

FALLO COMENTADO

§

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F(CNCom)(SalaF)

Fecha: 06/06/2017

Partes: CANOURA SALVADOR C/LA SALTEÑA SA S/ORDINARIO

En Buenos Aires, a los seis días del mes de junio de dos mil diecisiete, reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos fueron traídos para conocer los autos **“CANOURA SALVADOR C/LA SALTEÑA SA S/ORDINARIO”**, Expediente N° COM 54436/2009, en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden de Vocalías: N°18, N°16 y N°17.

Intervienen solo los doctores Rafael F. Barreiro y Alejandra N. Tevez por encontrarse vacante la Vocalía N°17.

Estudiados los autos la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 7028/7049? El Sr. Juez de Cámara Dr. Rafael F. Barreiro dice:

I. Los hechos

1. El Sr. SALVADOR CANOURA inició demanda contra LA SALTEÑA SA (LASA) y solicitó se la condene a abonar indemnización de \$ 3.341.272,83 o lo que en mas o en menos resulte de la prueba a producirse, por los daños y perjuicios derivados de la resolución del contrato por culpa de sus incumplimientos.

Explicó que la relación entre las partes inició cerca del año 1973, mediante la compra mayorista de los productos de la demandada y su reventa a los almacenes y mercados de la zona.

Aclaró que en aquella época la marca La Salteña recién comenzaba a avizorarse. Contó que la distribución de los productos consistía en la compra de la mercadería directo de fábrica en efectivo, pero que con el tiempo se le abrió una cuenta corriente con condición de pago a 30/40 días.

Destacó el esfuerzo que implicó introducir una marca nueva en el mercado de aquella época y sostuvo que su empresa se destacaba frente a otros distribuidores por los trabajos de campo realizados para conseguir nuevos clientes.

Hizo hincapié en las particularidades necesarias para la distribución y conservación del producto y concluyó que toda la tarea desarrollada implicó una inversión de gran magnitud.

Aclaró que desde el inicio de la relación se encargó de la distribución tanto de los productos de la demandada como de los de la marca Fargo, hasta que en el año 1979 LASA exigió la exclusividad.

Indicó que hacia el año 1981/82 consiguió como cliente al Supermercado Jumbo –que recién abría al público- y que, a medida que se fue expandiendo, se hizo cargo del abastecimiento de las diversas sucursales.

Afirmó que la operatoria comercial fue informal sin inconvenientes hasta el año 1998.

Planteó que con su dedicación y esfuerzo ayudó a la consolidación de la marca y la ampliación del mercado, y detalló las inversiones realizadas a lo largo de toda la relación contractual.

Explicó la incidencia de su tarea en la facturación de LASA y las estrategias de descuentos utilizadas como incentivo para los supermercados – descuentos especiales de un 5 o 10% efectivizado mediante notas de crédito-.

Aseveró que dichos descuentos, indispensables para concretar las ventas, fueron retaceados tras el traspaso de La Salteña a Pillsbury, lo que implicó soportar presiones de distintos gerentes de la compañía.

Contó que la compra de la empresa -llevada a cabo en 1996- no sólo la transformó en una multinacional, sino que además implicó un profundo cambio en los métodos de

DECONOMI

AÑO I – NÚMERO 2

negociación y comercialización, derivando en una fuerte presión comercial a los distribuidores durante los años 1997 y 1998, a quienes se los obligó a ceder la facturación.

Explicó que la cesión pretendida implicaba una merma de entre el 5% y el 7% de sus ganancias, al mismo tiempo que debía asumir la responsabilidad por las devoluciones, robos y conservación de la mercadería, todo ello con el objetivo de asumir la explotación de los grandes supermercados.

Adujo que, ante su negativa, la empresa procedió a presionarlo mediante diversas conductas que perjudicaron su relación comercial, tales como el quite de los descuentos que tenía en los productos que le impidieron mantener una lista de precios competitiva con sus clientes.

Dijo que concurrió a múltiples reuniones con los Sres. Ángel Bolo y Mariano Lozano en las que intentaban –bajo diversos pretextos- obtener información sobre la distribución y conseguir la cesión de la facturación. Sostuvo que, ante su reiterada negativa, la hostilidad en las reuniones fue escalando y los empleados comenzaron a amenazarlo con cambios de horarios de carga, recortes en los pedidos y modificaciones en las condiciones de pago.

Contó que finalmente, para evitar mayores daños a su rentabilidad, debió firmar el contrato de cesión de la facturación de supermercados - el cual ya habían suscripto los restantes operadores logísticos -.

Calificó al convenio como “de adhesión”. Indicó que la demandada modificaba libremente las condiciones del acuerdo original en detrimento de sus intereses generando un fuerte desequilibrio y violando toda libertad negocial.

Estimó que se trataba de un contrato de colaboración empresaria entre partes desiguales donde debió someterse a las cláusulas impuestas por la fabricante sin ningún tipo de poder deliberativo y con una total subordinación económica.

Detalló las tareas que debió asumir tras la firma del convenio que, según dijo, le implicaron agregar más horas de trabajo a los 16 empleados que tenía y contratar a uno nuevo.

Explicó el sistema de comercialización, así como también la forma en que se liquidaban las comisiones, y concluyó que LASA siempre ganaba en tanto sus ventas eran limpias quedando a cargo del distribuidor las devoluciones por mercaderías perdidas, próximas a su vencimiento o en mal estado.

Dijo que se le impuso –aunque simulaba ser una simple potestad- la obligación de colocar el logo de la marca en los camiones utilizados para la distribución pero sin recibir contraprestación alguna por la publicidad.

Indicó que debió tolerar múltiples incumplimientos de La Salteña en el pago de las liquidaciones y de las comisiones generándole graves perjuicios, especialmente durante los años de crisis económica.

Aclaró que mediante el contrato de colaboración se reconocía específicamente la clientela conseguida por el Sr. Canoura, y los desembolsos realizados para obtenerla.

Enumeró los trabajos de campo realizados a lo largo de toda la relación y que –según informes de la propia fabricante- aportaron al crecimiento e imposición de la marca y a su mayor presencia en góndola – alcanzando un 69% en Jumbo-.

Indicó que en el anexo I del contrato si bien se enumeraban los diversos establecimientos de supermercados Jumbo, se había omitido mencionar a las sucursales de Supermercados Tanti.

Adujo que la demandada pretendió negarle los derechos por clientela por la nueva boca de expendio “Jumbo Quilmes” abierta en el año 1999, pero que el conflicto se resolvió con el pago de \$ 99.169 por Salvador Canoura.

Agregó que también incorporó a su clientela el supermercado “Coto Temperley” y aquella perteneciente a “Panificación Cinco SA” –ello con expresa conformidad de LASA-.

Sostuvo que La Salteña se apropió de las bocas o clientes obtenidos mediante su esfuerzo sin abonar contraprestación alguna.

Denunció la realización de descuentos unilaterales por la empresa fabricante no sólo al momento de la firma del contrato –con relación a las ganancias percibidas hasta ese momento-, sino también a lo largo de su desarrollo en los años 2001 y 2002.

Adujo que en esta última ocasión el descuento fue de un 20% de la comisión pactada y que sus quejas no fueron atendidas por la demandada, quien rechazaba las facturas efectuadas de conformidad con lo estipulado en el contrato de distribución.

Dijo que con fecha 22/05/2002 remitió CD intimando al pago de las facturas retenidas y denunciando los incumplimientos de las obligaciones asumidas, y que pese a la falta de contestación debió continuar trabajando para preservar su subsistencia, frente a lo cual La Salteña lo obligó a remitir CD manifestando hacer uso de su opción de continuar el contrato.

Sostuvo que el monto total descontado unilateralmente hasta la finalización del contrato ascendió a la suma de \$ 508.378,38.

Planteó que LASA violó la cláusula de exclusividad, que prohibía a la fabricante a contratar los servicios de otro operador logístico para atender al listado de clientes reconocidos a Canoura, cuando vendió en forma directa productos que elabora o cuya representación detenta sin pagar la comisión correspondiente.

Adujo que se anoticiaron de dicha operatoria a través de la documentación y las notas de descuento por devoluciones de mercadería – montos que se le dedujeron pese a no haberse pagado jamás las comisiones por esas ventas-.

Indicó que el día 4/04/2008 se labró acta notarial donde se detallaron numerosos productos que habían sido enajenados en forma directa o a través de otro distribuidor.

Relató que el día 01/04/2008 La Salteña remitió CD haciendo saber al actor la oferta de distribución de los productos de la marca con una comisión del 11% por el término de 12 meses a contar desde julio de 2008.

Indicó que en tanto dicha opción implicaba una nueva rebaja en las comisiones, el día 9 del mismo mes se remitió una CD rechazando la misiva, solicitando la continuación del vínculo en idénticos términos a los plasmados en el contrato del año 1998 e intimando a la demandada a abonar las diferencias en las comisiones liquidadas y lo correspondiente por las ventas directas realizadas.

Relató el intercambio epistolar habido, que concluyó con la resolución del vínculo por culpa de la demandada con fecha 12/05/2008.

Planteó que se vio obligado a aplicar el pacto comisorio por los reiterados incumplimientos de la contraparte en ejercicio abusivo de su posición dominante.

Concluyó que la actitud asumida por LASA resultaba contraria a la buena fe contractual, al simular una intención de continuar la relación pero ofreciendo condiciones inequitativas y por debajo de los valores anteriores.

Denunció la existencia de otras sumas adeudadas por incumplimientos de La Salteña, las cuales surgirían de las CD de fecha 09/04/2008 y 20/05/2008, a saber: a) \$ 35.665,54 por servicios prestados en el mes de abril de 2008; b) \$ 8.580,55 emanados de la Factura n° A-01-023572 por la comisión proporcional al mes de mayo de 2008; y c) \$ 1.362,46 por cargos por insumos necesarios para la facturación.

Realizó ciertas consideraciones jurídicas relativas a los contratos de adhesión, a la posición de las partes en estos contratos, y al pacto comisorio.

Insistió en que la demandada incurrió en abuso del derecho, y lo colocó en una situación de difícil solución al hacerle optar entre continuar el contrato por un canon muy inferior a lo pactado o perder su principal fuente de ingreso.

Sostuvo que el contrato entre las partes podía ser asimilado a uno por tiempo indeterminado en virtud de las perspectivas de continuidad existentes.

Planteó la nulidad de las cláusulas novena y décima del contrato de Operación Logística en tanto, además de haber sido unilateralmente impuestas por la fabricante, resultaban ser –a su criterio- injustas, irrazonables, abusivas y contrarias a derecho.

Insistió en que la rescisión fue por exclusiva culpa de La Salteña al negarse a pagar las sumas adeudadas por descuentos unilaterales sin causal que justifique su proceder, así como también por haber violado el principio de buena fe contractual.

Interpretó que la cláusula cuarta del contrato referida a las restricciones de vender a través de otro operador se hacía extensiva también a las ventas directas.

Señaló que la comercialización de productos de su elaboración a precios que el distribuidor jamás podía ofrecer constituía una maniobra ilícita tendiente a apoderarse de la clientela.

Reclamó en concepto de daño emergente los siguientes rubros:

- a) Sumas adeudadas por indebidos descuentos en las comisiones: \$ 508.378,38.
- b) Indemnización por violación de la exclusividad (ventas directas): enumeró diversos productos comercializados y solicitó la valuación pericial de las comisiones que debieron haberse abonado de conformidad con lo dispuesto en el contrato de operación logística con más los intereses desde la mora.
- c) Montos pendientes por facturas impagas: que arrojan un total de \$ 45.558,55.
- d) Compensación por pérdida de clientela: su reclamo se sostuvo en que se encontraban reunidos todos los presupuestos para la procedencia del rubro en tanto su rechazo implicaría un enriquecimiento indebido de La Salteña. Solicitó la suma de \$ 844.755,90 –monto a actualizarse a la fecha del efectivo pago-. Explicó que para su cuantificación se tomó la comisión promedio mensual –entre abril 2007 a abril 2008- por 18 meses –de conformidad con los usos y costumbres del ramo- y aclaró que fue idéntico parámetro al adoptado para determinar el valor de adquisición de las bocas de expendio.

Pidió se condene asimismo al pago del lucro cesante por la suma de \$1.642.580,92, tomando como parámetros para fijar su monto “las características de la contratación que vinculó a las partes y el resultado de la explotación comercial en concreto sobre la base de la operatividad del actor durante el tiempo que ha efectuado la distribución de los productos de LA SALTEÑA, desde el año 1973”. Asimismo entendió que la indemnización debía abarcar las ganancias pérdidas durante treinta y cinco meses –a razón de un mes por año de relación-.

Finalmente, requirió la suma de \$ 300.000 en concepto de daño moral por los padecimientos psíquicos y espirituales que los incumplimientos y la consecuente rescisión le provocaron. Consideró que para establecer el monto de la indemnización debía tenerse en cuenta la posición en que se lo colocó al tener que “bajar la cabeza y aceptar las imposiciones unilaterales de la contraria sin poder decir palabra”. Dijo que tenía 77 años y que luchó toda su vida por lograr un lugar en el mercado, que los supermercados le compraban a él y no a La Salteña y que su nombre llegó a ser sinónimo de la empresa demandada por todo el esfuerzo invertido. Indicó que la resolución del contrato implicó una “verdadera decapitación” de Salvador Canoura como empresa y repercutió en él de tal forma que llegó a enfermarse.

Ofreció prueba.

2. A fs. 5631/5657 se presentó La Salteña SA y solicitó el rechazo íntegro de la demanda con costas.

Inicialmente adujo que el escrito de inicio omitió mencionar que la relación comercial entre las partes continuaba vigente, que la actora había tergiversado los hechos para agredir y dañar su imagen.

Desconoció la carta de fecha 12/06/98 acompañada a fs. 823 y calificó de exorbitantes los montos reclamados en la demanda.

En cumplimiento del imperativo procesal negó genérica y específicamente los hechos expuestos por el Sr. Canoura así como también la documentación acompañada.

Aclaró que el demandante era en realidad un “cliente mayorista” en tanto adquiriría la mercadería para luego revenderla, obteniendo su ganancia de la diferencia del precio de compra y de venta.

Destacó que las inversiones inicialmente realizadas por el Sr. Canoura y la clientela obtenida no estaban únicamente afectadas a la distribución de los productos La Salteña, sino también a los de la marca Fargo.

Descartó la existencia de exclusividad y calificó de falsa la ganancia bruta promedio estimada por el actor en un 37%.

Contó que con la aparición de las grandes cadenas de supermercados, cambió la forma de comercializar productos y dijo que era LASA quien designaba al cliente mayorista que tomaba cada punto de venta, negando, así que haya sido el accionar del Sr. Canoura el responsable de la obtención del negocio.

Explicó que el cargo por exhibición de mercadería era una inversión para el aumento del volumen de ventas ante la apertura de una nueva boca.

Negó que se hayan quitado los descuentos especiales tras la adquisición de LASA y dijo que los mismos pasaron a estar incorporados dentro del precio mayorista fijado.

Aclaró que la cesión de la facturación no se debió a una estrategia de su parte sino a un pedido de los supermercados que comenzaron a exigir que los documentos sean emitidos por las fabricantes para poder negociar directamente con ellas y obtener así mejores precios.

Indicó que el día 03/06/1998 se firmó el contrato de Operación Logística cuyo objetivo era mantener la fuente de ingresos de los distribuidores, adaptando su función respecto de las grandes cadenas de supermercados.

Refirió a diversas previsiones contractuales que delineaban la finalidad del contrato, las obligaciones y derechos asumidos por las partes, las facultades de rescisión, entre otras.

Solicitó el rechazo del pedido de nulidad de las cláusulas 9 y 10 del contrato en tanto entendió que no se habían configurado en el caso ni el vicio de violencia ni la lesión subjetiva.

Admitió que en virtud de la cantidad de operadores logísticos existentes se valió de cláusulas predispuestas con el fin de fijar iguales condiciones para todos, pero negó que ello implicara que se hizo un abuso de posición dominante o que tornara en inválido el contrato.

Adujo que los operadores tenían la posibilidad de optar entre adherirse o rechazar la oferta y que su adhesión implicó consentir las cláusulas que ahora intenta declarar nulas.

Calificó de maliciosa la postura asumida por Canoura al adjudicarle el abuso de posición dominante y sostuvo que todas sus decisiones comerciales constituyeron actos propios cuyas consecuencias le son imputables a él solo.

Refirió a la doctrina de los propios actos y subsidiariamente opuso la excepción de prescripción en los términos del art. 4030 apartado 2° CCiv., por haber transcurrido 12 años desde la firma del contrato.

Explicó cómo era el mecanismo de renovación del contrato y planteó que Canoura pretendió saltar el procedimiento de fijación de un nuevo precio y mantener las condiciones anteriormente pactadas, ante lo cual le remitió carta documento informando que a la brevedad le harían conocer las ofertas de otros operadores logísticos para que pudiera igualarlas.

Adujo que ante la insistencia del actor en mantener su comisión le notificó que la mejor oferta recibida consistía en una comisión del 11% por el plazo de un año a partir del 03/06/2008 y que en virtud de la cláusula novena le otorgaban la opción para igualarla.

Dijo que el día 09/04/2008 Canoura rechazó su misiva y reiteró su intención de mantener las comisiones pactadas en el año 1998 –en desconocimiento de las nuevas comisiones pactadas en su renovación-.

Indicó que el reclamo por las diferencias resultaba improcedente en tanto las comisiones se abonaron en base a las facturas emitidas por el propio actor y admitir tal posición implicaría ir en contra de su propio obrar.

Asimismo planteó que de acuerdo al art. 847 CCom. todo reclamo por las facturas de comisiones emitidas con anterioridad al mes de abril de 2004 se encontraban prescriptas.

Aclaró finalmente que las ventas directas imputadas a su parte solo fueron respecto de productos congelados y supercongelados que Canoura jamás pudo vender por carecer de los equipamientos necesarios.

A continuación contó que el Sr. Salvador Canoura intentó entre los años 1998 y 2005 cambiar el contrato de operación logística a nombre de la sociedad anónima AYPAS – constituida junto con sus hijos-.

Postuló que la sociedad y el actor tenían similar actividad comercial, utilizaban el mismo domicilio y presumiblemente utilizaba los mismos vehículos. Además destacó que la facturación de dicha empresa – donde el Sr. Salvador Canoura participaba en un 30%- demostraba que el actor no era un jubilado carente de recursos como postuló en el beneficio de litigar sin gastos.

Explicó que tras insistir con su posición el accionante remitió una nueva misiva el día 08/05/2008 exigiendo el pago de cierta deuda en una cuenta corriente.

Afirmó que el día 12/05/2008 rechazó dos facturas (N° 0001- 00023567 y 23568) emitidas el día 8 de ese mes y año por no corresponderse con las ventas realizadas por LASA durante el mes de abril; y que ese mismo día el Sr. Canoura rescindió el contrato de OP que vencía el 03/06/2008 imputando culpa por ello a LASA.

Resumió el contenido de su nota del 14/05/2008.

Adujo que el distribuidor también había incumplido el contrato en tanto adeudaba al 28/05/2008 las siguientes sumas: \$ 115.565,28 en carácter de operador logístico y \$ 48.899,96 por falta de devolución de cajones, pero que descontado un crédito a su favor por \$ 14.263,41, el importe total impago quedaba en \$ 149.703,88.

Tachó de arbitrarios e injustificados los montos reclamados por la parte actora.

En relación a las “sumas adeudadas por los indebidos descuentos en las comisiones” explicó que tales descuentos operaron durante los años de crisis, que tuvieron por fin mantener la actividad comercial y que se vieron compensados con un aumento en los precios de los productos de un 67%. Asimismo criticó el cálculo realizado por haberse efectuado sobre la “diferencia de comisión que supuestamente le correspondía sobre la comisión percibida” en vez de “sobre los descuentos efectuados”. Aclaró que dichas comisiones constituían cuentas liquidadas facturadas por Canoura y aceptadas y abonadas por LASA.

Descartó que el operador logístico haya trabajado para La Salteña en forma exclusiva y enumeró otras empresas cuyos productos distribuía.

Aclaró que la cláusula cuarta del contrato de ninguna forma implicaba que no podían realizarse las ventas en forma directa, e insistió que la venta de los productos congelados y supercongelados se efectuaba de esa forma por no contar el Sr. Canoura con la capacidad operativa para hacerlos.

Sostuvo que de haberse realizado descuento alguno por devoluciones de dichos productos, estos respondieron a errores involuntarios que “seguramente” fueron corregidos posteriormente.

Indicó que las barras de cereales “Nature Valley” eran entregadas en forma directa por LASA al centro de distribución de Jumbo sin intervención de operadores logísticos.

Negó la procedencia y existencia de deuda alguna por facturas y notas de crédito impagas, especialmente aquellas que fueron rechazadas mediante CD del 12/05/2008.

En relación a la indemnización por pérdida de clientela indicó que jamás la perdió en tanto ésta le fue reconocida al firmar el contrato o le fue asignada posteriormente por LASA. Sostuvo que el rubro se encontraba incluido dentro del valor llave y que no correspondía una indemnización en tanto los clientes conocían a los productos de La Salteña y no a Salvador Canoura. Asimismo, planteó que la estimación del daño no respondía a los usos y costumbres del ramo; y que -en caso de haber obtenido por su propio obrar las bocas de expendio- los gastos de apertura se encontraban íntegramente amortizados por lo que no debían ser indemnizados -salvo que se acredite que esto no se había logrado durante el transcurso del contrato-.

Criticó la suma solicitada en concepto de lucro cesante. Distinguió los dos roles cumplidos por el Sr. Canoura como operador logístico y como distribuidor “cliente mayorista” – que continuaba vigente- y planteó que el actor no diferenció las sumas percibidas por cada labor reclamando así montos exorbitantes que no se correspondían con la utilidad bruta mensual percibida en el marco del contrato de OP –la cual dijo era inferior al 6%-.

Por otro lado, planteó que de proceder una indemnización por este concepto no podía ser por más de un mes –lapso pendiente de vigencia – por tratarse de un contrato a plazo, y que a todo evento la indemnización sustitutiva de preaviso no podía ser superior a seis meses calculada en base a la utilidad neta promedio mensual.

Solicitó el rechazo de la indemnización pretendida en concepto de daño moral.

Postuló que la demanda era un intento de obtener un lucro indebido a costa de LASA donde se omitió información relevante, a saber: su participación en la SA AYPAS y la continuación de la relación como cliente mayorista; extremos que demostraban la inexistencia de presión inhabilitante alguna.

Se opuso a la producción de cierta prueba y ofreció la propia.

II. La sentencia de primera instancia

La Juez de grado emitió su pronunciamiento a fs. 7028/7049 y resolvió haciendo lugar parcialmente a la demanda instaurada por la suma de \$ 563.850,62 con más ciertas sumas a determinar por perito contador, todo ello con más sus intereses. Las costas las impuso en el orden causado.

DECONOMI

AÑO I – NÚMERO 2

En primer término la magistrada aclaró que no resultaban aplicables al caso las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación.

Definió la relación entre las partes y sostuvo que de la prueba colectada en autos quedaba en claro que se trataba de un contrato de distribución comercial strictu sensu –con vigencia al menos desde el año 1977 e instrumentada mediante Contrato de Operación Logística desde 1998- donde Canoura operaba como intermediario entre La Salteña y los grandes supermercados para la colocación de los productos.

Analizó la existencia de incumplimientos contractuales y la culpa en la rescisión contractual para determinar la procedencia de los rubros indemnizatorios.

Ponderó las diversas cláusulas que regían la relación entre las partes desde el año 1998 y sostuvo que no procedía la declaración de nulidad de la cláusula novena por no haberse explicado en donde radicaba su abusividad, o injusticia.

Consideró que se encontraban debidamente acreditados los incumplimientos invocados por el actor, en tanto: a) no se había justificado el proceder para la modificación unilateral de la comisión pactada y dicha decisión implicó un abuso del derecho y de la posición dominante contraria a la buena fe y la razonabilidad; y b) las ventas directas efectuadas por La Salteña violaban la exclusividad pactada cuando no existía reserva que la habilitara a operar en forma directa.

Sin perjuicio de tener por acreditados los incumplimientos y de estimar que ambos tenían entidad suficiente para considerar que el distracto se produjo por culpa exclusiva de LASA, la magistrada rechazó la resolución por culpa por considerar que fue extemporánea –en tanto se habían tolerado los incumplimientos por largos períodos de tiempo-; y decidió que correspondía considerarla como una conclusión por vencimiento del plazo. Indicó, en este punto, que los intentos de modificar considerablemente la comisión para la reconducción eran válidos porque no podía pretenderse el mantenimiento de las condiciones pactadas 10 años antes si no se probó un trato discriminatorio en relación con otros distribuidores.

