

Acuerdo de rescisión. Abuso de posición dominante y estrategia para la salida concertada de un proveedor:
el caso *Cervecería Quilmes - 7 Up*.



Por:
Pablo Augusto Van Thienen
Director

Acuerdo de rescisión. Abuso de posición dominante y estrategia para la salida concertada de un proveedor: el caso *Cervecería Quilmes - 7 Up*.

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.

Para quienes habitualmente consumen la bebida lima limón marca 7Up no podrían imaginar que ésta haya pasado por tantas manos. El gráfico siguiente muestra cómo la bebida cola 7Up fue transferida de la firma Distribuidora Panamericana SA hasta llegar a la firma Cervecería y Maltería Quilmes SA pasando previamente por Cervecería Bieckert SA, Seven Up Concesiones SA y Buenos Aires Embotelladora SA (BAESA). En unos casos se trató de cesión de marca y en otros en la adquisición de la firma fabricante en una típica operación de M&A, tal el caso de BAESA adquirida y absorbida por Cervecería & Maltería Quilmes SA.

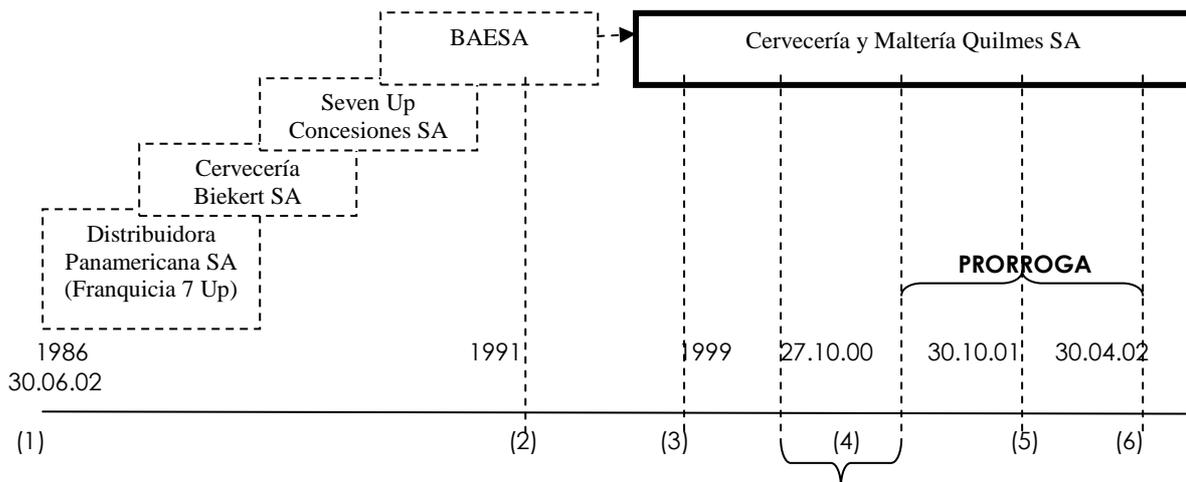
Tri – Anna Transportes SRL firma transportista promovió demanda contra Cervecería & Maltería Quilmes SA reclamando daños y perjuicios por lucro cesante correspondiente a los últimos 18 meses previos a la fecha de rescisión del contrato de transporte.

Tri – Anna Transportes SRL había iniciado relación comercial con la marca 7Up prestando servicio de <flete> cuando la marca era propiedad de Distribuidora Panamericana SA. Estamos hablando de la década del 80. Por aquellos días Tri – Anna Transportes SRL no existía como persona jurídica y el servicio de flete los prestaban sus integrantes. Según el relato de Tri – Anna Transportes SRL ésta fue constituida a pedido de BAESA y por exigencia de ésta.

Dentro de la operación de M&A por Cervecería y Maltería Quilmes SA la firma Tri-Anna Transportes SRL estaba dentro de listado de proveedores de BAESA y con este contrato BAESA fue adquirida.

Luego del *Take-over* el nuevo management de Quilmes exigió formalizar el vínculo suscribiendo un contrato de transporte el 30.10.2001. Este contrato se firmó por plazo fijo venciendo el 30.04.2002, con opción de rescindir sin causa debiendo la parte cumplidora denunciar el vínculo con un preaviso de 60 días.

