



SCANIA

Rescisión de concesión por “pérdida de confianza” y el pacto comisorio expreso. Análisis del precedente Scania desde la perspectiva del artículo 1492 del nuevo código civil y comercial.

Por Pablo A. Van Thienen

I. Introducción.

El precedente “Amarilla Automotores SA c Scania Argentina SA” es uno de esos casos que dejan huella. Su lectura es amable y las lecciones que nos deja son muchas. Este caso debe ser estudiado por todos quienes tienen la responsabilidad de diseñar pactos comisorios eficientes a los efectos de evitarle al cliente costos de salida innecesarios, por un lado, y por el otro, evitar conductas oportunistas.

El caso Scania nos enfrenta a dos temas muy importantes: (i) la rescisión contractual y la (ii) resolución contractual. O sea, a la forma en cómo las partes deben acordar la salida del negocio a partir de la eficiente redacción de un pacto comisorio.

Según relatan los hechos del caso, el contrato de concesión que unió a Amarilla Automotores SA con Scania Argentina SA contaba con aquel pacto expreso y, aparentemente, aquel estaba bastante bien diseñado. Sobre esto volveré más adelante.

Ahora bien, más allá de la correcta técnica contractual en la redacción del pacto comisorio evitando caer en la pésima costumbre vernácula de “copiar y pegar”, o más grave aún, transcribir el artículo 216 del viejo código de comercio o el 1204 del código civil, lo cierto es que el precedente Scania vale la pena analizarlo desde la perspectiva del nuevo código civil y comercial para, de esta manera, estudiar si el fallo Scania pudo ser otro a la luz de la nueva normativa que tipifica la figura de la concesión comercial regulando en forma celosa y puntillosa los plazos del contrato de concesión, el pacto comisorio expreso y el preaviso.

Pregunta de fondo que debemos formularnos es si preaviso actualmente previsto en el código para la concesión es materia indisponible para las partes; o sea si el plazo de preaviso es un norma imperativa de orden público.

El precedente Scania nos puede servir para responder esta pregunta, nudo gordiano de estas reflexiones.

II. Aplicación temporal del nuevo código.

El caso Scania aborda este problema pues el expediente llega a la alzada una vez entrado en vigencia el nuevo código. Así las cosas la alzada entendió que el nuevo código no debe aplicarse a este caso en virtud de que los derechos y obligaciones ya se encontraban consolidados previo a la entrada en vigencia del nuevo cuerpo legal. En opinión del tribunal no se aplica el artículo 7 del nuevo código pues no se configura el supuesto de “consecuencias de relaciones preexistentes”. En el caso Scania las

consecuencias de esas relaciones ya estaban cerradas y consolidadas no pudiendo dichas relaciones quedar sometidas al nuevo código civil y comercial.

III. El pacto comisorio expreso previsto en el contrato de concesión.

Según relatan los hechos, la relación de concesión se habría iniciado con un contrato a plazo fijo por el término de dos años, extendido este plazo por dos años más, y luego de este último período, el contrato se renovaría en forma automática por un año en forma sucesiva; salvo que una de las partes decidiera no renovarlo debiendo a tal efecto preavisar a la otra con seis meses de anticipación (Cláusula 13).

Esta cláusula de plazo y preaviso estuvo acompañada de la cláusula 14 que expresamente indicaba que la relación de concesión quedaría extinguida de pleno derecho y sin necesidad de preaviso alguno en el supuesto de que una cualquiera de las partes incumpliera sus obligaciones. Ahora bien, el dato trascendente es que las “obligaciones” (que daban derecho a la resolución con culpa o dolo) estaban expresamente previstas en el contrato (o en dicha cláusula 14). Y este dato sí es relevante a la hora de analizar el caso Scania a la luz del nuevo código; precisamente por el nuevo pacto comisorio actualmente vigente para las relaciones contractuales.

IV. La pérdida de confianza como causal de resolución.

Scania SA fundó la no renovación del contrato de concesión en la “pérdida de confianza” otorgando un preaviso de algo más de 6 meses que, por diferentes razones y chicanas procesales se terminaron transformando en 37 meses. Bajo el argumento de que Scania SA había resuelto el contrato invocando una “falsa causa”, Amarilla Automotores SA pretendió mantener vigente el vínculo contractual. Sin embargo, tanto el juez de 1ra instancia como la alzada descartaron este argumento. Ambos fundaron su veredicto sosteniendo que la invocación de “pérdida de confianza” no significaba transformar la rescisión sin causa en resolución con causa. O sea, pretender la extinción del vínculo contractual en virtud de lo previsto en la cláusula 14 invocando en forma simulada la fórmula rescisoria de la cláusula 13.