Como consecuencia de la decisión arribada rechazó la procedencia de los reclamos por lucro cesante y daño moral.

A continuación ponderó los restantes rubros reclamados por el accionante –los cuales consideró admisibles-.

Destacó que el planteo de prescripción de las diferencias en las comisiones debía ser excluido de la decisión en tanto habiéndose omitido su sustanciación la parte no instó la tramitación. Hizo lugar al rubro por la suma de \$ 518.292,07 en virtud de los cálculos hechos por el perito en su dictamen, y le adicionó los intereses a devengar desde el vencimiento de la intimación cursada por CD el 09/04/2008 –por inexistencia de interpelación previa-.

En la medida en que se acreditó la existencia de ventas directas pero no se determinó en forma concreta el monto de las ventas ni las deducciones por mercancías devueltas derivadas de dichas operaciones se difirió la determinación del quantum a la etapa de ejecución de sentencia. Se aclaró asimismo que la pericia debía realizarse por el período que iba desde enero 2006 a mayo 2008 y que la suma que se determine devengaría los réditos a igual tasa y fecha de mora que las diferencias en las comisiones.

Admitió el reclamo por facturas impagas que se correspondían con comisiones devengadas por los meses de abril y mayo y cargos por insumos necesarios para la facturación. Para ello consideró que: a) no existía duda del derecho del actor a percibir las comisiones por los meses de abril y mayo 2008; b) el rechazo genérico hecho por La Salteña resultaba insuficiente para rechazar el importe facturado en tanto no se acompañó de un cálculo de la cuantía adecuada ni un comprobante de pago por esos períodos.

Consideró procedente el reclamo por clientela por las bocas existentes al momento de suscripción del contrato y por las adquiridas con posterioridad y condenó a LASA al pago del importe equivalente a un año de remuneración neto de gastos, promediándose el valor de las percibidas durante los últimos cinco años, con más los intereses.

III. Los agravios

1. El recurso interpuesto por la actora a fs. 7050 fue concedido libremente a fs. 7051. Expresó agravios a fs. 7057/7070 que fueron contestados por la demandada a fs. 7103/7120.

En primer término se agravió en cuanto decidió la a quo que los incumplimientos contractuales –juzgados suficientes para tener resuelto el contrato por culpa- no podían ser considerados en el caso concreto por haber sido tolerados por la actora.

Sostuvo que dicha solución resultaba contradictoria e ignoraba los hechos comprobados en la causa. Adujo que se acreditó: a) la presión económica y moral ejercida sobre su persona; b) la existencia de un contrato de adhesión con verdaderas imposiciones a su parte; c) la realización de descuentos indebidos y pagos fuera de término; y d) la existencia de previos cuestionamientos al comportamiento de la contraria.

Remarcó que no se trató de una tolerancia voluntaria en tanto se encontraba entre aceptar las condiciones o perder su actividad, configurándose en el caso concreto un abuso de posición dominante. Aclaró que el obrar abusivo no se limitó a la rebaja en comisiones sino también en la postura asumida al momento de renegociar las condiciones contractuales.

Por otro lado aclaró que recién conoció fehacientemente la violación al pacto de exclusividad con el acta notarial del 04/04/2008, por lo que tal incumplimiento tampoco fue tolerado por largos períodos.

Se agravió sucintamente del rechazo del planteo de nulidad y explicó que no resultaban justas las cláusulas que habían sido unilateralmente impuestas.

Criticó la sentencia en cuanto convalidó el obrar abusivo del accionante al pretender imponer un precio comisional extremadamente bajo y un contrato por un plazo marcadamente exíguo.

Negó haber tolerado pacíficamente los incumplimientos de su contraparte. Se quejó en tanto la magistrada impuso a su parte la prueba de un trato discriminatorio y sostuvo que el trato homogéneo no justificaba el proceder abusivo.

Apuntó que debía interpretarse al contrato como de tiempo indeterminado en tanto la renovación era esperable; y que, consecuentemente, resultaba exigible un mayor preaviso para el caso de rescisión.

Solicitó se revoque la decisión en tanto rechazó las indemnizaciones solicitadas por lucro cesante y daño moral. Respecto al primer rubro solicitó se condene al pago del promedio de las utilidades obtenidas por la distribución mayorista durante el año anterior a la resolución del contrato (sin los descuentos comisionales aplicados unilateralmente) por 35 meses; en relación al segundo transcribió diversas testimoniales que darían cuenta del perjuicio anímico ocasionado.

Se agravió del diferimiento hecho por la a quo de la determinación de quantum de la indemnización por ventas directas ya que consideró que la pericia practicada resultaba suficientemente clara y completa para cuantificar el daño.

Planteó que la magistrada de grado no reconoció los descuentos realizados por devolución de productos por ventas directas de LASA y solicitó se condene al monto fijado por la perito de \$ 322.796,45.

Se quejó de la forma dispuesta para la indemnización por clientela en tanto implicaba promediar las comisiones percibidas durante los últimos 5 años. Dijo que tal imposición resultaba de una improcedente aplicación de las normas del CCYC y que omitía la realidad económica del país y la inflación vivida. Solicitó que la indemnización se imponga en base a la comisión bruta del último año de servicios prestados –sin la reducción en las comisiones-. Asimismo requirió que la misma se fijada por 18 meses –un mes por boca de su titularidad- y no por 12. También se agravió aquí del diferimiento de la cuantificación del rubro y solicitó se condene al pago de la suma reclamada.

Finalmente requirió se modifique la imposición de costas hecha en el orden causado.

2. A fs. 7053 se concedió libremente el recurso de apelación interpuesto por la accionada a fs. 7052. Su memorial de fs. 7071/7093 fue contestado por el Sr. Canoura a fs. 7095/7100.

Sus agravios pueden sintetizarse en los siguientes: a) la falta de consideración de la doble operatoria desplegada por Canoura como operador logístico y como cliente mayorista; b) la afirmación de la a quo de que el contrato de Operación Logística no era más que una instrumentación bajo nuevas condiciones del contrato existente y que dicha relación de distribución inició en el año 1977; c) la categorización del contrato como de adhesión y la adjudicación de ejercicio abusivo de una posición dominante en la relación; d) la decisión de la

a quo de condenar al pago de cierta suma indeterminada por reducción de las comisiones, omitiendo el contexto de crisis de los años 2001 y 2002 y la conducta asumida por el actor al continuar con el contrato; e) haber tenido por probada la violación del pacto de exclusividad mediante las ventas directas de LASA cuando esto no se encontraba prohibido contractualmente; f) el diferimiento de la estimación de la indemnización por ventas directas y su delegación a un nuevo perito por los mayores costos y costas que esto podía producir a su cargo en virtud de la parcial concesión del beneficio de litigar sin gastos concedido al accionante; g) la desestimación del planteo de prescripción por no integrar el objeto del litigio ya que importaba poner a su cargo una omisión o yerro de tribunal; h) la indemnización concedida en concepto de comisiones facturadas en tanto no se acompañaron los libros que respalden la emisión de las mismas y no correspondía imponerle la carga de la prueba; y i) la admisión del valor por clientela y la aplicación del CCyC al rubro. Finalmente tachó de arbitrario el decisorio recurrido.

IV. La solución

I.A. 1. De una detenida lectura de las quejas vertidas por las partes, se advierte la conveniencia de analizar en primer término la naturaleza jurídica del contrato que vinculó a las partes, en tanto dicha categorización tendrá una marcada influencia en la decisión que habrá de tomarse en punto a la calificación de la conducta asumida por LASA durante el desarrollo del vínculo contractual y que llevó a la rescisión del contrato.

Aclaro que a lo largo de este decisorio las impugnaciones de las partes que encuentren estrecha vinculación entre sí, serán analizadas en forma conjunta. Ello, claro está, sin perder de vista que los magistrados no están obligados a seguir a las partes en cada una de las argumentaciones, ni a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino sólo aquellas estimadas conducentes para fundar sus conclusiones (CSJN, fallos 272:225; 274:113; 276:132; 200:320; esta Sala, 28/10/2010 en los autos "Montana Managment SA c/Genovesi Alejandro e Hijos SRL s/ord." y su acumulado caratulado "Genovesi Alejandro e Hijos SRL c/Montana Managment SA s/ord.").

2. Recuérdese que sobre este punto el a quo consideró que existía entre las partes un contrato de distribución strictu sensu, y que el convenio firmado por las partes en el año 1998 de operación logística no fue más que una formalización por escrito que cambió algunas condiciones de la relación.

La parte demandada se agravió de dicha solución y estimó que la a quo omitió la existencia de un doble rol del actor como cliente mayorista y como operador logístico. Adujo que se trataban de dos relaciones distintas e independientes y que el convenio de operación logística no era una continuación del contrato de distribución existente.

Explicó que cliente mayorista era aquella relación en la que Canoura adquiría los productos fabricados por La Salteña para revenderlos a los comercios minoristas, y distinguió el rol de operador logístico, al que describió como la actividad en la que la empresa, por encargo del cliente ejecuta las demandas logísticas de sus clientes.

Afirmó que en los considerandos 2 y 3 del contrato se diferenciaron los distintos servicios prestados por Canoura.

B. Ciertamente la elucidación de la presente contiene requiere examinar los términos de las diversas convenciones que suscribieron las partes pues aparece obvio –y se verá más adelante-, que ellas disienten respecto del alcance que cabe acordar a algunas de las cláusulas.

Interpretar un contrato es determinar el sentido y alcance de las cláusulas que contiene (Enrique C. Müller, "Interpretación literal y contextual", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Interpretación del contrato, t. 2006-3, Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As., 2006, p. 31, y sus citas).

La interpretación es una reflexión sobre un texto previo, para determinar su sentido, y por ello es una mirada hacia el pasado, intentando reconstruir originariamente lo pactado (Lorenzetti, Ricardo L., Tratado de los contratos: parte general, Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As., 2004, p. 456, y sus citas).

Según lo establece el Código Civil en su artículo 1198, los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. Esto quiere decir que, ante

el conflicto suscitado, el tribunal no debe limitarse en su interpretación al sentido literal de los vocablos empleados, sino que debe atenderse a la intención común de los contratantes, para lo cual es menester valorar las particulares circunstancias que rodearon a la estipulación (sus antecedentes y conductas sobrevivientes) en orden a reconstruir el contexto negocial que motivó la expresión de voluntad común en los términos que se pretenden desentrañar (cpr. 386).

En el sentido expuesto, al interpretar el contrato no debemos limitarnos al sentido estricto y literal de las palabras en él utilizadas, sino que debemos indagar la intención común de las partes. Para determinar la intención común de las partes resultará necesario entonces, ponderar la actitud asumida por ellas tanto al momento de firmar el contrato como con posterioridad a dicho hecho.

Enseña Muñoz que “dice el art. 218 del Código de Comercio que habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos. Y es que puede haber contradicción entre la intención común de las partes y el sentido literal de los términos” (Derecho comercial: Contratos, Tipográfica editora argentina, Bs. As., 1960, p. 380).

Lo anterior requiere colocarse por encima del interés de cada una de las partes; porque la interpretación debe hacer mérito del comportamiento de las partes en su integridad (cpr. 163, inc. 5°). El modo y la forma como las partes ejecutan el contrato es la prueba más concluyente que puede tenerse de la verdadera intención contractual, porque es la traducción en el hecho de lo que resulte dudoso en la palabra (Conf. Siburu, Juan B., “Comentario del Código de Comercio Argentino”, T, IV, pág. 88, Bs. As., 1923; esta Sala 24/06/2010, “Piollava SRL c/Medialink SA s/ ordinario”; íd., 28/06/2012, “Mastronardi Guillermo Martín c/Liderar Compañía General de Seguros S.A. y otro, s/ ordinario”).

C. 1. Dicho esto, resulta oportuno recordar que el contrato de distribución ha sido caracterizado como una relación contractual entre dos empresas jurídicamente independientes, o sea entre dos organizaciones autónomas, que se distinguen claramente: una produce bienes o servicio y la otra se ocupa de comercializarlos asumiendo los riesgos propios de su actividad, ello sin que medie un vínculo societario o laboral, aunque puede haber una sujeción técnica o económica. La distribución admite una doble generalización. En un sentido amplio puede ser entendida incluyendo a todas las formas de comercialización por terceros. A su vez existiría un criterio, también generalizador, pero más acotado, que otorga un tratamiento indiferenciado a la distribución y a la concesión. Desde otra perspectiva, en una orientación que debe reputarse prevaleciente, se prefiere conferir autonomía a la distribución, refiriéndose así al llamado “contrato de distribución en sentido propio”, señalando los matices diferenciales que presenta respecto a la concesión, aunque reconociendo las presencia prevaleciente de rasgos comunes, de los que se derivan efectos jurídicos prácticamente idénticos. En ese sentido se ha dicho que entre distribución y concesión aparecen diferencias causadas más en las peculiaridades de la comercialización de automotores que en cuestiones propiamente jurídicas y, por ello, los problemas que plantea la distribución propiamente dicha son generalmente los mismos que se suscitan a propósito del contrato de concesión (Adolfo A. N. Rouillon, Código de Comercio Comentado y Anotado, Tomo II, pág. 703 y ss., editorial La Ley, Buenos Aires, 2005).

2. En realidad, cuando en nuestra literatura jurídica actual se alude a distribución, se están señalando diversas formas de comercialización, es decir, a partir de la tarea de producción de una empresa, otra persona o empresa se ocupa de distribuir, acercar a otras empresas o a los consumidores el producto o servicio de la primera, repitiendo formas de comercialización, utilizando tecnología, know how, patentes, marcas de aquella empresa productora.

Económicamente, se podría describir el fenómeno que el derecho intenta abarcar nombrándolo como de distribución, llamándolo formas de comercialización por terceros, existiendo siempre dos partes distintas, lo cual indica que la relación primaria siempre es bilateral.

La doctrina argentina tradicional ha percibido que cuando se habla de distribución, existe un concepto restringido (el comerciante mayorista) y uno amplio, que se refiere al actuar de una empresa con relación a otra (actividad preordenada).

Este actuar significa una relación permanente, a menudo exclusiva e importa un compromiso de colaborar para que determinados bienes o servicios se vendan en el mercado nacional o internacional, al público consumidor o a terceras empresas.

Se han considerado formas principales de distribución en el derecho mercantil moderno argentino –que no es el codificado en el Código de Comercio, sino el que surge de la jurisprudencia y la doctrina- la agencia, la distribución en sentido restringido, la concesión, la franquicia.

En lo que hace al primero de ellos, siempre deben existir dos empresas, independientes jurídicamente entre sí, porque si la misma productora comercializa lo que produce, no hay distribución, como función empresaria separada. Las dos empresas se distinguen netamente: una crea bienes o servicios; la otra los acerca, reparte, distribuye entre otras empresas o los consumidores.

La distribución conlleva una tarea más extensa que la simple distribución del producto (esto se cumple mediante el contrato de publicidad, que es un contrato de cooperación pero no de distribución) ya que implica una obligación material de hacer, es decir, el traslado, en términos económicos, de los productos desde la empresa que los genera hacia los consumidores, aunque a veces y según los tipos contractuales no se llegue a ellos sino a los comerciantes minoristas; pero el destino final siempre será el mercado (Raúl Aníbal Etcheverry, Derecho Comercial y Económico. Contratos parte Especial 1, pág. 204 y ss., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1991).

3. Aclaro preliminarmente que, por lo general, suele utilizarse el término “distribución”, para referirse a cualquier vinculación de intermediación comercial, por lo cual una empresa comercializa determinados bienes y/o servicios de otra en el mercado, realizando dicha actividad en nombre propio y a través de un vínculo estable y de colaboración.

Específicamente, los usos y costumbres mercantiles, la doctrina y la jurisprudencia mercantil, han identificado y caracterizado a los contratos de agencia, de distribución propiamente dicho y de concesión, como las típicas figuras contractuales de distribución comercial, participando los contratos de suministro y de franquicia de varias de sus características más significativas (Bustingorry Rodrigo y Christian Del Rosario, Contratos de Distribución Comercial, en Tratado de Derecho Comercial, Ernesto Eduardo Martorell (Director) y Juan Carlos Pratesi (h) (Coordinador), Tomo IV, pág. 351 y ss.).

D. En el marco contextual expuesto debo adelantar que coincido con la solución propuesta por la magistrada de grado con una pequeña salvedad.

A diferencia de lo postulado por la sociedad demandada en su contestación de demanda y en su escrito de agravios, estimo que del contrato que ligó a las partes se desprende en forma clara tanto la existencia de un contrato de distribución como la continuidad de una relación preexistente.

El considerando tercero del convenio que ligó a las partes establece “Que hasta la fecha la relación comercial que uniera a LA SALTEÑA con el Sr. Salvador CANOURAS consistía en la venta al por mayor de productos elaborados por la primera con el objeto de su posterior comercialización en el mercado minorista situación iniciada hace ya varios años”.

Si bien del texto de este apartado podría presumirse que la relación de Canoura antes de la firma del contrato se limitaba a los mercados minoristas –y no con Super e Hipermercados-, lo cierto es que el siguiente apartado aclara lo que entendían por tales: “Que entre los clientes minoristas a cargo del actual OPERADOR LOGISTICO se encuentran los denominados Supermercados y/o Hipermercados con sus respectivas bocas de comercialización detalladas en el anexo 1. Que las nuevas modalidades de comercialización exigidas por determinados comercios, en especial los Supermercados e Hipermercados, hacen exigible la reformulación del sistema de comercialización aplicado hasta la fecha entre las partes del contrato”.

De la detenida lectura de estos considerandos junto con las restantes cláusulas que conforman el convenio considero que, tal como apuntó la sentenciante de grado, la relación no mutó en sí misma y continuó siendo un contrato de distribución, mas se determinaron respecto de la relación entre el distribuidor y los Super e Hipermercados nuevas reglas de juego, en particular en cuanto hacía a la facturación y al esquema comisional. Asimismo, el propio texto del contrato reconoce que la vinculación con los clientes minoristas –concepto que, reitero, resultaba inclusivo de los super e hipermercados- tenía lugar desde hacía varios años.

Ahora bien, disiento con la solución propiciada en cuanto consideró que la vinculación entre las partes fue una sola, en tanto estimo que ha quedado acreditado en autos –mediante los propios dichos de las partes que fueron corroborados con la prueba testimonial y documental anejada- que existían al menos dos contratos de distribución claramente diferenciados.

Si bien en un comienzo, y hasta la firma del contrato de 1998, la operatoria del Sr. Canoura con los pequeños comercios y las grandes cadenas podía confundirse fácilmente –en tanto el protocolo para ambos casos era idéntico (v. cursograma en pericia contable a fs. 6295vta./6297)-, la firma del convenio cambió dicha realidad y permitió una clara diferenciación entre los roles desempeñados.

Es con esta salvedad -la existencia de una operatoria diferenciada para cada tipo de clientela- que se ha de categorizar el contrato de distribución entre las partes, solución que resulta acorde no sólo a la versión expuesta por las partes –que reconocen la finalización del contrato de OP y la continuación de sus relaciones respecto de otros clientes denominados “minoristas”-, sino también a las declaraciones de los testigos.

Estimo útil citar aquí cuanto expuso el Sr. Luna –empleado de LASA- a fs. 6660: “PARA QUE DIGA EL TESTIGO CUAL ES LA DIFERENCIA DE CLIENTE MAYORISTA Y MINORISTA, CONTESTO:

En uno de los casos son distribuidores que atienden a las cadenas de supermercados, percibiendo una comisión por la atención. Y en el otro caso, que a mí me compete, son clientes que distribuyen nuestros productos en autoservicios o almacenes con facturación por parte de ellos, de ellos mismos” (en igual sentido v. fs. 6658, 5928, 6007/6011, entre otros).

Aclaro que la diferenciación hecha en este apartado, si bien a simple vista parece innecesaria, resultará indispensable en caso de proceder el reclamo por incumplimiento contractual por la forma en que deberán estimarse los rubros reclamados.

E. En punto al planteo de nulidad de las cláusulas 9° y 10° del convenio reiterado en el memorial de fs. 7057/7070 éste deberá ser declarado desierto en los términos del cpr. 266 en tanto el Sr. Canoura no expuso argumento alguno tendiente a fundar el planteo, sino que se limitó a reiterar en dos párrafos la categorización de las cláusulas hecha en su escrito de inicio, esto es: que se trataba de cláusulas unilateralmente impuestas por la fabricante, injustas, irrazonables, abusivas y contrarias a derecho.

II. A. Sentado lo anterior, procederé a evaluar las quejas del actor relativas a la culpa del demandado en la rescisión del contrato de Operación Logística.

El accionante se agravó en cuanto la Juez de primera instancia concluyó que pese a haberse acreditado la existencia de incumplimientos graves y con entidad suficiente para tener por resuelto el contrato por culpa de LASA tal proceder había sido consentido por el Sr. Canoura al haberlos tolerado durante un largo período de tiempo.

Afirmó que no había consentido pacíficamente los incumplimientos y que sus reclamos habían sido continuamente desechados. Dijo haber demostrado la firma del contrato bajo presión, y que se trataba de un contrato de adhesión donde la demandada había hecho abuso de la posición que detentaba al incumplir las obligaciones a su antojo.

Sobre este punto convergen, asimismo, las quejas de la demandada quien criticó el decisorio dictado en la instancia anterior y postuló que: a) el contrato con cláusulas predisuestas tenía por fin colocar a los operadores en pie de igualdad; b) no existía posición dominante y menos aún abuso alguno; c) todas las decisiones de Canoura en el marco del contrato constituyeron actos a él imputables y de haber considerado que existía posición dominante podría haber puesto fin al contrato en cualquier momento.

B. La categorización del contrato como de distribución trae aparejada una serie de consideraciones que habrán de tenerse en cuenta para dilucidar la responsabilidad en la resolución del contrato.

Así las cosas, aunque estos convenios se celebren entre dos comerciantes inclusive de similar relevancia -lo que ciertamente no es usual-, normalmente existirá preponderancia de quien impone las condiciones (CNCom, Sala B, 11.04.95, “Marquinez y Perotta c/ ESSO SAPA s/ ord.”).

La desigualdad negocial entre las partes, las facultades de control en cabeza de la fabricante y la celebración del contrato por adhesión a cláusulas generales resultan ser elementos tipificantes de este tipo de convenios. También son notas características de la distribución: la existencia de una zona de exclusividad y el mantenimiento de un vínculo de larga duración.

C. Recuérdesse aquí que –tal como tiene dicho esta Sala- un contrato se celebra por adhesión cuando la redacción de sus cláusulas corresponde a una sola de las partes, mientras que la otra se limita a aceptarlas o rechazarlas, sin poder modificarlas (...) en la

adhesión hay voluntad de realización, de producción de efectos, pero no hay libertad de configuración del contenido por parte del adherente, que debe tomar o dejar las cláusulas prerredactadas sin poder modificarlas (Lorenzetti, Ricardo L., Tratado de los contratos, Parte General, p. 681, Rubinzal-Culzoni Editores, Sta. Fe, 2007).

Los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales se caracterizan por su modo de celebración, por lo que resulta factible que un contrato empresario pueda ser declarado abusivo. Sin embargo, no basta para acreditar el carácter abusivo de una cláusula de un contrato, el hecho de tratarse de un contrato de adhesión -que por sus características puede dar lugar a abusos por parte del proponente-, pues los contratos de distribución, en su casi totalidad, son formalizados mediante estos formularios o contratos. Para arribar a tal conclusión es necesario que ello sea debidamente acreditado por el impugnante (esta Sala, “Escobar SACIFI c/Ford Argentina SCA s/ordinario” del 19/05/2016).

En estos casos debe examinarse si el ejercicio de esas cláusulas deviene abusivo. En especial, el standard de la reciprocidad global de las obligaciones es adecuado para establecer si estas obligaciones accesorias desnaturalizan o no el equilibrio que debe existir. Asimismo si por efecto de estas cláusulas se introduce la posibilidad de que el contenido de las obligaciones quede a disposición de una de las partes, en forma unilateral y subjetiva, habrá una impugnación de abusividad (Lorenzetti, Ricardo L., Tratado de los contratos, T. I, p. 678, Rubinzal-Culzoni Editores, Sta. Fe, 2007).

