

Rescisión del contrato de suministro. Resolución y llamado a concurso de precios. El caso “Acindar”.

Por Pablo A. Van Thienen

1. Introducción.

Analizar el caso Acindar es útil pues nos enfrenta al nuevo código civil y comercial y cómo administrar la resolución de un contrato de suministro (presuntamente exclusivo) en la relación cliente – proveedor. El caso Acindar es muy interesante pues nos enseña cómo debemos administrar una relación en la dinámica compleja de un vínculo de larga duración: ¡11 años!

Interesa discutir este caso pues el nuevo código si bien regula la relación de suministro lo hace de manera muy escueta comparado con los otros tipos contractuales; en especial, la relación de agencia, de concesión, distribución y franquicia. Pero llama la atención que el nuevo código es puntualmente esquelético cuando de rescisión y resolución se trata. Para la relación

de suministro el codificador no ha previsto mayores normas ni se ha metido a regular este aspecto dejando el pacto comisorio tácito en manos del código en la parte general de los contratos, y el expreso en manos de las partes. El único aspecto que regula el código es el plazo de preaviso “que no puede ser inferior a 60 días”, salvo pacto en contrario. O sea, ante el silencio de las partes el preaviso sustitutivo de indemnización por rescisión sin cause debe ser “razonable” y nunca inferior a dicho plazo.

El caso Acindar es una relación de muy larga data. Se inició en el año 1999 y culminó en el 2011. ¿Cuál es el plazo razonable para rescindir este vínculo contractual?

2. Los hechos.

La relación no culminó por mutuo acuerdo sino que se dio en términos torcidos y confusos

donde luego de transcurrido un largo plazo (2010) Arcelor-Mittal Acindar SA llamó a concurso de precio para licitar la provisión de guantes de trabajo, guantes que suministraba y proveía desde hacía una década la parte actora.

Un dato no menor y muy relevante de este caso es que el proveedor participó del concurso de precios y presentó su oferta en el llamado a presentar ofertas que formuló Acindar.

Concluido el proceso licitatorio la empresa actora quedó fuera del listado de proveedores para ese tipo producto habiendo ganado la licitación una empresa

competidora quien se alzó con el nuevo contrato de suministro gracias a que ofreció mejores condiciones. Concluida la licitación se extinguió la relación contractual de más de una década.

La parte actora demandó a Acindar por resolución intempestiva de la relación contractual, invocó que la pérdida del contrato de suministro significó la quiebra y liquidación de la empresa al perder un cliente cuya relación de suministro era de tipo “exclusiva”. La pérdida del contrato le significó despedir personal. Reclamó daños representado en el lucro cesante que le causa la rescisión sin causa e intempestiva del contrato de suministro.

3. La primera instancia y la alzada.

Reconocen una relación de suministro “informal” por más de 10 años, pero ambas instancias rechazan la demanda de daños por

iguales razones: (i) no hay exclusividad y (ii) doctrina de los actos propios. Haber participado de la licitación significa confirmar la resolución del vínculo de manera expresa y por mutuo acuerdo al perder la licitación aceptando las condiciones del pliego y del llamado a concurso de precios. Quien mantiene una relación contractual y luego participa de un concurso o llamado a licitación para la provisión de bienes de uso no puede invocar rescisión contractual sin causa, maliciosa e intempestiva puesto que haber participado de ese llamado significa aceptar que, de no salir ganador, el efecto

necesario e inmediato será la resolución del contrato con causa, por mutuo acuerdo y sin necesidad de preaviso alguno.

La primera instancia sostuvo lo siguiente: Acindar tiene derecho a contratar a quien le resulte más conveniente a sus intereses. Habiendo participado el proveedor del llamado a concurso de precios, con su conducta éste prestó su

consentimiento a la potencial resolución contractual, más allá del plazo acumulado hasta ahora. Tanto la primera instancia como la sala F hicieron caso al artículo 218 del viejo Código de Comercio.

