

# CAPÍTULO I

## CUESTIONES LEGALES DE LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. —2. ARMADO DE LA RED DE DISTRIBUCIÓN. ELECCIÓN DE LAS HERRAMIENTAS JURÍDICAS. 2.1. Agencia. 2.2. Concesión. 2.3. Distribución. 2.4. Franquicia comercial. 2.5. Elemento distintivo de cada figura. —3. MANTENIMIENTO DE LA RED COMERCIAL. ALGUNAS ENSEÑANZAS JURISPRUDENCIALES TENDIENTES AL DESARROLLO ARMÓNICO DE LOS SISTEMAS DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL. 3.1. Reconocimiento de la existencia de relaciones de distribución fácticas. 3.2. Actuar diligente y probo que no se limita a una mera corrección conductual. 3.3. Tratamiento equivalente para con los distintos distribuidores de la misma red. 3.4. Competencia desleal intrarred. 3.5. Cláusulas ambiguas o poco claras. —4. TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS DE COMERCIALIZACIÓN. —5. CONCLUSIONES.

Por **Martín Caselli** ([mcaselli@abogadoscm.com](mailto:mcaselli@abogadoscm.com))

Abogado por la Universidad del Salvador, República Argentina. Máster en Derecho Empresario por la Universidad Austral, República Argentina. Director del Premáster Programa de profundización en la problemática de la empresa de la Universidad Austral. Codirector del ciclo de actualización sobre Derecho de la empresa del Instituto para el Desarrollo Empresario Argentino (IDEA), Buenos Aires, República Argentina. Profesor universitario.

### Resumen:

El presente trabajo aborda las tres etapas propias de una red de comercialización apta para la efectiva distribución de productos de la industria de la moda. Comienza identificando las figuras contractuales más usuales, sus elementos distintivos, efectos primarios y caracterización hecha por el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Luego señala los principios rectores provenientes de la abundante jurisprudencia que —a falta de tratamiento legislativo— ha establecido un verdadero compendio en la materia. Concluye describiendo la problemática en torno a la finalización de estos contratos y al modo de ejercer la facultad de decidir unilateralmente su rescisión.

## 1. INTRODUCCIÓN

Es sabido que toda industria requiere un eficiente sistema que asegure una adecuada comercialización de sus productos. Sin él, se perdería la razón de ser del emprendimiento productivo. La industria de la moda comparte esta necesidad, pero sus especiales características exigen que el profesionalismo y el control de ciertos detalles —posiblemente algo más irrelevantes en otras áreas— se acentúen. Ello encuentra su razón de ser en que precisamente a la moda no le alcanza sólo con el reparto eficiente de sus productos. Es, pues, este sistema de distribución uno de aquellos que más requiere de la utilización especializada de las figuras modernas de la comercialización, en que la actividad coordinada de empresarios independientes es esencial. La moda le exige a la moda una serie de requisitos que mayormente se alcanzan con el tejido de una red de distribución en que una adecuada interrelación contractual con terceros (proveedores, distribuidores y otros intermediarios) resulta un factor clave y requiere una aguda sincronización. Esta industria —donde la sensación de pertenecer a una globalidad universal se ve cotidianamente acrecentada— exige que el plexo regulatorio de las relaciones contractuales —aun si bilaterales— contengan necesariamente una visión sistémica, ya no sólo de la jurisdicción nacional o regional donde se ejerce la actividad comercial, sino también a nivel mundial.

La red de distribución comercial reconoce las siguientes tres etapas: (I) Etapa de armado; (II) Etapa de mantenimiento funcional armónico de las relaciones contractuales generadas; (III) Eventual etapa de terminación contractual.

## 2. ARMADO DE LA RED DE DISTRIBUCIÓN, ELECCIÓN DE LAS HERRAMIENTAS JURÍDICAS

Especial atención merece la etapa fundacional de la red toda vez que es aquella en que la pericia del abogado de empresas resulta distintiva a la hora de elegir adecuadamente la figura contractual que se utilizará, puesto que cualquiera de las cuatro figuras habituales (agencia, distribución, concesión y franquicia) son más o menos aptas para llegar al resultado de que el producto llegue del centro de producción al consumidor final. La actividad de cualquiera de los intermediarios (agentes, distribuidores, concesionarios o franquiciados) será igualmente conducente a tal fin. Sin embargo, el negocio en particular del que se trate y los efectos que se pretendan hacer prevalecer serán los que deban tenerse en especial consideración al momento de optar por una determinada figura contractual. Junto con los provechosos resultados de los tipos contractuales, la identificación de los efectos adversos que cada figura puede acarrear —por ejemplo, tributarios, laborales, de responsabilidad solidaria, etc.— serán dirimientes para su elección. De allí surge la importancia de un profundo conocimiento de la naturaleza y efectos de tales figuras, aun si mediante cualquiera de ellas se lograra la colocación de los productos en el mercado.

