

Contrato de concesión y relación de control. Indemnización  
sustitutiva de preaviso en una relación vigente desde 1972.  
El caso: *Automotores Valsecchi SA v Autolatina SA*.



Por:  
**Pablo Augusto Van Thienen**  
Director académico

# Contrato de concesión y relación de control. Indemnización sustitutiva de preaviso en una relación vigente desde 1972. El caso: *Automotores Valsecchi SA v Autolatina SA*.

Por: Pablo Augusto VAN THIENEN

Comentario correspondiente a los encuentros de debate de jurisprudencia mercantil, laboral y tributaria que mensualmente se llevan a cabo en el **CEDEF Law & Finance**.

## **Abstract.**

La sala E de la CN Comercial dictó veredicto en el caso *Autolatina* en el marco de un reclamo por daño contractual.

Se trata de la ruptura intempestiva e incausada de un contrato de concesión automotriz originariamente celebrado entre la familia Valsecchi y la Firma Ford desde el año 1921. Esta relación contractual padeció a lo largo de su dilatada historia diferentes cambios, entre ellos, los sujetos integrantes de la relación jurídica sustancial, cambios que se produjeron tanto en el ámbito del agente concesionario como de la terminal automotriz.

Recordemos que en la década del 80 las terminales se vieron forzadas a unir sus canales comerciales con el fin de mantener un mercado exiguo con una demanda insignificante. Por esta razón las marcas Ford y Volkswagen optaron por llevar a cabo una suerte de fusión comercial generando la empresa Autolatina Argentina SA, cuyos únicos accionistas eran ambas terminales. Sin embargo, una vez que el mercado se repuso ambas marcas se dividieron y por lo tanto se disolvió Autolatina pasando Automotores Valsecchi SA a integrar, nuevamente, la red de concesionarios Ford. La división de las marcas llevó a que el concesionario abandonara la marca Volkswagen mediante la firma de ciertas renunciaciones de derechos. El ingreso a la red Autolatina y la posterior salida por disolución de aquella implicó para el agente concesionario absorber ingentes inversiones en instalaciones, hasta incluso, nuevos locales comerciales.

Luego de más de 70 años de vida de la relación comercial entre Ford y Automotores Valsecchi SA, éste dejó de ser miembro de la red Ford, rescisión que se produjo a instancia de la Terminal mediante notificación cursada el 7 de agosto de 1997, aparentemente por culpa del concesionario. La intimación se hizo con 30 días de anticipación a la fecha efectiva del distracto lo que terminó generando un reclamo por daños y perjuicios estimado por Valsecchi en \$4.600.000. La concesionaria invocó abuso de posición y falta de preaviso suficiente considerando la antigüedad de la relación contractual.

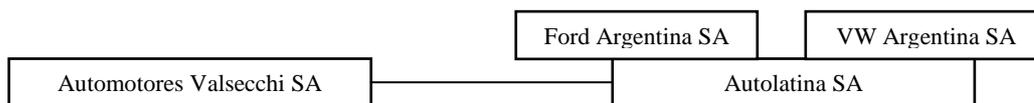
La sala no tomó en consideración que la relación comercial databa del año 1921 sino que tomó como fecha de nacimiento del vínculo contractual el año 1972 momento a partir del cual Valsecchi se convirtió en concesionario oficial Ford.

En esencia el caso aborda tres cuestiones relevantes: (i) la noción de control externo por parte de la terminal respecto del concesionario, (ii) los rubros susceptibles de ser indemnizados y (iii) el plazo razonable de preaviso para una relación contractual extraordinariamente extensa.

Esperamos que sea de utilidad pues presenta varias aristas sumamente atractivas para la discusión y el debate. A continuación explicamos el caso:

## I. El caso Autolatina (Sala E. 22 de diciembre 2009)

## A. Los hechos:



Art. 18 del Reglamento: “...la concesión que se desarrolla sobre la base de este Reglamento podrá quedar sin efecto en cualquier momento, a voluntad de la Compañía o bien del Concesionario, mediante aviso escrito entregado personalmente o enviado por correo certificado, y la terminación de la misma se hará efectiva a los treinta días de la emisión de tal aviso escrito...”.

