



Contrato de distribución exclusiva. ¿Compensación por rubro “clientela”? El caso Diageo Argentina SA.

Por. P. Augusto Van Thienen

I. Introducción.

El precedente Diageo Argentina SA (“Diageo”) no solo es muy importante por la doctrina que sienta en relación al plazo de preaviso, su razonabilidad y efectos respecto del nuevo artículo 1492, sino por la doctrina que sienta en relación a la indemnización por rubro “clientela” en la relación de distribución; aspecto que merece ser analizado y debatido a la luz del nuevo Código Unificado y los próximos contratos de distribución y/o concesión que estén por venir.

Te proponemos analizar el precedente Diageo desde esta perspectiva.

II. Indemnización del rubro clientela en la relación de distribución.

El tribunal inicia el análisis de este tópico admitiendo que la “clientela” es un rubro no indemnizable en este tipo de relaciones y que la jurisprudencia ha sido contradictoria en este sentido. Incluso, sostiene que en la relación de distribución, como en la concesión, no

corresponde indemnizar “clientela”; sin embargo hubo algo en el caso Diageo que los llevó a cambiar de opinión reconociendo este rubro tornándolo sumamente controvertido este fallo.

A la luz del nuevo Código Unificado está claro que el rubro clientela no está expresamente reconocido, cómo sí lo estaría en el caso de la relación de agencia donde el código reconoce a favor del agente la posibilidad de recibir una “indemnización adicional por incremento del giro”, tal como lo reconoce el artículo Que precisamente apunta a la compensación del rubro clientela.

El actual código sólo reconoce a favor del concesionario, distribuidor o franquiciado el derecho a la indemnización por las ganancias dejadas de percibir por falta de preaviso, o preaviso insuficiente. Y nada dice sobre el rubro “clientela” que sólo se lo reconoce al agente quedando tácitamente excluidas las otras relaciones contractuales. Esta omisión quiere decir que ha sido intención del legislador excluir a las otras figuras de poder reclamar este rubro.

¿Es esto así?

III. Aspecto temporal del fallo frente al nuevo Código Unificado y su interpretación.

Es verdad que la doctrina del fallo Diageo es aplicable para los casos resueltos bajo las normas del anterior código civil y código de comercio. Pero no es menos cierto que la doctrina sentada por el precedente Diageo pueda ser aplicada a las relaciones preexistentes al nuevo Código Unificado pero que se deban resolver bajo dicho marco legal.

Si bien es cierto que el nuevo Código Unificado no reconoce el rubro “clientela” a favor del distribuidor no es menos cierto que dicha omisión deba ser interpretada como exclusión. Hay muchos antecedentes jurisprudenciales que avalan esta interpretación en el sentido de que el rubro “clientela” está expresamente reconocido para la agencia, lo que no significa que esté expresamente excluido para las otras figuras contractuales. Su reconocimiento expreso para uno, no puede ser interpretado como expresa exclusión para otros. La exclusión de este derecho, para que opere, debió preverse expresamente en el texto de la ley. No siendo así, cabe interpretar que el rubro “clientela” puede ser reclamado por el concesionario o distribuidor.

Tengamos presente que respecto de la franquicia el nuevo código expresamente dice que el cliente es del franquiciante, sin embargo omite toda referencia al cliente en la concesión y en la distribución. ¿Cómo debemos interpretar esta situación normativa?

Mientras en la relación de agencia y en la franquicia hay referencias precisas a este rubro, tanto en la distribución como en la concesión quedan huérfanas de regulación. ¿Este silencio debería interpretarse como “exclusión”?

Me permito dudar.

IV. Compensación de clientela sin importar las causales de la ruptura contractual.

La sala D sostiene que el distribuidor tiene derecho al rubro clientela no importa el motivo de la rescisión contractual. O sea que para obtener esa “compensación” no importa indagar en la culpa o el dolo, y por lo tanto no es necesario explorar las causales de la terminación contractual, ni si la relación fue por plazo cierto o indeterminado. Cualquiera sea el motivo de la terminación de la relación, devenga el derecho a reclamar compensación por clientela.

“... la compensación por clientela es adeudada en todo supuesto de extinción contractual (con solo algunas excepciones...) y no como un resarcimiento a título de culpa o dolo en el cumplimiento del contrato (que, por hipótesis, puede no haberse incumplido), y ello es así con fundamento en la doctrina del enriquecimiento sin causa ...”

De acuerdo con esta tesis, la terminación del contrato devenga el derecho a compensación por este rubro.

“... no es justo que, extinguido el contrato, siga el distribuido obteniendo ventajas de una clientela ganada por el distribuidor, sin que este reciba compensación alguna ...”

