

Límites al aprovechamiento de recursos conexos de la concedente en las redes de distribución comercial. ¿Sinergias legítimas o competencia desleal?

Por Martín Caselli. Comentario al fallo “Donati Hnos. S.A. c/ Renault Argentina S.A.” CNCom, sala D, publicado en El Derecho el 11 de agosto de 2009 al Número 12.314.

Sumario: 1. Síntesis de los aspectos más salientes de la relación entre las partes. 2. El requisito de Igualdad de trato en la red comercial. 3. Parámetros para calificar la competencia como desleal. 4. Las Conductas Configurativas de Competencia Desleal en el Caso Donati. 5. Conclusiones

Para la condena por daños y perjuicios impuesta a una terminal automotriz, la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial consideró que en su rol de concedente aquella incurrió en (i) Incumplimiento específico del contrato de concesión con apartamiento del principio de buena fe contractual, y (ii) Competencia desleal observada por la terminal en toda la red comercial, al tratar de modo privilegiado a sus concesionarias controladas.

El primero de los basamentos de la condena no será objeto de mayores comentarios. Consistió en un incumplimiento contractual que se configuró con la unilateral imposición al concesionario de un menor margen de utilidad; en rigor mantenimiento de una reducción pactada anteriormente ante una situación sectorial de emergencia pero cuya vigencia había ya concluido. Esta reducción tuvo una fuerte gravitación en el patrimonio del concesionario, constituyéndose a criterio de la Cámara en causante de buena parte de las desavenencias económicas que finalmente provocaron su quiebra.

El tratamiento del segundo de los pilares de la sentencia -competencia desleal incurrida por la terminal, principalmente en su actuación por medio de concesionarias vinculadas- es el aspecto del fallo sobre el que se construirán las reflexiones objeto del presente comentario.

1. Síntesis de los aspectos más salientes de la relación entre las partes:

La actora, Donati Hnos. S.A., fue concesionaria Renault durante cuarenta años, habiéndose iniciado el vínculo cuando la red comercial era manejada por Renault Francia y mantenido sin sobresaltos hasta que en 1992 una nueva conducción se hizo cargo de la titularidad y administración de la terminal automotriz en Argentina.

A partir de entonces comenzaron los principales problemas entre las partes, que fueron el antecedente de la ruptura contractual operada finalmente en Abril de 1997 por decisión de la principal alegando justa causa consistente en (i) fuerte desequilibrio financiero del concesionario, (ii) incumplimiento de su

compromiso de incrementar el capital de trabajo, e (iii) incumplimiento de la cancelación de pasivos financieros y comerciales con agentes financieros nombrados por la principal.

El juez de primera instancia admitió parcialmente la demanda y condenó a la terminal a abonar (i) una indemnización como consecuencia de la indebida retención del 2% sobre el denominado margen comisional y (ii) una indemnización sustitutiva de un preaviso de 18 meses que a criterio del juez hubiese correspondido, pues consideró que no existía justa causa para terminar el contrato de modo inmediato dado que el incumplimiento inicial propio de la terminal (caracterizado por la indebida retención del 2%) había provocado en gran medida las situaciones que ahora la terminal esgrimía como causales de terminación.

A su turno, la Cámara confirmó la condena por la retención del margen comisional y por la omisión del preaviso, pero además extendió la medida de la responsabilidad de la demandada condenándola a pagar daños y perjuicios equivalentes a la tercera parte¹ del beneficio que la actora hubiera obtenido durante la relación contractual si la concedente no hubiese incurrido en ciertas conductas que –contrariamente a lo merituado por la primera instancia- calificó como reprochables.

Las conductas de la demandada -fundamentalmente aquellas vinculadas a la relación con las propias concesionarias controladas- fueron calificadas por la sala revisora como constitutivas de competencia desleal basada en un trato privilegiado de la principal en favor de sus controladas.

A los efectos de apreciar como impropia –o no- la conducta de la concedente en el tratamiento a sus concesionarias controladas, corresponde indagar primeramente cuál es el correcto estándar de trato que legítimamente cabe que la principal dispense a sus concesionarios, sean éstos controlados o independientes.

En el caso en que la terminal posea concesionarias controladas cabe preguntarse: ¿es la igualdad sin matices el único patrón que el concedente devenido competidor debe seguir para no comprometer su responsabilidad? ¿Tiene el concedente/competidor algún margen de acción para aprovechar las sinergias derivadas de la conexidad de los variados bienes y empresas a su alcance?