Al momento de optar por el tipo contractual que se utilizará, deben tenerse presente ciertos efectos adversos con los que claramente el empresario no desearía contar en su red. Debemos estar alertas para que la especial cooperación y estrecho vínculo que se establecen entre los distintos eslabones de la cadena comercial no permita que terceros infieran que se ha concretado un vínculo societario de hecho —especialmente con los efectos derivados del art. 23 de la Ley de sociedades comerciales en cuanto a responsabilidad solidaria— o un consorcio de cooperación, con similares efectos derivados del art. 6° de la Ley 26.005. Es usual que entre los actores comerciales de la red de distribución y a los efectos de incentivarlos para el resultado de las metas comerciales esperadas, se hable de «partners» aplicando este término a figuras que nada tienen que ver con el «partnership». Claramente, en esa relación de distribución no hay intención sustancial de conformar una sociedad en los términos del art. 1 de la Ley 19.550. En consecuencia, al no alcanzar sólo con la intención de no constituir una sociedad, todo el plexo contractual y el vocabulario promocional utilizado debiera estar encaminado a exteriorizar adecuadamente esa situación. Tampoco el empresario querrá que su responsabilidad laboral —aun la solidaria en los términos del art. 30 de la Ley de contrato de trabajo— se vea agravada como consecuencia de una inadecuada aplicación de una de las figuras contractuales a una situación en que podría haber sido elegida otra figura atendiendo a la naturaleza real del vínculo. Asimismo, a veces desde el empresariado se pretende privilegiar una figura —por ejemplo, la agencia, donde la cascada tributaria local queda más acotada que en otras— sin luego estar dispuesto a hacerse cargo de que su actuación comprende sólo la promoción de los negocios, juzgándose en consecuencia que la conclusión efectiva del negocio con el cliente —con los pro y contras propios de concretarlos— se le reputa al principal, sin que sea admisible sostener que tales efectos deban quedar exclusivamente en la esfera de la responsabilidad patrimonial del agente.

El difundido uso de las formas primarias de regulación contractual que analizaremos a continuación —que no son únicas ni por el momento se encuentran tipificadas legalmente— ha producido una verdadera tipificación social de tales figuras.

Con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (El Código Civil y Comercial), tendremos por primera vez formas contractuales de comercialización tipificadas legislativamente. Estas serán la agencia, distribución, concesión —con la restricción de la que daremos cuenta más adelante— y la franquicia comercial.

## 2.1. AGENCIA

El art. 1479 del Código Civil y Comercial argentino establece que habrá un contrato de agencia:

Cuando una parte denominada agente se obliga a promover negocios por cuenta de otra denominada preponente o empresario, de manera estable, continuada e independiente, sin que medie relación laboral alguna, mediante una retribución.

El agente es un intermediario independiente, no asume el riesgo de las operaciones ni representa al preponente.

El contrato debe instrumentarse por escrito.

La definición expuesta sigue a grandes trazos las definiciones que la doctrina, la jurisprudencia y la práctica negocial venían utilizando. En alguna medida sorprende que la definición legal misma contenga el requisito de la instrumentación escrita del contrato respectivo. En primer lugar, porque entendemos que la modalidad de instrumentación no hace a la identificación de sus elementos esenciales. Asimismo, este requisito no otorga solución a un sinnúmero de situaciones de hecho que la doctrina ha denominado distribución exclusiva de hecho<sup>1</sup>, respecto de las cuales nos referiremos en el punto 3.1 y que ha tenido un adecuado reconocimiento judicial.

A su vez, entendemos que la aclaración efectuada por el Código Civil y Comercial en cuanto a que el agente no representa al preponente sirve para reafirmar la idea de que el contrato de agencia no implica, *per se*, representación del principal. Claro está que ello no es óbice para que continúe existiendo válidamente la figura de agencia con representación, en cuyo caso el agente deberá contar con el instrumento de representación adecuado suscripto con las formalidades de ley exigidas para el acto del que se trate.

## 2.2. CONCESIÓN

Para el Código Civil y Comercial:

Hay contrato de concesión cuando el concesionario, que actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros, se obliga mediante una retribución a disponer de su organización empresarial para comercializar mercaderías provistas por el concedente, prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según se haya convenido (art. 1502).

El Código Civil y Comercial prevé que exista exclusividad recíproca, salvo pacto en contrario. Resulta acertada la previsión legal de permitir a la contraparte que, si así se pacta, interactúe contractualmente con el competidor de su concedente, dado que ello responde a la realidad actual en que concedentes, de común acuerdo con los concesionarios, admiten que éstos tengan participación o control en otras sociedades que son concesionarias de concedentes competidores. Esta permisión, en ocasiones, responde a una conveniencia recíproca y a una preparación técnica particular del concesionario. Otras veces ocurre —en el marco de empresas de indumentaria, mayormente en el caso de empresas que adquieren master franquicias regionales y que en consecuencia se constituyen también en franquiciantes— que uno de tales intermediarios obtiene la autorización para

<sup>1</sup> O. MARZORATI, «La distribución exclusiva de hecho», *La Ley*, t. 1995-B, p. 88.

representar a varias marcas, concentrando y optimizando sus activos y empleados al ponerlos al servicio simultáneo de varias marcas. Ello, la mayoría de las veces, redundará en una reducción ostensible de costos.

