por la ley 22.903, se le agregó un tercer párrafo que sirve de base “a la elaboración doctrinaria y jurisprudencial (...) de la teoría del allanamiento de la personalidad jurídica como herramienta destinada a detectar la utilización de la forma societaria y su instrumento técnico al servicio de fines e intereses que exceden el alcance antedicho (el cumplimiento del objeto social), reputando ineficaz tal actuación y, en su caso, sancionando conductas antijurídicas o fraudulentas”.⁵⁵

Cabe tener presente, en primer lugar, que la aplicación de dicha doctrina debe ejecutarse de manera restrictiva y con una verdadera prudencia, priorizándose el principio de distinción de personas sustentado por el artículo segundo de la ley societaria.

De hecho, debe recordarse que “la superación de la personalidad halla su justificación en la necesaria correlación del poder del grupo, por parte del poder central,

⁵⁴ “Roldán David c/ Rivero SA y/o Rivero, P. L. Cirugía Capeusa SA”, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, Sala I, publicado en La Ley Litoral 1998-2 página 517.

⁵⁵ Zunino, Jorge Osvaldo, “Régimen de sociedades comerciales comentada – Ley 19.550”, Ed Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1999.

pero no debe olvidarse que la construcción técnica debe reconocerse en plenitud cuando no existe abuso, ya que de otro modo se llegaría a preterir la figura.”⁵⁶

Por el contrario, “cuando al amparo de la creación normativa, la persona se aparta de la finalidad prevista de modo tal que su conducta no sea aquella que instruya a la norma, dejará de tener validez la separación entre el ente ideal y sus componentes de existencia física - léase sociedad controlante -”.⁵⁷

Así, “si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a derecho que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios”.⁵⁸

En el caso que nos ocupa, la utilización de la estructura formal se utilizará de manera abusiva cuando la concedente, propicie la invasión de zona por una sociedad relacionada a ésta.

Tal como explicamos, la concedente generalmente se reservará el ciclo tendiente a la producción y elaboración del producto, derivando en esta supuesta tercera la actividad de intermediación respecto a la comercialización y distribución de productos en el mercado.

Destacamos asimismo, que dicho accionar va en contra de una de las notas características de los contratos de distribución en sentido amplio: la relación de colaboración y cooperación que debería existir entre ambas partes.

Remarcamos que el compromiso asumido en este tipo de modalidades contractuales se basa en la relación de confianza que debe imperar ya que la dependencia económica que cada una de ellas tiene respecto a la otra así lo exige.

⁵⁶ “Zamora Ventas SRL c/ Técnica Comercial Hoy SA” dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A (Ed. La Ley 1980-C página 27).

⁵⁷ “Zamora Ventas SRL c/ Técnica Comercial Hoy SA” dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A (Ed. La Ley 1980-C página 27).

⁵⁸ Rolf Serik, “Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles” y “El abuso de derecho por medio de la persona jurídica”, citado por el Dr. Jarazo Veiras en “Zamora Ventas SRL c/ técnica Comercial Hoy SA” dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A (Ed. La Ley 1980-C página 27).

Por ello, probada la relación entre ambas sociedades, el sentenciante deberá hacer extensivo el fallo a la concedente, a quien corresponderá también condenar por ruptura intempestiva del contrato, ya que su actitud debe ser interpretada como un claro incumplimiento contractual - inejecución del contrato - que impide la continuidad de la relación y que deberá traducirse en el pago de una indemnización (artículo 505-3ª del Código Civil).

XV.- Invasión de zona por un tercero distribuidor no relacionado a la concedente

La segunda parte de este trabajo radica en analizar la responsabilidad que le cabe al distribuido por la invasión que efectúa uno de sus distribuidores en la zona que el primero le asignó en carácter de exclusiva a otro distribuidor.

Debe remarcarse la diferencia respecto a las situaciones en las cuales la empresa invasora es una sociedad relacionada con la distribuida.

En aquellos casos, hemos consignado, el hecho imputable se deriva de un acto positivo, cual es, promover la invasión de zona.

Por el contrario, en los casos en los cuales la invasión la produjo un distribuidor tercero - no relacionado a la distribuida -, salvo que exista dolo, la supuesta imputabilidad del distribuido estará justificada por una actitud negligente de su parte.

Es decir, su responsabilidad estará determinada por la falta de cuidado en la territorialidad convenida.