Por su parte la sala F expresó: “no se le puede imputar a Acindar el hecho de que el proveedor lo tenga como su único cliente. La exclusividad no estaba expresamente acordada y por lo tanto la misma es producto más de una decisión estratégica del proveedor y no de un acuerdo comercial expreso. Tener a Acindar como su

DEBE LLAMARNOS LA ATENCIÓN que la salida sin causa del negocio de suministro en un contrato a plazo indeterminado pero con una vigencia de más de una década, el plazo de preaviso sustitutivo de dicha indemnización es un interrogante lleno de incertidumbres pues no sabemos a ciencia cierta cuál será el plazo razonable para dicha comunicación; clave para neutralizar el costo de salida de un vínculo contractual de largo plazo.

único cliente es un riesgo empresario que decide asumir el propio del proveedor y nada tiene que hacer Acindar en esa exclusividad”.

4. Exclusividad y relación de dependencia.

Otro dato no menor es la leyenda que tenían las ordenes de pedido emitidas por Acindar que decían: **“NO HAY EXCLUSIVIDAD NI RELACIÓN DE DEPENDENCIA”**

Tengamos presente que el nuevo código expresamente dispone que la relación comercial de suministro no genera relación de dependencia. O sea, la leyenda de las órdenes de pedido de Acindar hoy, serían una redundancia respecto de este tema puesto que el nuevo código así lo prevé. Pero más allá de la leyenda prevista en las ordenes de pedido lo importante aquí es que el proveedor estaba sometido al sistema SAP de gestión y gerenciamiento por un lado, y al sistema SEPA donde se regulaban aspectos vinculados a pautas de organización y funcionamiento, evaluación técnica del proveedor, control de aspectos jurídicos, administrativos y financieros. O sea aun cuando el proveedor estaba sometido y subordinado al cumplimiento de ambos sistema de control de gestión que incluían aspectos tan sensibles como control y auditoría de aspectos administrativos, financieros y legales; el nuevo código blindo al cliente –en nuestro caso Acindar SA - de un posible argumento “laboral” o de “dependencia” por parte el proveedor.

Con la nueva fórmula legal que reconoce la “no relación de dependencia” en la relación cliente-proveedor, el nuevo código busca blindar esta

relación comercial minimizando los costos de un eventual reclamo de tinte laboral.

Observemos que en la relación de franquicia el nuevo código no habla de relación de dependencia sino que va directamente al grano y nos dice: “no hay relación laboral”. Aun cuando la relación de dependencia y la relación laboral parecen cosas diferentes, a mi modo de interpretar estas normas para mí quieren decir algo muy parecido. En el fondo la relación laboral no es más que una relación donde una de las parte está sometida jurídica, personal y económicamente a la otra y bajo las ordenes de otra. El sistema SAP y SEPA darían la impresión de configurar algún tipo de sometimiento, pero dicho sometimiento por más profundo que sea jamás podrá dar lugar a una “relación de dependencia” pues así lo establece el nuevo código.

En cuanto a la exclusividad tengamos presente que el nuevo sistema prevé la siguiente fórmula: *se presume exclusividad, salvo pacto en contrario*. Pero esta fórmula se aplica sólo para los contratos de distribución, concesión y franquicia. En cambio para el suministro el nuevo código optó por el más absoluto silencio y sin presunción de ninguna naturaleza. O sea si no está expresamente pactada la exclusividad, la relación de suministro puede o no ser exclusiva dependiendo cada caso.

5. Relación de suministro y el pacto comisorio tácito. El nuevo código.

El nuevo código prevé para el contrato de suministro la posibilidad de resolver el vínculo en caso de que *“el incumplimiento sea de notable importancia que pone en duda el potencial cumplimiento”*. Esta fórmula es la

única que opera como cláusula comisorias tácita para este tipo de relación contractual. Si no hay pacto expreso la resolución con causa sólo estaría habilitada en caso de que el incumplimiento sea de notable importancia. Fuera de este supuesto no habría derecho a resolver.