Es también adecuada la facultad que el Código Civil y Comercial otorga al concedente para generar la excepción a la exclusividad territorial, en el caso de ventas directas o modalidades de ventas especiales, práctica muy usual en las denominadas ventas corporativas. Esta previsión adquiere gran importancia en el mundo de la moda, sobre todo en aquellos acuerdos que un concedente realiza con tiendas departamentales, *stores in stores* o supermercados a los que provee directamente sus productos a pesar de que esas tiendas o locales se encuentren a escasos metros de concesionarios que tienen asignado un territorio exclusivo.

El Código Civil y Comercial introduce también una particular excepción a la obligación de exclusividad del concesionario para la adquisición de las mercaderías al concedente y su posterior reventa. El último párrafo del art. 1505<sup>2</sup> permite al concesionario la venta de mercaderías del mismo ramo que le hayan sido entregadas en parte de pago de las que comercialice por causa de la concesión.

### 2.3. DISTRIBUCIÓN

En rigor, el Código Civil y Comercial no tipifica al contrato de distribución comercial, sino que sólo reconoce su existencia sin definirlo, disponiendo sobre él la aplicación de las normas sobre concesión comercial que resulten pertinentes. Ante esta falta de definición legal, reproducimos una de las definiciones estándar incorporadas por la jurisprudencia, que caracteriza al contrato de distribución como «aquél por el cual una organización es puesta al servicio de la reventa de un determinado producto que es suministrado por el fabricante a otro comerciante para que éste lo comercialice en las bocas de expendio...»<sup>3</sup>.

### 2.4. FRANQUICIA COMERCIAL

El Código Civil y Comercial reconoce la existencia de una franquicia comercial cuando...

... una parte, denominada franquiciante, otorga a otra, llamada franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o

<sup>2</sup> «Sin perjuicio de lo dispuesto en el inc. a, el concesionario puede vender mercaderías del mismo ramo que le hayan sido entregadas en parte de pago de las que comercialice por causa de la concesión, así como financiar unas y otras y vender, exponer o promocionar otras mercaderías o servicios que se autoricen por el contrato, aunque no sean accesorios de las mercaderías objeto de la concesión ni estén destinados a ella».

<sup>3</sup> Entre otros, «Larramendy, Domingo y otros c/Resero, S. A.», Cámara Nacional Comercial, Sala D, 30/05/1979, *La Ley*, t. 1979-D, p. 306; «Herrera, Norberto c/Nestlé Argentina S. A.», CNCOM, Sala D, 20/04/2010, *Abeledo Perrot online*, cita N° 70066773.

servicios bajo el nombre comercial, emblema o la marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta del franquiciado.

Un elemento presente en el Código Civil y Comercial es la vocación de continuación de estos contratos, lo cual queda exteriorizado por la obligación puesta en cabeza de las partes para preavisar adecuadamente la intención de continuar el contrato automáticamente a su finalización. En efecto, el Código Civil y Comercial pretende otorgar certidumbre a las partes, convirtiendo al contrato vencido y continuado en un contrato por tiempo indeterminado con los efectos propios de esta última categoría, sobre todo en lo relativo al deber de preavisar la terminación y la extensión de dicho preaviso. La parte que no desee continuar el contrato, con los antedichos efectos, deberá así comunicarlo.

Al igual que para la agencia, el Código Civil y Comercial también contiene una norma expresa para la franquicia (art. 1522 *in fine*), que permite pactar una cláusula de no competencia para después de extinguido el contrato y limitada a un plazo máximo de un año y dentro de un territorio razonable. Si bien los contratos de concesión y distribución no cuentan con previsión de norma similar, entendemos que su inserción sería válida aplicándosele la misma limitación temporal señalada.

## 2.5. ELEMENTO DISTINTIVO DE CADA FIGURA

Luego de reproducidas estas definiciones, verificamos que a menudo en la práctica profesional aparecen verdaderas intrigas al momento de calificar una relación contractual, dado que —como bien señala LORENZETTI— «son excepcionales los casos en que un contrato de la realidad económica sigue los pasos que le indicó el Código Civil o de Comercio»<sup>4</sup> o la definición académica.

No obstante lo expuesto, es posible distinguir en cada una de esas figuras un elemento que la diferencia especialmente de la otra y le otorga su propio cuerpo. Es por ello que consideramos que más allá de la posible dilución de tajantes diferenciaciones que se produce en la realidad diaria, de entre las figuras de intermediación comercial podemos distinguir a la agencia con la promoción de productos o servicios por otro. Allí, el agente no vende, no concierta negocios en nombre propio. El elemento diferenciador de esta figura es precisamente la promoción de algo que venderá otro, no él. Será el principal quien seguidamente concrete el negocio promovido por el agente.

A su vez, observamos que la distribución comercial, *strictu sensu*, pone su acento en la cosa comercializada y la transferencia de su dominio, ya sea que la tradición de ella sea inmediata o con efecto diferido.