“...la Compañía podrá sin embargo rescindir la concesión con efecto al día de la fecha de la comunicación fehaciente que a ese objeto deberá dirigir al Concesionario y sin que sea necesario otra interpelación judicial o extrajudicial, en caso de que se produzca cualquiera de las circunstancias siguientes: (...) E) Incumplimiento por parte del Concesionario de cualquiera de las obligaciones especificadas en el Artículo 5° del presente. (...) H) Incumplimiento por el Concesionario de cualquiera de las demás obligaciones a su cargo de acuerdo con los términos y estipulaciones del presente, siempre que dicho incumplimiento no fuese remediado dentro de los **treinta (30) días siguientes** a la intimación que al efecto le hará la Compañía por telegrama colacionado u otra forma fehaciente...”.-

Carta documento del 07/08/1997: “...Los incumplimientos a su obligación primaria de compra y representación de nuestra marca nos impone cancelarle el derecho a comercializar productos FORD a partir de los treinta días de la presente...”

B. Reclamo de Valsecchi: Daños y perjuicios por ruptura incausada e intempestiva del contrato = \$ 4.655.720,60.

Rubros: Reclamó dos rubros.

### 1. Daños causados durante la vigencia de la concesión

- reducción del 2% en las comisiones del concesionario (\$ 432.477);
- cobro de comisiones por planes suscriptos en los que se privó de la entrega de unidades, por haber sido cedidos a otra concesionaria (\$ 131.681);
- gastos para proceder a la separación de la bimarca (\$ 84.900);
- pérdida por remate de repuestos y herramientas especiales no readquiridos por Autolatina (\$ 153.488,6).

### 2. Daños causados por la resolución del contrato.

- Indemnización por pérdida de concesión (\$ 2.748.777);
- indemnización por despido del personal (\$ 30.000);
- daño moral (\$ 1.074.397).-

## C. Defensa de VW Argentina SA:

1. Carta del 27.11.1995. Falta de legitimación pasiva: VW opuso esta excepción en función de la CD remitida por Valsecchi donde expresamente renunció “...a la concesión existente de parte de vuestra compañía para la comercialización de los productos Volkswagen...” y declaró una “...expresa renuncia a iniciar cualquier tipo de reclamo o acción judicial contra Autolatina Argentina S.A. y/o sus sucesoras y/o Autolatina Argentina S.A. de Ahorro para Fines Determinados y/o sus sucesoras y/o Cía. Financiera Invercred S.A. y/o sus sucesoras, relacionado con el contrato de concesión que nos vinculara, y las relaciones comerciales que mantuvimos, no teniendo por tanto nada más que reclamar por concepto alguno a dichas compañías...”

D. El fallo a quo: Condena a Ford y Plan Ovalo y exime a VW y VW de Ahorro para Fines Determinados SA. Fijó como plazo razonable para el preaviso (en este caso) = 1 año.

Lucro Cesante: La mejor utilidad neta (mensual) de los últimos 5 años x 12 meses.

## II. El Criterio de la Sala.

1. Thema decidendum: Si la rescisión se produjo en forma regular conforme lo pactado y en caso contrario determinar el daño causado al concesionario.

2. Legitimación pasiva de VW | Vicio de la voluntad | Abuso de posición dominante: Qué concesionario renunciaría, sin más, a la concesión de una marca para luego constituirse (mediante una nueva sociedad) en agente de esa misma concedente soportando los gastos que esta operación acarrea (v.gr. conformación de un nuevo local, con otro capital operativo, nuevas instalaciones, personal) la respuesta es unívoca: ninguno.

Pede considerarse viciada la voluntad al haberse obtenido tales renunciaciones en un marco de mala fe en la ejecución del contrato y de abuso del derecho lo cual implicó un menoscabo grave de la libertad. Se obliga a una elección entre dos males optando por el que se estima que es menor -en este caso procurar continuar con un contrato de concesión de larga data aun renunciado a derechos- frente a la alternativa de extinguirlo ruinosamente. Encontrada viciada la voluntad de Valsecchi no corresponde hacer lugar a una excepción fundada en una renuncia nula.

