

Alerta: Violación del pacto de exclusividad y no competencia. Contrato de distribución. Obligación esencial del contrato. Necesidad de preaviso. Pacto comisorio expreso. Análisis del caso *Danone Argentina (Villa del Sur)*.



Por:
Pablo Augusto Van Thienen
Director académico

Alerta: Violación del pacto de exclusividad y no competencia. Contrato de distribución. Obligación esencial del contrato. Necesidad de preaviso. Pacto comisorio expreso. Análisis del caso *Danone Argentina (Villa del Sur)*.

Por: Pablo Augusto VAN THIENEN

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

Abstract.

La sala C dictó veredicto en el caso Danone.

Un caso emblemático dentro del catálogo de precedentes judiciales que han tratado sobre la resolución intempestiva de contratos de colaboración empresaria desde el precedente Automotores Saavedra a la fecha.

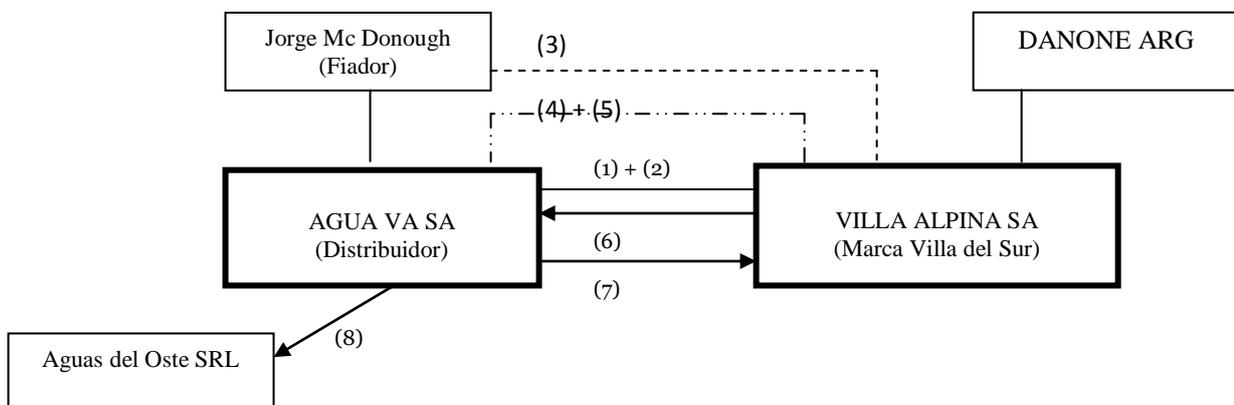
El caso Danone debe ser leído con suma atención y cuidado quirúrgico por quienes deseen conocer los “vericuetos” de la trama contractual en este tipo de negocios jurídicos complejos como son los contratos de concesión, distribución, agencia o franquicia. Quienes llevan adelante esta práctica profesional no pueden eludir este precedente, quienes deseen aprender un poco más sobre esta especialidad tampoco pueden dejar de leerlo. En suma, es un caso inevitable.

Nuestro comentario se centrará únicamente en los efectos de la violación del pacto de exclusividad de producto y territorio. Entendemos que éste es el nudo gordiano del caso Danone. A continuación pasamos a explicar los detalles del caso. Esperamos sea de utilidad.

I. El caso Danone Argentina (Sala C. 30 de abril de 2010)

A. Los hechos:

A continuación una breve descripción gráfica de los hechos con sus respectivas notas aclaratorias para una mejor comprensión.



- 1) 23.11.99 = Contrato de distribución por 10 años. Pacto de Non Compete + Exclusividad. (Botellones retornables de 20lts) + Obligación de no transferencia del Establecimiento y preferencia por 2 años a favor de Villa Alpina SA.
- 2) 22.12.99 = Mutuo para financiación de capital de trabajo. Se amortiza mediante descuento en las comisiones. Se prenda 100% de las acciones de Agua Va SA.
- 3) Mc Donough = Fiador codeudor solidario, liso, llano y principal pagador del mutuo.
- 4) 17.08.01 = Villa Alpina SA rescinde de pleno derecho SIN PREAVISO + daños por violación del pacto de non compete.
- 5) 23.08.01 = Agua Va SA responde invocando rescisión por exclusiva culpa de Villa Alpina SA + daños.