Al vencimiento las partes suscribieron un convenio de rescisión PRORROGANDO por 2 meses adicionales el contrato de transporte venciendo en consecuencia el 30.06.2002. Un dato no menor: *se conservó la cláusula de preaviso*.



- (1) Contrato de “Fletero”
 (2) BAESA los <obliga> a formalizar la relación constituyendo una SRL. Así nace TRI-ANNA TRANSPORTES SRL.
 (3) Cervecería Quilmes SA adquiere BAESA (Take-over).
 (4) Cervecería Quilmes SA los <obliga> a firmar un contrato de transporte “... por tiempo determinado...”. Este contrato de plazo estipulaba una cláusula de rescisión sin causa con “preaviso” por 60 días.
 (5) Al vencimiento se firma un nuevo contrato hasta 30.04.02 = **CONVENIO DE RESCISIÓN**. Se incorpora la cláusula de preaviso.
 (6) Vencido el 30.04.02 las partes acuerdan una nueva prórroga por dos meses.

1. El reclamo Tri-Anna Transportes SRL.

Reclamó indemnización por lucro cesante como consecuencia de la ruptura intempestiva y sin preaviso del contrato de transporte. Invocó:

- (i) Quilmes ejerció abuso de posición dominante en la relación jurídica.
- (ii) No preavisó con debida anticipación la terminación de la relación comercial lo que le imposibilitó reorganizar su negocio. Invocó teoría de la apariencia.
- (iii) “El 27.10.00 fui forzado y obligado a firmar un contrato a plazo cierto + un acuerdo de renuncia de derechos”.
- (iv) “La relación comercial era por tiempo indeterminado y que la maniobra de Quilmes consistió en hacerle firmar un pseudo acuerdo con el objetivo de abdicar de los derechos bajo la amenaza de no entregar más mercadería”.

2. La defensa intentada por Cervecería y Maltería Quilmes SA.

Quilmes ensayó el siguiente argumento defensivo:

- (i) El 27.10.00 las partes de común acuerdo y haciendo uso de su libertad contractual celebraron un ACUERDO DE RESCISIÓN.
- (ii) Ambas partes renunciaron a efectuarse mutuos reclamos de cualquier naturaleza que tuvieran origen en el contrato de transporte.
- (iii) El 30.04.02 Tri – Anna Transportes SRL solicitó la prórroga.
- (iv) Cervecería y Maltería Quilmes SA se hizo cargo de las indemnizaciones del personal.

3. El fallo a quo.

El juez de primera instancia rechazó la pretensión de Tri – Anna Transportes SRL. Las partes fijaron un plazo para la terminación del vínculo contractual a partir del pacto de rescisión.

4. Criterio de la sala.

La sala se tomó el fino y delicado trabajo de desmenuzar todos y cada uno de los argumentos planteados por la parte actora sabiendo que tenían entre manos un caso que podía dejar huella. El Tribunal no quiso pasar por alto ciertas críticas del actor, en especial, aquellas referidas a *abuso de posición dominante* y *contratos de adhesión* conceptos frecuentemente utilizados en este tipo de relaciones, cuando las papas queman!

La sala fijó el siguiente criterio judicial:

A. Contratos de adhesión y autonomía de la voluntad.

1. **Regla 1:** *Autonomía de la voluntad y libertad de contratar:* “Se atan los bueyes por su cuernos y los hombres por sus palabras” (Arts. 1137 y 1197 c.c.). La autonomía de la voluntad comprende = (i) La discrecionalidad de contratar o no (Libertad de conclusión) y (ii) la elección de las formas (Libertad de configuración).

2. **Regla 2:** *Autonomía de voluntad y fuente de derecho:* (i) La autonomía opera como fuente creadora de normas jurídicas independiente del ordenamiento jurídico preestablecido. Las partes tienen capacidad creadora de normas jurídicas *ab initio*. (ii) Esa capacidad creadora está habilitada por el propio ordenamiento jurídico (art. 1197 c.c.).