6. Preaviso y relación de suministro de 10 años.

Imaginemos por un instante que la relación de suministro fue rescindida sin causa y sin un preaviso razonable, o sea de manera intempestiva. La pregunta que sigue es la siguiente: ¿Cuál es el plazo de preaviso razonable para un contrato de suministro de 10 años de antigüedad?

El código nos dice que el plazo de preaviso debe ser razonable y nunca inferior a 60 días. La duda que uno tiene es cuál será ese plazo para una relación jurídica de algo más de una década considerando que el nuevo código no llena ese vacío contractual con ninguna norma supletoria. Mientras para la franquicia, concesión, distribución y agencia el código civil y comercial llena ese vacío con normas supletorias estableciendo una fórmula indemnizatoria igual a 1 mes x año de servicio; en el caso del suministro estamos completamente huérfanos. ¿Cómo llenamos ese vacío contractual? ¿Qué normas del código debo aplicar?

La respuesta es: ¡no lo sabemos!

Sin embargo podríamos ensayar algunas opciones de análisis.

Aplicar por analogía la fórmula prevista para los demás contratos de colaboración o aplicar el

principio general de la indemnización por daños que debe ser “integral” según lo dispone el nuevo artículo 1082. Esta norma nos dice lo siguiente: *“el daño debe ser reparado en los casos y con los alcances de este Capítulo, en el Título V de este Libro y en las disposiciones especiales para cada contrato”*. Ya hemos aprendido que no hay *disposición especial* alguna para el suministro. Siendo así la respuesta debemos encontrarla en otro lado.

Por su parte el artículo 1078 del nuevo código nos dice que en caso de rescisión unilateral corresponde comunicar dicha rescisión (ver inciso a). El resto de los incisos del (b) al (h) aluden a la resolución del contrato por incumplimiento; ergo no vale la pena analizarlo aquí pues estoy planteando la hipótesis de rescisión sin causa y tratando de descubrir cuál es debería ser el plazo razonable de preaviso sustitutivo de indemnización.

La reparación del daño debe buscarse en los artículos 1737, 1738 y 1740 del nuevo código que nos remite a la indemnización plena que comprende el lucro cesante, la pérdida de chance y la pérdida de patrimonio de la parte inocente. Recordemos que según el nuevo sistema el daño indemnizable puede ser directo, indirecto, actual, futuro, cierto o subsistente.

Siendo esto así DEBE LLAMARNOS LA ATENCIÓN que la salida sin causa del negocio de suministro en un contrato a plazo indeterminado pero con una vigencia de más de una década, el plazo de preaviso sustitutivo de dicha indemnización es un interrogante lleno de incertidumbres pues no sabemos a ciencia cierta cuál será el plazo razonable para dicha comunicación; clave para neutralizar el costo de salida de un vínculo contractual de largo plazo.

La respuesta, digamos, conservadora a este problema será aplicar por analogía la fórmula de preaviso de *1 mes por año de servicio*; pero lo cierto es que si el codificador no fijó esa fórmula de preaviso para el suministro debe entenderse que buscó, precisamente, una fórmula diferente. El código nos dice que el preaviso debe cumplir el recaudo de “razonabilidad” y nunca ser inferior a 60 días. ¿Acaso el codificador está pensando en una relación de suministro de dos años? La respuesta negativa se impone porque cualquiera sea el plazo, el mínimo exigido serán 60 días. ¿Cuál será el preaviso razonable para una relación comercial de 10 años?