Ahora bien, ostentar una posición dominante en una relación contractual no es sinónimo de obrar abusivo: es indudable que no habrá de caerse, en el caso, en petición de principios. El obrar abusivo requiere una actuación deliberada a través de cláusulas sorpresivas destinadas a perjudicar al contrario, establecer relaciones desiguales o inequitativas, inducir a error a la contraparte con la intención de obtener un beneficio desmedido a expensas o en perjuicio de ella. En la hipótesis de que ninguna de estas pautas se verifique, por más que exista posición dominante, difícilmente podrá aludirse a abuso de dependencia económica (CNCom., Sala A, “Rudan SA c/Cencosud SA s/ordinario”, 27/03/2008).

D. En virtud de los parámetros hasta aquí expuestos, a fin de determinar si existió en el caso o no un obrar abusivo por parte de la distribuidora durante la ejecución del contrato que forzó a la parte actora a poner fin al convenio deberán ponderarse tanto la letra del contrato que las ligó como las conductas desplegadas por cada una de ellas a lo largo de su desarrollo.

Como he dicho en el apartado precedente, la función de las reglas de interpretación y de integración -así como en el caso de necesidad de rectificación- del contrato, es la de establecer el genuino sentido del consentimiento contractual. Para ello habrá que partir de hechos comprobados y de los cuales resulte la intención de cada uno de los contratantes. Al establecer el juez la voluntad real y común de las partes, al desentrañar el sentido de las declaraciones de voluntad, al decidir sobre la discrepancia de la voluntad en cuanto éstas tomaron posesión recíproca de tales voluntades para tornarlas comunes a ellas, no debe olvidar que las palabras habladas o escritas de los contratantes han de interpretarse siguiendo el standard jurídico de la buena fe y sin apartarse de las directivas de verosimilitud, previsibilidad y diligencia, conforme con los usos, según los hechos antecedentes, coetáneos y aún sobrevinientes de las partes y relativas a lo convenido por ellas. Debe integrar o incluso rectificar la declaración para que el fin contractual perseguido se alcance y para que la inadecuada interpretación de las palabras empleadas no tergiversen lo realmente querido (en este sentido me expresé al emitir mi pronunciamiento como Juez de Primera Instancia en lo Comercial a cargo del Juzgado N° 18 en los autos “Ernesto P. Améndola SA c/ Peugeot Citroen Argentina SA y otro s/ordinario” del 05/09/2005).

Sólo así la interpretación contractual desempeñará su función de poner en evidencia la voluntad real de ambos contratantes a través de su declaración, de los usos, de lo que en casos similares “suelen hacer en la práctica las personas razonables” y siempre con el standard de la buena fe que preside todo el derecho de los contratos, y a él se remite con acierto el art. 1198 CCiv. (conf. Alberto G. Spota, Instituciones de Derecho Civil, Contratos, Vol. III, pág. 73 y sgtes., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982).

E. Ninguna duda cabe de que el contrato firmado por las partes fue un contrato con cláusulas predisuestas por la demandada -v. en este sentido el reconocimiento hecho en el memorial a fs. 7077vta. y las copias de los contratos de otros distribuidores acompañadas a

las contestaciones de oficios de fs. 5881 y ss., 5941 y ss., y 5970 y ss.-; mas existe controversia en punto a la existencia de abuso de posición dominante.

1. La reducción de comisiones

Coincido con la magistrada de grado en cuanto concluyó que se había acreditado en forma fehaciente el abuso de posición dominante en el descuento unilateral de las comisiones. Véase que:

a) La cláusula segunda del Contrato de Operación Logística fijaba el precio inicial del contrato y disponía que: “Por las tareas detalladas en la cláusula anterior, el OPERADOR LOGISTICO percibirá la suma resultante al 17% del monto de la facturación neta de las ventas de LA SALTEÑA a los clientes detallados en el anexo I por los productos de su marca (LA SALTEÑA), y un porcentaje del 15% sobre las ventas netas de productos de otras marcas que sean comercializados por LA SALTEÑA a través del mismo operador y a los clientes enunciados en el anexo I. A dicho efecto, se entenderán como netas las ventas realizadas y quedarán a cargo del OPERADOR LOGÍSTICO las devoluciones de producto asegurando así su responsabilidad sobre la correcta rotación del mismo” (v. fs. 814).

b) Por su parte, la cláusula novena del convenio referido establecía el plazo inicial de vigencia al mismo tiempo que fijaba las pautas comisionales aplicables para el caso de una renovación, a saber: “El presente contrato tendrá una vigencia de 60 meses a partir de su firma, por los que el mismo vencerá el día 2 de Junio de 2003. Sin perjuicio de lo expuesto el OPERADOR LOGÍSTICO tendrá la opción de continuar con el presente por un período similar (...) Para la fijación del nuevo precio, las partes tendrán un período de 90 días anteriores a la terminación de cada período, el cual no podrá ser inferior al 16% para la primer renegociación y 15% para la segunda sobre las ventas netas de productos elaborados por LA SALTEÑA, y el 14% y 13% para el resto de los productos. Si llegados los 60 días de anticipación a la terminación del contrato, las partes no establecieron de nuevo el precio, el Operador Logístico deberá manifestar en forma fehaciente su voluntad de continuar con el mismo por el precio mínimo establecido en la presente cláusula. De no recibir LA SALTEÑA la notificación correspondiente antes de los 30 días de finalizado el contrato, se entenderá que el OPERADOR LOGÍSTICO no desea su continuación. Si al momento de finalizar el contrato LA SALTEÑA decide la contratación de un nuevo OPERADOR LOGÍSTICO, la firma SALVADOR CANOURA, tendrá la primera opción para efectuar la contratación en las mismas condiciones de precio y servicio que la mejor oferta presentada. Para ello la firma SALVADOR CANOURA tendrá un plazo de 10 días para su contestación, transcurridos los mismos se entenderá el desinterés de esta” (v. fs. 816).

c) La perito dictaminó que un estudio de los montos facturados y las pautas comisionales fijadas en el contrato “arroja en todos los meses un diferencial entre un 10% a 20%” (v. punto 6 del cuestionario de la actora a fs. 6288vta. y ss.), y tras un cálculo realizado desde el mes de marzo de 2002 a mayo de 2008, actualizado a la tasa activa que cobra el BNA, estimó que las rebajas ascendían a la suma de \$ 1.294.731,19.

d) Las contestaciones de oficio de los distintos operadores logísticos de La Salteña fueron coincidentes en que a partir del mes de marzo de 2002 se constató una rebaja unilateral en las comisiones sobre el total del canon pactado (v. fs. 5889, 5891, 5959, 5981).

e) Al prestar declaración testimonial el Sr. GUASTONI -ex empleado de LA SALTEÑA de 2003 a 2006 en el sector ventas del canal de Supermercados obrante a fs. 5926/5930- fue preguntado sobre el pago de las comisiones a partir del año 2001, a lo que contestó: “en el período que estaba yo, se liquidaban las comisiones, se le descontaba las devoluciones y después se descontaba un 20% que supuestamente se lo iban a reintegrar después”. A continuación al ser cuestionado sobre ese reintegro dijo: “Cuando fue la crisis del 2001, LA SALTEÑA le solicitó a los distribuidores de supermercados que hasta el país mejore le iban a descontar ese 20 %. Hasta que me fui, nunca se lo devolvieron”.

Ahora bien, a la hora de contestar demanda La Salteña pretendió justificar su proceder y afirmó que la rebaja en las comisiones tuvo por objetivo paliar la crisis económica generalizada que afectaba a nuestro país, mas omitió exponer en que forma dicha situación la afectó particularmente.

Si bien en su memorial intentó demostrar en qué forma se vio afectada por la crisis económica –planteo cuya ponderación en esta instancia resulta cuanto menos dudosa en virtud de lo dispuesto por el cpr. 277- lo cierto es que no logró rebatir un argumento central del

decisorio de grado, esto es, que una vez superada la crisis no se procedió a la recomposición de las comisiones pactadas.

Por otro lado, también es posible considerar que la actitud abusiva del accionado empezó mucho antes de la firma del convenio. Es que la prueba testimonial de fs. 5933/37 –preguntas 3 y 4-, 5943/46 –pregunta 2- y 6007/11 –pregunta 7-, y las contestaciones de oficio de fs. 5889, 5891 y 5981 resultan contundentes y concuerdan con la versión expuesta por la actora en cuanto a la presión ejercida por LASA para proceder a la firma del contrato. En igual sentido, la pericia contable da cuenta a fs. 6287 (v. pto. 4 del cuestionario de la actora) de la modificación en las comisiones que implicó su adhesión al convenio.

Finalmente, el abuso en la modificación de las comisiones pactadas tuvo una última manifestación en la CD del 01/04/2008 en donde, haciendo un uso cuanto menos dudoso de la facultad reservada en el último párrafo de la cláusula 9°, La Salteña pretendió imponer a la parte demandada no sólo un nuevo margen comisional por debajo de los mínimos contractualmente fijados, sino también un plazo de duración exiguo, todo ello sin una previa intimación para renegociar los términos del contrato –primera parte de la cláusula-, ni aguardar al vencimiento del plazo concedido para manifestar la voluntad de continuarlo en los términos vigentes, ni manifestación clara de la voluntad de tener por finalizado el contrato y contratar un nuevo operador logístico –v. cl. 9, ult. párrafo arriba transcrito-.

En virtud de las consideraciones hasta aquí vertidas, estimo que existieron en el caso multiplicidad de oportunidades en las que la demandada hizo uso y abuso de su posición dominante en el contrato y que el contrato habrá de considerarse como resuelto por la exclusiva culpa de La Salteña.

No obsta a la solución hasta aquí propuesta el hecho de que la demandante haya tolerado dichos abusos –incluso al firmar y renovar el contrato-, en primer término en tanto, un obrar distinto hubiese implicado

–sin margen de duda- la pérdida de su principal fuente de ingresos (ver nuevamente los testimonios referidos en párrafos anteriores), y en segundo lugar porque –a diferencia de lo postulado por la a quo- se ha acreditado fehacientemente la preexistencia de quejas en este sentido (ver CD. de fs. 5843 del 22/05/2002).

2. La violación de la exclusividad

a. La segunda causal de incumplimiento imputada al accionado consistió en la violación de la exclusividad mediante la realización de ventas en forma directa.

En lo que aquí interesa, la cláusula cuarta del contrato de OP establecía “CARÁCTER NO EXCLUSIVO. LA SALTEÑA declara conocer y aceptar que el OPERADOR LOGISTICO desarrolla trabajos similares a los descriptos en el presente y/o vende productos alimenticios de distintas empresas. Sin perjuicio de ello, en virtud de la confidencialidad debida por las partes, el OPERADOR LOGISTICO no podrá contratar servicios con empresas que elaboren y/o vendan productos iguales o similares a los que elabora y/o vende LA SALTEÑA, y esta no contratará los servicios de otro Operador Logístico para atender el listado del Anexo I”.

Contra la pretensión de la actora, LASA no negó haber realizado ventas directas, sino que postuló una interpretación restrictiva de la cláusula en cuestión y afirmó que la prohibición alcanzaba únicamente a la distribución por terceros. Asimismo, planteó que las ventas por ella realizadas respondían a la incapacidad técnica del Sr. Canoura para distribuir productos congelados y supercongelados e imputó al accionante el previo incumplimiento de la obligación.

b. Si bien la asignación de zona exclusiva –en el caso representada por una lista de clientes- no es un requisito esencial de este contrato y por lo tanto no siempre se encuentra determinada, en caso de haberse pactado, el distribuidor tiene el derecho a exigir del productor que este último respete la zona de exclusividad que le fue asignada para comercializar los productos del fabricante (Martorell, Ernesto E., Tratado de los contratos de empresa, T. II, p. 1463, Abeledo Perrot, Bs. As., 2016).

La violación de la exclusividad pactada es considerada causal suficiente para tener resuelto el contrato por culpa de la contraparte ya que importa la afectación del principal derecho del distribuidor: el derecho a la retribución.

El establecimiento de la zona de exclusividad si bien tiene como objetivo principal evitar las ventas por terceros –en este caso otros operadores logísticos-, también apunta a restringir la comercialización por la propia fabricante –excepto reserva expresa de la facultad-. Dicha

conclusión encuentra su fundamento en primer término en las legítimas expectativas del distribuidor y en la previsibilidad a la hora de firmar el convenio (arg. art. 1198 CCiv.), y en segunda instancia en la necesidad de evitar una competencia desleal por parte del fabricante, quien podría comercializar los mismos productos a un precio inferior llegando a excluirlo del negocio.

Así las cosas, en virtud de las pautas interpretativas referidas en el punto I. B. de este decisorio, no correspondió la realización de ventas directas por parte de la fabricante en tanto existiendo cláusulas donde La Salteña hizo reserva de derechos en forma expresa, como el de restricción de la provisión de bienes, acciones de marketing, rescisión del contrato con o sin culpa, etc., y omitió hacerlo para la exclusividad.

c. Por otro lado, la accionante probó mediante prueba testimonial la venta en forma directa de los productos congelados de la marca: “CANOURA distribuía todos los refrigerados y LA SALTEÑA por su cuenta, los congelados” (v. respuesta a pregunta 13 del interrogatorio a Sr. Guastoni a fs. 5926/5930).

En igual sentido el Sr. Peccia –Gerente de Logística de LASA- manifestó: “4) EN EL PERIODO DE ENERO DEL 2006 A MAYO DEL 2008 QUIEN DISTRIBUIA A LOS SUPERMERCADOS ASIGNADOS A CANOURA EMPANADAS DE RELLENOS DE VARIOS GUSTOS,

CONTESTO: Las únicas empanadas con relleno, era un producto congelado, lo distribuía GENERAL MILLS” –idéntica respuesta dio respecto de la distribución de las barras Nature Valley y el producto “pasta flora” en las contestaciones a preguntas 6 y 7, sin manifestar en esos casos que se trataran de productos congelados- (v. fs. 6671).

A pesar de esto, la accionante no demostró la causal justificativa de su obrar: la supuesta incapacidad técnica del distribuidor.

En ese marco y conforme lo sostiene conocida y reiterada jurisprudencia, el cpr. 377 pone en cabeza de los litigantes el deber de probar los presupuestos que invocan como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, y ello no depende sólo de la condición de actor o demandado, sino de la situación en que cada litigante se coloque dentro del proceso (CNCom, Sala A, 14.6.07, “Delpech, Fernando Francisco c. Vitama SA”, entre otros). La consecuencia de esta regla es que quien no ajuste su conducta a esos postulados rituales debe necesariamente soportar las inferencias que se derivan de su inobservancia, consistentes en que el órgano judicial tenga por no verificados los hechos esgrimidos como base de sus respectivos planteos (CNCiv., Sala A, 1.10.81, “Alberto de Río, Gloria c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, íd., Sala D, 11.12.81, “Galizzi, Armando B. c. Omicron SA”; íd., 3.5.82, “Greco Jospe c. Coloiera Salvador y otro”; CNCom., Sala A, 12.11.99, “Citibank NA c. Otrola Jorge”; íd., “Filan SAIC

c. Musante Esteban”, Sala B, 16.9.92, “Larocca Salvador c. Pesquera Salvador”; íd., 15.12.89, “Barbara Alfredo y otra c. Mariland SA y otros”; Sala E, 29.9.95, “Banco Roca Coop. Ltda. c. Coop. de Tabacaleros Tucumán Ltda., esta Sala, 27.4.2010, “Lucchini Hernán Ricardo c/ Banco de La Nación Argentina y otro, s/ ordinario”, íd., 16.11.2010, “Pugliese Hnos. S.H. de J. L. Pugliese y Damiano Pugliese c/ Refinería Neuquina SA, s/ ordinario”; íd., 18.11.2010, “Belli y Compañía SA, c/ Seguettis SRL y otro, s/ ordinario”; íd., 28.06.2011, “Mazzei, Juan Carlos c/ Boix Vargas Carlos Alberto, s/ ordinario”).

La carga de la prueba actúa, entonces, como un imperativo del propio interés de cada uno de los litigantes y quien no prueba los hechos arriesga la suerte del pleito.

e. Cabe aclarar aquí que los supuestos incumplimientos de Canoura a la cláusula en cuestión no han sido acreditados por la demandada. Es que dicho precepto contenía una autorización al distribuidor para comercializar productos que no compitieran con los de la marca de la demandada, y de las contestaciones de oficio de fs. 6604, 6620, 6616, 6746, 6822 y 6853 no se desprende un obrar contrario a la pauta fijada.

f. A continuación, La Salteña pretendió defenderse apuntando que el actor jamás comercializó las barras de cereal Nature Valley, las cuales eran entregadas en forma directa por LASA al centro de distribución de Jumbo sin intervención de operadores logísticos.

Tal defensa resulta ineficaz, en tanto ni siquiera pretendió justificar el porqué de la exclusión del distribuidor para la comercialización de ese producto específico. Por otro lado la venta directa de estas barras de cereal estaba en directa contravención a lo dispuesto en la

cláusula primera del convenio que establecía que el operador logístico tenía a su cargo “los servicios de aprovisionamiento y entrega de los productos vendidos por LA SALTEÑA”.

g. En estas condiciones, no cabe más que tener por acreditado el incumplimiento contractual imputable a LASA, proceder que también tuvo virtualidad suficiente para tener por finalizado el contrato de la forma en que lo hizo el Sr. Canoura.

Aclárase que tampoco aquí se erige como impedimento la supuesta tolerancia de los incumplimientos dado que el reclamo se retrotrae tan sólo a los dos años anteriores a la rescisión del contrato, por lo cual su conocimiento de los hechos no pudo ser anterior a esa fecha.

F. Ciertamente, en la especie, existió una ruptura anticipada del vínculo y tal cosa no se produjo como consecuencia de una libre elección del actor. Fue la conducta desplegada por la demandada la que lo colocó en una situación patrimonialmente desventajosa, tanto así que no pudo continuar con la marcha de los negocios.

Corolario de lo expuesto, el agravio de la actora deberá ser admitido con el alcance de revocar el decisorio de grado imponiendo la responsabilidad a la demandada por la resolución del contrato de OP.

III. La solución propiciada torna necesaria la revisión de lo resuelto respecto de los diversos rubros reclamados por la accionante.

A. Descuentos unilaterales en las comisiones

1. En punto a los agravios vertidos por la parte demandada para este rubro cabe remitirse a lo expuesto en el apartado II. E. 1.

2. a) Previo a determinar el monto preciso de la condena por este rubro resulta pertinente expedirse respecto de la prescripción opuesta por el demandado.

Recuérdese aquí que la a quo no se expidió sobre la procedencia de la defensa interpuesta por considerar que no incluyó el *thema decidendum*, en tanto no se corrió traslado de la misma al actor.

b) Se quejó el accionado en tanto consideró que cumplió con su deber de plantear la cuestión y que no podían imponérsele las consecuencias de un yerro u omisión del tribunal.

En primer término debe decirse que, sin perjuicio del criterio vertido por esta Sala convalidando el traslado al actor a fin de posibilitar su derecho a la defensa en juicio y el resguardo del debido proceso –en tal sentido “Marina Jorge Luis c/MAPFRE Argentina Seguros SA y otro s/ordinario” del 30/04/2013-; tal decisión no importa negar validez a la defensa opuesta y cuyo traslado fuera omitido por el tribunal, en tanto la ausencia de regulación expresa en el Código Procesal en cuanto al trámite que debe otorgarse a las defensas que no revisten el carácter de excepciones previas ha generado divergentes posturas en doctrina (vgr. Kielmanovich, Jorge L., “¿Puede replicarse una defensa de fondo?”, LL 1987-E-1, CNFed. Contencioso Administrativo, Sala I, 19/3/87, “Normatic SA c/Dirección General de Fabricaciones Militares”, LL. 1987-E, 1).

c) Al contestar demanda, el accionado postuló la extemporaneidad del reclamo referido a las comisiones devengadas con anterioridad al mes de abril del 2004 en tanto habría transcurrido el plazo de 4 años fijado en el art. 847 CCom.

Ciertamente la detenida lectura del escrito de inicio da por tierra la versión que la defendida plasmó en su escrito de responde desde que no es posible concluir que la actora mediante la promoción de esta causa persiguiera el cobro de facturas y la percepción de comisiones adeudadas, sino más bien el cobro de una indemnización de los daños y perjuicios por incumplimiento contractual y los derivados de la resolución del contrato por exclusiva culpa de la accionada.

En efecto, nótese que tras indicar que pretendía que se condenase a su contraria al pago de \$ 3.341.272,83, se exployó sobre los caracteres del contrato y los incumplimientos en que incurrió la empresa fabricante aprovechando de su posición dominante y, de seguido, enunció los rubros indemnizatorios pretendidos.

En el escenario descripto no es posible sostener que la parte actora acumulara dos reclamos de diferente naturaleza en un solo proceso. En mi opinión, es claro que requirió concretamente la reparación integral de los daños que padeció como consecuencia de los incumplimientos y el obrar abusivo que desplegó La Salteña a lo largo de la relación, entre los

que cupo incluir las diferencia en las comisiones abonadas –en tanto gravitaron negativamente sobre su patrimonio-.

Por tanto, el plazo de prescripción decenal –que comenzó a correr al finalizar el vínculo- no había expirado a la fecha de promoción de esta demanda. Ergo, corresponde desestimar la queja.

3. Ahora bien respecto de la queja del demandado en punto al “erróneo” cálculo del actor en su escrito de inicio, el mismo habrá de ser rechazado. Es que al dictar sentencia la magistrada admitió el rubro por el monto determinado por la perito (sin actualización) que – conforme fuera constatado por esta Alzada-, asciende a la suma de \$ 518.292,07, y no aquél denunciado por el actor en su escrito de inicio.

Ergo, los agravios serán desestimados con el efecto de confirmar cuanto fue decidido en la sentencia de grado.

B. Ventas directas y descuentos indebidos

1. Habiéndose tratado en el apartado II. E. 2. las quejas vertidas por este concepto, solamente se analizarán aquí aquellas cuestiones que hacen a la estimación del daño sufrido.

2. Se quejaron ambos contendientes del diferimiento que hizo la a quo de la cuantificación del rubro para la etapa de ejecución de sentencia con el auxilio de un nuevo experto contable.

Por su parte el actor agregó que debía revisarse también el decisorio en tanto omitió pronunciarse sobre los descuentos por devoluciones de mercadería.

Si bien es cierto que como principio, cuando como en el caso existe prueba pericial que aporta a la solución del litigio, el tribunal debe favorecer la práctica de la misma y acordarle preeminencia sobre los restantes medios, con arreglo a los métodos más seguros que se conozcan al momento, y atenerse sobre tales premisas a sus resultados cuando ningún otro elemento conocido permita dudar seriamente de la solvencia de los estudios, sin perder de vista la prueba indiciaria en tal contexto (Jorge L. Kielmanovich, “Teoría de la prueba y medios probatorios”, Tercera edición ampliada y actualizada, ed. Rubinzal – Culzoni, pág. 82 y ss., Buenos Aires, 2004); y que, para efectuar un apartamiento del dictamen pericial contable, es necesaria la existencia de otros elementos en la causa que permitan concluir el error o el inadecuado uso de los conocimientos técnicos aplicados por el experto (CNCom, Sala B, 25.06.87 “Urbano Raúl c/ García Omar”).

También lo es que la ley no prefiere ni la admisibilidad ni la fuerza probatoria de cada uno de los medios de prueba, labor que queda decididamente librada al criterio y convicción de cada magistrado (ST San Luis, 1996/09/03, L.R. y otro, DJ 1997-2-617).

El juez debe valorar o apreciar esas pruebas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, para saber cuál es la fuerza de convicción que contienen y si gracias a ella puede formar su convicción sobre los hechos que interesan al proceso (Devis Echandía, Hernando, Teoría General del Proceso, Tomo II, Editorial Universidad, Bs. As., 1984, p. 208).

3. Considero que en el caso la decisión de la magistrada –que implicó un apartamiento del dictamen pericial- no se debió a un mero capricho sino a una decisión fundada en el dudoso entendimiento de la perito sobre algunos puntos de pericia –en particular el relacionado con el rubro aquí evaluado-.