<sup>4</sup> R. LORENZETTI, «¿Cuál es el cemento que une las redes de consumidores, de distribuidores, o de paquetes de negocios?», *La Ley*, t. 1995-E, p. 1015.

La concesión comercial, en cambio —a la vez que indudablemente está puesta al servicio de la venta de un producto—, pone su particular acento en el especial modo de organización comercial —unificada con tantos otros puntos de venta/atención— de esa cadena tendiente a la venta de productos y una serie de servicios y conductas posteriores a la venta en sí misma (asesoramiento continuo, *services*, garantías adicionales, clubs promocionales, etc.). En la comercialización de productos de moda es de especial importancia otorgar al cliente una vasta red donde sin demasiadas formalidades aquél pueda adquirir un producto de manos de un concesionario, luego cambiarlo con otro distinto, y eventualmente volver a concertar otra devolución parcial —dando en parte de pago el artículo cambiado y adicionándole dinero para adquirir otro producto de mayor precio— con un tercer concesionario en otro territorio sin que para él no haya más que una única organización a su servicio.

Mientras tanto, la franquicia comercial —aun cuando en ocasiones pueda implicar la canalización de la venta de productos suministrados por el mismo franquiciante— encuentra su elemento distintivo no ya en el producto comercializado, sino en el procedimiento apto para esa especial forma de comercialización.

### 3. MANTENIMIENTO DE LA RED COMERCIAL. ALGUNAS ENSEÑANZAS JURISPRUDENCIALES TENDIENTES AL DESARROLLO ARMÓNICO DE LOS SISTEMAS DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

Existen algunas decisiones jurisprudenciales que han marcado verdaderos hitos en el derecho de la distribución comercial. Dejaremos para el final aquellas cuestiones relativas a la terminación de los contratos (*vid.* punto 4), mientras que a continuación destacaremos algunas situaciones reconocidas por los jueces y líneas de conducta por ellos marcadas para su observancia durante la vigencia de las relaciones contractuales de distribución.

#### 3.1. RECONOCIMIENTO DE LA EXISTENCIA DE RELACIONES DE DISTRIBUCIÓN FÁCTICAS

En el fallo «Distrihur S. A. c/Industrias Cipolletti S. A.»<sup>5</sup>, la Sala interviniente reconoció como propia de la distribución comercial a la relación (no exteriorizada instrumentalmente y a la que la actora calificaba de distribución mientras que la demandada la calificaba de sucesión de compra ventas) en que —entre otros elementos de prueba— se detectó el pago de «comisiones», el respeto implícito a zonas de actuación, la contabilización de «costo a distribuidores» y la indicación de que los «valores» deberían emitirse por el cliente final a nombre del

<sup>5</sup> CNCOM, Sala C, 10/5/1994, *La Ley*, t. 1995-B, p. 89.

productor. Las circunstancias reseñadas persuadieron a los jueces de que existía un «circuito de comercialización» administrado por la demandada/productora y esa convicción no se vio disminuida ni siquiera por el postulado del art. 1193 del Código Civil, en tanto manda a que contratos superiores a un determinado monto deben ser hechos por escrito y veda que puedan ser probados por testigos. El fallo citado se apartó de las previsiones de la norma aludida, haciendo prevalecer los indicios de peso que surgían del análisis de la prueba emergente del proceso judicial por sobre las formalidades —en rigor, ausencia de tales—, en atención a que la falta de instrumento que acredite por escrito el contrato no es óbice para admitir su existencia, en tanto se trata de una figura innominada y no formal.

En consecuencia, habrá relación de distribución aun en el caso en que no existiera instrumento contractual que así lo establezca siempre y cuando de la relación en concreto emerja la realidad, funcionalidad y finalidad de la relación contractual que se analice. Un reciente fallo de la Sala D de la Cámara Nacional en lo Comercial<sup>6</sup> rechazó la existencia de una invocada relación de concesión en una situación en que no existía instrumento contractual —impedimento invocado por la sentencia de primera instancia, basado en el art. 1193 del Código Civil—, pero en que tampoco existían libros rubricados llevados en legal forma por el pretendido concesionario, ni provisión de mercaderías por parte del demandado. De hecho, el fallo también reconoce que, a pesar de la vigencia del artículo mencionado, serían admisibles ciertas excepciones a su postulado cuando hubiera un principio de prueba por escrito.

### 3.2. ACTUAR DILIGENTE Y PROBO QUE NO SE LIMITA A UNA MERA CORRECCIÓN CONDUCTUAL

Los jueces han acertado al indicar que, en los contratos de colaboración empresaria, un cabal actuar de buena fe no se limita a un actuar meramente diligente. Así, la jurisprudencia ha dicho:

... si se trata de profundizar en la exigencias de la denominada «convivencia jurídica» gestada sobre la base del contrato, nos encontramos con que ella presenta un doble aspecto: uno negativo, emergente de la máxima romana «*alterum non laedere*» (Digesto I, 1, 10, 1), que lleva a exigir un comportamiento de respeto y de conservación de la esfera del interés ajeno; y por otro lado, uno positivo, que impone no simplemente una conducta de respeto, sino una *activa colaboración con la otra parte contractual*, orientada a satisfacer su interés<sup>7</sup>. [El subrayado es propio].