Un parte medula del fallo se centra en esta cuestión “formal”, o sea en el alcance y significado práctico de la invocación de “pérdida de confianza”.

El párrafo más destacado sobre este tema es el que trae la alzada quien expresamente dijo lo siguiente: *“considero que la decisión de la demandada, de materializar una desvinculación “sin causa” de acuerdo a lo que había sido pactado contractualmente, incluso, otorgando un plazo de preaviso mayor al pactado y más allá de su obvia posición dominante, no puede tildarse de arbitraria, de abusiva, ni mucho menos de ilícita, por el sólo hecho de haber invocado, además, una pérdida de confianza en una relación que perduró alrededor de 27 años, cuando no se han probado las consecuencias disvaliosas que pudiera haber generado esa*

alegación, debiendo señalarse que la parte actora no objetó el plazo de preaviso otorgado”.

O sea, más allá de que la CD que notificó el preaviso haya invocado una significativa pérdida de confianza en la relación comercial (*sic*), en opinión del tribunal esa invocación de pérdida de confianza y deterioro de la relación comercial no la transforma en la causa eficiente de extinción contractual; o sea la pérdida de confianza o deterioro de la relación comercial no transforma la rescisión unilateral en resolución con causa. Y este dato es importante tenerlo muy presente pues nos habilita a poder invocar una pérdida de confianza sin que ésta pueda ser tildada de “falsa causa” de resolución.

Otro dato a tener muy en cuenta es que aun reconociendo la alzada la “posición dominante” de la firma Scania SA sobre la red de concesionarios que integran su canal esa posición dominante no significa que la rescisión sea abusiva, arbitraria o ilícita. Debemos rescatar esta forma de ver e interpretar la relación comercial, aun en contratos predispuestos y según las nuevas disposiciones del nuevo código civil y comercial, pues pone un poco de cordura a la corriente jurisprudencial que tilda de arbitrario cualquier decisión que emerja de quien posee el control de la relación o una posición dominante. En sentido el fallo es muy alentador y para ser destacado.

Es muy interesante señalar en este caso el excelente diseño de la cláusula comisoría donde la opción de salir lucía (aparentemente) simétrica para ambas partes. Y este dato es muy relevante pues pone en evidencia que más allá de la posición dominante de una de las partes

de la relación, la simetría en las relaciones contractuales pone un sano equilibrio y rompe con los prejuicios.

Otro dato no menor es que tanto el juez *a quo* como la alzada invirtieron la carga de la prueba contra Amarilla Automotores SA. O sea, habiendo Scania SA invocado pérdida de confianza para rescindir sin causa el contrato conforme lo habilitaba la cláusula 13, cupo a la concesionaria probar que la resolución fundada en una falsa causa (la “pérdida de confianza”) le habría provocado un daño patrimonial. El concesionario no puedo acreditar dicho extremo. Por lo tanto, ante la ausencia de prueba de daño real y concreto se desmoronó como un castillo de naipes el pretendido argumento de Amarilla Automotores SA.

V. El plazo mínimo y el preaviso en la concesión. El nuevo código.

Todos sabemos que el nuevo código nos dice que el contrato de concesión debe tener un plazo mínimo inicial de 4 años, y que vencido éste, si las partes lo renuevan, el contrato de concesión se considera por plazo indeterminado. O sea, no hay tácita reconducción de la concesión. Asimismo, si el contrato nace sin plazo, o sea nace indeterminado, se considera al contrato a 4 años de plazo. Claramente esta fórmula tiene por objetivo proteger al concesionario durante los primeros 4 años de la relación donde la rescisión sin causa (dentro de ese período

inicial) le asegure un piso de indemnización equivalente a 4 meses de preaviso.

Todos sabemos además que a partir del nuevo código la indemnización sustitutiva de preaviso es igual a un mes por año de antigüedad, en una suerte de relación contractual comercial-laboral donde el concesionario se asegura un piso indemnizatorio proporcional a la antigüedad del vínculo.