3. Elementos configuradores de la culpa de Autolatina:

a. *Floor Plan & Sobre Stock de mercadería*:

Las terminales trasladaron a la concesionaria los problemas derivados de una cantidad importante de productos en stock mediante la implementación de un sistema denominado “*Floor Plan*” = la asignación de una cantidad determinada de vehículos directamente relacionado con el crédito de que gozaba la concesionaria. Cuando las concesionarias pagan una unidad, automáticamente se abre un lugar para que la fábrica pase a facturar otra que ocupa el lugar de la anterior, sin importar el nivel de venta, pagándose de esta manera intereses muy elevados, lo que determinaba que al momento de la venta no existiera ganancia alguna o en algunos casos hasta incluso pérdidas.

El Consejo Consultivo de Concesionarios Ford objetó el sistema al considerar que la tasa que ascendía al 15% anual “tiene una distorsión y no es un crédito”. “El concesionario no adquiría ni podía disponer la unidad. Sin embargo debía pagar intereses.

La Terminal incurrió en abusos e incumplimientos que controvierten la causa invocada para resolver el contrato por culpa de Valsecchi: a) Indebido cobro de elevados intereses y, b) imposición de un sistema de compra con pago anticipado. Este sistema implicaba que la red de concesionarias financiaba los costos de producción.

La renuncia impuesta a Valsecchi para la comercialización de los productos VW y la posterior contratación para la concesión de estos productos pero con una firma y local diferente arrojó un desequilibrio innecesario en las inversiones.

b) *Control externo de hecho (art. 33.2 LSC)*:

“... se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada: Ejerce una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades”.

“...cuando las empresas están vinculadas a través de cualquier contrato que coloque a una bajo la dependencia económica de otra (como suele ocurrir en un contrato de fabricación de partes, de distribución, de representación, etc.), esta última aun sin tener participación social en la primera, puede estar de hecho en una posición dominante que le permita imponer su voluntad a la primera, o ejercer sobre ella una influencia que le otorgue su control...”

“...el ejercicio de influencia dominante de una sociedad sobre otra consiste en imponerle pautas para el cumplimiento de su objeto social sometiéndola a una dirección unificada.

“... otra vía es la brindada por el control externo, en la cual la controlante no dispone del derecho a nombrar a los administradores de la controlada, pero está en condiciones de imponerle una dirección unificada...”

“... se trata de una situación de hecho emergente de relaciones económicas entre dos sociedades, una fuerte y otra débil, en cuya virtud la primera está en condiciones de imponer su voluntad a la segunda respecto de la administración de los negocios de esta última.

“...entre las formas contractuales de subordinación...”, pueden citarse “...los contratos de integración vertical, en los cuales una empresa terminal se vincula contractualmente hacia arriba, con proveedores o fabricantes de piezas o de partes (como los autopartistas), y hacia abajo con los distribuidores o concesionarios que se relacionan con los clientes...”

“...vínculos contractuales cuyas cláusulas crean a favor de la empresa dominante condiciones rigurosas que imponen un control económico o externo, a través de especiales vínculos como lo prevé el artículo 33, inciso 2) de la ley 19550 de sociedades comerciales...”, destacando que se trata “...por lo general...” de “...contratos de adhesión, con cláusulas predispuestas, pactos de exclusividad y controles de stock, publicidad, contabilidad, y servicios complementarios que subordinan a la pequeña empresa a la Terminal que impone tales condiciones...”

#### 4. Rubros indemnizatorios:

##### *i) Daños ocasionados por la resolución indebida del contrato de concesión.*

##### a) Indemnización por pérdida de concesión:

La libertad para decidir la finalización del negocio reconoce una limitación: el deber de dar al co-contratante un preaviso por un lapso razonable a fin facilitarle el reacomodamiento de la operatoria comercial.

Si se tiene en cuenta la naturaleza y particularidades de la relación entre las partes, la duración de la misma (25 años) -en efecto, más allá de la relación existente entre la familia Valsecchi y compañía Ford desde 1921, lo cierto es que la sociedad actora se convirtió oficialmente en concesionaria de la marca en 1972, para luego en el año 1991 operar con la bimarca (Ford y V.W.) mediante Autolatina Argentina S.A. y finalmente desde 1996 y hasta 1997 nuevamente con Ford Argentina S.A. No luce razonable pretender que el exiguo plazo de sólo un mes, resulte suficiente para que la pretensora pueda “...solucionar los inconvenientes que normalmente origina la cesación del vínculo...”

##### *a.1) ¿Cuál era el plazo razonable del preaviso?*

Corresponde hacer mérito: (i) al período por el que se prolongó la relación contractual y (ii) como de aquél que resulte necesario para evitar daños al distribuidor.