Cabe entonces preguntarnos: ¿Es responsable el concedente por la invasión que realice un tercero distribuidor en la zona asignada en exclusividad por el primero?

No debemos caer en facilismos de buscar respuestas generales, ya que considero que la solución se encontrará en el análisis de cada conflicto en particular.

Ello así, creo conveniente efectuar una distinción a fin de mantener un orden en el desarrollo del trabajo.

Primero nos referiremos a los supuestos en los cuales la relación comercial efectivamente se ha sustentado en un contrato instrumentado por escrito, para luego efectuar un análisis de los casos en los cuales la relación entre las partes se ha mantenido en forma estable y pacífica durante un largo periodo de tiempo sin que medie entre ellas acuerdo por escrito.⁵⁹

Por el momento, simplemente diremos que cuando existió contrato por escrito debe analizarse, en primer lugar, lo que libremente las partes han pactado conforme al principio de autonomía de la voluntad (artículo 1197 Código Civil).

Por el contrario, y cuando no hubiere habido manifestación por escrito, la resolución del conflicto debe buscarse a través de los principios generales de derecho, las obligaciones y de los contratos, el comportamiento de las partes, los usos y costumbres comerciales, el principio *favor debitoris*, la analogía, y en general a cualquier otro elemento que nos sea de interés a fin de avanzar sobre ese estudio.

XVI.- Análisis de cuando hubo acuerdo por escrito entre concedente y distribuidor invadido en el que no se pactó cláusula de exención de responsabilidad

Como primer análisis consideraremos el supuesto, poco frecuente, que el distribuido le haya otorgado la exclusividad de la zona al distribuidor invadido sin que en el contrato se haya estipulado una cláusula de exención de responsabilidad por la intromisión que pudiera llegar a efectuar un tercero.

Verificada tal intromisión, el concedente incurrirá en un incumplimiento grave ya que el accionar del tercero repercute directamente en la actividad y el negocio del distribuido damnificado, quien sufrirá una pérdida patrimonial en sus ganancias.

Una vez probado el incumplimiento, el invadido deberá intimar en forma fehaciente al distribuido para que implemente un sistema de control que garantice la

⁵⁹ La metodología aplicada para efectuar el presente estudio se corresponde con la utilizada por parte de la doctrina para estudiar la rescisión intempestiva en los contratos de distribución. Véase Macagno, Ariel A. Germán, “El contrato de distribución comercial, su rescisión intempestiva desde la óptica jurisprudencial”, DJ 2002-3, 501.

guarda de la exclusividad a la que se ha comprometido, todo ello bajo apercibimiento de tener por resuelto el contrato y reclamar lo que por derecho le corresponda.

Dicha intimación deberá ser cursada según lo preestablecido por el artículo 216 del Código Comercial, es decir, otorgándosele al concedente un plazo no menor a 15 días.

Conforme al párrafo tercero de dicho artículo, la intimación previa no será necesaria si las partes expresamente hubieran convenido que la resolución se produciría de pleno derecho si la exclusividad en el territorio se viera violada, situación que además está decir, resulta irrisoria por la posición dominante que tiene el distribuido en este tipo de contratos.

No revertido el incumplimiento, el invadido estará en condiciones de resolver el contrato por culpa del concedente, reclamando todos los perjuicios que se le pudieran haber ocasionado.

Sobra aclarar que la invasión debe configurarse con cierta entidad como para afectar el negocio del invadido, ya que de otro modo éste estaría efectuando un abuso de las instituciones consagradas por el derecho a fin de rescindir el contrato unilateralmente.

Por ultimo cabe resaltar que el demandado no podrá eximirse de su responsabilidad acreditando que ha puesto todo a su alcance para lograr hacer cesar la invasión, consecuencia lógica que se sigue por no haberse pactado la cláusula del exención de responsabilidad correspondiente.

Ahora bien, como se dijo más arriba, los supuestos a los que se acaba de hacer referencia son poco frecuentes.

Sucedde en la práctica que los distribuidos limitan su responsabilidad a través de cláusulas de exención de responsabilidad, a las cuales haremos referencia a continuación.

XVII.- La cláusula de exención de responsabilidad

Como se ha consignado *ut supra*, los contratos de distribución en sentido estricto forman parte de aquellos denominados “atípicos”.

Ahora bien, dicha circunstancia no implica que los contratantes estén sometidos únicamente a la denominada “autonomía de la voluntad de las partes”.