Para dilucidar lo anterior corresponde indagar primeramente la extensión y adecuado alcance que cabe asignar al principio de igualdad de trato aplicable a los integrantes de las redes comerciales.

2. El requisito de igualdad de trato en la red comercial

¹ La delimitación de la condena a un tercio de los beneficios dejados de percibir por la actora se debe a que el fallo entendió que en el deterioro económico de la accionante también concurrieron otras concausas.

Diversas decisiones judiciales de los últimos años han instado la aplicación de este principio a las redes comerciales. En un primer análisis esta exigencia de igualdad de trato podría aparecer como algo impropia si se considera que para el armado de la red, el concedente celebra múltiples contratos bilaterales y separados entre sí cuyos contenidos no se hacen referencia ni consideración recíproca alguna. Por lo general, no son las condiciones insertas en un contrato las bases sobre las cuales se construye el otro. No existe una promesa expresa de igualdad de trato en ninguno de los instrumentos contractuales. Entonces ¿por qué este principio se ve aparentemente consolidado día a día? ¿Cuál es pues el alcance que corresponde otorgarle a este principio para que su aplicación no prive a las redes de la dinámica que les es propia?

La problemática de las redes comerciales presenta un amplio abanico de situaciones diversas y contextos distintos. El concedente (como todo empresario) enfrenta a diario un sinnúmero de situaciones provenientes de sus concesionarios que debe resolver adecuadamente para que la red continúe manteniendo su cohesión y funcionamiento armónico. Para dar solución a tales desafíos resultaría desacertado embretar al concedente exigiéndole respuestas idénticas a todas las situaciones que se van planteando. No son iguales los modos ni los tiempos donde situaciones aparentemente similares se presentan para ser resueltas.

No son iguales tampoco los antecedentes ni las solvencias financieras, comerciales o hasta morales de los distintos cocontratantes, en este caso los concesionarios. Así, por ejemplo es habitual que en determinado punto de la relación con el concesionario, éste requiera de algún auxilio financiero temporal. El otorgamiento por el concedente de una asistencia financiera particular a alguno de sus concesionarios no podría implicar un antecedente de cumplimiento siempre obligatorio para el resto de los casos. Aún en situaciones de pedido de auxilio aparentemente similares, pueden no ser iguales las percepciones en cuanto a conveniencia, posibilidad o incluso voluntad real de repago del crédito a otorgar.

Es habitual también que en ciertas redes comerciales, algunas zonas o concesionarios requieran de mayores incentivos que otros. Puede darse el caso que precisamente sea la desigualdad el elemento que el concedente deba utilizar para “nivelar” las condiciones que determinados distribuidores o concesionarios enfrentan a diario, por ejemplo en razón de su ubicación, capacidad financiera, o baja penetración local del producto que pretende comercializarse.

La eficiencia en el manejo de una red comercial requerirá por parte de su titular del criterio, pericia y diligencia propios de un hombre de negocios que por principio no puede asimilarse a una aplicación automática de políticas universales preestablecidas en un manual de procedimiento de aplicación mecanizada. Requerir ello en todos los casos, sería impulsar a las redes a sufrir un grave rallentamiento de su dinámica que podría perjudicar en definitiva a todos sus componentes.

Por supuesto que lo anterior no implica ni siquiera insinuar, que el titular de una red pueda entonces imponer caprichosa y unilateralmente distingos excesivos o arbitrariedades perjudiciales sostenido en la necesidad de que el negocio sea exitoso.

El respeto por el principio de igualdad exigido por la jurisprudencia en algunos fallos, debe analizársele –claro está- siempre dentro del contexto del caso particular que se resuelve. En consecuencia, para no incurrir en el error de proyectar indiscriminadamente y de manera lineal las soluciones pasadas y concretas a eventuales situaciones futuras y no determinadas aún, resulta útil poner en adecuado contexto dos recientes casos jurisprudenciales relevantes donde el principio de igualdad de trato ha sido exigido:

Kodak Argentina S.A. c/Foto Express S.A.:² En este caso la cámara hace expresa referencia a la necesidad de interpretar con un sentido funcional los hechos traídos a su juzgamiento. Puede sostenerse que en base a esa premisa el principio de igualdad fue utilizado en esta sentencia a lo efectos de verificar si la falta cometida por el concesionario era realmente considerada tan grave por la concedente como para convalidar una terminación con justa causa contra su concesionario, teniendo en cuenta que ante la misma falta cometida por otros concesionarios en diversas situaciones el concedente nada había hecho. Es decir, consideramos que el principio de igualdad se aplicó en este fallo para poder tomar una referencia acerca de la gravedad real que para que para el concedente tenía la conducta denunciada como causal de terminación justificada.