Véase que la juez manifestó: “de la prueba colectada en este juicio no surge clara y concretamente los montos por los cuales la demandada realizó ventas directas, como así tampoco cuál de todas las mercaderías devueltas y descontadas al actor correspondieron a operaciones realizadas directamente por La Salteña. (...) los puntos de pericia 13 y 14 ofrecidos por el actor nada aportan desde que –y sin perjuicio de destacar la deficiente formulación de los puntos, en particular del 13- la perito contestó teniendo en cuenta “las cantidades vendidas por la actora” lo cual, por sí solo erige la ineficacia de su conclusión, pues lo que debía determinar –y no lo hizo- eran aquellas ventas que había realizado La Salteña sin intervención de Salvador Canoura. (...) No obstante ello, en tanto no hay duda en relación a la existencia de ventas directas, diferiré la determinación del quantum para la etapa de ejecución de sentencia...” (v. fs. 7045 y vta.).

Fueron los propios litigantes en sus contundentes impugnaciones quienes pusieron en evidencia los defectos de la pericia y su falta de claridad a la hora de evaluar los puntos solicitados (v. fs. 6367/6373 y 6392/6400),

-impugnaciones que no fueron contestadas en forma clara por la experta quien se limitó a reiterar cuanto fuera expuesto en su dictamen inicial-, por lo que pretender la aplicación de lo allí decidido, como lo hace el actor, resulta cuanto menos contradictorio.

4. Ahora bien, en punto a las devoluciones indebidas, estimo que la omisión de la a quo de integrarla al decisorio no se debió a un desconocimiento de su existencia, sino a un mero error que habrá de ser subsanado en esta oportunidad.

5. Por ende, teniendo en cuenta que la solución propiciada en la instancia anterior resulta acorde a los principios de justicia y equidad, estimo que los agravios vertidos deberán ser desestimados, confirmándose el diferimiento de los rubros para la etapa de liquidación y a cargo de un nuevo experto contable, bajo las pautas sugeridas a fs. 7045vta., con la salvedad de que a la indemnización así calculada deberán también adicionarse las sumas erróneamente descontadas por devoluciones de mercaderías en cuya comercialización no intervino el Sr. Canoura.

C. Lucro cesante

1. La parte actora solicitó se condene a LASA al pago del promedio de las utilidades obtenidas por la distribución mayorista durante el año anterior a la resolución del contrato (sin los descuentos comisionales aplicados unilateralmente) multiplicada por 35 meses –ello a razón de un mes por año de relación-.

Previamente la parte adujo que debía interpretarse al contrato como de tiempo indeterminado por las perspectivas de continuidad existentes.

2. Pues bien, conforme es sabido, el lucro cesante es la ganancia o utilidad que ha dejado de percibir el acreedor con motivo del incumplimiento (conf. Borda, “Tratado de Derecho Civil Argentino - Obligaciones”, Perrot, Bs. As., 1967, T. I, pág. 125).

De Cupis, en su obra “El daño”, dice que si el objeto del daño es un interés actual, o sea, el interés relativo a un bien que ya corresponde a una persona en el instante en que el daño se ha ocasionado, se tiene un daño emergente; pero, si por el contrario, el objeto del daño es un interés futuro, es decir, el interés relativo a un bien que todavía no corresponde a una persona, se tiene un daño lucro cesante (De Cupis A., “El Daño”, N° 38, págs. 312/313).

En ese sentido, el art. 1069 del Cód. Civ. reza “El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido sino también la ganancia de que fue privado el damnificado...”. Por ello, determinar su contenido, es decir el íntegro quantum que lo compone, resulta de fundamental importancia, ya que ese contenido del daño comprende lo que se conoce con el nombre tradicional de daño emergente y lucro cesante (Belluscio-Zannoni, “Código Civil...”, T. 2, pág. 718, con cita de De Cupis; esta Sala voto del doctor Ojea Quintana en autos: “Diagnóstico Médico SA, c/ Quatro Latina SA, s/ ordinario”, del 21.5.2015).

Si bien ninguna duda cabe a este tribunal sobre la procedencia de una indemnización por lucro cesante –en tanto el vínculo finiquitó por incumplimientos imputables a la fabricante-, sí existen ciertas dudas en cuanto a la forma de cálculo propuesta por el accionante. Sobre este punto, LASA manifestó en la contestación de agravios de fs. 7103/7120 que de proceder la indemnización debía hacerse de acuerdo a cierta jurisprudencia que limitaba el reclamo a la utilidad neta del último año y por un mes por año de vigencia con un límite de 3 meses.

3. En primer término se impone, entonces, la necesidad de pronunciarse respecto a la existencia o inexistencia de un contrato por tiempo indeterminado.

La duración del contrato constituye un parámetro de ponderación que proyecta efectos en dos direcciones divergentes: la primera, en orden a las ganancias obtenidas durante la vigencia del contrato y su aptitud para atenuar los efectos perjudiciales de la extinción, cuando ésta lleva ínsita la posibilidad de decidirse en cualquier tiempo; la otra, vinculada con la relación entre esas utilidades y la frustración de la expectativa a su obtención durante un lapso posterior a la resolución.

A fin de dilucidar cual fue la duración de la relación entre las partes habrá de tenerse en cuenta la distinción realizada en punto a la doble faz de la relación, ya que la antigüedad del contrato sólo podrá computarse desde el inicio de la relación con los Supermercados –esto siempre y cuando haya existido en el caso un contrato de tiempo indeterminado-.

Considero que, de acuerdo a las constancias acompañadas con el inicio de demanda, la relación del Sr. Canoura con los Supermercados – actuando como distribuidor de La Salteña- tuvo inicio, cuanto menos, en el año 1983. En el punto 8 de la pericial contable al expedirse sobre las bocas de expendio atendidas por Salvador Canoura con anterioridad a la firma del

convenio la experta se remitió a la documentación acompañada por la actora en su demanda como anexos 3 y 4 (en sus distintos apartados), entre los cuales obran ciertas listas de precios y notas al Hipermercado Jumbo con el membrete de La Salteña y con el sello del actor que no fueron desconocidas ni negadas por la demandada en su escrito de contestación, - siendo la de mayor antigüedad una del año 1983 (v. fs. 74).

4. Conforme expuse en el apartado I de este decisorio el contrato de OP firmado por las partes en el año 1998 no fue más que una forma de instrumentar la relación existente entre las partes que alteró la forma en que se realizaría la facturación y los márgenes comisionales, al mismo tiempo que plasmó por escrito las condiciones sobre vigencia, renovación, rescisión, entre otros deberes y obligaciones de las partes.

Si bien no se omite que el convenio dispuso un plazo de duración explícito y fijó, asimismo, las condiciones a cumplir para su renovación, lo cierto es que en los hechos dichas cláusulas no fueron aplicadas ni cumplidas por las partes. Es que ante el vencimiento del convenio en la fecha estipulada –el 03/06/2003- las partes continuaron en la ejecución del convenio sin mediar negociación alguna o manifestación expresa que haga operativa la cláusula 9°.

Por otro lado, mediante la CD del 01/04/2008 tampoco se manifestó en forma clara la voluntad de LASA de tener por finalizado el contrato, ni se aguardó a que venciera el plazo otorgado para tenerlo por concluido –como se desprendería de la cláusula 9°-, sino que simplemente ofreció al actor la continuación del contrato por otro año bajo distintas pautas comisionales.

Bajo tal óptica, dentro del contexto en que se desarrollaron las relaciones habidas entre los aquí contendientes, me encuentro persuadido de que no obstante la existencia de un plazo cierto y determinado de vigencia consignado en el contrato de OP, existía entre los contratantes una relación estable, preexistente y permanente, que habilita a concluir a favor de la existencia de una relación por tiempo indeterminado (En este sentido, CNCom., Sala B Marquines y Perotta c /Esso SAPA” 11/04/1995).

5. Recuérdese aquí que el presupuesto del resarcimiento que ha sido reconocido a los contratos de duración, es la existencia de una relación continuada y duradera dentro de un marco contractual en el cual una de las partes se ha visto obligada a montar una significativa estructura empresarial para cumplir con las prestaciones que esa relación demandaba y luego repentinamente se encontró con que esa relación de la que dependía había concluido (CNCom., Sala A, “Halbide Jorge c/Serenity SA s/ord.” 13/12/2007), circunstancias que se verificaron en el caso.

Así las cosas, el lucro cesante se configura como una indemnización sustitutiva del preaviso que, si bien no pudo ser otorgado por LASA por haber sido la parte distribuidora la que puso fin al convenio, resulta procedente en tanto la finalización del vínculo respondió a una repentina presión ejercida por la fabricante al pretender imponer una abusiva modificación en las prestaciones pactadas (v. CD. del 01/04/2008 a fs. 5848) dentro del plazo garantizado al distribuidor para manifestarse respecto de la continuación del contrato.

6. Con prescindencia de dejar sentado que la fijación de un período estimado como suficiente a los fines que aquí se consideran exhibe un alto grado de discrecionalidad, lo cierto es que las circunstancias que enmarcan el conflicto de intereses evidenciado en estas actuaciones me convencen que el lapso de un año resulta suficiente y adecuado para permitir la reorganización de los recursos o, en su caso, la liquidación de la empresa del Sr. Canoura.

También aprecio adecuado admitir cuanto fuera pedido por la demandada y determinar que la indemnización se estime sobre la base de las utilidades netas de la empresa, mas ellas habrán de calcularse sin los descuentos unilateralmente aplicados por LASA a las comisiones pautadas – ver en este aspecto apartado III. A. precedente-. Es que, en términos económicos la ganancia es justamente la porción que se percibe efectivamente el empresario luego de deducidos los gastos que conlleva la realización de cualquier actividad comercial, lo contrario, importaría tanto como soslayar que en el ejercicio de su actividad la actora ninguna erogación debió afrontar (véase, CNCom., Sala C, voto del Dr. Monti en autos: “Rivas Rosa Graciela c/ Grimoldi SA s/ ordinario”, 10/10/2003).

En estas condiciones, estimo que será menester a los fines de determinar el quantum, la designación de un nuevo experto contable quien deberá practicar oportuna liquidación. Tal solución se impone en tanto no ha sido claramente dilucidada cual fue la utilidad neta del año previo a la finalización del contrato sin los descuentos unilateralmente aplicados en tanto:

a) Conforme al punto 15 de la actora lo que se calculó es la ganancia promedio – que no es más que un promedio de las comisiones abonadas durante ese año-, sin descontar los gastos y erogaciones que su actividad generaba.

b) El punto vi de la demanda calcula la utilidad neta promedio para el año 2007 mas omite adicionar los descuentos unilaterales efectuados.

El rubro en cuestión devengará intereses desde el 01/04/2008 – fecha de la CD que inició el intercambio epistolar que derivó en la resolución del contrato- y hasta el efectivo pago, que deberán liquidarse desde la fecha de la demanda y hasta el efectivo pago, a la tasa activa que fija el Banco de la Nación para sus operaciones de descuento a 30 días (cfr. esta Sala, “Berrio, Gustavo Osvaldo y otro c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros

S.A. s/ ordinario”, del 15.12.16; “Papa Raul Antonio c/ Smg Compañía Argentina de seguros S.A. s/ ordinario”, del 20.10.16; “Echeverría Dante c/ Provincia Seguros S.A. s/ ordinario”, del 27.10.16; “A.H. Llamas y Cía S.A. y otro c/ RPB S.A. s/ Ordinario” del 12/5/16).

D. Reclamo por facturas impagas

La demandada recurrió la decisión de grado en cuanto admitió el reclamo por las facturas impagas. Postuló que no correspondía a su parte la prueba de la veracidad de las facturas emitidas, sino al actor, quien no exhibió la documentación contable que respaldara las facturas emitidas.

La magistrada había decidido la admisión del rubro en tanto la demandada no probó haber cancelado las comisiones por los meses de abril y mayo de 2008, las cuales debieron devengarse necesariamente de la prestación de servicios.

Adelanto que coincido con la solución apelada.

Ninguna duda cabe sobre la procedencia del cobro de comisiones por el trabajo realizado, por ende, el rechazo que se haga de las facturas tendientes a hacerlo efectivo debe ser debidamente fundado y acreditado, lo que no ocurrió en el caso.

Recuérdase que sobre el particular la Alzada de este fuero ha sostenido en reiteradas oportunidades que la irrestricta negativa de la demandada sobre los extremos en que se funda la demanda puede presentarse como un proceder contrario a la regla de la buena fe, según la cual es dable exigir frente a afirmaciones concretas del actor al menos una explicación fundada (CNCom., Sala D, 26/08/1999, “Palermo Autopartes SRL c/Julián Álvarez Automotores SA s/ordinario”); pues no es suficiente como principio una cómoda negativa que comúnmente sólo tiende a poner a cargo de la contraparte la prueba de los extremos que por un elemental deber de lealtad en el proceso, corresponde sean inicialmente propuestos por las partes con claridad y veracidad.

Mediante la CD del 12/05/2008 La Salteña rechazó las facturas n° 0001-00023567 y 0001-00023568 de fecha 08/05/2008 “por cuanto el importe que surge de las mismas no se corresponde con la venta neta realizada por La Salteña durante el mes de abril de 2008 a los clientes a los cuales le realiza la operación logística”(v. fs. 5841).

Tal como apuntó la a quo “nótese que el rechazo del importe facturado no vino acompañado por el cálculo de las comisiones que, a criterio de la demandada hubiesen correspondido, ni mucho menos ofreció la accionada prueba para acreditar la correcta cuantía de lo que debía” (v. fs. 7046).

Idéntica actitud fue adoptada al contestar demanda, oportunidad en que planteó, también, la existencia de cierta deuda de Canoura a la fecha de finalización del contrato que conllevaba a la aplicación de la excepción del CCiv. 1201.

Ninguno de los argumentos esbozados por la accionada fueron probados en estos autos. Pese a la producción de prueba pericial contable sobre sus propios libros la demandada omitió elaborar punto alguno tendiente a verificar su versión.

Como es sabido, las modernas tendencias probatorias han aceptado, como línea de principio, que ambas partes deben contribuir a conformar el plexo probatorio, llegándose a sostener que el favor probationis o la “Teoría de las cargas dinámicas” se inclina -más allá de todo elemento presuncional- por poner la carga de la acreditación sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo.

Superándose el sistema de las reglas clásicas absolutas -estáticas- en la materia, poniéndose en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla; sin preceptos rígidos en la búsqueda de la solución justa, según las circunstancias de cada

causa (v. Peyrano, Jorge y Chiappini, Julio, “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, ED. 107-1005), doctrina que puede entenderse asumida por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, al señalar la necesidad de “valorar la conducta asumida por las partes en el proceso” (fallos 311:73) y “que las reglas atinentes a la carga de la prueba, deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, a los efectos de dar primacía -por sobre la interpretación de las normas procesales- a la verdad jurídica objetiva, de modo que el esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal” (C.S.J.N., “Gallis de Mazzucci, Luisa c/ Correa, Miguel y otro” del 6.2.2001, LL 2001- C, 959).

Debe resaltarse, asimismo, que es natural que la tramitación de la causa exija de las partes un mínimo de actividad que compruebe su real interés en demostrar su derecho (deber de colaboración), por aquel criterio que informa que la lealtad, probidad y buena fe deben presidir la actuación de los contendientes en el proceso, y que les previene asimismo del deber moral de contribuir al esclarecimiento de la verdad y colaborar con el órgano jurisdiccional (esta Sala, 11.08.2011, “Mancinelli Juan Carlos c/Siemens IT Solutions and Services S.A. s/ordinario”).

En estas condiciones, el agravio será rechazado.

E. Clientela

Con carácter liminar interesa recordar que la doctrina define a la clientela como el flujo de adquirentes de servicios o bienes producidos por la hacienda, flujo que tiene su causa en el avviamento (es decir, esa cualidad o virtud que le permite al establecimiento producir superutilidades y sostener la esperanza de continuar produciéndolas en una época futura), en tanto y en cuanto la hacienda sea explotada (Ascarelli, Tulio *Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil*, Ed. Bosch, año 1974, p. 292). Para Rotondi la clientela es “el conjunto de personas que, de hecho, mantiene con la casa de comercio relaciones continuas” (ya sea por la comodidad, por la organización, la calidad de la atención del establecimiento) “por demanda de bienes o de servicios”.

Los clientes son el conjunto de personas (de existencia visible o ideal, indistintamente) relativamente homogéneo y coherente que consumen (en forma personal, por intermedio de terceros –corredores, comisionistas, etc.- o inclusive por correspondencia) los bienes o servicios que constituyen el giro comercial del fondo, y puede tratarse tanto de clientela habitual (normalmente construida a partir de las cualidades organizativas del establecimiento comercial –atención al público- y su prestigio –calidad de sus productos o servicios-) o también clientela ocasional (vinculada a la ubicación del local y al giro comercial específico –bares, restaurantes, etc.), dependiente de este elemento la rentabilidad inmediata de la empresa.

La clientela, elemento del fondo, es al mismo tiempo un valor resultante de las relaciones existentes entre el fondo de comercio y las personas que en él compran bienes o servicios y una facultad que posee la explotación para atraer y retener a los compradores. Tiene, entonces, dos perfiles: el consumidor habitual y el ocasional o potencial (Guyenot, Jean, *Derecho Comercial*, Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa América, Bs. As., 1975, p. 312).

Como varios de los otros, también el elemento “clientela” es complejo y de tratamiento conflictivo, mayormente a causas de la imposibilidad de establecer un concepto unívoco a su alrededor; algunos autores lo identifican con el valor llave, mientras que otros señalan –acertadamente creemos- que es apenas uno –aunque de gran importancia- de los elementos que concurren a formar el valor llave del establecimiento.

El crédito (avviamento) del establecimiento, es una cualidad, causa y efecto de la clientela; refiere a la posición que el fondo de comercio obtenga en el mercado (Ascarelli, Tulio, *Panorama del Derecho Comercial*, Depalma, Bs. As., 1949, p. 140) y que, expresa o tácitamente, el agente debe mantener, mediante la abstención de conductas dañinas de la imagen o prestigio del principal.

La inclusión de la clientela dentro del valor llave o su identificación con el concepto –tal como postuló el demandante- en nada influye en el caso particular en tanto no se ha formalizado un reclamo por ambos rubros sino solo por el de clientela.

En el caso particular no nos encontramos ante una clientela difusa y de difícil determinación, como sucede cuando la clientela consiste en consumidores finales indeterminados, sino en una taxativa clientela reconocida en forma expresa por el contrato, cuya incorporación como clientes trajo aparejado una serie de erogaciones reconocidas

contractualmente –en su realización mas no en su monto- y acreditada mediante diversos medios probatorios.

El considerando primero del contrato manifiesta la intención de La Salteña de “contratar los servicios del OPERADOR LOGÍSTICO a los efectos de las operaciones de entrega de los productos a los clientes detallados en el anexo I” tras una explicación de la relación contractual que vinculaba a las partes –transcriptas anteriormente- el considerando quinto reconoce que “a los efectos de iniciar la relación contractual entre el OPERADOR

LOGÍSTICO y determinadas bocas de Supermercados y/o Hipermercados resultó necesario el abonar determinadas sumas de dinero que permitieran iniciar la comercialización en cada una de esas bocas, o adquirirlas de anteriores comerciantes mayoristas”.

De la detenida lectura de estas cláusulas resulta claro –a mi entender- el reconocimiento de la clientela adquirida por el operador logístico como requisito para operar con las bocas de los supermercados, conclusión que se ve reforzada por las restantes pruebas producidas, esto es: contestaciones de oficio, pericia y testimonios, entre los cuales considero oportuno mencionar:

a) El Sr. Kumichel al contestar el pedido de información a fs. 5959 dijo que “Por las bocas de expendio adquiridas se ha abonado la suma de U\$S 20.000”,

b) El Sr. Abascal a fs. 5889 explicó los descuentos que debían realizar a los supermercados y la entrega de mercadería sin cargo otorgada a los fines de adquirir cada boca de expendio;

c) El Sr. Araya informó que “yo personalmente hice como cliente a Carrefour en el año 1980 aproximadamente, luego incorporé más bocas de la misma cadena de supermercados (...) por cada boca de expendio en concepto de apertura se abonó la suma de \$ pesos/dólares estadounidenses U\$S 40.000 cada una” (v. fs. 5891);

d) El Sr. Zazzarino, a fs. 5933/5937, ex gerente de ALIJOR – empresa asociada a La Salteña- declaró que “de acuerdo a los sistemas implementados por las compañías era dueño de los clientes como fondo de comercio (...) el Sr. Canoura acordaba y negociaba los pagos o apertura de boca de supermercado”;

e) La Sra. Martinez, ex empleada de otro distribuidor de LASA se pronunció en idéntico sentido diciendo que “Las negociaciones para obtener a los supermercados como clientes lo realizaban los distribuidores, quienes invertían –dinero y mercadería- cuando se abría alguna sucursal o había alguna promoción” (v. fs. 5944) (en similares términos se pronunciaron los testigos Henderson –v. fs- 5981/5921 y Busatto a fs. 6007 y ss.);

f) Los puntos 8, 9 y 10 de la pericia contable detalla las bocas adquiridas por el Sr. Canoura y el costo de adquisición de las mismas.

g) Finalmente, el testigo Cariati manifestó al ser cuestionado sobre como hacía Canoura para venderle a los supermercados que “CANOURA ya tenía bocas de expendio” (v. fs. 6658).

En virtud de lo expuesto habrá de confirmarse el decisorio en cuanto admitió el reclamo, sin embargo su quantum se encuentra recurrido por la accionante, quien adujo que la forma dispuesta para la indemnización – que implicaba promediar las comisiones percibidas durante los últimos 5 años- resultaba de una improcedente aplicación de las normas del CCYC y que omitía la realidad económica del país y la inflación vivida.

Seguidamente, solicitó que la indemnización se imponga en base a la comisión bruta del último año de servicios prestados –sin la reducción en las comisiones-, y que aquel monto sea multiplicado por 18 meses –uno por boca de su titularidad-. También se agravio aquí del diferimiento de la cuantificación del rubro y solicitó se condene al pago de la suma reclamada.

En primer término cabe destacar que la demandada nada dijo en punto a los usos y costumbres del comercio para calcular el rubro, ni propuso un cálculo distinto –más allá de plantear en su contestación de demanda que éste debía hacerse sobre la utilidad neta-.

Asimismo, estimo pertinente dejar a salvo que la aplicación de las nuevas modificaciones que pudiera haber introducido el Código Civil y Comercial de la Nación en la materia no es procedente.

Ello así toda vez que, de aplicarse las disposiciones contenidas en ese Código se vería afectado el principio de irretroactividad de las leyes consagrado por el art. 7 del mismo cuerpo legal, pues de otro modo se alterarían los efectos de una relación jurídica, ya producidos antes

de que el nuevo Código se hallase en vigencia, volviendo sobre una relación o situación jurídica ya constituida anteriormente con efectos jurídicos propios en el pasado, atribuyendo efectos que antes no tenían a actos jurídicos, por la vinculación de esos actos con un período de tiempo anterior a la vigencia de la ley (ver en este punto mi voto en esta Sala, “Escobar SACIFI c/Ford Argentina SCA s/ordinario” del 19/05/2016, y su remisión a: CNCom, Sala A, “Equity Trust Company (Arg) c/Canabeta Hugo Osvaldo s/Ejecución prendaria”, 02/09/2015, y “Banegas Oscar Roberto s/Quiebra”, 15/09/2015, que hube replicado al sentenciar en la causa “Ospital Carlos R. C/Francisco Osvaldo Díaz SA y otros s/ordinario” del 01/12/2015).

En estas condiciones, no siendo aplicable el precepto del art. 1497 CCyC, estimo justo el planteo de la recurrente, en cuanto estimar el promedio en base a las utilidades de los últimos 5 años resultaría sumamente gravoso en el contexto inflacionario del país.

Ahora bien, estimo prudente dejar a salvo que la remisión hecha por la a quo a las pautas de la norma referida no importaron una indebida aplicación retroactiva de la ley, sino una mera referencia al criterio allí aludido con el que ella coincidía.

Por otro lado, estimo razonable el pedido de Canoura de multiplicar el promedio obtenido –que deberá elaborarse sobre las utilidades netas tal como expuse al pronunciarme sobre el lucro cesante- por 18, en la medida en que el número no resulta antojadizo sino que responde a la cantidad de bocas que adquirió durante la relación, de lo contrario se estaría convalidando un enriquecimiento indebido a favor del demandado, que no está permitido por nuestro derecho.

Corolario de lo expuesto, corresponde modificar la sentencia de grado y determinar que la indemnización por clientela habrá de calcularse en base a la utilidad neta promedio del último año de servicios prestados multiplicado por 18 meses.

F. Daño moral

Solicitó el actor la indemnización por el daño moral padecido.