Resulta relevante la importancia del vínculo para el giro del negocio del distribuidor, el hecho de que el distribuidor cumpla con exclusividad o sin ella sus funciones, la mayor o menor simplicidad del producto o servicio y sus posibilidades de encontrar otra empresa interesada en comercializarlo por su intermedio, así como la extensión del ámbito territorial de distribución.

Proyecto de Código Civil (art. 1373): *El plazo de preaviso debe ser de un mes por cada año de vigencia del contrato, hasta un máximo de seis (6) meses.* Art. 1391, inc. B: mismo plazo de seis (6) meses es consagrado como preaviso suficiente para contratos con duración mayor a (5) cinco años.

Son varios los fallos de esta Alzada que han estimado razonable un preaviso de (6) seis meses (180 días) en contratos sin determinación de plazo de vigencia que se han ejecutado durante varios años (casos: Nestle | Massalin Particulares | Shell | Laboratorios Mollet | Nobleza Piccardo | Procter & Gamble).

Una relación contractual de las características que vinculó a las partes durante más de dos décadas Autolatina debió otorgar a Valsecchi un preaviso de (10) diez meses.

##### *a.2) Indemnización (sustitutiva de preaviso):*

Juzgo razonable tomar como base del cálculo relativo a la indemnización *sustitutiva de preaviso*, el importe correspondiente a la *facturación mensual neta promedio* correspondiente a los últimos 5 períodos de la relación comercial (93/97) + los intereses desde la fecha de la ruptura del contrato hasta el efectivo pago, a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para sus operaciones ordinarias de descuento a treinta días, no capitalizable.-

##### *a.3) Perito árbitro:*

Advirtiendo que la peritación contable practicada no alcanza para cuantificar este cálculo, pues se limita a indicar la utilidad del mejor ejercicio de los últimos 5 años, se deberá disponer, a los fines de cuantificar este rubro, la designación de un perito árbitro en los términos del artículo 516 del CPCCN.

*b) Indemnización por despido del personal:*

El despido de empleados para el supuesto de no poder readecuar la actividad luego de rescindido el contrato por parte del principal no sólo debió ser previsto sino que es atendido con la indemnización sustitutiva del preaviso.

Por tratarse de un contrato de tiempo indeterminado que en algún momento necesariamente concluiría, la actora debió haber provisionado la contingencia de los montos resultantes de las indemnizaciones por despido de sus empleados.

*c) Daño moral:*

Concebido como el perjuicio a las afecciones íntimas, resulta evidente que por carecer de toda subjetividad, las personas jurídicas no pueden sufrirlo.-

### III. Nuestro comentario.

#### **A. Floor Plan & Sobre Stock de inventarios.**

El Tribunal condenó esta política de la Terminal. Consideró la política de sobre stock como dañina para el agente concesionario y por lo tanto derivado de una conducta culposa. Fijar un piso de compra de unidades – como obligación del concesionario - sin considerar las ventas efectivas o posibles se enmarca dentro de una típica conducta destinada a causar un daño.

Este aspecto comercial de los contratos de organización empresaria ha sido abordado por nosotros al comentar el caso Grimaldi. A continuación nuestras reflexiones:

*Está claro que cargar a la red con inventarios en exceso de lo que la red puede soportar no responde sólo una maldad sino que responde a una necesaria planificación financiera del propietario de la red quien precisa desprenderse de los inventarios y cargar todo el peso financiero del stock sobre su red de franquiciados.*

*La literatura financiera explica que los inventarios representan capital inmovilizado y como tal debe circular para generar flujos de caja. Poseer inventarios no es un buen negocio en épocas de estabilidad inflacionaria. Bajo esta ecuación financiera el fabricante necesita convertir sus inventarios en dinero y la mejor forma de hacerlo es enviando la producción a la red canjeando bienes de cambio por cuentas a cobrar.*

*Este simple pase contable genera en términos financieros una eficiencia mayúscula pues permite mejorar los índices de capital corriente y los de rentabilidad sobre el activo. Se observa así que la política de saturación de inventarios cargando los depósitos del canal comercial tiene por única finalidad perseguir un interés exclusivo del titular de la red.*