Pérsico c/Autolatina:³ Creemos que el adecuado análisis de esta sentencia debería llevarnos a concluir que no fue la discriminación al concesionario la verdadera causa eficiente de la indemnización reparatoria decidida, sino que –contrariamente- una de las evidencias del actuar antijurídico en que incurrió la principal quedó traducido en un trato desigual contra Pérsico, puesto que –a juzgar por el fallo- al resto de los concesionarios la concedente no los “atacaba” como sí lo hacía con el actor.

Es decir, la discriminación fue el síntoma del obrar dañoso, fue el efecto visible y no su causa. Lo anterior queda además abonado a poco de advertir que nuestro sistema jurídico –con excepción de las recientes enmiendas a la ley de defensa del consumidor- no recepta las instituciones indemnizatorias de tipo sancionatorias o ejemplificadoras (como los daños punitivos del derecho anglosajón) sino que solo admite la reparación integral de los daños efectivamente causados al acreedor. Ergo, en el plano de los derechos personales entre cocontratantes profesionales, la condena no podría consistir en una sanción por haber incurrido en actos de discriminación comercial, sino que deberá traducirse en una orden de indemnizar tendiente a retrotraer la situación al mismo estado en que se encontraba con anterioridad a la producción del/los hecho/s dañoso/s.

2 CNCom, Sala B, 05/06/2008, “Kodak Argentina S.A. c/Foto Express S.A”. Jurisprudencia Argentina. 2009-II. Pág. 18.

3 CNCom, Sala C, 28-02-2003. “Armando Pérsico S.A. c/Autolatina Argentina S.A.”

Consideremos que ocurriría si –a la inversa- una concedente observara una conducta abusiva y dañosa, pero fuera aplicada de manera pareja a todos sus concesionarios. Claramente allí no habría discriminación, pero la conducta en sí misma continuaría generando responsabilidad del principal.

Es pues otro –y no el trato desigual- el fundamento que permite en estos casos tildar a ciertas conductas como reprochables para nuestro orden jurídico generando la consecuente obligación de indemnizar.

Precisamente es la deslealtad en la competencia la conducta que al configurarse, gatilla los mecanismos de reparación indemnizatorios a favor del competidor perjudicado, en este caso el concesionario. Para completar el cuadro protectorio, a este amparo a la persona del competidor, nuestro ordenamiento le suma las normas de defensa de la competencia, las cuales – justamente por defender a la competencia en sí misma, escindida de la figura del competidor- imponen sanciones punitivas (no reparadoras) a ser aplicadas y percibidas por el estado.

3. Parámetros para calificar la competencia como desleal

¿Cómo determinar entonces si las conductas del concedente que actúa en la red compitiendo a través de sus concesionarios vinculados (en adelante, para una mejor exposición lo denominaremos “Concedente/Concesionario”), infringen los adecuados estándares de competencia, transformándola en desleal y generadora de responsabilidad?

Resulta de importancia esta determinación toda vez que a la Concedente/Concesionaria se le aparece al alcance de su mano una multiplicidad de bienes sinérgicos que le permitirían ciertos beneficios adicionales los cuales no son alcanzados por quienes –como los concesionarios independientes- no gozan de esa posición.

A ello se le suma el posible agravante de que es el concedente el único componente de la red que tiene contacto, flujo y acción con todos los demás, mientras estos últimos solo lo tienen de manera particular con aquel. Por ende puede darse el caso que ciertos bienes de uno de esos componentes (créditos, derechos, información, expectativas) fluyan hacia el principal y del principal puedan ser redireccionados a otro componente de la red.

Para calificar la conducta competitiva como desleal, debemos analizar fundamentalmente el medio que utiliza un competidor para captar clientela, puesto que al decir de Cabanellas⁴ la *competencia desleal implica competir con una intensidad que la ley no admite debido a los medios utilizados con ese fin*. Ese medio será válido si:

⁴ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo “Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia”, Editorial Heliasta, 2005, T. I, págs. 178/79.