Recuérdese que ha sido reiteradamente juzgado que el agravio moral importa una lesión a las afecciones legítimas; entre otras, la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad psíquica, los afectos familiares, etc. (conf. CNCom., Sala B, “Katsikaris A. c/La Inmobiliaria Cía. de Seguros, s/ord.”, 12/08/86). No se reduce al pretium doloris, pues involucra todo daño a intereses jurídicos extrapatrimoniales (conf. CNCom, Sala B, “Galán Teresa c/Transportes Automotores Riachuelo SA s/sumario”, 16/03/99). Se trata de una lesión susceptible de causar lo que una aguda fórmula ha llamado “modificaciones disvaliosas del espíritu” (Pizarro, Daniel, Reflexiones en torno al daño moral y su reparación, JA del 17/09/86, pág. 6 y doctrina allí citada).

Sobre este tópico no deben olvidarse las enseñanzas de Von Ihering, que se pronunció por la afirmativa, sosteniendo que cualquier interés, aunque sea moral, es merecedor de protección por parte del derecho; agregando que no es razón para dejar sin reparación al titular del derecho afectado, la circunstancia de que éste no resulte apreciable en dinero. El dinero no siempre cumple una función de equivalencia, ya que ésta sólo se da cuando se trata de prestaciones de contenido patrimonial; en los demás casos cumple una función satisfactoria, posibilitando al titular del derecho violado la obtención de otros goces o sensaciones agradables o placenteras que lo distraigan y le hagan o mitiguen los padecimientos sufridos” (Ihering, Rudolph Von, “De l’interet dans les contrats et de la prétendue nécessité de la valeur patrimoniale des prestations obligatoires”, en Oeuvres choisies por O. de Meulenaere, Chevalier-Maresq et Cie. Edit., París, 1893, T. II, especialmente p. 178 y ss., cit. en “Tratado de la Responsabilidad Civil”, Trigo Represa, Félix A. López Mesa, Marcelo J. Ed. LLBA 2004. T. I, p. 482).

La doctrina apunta como presupuestos del daño moral que sea cierto, personal del accionante, y derivar de la lesión a un interés suyo no ilegítimo y que el reclamante se vea legitimado sustancialmente, lo que ocurre en el sub lite.

Ello así, propicio receptar la queja esbozada por el accionante y, consecuentemente, hacer lugar a la reparación pretendida. El carácter restrictivo que la jurisprudencia asigna a la reparación de esta clase de daño en materia contractual, tiende esencialmente a excluir de este ámbito las pretensiones insustanciales, basadas en las simples molestias que pueda ocasionar el incumplimiento del contrato (conf. Guillermo A. Borda, La reforma del 1968 al Código Civil, p. 203; Ed. Perrot, Bs. As., 1971). Sin embargo esa razonable restricción no puede erigirse en un obstáculo insalvable para el reconocimiento del agravio moral cuando el reclamo tiene visos de seriedad suficientes y encuentra base sólida en los antecedentes de la

causa (conf. CNCom, Sala C, “Giorgetti Hector R. y otro c/Georgalos Hnos. S.A.I.C.A. s/ord”, 30/06/93; id., “Mirk Olga Beatriz c/Caja de Seguros SA s/ord.”, 29/05/07).

Es perceptible el daño padecido por la demandante en tanto la conclusión del contrato fue consecuencia del abusivo obrar de la demandada e implicó la pérdida de la principal fuente de ingresos del actor y una merma en su nivel de vida (v. testimonios de fs. 5918/5921, 5151/5153, entre otros). Tal frustránea situación sin lugar a duda trajo aparejados sinsabor, ansiedad y molestias que trascendieron la normal adversidad que el actor debía afrontar en su vida cotidiana.

En relación a la cuantía del concepto indemnizatorio aquí examinado, juzgo razonable fijar la indemnización –a la fecha de este pronunciamiento- por este concepto en la suma de \$ 125.000 (conforme la previsión del cpr. 165).

De otro lado y teniendo en cuenta que conforme copiosa jurisprudencia del fuero los accesorios correspondientes a los rubros indemnizatorios deben liquidarse, como principio, desde el día en que se produjo cada perjuicio objeto de reparación, de conformidad con el criterio establecido en un legendario fallo plenario de la CNCiv., in re “Gómez, Esteban c/ Empresa Nac. de Transportes” (LL 92-667), teniendo en consideración las particulares circunstancias de cada caso (CNCom, Sala C, “Dante Marcela Claudia c/ Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. s/ ordinario”, del 4/3/2008; esta Sala, 22.04.2010, “Farenga Juan Antonio y otro, c/ Banco Río de La Plata SA, s/ sumarísimo”), procede ordenar el devengamiento de intereses sobre la indemnización fijada, a una tasa pura correlativa del 6% desde la fecha de promoción de la demanda y hasta la fecha de este pronunciamiento (tal como me he pronunciado con anterioridad, y en concordancia con los argumentos vertidos en el precedente “Quintana Milciades Flora c/Nosis Laboratorio de Investigación y Desarrollo SA s/ord.”, del 10/09/2013, véanse mis votos en autos “Rivolta Miguel Angel c/BBVA Banco Francés SA s/ord” del 31/09/2013, “Pliner, Marta Perla c/La Nueva Coop. De Seguros Ltda. s/ord.” del 05/06/2014, entre otros).

Mas, en caso de no abonarse la condena dentro de los 10 días de quedar firme la presente, corresponderá aplicar intereses a la tasa que cobra el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones comunes de descuento a treinta días (cfr. los argumentos expuestos en “Moreno Constantino Nicasio c/Aseguradora Federal Argentina SA s/ord.” del 01/08/2013).

IV. Finalmente requirió la actora que se modifique la imposición de costas hecha en el orden causado.

En atención al modo en que ha sido resuelta la cuestión, las costas de ambas instancias serán soportadas por La Salteña SA. Es que, la condena en costa al vencido, constituye un resarcimiento que la ley conforme la prescripción contenida en el cpr. 68, reconoce al vencedor para sanear su patrimonio de los perjuicios que le ocasione el pleito. La misma debe ser entendida como reparación de los gastos razonables y justos, generados durante el devenir del proceso para accionar o para defenderse.

Por tanto, el vencimiento lleva consigo tal condena principio éste resultante de la aplicación de una directriz axiológica de sustancia procesal, en cuya virtualidad debe impedirse que la necesidad de servirse del proceso se convierta en daño (CNCom., Sala B, 28/3/89, “San Sebastián c/ Lande, Aron”); es decir, es una institución determinada por el supremo interés que el derecho cuyo reconocimiento debe transitar por los carriles del proceso, salga incólume de la discusión judicial (CNCom., Sala B, 12/10/89, “De la Cruz Gutiérrez, Graciela María, c/ Círculo de Inversores SA”; esta Sala, 11/10/11, “Koldobsky Liliana Estela c/ Koldobsky Carlos David s/ ordinario”; id., 10/07/12, “Galli, Horacio Alberto c/ Euroderm SRL, s/ ordinario”, id., 25/10/12, “Massa José Luis y Otro c/Standard Bank Argentina SA s/Amparo”, id., 14/03/2013, “Mielke Daniel Alberto c/Grove Felipe Rolando y otro s/ordinario”).

V. Conclusión

Por todo lo expuesto, si mi criterio fuera compartido por mi distinguida colega, propongo al Acuerdo: a) admitir, con los alcances vertidos en los apartados precedentes, las quejas vertidas por las partes; b) revocar la sentencia de grado en punto a la responsabilidad adjudicada por la ruptura del contrato; c) hacer lugar a las indemnizaciones pretendidas por los rubros lucro cesante y daño moral –v. apartados “IV. La solución” considerandos III. C y F- y consecuentemente condenar a La Salteña al pago de los montos ut supra determinados; d) confirmar la admisión de los restantes reclamos de acuerdo con las pautas apuntadas precedentemente; y e) imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (arg. art. cpr. 68).

Así voto.

Por los mismos fundamentos la Doctora Alejandra N. Tevez adhiere al voto del Doctor Rafael F. Barreiro

Con lo que terminó este Acuerdo que firmaron los señores Jueces de Cámara doctores: Alejandra N. Tevez Rafael F. Barreiro. Ante mí: María Florencia Estevarena (Secretaria)

Buenos Aires, 6 de junio de 2017.

Y Vistos:

I. Por los fundamentos expresados en el Acuerdo que antecede, se resuelve: a) admitir, con los alcances vertidos en los apartados precedentes, las quejas vertidas por las partes; b) revocar la sentencia de grado en punto a la responsabilidad adjudicada por la ruptura del contrato; c) hacer lugar a las indemnizaciones pretendidas por los rubros lucro cesante y daño moral –v. apartados “IV. La solución” considerandos III. C y F- y consecuentemente condenar a La Salteña al pago de los montos ut supra determinados; d) confirmar la admisión de los restantes reclamos de acuerdo con las pautas apuntadas precedentemente; y e) imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (arg. art. cpr. 68).

II. Notifíquese (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1° y N° 3/2015). Fecho, devuélvase a la instancia de grado.

Hágase saber la presente decisión a la Secretaría de Comunicación y Gobierno Abierto (cfr. Ley N° 26.856, art. 1; Ac. CSJN N° 15/13, N° 24/13 y N° 42/15).

Firman solo los suscriptos por encontrarse vacante la Vocalía N° 17 de esta Cámara (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).

Alejandra N. Tevez

Rafael F. Barreiro

María Florencia Estevarena Secretaria



§

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D(CNCom)(SalaD)

Fecha: 01/03/2016

Partes: Sola, Andrés Valentín c. Diageo Argentina S.A. s/ ordinario

Cita Online: AR/JUR/12070/2016

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 1 de 2016.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

El doctor Heredia dijo:

1º) El fallo de primera instancia —dictado a fs. 4053/4067— acogió parcialmente la demanda promovida por Andrés V. Sola y, consiguientemente, condenó a Diageo Argentina S.A. a pagar una suma a establecer en la etapa de ejecución de sentencia por peritos árbitros, más intereses. Asimismo, admitió la excepción de falta de legitimación pasiva que frente a la reconvenición de Diageo Argentina S.A. opusieron Javier Sola y Andrés M. Sola y, haciendo lugar a la contrademanda, condenó a Andrés V. Sola a pagarle a la reconviniente la suma de \$4.274.926,60, más intereses. Finalmente, declaró la compensabilidad de los créditos recíprocos que surgen de la demanda y de la reconvenición admitidas; y en cuanto a las costas —con la salvedad de las correspondientes a la mencionada excepción, que las impuso a la demandada y reconviniente— las distribuyó en el orden causado en las restantes relaciones procesales, difiriendo la regulación de honorarios.

En cuanto interesa destacar, la referida sentencia: I) tuvo por incuestionado que las partes se vincularon por un contrato de distribución a partir de diciembre de 1995, que se instrumentó el 25/09/1997 por un año, vencido el cual continuaron las partes ligadas por tiempo

indeterminado hasta que el 15/05/2008 la demandada comunicó al actor su decisión de rescindir a partir del 28/02/2009, lo que equivalía a darle un preaviso de 9 meses y medio;

II. también tuvo por incuestionado que ya iniciado el plazo de preaviso, el actor rescindió el contrato imputándole incumplimientos a la demandada; III) concluyó que el actor tenía una distribución “exclusiva” en su zona solamente con relación a ciertos canales (vinotecas, autoservicios, almacenes, bares, restaurantes, discotecas y otros comercio de consumo de botellas abiertas), pero no en supermercados e hipermercados; IV) juzgó a la relación contractual como de plazo “indeterminado”; V) afirmó que el actor no logró acreditar incumplimientos dolosos o abusivos de su contraria, como tampoco que Diageo Argentina S.A. hubiera adoptado conductas comerciales discriminatorias, y por consecuencia de ello descartó su reclamo por cobro de comisiones; VI) también rechazó los reclamos de la demanda por daño psíquico, reintegro de indemnizaciones por despido de personal y gastos relacionados; VII) en cambio, interpretó insuficiente el preaviso dado por la demandada al actor, entendiendo que se imponía uno de 12 meses toda vez que la relación contractual había durado 12 años y medio, razón por la cual admitió una indemnización por omisión de tres meses; VIII) asimismo, acogió el reclamo del actor por indemnización de clientela, el que fijó en el equivalente a las ganancias netas correspondientes a otros tres meses; IX) difirió a la actuación de peritos árbitros la determinación del quantum correspondiente a los dos últimos rubros, teniendo en cuenta las utilidades netas percibidas por el actor.

2°) Los dos primeros agravios de la demandada se interrelacionan. Por ello, corresponde comenzar por el tratamiento conjunto de ambos.

(a) El primer agravio se refiere a la cuestión del derecho transitorio derivada de la puesta en vigor del Cód. Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN).

Al respecto, afirma la recurrente que la forma y medida del preaviso que otorgó para extinguir sin causa y unilateralmente el contrato de distribución por tiempo indeterminado que la vinculaba con el actor, se ajustó a las pautas jurisprudenciales vigentes en el momento de su envío. De acuerdo a esas pautas, dice, el preaviso fue suficiente y siendo la referida extinción contractual un hecho consumado con anterioridad a la entrada en vigencia del citado código unificado, sus normas no pueden ser invocadas para juzgarlo defectuoso o escaso, pues ello está vedado por el art. 7° de ese cuerpo legal, que sigue sustancialmente el criterio del art. 3° del Cód. Civil de 1869.

No se plantea en el caso stricto sensu una hipótesis de sucesión de leyes en el tiempo pues, si bien hoy el contrato de distribución se encuentra regulado por remisión al de concesión (art. 1511, inc. b, CCCN) el cual, a su vez, en orden a la rescisión unilateral si es por tiempo indeterminado, se rige por los arts. 1492 y 1493, CCCN, referentes al contrato de agencia (art. 1508, inc. a, CCCN), lo cierto es que ninguna de tales figuras contractuales estaba disciplinada por ley anterior alguna, ya que eran contratos innominados.

Lo que se plantea en el caso es, más bien, una hipótesis de nueva ley frente a una “situación jurídica concreta” anterior, entendiéndose esta última como la manera de ser derivada de un acto o de un hecho jurídico que ha hecho actuar, en provecho o en contra, las reglas de una institución jurídica, y la cual al mismo tiempo ha conferido efectivamente las ventajas y las obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución (conf. Bonnetcase, Julien, Tratado Elemental de Derecho Civil, Harla S.A., México, 1993, p. 81, n° 148).

Tal “situación jurídica concreta” es en el sub lite de fuente contractual y precedente al 01/08/2015 en que entró en vigor el nuevo Cód. Civil y Comercial de la Nación (art. 1, ley 27.077). Por lo tanto, todo lo relativo a su constitución, modificación y extinción, en la medida que como hechos tuvieron lugar con anterioridad a esa fecha, no se regulan por la ley nueva, pues a su respecto juega el principio de irretroactividad que lo impide (art. 7°, párrafo segundo, CCCN; Moisset de Espanés, L., Irretroactividad de la ley, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1976, ps. 17 y 23).

Particularmente, tratándose de contratos de duración indeterminada, las nuevas normas del código unificado que disciplinan la forma de ponerle fin, solamente podrían tener operatividad si la declaración de voluntad extintiva tiene lugar después de la indicada fecha del 01/08/2015, ya que el carácter imperativo de tales normas hace que sean de aplicación inmediata (conf. Heredia, P., El derecho transitorio en materia contractual, RCCyC, año 1, n° 1, julio 2015, ps. 12/13, cap. VIII-A).

Pero no siendo este último el caso, no es dudoso que las normas de la nueva ley que disciplinan el modo de extinguir los contratos, no podrían invocarse para juzgar si la declaración

extintiva hecha con anterioridad a su vigencia fue correcta o incorrecta. Lo contrario, implicaría una aplicación retroactiva de la ley que afecta derechos adquiridos, es decir, que afecta la aludida “situación jurídica concreta” que, como se dijo, con provecho o sin él, ha generado ventajas y obligaciones.

Tal es, valga observarlo, la solución interpretativa postulada por Paul Roubier, cuya doctrina, bien es sabido, fue fundamental en la reforma al art. 3 del Cód. Civil realizada por la ley 17.711 y lo es, desde ya, en la exégesis del art. 7, CCCN.

En efecto, de acuerdo al autor citado, la extinción del contrato cumplida íntegramente antes de la vigencia de la nueva ley (esto es, que no esté en curso de ejecución) como es el caso de autos, no puede quedar regida por dicha ley, pues no puede ella atacar situaciones anteriormente extinguidas, sin incurrir en retroactividad (conf. Roubier, P. *Le droit transitoire - Conflits des lois dans le temps*, Éditions Dalloz, Paris, 2008, p.185, n° 40). Así, sea que la ley nueva venga a suprimir un modo de extinción precedentemente admitido, sea que venga a aumentar el número de condiciones necesarias para esa extinción, o sea que modifique una o cualquiera de sus condiciones, en todos esos casos, habría aplicación retroactiva si la nueva ley viniera a impugnar la extinción regularmente operada de dicha situación jurídica (ob. cit., p. 197, n° 43).

Por cierto, la inaplicabilidad de la ley nueva también aparece a la hora de juzgar el incumplimiento del contrato y sus consecuencias, extremo que podría quedar configurado no sólo frente a la falta de ejecución de prestaciones, sino también cuando, por ejemplo, se procedió a una ilegítima resolución o rescisión. Es que el incumplimiento de la relación jurídica obligatoria nacida del contrato no es un efecto o consecuencia de esa relación, sino que es un “hecho modificatorio” y, como tal, se debe regir por la ley vigente en el momento en que el hecho se produce: no en el de la celebración del contrato, sino en el del incumplimiento (conf. Moisset de Espanés, L., ob. cit., p. 44; Heredia, P., ob. cit., p. 12, cap. VII). Naturalmente, los presupuestos esenciales de la responsabilidad civil contractual que el caso pudiera presentar, tampoco se regirían por la ley nueva (conf. Galdós, J., *La responsabilidad civil y el derecho transitorio*, LA LEY del 16/11/2015, cap. III, 2, a y b).

A la luz de lo expuesto, tiene razón la demandada cuando insiste en que la cuestión litigiosa no se examine de acuerdo a las soluciones que aprobó el Cód. Civil y Comercial de la Nación, especialmente si son modificatorias de criterios comúnmente aceptados con anterioridad bajo los cuales actuó.

(b) Sentado lo anterior, e ingresando en el segundo agravio de la demandada por el cual sostiene haber sido temporalmente suficiente el preaviso extintivo que dio a su adversaria, corresponde observar, ante todo, que con innegable racionalidad, esta alzada ha resuelto que los meses por los que debe ser formalizado el preaviso no se corresponden con exactitud numérica, ni con el número de años por el que se extendió la relación ni con el número de meses faltantes para concluir el período contractual, sino que el plazo de preaviso debe ser aquel que se estime suficiente para permitir la reinserción o reacomodamiento del distribuidor a la nueva situación creada (conf. CN Com. Sala C, 13/02/1998, “Tercal S.A. c. IBM Argentina S.A.”).

Es por ello mismo que en materia de contratos de comercialización, la jurisprudencia ha juzgado suficiente un preaviso de 12 meses para concluir un contrato que había durado 60 años (conf. CN Com. Sala C, 17/03/2006, “Org. Gómez Páez S.R.L. c. L’Oreal Argentina S.A.”); en uno de 47 años, validó un preaviso de 18 meses (conf. CN Com. Sala D, 22/05/2001, “José Morandería c. Nobleza Piccardo S.A.”); también de 18 meses para un contrato vigente por 40 años (CN Com. Sala D, 13/09/2009, “Donati Hnos. S.A. c. Renault de Argentina”); 6 meses para un contrato de 30 años (CN Com. Sala B, 04/12/2003, “Pandeb S.A. c. Massalin Particulares S.A.”); 10 meses con relación a un contrato que perduró 25 años (conf. CN Com. Sala 22/12/2009, “Automotores Valsecchic c. Autolatina S.A.”); 12 meses para un contrato de 24 años de vigencia (conf. CN Com. Sala B, 10/06/2004, “Godicer S.A. c. Cervecería Quilmes S.A.”); etc.

En otras palabras, la jurisprudencia de esta Cámara nunca avaló la idea, que sí abrazó el juez a quo con cita del art. 1492, CCCN (fs. 4028 vta.), de que a cada año de vigencia contractual le correspondía mecánicamente un mes de preaviso; y ciertamente, lo más que hizo fue, a fin de consagrar un criterio que brindara seguridad jurídica y previsibilidad para los operadores, aceptar en diversas ocasiones el del art. 1373, párrafo segundo, del Proyecto de Cód. Civil de 1998, que establecía la necesidad de un mes de preaviso por cada año de

duración del contrato “...hasta un máximo de seis meses...” (conf. CN Com. Sala C, 24/11/2005, “Gestido y Pastoriza S.H. c. Nobleza Piccardo S.A.”, LA LEY 20/06/2006, fallo n° 110.459; íd. 26/06/2009, “Editorial Ver S.A. c. DYS S.A. s/ sumario”; íd. Sala D, 09/02/2010, “Compañía Americana de Productos Industriales S.R.L. c. Aldoro Industrias de Pos e Pigmentos Metálicos Ltda. s/ ordinario”, LA LEY 2010-C, 114; entre otros). Cabe observar que el indicado límite de seis meses representa una solución comúnmente aceptada en el derecho comparado (conf. Directiva 86/653/CEE, art. 15, incs. 1° y 2°; Ley española n° 12/1992, art. 25, inc. 2°; Cód. Civil italiano, art. 1750), en el que incluso se observan expresiones más restrictivas (conf. Código de Comercio francés, art. 134-11: “...El plazo del preaviso será de un mes para el primer año de contrato, de dos meses para el segundo año comenzado, de tres meses para el tercer año comenzado y los años siguientes...”).

Ciertamente, en un contrato como el de autos que, desde su inicio en diciembre de 1995 hasta el día en que se preavisó su rescisión (fs. 201), llevaba ejecutándose algo más de 12 años, exigir un preaviso de 12 meses y reprochar a la demandada —como lo hizo el fallo recurrido— por haberlo dado por 9, equivale a la consagración de un criterio cuya aplicación maquinal puede conducir a resultados no valiosos, especialmente en contratos que hubieran durado varias décadas, ya que la parte promotora de la rescisión podría verse obligada a mantener, luego del preaviso extintivo, por un eventual prolongadísimo lapso la relación contractual que desea extinguir, quedando expuesta entretanto a los vaivenes de un co-contratante cuyo interés en el adecuado cumplimiento puede naturalmente decaer en conocimiento de la situación extintiva planteada. Si semejante posibilidad se validara jurisdiccionalmente, rápidamente se abriría la puerta para comportamientos contractuales abusivos, lo que debe evitarse.

A todo evento, ni siquiera una aplicación directa del art. 1492, CCCN (que en el caso no corresponde, según se ha visto) podría dar base a semejante escenario, ya que, es obvio, el preaviso extintivo exigido por la indicada norma debe siempre ser “razonable”, ni exiguo ni exorbitado, pues de lo que se trata es solo de dar suficiente tiempo al otro contratante para que pueda tomar todas las medidas necesarias para evitar los perjuicios que le ocasiona la ruptura brusca, vgr. búsqueda de un nuevo contratante o de una ocupación que sustituya la anterior; terminación de negocios pendientes; etc. Pero no más que ello (conf. Heredia, P., El contrato de agencia en el Cód. Civil y Comercial de la Nación, RCCyC, año 2, n° 7, febrero 2016, ps. 32/34, cap. XVI).

En este punto, cabe advertir que el señor Andrés V. Sola no acreditó en autos que el preaviso dado por la demandada hubiera sido exiguo para reacomodar su empresa y solucionar los inconvenientes que lógicamente le podía acarrear la cesación de la distribución. Es verdad que extrajudicialmente calificó de “exiguo” el plazo del preaviso (carta documento de fs. 208), pero en su demanda, aparte de una breve referencia a esa calificación extrajudicial (fs. 501), no abundó sobre el aspecto temporal en cuestión, limitando su ataque a querer mostrar que la rescisión unilateral de la demandada acompañada del apuntado preaviso de nueve meses fue la “solución final” de un “plan pergeñado” por dicha parte (fs. 498 vta. y sgtes.). Dicho de otro modo, al demandar el actor hizo foco en calificar la rescisión como abusiva, pero no en la exigüidad del preaviso extintivo, lo que determinó, lógicamente, la ausencia de prueba referida.