Desde esta perspectiva y, si el fallo hubiera sido favorable a Amarilla Automotores SA, Scania SA debería haberle pagado en concepto de indemnización sustitutiva de preaviso una suma igual o equivalente a 27 meses. No sabemos muy bien qué significa pagar “un mes por año de antigüedad” pues el nuevo código no dice nada al respecto. Un mes de qué? Ganancia neta, ganancia operativa (EBITDA), ganancia bruta? No lo sabemos y, para colmo el código es frustrante en su redacción. Notemos que el código dice lo siguiente: “*ganancias dejadas de percibir en el período*”. Y me pregunto: a qué ganancias se refiere y a qué o cuál período hace referencia?

VI. Análisis del caso Scania desde el prisma del nuevo código.

Es notorio pero a partir del nuevo código desanudar la relación comercial de más de 27 años de duración obligaría a Scania SA a otorgar un preaviso de 27 meses; de lo contrario deberá pagar indemnización sustitutiva de preaviso. Omitir el preaviso de un mes por año de antigüedad implica, lisa y llanamente, violar la ley.

Aun cuando el contrato expresamente disponía un preaviso de 6 meses para la rescisión sin causa, es vital analizar si a partir de agosto del 2015 aquel pacto contractual (vigente entre las partes) queda derogado por las normas imperativas del nuevo código.

O sea, te propongo analizar el caso Scania SA hoy, considerando un preaviso de 6 meses (preaviso contractual) frente a una norma legal que impone la fórmula de “*un mes por año de antigüedad*”.

Qué hacemos?

VII. El plazo de preaviso como norma supletoria.

La pregunta que debemos formularnos es si el plazo de preaviso del nuevo código previsto para los contratos comerciales de distribución, concesión, franquicia, agencia y suministro son plazos obligatorios derivados de una norma imperativa.

Responder esta pregunta es estratégico y vital pues nos permitirá saber si el caso Scania pudo tener un resultado adverso para ésta.

Me pregunto: podría Amarilla Automotores SA invocar falta de preaviso y por lo tanto rescisión intempestiva, abusiva y arbitraria como consecuencia de que Scania SA rescinde el contrato con 6 meses de preaviso?

Lo llamativo de este caso (traído a hoy) es que el tribunal consideró razonable el plazo pactado y por lo tanto intachable, pues el plazo de 6 meses luce prudente y razonable para que el concesionario rearme su actividad comercial. Incluso sostuvo que una relación comercial de

más de 27 años de duración resultó ser más que suficiente para que el concesionario recupere sus inversiones y amortice el capital invertido. Afirmó además que, la empresa concesionaria arrojó utilidades durante el plazo de duración del contrato y que esas ganancias habían sido reinvertidas en el negocio. O sea, aún luego de entrada en vigencia del nuevo código civil y comercial la sala A de la CN Comercial sostuvo que el plazo pactado lucía muy razonable considerando la antigüedad del vínculo.

En esta instancia cabe preguntarnos si las partes podrían pactar un plazo de preaviso igual o similar al originalmente pactado o, forzosamente deben someterse al preaviso expresamente previsto en el nuevo código: **un mes por cada año de vigencia**.

Partiendo del carácter supletorio de las normas legales en el ámbito de los contratos tal como lo ordena hoy el nuevo código entiendo que la regla de “preaviso tarifado” puede ser suplida por voluntad de las partes.

Recordemos que el nuevo artículo 962 CCNP expresamente dice: “*Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido o de su contexto resulte el carácter indisponible*”.

Junto con esta norma quisiera analizar los artículos 964 y 965. Veamos:

Art. 964 CCNP. Integración del contrato. *El contenido del contrato se integra con: 1) Las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de cláusulas incompatibles con ellas,*

2) Normas supletorias, 3) Usos y costumbres del lugar de celebración.

Art. 965. Derecho de propiedad. *Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante.*

Una norma infaltable para completar el análisis del caso Scania es el artículo 1492 que reza así: *“El plazo de preaviso debe ser de un mes por cada año de vigencia del contrato”.*

Si aplicamos los artículos 962, 964 y 965 podríamos concluir que hasta aquí la fórmula de preaviso tarifado del artículo 1492 es una norma supletoria y por lo tanto derogable por autonomía de la voluntad.