El caso Acindar nos enfrenta al nuevo código de manera cruda y preocupante pues nos permite tomar nota de que en este tema estamos completamente a ciegas considerando el nuevo código que tipificando otras relaciones comerciales de colaboración empresarial y donde se establecen normas supletorias que regulan la rescisión sin causa y el plazo de preaviso; respecto del suministro el panorama es completamente diferente. Antes de la entrada en vigencia del nuevo código podíamos afirmar sin que nos tiemble el pulso que el plazo de preaviso razonable para una relación de este tipo era el aceptado por la jurisprudencia pacífica del foro mercantil; sin embargo, ahora, la cosa ha cambiado por completo pues nos topamos con un absoluto silencio por parte del codificador (sin innovar respecto de la situación anterior al nuevo código), pero con un dato no menor, que es que el nuevo código expresamente tarifa el

preaviso en la concesión, agencia, franquicia y distribución. Y para colmo estos contratos junto con el suministro han sido calificados por la literatura jurisprudencial como contratos de colaboración empresarial. Siendo esto así me pregunto: ¿Cuál es el plazo de preaviso razonable en el caso Acindar?

No lo sé ...

7. La licitación del caso Acindar y el derecho de preferencia en el nuevo código.

El derecho de preferencia sólo está regulado y expresamente previsto para la relación de suministro. Respecto de los otros contratos de

colaboración empresarial no hay tal regulación. Este dato es muy sugestivo a la hora de analizar y describir la real naturaleza de la relación comercial. El código da un marco para el “pacto de preferencia” fijando ciertas

pautas operativas sobre cómo debe funcionar este derecho en el ámbito del suministro. El código no reconoce una preferencia sino que fija un marco normativo sobre cómo ejercerla, en caso de que esté expresamente pactada en el contrato de suministro.

Está claro que en una relación comercial de suministro donde el proveedor suministra un insumo, bien o servicio “estratégico” el cliente intentará afianzar dicha relación comercial atando el vínculo lo más que se pueda y buscando renovar el vínculo con su proveedor estratégico. La pérdida de un proveedor estratégico puede poner en serio peligro las producción y por lo tanto las ventas. Siendo esto

El caso Acindar nos deja una enseñanza importante: la habilidad para rescindir un vínculo contractual cuando la estrategia de salida está bien diseñada.

así, el cliente buscará generar una relación contractual estable y previsible de manera tal de que ambas partes de la relación estén motivados e incentivados económicamente a mantener un vínculo estratégico.

En línea con lo mencionado más arriba sobre las dudas que presenta el pacto comisorio tácito y plazo de preaviso en el contrato de suministro, observo que el pacto de preferencia y su regulación en el código podría darnos alguna pista respecto del plazo de preaviso razonable para una relación de este tipo. Paso a explicarme:

El código nos dice lo siguiente: en caso de que no se haya pactado en forma minuciosa la preferencia, el cliente debe comunicar al proveedor estratégico el derecho de preferencia con no menos de 30 días a la fecha de vencimiento, contando el proveedor con 15 días para ejercer la preferencia.

El código también nos dice que el pacto de preferencia sólo puede operar respecto de aquellas relaciones de suministro que no excedan del plazo de 3 años. Un absurdo!!

De todas maneras y más allá del absurdo de este límite temporal, lo cierto es que el código prevé la posibilidad de cambiar o sustituir el proveedor dándole a éste una preferencia por un plazo de 30 días. Ese plazo de preferencia podría funcionar como mecanismo “gatillo” para rescindir el contrato de suministro con causa y sin necesidad de indemnizar al proveedor. Me explico:

La preferencia debe ser ejercida por el proveedor según los términos y condiciones que el cliente establezca para la nueva relación de suministro. De alguna manera es el llamado a

concurso de precios que hizo Acindar, dándole a su actual proveedor una preferencia en iguales condiciones de precio, calidad y producto. La preferencia opera en igualdad de condiciones, por lo tanto si otro proveedor mejora las condiciones de precio, termina la relación de suministro. Punto y aparte!

8. Algunas reflexiones preliminares.

No hay duda que el llamado a concurso o licitación por parte de Acindar fue la salida inteligente diseñada por Acindar para romper una relación contractual de más de una década, evitando pagar costos de salida excesivos. La licitación fue el *Talón de Aquiles* del proveedor. Habiendo participado de esa licitación éste quedó fuera de juego.

El caso Acindar nos deja una enseñanza importante: **la habilidad para rescindir un vínculo contractual cuando la estrategia de salida está bien diseñada.**