Y también agrega que *“... extinguido el contrato, sea por tiempo determinado o indeterminado, el distribuidor que mediante su labor ha incrementado significativamente el giro de las operaciones del distribuido, tiene derecho a una compensación si su anterior actividad puede seguir rindiendo frutos o continuar produciendo ventajas sustanciales a éste último en razón de la clientela con la que seguirá vinculado ...”*

V. Compensación no es lo mismo que indemnización.

Tengamos muy presente que estamos hablando de “compensar” al distribuidor por las ventajas económicas generadas al principal por el rubro clientela y esas ventajas económicas pueden derivar de dos hechos: (i) incremento de la cantidad de clientela o (ii) incremento del volumen de ventas a la clientela actual. O sea, se trata de compensar los beneficios económicos que se apropiaría el principal luego de terminado el contrato de distribución, beneficios económicos generados gracias al esfuerzo del distribuidor.

Esta es la razón por la cual NO estamos hablando de una “indemnización” por culpa o dolo, sino de la compensación por un beneficio que el distribuidor deja de percibir y que transfiere al principal sin contraprestación alguna.

Para afirmar esta tesis, el Dr. Heredia funda sus razones en doctrina y jurisprudencia española, en particular fallos del Supremo Tribunal peninsular y normas de las Directivas de la CEE que regulan este aspecto.

La propia doctrina citada por la Sala D diferencia compensación por clientela de la indemnización por daños; y en rigor de verdad, claramente no son lo mismo. Veamos:

“Ha dicho el Tribunal Supremo de España que la indemnización por clientela cumple una función compensatoria en el plano de la liquidación patrimonial tras la extinción de la relación contractual de las partes. Este valor de compensación se presenta de modo objetivable, sobre los beneficios o ventajas que, como consecuencia de la actividad desplegada por el distribuidor permanecen, a su cese, a favor del

empresario para quien realizó los correspondientes servicios. De esta forma, también debe precisarse que el objeto de esta función compensatoria, en el plano de la liquidación patrimonial de la relación contractual, resulta diferenciado o, si se prefiere, especializado, respecto del marco general del resarcimiento contractual que pudiera derivarse por los daños y perjuicios causados ...”

O sea, la compensación por clientela es un rubro no relacionado a la indemnización por daños, ni nada semejante, siendo posible su reclamo judicial por cuerda separada, incluso, sin necesidad de invocar daño alguno y sin importar el plazo de preaviso y su razonabilidad. Basta la extinción de la relación para que prospere esta compensación.

VI. Riesgos de esta tesis doctrinaria y su aplicación a todos los contratos de colaboración empresarial.

La compensación por clientela, dentro del derecho español y comunitario, ha sido

fuertemente criticada por el profesor y catedrático español Cándido PAZ ARES. Este académico cuestiona con dureza -desde un análisis de law and economics- la eficiencia de esta compensación y su racional en términos contractuales. Lo explica muy bien en su obra “Indemnización por clientela en el contrato de concesión”. O sea, no está claro que la doctrina jurisprudencial española esté dando en el clavo en esta materia, sino que el tema está bastante controvertido.

En efecto, los jueces españoles están abusando de la aplicación de esta compensación para los contratos de distribución y concesión cuando, en rigor de verdad, sólo se encuentra reconocida “legalmente” a favor del agente en función de una ley específica que regula la

relación de agencia. Algo muy parecido a lo que está ocurriendo entre nosotros y que acaba de ocurrir en el precedente “Diageo”. La compensación por clientela no sería propio de la agencia sino que puede extenderse a otras relaciones contractuales como la distribución y la concesión.

Como expresé al principio de estas reflexiones, que esté expresamente previsto para uno, no quiere decir que esté expresamente excluido para los otros. El fallo de la sala D marca tendencia respecto de lo que podemos esperar en un futuro no muy lejano: la aplicación por analogía de la compensación por clientela a los contratos de distribución y, por qué no, extenderlo al contrato de concesión.

Pero no se trata de recurrir sólo a la analogía sino que basta justificar la compensación recurriendo a los principios generales de derecho, tales como la “buena fe”.

Este fenómeno interpretativo ya se produjo en España y es de esperar que también se extienda a estas latitudes. Por ello debemos estar atentos a la hora de redactar cláusulas comisorias. ¡El caso Diageo enciende una luz roja!

La indemnización por clientela en el contrato de distribución es un tema recurrente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. Es habitual que resuelva los litigios aplicando por analogía el régimen del contrato de agencia; es decir, el artículo 28 de la Ley de Contrato de Agencia. Sin embargo, en una reciente sentencia del 16 de marzo el Máximo Tribunal recurrió a la “buena fe” como criterio de integración y realizó un gran esfuerzo de justificación para aplicarlo.