En efecto, si bien la regla dispuesta por el artículo 1197 del Código Civil es clara y genérica, no pueden las partes aferrarse a la misma como principio rector único del acuerdo e intentar desentenderse de todo un plexo normativo que sustenta principios básicos jurídicos tales como buena fe, orden público, abuso del derecho, etc.

En la práctica la distribuidora suele insertar en el contrato una cláusula que prevé la exoneración - total o parcial - de su responsabilidad ante las invasiones que realice otro distribuidor en el territorio acordado.

A modo de ejemplo señalamos que dichas cláusulas, en más o en menos, están redactadas del siguiente modo: “La distribuidora no se responsabiliza, ni está obligada al pago de indemnización alguna, por los productos que terceros pudieran haberle adquirido para su comercialización en otras zonas y que resulten comercializados dentro del territorio fijado en este acuerdo”.

En el mundo jurídico este tipo de cláusulas son denominadas “de limitación - o exención - de responsabilidad”.

Cabe entonces preguntarnos, ¿Podría la concedente argüir la existencia de dicha cláusula para desentenderse de su supuesta responsabilidad?

En primer lugar, no debe pasársenos por alto que el concedente tiene en este tipo de contratos una posición dominante sobre el distribuidor⁶⁰.

Esa posición le otorga una mayor fuerza en la negociación, a tal punto que sucede en la realidad que la mayoría de los contratos de distribución firmados no son más que contratos de adhesión redactados unilateralmente por la parte dominante con un gran número de cláusulas a su favor.

⁶⁰ “Prieto María del Carmen c/ Coca Cola Femsa de Buenos Aires” dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, Ed. Micorjuris (EDJ6595). En este fallo se ha dicho: “cualquier duda que pudiera generar la apreciación de la prueba de los incumplimientos de la distribuidora demandada, deben ser dirimidas a favor de la actora, toda vez que reviste el carácter de parte más débil del contrato”.

Ese fenómeno produce que la distribuida únicamente esté en condiciones de adherirse o no al mismo.

Si bien la superioridad de la concedente puede estar justificada en una mayor capacidad técnica, lo que generalmente produce este fenómeno, es la dependencia económica que sufre la distribuidora, quien sabe que la subsistencia y/o rentabilidad de su negocio depende de la aceptación de las disposiciones impuestas por la distribuida.

En este punto es importante efectuar una doble aclaración:

Primero, comparto el criterio sostenido por parte de la doctrina que distingue los “contratos de adhesión” de las denominadas “condiciones generales de contratación”.

En los primeros se pone de relieve la imposición de los contenidos negociales por parte del predisponente; en cambio, en las condiciones generales de contratación, se subraya el aspecto de la predisposición del contenido negocial con el fin de aplicarlas a una pluralidad de contratos (carácter de generalidad).⁶¹

Segundo: el hecho que un contrato sea de adhesión – o esté suscripto con un alto número de cláusulas predispuestas – no lo hace *per se* nulo, “ya que el ser de adhesión es una característica y no un defecto”.⁶²

Las cláusulas de exención de responsabilidad que puedan estar insertas en los contratos importan una renuncia - total o parcial - por parte del damnificado a exigir la reparación del daño aún antes de verificarse el mismo.⁶³

Por medio de ellas se “limita las consecuencias patrimoniales derivadas de su inexecución, por lo que aún subsistente la obligación asumida, el obligado se halla dispensado de reparar el daño a pesar de su incumplimiento.”⁶⁴

⁶¹ Díaz Critelli, Adrián, “La prórroga de la jurisdicción pactada en los contratos de adhesión o predispuestos en la jurisprudencia de Tucumán”, Ed. La Ley, LLNOA, noviembre de 2004.

⁶² Véase la cita que efectúa Díaz Critelli, Adrián en “La prórroga de la jurisdicción pactada en los contratos de adhesión o predispuestos en la jurisprudencia de Tucumán”, Ed. La Ley, LLNOA, noviembre de 2004 de Stiglitz.

⁶³ Mosset Iturraspe, Jorge, “Responsabilidad por los daños”, T. I, página 227, Buenos Aires, 1971.

⁶⁴ Stiglitz, Rubén S, “Invalidez de las cláusulas limitativas de responsabilidad en la contratación predispuesta”, Ed. La Ley, 1984 – D, 995.

Es decir, que aún con la intromisión de la cláusula a la que hemos hecho referencia, la obligación por parte del concedente de proteger la zona otorgada en exclusividad subsiste, lo único que sucede, es que por la misma se ha bloqueado el derecho del distribuido a exigir una acción resarcitoria por su incumplimiento.