Asimismo, en consonancia con el deber de diligencia y proactividad señalado, un fallo de la Sala E de la Cámara Nacional Comercial no se limitó a avalar el

<sup>6</sup> «Accesorios CA S.R.L. c/Car One S.A.», CNCOM, Sala D, 08/06/2012, *Abeledo Perrot JUR/2312/2012*.

<sup>7</sup> «Turinaut S.A. c/Hyundai Motor Argentina S.A. y otro», CNCOM, Sala A, 10/08/2010, *Abeledo Perrot online*, cita N° 70065939.

silencio —malicioso a la luz de los hechos del caso— del distribuidor —intimidado por el principal frente al incumplimiento de sus obligaciones— con la mera verificación de que respondía al postulado del art. 919 del Código Civil<sup>8</sup> amparándose en que ese silencio no podría comprometerlo. En esta oportunidad, el fallo sostuvo lo siguiente:

El absoluto silencio del recurrente frente a tan preciso y categórico requerimiento implicó el reconocimiento de los hechos allí invocados, ya que las circunstancias de hecho prueban la declaración tácita de voluntad. En ese sentido, se ha resuelto que el silencio o la tolerancia o las actitudes omisivas valen como manifestación de la voluntad, *cuando el que calla puede y debe hablar y sin embargo no lo hace*<sup>9</sup>.

Ello, fundado en la circunstancia de que el hombre de negocios se mueve en una atmósfera en la que domina soberana la buena fe y la buena fe no tolera que nadie se *atrinchere detrás de un silencio cuando su silencio puede tener la apariencia exterior de consentimiento*<sup>10</sup>. [El subrayado es propio].

### 3.3. TRATAMIENTO EQUIVALENTE PARA CON LOS DISTINTOS DISTRIBUIDORES DE LA MISMA RED

Existen fallos de relevancia que apuntan al principio de equivalencia en el tratamiento a los integrantes de una red comercial; lo que a nuestro modo de ver no debe interpretarse como ciega igualdad de trato. Consideramos que —como todo precedente jurisprudencial— debe analizárselo en el contexto del caso particular que se resuelve, evitando proyectar indiscriminadamente y de manera lineal las soluciones pasadas y concretas a eventuales situaciones futuras y aún indeterminadas. Así, existen dos precedentes jurisprudenciales relevantes para apreciar la aplicación del principio referido:

— «Kodak Argentina S. A. c/Foto Express S. A.»:<sup>11</sup> En este caso la cámara hace expresa referencia a la necesidad de interpretar con un sentido funcional los hechos traídos a su juzgamiento. Puede sostenerse que a partir de esa premisa el principio de igualdad fue utilizado en esta sentencia a los efectos de verificar si la falta cometida por el concesionario era realmente considerada tan grave por la concedente como para convalidar una terminación con justa causa contra su concesionario, teniendo en cuenta que ante la

<sup>8</sup> «El silencio opuesto a actos, o a una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación, sino en los casos en que haya una obligación de explicarse por la ley o por las relaciones de familia, o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes».

<sup>9</sup> Cámara Nacional en lo Civil, Sala E, 26/10/06, *La Ley*, t. 121, p. 201; Sala F, 19/8/75; *El Derecho*, t. 67, p. 188; Sala E 13/7/71, *La Ley*, t. 146, p. 68; Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29/12/71, *La Ley*, t. 150, p. 593.

<sup>10</sup> CNCOM, Sala E, 21/12/2009, «Briquel S. A. c/Volkswagen Argentina S. A.», *Abeledo Perrot online*, cita N° 70060060. Vid. A. BELLUSCIO, *Código Civil y Comercial comentado*, Buenos Aires, Astrea, citando a CASTAN TOBEÑAS, 7ª ed. I, p. 680 3, B.

<sup>11</sup> CNCOM, Sala B, 5/6/2008, *Abeledo Perrot online*, cita N° 70047690.

misma falta cometida por otros concesionarios en diversas situaciones el concedente nada había hecho. Es decir, consideramos que el principio de igualdad se aplicó en este fallo para poder tomar una referencia acerca de la gravedad real que para el concedente tenía la conducta denunciada como causal de terminación justificada dejando en evidencia que en el caso fallado esa causa se transformaba en una excusa superficial con la que se pretendía poner fin a una relación comercial.

- «Armando Pérsico S.A. c/Autolatina Argentina S.A.»<sup>12</sup>: Creemos que el adecuado análisis de esta sentencia debería llevarnos a concluir que no fue la discriminación al concesionario la verdadera causa eficiente de la indemnización reparatoria decidida, sino que —contrariamente— una de las evidencias del actuar antijurídico en que incurrió la principal quedó traducido en un trato desigual contra el actor (concesionario), puesto que —a juzgar por el fallo— al resto de los concesionarios la concedente no los «atacaba» del modo en que lo había hecho con el actor.