- Responde a la noción de “uso honesto”, como parámetro utilizado por el artículo 10 bis del Convenio de París⁵ (norma específica de aplicación directa, incorporada a nuestra legislación);
- Se enmarca dentro de los límites delineados por normas genéricas de nuestro ordenamiento entre las cuales sobresalen los artículos 953, 1071, 1198 del Código Civil (normas generales de aplicación directa);
- Recoge preceptos jurisprudenciales entre los que cabe destacar recientes afirmaciones tales como *“...no constituye competencia desleal captar un cliente de un competidor, ya que esa es la esencia de la competencia. Sin embargo la libre competencia como toda libertad no es ilimitada, su ejercicio encuentra límites en los preceptos legales que la reglamentan y en los derechos de otros competidores: presupone un ejercicio legal y honesto del derecho propio, expresión de la integridad profesional. Excedidos dichos límites surge la competencia desleal, que ningún precepto legal define en razón de la infinita variedad de actos que pueden constituirla”*.⁶ (jurisprudencia);
- Se ciñen a conceptos de claridad expositiva como la esgrimida por Francesco Carnelutti al afirmar que *“En la concurrencia lícita los concurrentes corren juntos hacia una misma meta; vence quien llega primero. El juego es leal, en tanto cada uno se sirve, para adelantar a los demás, de sus propias fuerzas; cuando se hace así, el derecho asiste impasible a la competencia, como los jueces a una carrera. Pero el derecho no permite que alguno de los concurrentes impida a otro servirse de sus propias fuerzas ni menos que trate de utilizar las fuerzas de él; por ejemplo cuando se trate de una carrera de caballos que le encoja o le cambie la cabalgadura. Este ejemplo se acerca más de lo que se cree a la realidad, en el caso de la concurrencia en los negocios, donde se observa una triste inclinación a tratar de vencer deslealmente, dañando o sustrayendo al rival sus medios de trabajo, o bien sirviéndose de ellos para sí mismo”*⁷ (doctrina).

Ante la dificultad en elaborar una fórmula estándar sobre competencia desleal, resulta aconsejable entonces indagar cada caso con amplitud de criterio, por un lado, pero también con suma prudencia y conocimiento del negocio concreto tomando particular atención a la sabia recomendación de Otamendi al decir que *“debe tenerse cuidado de no convertir a la competencia en algo tan condicionado que termine eliminándola”*⁸

En el caso particular de las redes de concesionarios bajo análisis, podemos identificar las siguientes dos conductas globales que subsumen en sí las

5 Art. 10 bis del Convenio de París: “Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial”

6 Mayéutica SRL c/Entrepeneur. Sala A, 24/3/2000, publicado en ED del 4/8/2000.

7 Citado por Martínez Medrano, Gabriel en La competencia desleal en la Argentina Una aproximación a la competencia desleal desde el derecho privado. Jurisprudencia Argentina. 2002-I-1039.

8 Otamendi Jorge, La Competencia Desleal. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Año 3, Número 2. Año 1999. Pág.1

distintas prácticas que pueden ser calificadas como competencia desleal por parte del Concedente/Concesionario:

(i) Aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno a partir del cual se capta clientela, y

(ii) Obstaculización del desenvolvimiento del competidor, que se traduce en un daño efectivo.⁹

Al analizar estas dos conductas tengamos presente que el Concedente/Concesionario tenderá a aprovechar las sinergias propias de su organización, las cuales de acuerdo a la definición llana de la Real Academia Española tienen lugar cuando se produce la *“Acción de dos o más causas cuyo efecto es superior a la suma de los efectos individuales”*

Asumiendo como válido que a consecuencia del aprovechamiento de sus sinergias el Concedente/Concesionario pueda tener mejores resultados que el concesionario independiente, ese mejor resultado seguirá siendo admisible solo en la medida en que encuentre su causa en el poder potenciador típico de la sinergia (que permite optimizar y mejorar las prestaciones) y no en una indebido desplazamiento del concesionario independiente competidor.

Así por ejemplo podría darse el caso en que en razón del peso específico del Concedente/Concesionario, el concesionario controlado pudiera acceder a condiciones de financiamiento más ventajosas que a las que acceden los concesionarios independientes. Ese mayor beneficio que indudablemente tendrá el concesionario controlado no será reprochable en la medida en que no sea utilizado para generar un atractivo lo suficientemente determinante como para que un cliente opte por adquirir los productos de ese concesionario y no de otro.