Ahora bien, sin perjuicio que normativamente es potestad del distribuido renunciar a sus eventuales derechos, dichas cláusulas pueden ser reputadas como nulas cuando ello importe un compromiso al orden público, se contrarie la buena fe y/o se configure un ejercicio abusivo de los derechos.⁶⁵

Al respecto la doctrina ha manifestado que “el juez que se encuentre con un clausulado predispuesto, y comprobadas que fueren las desigualdades entre las contratantes, no puede quedarse de brazos cruzados, sino que debe ejercer el necesario control del contenido que pueda tornar las supuestas cláusulas abusivas en un elemento aceptable desde el punto de vista jurídico-moral”⁶⁶; y que “algunos autores enfatizan la necesidad de corregir los excesos de las cláusulas predispuestas en aras de proteger al contratante más débil y la jurisprudencia ha reafirmado este punto sosteniendo que en casos de ambigüedad en contratos con cláusulas predispuestas se ha de estar a las cláusulas que protegen al contratante más débil, o al menos al predisponente; caso “Gis Electrónica c/ Crédito Dinámico” o “Ricci hnos c/ IME”.⁶⁷

En efecto, lo dicho se fundamenta en que la introducción de dichas cláusulas en los contratos de distribución no hacen más consolidar la posición dominante del concedente provocando aún más un desequilibrio del sinalagma en perjuicio del distribuidor.

Veámoslo de este modo: El concedente le otorga al distribuidor la exclusividad en un determinado territorio garantizándole que nadie más que él actuará en esa zona, pero a su vez, y en el mismo acuerdo, cuida de dejar asentado que no será responsable por las ventas que allí realice un tercero.

⁶⁵ Stiglitz, Rubén S, “Invalidez de las cláusulas limitativas de responsabilidad en la contratación predispuesta”, Ed. La Ley, 1984 – D, 995.

⁶⁶ Díaz Critelli, Adrián, “La prórroga de la jurisdicción pactada en los contratos de adhesión o predispuestos en la jurisprudencia de Tucumán”, Ed. La Ley, LLNOA, noviembre de 2004.

⁶⁷ Marzorati Osvaldo A., “Las dificultades para determinar la existencia de una relación de distribución”. Ed. Microjuris, MDJ 2293 (ED 206-311) comentario al fallo “Laiño, Néstor Oscar c/ Nestlé Argentina SA”.

Respecto a este tipo de cláusulas parte de la doctrina sostiene que dispensado de reparar el daño causado por su incumplimiento, el distribuido “no pondrá en la ejecución de sus obligaciones la misma diligencia que sabiéndose responsable, de allí que estas convenciones hayan sido calificadas como una verdadera invitación a la impericia y la negligencia.”⁶⁸

En definitiva, y teniendo en consideración que “si a la inejecución de la obligación no le sigue, consecuentemente, la sanción jurídica, queda destruida la esencia misma del vínculo de derecho”⁶⁹, cabe que nos efectuemos la siguiente pregunta:

¿Qué beneficio recibe el distribuido al que se le ha asignado una zona en exclusividad si mediante la imposición de una cláusula de exención de responsabilidad se limita su capacidad para poder hacer valer su derecho?

XVIII.- Validez de la cláusula de exención de responsabilidad

Cabe remarcar que si bien el contrato de distribución es de naturaleza comercial, en virtud de la aplicación supletoria dispuesta por el artículo 207 del Código Comercial debemos remitirnos a las normativas dispuestas por el Código Civil.

Ahora bien, la validez, aplicación y eficacia de la cláusula de exención de responsabilidad que aquí se estudia estará determinada por la responsabilidad que ha tenido el concedente para que se configure el incumplimiento de la exclusividad pactada.

Dicha responsabilidad deberá ser analizada según su actuar haya sido doloso o culposo.

A continuación analizaremos ambas situaciones:

a) Cuando el incumplimiento de la exclusividad otorgada al distribuidor se produjo por un actuar doloso del concedente:

⁶⁸ Díaz Critelli, Adrián, “La prórroga de la jurisdicción pactada en los contratos de adhesión o predispuestos en la jurisprudencia de Tucumán”, Ed. La Ley, LLNOA, noviembre de 2004.