Así las cosas, en razón de lo expuesto, juzgo que el preaviso dado por la demandada para rescindir unilateralmente y sin causa, fue suficiente no pudiéndosele reprochar por razón de omisión o defecto.

3°) A contrario de lo sostenido por el actor, no interpreto que la apuntada rescisión unilateral hubiera sido maliciosa o dolosa, esto es, el evento final de un plan pergeñado por la demandada, dentro del cual previamente se desarrollaron los incumplimientos —también maliciosos o dolosos— que aquél le imputó y que, antes bien, dieron fundamento bastante para justificar la resolución por incumplimiento que él mismo cursó a Diageo Argentina S.A. por carta documento del 30/06/2008 (fs. 212).

En rigor, el agravio del actor que trata esta alegación suya (primero de su memorial), podría ser rechazado diciéndose simplemente que, en su caso, los incumplimientos que imputa a su adversaria debieron dar lugar a un planteo resolutorio anterior a la rescisión unilateral del 15/06/2008, pero no aparecer recién como defensa contra esta última, pues es obvio que, extinguido el contrato por una vía, no se lo puede extinguir por otra posteriormente.

Además, no menos obvio es que, si ya se juzgó que estaba al alcance de la demandada

rescindir el contrato de distribución (de tiempo indeterminado) sin invocar causa específica y que, al hacerlo, proporcionó un adecuado preaviso, el reclamo de indemnización de daños que el actor dijo derivados de esa ruptura resulta esencialmente improcedente, por cuanto este tipo de relaciones se caracteriza, precisamente, por la posibilidad de darlas por concluida sin causa dando un preaviso suficiente (conf. CN Com. Sala D, 06/04/2010, “Ron-Sil S.A. c. Nobleza Piccardo S.A. s/ ordinario”; Sala B, 31/10/2002, “Cigoper S.A. c. Massalin Particulares S.A. s/ ordinario”).

Esto último es así, tanto más si, como también se aprecia en la especie, tampoco se alegó y probó que el indicado preaviso fuera “intempestivo”, es decir, realizado cuando el distribuidor todavía no había podido recuperar las inversiones realizadas para entrar al contrato y ejecutarlo adecuadamente.

En cualquier caso, ponderando que el poder de rescindir unilateralmente un contrato, provenga de la ley o de la convención, tiene el límite general de la buena fe (conf. Bianca, C., *Diritto Civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, t. III, p. p. 740, n° 409, y 742, n° 411; Díez Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Civitas, Madrid, 1996, p. 907; CN Com. Sala D, 05/06/2013, “Brother Int. Corp. de Argentina S.R.L. c. Aerocargas Argentina S.A. y otro s/ ordinario”), observo que tampoco hay prueba de que ello hubiera sido así pues, como coincidentemente lo entendió el juez a quo, tampoco logró acreditar el actor los incumplimientos dolosos, desleales o abusivos de su contraria, ni menos que Diageo Argentina S.A. hubiera adoptado conductas comerciales discriminatorias, actos esos a los que asignó el carácter de antecedentes preordenados a la posterior rescisión unilateral del 15/06/2008.

Al respecto, y ciñendo el análisis a los concretos límites del agravio del actor (fs. 4110 vta./4112; art. 271, in fine, del Código Procesal), diré lo siguiente:

I. No es posible tener por acreditados los incumplimientos imputados a la demandada en la ejecución del contrato de distribución sobre la base de un comentario periodístico como el que luce a fs. 1740, no sólo porque de él no resulta semejante cosa —ya que alude a la presunta comisión de un ilícito en perjuicio de dicha parte— sino porque, aun si no fuera así, el rumor público que resulta de la información de un periódico no exime de la prueba del hecho y lejos de darle mayor verosimilitud, debe ser descartado radicalmente por el juez (conf. Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, 1981, t. 1, ps. 235/236, n° 51);

II. No se entiende cómo la respuesta del testigo Benítez a la 2ª pregunta que es transcripta por el actor en fs. 4111, prueba el obrar malicioso y doloso enrostrado a Diageo Argentina S.A.; en todo caso, lo destacable es que ese testigo manifestó desconocer los motivos de la finalización de la relación entre los litigantes (fs. 1938, respuesta 7ª);

III. Como lo señaló el fallo apelado en fs. 4061 vta., el peritaje contable informó que no existieron diferencias de precio entre las mercaderías que facturaba el actor en comparación con las adquiridas por otros distribuidores (fs. 3978 vta.), ni mejores bonificaciones a favor de estos últimos (fs. 2972 vta., punto 32), ni distintos plazos de pago (fs. 2968); por lo tanto, la remisión que el memorial de agravios hace a la prueba informativa de fs. 1828/1916 afirmando que de ella se puede “colegir” lo contrario (fs. 4111), resulta harto insuficiente, no sólo porque el recurrente no explica puntualmente cómo es posible hacer esa inferencia, sino particularmente porque la prueba de informes traduce una práctica en sustancia administrativa de aportación de datos, sin los conocimientos y significado técnico cualificado que distinguen al quehacer del perito (conf. Morello, A. y otros, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, comentados y anotados, La Plata - Buenos Aires, 1991, t. V-A, p. 474, n° 624), de donde se sigue la superioridad probatoria de la pericial para definir, en casos como el sub lite, la existencia o no de incumplimientos contractuales;

IV. Otro tanto cabe decir y por las mismas razones acerca de los informes de fs. 2256 y 2257 citados en fs. 4111 vta.;

V. El intercambio de mails que el actor invoca como demostrativo de los incumplimientos de su adversaria, tampoco sirven nítidamente para ese propósito pues si los hechos en ellos destacados tuvieron entidad suficiente para alterar el programa de ejecución del contrato, debieron ser oportunamente invocados para fundar su resolución; pero lo cierto es que remontándose los más antiguos a abril de 2007 y los más nuevos invocados a marzo de 2008 (fs. 4112), es decir, a tiempo antes de la resolución intentada el 30/06/2008, lo lógico es presumir que no se los entendió en su momento como de entidad suficiente a ese fin, siendo obvia la inadmisibilidad de un cambio de opinión sobre el particular después de producida la

rescisión unilateral del 15/06/2008, pues ello equivale a un inadmisible juicio antinómico sobre la misma situación (conf. doctrina de la CN Com. Sala C, 11/10/1983, Albareda, Antonio A. c. Cuerson S.A. y otro”, citado en “Doctrina de los Actos Propios”, Manuales de Jurisprudencia LA LEY, t. 5, ps. 58/59, n° 57).

En suma: la prueba cabal del incumplimiento achacado a la demandada incumbía, lógicamente, al actor. Era a él, en efecto, a quien le correspondía la prueba del presupuesto fáctico del derecho que invocó en su demanda (art. 377 del Código Procesal), de modo que el no logro de ese objetivo naturalmente desmerece su pretensión y su agravio.

4°) Los expuesto y concluido en los dos considerandos anteriores, amén de provocar la revocatoria del fallo recurrido en cuanto admitió un resarcimiento sustitutivo de preaviso, determina la consiguiente improcedencia de los agravios segundo y tercero del señor Sola.

En efecto, habiendo rescindido la demandada el contrato en debida forma, dando un preaviso suficiente, sin haber sido intempestiva y estando descartados, además, incumplimientos de ella a la distribución que pudieran considerarse los antecedentes de una extinción contractual abusiva, dolosa o de mala fe, no hay razón para que esa parte indemnice al actor por “daño moral y psicológico” (segundo agravio), como por una mayor indemnización por preaviso omitido o insuficiente (tercer agravio), o cualquier otro concepto relacionado con la no ejecución debida del contrato.

Es que la reparación del daño contractual supone un incumplimiento absoluto o relativo imputable que en el caso no se acreditó respecto de la demandada (conf. Trigo Represas, F. y López Mesa, M., Tratado de la responsabilidad civil, Buenos Aires, 2004, t. II, ps. 76/77).

5°) Por carril separado corre lo atinente a la compensación por pérdida de clientela, aspecto sobre el cual los agravios de las partes se cruzan, pues la demandada propicia su rechazo (fs. 4098 vta./4100 vta.), mientras que el actor propone que se confirme su admisión por la sentencia recurrida, bien que elevándose el quantum de lo concedido (fs. 4114).

No ignoro la existencia de diversos fallos de esta alzada comercial denegatorios de la compensación por clientela en caso de extinción de contratos de comercialización. En anterior ocasión he incluso compartido ese criterio (esta Sala D, 28/12/2011, “Emporio Automotores S.R.L. c. CIDEF Argentina S.A. s/ ordinario”).

Sin embargo, un nuevo examen de la cuestión me convence sobre la necesidad de abandonar esa postura y, en su lugar, adherir a la doctrina de otros fallos que sí admitieron el rubro (conf. CN Com. Sala E, 04/05/2006, “Carosella, Juan c. T.C.P. Telefónica Comunicaciones Personales S.A. s/ ordinario”), correspondiendo observar, en tal sentido, que la existencia de estos otros precedentes demuestra, a contrario de lo afirmado por la demandada, que la jurisprudencia no fue unánime en el sentido de rechazarlo.

Fundo el cambio de opinión en las siguientes razones, fijando de paso mis conclusiones sobre los recursos.

El distribuidor actúa en nombre propio, comprando al productor o distribuido y vendiendo a otros comerciantes o directamente al consumidor las mercaderías adquiridas (conf. Marzorati, O., Sistemas de distribución comercial, Buenos Aires, 1995, ps. 70/71, n° 20). En esa actividad gana una clientela que pierde cuando el contrato se extingue, pues aquella pasa al productor o distribuido en razón de que sigue a la marca que no es del distribuidor. En otras palabras, en los productos de marca la clientela compra la marca y desde el momento en que el distribuidor deja de comercializarla, lógicamente pierde la que ha ganado con su actividad y que, no obstante, sigue siendo aprovechada por el productor o distribuido.

De tal suerte, 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.

Así, la indemnización por clientela se debe por el sólo hecho de la terminación del contrato. No es necesaria, pues, la existencia de una causa para que sea procedente la compensación, tal como lo sería el incumplimiento del contrato, la carencia de preaviso, etc.

Dicho de otro modo, la compensación por clientela es adeudada en todo supuesto de extinción contractual (con solo algunas excepciones, que no son necesarias identificar aquí pues no se dan con relación al caso de autos) 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 (conf. Ribas, A. (h), La indemnización por clientela en los contratos de agencia y distribución, rev. Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, año IV, n° 3, junio 2013, p. 147, cap. 7 y 8; Vélaz Negueruela, J., Las Redes Comerciales - Tipología, eficiencia e indemnizaciones de los canales de distribución, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 143), ya que 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. De alguna manera, se dice, la compensación por clientela es una contraprestación a los servicios prestados en ese terreno (conf. Klein, Michele, El desistimiento unilateral del contrato, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, p. 238, nota n° 496).

Concordantemente, 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 (conf. Trib. Sup. España, Sala Civil, 03/06/2015, “Pymephone 2006 S.L. c. France Telecom España S.A.”; Trib. Sup. España, Sala Civil, 09/07/2015, “Comercial Soria S.A. c. Schering-Plough, S.A.”).

Puede decirse que la clientela debe ser compensada cuando pueda ser considerada un “activo común” creado o acrecentado gracias al esfuerzo del distribuidor y no exista previsión contractual sobre su liquidación (conf. Trib. Sup. España, Sala Civil, 08/10/2013, “Comercial Dimac, S.L. c. Sera GmbH”).

Y reunidos los presupuestos propios que habilitan tal compensación, no puede ella quedar neutralizada por el prestigio de las marcas del fabricante o aun del distribuido, ya que aquella se centra exclusivamente en la idea del aprovechamiento de una clientela ganada por el distribuidor (conf. Trib. Sup. España, 12/03/2012, “D. Leonardo c. Cadbury Schweppes Bebidas de España S.A.”).

Aclarado lo anterior, las condiciones de procedencia de la indemnización de que trata son las siguientes.

La primera: que la labor del distribuidor hubiera incrementado significativamente el giro de las operaciones del distribuido. Esto puede tener lugar de dos principales formas. En primer lugar, cuando la labor del distribuidor hubiera permitido aumentar las operaciones del distribuido valiéndose de los clientes ya conocidos al tiempo de concluirse el contrato. En segundo término, cuando el incremento de que se trata deriva de la aportación de nuevos clientes realizada por el distribuidor, antes desconocidos por el distribuido; tales nuevos clientes representan para el distribuido un intangible económicamente valuable que, consiguientemente, debe compensar a quien se los ganó.

La segunda: que la actividad anterior del distribuidor pueda —después de extinguido el contrato— seguir produciendo ventajas sustanciales al distribuido, sea a través de otro distribuidor, o de cualquier otro canal de comercialización. Pero es claro que el derecho a compensación del distribuidor no desaparece por la circunstancia de que, en los hechos, el distribuido no hubiera realizado actos tendientes a dicho aprovechamiento. En otras palabras, la pasividad posterior del distribuido no es razón para no compensar la clientela al distribuidor (conf. Vélaz Negueruela, J., ob. cit., p. 151).

Debe existir, pues, un “indicio de razonabilidad” de que su actividad puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario, recayendo el onus probandi sobre el distribuidor que sostiene la reclamación por este concepto, pues no puede presumirse sin más que se dé la situación (conf. Trib. Sup. España, Sala Civil, 05/11/2013, “Francisco Cassani S.L. c. Bayer Cropscience S.L.”, y sus citas).

En el sub lite están reunidas las aludidas dos condiciones referidas, ya que: I) como lo destacó el juez a quo, sin recibir crítica específica de la demandada en esta instancia (fs. 4064), surge acreditado en autos la cantidad de clientes incorporada por el actor año a año (fs. 2961 vta.) y que sobre los 422 clientes de la demandada, más de la mitad, precisamente, 220, eran efectivamente compradores anteriores del señor Sola (fs. 2962 vta. y 2963); II) la demandada no ha invocado que después de la extinción contractual no hubiera seguido atendiendo a los mismos clientes mediante otro distribuidor y otro canal de comercialización.

Bajo ese esquema de cosas, la procedencia del rubro debe confirmarse.

De su lado, por lo que toca al quantum de la compensación, paréceme adecuado entender que en la época de la extinción contractual de que tratan estas actuaciones tenía amplia aceptación en los proyectos nacionales de reforma y en el derecho comparado el criterio de que, en caso de fijación judicial, la compensación por clientela no podía exceder el equivalente a un año de las remuneraciones, neto de gastos, promediándose el valor de las percibidas durante los últimos cinco años, o durante todo el período de duración del contrato si hubiera sido inferior (art. 1329 del Proyecto de Reformas al Cód. Civil redactado por la comisión designada por decreto 468/1992, aplicable a los contratos de distribución en función de la remisión de los arts. 1340 y 1341; art. 1377 del Proyecto de Cód. Civil de 1998, norma aplicable a la distribución en razón de la remisión del art. 1391, inc. b; art. 17, inc. 2°, b, de la Directiva 86/653 CEE; art. 28, inc. 3°, de la ley española 12/1992). Tal criterio es el que, finalmente, adoptó el art. 1497, CCCN, sin que su cita pueda, frente al cúmulo de antecedentes citados, ser interpretado como una aplicación retroactiva de la ley, ya que simplemente consagró un criterio preexistente, a diferencia de lo que acontece, al menos desde lo formal, con el art. 1492, CCCN.

La aplicación del criterio aludido determina, como lo ha resuelto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tres fases consecutivas del procedimiento compensatorio respectivo. La primera, referida al cálculo de las ventajas o beneficios resultantes para el empresario. La segunda, dirigida a verificar si el importe obtenido con base a los criterios del anterior cálculo resulta equitativo, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso en cuestión. La tercera, por último, dirigida a contrastar el importe de la indemnización resultante respecto del tope o límite máximo de un año (conf. TJUE, 26/03/2009, “Turgay Senen c. Deustsche Tanoil Ombh”).

Es de destacar, por otra parte, que en el concepto de “remuneraciones” aludido debe entenderse comprendidas todas las retribuciones, sean comisiones o cantidades fijas, obtenidas por métodos directos (operaciones en las que actúa el propio distribuidor) o indirectos (comisiones indirectas), e igualmente retribuciones por cualquier otro servicio (conf. Vélaz Negueruela, J., ob. cit., ps. 160/161).

Ahora bien: ¿el concepto de remuneraciones indicado alude a un beneficio bruto o neto?

En España, con base en lo dispuesto por el art. 28, inc. 3, de la ley 12/1992, se ha interpretado que el concepto de remuneración no consiste en el beneficio neto obtenido en el ejercicio de la su actividad, sino en la cantidad realmente percibida por la prestación realizada, sin comprender el reembolso de gastos. Cantidad que sale del promedio anual, según la facturación y justificantes correspondientes, del total de retribuciones recibidas por el distribuidor (conf. Trib. Sup. España, Sala Civil, 03/06/2015, “Pymephone 2006 S.L. c. France Telecom España S.A.”; Trib. Sup. España, Sala Civil, 09/07/2015, “Comercial Soria S.A. c. Schering-Plough, S.A.”). Es decir, se trata del margen bruto obtenido por el distribuidor y no de su beneficio neto (conf. Trib. Sup. España, 17/11/1999, “Reina Distribuciones, S.L. c. Sociedad Anónima El Águila”; Trib. Sup. España, 12/03/2012, “D. Leonardo c. Cadbury Schweppes Bebidas de España S.A.”).

En cambio, el Proyecto de Cód. Civil de 1998 incorporó la aclaración de que el monto de la remuneración a tener en cuenta debía ser “...neto de gastos...” (art. 1377), solución que se trasladó al Anteproyecto de Cód. Civil y Comercial del año 2012 y, finalmente, al art. 1497, CCCN.

Ahora bien, aclarado lo anterior, debe observarse que, contrariamente a lo resuelto por el juez a quo en fs. 4064 vta., ninguna razón existe para relacionar el cálculo de la compensación por clientela con el atinente al resarcimiento por falta de preaviso, menos en el aspecto temporal. Es que, aun cuando el resarcimiento por falta de preaviso también contabiliza utilidades “netas” (conf. CN Com. Sala B, 22/02/2007, “Laplace, Marcelo E. c. Esso Petrolera Argentina S.R.L.”; íd. Sala D, 26/03/1998, “Calderón, Osvaldo c. Peñaflor S.A.”; íd. Sala E, 31/10/2011, “González Bou, Ricardo c. Quickfood S.A. s/ ordinario”), lo cierto es que tiene un límite temporal que está dado por el número de meses que el preaviso debió computar pero que omitió; en cambio, la compensación por clientela no se relaciona con ese número de meses, sino con un cálculo específico distinto y a cuyo resultado económico tiene derecho el distribuidor con el límite o tope ya señalado de que no podría reclamar ninguna suma superior al equivalente de un año de remuneraciones, neto de gastos, promediándose las percibidas en los últimos cinco años o el lapso menor que correspondiera. Es de observar, a todo evento, que la ausencia de relación entre un rubro y el otro, al menos con el alcance indicado, es todavía

más nítida si se pondera que la compensación por clientela procede incluso si, como ocurre en la especie, se ha juzgado que no existe ninguna infracción al principio de buena fe con el que debe ejercitarse el preaviso (conf. Trib. Sup. España, Sala Civil, 09/07/2015, “Comercial Soria S.A. c. Schering-Plough, S.A.”).

En tal marco, la justipreciación de la compensación por clientela debe hacerse según sus propias condiciones y pautas, para lo cual, valga señalarlo, el recurso del actor brinda igualmente suficiente competencia a esta Sala pues, en definitiva, lo perseguido en él es el incremento del quantum que debe pagar la demandada.

Pues bien, el peritaje contable determinó el valor de la cartera de clientes del actor en \$8.259.547,66 (fs. 2965 vta.), cantidad que es mayor a la utilidad “bruta” anual promedio de cinco años (2004/2008), que calculó en \$ 3.943.329,86 (fs. 2965).

Esta alzada tiene decidido, en situaciones de proximidad analógica, que, a falta de prueba sobre el quantum de la utilidad “neta” corresponde tomar como base, en los términos del art. 165 del Código Procesal, el 40% de la utilidad “bruta” (conf. CN Com. Sala A, 14/12/2007, “Tommasi Automotores S.A. c. CIADEA S.A. s/ ordinario”).

Por lo tanto, y por considerarlo equitativo teniendo en cuenta las demás particularidades del caso según resultan de la causa, juzgo apropiado fijar la compensación de que se trata en la suma de \$ 1.577.331,94 (40% de \$ 3.943.329), que es representativa de la máxima a que puede aspirar el actor pues, como se dijo, su reclamo no puede exceder el importe equivalente a un año de remuneraciones, neto de gastos.

Tal suma llevará los intereses determinados en el punto 5.4 de fs. 4064 vta.

Desde ya, en función de lo precedentemente concluido, habrá de quedar sin efecto la designación de peritos árbitros decidida en la instancia anterior, tornándose de abstracto tratamiento el agravio cuarto de la demandada.

6°) Pese a que la demanda y la reconvencción dan cuenta de relaciones procesales distintas, el juez a quo las refundió en una sola por entender existentes vencimientos parciales entre las partes que justificaban distribuir las costas en el orden causado (fs. 4067 vta.).

Diageo Argentina S.A. se agravia de tal decisión, sin perjuicio de aclarar que consiente la imposición de las expensas a su parte correspondiente al rechazo de la reconvencción contra Javier Sola y Andrés M. Sola (fs. 4103/4104).

La existencia de vencimientos parciales puede justificar, según lo previsto por el art. 71 del Código Procesal, en la hipótesis en que prospera la demanda y la reconvencción, que como lo expresa esa norma las costas se compensen, es decir, se impondan por su orden. Pero para ello resulta preciso que la derrota recíproca sea equivalente desde el punto de vista pecuniario, pues no siendo tal el caso lo que corresponde es graduar la condena en costas en base a cada resultado (conf. Palacio, L. y Alvarado Velloso, A., Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, Santa Fe, 1989, t. 3, ps. 165, 167 y 169).

En el sub lite no se conjuga esa equivalencia económica que permite distribuir las expensas según su orden y, por otra parte, la revocatoria parcial que propicia este voto habilita al tribunal a proceder a la adecuación prevista por el art. 279 del Código Procesal.

Por ello, en lo que concierne a las costas de la instancia anterior, corresponderá modificar el fallo recurrido con el siguiente alcance: a) en relación a la demanda, ponderando lo reclamado (fs. 478 vta.) y la medida en la que prospera el reclamo económico del actor según este voto, entiendo apropiado que él cargue con el 83,71% de las expensas, mientras que el 16,29% restante sea soportado por la demandada; b) en relación a la reconvencción, ponderando que fue admitida por \$ 4.274.926,60 (4067 vta.) sobre un capital reclamado de \$ 4.276.356,43 (fs. 1252 vta.), esto es, por una diferencia en menos no significativa como la calificó el peritaje contable (fs. 2985 vta.), entiendo que las expensas debe ser impuestas en su totalidad al actor, que ha sido sustancialmente vencido (arts. 68 y 71 del Código Procesal).

7°) En cuanto a las costas de alzada, toda vez que ambos recursos involucraron, bien que con sentido opuesto, los aspectos concernientes a la demanda del actor, interpreto apropiado que se impondan de la misma manera que en la instancia anterior, o sea, en el 83,71% al demandante y en el 16,29% restante a la accionada (cit. art. 71).

8°) Por lo expuesto voto, porque: A) se revoque parcialmente el fallo de fs. 4053/4067 con el efecto de que la demanda del señor Andrés V. Sola quede exclusivamente admitida por la suma de \$1.577.331,94 en concepto de compensación de clientela, más los intereses

referidos en el considerando 5°;

B) se modifique el pronunciamiento apelado en cuanto a las costas de la instancia anterior, con el alcance que resulta del considerando 6°; C) las costas de alza deben imponerse del modo indicado en el considerando 7°.

Así lo propongo al acuerdo.

El doctor Vassallo dijo:

I. Luego de una atenta lectura de las actuaciones y de evaluar los fundamentos vertidos por mi distinguido colega preopinante, adelanto que adheriré in totum a su ponencia.

Sin embargo entiendo necesario, al propiciar aquella una solución diversa a la adoptada por la Sala en otros fallos respecto de la procedencia del ítem “indemnización por clientela”, que brinde una particular explicación sobre mi acuerdo en este punto.

II. Al redactar el voto inicial en la causa “Emporio Automotores S.R.L. c. CIDEF Argentina S.A. s/ ordinario” (esta Sala 28/12/2011), que suscitó la adhesión de ambos jueces de esta Sala, concluí improcedente el resarcimiento por “valor llave” tal como lo pretendía la allí actora.