Tampoco podrá utilizar el Concedente/Concesionario esa ventaja para generar precios predatorios o dumping interno por medio de los cuales se desplace a los concesionarios independientes competidores. Es decir, las sinergias del Concedente/Concesionario serán aceptables si mejoran su situación siempre que no sea excluyente, esencial o sustancialmente coadyuvante para la subsistencia misma del negocio que pretende sostener su competidor.

A la Concedente/Concesionaria cabe la responsabilidad adicional de monitorear la razonabilidad de las condiciones que impone en la red pues, si llegara a darse el caso que en virtud de esas condiciones, tan solo logran subsistir las concesionarias propias que cuentan con el apoyo de ingentes recursos de la principal, excediéndose los límites de la normalidad, entonces entra en juego la presunción de competencia desleal. Esta presunción, sin embargo deberá utilizarse con suma prudencia y siempre y cuando la situación de inviabilidad comercial apuntada se deba a un actuar del Concedente y no a

⁹ Martínez Medrano (obra citada) cita a Hefermehl en la sistematización sobre estas conductas que para él quedan divididas del siguiente modo: captación desleal de clientela, obstaculización desleal de los competidores, explotación desleal de los esfuerzos ajenos, creación de una ventaja competitiva por infracción del orden jurídico y perturbación del mercado.

vicisitudes del mercado o a los riesgos inherentes a todo emprendimiento empresarial, por los cuales la Concedente no debe responder.

La noción de “normalidad” es utilizada como parámetro para identificar las conductas que responden a un obrar natural que sigue el curso propio de los negocios y no está generado por artificialidad alguna.

Así, en el caso American Tobacco ¹⁰ se identificó el actuar anticompetitivo como aquel que tiene lugar cuando “... *una firma gana o mantiene poder monopólico, mediante una conducta que no es una respuesta normal a oportunidades de mercado, sino que está primariamente dirigida a limitar las oportunidades de sus competidores, de manera de expulsarlos del mercado o forzarlos a competir menos eficientemente*”

Asimismo, la normativa internacional sobre dumping utiliza la normalidad como parámetro de determinación de los límites de la actuación comercial leal. En efecto el artículo 2 del Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Gatt 1994) establece: “*A los efectos del presente Acuerdo, se considerará que un producto es objeto de dumping, es decir, que se introduce en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, cuando su precio de exportación al exportarse de un país a otro sea menor que el precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador*”

El apartarse de la normalidad ¹¹ implica falsear las condiciones de competencia, alterando a su vez las reglas de mercado. Es decir, el competidor desleal genera la apariencia de estar ofreciendo mejores condiciones para la adquisición de sus productos, pero esas mejores condiciones no son frutos de una buena performance en el manejo de su emprendimiento sino que son consecuencia de la introducción de elementos ajenos a la natural ecuación económica del negocio por el que compite. Así, lo habitual es que los comerciantes competidores, pretendan ganar como consecuencia de su intermediación entre la compra y la venta de la mercadería. Si unos de esos comerciantes, especulando con un futuro desplazamiento de su competidor, rompiera la lógica de revender para ganar con la diferencia entre el precio de compra/producción y el de reventa y consecuentemente trabajara deliberadamente a pérdida por debajo del costo, entonces esa práctica estará rompiendo la lógica empresarial y cabrá pues investigar una posible práctica de competencia desleal.

Jorge Borgo ¹² refiriéndose a las prácticas predatorias dice:

“El problema principal que plantean estas conductas... es que resulta difícil diferenciarlas de una activa rivalidad entre los competidores de un mercado ... No obstante, la siguiente cita de Sullivan permite identificar cuándo una

¹⁰ Citado por Bogo Jorge en. Conductas predatorias. RDCO 2000-29

¹¹ Por ejemplo la normalidad que observa un precio cuando responde a un valor equivalente al costo del producto más una razonable utilidad.