⁶⁹ Stiglitz, Rubén S, “Invalidez de las cláusulas limitativas de responsabilidad en la contratación predispuesta”, Ed. La Ley, 1984 – D, 995.

Sería el caso en el cual el distribuido entrega a un tercero productos para que éste los comercialice en la zona asignada en exclusividad al invadido.

El artículo 507 del Código Civil dispone que “El dolo del deudor no podrá ser dispensado al contraerse la obligación”.

De la lectura de ese artículo, la doctrina ha entendido que la norma no solo prohíbe la dispensa del dolo futuro, sino también la renuncia a la indemnización derivada de él.⁷⁰

La interpretación efectuada se sustenta en que “dispensado el deudor de cumplir su obligación, emplaza el supuesto (...) en obligación sin causa para quien contrajo la suya en mira del compromiso contraído por el cocontratante - El artículo 499 del Código Civil dispone que no hay obligación sin causa (...) -. En efecto, si al tiempo que el deudor debe cumplir con su obligación, se aprovecha de la potestad que le concede el pacto, consistente precisamente en no cumplir, desaparece entonces la causa que sirvió de antecedente a la relación creditoria entre las partes”.⁷¹

Desde esta óptica, considero que habiéndose configurado dolo por parte del distribuido, la cláusula de exención de responsabilidad a su favor debe ser considerada nula.

b) Cuando el incumplimiento de la exclusividad otorgada al distribuidor se produjo por un actuar culposo del distribuido:

Sería el caso del concedente que entrega mercadería al distribuidor para que éste la revenda en el territorio que se le ha sido asignado, pero éste ultimo termina colocándola en una zona en la que no estaba autorizado, produciendo invasiones en territorio de terceros.

Estando el incumplimiento del distribuido consignado por su impericia o negligencia para proteger la zona dada en exclusividad, ¿Cabe a éste atribuirle la responsabilidad por la invasión causada por un tercero?

Son tres las posiciones que pueden ser tomadas:

⁷⁰ Busso, Eduardo, “Código civil anotado”, Tomo III, página 245, número 4, Buenos Aires, 1958.

a) La dispensa es válida en cuanto no existe, para los actos culposos, una prohibición como la del artículo 507 del Código Civil.

Ello así, y teniendo en consideración que la culpa siempre supone el actuar de buena fe, la cláusula no puede ser tachada de nula.

b) Llambías hace una distinción entre la dispensa total y parcial de las obligaciones contenidas en el contrato.⁷²

Respecto a las primeras sostiene que la considera nula por cuanto la misma resulta contraria al artículo 953 del Código Civil y las buenas costumbres.

En efecto, manifiesta que la dispensa total produce un ejercicio antifuncional de las prerrogativas jurídicas y un desvío del fin digno a ser protegido.

Respecto a las segundas, explica que no existe obstáculo para admitir su validez, a cuyo efecto las partes debieron haber determinado los supuestos convenidos o la fórmula de la limitación del *quantum* indemnizatorio adoptada.

Según esta posición, la cláusula de exoneración será válida siempre y cuando no se derive de una dispensa general de todas las obligaciones contenidas en el contrato.

c) Por último, Mosset Iturraspe⁷³ “admite la factibilidad de la dispensa anticipada de culpa, pero con las limitaciones que suministran las normas imperativas fundadas en un interés público, la moral y las buenas costumbres; las impuestas por la naturaleza de la culpa, principalmente por su gravedad; (...) atendiendo al modo como se otorga la dispensa al deudor de la obligación en los contratos por adhesión; aquellas originadas por la defensa del equilibrio de las prestaciones y finalmente, la limitación impuesta por el concepto mismo de la obligación, que obsta que el cumplimiento quede al arbitrio del deudor.”⁷⁴

⁷¹ Stiglitz, Rubén S, “Invalidez de las cláusulas limitativas de responsabilidad en la contratación predispuesta”, Ed. La Ley, 1984 – D, 995.

⁷² Llambías, Jorge J., “Obligaciones – Tomo I”, quinta edición. Ed. Perrot, Buenos Aires, 1995, página 216.

⁷³ Mosset Iturraspe, Jorge, “Responsabilidad por los daños”, T. I, página 227, Buenos Aires, 1971.

⁷⁴ Stiglitz, Rubén S, “Invalidez de las cláusulas limitativas de responsabilidad en la contratación predispuesta”, Ed. La Ley, 1984 – D, 995.