- 6) Villa Alpina SA demanda por violación del pacto de exclusividad.
- 7) Agua VA reconviene por incumplimiento contractual y ruptura intempestiva del contrato de distribución.
- 8) 22.05.2001 = Agua Va SA cede en locación el Establecimiento a Aguas del Oeste SRL.
- 9) 09.02.2001 = Acuerdo de cese de uso de la marca "Agua Va".

Pacto comisorio (contrato de distribución) = ante el incumplimiento por parte de la otra de cualquiera de sus obligaciones (...), previa intimación a la parte incumplidora a subsanar dicho incumplimiento en el plazo de 45 días corridos, con indemnización de los daños y perjuicios causados. Lo establecido precedentemente no será aplicable en caso de incumplimiento a las obligaciones establecidas en las cláusulas (...) cuyo caso la parte incumplidora tendrá 45 días adicionales para subsanar dichos incumplimientos" (cláusula 14^a).

Pacto comisorio (contrato de mutuo) = ante el incumplimiento por parte de la Deudora a cualquiera de sus obligaciones (...), previa intimación a la Deudora a subsanar dicho incumplimiento en el plazo de 45 días corridos. Vencido este plazo sin que el incumplimiento sea subsanado se considerará caducado todos los plazos siendo exigible la devolución del capital más intereses compensatorios y quedando rescindido el contrato principal por exclusiva culpa de Agua Va SA (Cláusula 13^a).

Pacto de no transferencia de inmuebles y otros activos: Es "**condición esencial**" del contrato de Distribución la prohibición de transferir el Establecimiento propiedad de Agua Va SA durante un plazo de dos años, como tampoco transferir las maquinarias destinadas a la producción de agua. (Cláusula 8.3.). Agua Va S.A. se obliga a no constituir gravamen alguno sobre el Establecimiento y/o la Maquinaria (cláusula 8.2.).-

CD del 17.08 = "Hemos detectado fehacientemente la venta de botellones retornables de 20Lts de la marca Agua Va en comercios minoristas adquiridos a un distribuidor cuyo domicilio coincide con el de vuestra fábrica y cuyos números de CUIT e Ingresos Brutos indicados en el remito son aparentemente inexistentes, lo que constituye una flagrante violación a los dispuesto en las cláusulas 6.1. y 6.2 de la oferta" (del contrato). Notificamos resolución del contrato de distribución por su exclusiva culpa. Intimamos cesara de usar los emblemas, etiquetas y signos identificatorios de la marca *Villa del Sur*, y a cancelar en 24 hs la suma de U\$S 415.943,38 con más intereses compensatorios y punitivos derivados del préstamo (...).

CD del 23.08 = "No somos responsables de la supuesta comercialización del agua en los términos aludidos en la anterior CD. No nos consta tal cosa. Es injustificada y arbitraria la rescisión dispuesta por violatoria de lo dispuesto en la cláusula 14^a del contrato. Tachamos de rescisión incausada del contrato de distribución. Acusamos a Villa Alpina S.A. de intentar una "artera maniobra destinada a quedarse con todos los importantes frutos actuales y futuros de la muy exitosa actividad comercial llevada a cabo por nosotros en el marco de una dura crisis". Hacemos responsables a Villa Alpina S.A. de los daños y perjuicios derivados de la ruptura intempestiva, arbitraria, infundada, caprichosa e incasuada de la relación jurídica y comercial que nos unía".

ira Instancia: *Condena a Donone Argentina (ex Villa Alpina SA).*

II. Criterio de la Sala.

Dos son las cuestiones que deben responderse: (1) *¿fue Agua Va SA quien incumplió el contrato?, y de haber sido esto así, (2) ¿fue ese incumplimiento de tal gravedad que justificó que Danone Argentina obviara la previa interpelación contractualmente pactada y declarara resuelto el contrato?*