Es claro que aquel reclamo, cuanto menos en meritado con los alcances técnicos de aquel concepto excedían a la “clientela”.

Como dije en aquel voto, “...la ‘llave’, que se la ha asimilado como la acepción local del concepto de ‘avviamento’ es una cualidad del fondo de comercio que está formado por elementos objetivos (ubicación, prestigio, clientela, etc.) y otros subjetivos que, como dice Zunino citando a Rotonda, ‘...pueden subdividirse en aquellos que aun formando parte de la actividad del titular se objetivan en la empresa y son transmisibles (planes de venta, métodos organizativos, campañas publicitarias, etc.) y los puramente subjetivos, que dependen de las condiciones y habilidades del titular (capacidad, trato, simpatía, etc.)’ (obra citada, página 207; en similar sentido, Garo, Francisco J., Derecho Comercial —parte general— pág. 226/225, Buenos Aires, 1955).

Es evidente que el valor de esta ‘llave’ comprende conceptos más extensos que el de clientela, que parece ser el destacado por Emporio Automotores S.R.L. para justificar su pretensión.

Aquí la actora no se encuentra transmitiendo un fondo de comercio. No transfiere instalaciones (en rigor solicitó ser resarcido por los repuestos y maquinarias que debió “mal vender”), ni una marca, ni su propio prestigio o un eventual modo de organizar su negocio.

Emporio Automotores S.R.L. se limitó a sostener que abrió un mercado para la marca Nissan, afirmación que carece de prueba suficiente, más allá de alguna testimonial.

En rigor admitió haber formado una red de concesionarios en coordinación con un concedente (Cidef Argentina S.A.) que, como ocurre en estos casos, imponía ciertas pautas de comercialización que, en el caso, se encontraban plasmadas en alguna medida en el ya citado “Reglamento...”.

Así, conceptualmente, no existe base fáctica para sostener que Emporio Automotores S.R.L. hubiere abierto un mercado, al haber sido parte de una organización que dedicó sus esfuerzos a vender productos de una marca de fama mundial como es Nissan.

Por ello ha dicho la jurisprudencia, ya citada en la sentencia de primera instancia y no criticada puntualmente en la expresión de agravios, que la clientela (de entender que ello fue lo que obtuvo Nissan mediante el trabajo de Emporio Automotores S.R.L.), pertenece a la marca o eventualmente al concedente, por lo cual esta carece de valor para el concesionario tanto durante el curso de la relación contractual cuanto al tiempo de su extinción (CN Com. Sala A, 14/12/2007, “Tommasi Automotores S.A. c. CIADEA S.A. y otro”, LA LEY 2008-B, 695).

En casos similares esta Sala ha dicho reiteradamente, que en los casos de contratos que prevén su resolución unilateral, el reclamo de una indemnización en concepto de valor llave resulta improcedente, por inexistente.

En efecto, la actividad de la accionante, susceptible de concluir por voluntad de cualquiera de las partes, implica la virtual inexistencia del “valor llave”, que se confunde con el derecho del co-contratante a no padecer una ruptura brusca e intempestiva del negocio, conforme ha sido interpretado reiteradamente por la jurisprudencia (esta Sala, 19/12/2007, “Diyón S.A. c. Peugeot Citroën Argentina S.A. s/ Ordinario”; id., 03/10/2001, “R. Martín y Cía. c. Autolatina Argentina S.A.”; CN Com. Sala B, 31/05/2000, “Austral S.R.L. c. Nestlé Argentina S.A.”; id., 25/03/1986, “De Luca J. c. Industrias Pirelli S.A.”; id., 26/02/1992, “Distribuidora

Aguapey S.R.L. c. Agip Argentina S.A.”; id., 10/08/1989, “Domogas S.A. c. Agip Gas S.A.”; id., 11/04/1995, “Marquinez y Perrotta c. Esso SAPA”; CN Com. Sala C, 06/06/1994, “Guimasol S.A. c. Lever Asociados SA”) (esta Sala, “Emporio Automotores S.R.L....” ya citado).

En este caso, la situación la entiendo particularmente diferente.

El reclamo ha sido circunscripto a la “indemnización por clientela”, lo cual aleja la pretensión, bien que no totalmente, del concepto “valor llave”.

Pero en este caso, a diferencia del anterior, el actor produjo prueba específica sobre la existencia de “clientela” generada por su actividad y, de seguido, se le otorgó pericialmente un valor económico.

Además, a la luz del giro comercial del aquí actor es razonable, diría que en el caso es prácticamente necesario, que el distribuidor tuviera una conducta activa en la búsqueda de nueva o mayor clientela, una vez asignada la zona de trabajo.

Según resulta de la causa, el señor Sola repartía los productos que le entregaba la demandada (bebidas alcohólicas) a diversos minoristas lo cual no sólo importaba una actividad de transporte y entrega, sino además la de transitar la zona en búsqueda de nuevos comercios que pudieran adquirir estos productos.

A diferencia de esto, en el antecedente citado se debatió la pretensión de un concesionario de automóviles, giro que si bien podría producir un importante caudal de clientela, a diferencia del sub judice no importa una conducta activa del concesionario en orden a “salir” a buscar al cliente; amén que tampoco está dirigida a terceros que requieran de una comercialización constante, pues en la mayoría de los casos la operatoria se resuelve con la venta de uno o varios vehículos. En cambio, en casos como el que aquí son juzgados, la actividad del distribuidor presupone la entrega periódica del producto (usualmente por un largo plazo) a un comercio establecido.

De allí que el “enriquecimiento” del distribuido por la labor del actor que cesa en la relación en estudio, aparece con mayor nitidez en estos casos.

Amén de la pretensión focalizada en la “clientela”, y la prueba específica producida lo cual brinda elementos que demuestran la pertinencia del resarcimiento, no es posible ignorar en estos tiempos, como bien lo señala el señor Juez Heredia, la novedosa reforma legislativa que ha receptado expresamente este ítem (CCCN 1497, 1498), y que genera un marco diverso para su consideración.

Comparto con mi colega que, en el caso, tal normativa no es de aplicación pues los hechos en estudio y particularmente el cese de la relación se produjeron antes de entrar en vigencia aquel cuerpo legislativo.

Sin embargo no puede soslayarse que el Código Unificado ha resuelto una disputa actual, tanto en doctrina como en jurisprudencia, al tiempo de su promulgación. Y tal novedad exige de la Justicia que siga tales pasos en tanto ello brindará al justiciable una necesaria seguridad en cuanto al resultado y previsibilidad en orden a la consecuencia de sus actos.

III. Conforme los fundamentos que desarrolla el doctor Heredia en su voto, y las precedentes consideraciones, adhiero a la ponencia del señor Vocal preopinante.

El doctor Dieuzeide adhiere al voto del doctor Heredia.

Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan: (a) Revocar parcialmente el fallo de fs. 4053/4067 con el efecto de que la demanda del señor Andrés V. Sola queda exclusivamente admitida por la suma de \$ 1.577.331,94 en concepto de compensación de clientela, más los intereses referidos en el considerando 5°. (b) Modificar el pronunciamiento apelado en cuanto a las costas de la instancia anterior, con el alcance que resulta del considerando 6°, e imponer las cosas de alza del modo indicado en el considerando 7°. (c) Diferir la consideración de los honorarios hasta tanto sean regulados los correspondientes a la anterior instancia. Notifíquese y una vez vencido el plazo del art. 257 del Código Procesal, devuélvase la causa al Juzgado de origen. Cúmplase con la comunicación ordenada por la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/13 y 24/13). — Juan J. Dieuzeide. — Pablo D. Heredia. — Gerardo G. Vassallo.

“La compensación por clientela en el contrato de distribución”

Comentario de los fallos “*Sola, Andrés Valentín c/ Diageo Argentina S.A. s/ Ordinario*” y “*Canoura Salvador c/ La Salteña S.A. s/ Ordinario*”

por Gonzalo L. Anaya¹ y Francisco J. Anaya²

I. Introducción

Abordaremos en este estudio un tema que hasta hace poco sólo había conocido los estrados judiciales en causas concernientes a las leyes 14.546 (de viajantes de comercio) y 11.867 (de transferencia de fondos de comercio) pero con escasa presencia en litigios vinculados a contratos de distribución: el derecho a la compensación por clientela.

El análisis de la referida temática no sólo es relevante desde un enfoque teórico sino también práctico. Ello por cuanto la reciente determinación de su admisibilidad en los contratos de distribución repercute económicamente en la actividad de las empresas productoras que no cuentan con una red de distribución 100% propia³.

A este fin, abordaremos especialmente la cuestión a la luz de los fallos “*Sola, Andrés Valentín c/ Diageo Argentina S.A. s/ Ordinario*”⁴ y “*Canoura Salvador c/ La Salteña S.A. s/ Ordinario*”⁵ tanto desde un enfoque jurídico como en su incidencia práctica por su impacto económico en la operatoria usual de las empresas fabricantes de productos de consumo masivo.

II. La compensación por clientela en el CCC.

¹ Abogado egresado de la Universidad Católica Argentina. Cursó numerosos estudios de posgrado en el país y en el extranjero, entre ellos el Master en Derecho Empresario de la Universidad de San Andrés, del cual es actualmente profesor. También es docente de la carrera de abogacía en la UBA (cátedra del Dr. Ignacio Escuti). Conferencista y autor de numerosas publicaciones en temas de su especialidad. Ejerce la profesión en el área del derecho corporativo y actualmente se desempeña como Sub Gerente de Legales de CCU Argentina S.A.

² Abogado egresado de la Universidad Católica Argentina. Cursó estudios de posgrado en la U.B.A. Es docente de Concursos y Quiebras en la Facultad de Derecho de la UBA (cátedra a cargo del Dr. Osvaldo Pisani). Ejerce la profesión en la justicia nacional en lo comercial de la Capital Federal.

³ Situación en la que se encuentra la inmensa mayoría de las empresas (locales o multinacionales) fabricantes de productos.

⁴ Dictado por la Sala D de la CNCom. y publicado en LL 2016-E-476, con nota de Rodolfo G. Papa.

⁵ Dictado por la Sala F de la CNCom. el 6 de junio de 2017.

La compensación por clientela se encuentra regulada expresamente en el art. 1497 del CCC.

Allí se establece que *“Extinguido el contrato, sea por tiempo determinado o indeterminado, 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.*

En caso de muerte del agente ese derecho corresponde a sus herederos.

A falta de acuerdo, la compensación debe ser fijada judicialmente y no puede exceder del importe equivalente a un año de remuneraciones, neto de gastos, promediándose el valor de las percibidas por el agente durante los últimos cinco años, o durante todo el período de duración del contrato, si éste es inferior.

Esta compensación no impide al agente, en su caso, reclamar por los daños derivados de la ruptura por culpa del empresario”.

Conforme surge de la primera oración, el art. 1497 refiere al derecho de compensación por clientela del agente. Esto es así, por cuanto dicho artículo integra el Capítulo 17 en el cual se regula el contrato de Agencia.

La primera pregunta que nos formulamos entonces es: ¿se aplica la compensación por clientela al contrato de distribución?

El contrato de distribución no se encuentra regulado de manera autónoma en el CCC sino por mera remisión. En este sentido, el inc. b) del art. 1511 establece que las normas del contrato de concesión se aplican a *“los contratos de distribución, en cuanto sean pertinentes”.*

A su vez, la regulación del contrato de concesión (arts. 1502 y sgtes del CCC) nada dispone respecto de la compensación por clientela sino que simplemente remite a las normas del contrato de agencia en dos casos puntuales: la rescisión de contratos de tiempo indeterminado (art. 1508) y las causales de resolución (art. 1509).

Del marco jurídico descripto puede concluirse entonces que: (i) al contrato de concesión le resultan de aplicación únicamente tres artículos del contrato de agencia (los arts. 1492 y 1493 a los que remite el 1508 y el art. 1494 al que remite el art. 1509); y (ii) que la propia regulación del contrato de concesión será aplicable al contrato de distribución únicamente cuando fuere pertinente.

En virtud de lo expuesto precedentemente, nuestra primera conclusión es que la regulación del CCC no prevé la aplicación de la compensación por clientela al contrato de distribución. Ni siquiera al de concesión.

En razón de lo dicho, la aplicación de la compensación por clientela al contrato de distribución podría tener lugar únicamente de manera analógica. Ahora bien, ¿fue esa la intención del legislador? Todo parecería que indicar que no. En este sentido, no debe pasarse por alto que cuando el legislador consideró pertinente la remisión de la concesión a las pautas sentadas para la agencia, dispuso expresamente la remisión⁶. Y ello ocurrió únicamente en dos oportunidades.

Es más, ni siquiera puede pensarse que la falta de remisión a la regulación de la compensación por clientela fue un mero olvido del legislador por cuanto esta ausencia viene de larga data, esto es, desde el proyecto de reforma del año 1998.

Por último, resulta interesante que si bien la regulación de la agencia en el CCC se encuentra inspirada en la Ley de Agencia Española N° 12 de 1992 que incorporó la Directiva de CEE 86/653, lo cierto es que en la Propuesta de Código Mercantil Español del año 2013 el contrato de distribución fue regulado de manera independiente al de agencia y se estableció en su art. 543-24 que *“salvo pacto en contrario, la terminación de contratos de distribución no obligará al proveedor a compensar al distribuidor por la clientela*

⁶ En similar sentido señala Marzorati que *“no existe remisión al 1497, por lo que el Cód. Civ. y Com. zanja definitivamente esta cuestión, a nuestro juicio no haciendo lugar a la indemnización por clientela —la clientela, como en la franquicia, es de marca y siendo temporal ese cliente sigue a la marca y su producto”* (Marzorati, Osvaldo, *Necesidad de modificaciones al nuevo Código en materia contractual*, LL 2016-B-1032). En igual sentido, Arias y Trivisonno destacan que *“el Proyecto citado no prevé una norma semejante para los contratos de concesión, franquicia o distribución propiamente dicho”* (DCCyE 2012, febrero, 01/02/2012, 193).

que éste hubiere podido generar durante la relación. Excepcionalmente, el distribuidor tendrá derecho a una compensación cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias: a) la naturaleza del contrato y la actividad del distribuidor hayan incrementado sustancialmente el tipo de operaciones o el número de clientes...”.

De esta manera, se optó por adoptar un criterio diverso al dispuesto en la Ley de Agencia que establece en su art. 28 que *“cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, 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”.*

Esta circunstancia es puesta de resalto en la exposición de motivos de la referida propuesta de código mercantil español al señalar que *“al regular la extinción del contrato, se da especial relevancia al reconocimiento al distribuidor, solo con carácter excepcional y en razón de determinadas circunstancias, del derecho a una compensación por la transmisión o aprovechamiento de la clientela por el proveedor”*⁷, lo cual evidencia el tratamiento diferencial que procuró darle esta moderna propuesta y el carácter excepcional que, en todo caso, debería tener la compensación por clientela en el contrato de distribución.

III. El contrato de agencia y el de distribución propiamente dicho.

De manera previa a ingresar en el análisis de los fallos “Diageo” y “La Salteña” debemos destacar que el contrato de agencia y de distribución propiamente dicho son contratos con características distintas⁸.

⁷ Véase Anaya, Gonzalo Luis, *Propuesta española de Código Mercantil*, ED del 20/09/13.

⁸ Referimos al contrato de distribución propiamente dicho en el entendimiento de que la distribución comercial en sentido amplio comprende diversas figuras jurídicas tales como la agencia, la concesión, franquicia.

Lo expuesto precedentemente puede parecer obvio pero no es una cuestión menor a los efectos de determinar si, más allá de la intención del legislador, igual corresponde la aplicación analógica de la compensación por clientela.

A este respecto, cabe comenzar señalando que ya de por sí el contrato de distribución se rige por remisión a las normas del contrato de concesión y no al de agencia. Y sumado a ello y como señalamos *ut supra*, la regulación del contrato de concesión remite sólo en dos oportunidades al contrato de agencia.

A ello, debemos adicionarle que mientras que por contrato de agencia se entiende aquel por el cual el “agente actúa a nombre del comitente o, sin representarlo, promueve contratos para su beneficio. Por esta razón, el agente no queda obligado personalmente frente a terceros, ya que no es parte en el contrato celebrado entre el principal y el cliente”⁹; el contrato de distribución es entendido como “la relación contractual de colaboración entre el fabricante de un producto y quien en su nombre y por cuenta propia asume la función de revenderlos al público consumidor, mediante su propia organización, según los compromisos que asume con el fabricante”¹⁰.

Dicho de otra manera, mientras que en la agencia “la función económica del contrato consiste en crear clientela, aumentar la existente o, por lo menos, mantenerla”¹¹ y por ello la función del agente “es la de promover, mediante retribución, la conclusión de contratos a favor de un empresario preponente”¹², en la distribución propiamente dicha “el distribuidor actúa en nombre propio, comprando al productor o distribuido y vendiendo a otros comerciantes o directamente al consumidor las mercaderías adquiridas”¹³.

La diferencia entre ambos tipos de contratos también ha sido puesta de resalto con toda claridad por la jurisprudencia al señalar que “El agente, a diferencia del distribuidor, concluye negocios y genera clientela “a favor de otra

⁹ Lorenzetti, Ricardo Luis, *Contrato de Agencia*, en *Tratado de los contratos*, Tº II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 613/614

¹⁰ Marzorati, Osvaldo, *Contrato de distribución en el proyecto de Código*, LL 2014-B-685.

¹¹ Boretto, Mauricio, *Los llamados “contratos de distribución” en el Código Civil y Comercial*, LL 2014-F-765

¹² Heredia, Pablo, *El contrato de Agencia en el Código Civil y Comercial de la Nación*, RCCyC 2016 (febrero).

¹³ CNCom, Sala D, 01/03/16, *Sola c/ Diageo*, LL 2016-E -476.

*persona llamada preponente". La ganancia del distribuidor, habitualmente, es la diferencia entre el precio de compra y el precio de reventa, mientras que la del agente es típicamente un porcentaje del precio del producto, y en general está cuantificada en función del volumen de ventas; vale decir que, a mayor venta, mayor beneficio. Tanto el distribuidor como el agente venden mercadería ajena, pero el agente vende por orden y cuenta del principal, existiendo entre ellos una relación de mandato y el distribuidor vende a nombre propio y por su cuenta, facturando al cliente y lucrando con la diferencia"*¹⁴.

Como se advierte, hay una diferencia sustancial entre ambos contratos. No sólo porque el agente celebra contratos en nombre de un empresario o preponente mientras que el distribuidor adquiere los productos del fabricante y los revende actuando en nombre propio sino, principalmente, porque como consecuencia de ello es que el agente procura aumentar la clientela del empresario que representa mientras que el distribuidor revende los productos a un precio mayor para obtener una ganancia¹⁵.

Lo expuesto en este capítulo evidenciaría *prima facie* que resulta por demás discutible que la compensación por clientela pueda ser aplicada al contrato de distribución propiamente dicho tanto desde un análisis de la normativa del CCC, como de estar a la aparente intención del legislador e, incluso, de atender a las características de cada contrato.

De manera más terminante Remaggi concluye en un muy interesante artículo que *"en los contratos de distribución, ni siquiera con carácter excepcional corresponde compensar al distribuidor —como denominación genérica comprensiva de éstos, concesionarios y franquiciados—, a raíz del crecimiento permanente del giro, habida cuenta de las características distintivas de este tipo de contratos, en los que el cliente pertenece al principal"*¹⁶.

IV. La compensación por clientela en los fallos *Diageo y La Salteña*

¹⁴ CApel. Mar del Plata, 25/08/1994, *Dos Santos, José c/ Laboratorios Hetty SRL*, LLBA1995-518.

¹⁵ EL CCC establece en su art. 1479 que *"hay 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"*.

¹⁶ Remaggi, Luis, *El valor de la clientela y la conclusión de los contratos de agencia y distribución*, JA 2016-II.

No sólo son fallos por demás interesantes desde lo jurídico por el cambio de criterio que introducen sino que, además, constituyen precedentes relevantes en el ámbito mercantil por su impacto económico en la actividad de las empresas fabricantes de productos de consumo masivo.

Diageo y La Salteña sientan un criterio novedoso respecto de la admisibilidad de la compensación por clientela en el contrato de distribución. El criterio sentado en Diageo también fue reiterado poco después por la Sala D con fecha 1 de septiembre de 2016 en los autos “*Cellulernet S.A. c/ Telecom Personal S.A. s/ Ordinario*” y con fecha 14/02/17 en los autos “*Motos y Créditos S.A. c/ Banco Industrial S.A. s/ Ordinario*”.

A fin de brindar un panorama más amplio de las circunstancias fácticas que motivaron el fallo Diageo, cabe señalar sucintamente respecto de lo que aquí interesa que Sola fue distribuidor de Diageo Argentina S.A. durante 12 años y medio. Diageo Argentina S.A. primero notificó a Sola la terminación del contrato sin invocar causa alguna y le otorgó un plazo de preaviso de 9 meses. Posteriormente, decidió finalizar con causa la relación antes de que se cumpliese el referido plazo. Ante tal situación, la actora promovió demanda reclamando 12 meses y medio de preaviso y compensación por clientela (entre otros rubros). Diageo reconvino reclamando sumas adeudadas.

A continuación analizaremos el tratamiento efectuado en ambos fallos con relación a la compensación por clientela.

A) La colisión de criterios:

En primer lugar, debe señalarse que el fallo Diageo hace lugar a la compensación por clientela previo reconocer la existencia de diversos precedentes que negaron dicho rubro. Alguno incluso dictado por la propia Sala D.

En este sentido, el juez Heredia destaca que “*un nuevo examen de la cuestión me convence sobre la necesidad de abandonar esa postura y, en su lugar, adherir a la doctrina de otros fallos que sí admitieron el rubro*” y cita el fallo dictado por la Sala E el 4 de mayo de 2006 en los autos “*Carosella, Juan c. T.C.P. Telefónica Comunicaciones Personales S.A. s/ ordinario*”.

Ahora bien, a nuestro modo de ver, si bien es cierto que existían fallos con anterioridad al CCC que hacían lugar a este rubro, versaban sobre casos de contratos de agencia. Un ejemplo de ello es precisamente el precedente “Carosella”¹⁷ citado en Diageo.

Lo expuesto es relevante a los fines de intentar comprender las razones que motivaron el cambio de criterio. Conforme surge del fallo, el mismo respondería en realidad a una toma de consciencia de que el distribuidor con su *“actividad gana una clientela que pierde cuando el contrato se extingue, pues aquella pasa al productor o distribuido en razón de que sigue a la marca que no es del distribuidor. En otras palabras, en los productos de marca la clientela compra la marca y desde el momento en que el distribuidor deja de comercializarla, lógicamente pierde la que ha ganado con su actividad y que, no obstante, sigue siendo aprovechada por el productor o distribuido”*.

Por esta razón, *“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”*.

Incluso, el fallo establece que *“reunidos los presupuestos propios que habilitan tal compensación, no puede ella quedar neutralizada por el prestigio de las marcas del fabricante o aun del distribuido, ya que aquella se centra exclusivamente en la idea del aprovechamiento de una clientela ganada por el distribuidor”*.

Ahora bien, las razones que motivan el cambio de criterio colisionan con la jurisprudencia imperante hasta el momento que rechazaba este rubro en los contratos de distribución al establecer que *“en las relaciones en que el fabricante sólo utiliza la organización empresarial de su distribuidor para vender el producto, la clientela pertenece al producto y no al que lo comercializa; por ello, salvo supuestos de excepción en los que se demuestre que la “clientela” -*

¹⁷ Cabe aclarar que el precedente “Cellularnet c / Telecom personal”, dictado 6 meses después por la Sala D, sí trata un reclamo por la terminación de un contrato de agencia al igual que “Motos y créditos c/ Banco Industrial S.A.” del 14/02/17.

uno de los componentes del valor llave- se ha incrementado notoriamente comparándolo con el resto de los distribuidores, se daría la excepción en la que procedería su reconocimiento”¹⁸.

Esta postura fue reiterada poco apenas antes de la entrada en vigencia del CCC, esto es, el 23/04/15 por la Sala C en los autos “*Tecnotool SRL c/ Walter Do Brasil Ltda s/ ordinario*”. Allí también se estableció que no corresponde hacer lugar a la indemnización por clientela toda vez que la misma no sólo se genera por la idoneidad del distribuidor sino que guarda relación con la calidad del producto que éste vende o distribuye. Sin ese producto idóneo, por más diligente que sea el distribuidor, no accederá a la clientela¹⁹.