El artículo 958 sobre autonomía de contratación dice: *Las partes son libres de: (A) celebrar un contrato y (B) determinar su contenido, dentro de los límites de: (i) la ley, (ii) el orden público, la moral y las buenas costumbres.* O sea, mientras no se vulneren los límites de la ley (**norma imperativa de no orden público**) o los límites del orden público, la moral o las buenas costumbres (**norma imperativa de orden público**), las partes pueden moldear sus mutuos derechos y obligaciones ajustándolos a sus propios intereses particulares y patrimoniales.

Sin embargo, el propio artículo 1492 *in fine* trae un párrafo muy sugestivo y a la vez confuso: *“Las partes pueden prever plazos de preaviso superiores a los previstos en este artículo”.*

La norma es sugestiva pues daría a entender que la fórmula de preaviso tarifado es imperativa para las partes escapando por lo tanto al catálogo de normas supletorias, y es confusa pues habilita y autoriza expresamente

ampliar el plazo de preaviso y por lo tanto ampliar los derechos patrimoniales de las partes. Sin duda esta ampliación de derechos a nadie perjudica y no se entiende por qué el artículo 1492 autoriza expresamente algo que es útil y beneficioso. Me pregunto, si el código nada dijera sería nula una cláusula que amplía los plazos del preaviso? La respuesta negativa cae madura!

Ahora bien, no faltará quien afirme lo siguiente: en tanto el código autoriza la ampliación del preaviso debemos interpretar por contrario sensu que está prohibida la reducción.

Está claro que la reducción del plazo de preaviso no está expresamente prohibida.

Y siendo que el espíritu de la ley contractual es que *las normas del nuevo código sean supletorias de la autonomía de configuración contractual*, observo que el plazo de preaviso pactado en el contrato (6 meses) debería ser lícito a la luz del nuevo código.

VIII. Normas supletorias e imperativas.

Las normas supletorias, también conocidas como “dispositivas” son aquellas que están previstas en el ordenamiento jurídico para suplir la voluntad de las partes. O sea, para aquellos que no queriendo invertir tiempo y dinero en regular sus derechos y obligaciones optan por someterse a las reglas escritas en el ordenamiento jurídico; en nuestro caso el código. Desde una perspectiva de law & economics podríamos afirmar que las normas supletorias tienen un fuerte contenido económico pues buscan reducir costos

transaccionales a quienes deseen evitar incurrir en costos de entrada; entre ellos, los honorarios de los abogados, contadores y asesores que le puedan recomendar o negociar alguna cláusula contractual. En este ámbito la autonomía contractual encuentra su máspreciado espacio de desarrollo y por lo tanto la elusión de una norma supletoria en nada perjudica el contrato o la cláusula. O sea, la violación a esas normas no devenga nulidad alguna.

En cambio, las normas imperativas son aquellas que el legislador impone a la fuerza y son obligatorias aun cuando las partes intenten lo contrario. La norma imperativa se impone!

Ahora bien, dentro de las normas imperativas el sistema las clasifica en dos según sea el interés jurídico tutelado. Así, tenemos normas imperativa (que tutelan derechos privados patrimoniales) y por ende transables, renunciables y negociables y, por el otro, normas imperativas (que tutelan principios de orden público) que no pueden ser transados y quedan al margen de toda negociación. Tampoco pueden ser renunciados.

O sea, las normas imperativas buscan tutelar dos ámbitos de derechos: (i) los patrimoniales y, (ii) los no patrimoniales. Sin embargo, unos y otros tienen efectos diferentes cuando hablamos de contratos.

Volvamos a nuestro caso: el plazo de preaviso en el contrato de concesión.

La pregunta que debemos formularnos para descifrar si el artículo 1492 es una norma imperativa de orden público es hacernos la pregunta de cuál es el interés jurídico tutelado.

La respuesta única e ineludible es: el interés privado, patrimonial de las partes. O sea, del concedente y del concesionario.

Si estamos de acuerdo en que esta es la única respuesta posible para un preaviso en una relación comercial entonces nos encontramos dentro del ámbito de las normas imperativas de No orden público. Lo importante es que estas normas pueden ser derogadas por acuerdo de partes pues la violación a las normas imperativas (de NO orden público) devengan, siempre, nulidades relativas y por lo tanto confirmables por las partes, y sujeto a prescripción el plazo para solicitar su nulidad.

En cambio, las normas imperativas de orden público son inconfirmables e imprescriptibles. A partir del nuevo código esta diferenciación entre normas de orden público y normas imperativas (de NO orden público) están claramente definidas en el nuevo cuerpo legal y sus efectos son bien claros: Las primeras devengan nulidades relativas y las segundas nulidades absolutas.