3. **Regla 3:** *Autonomía de la voluntad y derecho imperativo:* La libertad de configuración (reconocido a ambas partes) o en su defecto a una de ellas (si fuera un contrato de adhesión) autoriza a las partes a reemplazar con cláusulas propias las normas legales previstas por el legislador (que de ese modo adquieren carácter supletorio de la autonomía de la voluntad). Esta libertad de configuración debe ejercerse dentro de los límites fijados por las normas imperativas, esto es por las normas inderogables por las partes; esto es indisponible. Esto significa que bajo nuestro sistema sólo cabe apartarse de las cláusulas contractuales cuando ellas violan el orden público, fuesen abusivas (1071 c.c.), lesivas (954 c.c.), contrarias a la buena fe (1198 c.c.) e ilícitas (953 y 1167 c.c.)

4. **Regla 4:** *Autonomía de voluntad y contratos con cláusulas predispuestas:* Es frecuente que cláusulas que instrumentan dicha autonomía aparezcan insertas en un contrato *Standard* o de adhesión que posee cláusulas predispuestas. *No debemos caer en la simplificación de quienes sostienen la crisis de la autonomía de la voluntad ante la aparición de contratos con cláusulas predispuestas o de adhesión. Esta crisis sólo operaría en caso de probarse abuso del estado de necesidad, ligereza o inexperiencia* (art. 954 – Lesión subjetiva).

5. **Regla 5:** *Cláusulas de adhesión y desigual poder de negociación:* No toda situación de poder desigual de negociación debe llevarnos a la nulidad de las cláusulas predispuestas. Aquella nulidad sólo debe operar frente al ejercicio abusivo de ese poder desigual.

6. **Regla 6 (máxima):** Los contratos con cláusulas predispuestas o por adhesión obligan a las partes a lo pactado.

El Tribunal fijó 5 reglas y una máxima. Éstas deben servir como pauta de interpretación útil de los negocios contractuales de colaboración y organización de la producción de bienes y servicios. Las enseñanzas de este sano criterio judicial merecen ser destacados.

a. Autonomía de la voluntad y poder de negociación.

No son pocos los precedentes judiciales del fuero mercantil que intentan dejar sin oxígeno a la teoría de la autonomía de la voluntad contractual ahogándola detrás de las teorías –cada día más seductoras– de los contratos de adhesión, de las cláusulas predispuestas y de la posición dominante contractual. En este precedente el juzgador se esforzó por ubicar esta autonomía de configuración y de elección dentro de una relación comercial compleja trabada entre dos comerciantes, o si se quiere, entre dos empresarios = Tri-Anna Transportes SRL y Cervecería y Maltería Quilmes SA.

Nadie puede poner en duda la diferencia de poder de negociación entre las partes. Podemos presumir que Cervecería y Maltería Quilmes SA es la parte fuerte de la relación. Ahora bien nadie puede negar que ese poder no le arrebató a Tri-Anna Transportes SRL la libertad de elección ni la libertad de configuración. Ésta siempre tiene y tuvo la opción de: (i) no firmar el contrato de rescisión manteniendo el vínculo

contractual informal tal como se venía practicando desde sus inicios (1986) o (ii) mejorar los términos contractuales del vínculo informal. Debemos coincidir en algo: ambos son empresarios.

Un dato no menor en este análisis es el siguiente: si Tri-Anna Transportes SRL se mancaba y optaba por no firmar el contrato de transporte y posterior convenio de rescisión la baza se daba vuelta. El poder de negociación pasaba del lado del transportista. Está claro que dentro de la operación de M&A la firma Cervecería y Maltería Quilmes SA compró la firma BAESA con este vínculo contractual (*as is*), esto quiere decir como venía, o sea con los pasivos contingentes derivados de esa relación contractual.

Esta situación de relativa informalidad en la relación contractual o con un vínculo a plazo indeterminado ponía en serio riesgo el poder de negociación de Cervecería y Maltería Quilmes SA pues los costos de salida serían demasiado elevados como para rescindir un vínculo comercial de algo más de 14 años de antigüedad y donde, probablemente Tri-Anna Transportes SRL podría acreditar una pseudo relación de dependencia consecuencia de un vínculo de exclusividad de hecho. Así las cosas observamos que el poder de negociación estaba del lado del transportista y no de quien, a primera vista, aparece como Goliat.

b. Autonomía de la voluntad y libertad de elección.

