

Pacto de indemnidad en el contrato de concesión y sus efectos frente a terceros: análisis del caso *Coca Cola*.



Por:
Pablo Augusto Van Thienen
Director académico

Pacto de indemnidad en el contrato de concesión y sus efectos frente a terceros: análisis del caso *Coca Cola*.

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 C de la Cámara Nacional Comercial dictó veredicto en el caso Cocal Cola – FEMSA. Un precedente sumamente útil dentro de los contratos de organización empresaria, entre ellos el contrato de distribución.

El caso es rico en sí mismo y no merece mayores comentarios. Es un precedente relativamente añoso (2007) pero muy vigente. Es común observar este tipo de pactos de inmunidad civil en contratos de concesión, distribución, franquicia, agencia y/o cualquier otro contrato de organización empresaria. El objeto de este pacto es mantener indemne a una de las partes del contrato por reclamos que terceros puedan promover con motivo del negocio contractual que los une. También puede ser recíproco.

La firma Coca Cola – FEMSA fue demandada en sede laboral por un empleado de su distribuidor (un accidente de trabajo). El empleado demandó al distribuidor y a Coca Cola como dueño de la marca comercial y principal. Coca Cola – FEMSA fue condenada en sede laboral a pagar la indemnización.

Luego de efectuado el pago la firma Coca Cola – FEMSA demandó a su distribuidor para recuperar lo pagado en el expediente, intentado hacer efectiva la garantía de indemnidad por vía de repetición.

El aspecto más relevante de este precedente es que a la fecha de promover el reclamo judicial solicitando repetir lo pagado, la relación jurídica entre Coca Cola – FEMSA y su distribuidor se encontraba rota; es más ambos estaban litigando en el foro comercial. Transportes CADAM había demandado a Coca Cola por daños derivados de incumplimiento contractual y abuso de posición dominante. Incluso llegó a sostener que la relación de distribución era de naturaleza laboral.

Otro argumento del distribuidor fue que siendo Coca Cola la parte incumplidora del contrato de distribución, mal puede ésta reclamar el cumplimiento de la obligación de garantía.

La sala C desoyó los argumentos de Transportes CADAM accediendo al reclamo de Coca Cola – FEMSA.

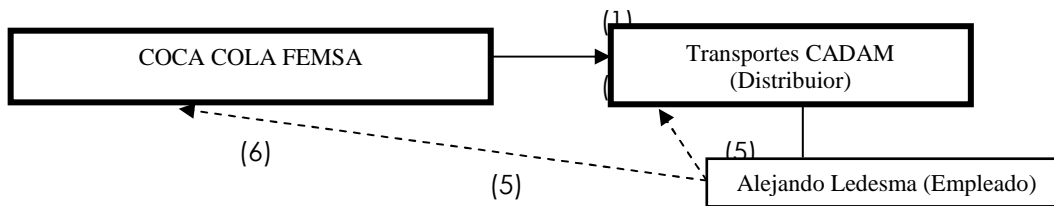
El caso merece ser atendido por la trascendencia que tienen estos pactos en la actualidad siendo por lo tanto un precedente relevante para los operadores del mercado.

Veamos:

I. El caso Coca Cola – FEMSA (Sala C. 7 de diciembre de 2007)

A. Los hechos:

Seguidamente una breve descripción gráfica de los hechos con sus respectivas notas aclaratorias para una mejor comprensión.



(x)

26.10.93
02.08.98

11.10.96

21.11.97

1

2

3

4

- 1) Contrato de distribución comercial.
- 2) Renovación.
- 3) Rescisión por Coca Cola Femsa.
- 4) Demanda Transportes CADAM contra Coca Cola FEMSA por daños y perjuicios. Rescisión incausada e intempestiva.
- x) Ocurre el accidente laboral.
- 5) Demanda laboral contra CADAM y Coca Cola.
- 6) Coca Cola es condenada en sede laboral a pagar indemnización = \$127.634. Paga el 11.10.95
- 7) Coca Cola solicita reintegro de la indemnización de acuerdo con el pacto de indemnidad previsto en el contrato de distribución.

Cláusula 11: "Mantener a Coca Cola FEMSA indemne y hacerse cargo de toda responsabilidad y sumas condenadas contra Coca Cola FEMSA incluido costas y/o cualquier otra suma que **ésta haya tenido que pagar** como consecuencia de juicios promovidos por terceros y/o dependientes del Distribuidor ..."

B. Reclamo de Coca Cola - FEMSA: Repetición de sumas adeudadas como consecuencia del pacto de indemnidad = Cumplimiento de contrato.

C. Defensa ensayada por cadam:

1. El reclamo resulta cosa juzgada pues Coca Cola fue vencida en sede laboral.
2. La relación jurídica habida entre los socios de CADAM y Coca Cola FEMSA era de naturaleza laboral.
3. Contrato de adhesión. Posición dominante de Coca Cola FEMSA.
4. Lesión subjetiva = art. 954 C.c. No se aplica el artículo 1197 C.c.
5. Falta de legitimación activa de Coca Cola FEMSA. El contrato se encontraba rescindido al momento de la demanda.
6. Excepción artículo 1201 C.c. = el incumplidor no puede exigir cumplimiento

1. Instancia: Hizo lugar a la demanda. Conforme cláusula contractual debe admitirse la acción de regreso promovida por Coca Cola.