B) ¿A quién le pertenece la clientela?

De la mera lectura de las posiciones expuestas se desprende entonces que la cuestión se ceñiría a determinar si el aumento de clientela es consecuencia de la actividad del distribuidor o bien del prestigio de la marca del producto.

Por ello, de considerarse que la compensación por clientela puede ser aplicable analógicamente al contrato de distribución aun a pesar de las consideraciones expuestas *ut supra* en el apartado III, lo primero que debería efectuarse es una distinción respecto del tipo de producto que el distribuidor revende.

Una cosa es que el distribuidor haya comenzado a comercializar un producto de marca desconocida, totalmente nuevo y otra muy distinta es que el fabricante de un producto de marca conocida y/o prestigiosa simplemente se haya valido de la estructura o red logística de cierto distribuidor para lograr alcanzarlo a nuevos territorios²⁰. Adherimos a la jurisprudencia anterior a

¹⁸ CNCom, Sala B, 10/06/2004, “*Godicer S.A. c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.*”, LL 29/09/2004, 8; CNCom, Sala B, 31/05/2000, *Austral S. R. L. c. Nestlé Argentina S. A.*, LL 2000-E-478; Sala D, 20/04/2001, “*Herrera, Norberto c. Nestlé Argentina S.A.*”, LL 2001-D-719.

¹⁹ Incluso, debe destacarse que también existen precedentes que continuaron rechazando la compensación por clientela incluso en el contrato de agencia una vez entrado en vigencia el CCC. Un ejemplo de ello es el fallo “*Bianchini, Germán c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ Ordinario*” dictado el 3 de mayo de 2016 que estableció que no corresponde la compensación por clientela si en el contrato no se previó la misma. Máxime, “*porque, precisamente, el objeto del contrato de que aquí se trata era la obtención y mantenimiento de cartera de clientes*”.

²⁰ De hecho, creemos relevante añadir que actualmente son muy pocas las empresas fabricantes de productos de consumo masivo que cuentan con una red nacional de distribución 100% propia. Todas estas empresas generalmente recurren total o parcialmente a distribuidores ubicados en diversas localidades del país para que distribuyan sus productos a través de su red. Red de distribución que,

Diageo que efectuaba ésta por demás relevante distinción y consideraba inaplicable la compensación por clientela cuando se trataba de un producto de marca con prestigio propio²¹.

Un ejemplo siempre ayuda: ¿en el caso Godicer c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A. hubiera sido ajustado a derecho otorgar compensación por clientela al distribuidor cuya única función fue hacer llegar la cerveza marca Quilmes o la gaseosa Pepsi a los puntos de venta existentes en ciertas localidades del país? ¿Acaso el autoservicio, kiosco o almacén le compró la cerveza Quilmes o la gaseosa Pepsi por el esfuerzo desplegado por el distribuidor para hacerle conocer las marcas y luego convencerlo de que se trata de productos que valen la pena comprar?

En este caso, y siendo que Diageo se dedica a importar y luego comercializar relevantes productos tales como el whisky Johnnie Walker, el tequila José Cuervo, etc., ¿parece razonable sostener que el distribuidor Sola convenció a nuevos puntos de venta de que adquieran estos novedosos y desconocidos productos? Todo parece presumir que no.

La función de Sola al igual que la de Godicer fue básicamente la de alcanzar estos productos a los puntos de venta de ciertas localidades a los que el fabricante, por alguna cuestión de política empresarial, no llega con su propia fuerza de venta. Decimos básicamente porque, como veremos adelante, el distribuidor realiza ciertas tareas adicionales que igualmente no alteran la conclusión aquí expuesta.

C) La relevancia de comprender la real operatoria del distribuidor:

Sentado lo anterior, debemos señalar que en realidad la cuestión es mucho más compleja que simplemente determinar si la clientela pertenece al producto o al distribuidor.

A este efecto, resulta sumamente ilustrativo el fallo La Salteña. Allí, se hizo lugar a la compensación por clientela en el contrato de distribución y se la estableció en 18 meses. Más allá de su cuantificación, lo que aquí queremos

además, en la mayoría de las veces vende numerosos productos pertenecientes a diversos fabricantes (con la única limitación de que los productos no compitan entre sí)

²¹ En igual sentido se manifiesta Marzorati en *Contrato de distribución. Rescisión unilateral del contrato antes de la vigencia del Código Civil y Comercial*, ED 270-662.

resaltar es que se hizo lugar a la compensación por clientela por considerarse acreditado que el distribuidor había hecho inversiones (dinero, producto sin cargo, etc.) para ingresar a las bocas de expendio de los supermercados. La circunstancia descripta es traída especialmente a colación porque pone sobre la mesa una nueva serie de consideraciones que también deberían ser tenidas en cuenta y que revelan la complejidad de esta temática.

En este sentido, debe señalarse que en muchas ocasiones, son las empresas fabricantes de productos quienes atienden de manera directa los supermercados en atención a sus particulares exigencias que, actualmente, no sólo se traducen en la exigencia del pago de lo que se denomina “*retorno*” simplemente para obtener espacio en góndola sino también la puesta a disposición de repositores por parte del fabricante, realización de acciones comerciales conjuntas y/o solventadas exclusivamente por el fabricante, etc.

De hecho, la complejidad y relevancia de los supermercados es tal que las empresas fabricantes de productos de consumo masivo grandes como en el caso de los fallos Cervecería y Maltería Quilmes S.A., Nestle, Diageo, etc. suelen tener un empleado responsable por cadena de supermercado²². En el caso La Salteña aparentemente era directamente el distribuidor quien comercializaba los productos con ciertos supermercados.

Independientemente de que sea el fabricante o el distribuidor quien se encargue de la venta directa a supermercados e hipermercados, debe aclararse que, en general, cuando lo hace el distribuidor, las más de las veces es el fabricante quien finalmente se hace cargo de una manera o de otra de la inversión (sea en forma de retorno²³, acciones comerciales²⁴, etc.) que el distribuidor otorga al supermercado. Generalmente se compensa al distribuidor mediante notas de crédito y/o producto sin cargo, etc.

Los autoservicios y almacenes que son atendidos por los distribuidores también imponen ciertas exigencias aunque de otro matiz. En este sentido, los autoservicios suelen exigir desde la entrega de producto sin

²² Comúnmente denominado Key Account Manager (KAM) o ejecutivo de ventas.

²³ Por retorno se entiende el descuento extra que pide el supermercado para vender el producto en sus góndolas y que el margen por la reventa sea mayor.

²⁴ Típicas promociones que se encuentran en el supermercado como ofertas de 3x2, la segunda unidad con 70% de descuento, etc.

cargo cada determinada cantidad de producto adquirido, dinero o producto a cambio de una mejor exhibición en góndola y/o para la instalación de punteras hasta la entrega gratuita de equipos de frío. Una vez más, estos pagos y/o descuentos también son solventados por el propio fabricante quien le compensa al distribuidor lo invertido mediante notas de crédito y/o entrega de productos sin cargo.

Lo aquí expuesto tiene por único fin poner en evidencia que al momento de determinar si corresponde la compensación por clientela en el contrato de distribución no sólo se debe analizar: (i) si corresponde la aplicación analógica de la regulación del contrato de agencia; (ii) el prestigio del producto; sino también (iii) la real operatoria del fabricante y el distribuidor de cara a los puntos de venta.

Esto último es por demás relevante porque si el punto de venta no adquiere el producto por su prestigio, lo hace por su valor y/o condiciones comerciales ofrecidas²⁵. Y las más de las veces estas pueden aparecer *prima facie* como soportadas por el distribuidor pero, en realidad, son solventadas por el fabricante quien las reconoce a través notas de crédito y/o producto sin cargo.

Todo ello evidencia que, en el caso de productos de consumo masivo de prestigio propio, no sólo la función del distribuidor se limita básicamente a la entrega del producto al punto de venta sino que, además, si negocia descuentos y/o promociones con el punto de venta, las mismas son generalmente solventadas por el fabricante. Por lo tanto, no hace esfuerzo económico alguno por ganar la clientela²⁶.

D) El beneficiario de la clientela:

²⁵ En similar sentido señala Marzorati al analizar la problemática de la exclusividad de territorio que “el público consumidor que tiene poca fidelidad respecto de quien le vende, es muy susceptible al precio o a cualquier condición especial por pequeña que sea, que le permita sacar una ventaja personal sobre el producto que adquiere” (Marzorati, Osvaldo, *Contrato de distribución - su regulación en el proyecto de Código Civil y Comercial*, pág. 125, en *Contratos Comerciales*, Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2014).

²⁶ No puede negarse que el distribuidor si debe velar por la correcta ejecución del producto en el punto de venta y que dicha tarea es relevante. Sin embargo, tiene por fin mejorar la exhibición del producto para lograr que los consumidores finales lo adquieran (producto fácilmente visible en góndolas, armado de punteras, etc.). No tiene influencia alguna en lo que atañe a la clientela en tanto el punto de venta ya es cliente.

Cuando un fabricante de productos de consumo masivo reemplaza un distribuidor en general no lo hace para atender de forma directa (con su propia fuerza) el punto de venta. Si ello ocurriera, respondería a una reorganización excepcional del fabricante que por alguna razón se decidió a efectuar las adecuaciones e inversiones necesarias (contratación de más empleados, camiones, negociación con sindicatos, etc.) para poder entregar el producto de manera directa.

Usualmente se trata de un mero reemplazo de distribuidores que, probablemente, responda a que el anterior no visitaba periódicamente los puntos de venta ubicados en su zona y/o a que el nuevo distribuidor tiene una red de distribución de mayor alcance.

En cualquier caso, el fabricante reemplaza al distribuidor con uno nuevo para mejorar sus ventas a través de otro tercero y no obtiene para sí beneficio alguno directo de la supuesta clientela adquirida por el anterior distribuidor.

Es más, el nuevo distribuidor le exigirá al fabricante que siga solventando los descuentos y/o promociones que le reconocía al distribuidor anterior para poder vender y exhibir de forma satisfactoria sus productos en los diversos puntos de venta.

E) La determinación de la utilidad neta:

Para entender el negocio de los distribuidores es importante efectuar la siguiente distinción: una cosa es la facturación bruta, otra es la utilidad neta y otra el margen.

Está claro que, en estos casos, mientras la facturación bruta es el dinero percibido por el distribuidor por la venta de los productos, la utilidad neta es la ganancia final que el distribuidor se lleva al bolsillo luego de cubrir con todos sus costos. A esos dos básicos conceptos hay que añadirle al menos el concepto de margen que es la diferencia entre el precio al que el distribuidor le compra al fabricante y luego revende al punto de venta (ejemplo: compra a \$ 10 al fabricante y revende a \$12). Como se advierte, el conocimiento del margen es fundamental en tanto incide directamente en la determinación de la utilidad neta.

En el fallo Diageo se estableció una utilidad neta equivalente al 40% de la utilidad bruta. El precedente fundó su criterio citando el fallo “*Tomassi Automotores c/ CIADEA*”²⁷.

Ahora bien, en el precedente Tomassi se estableció una utilidad neta del 40% en el entendimiento de que “*es habitual en la actividad comercial admitir una utilidad con márgenes que van del 30% al 40%*”. Este fundó su decisorio citando el fallo “*Paradiso Trans S.R.L. v. Massalin Particulares S.A.*”²⁸ en el cual se dispuso con idénticas palabras igual criterio aunque fijando una utilidad neta equivalente al 30% de la facturación bruta.

De la lectura de los citados fallos se advierte la ausencia de fundamento alguno que permita arribar a tan elevada utilidad neta. En efecto, la utilidad neta es dispuesta discrecionalmente en atención a “*que la peritación contable producida en autos no brinda información precisa en relación a la utilidad neta de la actora en su relación con las demandadas*”²⁹.

Sentado lo anterior, debe señalarse en primer término que los precedentes citados *ut supra* no efectúan distinción alguna para determinar una utilidad neta del 30% o 40%, como si fuera lo mismo cuando en realidad esa diferencia puede significar muchísimo dinero. Y lo que es aún peor, aplican el mismo criterio cuando en un caso se trata de compraventa de automóviles (“Tomassi”), en otro de cigarrillos (“Paradiso Trans”) y en el último de bebidas alcohólicas (“Diageo”). Son todos mercados totalmente distintos y con características de comercialización sustancialmente diversas.

Además, en momento alguno analizan el margen que percibe el distribuidor por cada producto que vendía. Una vez más, siendo que el margen es la diferencia entre el precio al que compra y el precio al que revende, resulta esencial para la determinación de la utilidad neta. Ello por cuanto, la diferencia de dinero obtenida de la compra y la reventa es el monto al cual luego se le deben deducir todos los gastos en que incurre el distribuidor (camiones, empleados, depósito, seguros, etc.). De allí que jamás se podría fijar una utilidad neta igual o superior al margen. Ni siquiera mínimamente similar.

²⁷ Dictado por la Sala A de la CNCom. el 14/12/2007, cita online LL: 35021106.

²⁸ Dictado por la Sala A de la CNCom. el 03/05/2007, cita online LL: 70039546

²⁹ “*Paradiso Trans S.R.L. v. Massalin Particulares S.A.*”

Incluso, el margen debe ser analizado por producto y por canal en tanto varía en cada ocasión. En este sentido, el margen varía según se trate de un producto con alta participación de mercado, más caro o más económico (todos factores que inciden en su volumen de venta) y en virtud del canal en tanto difiere el de hipermercados, supermercados y el minorista (autoservicios, kioscos y almacenes). Asimismo, el distribuidor puede tener a su cargo uno, varios o bien todos estos canales³⁰.

Por otro lado, es relevante tener presente que el margen de mercado por la reventa de productos de consumo masivo varía según el producto pero, por lo menos en los de alimentos, suele oscilar entre un 10% a 20% para el canal minorista, dejando al distribuidor una utilidad neta del 4% al 8%. Precisamente por esta razón es que estos distribuidores no se hacen cargo de los descuentos y/o promociones que ofrecen al punto de venta sino que las solventa el fabricante. De lo contrario, prácticamente irían a pérdida.

A este respecto, resulta ilustrativo el fallo La Salteña por cuanto del mismo surgen los márgenes acordados en el contrato celebrado entre La Salteña y su distribuidor Canoura. Los mismos son del 15% o 17% según el producto para el primer período de vigencia y luego incluso van decreciendo para las renovaciones siguientes.

Robustece lo expuesto, la circunstancia de que en muchas oportunidades el distribuidor transporta en sus camiones productos pertenecientes a diversos fabricantes. Es decir, muchos de los distribuidores de productos de consumo masivo ya tienen armada su red de distribución por lo que subir nuevos productos al recorrido del camión de autoservicios y almacenes no les significa un costo relevante sino que la ganancia derivada de la reventa del producto le queda prácticamente “limpia” y por ello los márgenes y la utilidad neta acordada es mucho menor.

El análisis efectuado, más económico que legal, procura dejar en evidencia la relevancia de conocer el negocio y mercado que se analiza en cada juicio de distribución que, además, no sólo es relevante a los fines de determinar la cuantificación de la compensación por clientela sino también el

³⁰ Con la salvedad expuesta en cuanto a que el canal supermercados generalmente lo atienden los fabricantes de productos de consumo masivo de manera directa.

preaviso y cualquier otro rubro cuya indemnización se calcula en base a la utilidad neta del distribuidor.

F) El aumento del giro de las operaciones:

Por si todo lo hasta aquí dicho no fuere suficiente para evidenciar la complejidad que reviste la temática de la compensación de la clientela, debemos añadir que incluso hay otras variables que también deben ser tomadas en cuenta.

En este sentido, cabe recordar que el art. 1497 establece que corresponde la compensación por clientela al agente cuando *“mediante su labor ha incrementado significativamente el giro de las operaciones del empresario”*.

Ahora bien, el incremento del giro de las operaciones del empresario también está íntimamente vinculado, por ejemplo, al crecimiento de la industria. En este sentido, cabe preguntarse: si la industria creció en los últimos años (ya sea porque el producto es helado y cada año hace más calor o porque es cerveza y también cada vez hace más calor y/o se benefició del hecho de estar de moda por el auge de la cerveza artesanal), ¿el incremento del giro de las operaciones fue mérito del distribuidor? O si el empresario incrementó sus ventas notoriamente luego de una exitosa promoción o campaña publicitaria, ¿qué esfuerzo hizo el distribuidor?

Lo expuesto procura evidenciar que el aumento del giro de las operaciones no necesariamente es fruto del esfuerzo del distribuidor.

G) La pérdida del derecho a la compensación por clientela:

Si a pesar de todo lo hasta aquí expuesto se considera aplicable analógicamente la compensación por clientela prevista para el contrato de agencia y correspondería la misma considerando todo lo expuesto en este capítulo, lo cierto es que ello de manera alguna puede contrariar las propias normas dispuestas en el art. 1497 y 1498 del CCC.

Es decir, si el art. 1498 establece expresamente que *“no hay derecho a compensación si: a) el empresario pone fin al contrato por incumplimiento del agente”*, entonces, de finalizar el contrato por culpa del

distribuidor, sin lugar a dudas éste carece de todo derecho a compensación por clientela.

Como bien señala Marcotullio, *“el hecho castigado por la ley es el de haber incumplido obligaciones que originan la resolución contractual”*³¹.

V. El preaviso en el fallo Diageo

El fallo Diageo también es novedoso y relevante en tanto dispone que la determinación del plazo de preaviso no debe responder a un criterio de aplicación mecánica. Es cierto que en el precedente no resultaron de aplicación las normas del CCC pero permite entrever el criterio que aplicará la Sala D a la regulación del preaviso.

La Sala consideró que un preaviso de 9 meses el mismo resulta suficiente para una relación de 12 años. Fundó su decisorio en el entendimiento de que adoptar una postura diversa importaría *“la consagración de un criterio cuya aplicación maquinal puede conducir a resultados no valiosos, especialmente en contratos que hubieran durado varias décadas, ya que la parte promotora de la rescisión podría verse obligada a mantener, luego del preaviso extintivo, por un eventual prolongadísimo lapso la relación contractual que desea extinguir, quedando expuesta entretanto a los vaivenes de un co-contratante cuyo interés en el adecuado cumplimiento puede naturalmente decaer en conocimiento de la situación extintiva planteada. Si semejante posibilidad se validara jurisdiccionalmente, rápidamente se abriría la puerta para comportamientos contractuales abusivos, lo que debe evitarse”*.

No podemos estar más de acuerdo en este aspecto con el fallo, principalmente, por dos razones: (i) porque el preaviso tiene simplemente por fin permitir al distribuidor disponer de un tiempo suficiente para poder planificar y decidir el destino de la organización comercial afectada hasta ese momento al cumplimiento del contrato³²; y (ii) porque como bien señala la Sala, durante

³¹ Marcotullio, Jorge en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, dirigido por Curá, José María, T° IV, pág. 65, Ed. La Ley, 2016.

³² CNCom, Sala D, 27/03/12, *“Humberto Holgado SRL c/ Cervecería y Maltería Quilmes SA s/ Ordinario”*; Sala D, 26/06/09, *“Editorial Ver SA c/ DYS SA s/ Ordinario”*; Sala A, 18/05/90, *“Victor Collado SRL e hijos c/ San Sebastián SA”*; Sala C, 13/02/98, *“Tercal SA c/ IM Argentina”*; Sala D, 22/12/04, *“Rodríguez Aleson y Costoya SA c/ Nobleza Piccardo SA”*; Sala E, 27/05/05, *“Souto, Ángel c/ Nobleza Piccardo SA”*

el preaviso el fabricante sigue vinculado a un distribuidor que ya perdió gran parte del interés en el producto.

Tan es así que, en muchas oportunidades, los fabricantes directamente prefieren pagar los meses correspondientes al preaviso en lugar de otorgarlo a fin de evitar el desabastecimiento y/o la desaparición de su producto de los puntos de venta.

Incluso, el otorgamiento de un preaviso que únicamente responde a una fórmula matemática en base a la antigüedad de la relación comercial puede desvirtuar el fin del preaviso al dar lugar a un plazo por demás extenso que carece de toda razonabilidad y, a la postre, derivar en un enriquecimiento sin causa del distribuidor³³.

Tal como reclama la doctrina, el preaviso debió haber sido limitado a un plazo máximo de 6 meses tal como ocurre en la Ley de Agencia Española del año 92 y como se previó para el contrato de distribución en el art. 543-20 de la Propuesta Española de Código Mercantil.

VI. El escollo sindical

El fabricante que actualmente quiere finalizar su relación con un distribuidor por la razón que fuere, lo primero que tiene que hacer es informarse respecto de la situación sindical de su distribuidor. Es decir, si tiene empleados en sindicatos y, en tal caso, en cual o cuales. Si no los tiene, puede sentarse directamente a negociar los términos comerciales de su cese. En el caso de que sí tenga, como ocurre en muchas oportunidades, antes tiene que negociar con el sindicato para evitar medidas de fuerza en sus plantas y/o oficinas.

A modo de ejemplo, cabe señalar que uno de los sindicatos más fuertes del país sólo da su visto bueno a la terminación de una relación de distribución si todos sus miembros son reubicados en otro distribuidor y si, además, se les paga la indemnización laboral que les pudiese corresponder.

³³ Nos remitimos a lo expuesto en Anaya, Gonzalo Luis, *Los sistemas de distribución. Reflexiones sobre los contratos entre comerciantes*, Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa. Buenos Aires, abril de 2014.

Caso contrario, toma las medidas de fuerza que son de público y notorio conocimiento³⁴.

Como se advierte, un fabricante puede llegar a quedar “preso” de su distribuidor sin siquiera haberse sentado a analizar si corresponde o no indemnización por preaviso y/o clientela.

Todo esto lleva a que los fabricantes de productos se vean obligados las más de las veces a arreglar la salida de muchos de sus distribuidores. Precisamente por ello, no suelen haber muchos juicios de este tipo ante la justicia a pesar de la inmensa cantidad de distribuidores que existen en el país y de su incidencia en el mercado en general. Se aclara que esta circunstancia no le quita relevancia a lo aquí expuesto en lo más mínimo por cuanto el criterio que fijen los tribunales es aquel en base al cual el distribuidor negociará su indemnización comercial.

En conclusión, la indemnización comercial que el fabricante pueda abonarle al distribuidor se viene a sumar a todas las indemnizaciones laborales ya abonadas por todos sus empleados y al enorme esfuerzo de conseguir reubicar en otro distribuidor a los que estuvieren sindicalizados. Todo lo cual, además, deriva en que el distribuidor no sea tan débil como muchas veces se cree.

VII. Apostillas finales

Hemos intentado dejar en evidencia que la temática de la clientela en los contratos de distribución es una cuestión por demás compleja y que requiere un minucioso análisis tanto desde una perspectiva jurídica como, especialmente, desde un enfoque fáctico de la actividad y real operatoria de las empresas involucradas.

Serán las sucesivas sentencias las que determinarán si este aparente cambio de criterio de la jurisprudencia finalmente se consolida o si simplemente fueron fallos aislados. Independientemente de ello, lo que también es relevante es que, de asentarse esta nueva corriente, en cada ocasión los

³⁴ En el caso de que el fabricante no represente la masa crítica del distribuidor, deberá hacerse cargo de los empleados en proporción a su peso en el negocio del distribuidor.

DECONOMI

AÑO I – NÚMERO 2

tribunales efectúen un pormenorizado estudio del caso con un acabado conocimiento del funcionamiento negocio, de los productos involucrados y del mercado analizado, evaluándose todas las aristas aquí expuestas.

Por ello, cerramos este breve trabajo trayendo a colación la sabia y ya clásica enseñanza de Cesare Vivante acerca de la exigencia que se plantea en el quehacer jurídico, tanto para el legislador como para el intérprete, de ajustar su quehacer a una atenta observación de la realidad sobre la que actúa.³⁵ Y esto es particularmente válido en el ámbito del derecho mercantil, particularmente sensible a los influjos de las prácticas internacionales y a la gravitación de las frecuentes mudanzas que responden a las innovaciones que se producen en los procesos de productivos de bienes y servicios.



DECONOMI

³⁵ Conf. Vivante, Cesare, *Trattato di Diritto Commerciale* -4ª edición-, quien señala de manera terminante en su prefacio: no se aventuren nunca a un tratamiento jurídico si no conocen a fondo la estructura técnica y la función económica del instituto que es objeto de su estudio.