¹² Bogo, Jorge. Obra citada.

conducta trasgrede esta frontera entre una competencia agresiva y una competencia que tiende a deteriorar el grado y las condiciones en que se desarrolla la competencia en un mercado. Dice Sullivan que se trata de: '...una conducta que tiene como propósito y efecto mejorar la posición competitiva del actor, no a través de la mejora de su performance, sino amenazando dañar o dañando a competidores actuales o potenciales, de manera de sacarlos o mantenerlos fuera del mercado, o forzarlos a competir en forma menos efectiva'

Se advertirá que en esta definición, por pasiva, se pone de relieve que no es mediante un mejor producto, un mejor servicio, o con mejores precios, que se busca mejorar el posicionamiento de una firma en el mercado. No se trata como dice la colorida expresión de la jurisprudencia americana de "competition on the merits", sino de una conducta que tiene por objetivo amenazar dañar o dañar a competidores actuales o potenciales, y cuyos efectos son claramente anticompetitivos, ya que intenta sacarlos o mantenerlos fuera del mercado, o bien forzarlos a competir en forma menos efectiva."

Consecuentemente, si la viabilidad del negocio o la subsistencia misma del concesionario dependen sustancialmente de esos apoyos externos, subsidios, o dumping interno; o si deliberadamente se arbitraran las condiciones para que solamente subsista quien tiene sinergias para incorporar a su negocio, entonces ese actuar de la Concedente/Concesionaria será desleal. Por el contrario, no será cuestionable el actuar del Concedente si aprovecha la sinergia reportándole beneficios exclusivamente al Concedente, sin que ello implique que el concesionario ha quedado desplazado como consecuencia de la utilización de tal sinergia.

4. Las Conductas Configurativas de Competencia Desleal en el Caso Donati

Veamos ahora las conductas concretas que en el caso Donati han sido consideradas como configurativas de competencia desleal:

a) Privilegio en el reparto de cuotas de adquisición por cada concesionario respecto de los modelos más requeridos en el mercado:

Claramente este privilegio (en las proporciones indicadas en la sentencia que llegaron a alcanzar un 75% a favor de las concesionarias controladas) implicó competencia desleal si no primó un criterio objetivo o razonabilidad en el reparto de las cuotas.

De haber sido así, entonces la competencia desleal se configura en virtud del beneficio otorgado sin justa causal a los concesionarios vinculados a costa del independiente toda vez que los recursos a repartir son limitados.

b) Efecto finalmente inocuo de los intereses punitivos que la terminal imponía a su concesionaria subsidiaria en atención a que luego, en el balance consolidado de la Concedente/Concesionaria se producía una compensación

de esos punitivos no haciéndoselos efectivos de modo concreto al concesionario.

Contrariamente al primero de los hechos descriptos, creemos que este hecho no sería en sí mismo configurativo de competencia desleal. Es este uno de los supuestos donde la conexidad entre concedente y su concesionario puede implicar algún beneficio para una de ellas (en este caso la concesionaria controlada) sin que ello haya sido a costa del concesionario independiente.

Más aún, si se produce compensación en virtud de los balances consolidados esto puede beneficiar al concesionario controlado pero perjudica a la acreedora concedente. Repárese además que estos intereses eran punitivos (es decir aquellos establecidos para que funcionaran como sanción por incumplimiento y no como el fruto natural del capital en función del paso del tiempo); no eran moratorios. Es decir que quien sufría los efectos de estos intereses eran quienes observaron conductas que las partes habían pactado como disvaliosas, como ser atrasos o incumplimientos de otro tipo.

Esas conductas podían observarse o no y por ende los punitivos podían devengarse o no. No estamos (en este supuesto) frente a un caso donde fatalmente y de manera genérica todas las concesionarias requirieran de financiación y la concedente optara injustificadamente por tratar de manera distinta a unas que a otras.

c) Tolerancia de la terminal en relación con el deficiente estado patrimonial de las concesionarias controladas:

Su connotación positiva o negativa (conforme califique o no como competencia desleal) dependerá de la relación causal que esa tolerancia haya tenido en el agravamiento de la situación patrimonial del concesionario independiente (en este caso el actor, Donati). Es decir si como consecuencia directa del manejo de la red, o de condiciones impuestas por el Concedente, el concesionario independiente se viera forzosamente a mantener una situación patrimonial negativa, la tolerancia dispensada a su controlada podría configurar competencia desleal, toda vez que el concedente estaría “jugando al desgaste” de su competidor apostando a la extinción de aquel mediante el fortalecimiento permanente de la concesionaria subsidiaria. Esta situación mantiene caracteres análogos al denominado dumping interno, al que nos hemos referido más arriba toda vez que existe una utilización de recursos externos –por debajo de los parámetros normales- en favor del mantenimiento de una situación ficticia que provoca un daño al competidor independiente.

d) Instalación en la zona de una competidora directa controlada, previa adquisición del local comercial a una concesionaria de propiedad de familiares cercanos del presidente del directorio de la terminal:

Debemos señalar que en el caso bajo análisis, no existía exclusividad pactada en favor de ningún concesionario. No obstante ello, la conducta descrita será reprochable (como lo ha sido en la sentencia) no tanto por el hecho en sí mismo (instalación cercana habiendo adquirido el local de manos de otro

competidor “controlado”) sino que este hecho cobra significación si combinado con otras prácticas que sí califican como deshonestas (ej, la apuntada en el apartado a.- sobre reparto privilegiado y abusivo de cuotas, o faltas de entrega de mercadería) se produce un desplazamiento de la clientela a favor del controlado que sí ofrece los productos que el independiente no puede ofrecer como consecuencia de un desleal proceder del Concedente. Mucho más evidenciada queda la desleal competencia de la Concedente si, como en el caso, la sentencia indicó que aquella desplegó una “deliberada política de pérdidas” en algunas de las concesionarias vinculadas.

d) Exposición de vehículos de la terminal en locales de los concesionarios subsidiarios, mientras que al resto de los concesionarios se les exigía el pago de automóviles por adelantado.

Consideramos que esta circunstancia configurará competencia desleal, solamente si en virtud de variables manejadas por la sola voluntad del concedente, resultara insostenible para todos los concesionarios independientes el pago por adelantado y consecuentemente triunfara la concesionaria subsidiaria que no paga por adelantado. Es decir, consideramos desleal esta circunstancia si ella por si misma o combinada con otras que dependan de la mera voluntad de la Concedente, es excluyente para la subsistencia normal de los concesionarios independientes. De no ser así, entonces consideramos leal el actuar del concesionario vinculado aunque no pague por adelantado las mercaderías. Se trataría pues, tan solo de la utilización de la sinergia legítima de un concesionario que forma parte de un grupo empresarial mayor.

En este sentido, supongamos que esta problemática se diera, no ya en el concesionario controlado por la concedente sino por la concedente misma que opta por actuar directamente como concesionario sin interponer sociedad controlada alguna. En ese caso no podríamos sostener que un adecuado estándar de competencia leal aconsejara que ella misma se impusiera “autopagarse” por adelantado las mercaderías, “autodevengarse” intereses punitivos (situación abordada en b) o “autoexigirse” una mejor situación patrimonial (situación abordada en c).

La sentencia condenatoria de segunda instancia recaída en Donati califica como competencia desleal las conductas observadas por la demandada. La percepción judicial de los distintos elementos probatorios fue de grado tal que permitió afirmar de manera categórica que la demandada había montado un sistema tendiente a sustituir las concesionarias existentes *“por un sistema de concentración vertical que incluyera, además de la producción, una porción cuanto menos importante de la red de comercialización con incidencia de las concesionarias controladas en la formación del precio de mercado de los automóviles fabricados”*

Para afirmar lo anterior, el juzgador en uso de las facultades conferidas por nuestro ordenamiento debió recurrir a la utilización de importantes presunciones. Esa misma convicción judicial fue la que permitió ponderar como nulas las renunciaciones a acciones contra la concedente formuladas al momento en

que ésta otorgó ciertos mutuos a favor de la concesionaria. Nuevamente, es la sana crítica el criterio que guiará al juez para llegar a tal convicción. Cada caso podrá variar y de allí la importancia de no extrapolar soluciones idénticas a situaciones sujetas a juzgamiento que pueden variar aunque sea de modo casi imperceptible. De hecho, una posibilidad es interpretar (como lo hizo la sentencia) que al momento en que la concedente otorgó el mutuo, el beneficiario tenía su voluntad viciada y por ende las fórmulas renunciatorias manifestadas carecían de validez. El otro modo de merituar los mismos hechos podría consistir en considerar que en oportunidad del otorgamiento del mutuo (otorgamiento que salvo pacto previo no resulta obligatorio para la concedente) las partes quisieron rehacer una relación comercial que hasta la fecha se había deteriorado. La posición anterior no implica necesariamente ingenuidad toda vez que la concedente, reiteramos, no tenía obligación alguna de otorgar un mutuo.