1. **Preaviso. Voluntad de no cumplir. Pacto comisorio expreso:** Ambos contratos previeron que frente a un incumplimiento, la parte cumplidora podría considerar resuelto el vínculo previa intimación por 45 días. Se halla discutido si ese plazo de gracia debe ser concedido en todos los casos (como se infiere de sendos contratos y de las normas de los C. com 216 y C. civ 1204) o si puede ser obviado cuando resulta evidente la voluntad de no cumplir (incumplimiento entonces, definitivo), pues en tal supuesto la intimación carecería de sentido.

2. **Voluntad de incumplimiento definitivo:** El régimen del pacto comisorio determina la posibilidad de resolver el contrato frente a una voluntad de incumplimiento clara, indubitable y definitiva.

3. **Qué tipo de incumplimiento da lugar a la resolución sin preaviso:** No cualquier incumplimiento justifica la resolución automática. Es necesario que ese incumplimiento adquiera cierta importancia o gravedad. La

parte que provoca la ruptura del contrato obviando la previa intimación a cumplirlo incurriría en un abusivo ejercicio del derecho (C. civ 1071, 2º párrafo).

4. El incumplimiento debe impactar en el equilibrio del contrato: Debe tratarse de la omisión del cumplimiento de una **obligación fundamental** del negocio jurídico cuya trascendencia comprometa su equilibrio económico

"Para que proceda la resolución por incumplimiento, es menester que éste sea de suficiente entidad, quedando su aplicación a criterio judicial conforme a los principios de la buena fe y del abuso del derecho. Cuando se trate de un pacto comisorio expreso, deberá considerarse la intención de las partes"

5. Cesión del establecimiento en locación: Agua Va SA cedió en locación el Establecimiento estando vigente la obligación de no transferencia y preferencia a favor de Villa Alpina SA violando el pacto de no transferencia previsto en el contrato de Distribución. Agua Va S.A. incumplió el contrato. Recuérdese que fue previsto "**como condición esencial**" que Agua Va S.A. que no podría transferir el establecimiento "por cualquier causa o título, incluyendo, pero no limitado, a venta, permuta o donación" durante un plazo de dos años. Fue violentando la letra y el espíritu del contrato, Agua Va S.A. alquiló la planta que fue utilizada para distribuir botellones con la marca Agua Va en la zona, o en parte del territorio, y que así lo hacía aquélla respecto de la marca Villa del Sur.

El primero de los interrogantes que formulé al comienzo aparece respondido.

¿Fue ese incumplimiento de tal gravedad que justificó obviar la previa interpelación contractualmente pactada y declarar resuelto el contrato?

6. Violación del pacto de no competencia. Gravedad del incumplimiento. Preaviso. Carga de la prueba: No surge del expediente cuántos distribuidores fueron abastecidos por Aguas del Oeste SRL durante aquel período ni en qué cantidad lo fueron. Tampoco se probó cuál es la capacidad de producción de la planta alquilada por Aguas del Oeste SRL para de tal manera formar convicción acerca de la posibilidad que tiene esta empresa para competir con Villa Alpina S.A. y eventualmente desalojarla del mercado o de una sustancial porción de éste.

De manera que necesariamente la respuesta al segundo de los interrogantes que formulé es negativa y, por lo tanto, corresponde decidir que Villa Alpina S.A. debió por su lado cumplir el contrato interpelando a la actora por 45 días para que ésta cesara de incumplir, bajo apercibimiento de resolver el vínculo.

III. Nuestro comentario.

A. Pacto comisorio expreso.

No nos cansamos de repetir que la cláusula comisorio es, sin duda, la cláusula más trascendente de todo contrato. El precedente Danone (junto con otros) así lo confirma. Este precedente me recuerda al caso "Kodak" donde también se habría resuelto un contrato de concesión imputando al distribuidor violación del pacto de exclusividad de producto. En este caso (al igual que Danone) el tribunal falló a favor del agente.