*Mirado el problema desde la perspectiva del franquiciado observamos que éste soporta todos los costos operativos de almacenaje y además absorbe inventarios con cargo a pasivos comerciales.*

*No nos olvidemos que las cuentas a cobrar del titular de la red representan al mismo tiempo las cuentas a pagar de los integrantes de la red. En esta relación de crédito – débito se traba el conflicto produciendo en el franquiciado una situación de estrangulamiento financiero.*

*La fórmula de exceso de stocks, sumado a la disminución de ventas por apertura indiscriminada de locales, más precios de lista al público sugeridos terminó devengando responsabilidad contractual del franquiciante.*

## **B. Relación de control y posición dominante como acto dañoso.**

Este aspecto del fallo es el más preocupante pues endilga responsabilidad civil al concedente derivado de la relación de control y de la posición dominante de la Terminal sobre la red de concesionarios. El Tribunal juzgó que en la relación concedente – concesionario existió una clara relación de control generador de responsabilidad civil. Dicho control surgiría “*de los especiales vínculos existentes entre las sociedades*”, esto es entre la Terminal y la red. Sin duda este aspecto del fallo nos debe alertar y llamar a la reflexión pues no existen dudas de que en la relación de concesión, distribución, agencia, franquicia y/o cualquier otro negocio de organización empresaria - cuando es de naturaleza exclusiva – puede generarse una relación de control. Ahora bien esa relación de control no devenga por sí misma responsabilidad civil sino sólo cuando, a través de ese control, se produce un daño en forma abusiva.

En este sentido la Sala fijó el siguiente criterio, para nosotros bastante vidrioso por cierto: “...cuando las empresas están vinculadas a través de cualquier contrato que coloque a una bajo la dependencia económica de otra (como suele ocurrir en un contrato de fabricación de partes, de distribución, de representación, etc.), esta última aun sin tener participación social en la primera, puede estar de hecho en una posición dominante que le permita imponer su voluntad a la primera, o ejercer sobre ella una influencia que le otorgue su control...” “...el ejercicio de influencia dominante de una sociedad sobre otra consiste en imponerle pautas para el cumplimiento de su objeto social sometiéndola a una dirección unificada”.

Hasta aquí estamos de acuerdo con la descripción de control y posición dominante que podría derivar de una relación contractual bajo condición de exclusividad; ahora bien esa relación de control o posición dominante no devenga por sí misma responsabilidad civil. No se trata de un responsabilidad de tipo objetiva fruto de la relación de control dominante. Para que prospere la responsabilidad por control y posición dominante es necesario el ejercicio abusivo de esa posición. De lo contrario no hay responsabilidad.

El Tribunal parte del modelo David v Goliat donde en la relación de concesión existe una parte débil y otra fuerte siendo esta última la Terminal y la débil la red. El juez sentó el siguiente criterio “... se trata de una situación de hecho emergente de relaciones económicas entre dos sociedades, una fuerte y otra débil, en cuya virtud la primera está en condiciones de imponer su voluntad a la segunda respecto de la administración de los negocios de esta última”. La presunta relación de fuerza en este tipo de contratos está siendo puesto en entre dicho por la jurisprudencia del foro mercantil. Existen reiterados precedentes que admiten y reconocen la relación de fuerza pero que no desconocen que ésta sea tan exageradamente brutal como para inhibir por completo la libertad de opción y la autonomía negocial del miembro de la red<sup>1</sup>.

El fallo pega en el corazón de los negocios de organización empresaria pues entiende que hay relación dominante cuando “...existen vínculos contractuales cuyas cláusulas crean a favor de la empresa dominante condiciones rigurosas que imponen un control económico o externo...” y “...por lo general suelen ser contratos de adhesión, con cláusulas predispuestas, pactos de exclusividad y controles de stock, publicidad, contabilidad, y servicios complementarios que subordinan a la pequeña empresa a la Terminal que impone tales condiciones...”

Decimos que da en el corazón del negocio pues los contratos de organización empresaria tienen por objetivo ofrecer al empresario un esquema de comercialización de sus productos mediante el cual los concesionarios deciden incorporarse a la red comercial, aún suscribiendo contratos con cláusulas predispuestas y aceptando condiciones contractuales propias de quien se incorpora a una red comercial. El control de la red por el titular de la marca o producto es esencial para la eficiencia del sistema y esto el concesionario lo sabe y conoce perfectamente.