Es decir, la discriminación fue el síntoma del obrar dañoso, fue el efecto visible y no su causa. Lo anterior queda además abonado a poco de advertir que nuestro sistema jurídico —con excepción de las recientes enmiendas a la Ley de defensa del consumidor— no recepta las instituciones indemnizatorias de tipo sancionatorias o ejemplificadoras —como los daños punitivos del derecho anglosajón—, sino que sólo admite la reparación integral de los daños efectivamente causados al acreedor.

### 3.4. COMPETENCIA DESLEAL INTRARRED

El fallo «Donati»<sup>13</sup> ha sido una de las decisiones más severas contra un concedente, a quien se lo hizo responsable de la quiebra del concesionario, estableciendo la medida de su responsabilidad en una tercera parte del deterioro económico y financiero de la fallida. Una de las conductas que la Cámara consideró especialmente reprochables consistió en la competencia, que el fallo consideró desleal, en oportunidad en que la concedente, a través de sociedades vinculadas ocupaba también el lugar de concesionaria. Está claro que la condena de autos no recayó por el hecho de que la concedente tuviera el control de otras sociedades concesionarias. El motivo de la condena versó en ciertas conductas que generaron la convicción en el tribunal de que la concedente competía en condiciones más favorables en perjuicio del resto de las concesionarias. En oportunidad de comentar este fallo, al tiempo de reconocer válida la posibilidad de que el concedente «compita» con otros concesionarios mediante la participación

<sup>12</sup> CNCOM, Sala C, 28/2/2003, *La Ley*, t. 2003-E, p. 111.

<sup>13</sup> «Donati Hnos. S.A. c/Renault de Argentina S.A., ex CIADEA S.A.», CNCOM, Sala D, 13/2/2009, *Abeledo Perrot online*, cita N° 8/21433.

en otras sociedades concesionarias, evaluamos a la competencia como leal en la medida que:

- Responde a la noción de «uso honesto», como parámetro utilizado por el art. 10 bis del Convenio de París<sup>14</sup> (norma específica de aplicación directa, incorporada a nuestra legislación);
- Se enmarque dentro de los límites delineados por normas genéricas de nuestro ordenamiento entre las cuales sobresalen los arts. 953, 1071, 1198 del Código Civil y Comercial (normas generales de aplicación directa);
- Recoja preceptos jurisprudenciales entre los que cabe destacar recientes afirmaciones, tales como:

... no constituye competencia desleal captar un cliente de un competidor, ya que esa es la esencia de la competencia. Sin embargo la libre competencia como toda libertad no es ilimitada, su ejercicio encuentra límites en los preceptos legales que la reglamentan y en los derechos de otros competidores: presupone un ejercicio legal y honesto del derecho propio, expresión de la integridad profesional. Excedidos dichos límites surge la competencia desleal, que ningún precepto legal define en razón de la infinita variedad de actos que pueden constituirlo<sup>15</sup>.

### 3.5. CLÁUSULAS AMBIGUAS O POCO CLARAS

El fallo «Kodak» aludido más arriba también generó un precedente al negar validez a la cláusula resolutoria expresa que había sido formulada en un contrato de adhesión de manera genérica y confusa. Esta resolución judicial consideró que, en estos casos, la cláusula resolutoria expresa debe considerarse como cláusula resolutoria implícita y consecuentemente surge de aplicación la intimación previa (por quince días) prevista en los arts. 1204 del Código Civil y Comercial, y 216 del Código de Comercio.

## 4. TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS DE COMERCIALIZACIÓN

Es esta la problemática en la que la jurisprudencia más ha intervenido y con respecto a la cual es posible reconocer un sistema de normas aplicables a buena parte de los casos que ocurren en la realidad negocial.

El principal hito en torno a la posibilidad de que estos contratos puedan ser rescindidos sin causa de manera unilateral fue marcado por la Corte Suprema de

<sup>14</sup> El citado artículo establece que constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.

<sup>15</sup> «Mayéutica S.R.L. c/Entrepeneur S.A.», CNCOM, Sala A, 24/3/2000, *Abeledo Perrot online*, cita N° 35024089.

Justicia de la Nación en el *leading case* «Automóviles Saavedra c/Fiat»<sup>16</sup>. Allí la Corte consideró válida la cláusula rescisoria —aun siendo predispuerta—, para lo cual distinguió el derecho de rescindir reconocido contractualmente a las partes, del ejercicio de ese derecho —que puede ser abusivo o no— y al cual deberá atenderse en el análisis de cada caso en particular.

Con este fallo, la Corte en definitiva estableció que la mera circunstancia de que la cláusula rescisoria unilateral hubiera sido inserta por el concedente de manera predispuerta no significa, *per se*, que tal inserción sea abusiva.

Respecto de la facultad rescisoria en sí misma, en los casos en que no hubiese sido prevista expresamente —o ante la inexistencia de instrumento contractual—, la jurisprudencia ha considerado que «nadie puede ser obligado a permanecer atado a una relación jurídica de modo indefinido»<sup>17</sup>. En consecuencia, hoy mayoritariamente nuestra jurisprudencia promueve el principio de la libre rescisión unilateral de los contratos en los que no se haya fijado un plazo de duración<sup>18</sup>.