¿Qué está sucediendo? ¿Los tribunales no entienden la trascendencia de la exclusividad o el pacto comisorio está mal redactado?

En el precedente Kodak el tribunal entendió que si bien la obligación de no competencia y exclusividad es esencial en este tipo de relaciones comerciales, la resolución contractual "sin preaviso" por incumplimiento de esta obligación esencial debe estar expresamente establecida en el pacto comisorio. Al revisar aquel pacto el tribunal encontró el siguiente detalle: el pacto expreso era una simple repetición del tácito previsto en el código de comercio debiendo Kodak intimar con un plazo mínimo de 15 días para recomponer el vínculo o dar por terminada la relación contractual.

El precedente Kodak dejó la enseñanza de que los contratos deben prever pactos comisorios donde se detallan aquellas *obligaciones esenciales* que dan lugar a la resolución del vínculo sin preaviso, de aquellas que permiten tolerar una intimación para darle a la parte incumplidora la opción de corregir el error.

El precedente Danone muestra una arista diferente desde lo contractual. Aquí el pacto comisorio expreso prevé un preaviso de 45 días para recomponer el vínculo frente al incumplimiento de ciertas obligaciones y de otros 45 días frente al incumplimiento de otras obligaciones, aparentemente más gravosas.

¿Qué pasa con el deber de no competencia?

B. Deber de buena fe contractual y pacto comisorio.

El deber de no competir nos enfrenta al deber de buena fe. Nuestro sistema legal sienta el principio y nos enseña que los contratos deben interpretarse y ejecutarse de buena fe. La buena fe no es más ni menos que la honestidad con la que todos debemos ejecutar nuestros compromisos, cualquiera sea su naturaleza. La buena fe nos acerca a la noción de lealtad en la ejecución de los contratos.

La buena fe tanto debe ser ejercida en la instancia de ejecución como al momento de resolver el vínculo, y de eso se trata. El caso Danone enfrenta al artículo 1198 del C.c. con los artículos 1204 del C.c. y 216 del C. com. El tribunal entendió que Agua Va SA había incumplido su obligación esencial de no transferencia del inmueble (violación al deber de lealtad), pero también entendió que la resolución del contrato por Danone habría sido intempestiva y arbitraria por ausencia de preaviso (violación al deber de buena fe).

Y esta situación nos enfrenta a un desequilibrio contractual. Mientras una de las partes actúa de mala fe, o sea de manera infiel cediendo el inmueble a terceros competidores y comercializando productos de su marca en violación al deber de exclusividad de producto y territorio, la parte damnificada debe intimar al agente incumplidor para que éste cese en su actividad dañosa. No estoy aquí proponiendo la ley del Talión ni mucho menos, pero sí sugiriendo que el deber fiduciario de buena fe se encuentra implícito en todo contrato, y más en aquellos donde expresamente se pactó el deber de no competencia y exclusividad. Por lo tanto la pregunta que sigue es: ¿Violado el deber de exclusividad corresponde preavisar?

Los precedentes Danone y Kodak nos dicen que sí.

Entonces la pregunta que no podemos dejar de formular es: ¿Debemos redactar un pacto comisorio que prevea la rescisión automática por violación de la exclusividad? La respuesta es afirmativa.

Un dato para tener presente es que el pacto comisorio expreso del contrato de concesión del caso Danone no preveía la opción de resolución automática, sino sólo bajo preaviso para que el otro subsane el error. Basta comparar el pacto de la concesión con el pacto del mutuo para advertir esta diferencia.

Siendo la exclusividad de producto un elemento esencial del negocio de concesión del agua Villa del Sur corresponde aplicar el pacto comisorio expreso, o podemos dar por terminado el vínculo sin previo aviso.

D. Violación del pacto de exclusividad en los contratos de concesión.

No voy a negar que a la cláusula comisorial del contrato Danone-Agua Va le faltó una vuelta de tuerca: la fórmula de resolución automática.