## **C. ¿Cuál es el plazo de preaviso “razonable” para un contrato a plazo indeterminado?**

El Tribunal consagró un plazo de 10 meses como preaviso razonable para un contrato de más de 20 años de duración y para ello tomó como parámetro el proyecto de reforma al Código Civil que prevé un plazo máximo de 6 meses para contratos de un plazo mayor a 5 años.

---

<sup>1</sup> El lector interesado puede consultar VAN THIENEN. *Distribución y operaciones de M&A. Salidas concertadas: el caso Maltería & Cervecería Quilmes SA*. Working Paper 66. [www.cedeflaw.org](http://www.cedeflaw.org)

Es verdad que el preaviso tiene por objetivo darle a la parte preavisada la posibilidad de reorganizar su negocio, sea éste el concesionario como el comitente. Tanto la salida ejercida por un miembro de la red como la ruptura de la relación contractual por el concedente imponen un plazo de preaviso pues ambas partes necesitan reorganizarse.

La pregunta de fondo es: ¿cuál es el preaviso económicamente razonable? La verdad es que es muy difícil establecerlo y prueba elocuente de ello es la jurisprudencia del foro mercantil que está intentando trazar un derrotero pero que está muy lejos de fijar un criterio uniforme.

El precedente Autolatina nos indicaría que el preaviso razonable debería ser un mes por cada año de antigüedad de la relación. Hasta aquí podríamos estar de acuerdo, sin embargo a la hora de computar la antigüedad el Tribunal pone un límite fijando en forma arbitraria y antojadiza un tope: *10 meses*.

De esta forma lo que luce razonable a primera vista se torna arbitrario. No hay razón para fijar un tope si entendemos que el preaviso tiene por misión dar a la parte preavisada la posibilidad de reorganizar su negocio y su patrimonio luego del distracto arbitrario, injustificado e incausado. No podemos dejar de poner de relieve que estamos hablando de una ruptura contractual dañosa.

No es paradójico que a mayor plazo de la relación comercial le corresponda un plazo proporcional de preaviso, sin necesidad de poner topes arbitrarios e injustificados. ¿Por qué 10 meses y no 12? ¿Por qué 10 meses y no 21? La respuesta a este interrogante nadie puede darla con certeza y la verdad es que, para quien mantuvo una relación comercial y contractual durante más de 20 años con un mismo proveedor, iniciar una nueva actividad, reiniciarla pero bajo otra marca, o desmantelarla por completo puede ser una tarea fácil o bien difícil; eso dependerá de cada caso.

No perdamos de vista que el plazo de preaviso está íntimamente relacionado con la indemnización sustitutiva y por ello consideramos esencial no fijar topes. Establecer límites al plazo de preaviso puede funcionar como incentivo perverso: *alienta la ruptura contractual dañosa pues le pone un tope al costo de salida*.

#### **D. Indemnización sustitutiva de preaviso como costo de salida.**

Este rubro resulta sumamente interesante puesto que significa compensar los daños causados por no haber preavisado al cocontratante la decisión de terminar la relación contractual o, en su caso dar un preaviso irrazonablemente exiguo. En el caso Autolatina el preaviso fue de 30 días de acuerdo con el contrato. El Tribunal juzgó que el preaviso debió ser de 300 días (en promedio).

Como indemnización sustitutiva de preaviso el juez estableció la siguiente fórmula: *la facturación mensual neta promedio de los últimos 5 ejercicios + intereses a la tasa activa BNA para sus operaciones de descuento a 30 días no capitalizables*.

Esta fórmula no es coherente con su objeto: *sustituir el preaviso*.

La verdad es que el Tribunal fijó para un contrato de más de 20 años de antigüedad un plazo de preaviso razonable de 10 años, sin embargo a la hora de establecer el costo de salida por haber omitido la obligación de preavisar nos fija una fórmula que poco y nada tiene que ver con el fin de la indemnización. El juzgador consideró razonable compensar el daño provocado por la falta de preaviso en la facturación mensual neta promedio de los últimos 5 ejercicios. O sea para un contrato de más de 20 años de duración sería razonable – en opinión de la sala – una indemnización que considere la facturación mensual de los últimos 5 ejercicios. No hay duda que esta fórmula resulta ser bien arbitraria y dista de ser coherente y razonable.