Interesa resaltar que no constituye una novedad absoluta entre los españoles recurrir a esa herramienta interpretativa. La alta autoridad judicial española ya había utilizado el mismo criterio en casos anteriores.

Para la doctrina española el fundamento de la indemnización por clientela deriva de la buena fe que debe existir en la liquidación patrimonial de todo contrato. Y justifica esta afirmación en las siguientes cuatro razones:

1) La extinción de los contratos de concesión o distribución, sean por tiempo indefinido, sean por tiempo determinado, da lugar, como regla general, a un derecho del distribuidor a una compensación económica a cargo del proveedor por la clientela ganada gracias al esfuerzo empresarial del primero, y de la que pueda aprovecharse el segundo tras la extinción del contrato. Tal derecho se funda en lo injustificado del enriquecimiento o ventaja adquirida por el concedente merced a la extinción del contrato. Enriquecimiento que no es correlativo al empobrecimiento del distribuidor, sino a la creación de un activo empresarial, gracias al esfuerzo de éste, que a partir de entonces va a aprovechar únicamente a aquél. Es decir, se trataría de la compensación por el aprovechamiento del esfuerzo ajeno, más que la indemnización a un empobrecimiento de la contraparte.

2) Este fundamento se combina con la aplicación analógica del art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia (LCA), por la gran similitud o identidad de razón entre el contrato de agencia y el de distribución en cuanto a la aportación de nuevos clientes o el incremento de operaciones por el agente o el distribuidor; lo que, conforme al art. 4.1 CC, permite integrar analógicamente los contratos de distribución en que no hubiera cláusula que regulara las consecuencias de la finalización del contrato.

3) Al prever el art. 1258 CC que lo expresamente pactado por las partes ha de integrarse con todas las consecuencias que según la naturaleza del contrato fueran conformes a la buena fe, al uso y a la ley, procede el remedio equitativo al desequilibrio de las prestaciones por causas sobrevenidas en los contratos de tracto

sucesivo. Que en el contrato de distribución no se daría en las prestaciones de las partes durante la vida del contrato (como ocurre cuando se aplica la institución de la *rebus sic stantibus*), sino en la situación patrimonial de cada una al extinguirse la relación contractual y tener ésta que liquidarse. Y que no se debería a circunstancias extraordinarias, sino a la propia ejecución normal u ordinaria del contrato. Por tanto, la compensación por clientela sería una consecuencia acorde con la naturaleza de dicho contrato y, además, conforme a la buena fe.

4) En los casos de extinción de un contrato de distribución, la indemnización por clientela no es automática. El distribuidor que pretenda tal compensación habrá de probar la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente, así como otras circunstancias equitativas que justifican la indemnización, como la integración del distribuidor en una red comercial que aproxime significativamente su posición a la del agente.”

No llama la atención el recurso de la sala D a la doctrina española en este sentido y las recurrentes citas a doctrina y jurisprudencia del Máximo Tribunal de ese país. O sea, la mesa está servida. Está claro y salta a la vista la tendencia de nuestros jueces de querer habilitar este rubro compensatorio a favor del distribuidor.

¡Mucho cuidado!

VII. La compensación no es de aplicación automática.

En línea con los que sostiene la jurisprudencia española el distribuidor que pretende dicha indemnización o compensación no le será fácil conseguirlo pues tiene sobre sus espaldas la carga de probar que gracias a su esfuerzo comercial o personal el principal se beneficia

significativamente con la clientela generada por aquel. O sea, como dice el Máximo Tribunal de España “*se trataría de la compensación por el aprovechamiento del esfuerzo ajeno, más que la indemnización a un empobrecimiento de la contraparte*”.

VIII. Incremento “significativo” y ventajas “sustanciales”. ¿Qué significa?

La sala D buscar no hacerle fácil el camino y pone ciertas trabas conceptuales. Exige que el distribuidor acredite que su gestión comercial ha generado no sólo un incremento “significativo” en el giro comercial del principal sino también, ha generado ventajas “sustanciales”.

En opinión de la Cámara el incremento significativo se daría por dos factores: (i) que los actuales clientes aumenten sus consumos o, (ii) que el nivel de consumo se mantenga por cliente pero aumentando la base de clientes. O sea, en uno y otro supuesto significa aumentar las ventas y por lo tanto el “*market share*” del producto. Pero no solo se debe acreditar el aumento de mercado sino, además, que dicho aumento podrá ser aprovechado por el principal luego de la ruptura contractual. O sea, apropiación del mercado generado por el distribuidor.