Puesto el poder de negociación donde efectivamente debió estar, esto es del lado del transportista nadie puede negar que éste tuvo la opción de no firmar acotando su relación a un plazo cierto y determinado. Esto es firmando por anticipado la partida de defunción de la relación comercial. Sin embargo, a pesar de ello optó por firmar el contrato de transporte a plazo fijo y su posterior convenio de rescisión prorrogando el vínculo por 2 meses adicionales (ver gráfico más arriba).

Dentro del ámbito de los negocios no existen razones fundadas para creer que un empresario accedió a suscribir un contrato de transporte a plazo fijo por 8 meses de duración contando en su haber con una historia contractual de más de 14 años; con inversiones en bienes de uso, empleados, y una estructura organizativa y administrativa acorde a esa historia acumulada. No es creíble que semejante decisión de negocios –firmar un contrato de transporte a plazo fijo y con preaviso de 60 días- haya sido tomada en base a un temor reverencial.

Suena mucho menos creíble pretender alegar ligereza, inexperiencia o estado de necesidad en una suerte de lesión subjetiva mercantil. Todos sabemos que dentro de este ámbito estas excusas no son aceptadas por los tribunales. Se presume que el hombre de negocios es una persona diligente en la toma de decisiones y que sus opciones de inversión responden a un obrar prudente y racional. El artículo 902 C.c. impone esta regla de conducta para todos operadores del mercado, y con más razón para los empresarios.

Quien poseía un crédito mayúsculo devengado de una relación contractual sin plazo con más de 14 años de antigüedad acumulados optó por formalizar su vínculo aceptando un contrato de transporte a plazo fijo con un preaviso de sólo 60 días. Esta errada decisión de negocios no puede ser achacada a Cervecería y Maltería Quilmes SA. Ésta tomó su decisión de negocios y montó una estrategia comercial en ese sentido: desprenderse de un proveedor a un costo de salida aceptable y razonable. Para lograr ese objetivo diseñó un plan y se concretó.

Luego del *Take-over* de BAESA el nuevo management sabía perfectamente que debía acotar a la mínima expresión este pasivo contingente. Y esta decisión no es abuso de posición dominante, ni abuso de poder, ni obrar lesivo. Esto simplemente es concretar y ejecutar un plan comercial que tiene por objetivo tutelar y defender los intereses de los accionistas de Cervecería y Maltería Quilmes SA. Para defender los derechos de Tri-Anna Transportes SRL están sus propios dueños.

c. Autonomía de la voluntad y libertad de configuración.

La necesidad de salir a formalizar el vínculo y fijarle un plazo pone en evidencia la fortaleza de Tri-Anna Transportes SRL. Esa fortaleza no supo ser aprovechada para negociar sus intereses particulares en un contrato de transporte que Tri-Anna quiso ponerlo en un lugar equivocado: era adhesión!

El Tribunal no se dejó tentar por este argumento y puso las cosas en su justo lugar. El transportista contaba con fortalezas para lograr un contrato que tutele mejor sus intereses personales. Todos sabemos que en definitiva un contrato no es otra cosa que una declaración de voluntad común destinada a reglar derechos y obligaciones. No es creíble que esa voluntad se encontrara viciada por abuso de posición dominante.

Así lo entendió el juzgador.

B. Abuso de posición dominante.

El Tribunal fijó el siguiente criterio interpretativo:

1. *Abuso de derecho – carga de la prueba*: Es carga de quien alega el abuso probarlo.
2. *Posición dominante - noción*: Este concepto alude a la posición de la empresa en el mercado. El abuso de esta posición en el mercado exige la acreditación de un comportamiento que tiene efecto restrictivo de la competencia.
3. *Posición dominante en la relación contractual*: El abuso de posición de superioridad en la relación individual entre las partes no configura un supuesto de abuso de posición dominante.
4. *Poder de negociación y posición dominante*: Una cosa es mayor poder de negociación y otra, la posición de poder que tiene una de las partes en el mercado.
5. *Posición dominante no es sinónimo de abuso*: Detentar una posición dominante (en el mercado) o una posición de poder en la relación contractual no es, sinónimo de obrar abusivo. Éste exige una actuación deliberada a través de cláusulas “sorpresivas” destinadas a: (i) perjudicar, (ii) establecer relaciones inequitativas, (iii) inducir a error y (iv) obtener un beneficio desmedido a expensas del otro. En el supuesto de que ninguna de estas pautas se verifique, por más que exista posición dominante o posición de poder en la relación contractual, no podemos hablar de abuso.