II. Criterio de la sala.

1. La falta de legitimación activa: En el expediente *CADAM v. Coca Cola* se desestimó la demanda = No hubo incumplimiento de Coca Cola, salvo el pago de una factura adeudada a CADAM.

2. Interconexión contractual: No hay interconexión en las prestaciones que lleve a la necesidad de que el cumplimiento deba ser simultáneo. No hay reciprocidad ente el pago de una factura adeudada y el pago del reintegro de la indemnidad.

3. Subrogación: Se aplica el principio de subrogación previsto en el artículo 768 C.c.

4. Pacto de indemnidad y cláusula abusiva: No es irrazonable que el distribuidor asuma la obligación de indemnidad pactada liberando al cocontratante de responsabilidad civil ante reclamo de terceros.

III. Nuestro comentario.

A. La garantía de indemnidad y la interpretación del contrato.

El pacto de indemnidad está llamando la atención de los Tribunales del foro. Ya son varios los casos donde tuvo que intervenir al poder del Estado para dirimir la contienda entre beneficiarios de esta garantía y sus dadores. Los casos Greenwich Investment, Intermarbingo, Tevycom Fepaco y Rey Armando son muestra de que el pacto de indemnidad está dando que hablar.

Y está dando que hablar pues siendo aquel un negocio atípico destinado de reglar derechos y obligaciones y dado que el principal derecho del beneficiario de la garantía consiste en obtener la indemnidad y, la única obligación del dador es mantener indemne al beneficiario, el pacto parece simple a primera vista pero, ha resultado ser muy complejo en su faz de ejecución. ¿Cómo hacer efectiva la garantía de indemnidad? ¿Cómo opera esta garantía atípica? ¿Debe producirse el daño primero para repetir después?

Siendo el pacto de inmunidad un acuerdo esencialmente producto de la autonomía de configuración contractual, los derechos y obligaciones derivarán – sustancialmente – del texto del pacto y, en última instancia de la interpretación que haga el juzgador. Los casos citados más arriba son una muestra elocuente de esto que afirmamos pues en todos ellos la cuestión se dirimió en función de la labor hermenéutica del Tribunal (en particular la sala D).

Así pues tanto en el caso Tevycom Fepaco como en el caso Rey Armando (que son posteriores al caso Cocal Cola) el juzgador entendió que del texto literal del pacto no surgía la necesidad de que el beneficiario debía pagar primero para luego repetir contra el dador de la indemnidad. El Tribunal entendió y sentó un criterio: no hace a la operatividad del negocio de indemnidad que el beneficiario deba primero hacerse cargo del reclamo para luego ir contra el dador de la garantía. Incluso llegó a interpretar que no hace a la naturaleza de este negocio que el beneficiario de la indemnidad deba soportar el daño. Esto es contradictorio con la noción de indemnidad (*sic*).

B. El pacto de indemnidad en el caso Coca Cola FEMSA. *Solve et repete*.

Aquí el pacto introducido en un negocio de distribución decía textualmente lo siguiente:

*“El Distribuidor deberá mantener a Coca Cola FEMSA indemne y hacerse cargo de toda responsabilidad y **sumas condenadas** contra Coca Cola FEMSA incluido costas y/o cualquier otra **suma que ésta haya tenido que pagar** como consecuencia de juicios promovidos por terceros y/o dependientes del Distribuidor”.*

Parece claro del texto del pacto que a la Firma Coca Cola FEMSA le estaba vedado solicitar el cumplimiento de la obligación de indemnidad si previamente no se producía el daño patrimonial: pago de la condena en el juicio laboral.

Del texto contractual parece clara la intención de las partes, esto es que primero el beneficiario debía hacerse cargo del pasivo para luego reclamar el reintegro al dador de la garantía. Ese reclamo podía incluso llegar a instancia judicial. La cláusula hace expresa referencia a *sumas condenadas* y *sumas que* (el beneficiario) *haya tenido que pagar*. Es indudable del propio pacto de indemnidad que el beneficiario de la garantía debía primero soportar el costo del pasivo para luego proceder al reclamo contra el dador de la garantía. A punto tal es claro este texto que la indemnidad solo era efectiva y operativa para el supuesto de reclamos judiciales. Los extrajudiciales y/o administrativos quedaban fuera de la indemnidad patrimonial. El artículo 218 del C.com nos ensaña esta forma de interpretar los contratos mercantiles, siendo la primera regla que la intención de las partes debe surgir del contenido del contrato.

El pacto Coca Cola – FEMSA incluía claramente la fórmula *solve et repete* y ella debe someterse como a la ley misma. La verdad es que poco podía hacer el beneficiario de la garantía antes de la sentencia definitiva. ¿Pudo Coca Cola – FEMSA demandar cumplimiento de la indemnidad antes de la sentencia y del pago de la condena?