Si seguimos el criterio de la sala podríamos establecer la siguiente escala: 2 ejercicios para un contrato de 10 años, 1 ejercicio para un contrato de 5 años, 6 meses para un contrato de 2 años y 3 meses para un contrato de 1 año. ¿Funciona esto así?

La facturación mensual neta promedio de los últimos 5 ejercicios significa sumar todas las facturaciones netas mensuales y ese total dividirlo por 60. Esta fórmula nos permite acceder a la facturación promedio del período. Obtenido el promedio corresponde multiplicarlo por 60 meses.

La pregunta de fondo aquí es ¿por qué 60 meses para el cálculo de la indemnización?

Lo cierto es que el tribunal juzgó razonable fijar un plazo de 10 meses como preaviso. No se entiende el racional de fijar plazos diferentes cuando en rigor de de verdad tanto el preaviso como la indemnización sustitutiva de aquel deben guardar – necesariamente – alguna coherencia sistemática. Caso contrario el mercado queda desorientado frente a criterios jurisprudenciales que no ayudan a brindar certeza en un aspecto tan sensible y relevante para la vida de los negocios y los contratos como poder estimar los costos de salida<sup>2</sup>.

El Tribunal nos está diciendo lo siguiente: si damos un preaviso de 10 meses en un contrato de 20 años de antigüedad nos estamos ahorrando el costo de salida o dicho en otras palabras, si no queremos dar el preaviso tenemos que soportar el pago de la indemnización sustitutiva: *la facturación mensual neta promedio de los últimos 60 meses*. Y es aquí donde adquiere peso específico el asunto. Al empresario le interesa conocer con certeza los costos de salida de los contratos para poder estimarlos a la hora de ingresar en ellos, y la verdad es que el criterio sentado por el Tribunal está lejos de colaborar con el mercado.

El precedente Autolatina adquiere especial relevancia en este tema pues el rubro *indemnización sustitutiva de preaviso* viene a reemplazar los rubros daño emergente y/o lucro cesante. En esta instancia el tema adquiere trascendencia práctica y jurídica.

### **E. Indemnización de personal.**

Este rubro fue negado por el Tribunal bajo el sano criterio de que dichas indemnizaciones devengadas como consecuencia de la ruptura del contrato están incorporadas dentro de la fórmula indemnizatoria. Siendo el sueldo y en consecuencias las indemnizaciones un costo operativo del concesionario y considerando que la indemnización sustitutiva se fijó sobre la base de la facturación neta mensual luce criterio acertado desconocer este rubro.

### **F. Nuestra conclusión. Nuestra recomendación.**

El precedente Autolatina resulta sumamente interesante pues fija un criterio jurisprudencia que consideramos interesante: *la indemnización sustitutiva de preaviso*. Este sería el aspecto acertado del fallo. El lado negativo estaría dado por la incertidumbre que genera el plazo de preaviso fijado y la fórmula de indemnización sustitutiva establecida. El Tribunal no explica las razones económicas de su decisión. Esto hace que luzca irrazonable o cuanto menos caprichoso.

El caso merece ser atendido pues deja enseñanzas interesantes. Sin embargo, a la hora de redactar el pacto comisorio en contratos a plazo indefinido, debemos prestar especial atención en el diseño de la cláusula comisorio y sus costos de salida en función del criterio sentado en este importante precedente jurisprudencia, prestando especial atención al plazo de preaviso y a la fórmula de indemnización pactada que nosotros entendemos podría ser igual, similar o diferente a la sugerida por la sala E.

Dada la incertidumbre que genera los diferentes criterios jurisprudenciales trazados es altamente recomendable no dejar en manos de los Tribunales las pautas de indemnización siendo recomendable incorporar a los contratos una cláusula comisorio superadora de los modelos tradicionales. Esto exige diseñar cláusulas que le permitan a ambas partes conocer sus costos de salida.

Esperamos que estas reflexiones sean de utilidad.

Atte.,

Pablo A. Van Thienen

---

<sup>2</sup> El juez *a quo* fijó la indemnización de lucro cesante bajo la siguiente fórmula: la facturación neta mensual de los últimos 5 ejercicios x 12. Esta fórmula luce coherente si consideramos que el juez fijo en 12 meses el plazo de preaviso.