Ahora bien la ausencia de pacto no puede implicar que frente al incumplimiento de la obligación esencial de no competencia la parte damnificada daba recurrir a la fórmula comisorial expresa, intimando al deudor a corregir ... *su infidelidad* ... en el plazo de 45 días (sic).

Detectada la violación al deber de buena fe y habiendo el principal comprobado de manera fehaciente que el agente hace actividad en competencia, un empresario racional que busca proteger su marca y producto arbitrará los medios legales necesarios para que su agente se convierta rápidamente en un ex agente y cese de inmediato en la comercialización de su producto y marca. Esto es lo que hizo Danone y esto es lo que haría cualquier empresario racional.

Es verdad que el pacto comisorio omitió prever la fórmula de rescisión automática por esta causa, pero entiendo que esta omisión no puede implicar carecer del legítimo derecho de rescindir sin previo aviso.

Es contractura sugerirle al empresario que aún frente a la actividad infiel del agente aquel deba intimar a corregir una conducta dolosa que rompe un elemento esencial de todo vínculo contractual: la confianza recíproca. Es poco sensato en derecho e impracticable en el mundo de los negocios que dicha intimación ocurra. El empresario optará por asumir los costos de transacción de un *error judicial*.

Un dato que no podemos dejar de leer es que la opción de rescisión automática y sin previo aviso era una opción válida para ambas partes. El mismo derecho le asistía al Agente frente al incumplimiento de Danone. En este sentido la fórmula era equilibrada.

E. Teoría de los contratos incompletos, de las normas supletorias y de los costos de transacción.

La moderna teoría de los *contratos incompletos* desarrollada por la escuela norteamericana de Law & Economics nos enseña que alcanzar un contrato perfecto que pueda prever todas las eventuales contingencias de una relación jurídica eleva demasiado los costos de transacción, y por este motivo el mercado muchas veces opta por celebrar contratos incompletos para evitar asumir dichos costos. En definitiva aquellos agujeros dejados en blanco en la relación jurídica formal serán completados por los jueces.

Esta escuela también nos enseña que dentro de los potenciales costos de transacción comprometidos en la celebración de un contrato está también el error judicial; esto es que los jueces fallen de manera equivocada, inequitativa o injusta, siempre desde la óptica subjetiva de las partes en litigio. No abrigo la menor sospecha de que el fallo Danone no ha sido justo para el sentir de Danone. Encima que violan el contrato debo indemnizarlos! En la mirada de Danone, error judicial y por lo tanto un costo de transacción. La pregunta aquí es si el costo de transacción asumido por Danone representado por la indemnización que debe pagarle a Agua Va compensa los beneficios obtenidos por haber terminado el contrato sin preaviso y de manera automática.

La observación de escuela de Law & Economics es que la ley funciona (en el mundo de los contratos) como *default rule*, esto quiere decir en nuestro lenguaje: norma supletoria.

Sin duda el artículo 216 C.com y el 1204 C.civil son ambas normas supletorias en el sentido de que suplen la voluntad de las partes en caso de omisión o a la inversa, las partes pueden suplir la norma legal mediante pacto expreso. Ambas miradas nos llevan a la misma conclusión. Siendo esto así parece que omitido el pacto expreso de resolución automática corresponde aplicar la norma supletoria; esto es ofrecer al incumplidor un preaviso razonable.

Sin embargo existen precedentes nacionales que nos indican que aún frente a la expresa omisión de la rescisión automática la misma funciona cuando el preaviso es futil o innecesario. La pregunta entonces es: ¿Habiendo omitido el pacto expreso de rescisión automática, corresponde intimar al agente frente al incumplimiento doloso del deber de buena fe por violación del pacto de exclusividad de producto y territorio en un contrato de distribución? Desde la perspectiva de los principios generales de derecho la respuesta es no. Desde la perspectiva de los jueces en el precedente Danone y Kodak, la respuesta es sí.