Si bien a esta posición no se le escapa que nuestro derecho ha suprimido la graduación de culpas⁷⁵, entiende que la aplicación de dicha graduación se abre camino a través de la doctrina y jurisprudencia, quienes pueden apreciar en cada acto un mayor o menor grado de culpa por parte del sujeto incumplidor.

Así, “la culpa grave importará una negligencia, imprudencia o impericia extrema: no prever o comprender lo que todos prevén o comprenden, omitir los cuidados más elementales, descuidar la diligencia más pueril e ignorar los conocimientos más comunes, omitir el mínimo de precaución y de atención que el deudor debe aportar en la ejecución de sus obligaciones”⁷⁶

Comprobadas dichas circunstancias, esta posición reputará la cláusula de exención como nula.

Asimismo, los autores que apoyan esta postura entienden que debe considerarse válida la exención pactada cuando el incumplimiento se ha producido mediando culpa leve, siempre y cuando con ello no se efectúe un ejercicio abusivo de las prerrogativas jurídicas, o que el deudor obtenga un provecho mediante su inejecución.

Si tuviéramos que trasladar las ideas de esta postura a casos concretos de la problemática que nos atañe, se me ocurren los siguientes ejemplos:

Incurriría en culpa grave el concedente que suministra al distribuidor invasor el triple de mercadería de la que éste necesita para cumplir con la demanda comercial de la zona que se le ha otorgado.

En ese caso, cualquiera en lugar del distribuido se daría cuenta que el distribuidor está comercializando productos en zonas asignadas a terceros.

En cambio, y por ejemplo, incurriría en culpa leve el concedente que suministra al distribuido invasor la cantidad necesaria de mercadería para abastecer su territorio, pero una vez entregada la misma, éste la utiliza para comercializar en otras zonas, obviamente no mediando conocimiento ni consentimiento por parte del distribuido.

⁷⁵ Ver nota artículo 512 Código Civil.

En lo personal, adhiero a esta última tesis para definir la validez - o no - de la cláusula de exención de responsabilidad y la consecuente responsabilidad que le cabe al concedente por la invasión producida.

En efecto, el juez a través de un exhaustivo proceso probatorio debe analizar el grado de culpa del concedente a fin de estimar la validez de dicha cláusula.

El no hacerlo implicaría desconocer la realidad del contrato que nos ocupa y de los hechos acaecidos en cada caso.

En definitiva, la determinación del grado de culpabilidad no será utilizada más que como factor de imputabilidad para determinar si el concedente tuvo o no la culpa respecto a la invasión producida.

Si de tal análisis surgiera que ha mediado culpa leve, entiendo que el sentenciante debe decretar la cláusula como válida y no asignar responsabilidad alguna al distribuido.

Si por el contrario, ha mediado culpa grave, la cláusula debe ser interpretada como nula teniendo el concedente que responder por los daños causados.

Ahora bien, contra de esta posición, podría argumentarse que haciéndose una interpretación a *contrario sensu* del artículo 1071 del Código Civil, la teoría del abuso del derecho no puede aplicarse cuando ha mediado buena fe - recordemos que la culpa siempre supone buena fe -.

Por nuestra parte consideramos que esa sola circunstancia no obsta a que el juez pueda que resolver la nulidad de la cláusula. Ello debido a las siguientes razones:

1) Borda explica que el magistrado debe efectuar un profundo análisis del conflicto planteado, analizando todos los hechos consignados y las pruebas arrimadas al expediente.

⁷⁶ Stiglitz, Rubén S, “Invalidez de las cláusulas limitativas de responsabilidad en la contratación predispuesta”, Ed. La Ley, 1984 – D, 995.

Especifica que el juez debe tener por configurado el abuso “(...) si la conducta o manera de actuar es contraria a las buenas costumbres y si se ha actuado de manera no razonable, repugnante a la lealtad y a la confianza recíproca.”⁷⁷

Tomando ello, y recordando lo señalado *ut supra* respecto a colaboración y cooperación que debe signar este tipo de contratos, entendemos que la culpa grave debe ser interpretada por el juez como abusiva.

2) Si bien no adherimos a las tesis que sostiene la equivalencia entre el dolo y la culpa grave,⁷⁸ consideramos que la sanción a aplicárseles a ambas figuras es la misma.

El distribuido que ha omitido el mínimo de cuidado y atención de sus obligaciones, que ha desatendido el más básico recaudo y que se ha despreocupado de las eventualidades que pudiera sufrir su cocontratante compromete al extremo la estructura de la relación contractual de distribución.