IX. Preaviso de seis meses, no importa la duración del vínculo contractual.

A esta altura del análisis me voy convenciendo de que el artículo 1492 no prohíbe la reducción del plazo de preaviso sino que habilita la ampliación del mismo. Ahora bien, aun aceptando la interpretación de que la reducción del plazo se encuentra implícitamente prohibida, dicha prohibición puede ser dejada de lado por acuerdo de partes.

Aún entendiendo que dicha prohibición es imperativa la misma no trasciende el ámbito de lo privado, comercial y patrimonial y por lo tanto, negociable, transable, disponible y confirmable. Pactando las partes un plazo de preaviso menor a la fórmula tarifada en el artículo 1492 aquel pacto es lícito pues los derechos privados patrimoniales son, por esencia, renunciables.

Veamos qué nos dice el nuevo artículo 386: *“Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres y son de nulidad relativa los actos a los que la ley le impone esa sanción sólo en protección del interés de ciertas personas”*.

Está claro y salta a la vista que el plazo de preaviso tarifado del artículo 1492, de calificar como norma imperativa, daría lugar a una nulidad relativa. Sin embargo, como toda norma imperativa que tutela derechos particulares, éste puede ser transado, negociado y renunciado y, por lo tanto, confirmada la nulidad por mutuo consentimiento.

Por su parte el art. 944 nos dice lo siguiente: *“Toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando: (i) la renuncia no está prohibida y (ii) sólo afecta intereses privados”*.

Por lo tanto, siendo el plazo de preaviso un derecho que afecta sólo intereses privados no tengo dudas de que el pacto de preaviso de 6 meses, aun cuando el vínculo comercial duró 27 años, es un pacto lícito y válido a la luz del nuevo artículo 1492 del código civil y comercial.

En síntesis, la fórmula de preaviso tarifado sólo operaría para aquellas relaciones contractuales donde las partes han omitido regular este aspecto aplicándose decididamente el plazo previsto en el artículo 1492.

X. Pactar lo contrario a la ley no significa “fraude a la ley”

No podemos confundir autonomía de la voluntad con fraude a la ley. Veamos:

Art. 958. Libertad de contratación. *Las partes son libres de: (A) celebrar un contrato y (B) determinar su contenido, dentro de los límites de: (i) la ley, (ii) el orden público, la moral y las buenas costumbres.*

Art. 12. Fraude a la ley: *El acto (...) que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.*

Pactar un plazo de preaviso diferente al expresamente previsto en el artículo 1492 encaja perfectamente dentro del ámbito de la autonomía de configuración contractual y no puede ser asemejado a simulación o fraude a la ley. Por lo tanto, la norma imperativa queda subordinada al acuerdo contractual.

Recordemos que “los límites de la ley” a los que estaría sometida la autonomía de la voluntad, no es otra que la ley imperativa de orden público puesto que la ley imperativa (de No orden público) puede ser derogada por acuerdo de partes. Siendo el plazo de preaviso una norma imperativa (de No orden público) las

partes están habilitadas a derogarla por expresa autorización del artículo 958 del nuevo código civil y comercial.

XI. Conclusión.

El plazo de 6 meses de preaviso para un contrato de concesión es absolutamente válido considerando dos aspectos: (i) el sentido supletorio de las normas del código para los contratos, (ii) las normas imperativas (de No orden público) son renunciables, derogables y transables y, (iii) la autonomía de contratación habilita reemplazar las normas imperativas (de No orden público) por acuerdos privados y patrimoniales.

Sumado a ello tenemos la jurisprudencia del foro mercantil que viene confirmando plazos de

6, 8, 10 y hasta 24 meses para relaciones comerciales de 20, 30 y hasta 60 años de antigüedad.

Esto me recuerda al caso “Cadbury Stani” donde se tejió una relación de agencia de algo más de 50 años, o el caso “Automotores Valsecchi Hnos” donde el concesionario Ford mantuvo una relación desde principios de siglo XX, siendo unos de los concesionarios históricos de la marca Ford.

Si fuéramos tan miopes como para interpretar el artículo 1492 como imperativo no derogable observamos que en esas relaciones comerciales el plazo de preaviso rondaría los 5 años.

Un real y verdadero dislate jurídico y comercial.