F. Violación del pacto de no competencia de producto. Carga de la prueba. Error judicial.

El tribunal sentenció lo siguiente: *no surge del expediente cuántos distribuidores fueron abastecidos por Aguas del Oeste SRL (...) ni en qué cantidad lo fueron. Tampoco se probó cuál es la capacidad de producción de la planta alquilada por Aguas del Oeste SRL para de tal manera formar convicción acerca de la posibilidad que tiene esta empresa para competir con Villa Alpina S.A. y eventualmente desalojarla del mercado o de una sustancial porción de éste.*

En mi opinión el tribunal equivoca el razonamiento en este punto crucial del caso. Aquel error judicial del que nos habla la escuela de Milton Friedman.

Sin duda la no competencia como causal de rescisión de un contrato de distribución comercial no pasa por un análisis de mercado, ni de costos, ni de capacidad de producción o capacidad instalada. Se trata de la defensa de una marca y de un producto dentro de un mercado territorial determinado. Se trata de una estrategia comercial de penetración de mercado. Se trata simplemente de un esquema de negocios que permite colocar un producto determinado designando a un agente para que coloque ese producto en forma exclusiva dentro de un área geográfica exclusiva.

La mirada del tribunal sobre este punto fue una mirada de defensa de la competencia que nada tiene que hacer aquí donde lo que se está debatiendo es el incumplimiento de una obligación de exclusividad de producto dentro del marco de un contrato mercantil. Poco y nada importa en este punto la capacidad instalada del agente, ni la capacidad de desplazamiento que Aguas del Oeste SRL tenía respecto de la marca

Villa del Sur. Esto es un debate para ser planteado ante la CNDC pero no en tribunales comerciales donde lo que se está discutiendo es el incumplimiento grave a una obligación contractual: no competir.

Si adherimos al razonamiento del tribunal llegamos a la absurda conclusión de que la parte damnificada por la actividad dolosa y competidora del agente debe cargar con la difícil prueba de acreditar los extremos sugeridos por la sala C. Un verdadero absurdo y una flagrante injusticia: *error judicial*.

Si adherimos a la tesis de la sala C llegamos al absurdo de que la opción de salida (automática) del principal por infidelidad del agente se torna impracticable para la parte damnificada dado la prueba diabólica a la que está sometido y los costos transaccionales absurdos a los que ahora está sometido.

O sea, Danone fue condenado a indemnizar a su agente por un detalle: no haber acreditado en el expediente lo extremos solicitados por la sala C. Eso extremos probatorios fueron: (1) *no indicar cuántos distribuidores fueron abastecidos por el Agente*, (2) *no probar en qué cantidad lo fueron*, (3) *no haber probado cuál es la capacidad de producción de la planta alquilada*, (4) *no haber formado convicción a los jueces acerca de la posibilidad que tenía el Agente para competir contra la marca Villa del Sur y por último* (5) *no haber acreditado que la marca Villa del Sur sería desalojada del mercado o de una sustancial porción de éste*. En verdad cargar sobre las espaldas del principal con toda esta prueba no responde a un reclamo de rescisión contractual incausada. Al principal sólo le cabe acreditar la mala fe contractual del agente. Punto y aparte.

G. Conclusión.

El caso Danone es de sumo interés práctico.

El caso nos deja dos enseñanzas bien concretas: (1) Es necesario diseñar un pacto comisorio expreso que nos permita minimizar los costos de salida por violación al deber de exclusividad, (2) rescindir el contrato por esta causa lleva a la parte rescindente a la obligación de tener que acreditar en el expediente los extremos impuestos por la sala C y (3) entendemos que estos extremos probatorios deberían cumplirse aún habiendo pacto expreso de rescisión automática, si el agente entiende incausada la resolución del vínculo contractual.

En síntesis el caso Danone es un precedente de suma gravedad y peligrosidad.

Esperamos que estas reflexiones sean de utilidad.

Atte.,

Pablo A. Van Thienen