Corroborado ello, entendemos que el juez debe tomar una posición activa y decretar la nulidad de la cláusula que obsta el resarcimiento de la demandante, más aún cuando la exención de responsabilidad haya sido impuesta unilateralmente a través de un contrato de adhesión.

XIX.- Alcances de la invalidez de la cláusula de exención de responsabilidad – Principio de conservación del negocio -

Nuestro ordenamiento adopta el principio de conservación del negocio mediante el artículo 1039 del Código Civil, el cual está redactado de la siguiente manera: “La nulidad de un acto jurídico puede ser completa o sólo parcial. La nulidad parcial de una disposición en el acto no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables”.

⁷⁷ Borda, Guillermo A, “Manual de derecho civil – Parte General”, Decimonovena edición actualizada, Ed. Perrot 1198, página 33.

⁷⁸ Ver cita que Stiglitz, Rubén S, “Invalidez de las cláusulas limitativas de responsabilidad en la contratación predispuesta”, Ed. La Ley, 1984 – D, 995 efectúa de Planiol M., Ripert J., “Tratado práctico de derecho civil francés”.

Borda se ha manifestado en contra del principio adoptado especificando que no es aceptable la nulidad parcial de los contratos toda vez que las cláusulas allí insertas forman un solo conjunto, y que en efecto, “lo que se ha querido no es tal o cual parte aislada, sino el todo; cada cláusula es una de las condiciones del consentimiento prestado.”⁷⁹

Sin perjuicio de ello, consideramos que la posición adoptada por el legislado es la correcta, pues “es atendible concluir en líneas generales que cuando el negocio puede existir (...) aún sin el elemento viciado, habrá que atenerse a la particular intención práctica de las partes, afirmando la validez de las restantes cláusulas del negocio no afectadas de nulidad, en la medida que constituyan el mínimo contenido deseable con relación a todo el negocio así como estaba proyectado.”⁸⁰

XX.- Análisis de cuando no hubo acuerdo por escrito entre concedente y distribuidor invadido

Respecto a las problemáticas para determinar si ha existido o no contrato de distribución, nos remitimos a las líneas escritas *ut supra* a fin de evitar repeticiones innecesarias que nada aporten.⁸¹

Recuérdese simplemente que “la forma escrita sólo es exigible en ciertos contratos típicos, siendo su ausencia irrelevante para tener por acreditada la existencia de una relación atípica entre las partes, cuyo vínculo recíproco surge de la conducta de las mismas”⁸², circunstancia que además debe ser analizada desde el principio de libertad de formas adoptado por el artículo 974 del Código Civil.⁸³

Probada la existencia del contrato de distribución, el distribuidor invadido deberá demostrar dos hechos: 1) que la zona en la cual desarrollaba su negocio le había sido

⁷⁹ Borda, Guillermo A., “Tratado de derecho civil argentino – parte general”, Tomo II, quinta edición, Buenos Aires, 1971.

⁸⁰ Stiglitz, Rubén S, “Invalidez de las cláusulas limitativas de responsabilidad en la contratación predispuesta”, Ed. La Ley, 1984 – D, 995.

⁸¹ Ver más arriba “La distribución exclusiva de hecho”.

⁸² “Larramendy Domingo y otros c/ Resero SA”, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D. La Ley 1979-D, 306.

⁸³ “Marcolín, Carlos A c/ Resero SA”, dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, publicado en Microjuris, MJJ2730.

otorgada en carácter de exclusividad, y 2) que la misma ha sufrido invasiones por parte de terceros.

La jurisprudencia ha tenido por corroborado tales circunstancias mediante los siguientes métodos probatorios.⁸⁴

a) Declaraciones testimoniales de empleados o directivos de la invadida, de la invasora, de clientes o de la misma concedente.

b) Que durante la absolución de posiciones el concedente reconozca a) la provisión de productos a empresas distribuidoras competidoras de la invadida, y b) que dichos bienes estaban siendo colocados dentro del territorio exclusivo asignado a la damnificada.

c) Que de los libros contables y demás registros surja que la concedente vendió productos a la invasora y que los mismos eran vendidos en el territorio de la invadida.

d) Documentación arrojada al expediente que demuestre que la invasora ofrecía dentro de la zona otorgada en exclusividad, productos producidos o importados por la concedente (folletos, avisos de diarios, etc.).