No obstante ello, también los jueces han considerado que esa legítima facultad se ve invalidada si es ejercida intempestiva o sorpresivamente. En efecto, la doctrina judicial sostiene:

... quien decide la desvinculación debe otorgarle a la otra parte del contrato ocasión para reordenar su negocio. Por ello, si bien en principio cualquiera de ellas puede dejar sin efecto el contrato, no es admisible que la ruptura se produzca sin el otorgamiento de un plazo adecuado a la naturaleza y particularidades de la relación habida entre las partes, que permita a la perjudicada por el distracto solucionar los inconvenientes que lógicamente le acarrea la cesación del negocio de que se trata<sup>19</sup>.

La finalidad del preaviso apunta a compensar las legítimas expectativas del concesionario, pues el cese de la actividad genera numerosos trastornos y gastos. Dicho con otras palabras, la finalidad del preaviso a los efectos de la ruptura del negocio es la de permitir a la parte perjudicada disponer de un tiempo suficiente para poder planificar y decidir el destino de la organización comercial afectada, hasta ese momento, al cumplimiento del contrato. En términos generales, tal finalidad apunta a la necesidad de la parte a la que se opone la rescisión de proveer los medios que sean del caso para sustituir su fuente de ingresos<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> «Automóviles Saavedra S.A.C.I.F. c/Fiat Argentina S.A.C.I.F.», CSJN, 4/8/1988, *Abeledo Perrot online*, cita N° 04\_311v1t229.

<sup>17</sup> «A.V.S. S.R.L. c/Asociación Civil Educativa Escocesa San Andrés», CNCOM, Sala A, 12/12/2006, *Abeledo Perrot online*, cita N° 11/42921.

<sup>18</sup> Cfr. entre otros, «Heregal S.R.L. c/Coca-Cola Femsa de Buenos Aires S.A.», CNCOM, Sala A, 14/12/2006, *Abeledo Perrot online*, cita N° 35010475; «Cigoper S.A. c/Massalin Particulares», CNCOM, Sala B, 31/10/2002, *Abeledo Perrot online*, cita N° 30011733; «Cherr-Hasso, Waldemar Peter y otro c/The Seven Up Co. y otros s/ordinario», CSJN, 5/11/1991, *Abeledo Perrot online*, cita N° 04\_314v2t061; «Tri-bifer c/Columbia S.A. s/ordinario», CSJN, 31/8/1987; «Domo Gas S.A. c/Agip Gas S.A.», 10/8/1989.

<sup>19</sup> «Editorial Ver S.A. c/DYS S.A.», CNCOM, Sala D, 26/6/2009, *Abeledo Perrot online*, cita N° 20090577.

<sup>20</sup> Fallo citado.

El Código Civil y Comercial también permite que, superado el plazo mínimo de vigencia de algunos contratos, cualquiera de las partes pueda terminarlo sin causa, previo otorgamiento de un preaviso (arts. 1492, 1508 y 1522).

Ante la ausencia de parámetros objetivos provenientes de normas legales, los fallos judiciales han ido suministrando pautas en relación con la extensión del plazo de preaviso. Si bien no es un criterio rígido, buena parte de los precedentes judiciales ha otorgado un mes de preaviso por cada año de vigencia del contrato con un tope fijado en los seis meses<sup>21</sup>. El Código Civil y Comercial, para el caso de la agencia, la concesión y la distribución, no establece un tope a la regla de un mes por año de antigüedad del contrato. Para el caso de la franquicia, el referido proyecto establece un tope de seis meses de preaviso solo para los contratos que habiendo tenido un plazo de terminación, fueron continuados. En cambio, para los contratos de franquicia por tiempo indeterminado, sólo establece un plazo mínimo de preaviso, mas no un tope.

Creemos que ese tope en todos los casos debiera estar contemplado o ser inserto por los jueces en sus decisiones de modo de evitar situaciones disvaliosas en que un preaviso podría durar varios años.

Sin perjuicio de ello y ateniendo a las realidades de cada caso, corresponde señalar ciertas excepciones establecidas en diversos fallos judiciales:

En «Marquín y Perotta»<sup>22</sup>, la Sala B otorgó un plazo de preaviso de un año a un contrato que habiéndose suscripto por el término inicial de un año, a raíz de las sucesivas renovaciones se había arribado a un plazo de vinculación estable de dieciséis años. Decisión similar tomó la Sala C en el fallo «Bonaccosa c/Lan Chile»<sup>23</sup>. Asimismo, en un fallo más reciente<sup>24</sup>, la Sala B otorgó un plazo de preaviso de doce meses para un vínculo contractual superior a los diez años, sosteniendo que las permanentes renovaciones anuales efectuadas por las partes permiten inferir una relación estable en cuya virtud la parte a la que pretendió oponerse la rescisión podría confiar en que no se quebraría abruptamente sin una razón valedera que lo justificara. Esa línea es seguida por el Código Civil y Comercial en cuyo art. 1491 establece que la continuación del contrato de agencia por tiempo limitado, una vez vencido el plazo original, lo transforma en contrato por tiempo indeterminado.