La duda que encierra esta prueba es la siguiente: qué entendemos por “significativo”.

Digo esto pues el requisito esencial para que prospere la compensación es que el incremento de “mercado” sea “significativo”. Si bien en el caso Diageo resultó claro y palpable pues más de la mitad de la base de clientes de Diageo habían sido gestionados comercialmente por el distribuidor, habrá otros casos donde generándose aquel incremento, la significatividad no sea tan evidente y por lo

tanto mucho más difícil acreditar el derecho a compensación por clientela.

El otro requisito para acceder a esta indemnización es que el distribuidor acredite haber generado ventajas “sustanciales” y que dichas ventajas son apropiadas por el distribuido.

Vuelvo a lo mismo, qué significa “sustancial”. No lo sabemos.

¿Se refiere a ventajas comerciales, ventajas económicas, ventajas financieras, ventajas operativas?

Sin ir más lejos cabe preguntarnos: ¿qué entendemos por ventajas? ¿Acaso significa beneficios económicos? No lo sabemos.

Poseer una ventaja quiere decir tener un elemento (objetivo o subjetivo) que me pone en una situación de superioridad respecto de algo o de alguien. Siendo esto así la ventaja sustancial podría significar respecto del contrato de distribución la posibilidad de que el mercado generado por el anterior distribuidor sea aprovechado de manera más eficiente por el nuevo canal, situación que genera una ventaja significativa para el principal; una de ellas, negociar el nuevo contrato de distribución en mejores condiciones gracias al camino recorrido por el anterior distribuidor o, mantener el mercado colocando un nuevo distribuidor en forma más eficiente o, saliendo a captar ese mercado directamente evitando la tercerización, entre otras ventajas que aprovechan al principal.

Recordemos que el artículo 1497 del nuevo Código Unificado expresamente señala lo siguiente: “... el agente que mediante su labor ha incrementado significativamente el giro de las operaciones ...”. O sea, se exige una labor activa

para acceder a la compensación por clientela. Muy en línea con la doctrina peninsular.

IX. El modelo argentino vs el modelo español.

Convengamos que el modelo español es mucho más preciso que el nuestro. Aquel dice así: “*el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran*”.

Está claro qué se entiende por compensación por clientela puesto que la norma española compensa el incremento del *market share* derivado de dos elementos bien concretos: (i) nuevos clientes o (ii) incremento sensible de las operaciones con la clientela preexistente. Pero no sólo eso, la compensación será retribuida si “*la actividad anterior produce ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativa por la existencia de pactos de no competencia ...*”. La norma española es mucho más clara que la nuestra.

Nuestro artículo 1497 dice así: “... *el agente que mediante su labor ha incrementado significativamente el giro de las operaciones del empresario, tiene derecho a una compensación si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales a éste*”.

La diferencia de redacción salta a la vista. Nuestra norma es mucho menos clara a la hora de determinar el alcance de la indemnización

Probablemente sea mucho más ventajoso percibir una compensación por clientela que una indemnización por lucro cesante; más allá de que no se excluyen, sino que se suman.

por clientela potenciando la incertidumbre por *riesgo de interpretación judicial*.

La fórmula argentina es mucho más riesgosa que la española.

X. El monto de la indemnización y los incentivos económicos.

Si no está pactada la compensación, ésta no puede exceder un año de remuneraciones (neto de gastos) tomando como base el promedio de las remuneraciones de los últimos 5 años, salvo que el contrato tuviera un plazo menor a un año en cuyo caso se tomará el promedio de la totalidad de las remuneraciones percibidas durante ese período.

Para entender mejor esta fórmula hagamos un ejemplo tomando como base un contrato de 10 años de plazo. La indemnización por falta de preaviso será el equivalente a 1 mes por cada año de antigüedad, o sea 10 meses de indemnización sustitutiva de preaviso. Aquí se indemniza la ganancia dejada de percibir en el período (vid., art. 1492 NCCC).

En cambio, la compensación por clientela equivale a 12 meses de remuneración tomando como base de cálculo el promedio de los últimos 5 años (vid., art. 1497 NCCC).

Si consideramos ambas fórmulas indemnizatorias puede ocurrir que al distribuidor le convenga impulsar la ruptura del vínculo a los 5 años puesto que si el incremento de la clientela es “significativo” será mucho más atractivo para éste romper el contrato que continuarlo. Probablemente sea mucho más ventajoso percibir una compensación por clientela que una indemnización por lucro cesante; más allá de que no se excluyen, sino que se suman.