Comprobados dichos extremos, considero que las posiciones de ambas partes - concedente e invadida - deben sujetarse a lo referido respecto a los contratos sustanciados por escrito en los cuales no se ha insertado cláusula de exención de responsabilidad.

Ello así porque las circunstancias que diferenciaban aquellos casos de los que aquí se estudian ya han sido salvadas toda vez que se hubiera demostrado la existencia del contrato de distribución, el acuerdo respecto a la exclusividad territorial a favor del distribuidor y el daño causado por la invasión de zona producida por un tercero que recibía mercadería del concedente.

⁸⁴ “Roldán David c/ Rivero SA y/o Rivero, P. L. Cirugía Capeusa SA” (Ed. La Ley Litoral 1998-2 página 517). Algunos de esos medios de prueba también han sido tenidos en cuenta por los sentenciantes en “Agroquímica Puesto Viejo Sociedad de Responsabilidad Limitada c/ Novatoris Argentina Sociedad Anónima”, dictado por la Cámara Nacional Comercial, Sala C en fecha 18/07/2003 y en “Distrihur SA c/ Industrias Cipolletti SA”, dictado por la Cámara Nacional Comercial, Sala C, publicado en La Ley 1995-B página 88.

XXI Conclusión

El objeto del presente trabajo ha consistido en determinar si el concedente de un contrato de distribución en sentido estricto es o no responsable por las invasiones que efectúa un distribuidor de aquel en la zona que el primero le ha asignado en exclusividad al distribuidor invadido.

Luego de efectuar un estudio detallado del tema corresponde que esquematicemos las conclusiones a las que hemos arribado.

Existen dos grandes universos fácticos: I) Casos en los que la intromisión hubiera sido efectuada por una distribuidora relacionada societariamente con la concedente, y II) Casos en los que la intromisión fue realizada por una distribuidora no vinculada con la firma distribuida.

Respecto al primero de los supuestos, el fundamento de la responsabilidad del concedente estará consignado por un objetivo incumplimiento contractual, cual es promover y propiciar la invasión en la zona otorgada en exclusividad. Sin perjuicio del criterio restrictivo con que debe emplearse la medida, consideramos pertinente aplicar el artículo 54 de la ley 19.550.

En cuanto al segundo universo, debemos diferenciar según si el contrato entre la distribuida y la invadida hubiera sido formalizado por escrito o no; y si lo hubiera estado, si en su redacción se incluyó o no una cláusula de exención de responsabilidad por invasiones de terceros distribuidores. A cada caso corresponde aplicarle una solución diferente.

i) Si no se incluyó la mencionada cláusula, verificada la intromisión, el concedente incurrirá en un incumplimiento grave y estará obligado a responder por no haber estipulación en contrario que limite su responsabilidad.

ii) Si se incluyó dicha cláusula, debemos diferenciar según si el concedente actuó con dolo o con culpa.

Ante un obrar doloso, debemos aplicar el artículo 507 del Código Civil.

Frente a un obrar culposo, creemos adecuado tomar las consideraciones de Mosset Iturraspe respecto a la validez de la dispensa anticipada de culpa según la gravedad con la que haya actuado el agente.

Si el accionar del concedente importó culpa grave, la cláusula de exención debe ser considerada nula, lo que implica que deberá responder por los daños causados.

Si medió culpa leve, la exención deberá reputarse válida, siempre y cuando con ello no se configurase un ejercicio abusivo de las prerrogativas jurídicas, ni el concedente hubiera obtenido un provecho mediante su inejecución.

iii) Si el acuerdo no hubiera sido formalizado por escrito, tras demostrarse la existencia del contrato de distribución, la exclusividad de la zona en la que operaba y las invasiones sufridas, entendemos que el conflicto deberá resolverse de acuerdo a lo referido respecto a los contratos sustanciados por escrito en los cuales no se hubiera insertado cláusula de exención de responsabilidad, ya que las circunstancias que diferenciaban éstos casos de aquellos han sido salvadas mediante un proceso probatorio.

Finalizada la conclusión, reiteramos el interrogante que formuláramos al principio: ¿Cumple el distribuido con la exclusividad pactada por el sólo hecho de abstenerse de nombrar otros distribuidores en la misma zona?

Por mi parte, y según lo expuesto, entiendo que la respuesta estará determinada por el estudio que se efectúe sobre las particularidades que presente cada caso concreto; todo ello, a la luz de las ideas desarrolladas más arriba.