<sup>21</sup> Entre otros, «Austral S.R.L. c/Nestlé Argentina S.A.», CNCOM, Sala B, del 31/5/2000; «Pandelos Hnos. S.A. c/Massalin Particulares S.A.», CNCOM, *El Derecho* 193, p. 394, DJ 2004-196; «Shell C.A.P.S.A. c/Lífrat S.A.», CNCOM, Sala D, del 11/10/2000, *El Derecho*, p. 191; «Herrera, Norberto c/Nestlé Argentina S.A.», CNCOM, Sala D, del 20/4/2001; *La Ley* 2001-D, p. 719.; CNCOM, Sala D, del 12/4/2002.

<sup>22</sup> «Marquín y Perotta c/Esso S.A.P.A.», CNCOM, Sala B, 11/4/1995, *El Derecho* 164, p. 42.

<sup>23</sup> «Bonaccosa, Armando c/Lan Chile S.A.», CNCOM, Sala C, 3/3/2006.

<sup>24</sup> «Dihuel S.A. c/Johnson & Johnson de Argentina S.A.C.E.I.», CNCOM, Sala B, 14/6/2012, AP/

En otras ocasiones excepcionales, la justicia otorgó un plazo de preaviso muy cercano al tiempo transcurrido de contrato. Así, en autos «Agricultoras c/Kohler Company»<sup>25</sup>, considerando que no se había logrado siquiera amortizar la inversión, la Sala C otorgó dos años y medio de preaviso para un contrato de tres años y medio de duración. A su vez, en el fallo «Etchelecu c/Carl Zeiss»<sup>26</sup>, considerando que «la ruptura de dicho contrato a sólo un año y medio de concedida la distribución pudo razonablemente no ser prevista», la Sala actuante otorgó una indemnización equivalente a seis meses de preaviso para un año y medio de relación contractual.

En «Godicer c/Cervecería Quilmes»<sup>27</sup>, los jueces otorgaron doce meses de preaviso a un vínculo que se había extendido por veinticuatro años.

Ahora bien, consideramos que existen casos excepcionales en que, aun con el otorgamiento de un preaviso —por extenso que éste fuera—, puede ocurrir que no resulte legítima la rescisión unilateral en el momento pretendido por el rescidente y que el remedio a ello no sea la indemnización sustitutiva de preaviso. Como han sostenido ciertos precedentes judiciales, la facultad rescisoria puede tener lugar recién «cuando el contrato ha cumplido su finalidad económica, lo que acontece cuando el concesionario ha amortizado sus inversiones y obtenido un lucro»<sup>28</sup>.

En esos casos, creemos que procedería la indemnización por ruptura *ante tempus* del contrato, la cual a diferencia del preaviso no tendría la finalidad de permitir a la parte perjudicada disponer de un tiempo para planificar y decidir el destino de la organización comercial afectada, sino que más bien apuntaría a que el rescindido se vea indemnizado por la frustración de la amortización de su inversión así como por el mínimo de ganancia razonablemente esperada, de la que se vio privado.

## 5. CONCLUSIONES

1) El derecho de la moda requiere de un sofisticado entramado comercial constituido por un sinnúmero de relaciones contractuales. Varias son las figuras socialmente típicas que pueden servir para concretar la intermediación comercial, pero es preciso conocer el real funcionamiento de cada una, de modo de aminorar los efectos adversos que su elección puede acarrear.

<sup>25</sup> «Fábrica de Implementos Agrícolas S.A. c/Kohler Company», CNCOM, Sala C, 31/5/2005, *Abeledo Perrot online*, cita N° 11/39672.

<sup>26</sup> «Etchelecu, Francisco c/Carl Zeiss», CNCOM, Sala E, 17/08/2006, *Abeledo Perrot online*, cita N° 11/41513.

<sup>27</sup> «Godicer S.A. c/Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.», CNCOM, Sala B, 10/6/2004, *AR/JUR/2096/2004*.

<sup>28</sup> «Editorial Ver S.A. c/DYS S.A.», CNCOM, Sala D, 26/6/2009, *Abeledo Perrot online*, cita N° 20090577.

2) La tipificación legislativa de estos contratos por parte del Código Civil y Comercial otorgará mayor certeza a la hora de elegir el tipo contractual. Algunas de sus previsiones parecieran no tener en cuenta el valioso aporte otorgado por la jurisprudencia mientras no existió norma alguna. Es aconsejable una adecuada integración de estas nuevas reglas con muchos de los valiosos principios sentados por los jueces en sus decisiones pasadas.

3) El principio de la posible terminación sin causa de los contratos de comercialización se ve ratificado por la proyectada norma, que —como lo ha hecho la jurisprudencia— exige una serie de requisitos por cumplir para que esa terminación no genere responsabilidad ni convierta en una batalla campal lo que hubo de ser una fructífera relación de colaboración empresaria.