Pero como la ley nos dice que para acceder a este beneficio la ruptura debe ser por culpa del

principal, observo lo siguiente: generada la clientela y por ende el derecho a la compensación, están los incentivos económicos puestos para que el distribuidor comience una estrategia de salida enturbiando la relación comercial. Más aun cuando dicha compensación se suma a la indemnización por lucro cesante.

O sea, está todo servido para que el distribuidor busque atentar contra el contrato buscando una salida consensuada o, en su caso, judicial.

Tengamos presente que la compensación por clientela significa compensar la remuneración bruta (neta de gastos), que no es lo mismo que compensar el beneficio operativo del distribuidor. El primero es mucho más gravoso que el segundo. Mientras el beneficio operativo apunta al EBITDA del negocio, el primero apunta al margen neto de la relación entre distribuidor y distribuido. Ambos son bien diferentes.

Ya lo dijo la sala D citando, precisamente, jurisprudencia del Máximo Tribunal de España: “*se ha interpretado que el concepto de remuneración no consiste en el beneficio neto obtenido en el ejercicio de su actividad, sino en la cantidad realmente percibida por la prestación realizada, sin comprender el reembolso de gastos*”.

Está claro que la indemnización por clientela no apunta a compensar el EBITDA sino retribuir 12 meses de remuneración, neto de gastos. O sea, ventas netas (*Net revenues*).

Ante la imposibilidad de precisar los gastos añadidos a esas ventas la Sala D fijó las ventas netas en el 40% de la utilidad bruta.

Un cálculo bastante poco científico y más próximo a los “*cinco dígitos oscilantes*”. El 40% de la venta neta puede significar varios múltiplos de EBITDA y por ende, anticipar varios años del valor económico del contrato.

¿Dónde están los incentivos a mantener el contrato cuando puedo anticipar ese flujo de caja?

XI. Pactar o no pactar, esa es la cuestión. Qué pasa con los contratos en ejecución.

Lo más grave es que la propia ley impone esta indemnización por clientela fijándola en 12 meses de la remuneración promedio de los últimos 5 años. Esta fórmula legal debería operar como incentivo para que las empresas busquen por todos los medios posibles, neutralizar sus efectos.

Para los contratos en ejecución el tema lo veo complicado puesto que será muy difícil lograr que este derecho sea resignado, negociado o arbitrado por las partes. Lograr el consenso sobre este aspecto lo veo extremadamente difícil.

Es paradójico pero quienes hoy están bajo una relación de distribución, agencia o concesión se encuentra en una posición contractual inmejorable puesto que el nuevo Código Unificado les reconoce esta compensación.

En cambio, quienes inicien nuevas relaciones comerciales estarán sometidos a normas contractuales que buscarán neutralizar este “nuevo costo de salida” regulando el ejercicio de este nuevo derecho económico. Se descuenta que el mercado buscará reglamentar este nuevo derecho creditorio buscando optimizar el contrato en interés propio.

XII. El plazo.

La compensación por clientela opera sin importar el plazo del contrato. Y este dato no es menor.

Por lo tanto será vital y estratégico a los efectos de diseñar una cláusula comisorias eficiente definir el plazo contractual y la estrategia de renovación evitando caer en contrato por plazo indeterminado.

Lo paradójico de esta solución es que la propia estrategia implica dispararnos en el pie, puesto que viene a contradecir la propia esencia de estos contratos que se sustentan en base a la confianza, en relaciones comerciales de larga duración, y en una alianza estratégica entre la empresa y el canal de ventas.

¿Cómo neutralizar el costo de salida y al mismo tiempo incentivar económicamente al distribuidor con una mirada estratégica y de largo plazo?

XIII. Conclusión.

El 40% de la venta neta puede significar varios múltiplos de EBITDA y por ende, anticipar varios años del valor económico del contrato.

No comparto la doctrina del caso Diageo. No comparto la noción de indemnización por clientela pues distorsiona los incentivos económicos del contrato,

sea agencia, distribución o concesión.

Este precedente sirve como botón de muestra de la tendencia nacional en materia de compensación por clientela para los contratos de distribución y, más temprano que tarde, llegará a la relación de concesión. El cambio de postura del Dr. Heredia, avalado por el voto de los Dres. Deuzeide y Vasallo, sirve de muestra.

Si bien la compensación por clientela nos pone frente a un callejón sin salida, al mismo tiempo ofrece un desafío atrapante: debemos ser capaces de diseñar pactos comisorios que eviten poner los incentivos económicos en el lado equivocado y que atenten contra la relación comercial.

Espero que estas reflexiones sean de utilidad.