C. La interpretación del pacto y el daño efectivo para que prospere la garantía.

Resulta sumamente interesante e ilustrativo comparar el texto del pacto Coca Cola – FEMSA con el texto del pacto Rey Armando. Insistimos con esto: al ser la indemnidad un contrato atípico la redacción de sus cláusulas resulta vital y estratégico para la correcta operatividad de la garantía.

Vemos el texto Rey Armando para compararlo con el texto Coca Cola – FEMSA:

*"Los Palese, Lema y Rivera", se obligan solidaria e ilimitadamente a resarcir a Rey Armando de todos **los perjuicios efectivamente causados**. Se deja aclarado que el resarcimiento para el caso de que se originara algún **perjuicio efectivo**, comprende solamente el **monto por el que se viera perjudicado, en forma efectiva** Rey Armando, excluyendo cualquier otra modalidad de reclamo.*

De ambos textos se advierte una misma modalidad operativa: la garantía de indemnidad sólo se hace efectiva una vez que el beneficiario se hace cargo del pasivo. Los *perjuicios efectivamente causados* o *las sumas que haya tenido que pagar* son la misma cara de una misma moneda. Ambas dicen lo mismo: *solve et repete*.

Sin embargo, a pesar del pacto expreso en este sentido, la sala D en el caso Rey Armando entendió otra cosa bien distinta: *"quien se obligó a mantener indemne a otro no puede pretender que su deber de indemnidad aparezca solo después de que el beneficiario se hubiera hecho personalmente cargo de la deuda",* y agregó más: *"Lo pactado en el sentido de que "(...)el resarcimiento para el caso de que se originara algún perjuicio efectivo (...) comprende solamente el monto por el que se viera perjudicado en forma efectiva excluyendo cualquier otra modalidad de reclamo...", no puede ser interpretado como estableciendo la condición de la previa satisfacción de los reclamos patrimoniales para, recién entonces, tener derecho a la indemnidad. Tal previsión ninguna condición de esa índole fijó, sino que solamente estableció un límite a la garantía de indemnidad acordada".*

El principio Romano *in claris cesat interpretatio* no funcionaría en estos casos. Aún cuando las partes entendieron y tuvieron por intención contractual hacer efectiva la indemnidad luego de que el beneficiario soporte un perjuicio efectivo, el juzgador entendió otra cosa bien distinta. En rigor de verdad el caso Rey Armando nos pone en alerta sobre el contenido contractual de esta garantía siendo elemento estructural de este pacto la forma y modo de hacer efectiva la garantía de indemnidad.

Tanto el modelo de cláusula usado por Coca Cola – FEMSA como el modelo aplicado por Rey Armando aconsejan una mirada más atenta en el diseño y redacción de estos pactos. El criterio jurisprudencial sentado por la sala D impone prestar atención a la cláusula que prevea y regule el método operativo: *solve et repete*.

D. El pacto de indemnidad inserto dentro de un contrato operativo: la interconexión contractual.

El deudor opuso una defensa ciertamente interesante y que no puede pasar inadvertida a la hora de diseñar un pacto de indemnidad. Aquel sostuvo que estando el beneficiario de la garantía en mora en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, aquel no estaba facultado (por las reglas del pacto comisorio) a exigir el cumplimiento de la garantía de indemnidad. El planteo luce jurídicamente razonable teniendo en cuenta que la indemnidad estaba íntimamente relacionada con el contrato de distribución con prestaciones presuntamente incumplidas.

El Tribunal juzgó este punto afirmando que tal conexidad contractual no se daba en este caso pues no hay reciprocidad entre el pago de una factura adeudada y el pago de un reintegro de indemnidad.

La enseñanza que nos deja el caso vuelve sobre la necesidad de diseñar correctamente el pacto insertado en contratos operativos con prestaciones recíprocas. Por ende corresponde agregar a la cláusula de indemnidad la obligación de indemnizar al beneficiario de la garantía *aún cuando éste se encuentre en mora en el cumplimiento de sus obligaciones* bajo el contrato operativo.

La pregunta que uno debe formularse frente a este planteo es si corresponde aceptar el argumento de la conexidad contractual entre la indemnidad y el contrato operativo o negocio principal. La verdad es que el pacto de indemnidad puede estar insertado como cláusula especial dentro del contrato principal pero este dato es absolutamente fútil pues no lo que importa aquí es que la garantía de indemnidad siempre integra o forma parte de un negocio principal. No hay necesidad de indemnidad sin un negocio subyacente causante de potenciales daños y perjuicios. En definitiva la garantía siempre accede o integra un negocio principal.

Para nosotros no se produce tal conexidad contractual debiendo el dador de la garantía cumplir su prestación de indemnidad aún estando el beneficiario en mora en el cumplimiento de sus obligaciones. Lo cierto es que en el pacto de indemnidad el beneficiario se subroga en los derechos del tercero indemnizado no siendo por lo tanto oponible a éste la defensa de la conexidad contractual.

Compartimos con el Tribunal este mismo parecer.

E. Conclusión.

El precedente Coca Cola FEMSA es un interesante caso que no puede pasar inadvertido por los operadores del mercado frente al convenio de indemnidad.

Esperamos que estas reflexiones sean de utilidad.

Atte.,

Pablo A. Van Thienen