Por último, la sentencia sostiene que el actuar de mala fe de la concedente “*resta legitimidad a toda resolución unilateral con causa que pudo intentar ejercitar*” Creemos que si bien la “*exceptio non adimpleti contractus*” es de plena aplicación en los contratos de comercialización, no en todos los casos el actuar de mala fe de una parte deba implicar que la otra pueda actuar de cualquier modo (también contrario a las previsiones contractuales) con licencia para observar cualquier tipo de conducta que bajo otras circunstancias hubiese constituido justa causa de terminación contractual. Ello implicaría alentar una escalada de incumplimientos y un estado de anarquía en una relación contractual aún no concluida.¹³ Creemos que en la aplicación del artículo 1201 del Código Civil sugerido por la sentencia debería considerarse la relación existente entre el primer incumplimiento de una parte con el posterior incumplimiento de la otra.

En consecuencia la excepción de incumplimiento solamente será de de aplicación “*en los contratos bilaterales en los cuales las prestaciones debidas por ambas partes se hallan en relación de interdependencia y deben ser cumplidas simultáneamente*”¹⁴ De no ser así los eventuales incumplimientos de una parte podrán ser alegados tiempo después como justificativo no causal que ampare cualquier tipo de incumplimiento posterior de la otra parte que de manera agazapada fue esperando el momento propicio para alegar la excepción. Ello otorgaría incertidumbre a la relación contractual y atentaría también contra el remedio previsto por los artículos 1204 del Código Civil y 216 del Código de Comercio (pacto comisorio) los cuales claramente tiende a preservar la estabilidad contractual.

5. Conclusiones

13 “*Esta defensa sólo tiene por efecto postergar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del demandado, manteniéndose inalterado el contrato, el que no se resuelve (CCiv.C, 6/5/59, JA 1960-III-4-S-24; CCiv.C, 28/2/66, LL 122-416, f. 55.521; CCiv.F, 28/9/61, LL 105-154, f. 47.363.), no correspondiendo adoptar ninguna resolución que afecte el fondo del asunto (CCiv.A, 27/9/60, LL 101-666, f. 45.832). Salas - Trigo Represas. LexisNexis - Depalma . Código Civil Anotado. 1999. Lexis N° 6802/001642.*

14 CCiv.C, 28/9/64, LL 117-762, f. 53.345; CCiv.D, 11/9/58, LL 96, vº Contrato, 19; SCBA, 29/12/31, JA 37-436; CBBI., 24/11/67, LL 130-669, f. 60.252; CRos., 12/5/64, LL 116-54, f. 52.594; CFTuc., 29/10/65, JA 1966-I-204, f. 11.338. Citado por Salas - Trigo Represas. LexisNexis - Depalma . Código Civil Anotado. 1999. Lexis N° 6802/001642

- 1) No existe óbice que impida a la concedente actuar también como concesionaria de su propia red. Sin embargo, al ponerse el ropaje de competidora deberá observar las reglas propias de la leal competencia.
- 2) El aprovechamiento de sinergias entre la concedente y sus concesionarios vinculados no puede ser interpretado de modo automático como competencia desleal. La igualdad de trato no es un principio cuya ausencia en sí misma alcance para que queden configurados actos de competencia desleal.
- 3) Los límites al aprovechamiento de sinergias entre la concedente y sus concesionarios estarán delimitados por la norma específica de nuestro ordenamiento (“usos comerciales honestos” exigido por el convenio de París) y una aplicación de las previsiones legales basales de nuestro sistema (arts. 953, 1071, 1198 Código Civil). Asimismo será determinante establecer si el mejor posicionamiento de la Concedente/Concesionaria se debe a la utilización de sinergias o en cambio si se debe a un actuar “a costa” del competidor independiente.
- 4) El distinto trato que pueda recibir un concesionario controlado por la concedente, no implica per se competencia desleal. Solamente ésta se configurará si la concedente dispensa ese trato distinto a su controlada como salvaguardia de condiciones inviables impuestas a los concesionarios independientes.
- 5) Asimismo se configurará competencia desleal si para el sostenimiento del grupo de concesionarios controlados, la concedente recurre a condiciones “anormales” (precios predatorios, dumping interno, subsidios improcedentes) desplazando a los concesionarios independientes.
- 6) El fallo analizado hace frente a la dificultad probatoria y a la falta de evidencia en la determinación causal entre los hechos probados y los daños alegados, recurriendo muy fuertemente a las pruebas de presunción autorizadas por el artículo 163 del Código Procesal. De este modo avanza de un modo vigoroso sobre las dificultades procesales y no se limita a tolerar impávido situaciones disfuncionales que cree haber detectado en el caso analizado.