a. *Posición dominante y posición de poder. David vs Goliat.*

El Tribunal hace una sana distinción entre abuso de posición dominante y abuso de poder negociación. El primer concepto es colocado dentro del exclusivo ámbito del mercado, de la defensa de la libre competencia. Este ámbito es propio del derecho administrativo y busca tutelar otros intereses públicos absolutamente ajenos a la relación privada contractual.

El precedente 7 Up no es el único caso donde la Cámara ha sacado del debate mercantil el concepto de abuso de posición dominante. El uso indiscriminado de esta noción técnica propia del derecho administrativo de la ley de defensa de la competencia no encaja en las discusiones entre particulares derivadas de relaciones contractuales. Incluso se ha descartado esta noción para lograr la exclusión de voto dentro del ámbito concursal.

Descartado de plano este concepto queda averiguar la extensión de la noción de abuso de poder de negociación. Aquí el juzgador cortó por lo sano: quien alega abuso debe probarlo!

No obstante fijó una regla interpretativa muy importante para las relaciones contractuales entre débiles y fuertes: el mayor poder de negociación que tenga una de las partes sobre la otra no es *per se* un acto ilícito o abusivo. Ser fuerte no significa ser un abusador serial. Ser Goliat no significa perder de entrada la discusión. Y esto sí es importante pues permite equilibrar el fiel de la balanza.

Quedó demostrado más arriba que el poder de negociación pudo no haber estado 100% del lado de Goliat, aquel estaba más del lado de David. El problema es que David no supo aprovechar este poder, al menos en este caso, pues recordemos que la historia cuenta que David terminó venciendo.

C. La estrategia de salida diseñada por Cervería y Maltería Quilmes SA y aceptada por Tri-Anna Transportes SRL.

1. *Estrategia de salida para la rescisión contractual*: No puede haber reproche por el hecho de que se genere un replanteo de la relación contractual buscando minimizar, prevenir o eliminar conflictos futuros (costos transaccionales) implementando nuevas estrategias (el subrayado es mío).
2. *Conducta de las partes, en especial el transportista*: Tri-Anna Transportes SRL ha acompañado a Quilmes a lo largo de los años por una innegable conveniencia mutua que debió determinar que aquella aceptare los nuevos modos operativos en los que no sólo participó sino que puede presumirse obtuvo un lucro. Pretende ahora invocar conducta abusiva no parece sensato.
3. *Desvinculación consensuada*: Lejos de advertir abuso se observa una desvinculación consensuada a través del CONTRATO DE RESCISIÓN donde se acordó de mutuo acuerdo la terminación del vínculo contractual a partir del 28.10.00 más la renuncia irrevocable (de ambas partes) de efectuarse reclamos recíprocos. En este contexto de “salida del negocio” se pactan nuevas renovaciones de un contrato de transporte, ahora a plazo fijo. Las partes prorrogaron la relación a pedido del transportista, puesto que prevenida de la terminación del vínculo aquella pudiese reconducir y reorganizar su actividad empresaria.

La claridad de estos conceptos, eximen de mayores comentarios.

D. Salida concertada y preaviso contractual.

El Tribunal sentenció lo siguiente: *La decisión de Cervecería y Maltería Quilmes SA, con obvia posición dominante en la relación contractual, ha sido buscar el fin de la relación con el transportista mediante un convenio de RESCISIÓN y sucesivos contratos a plazo configurando todo esto un pacto de salida concertada. Se trata de un contrato, en su origen, de plazo indeterminado luego convertido en una relación a plazo determinado. Ello, lejos de evitar el pago de un preaviso materializó una desvinculación pautada, programada de antemano en la que ambas partes conocían la extensión temporal de la relación. El plazo de “salida” luce suficiente para que Tri-Anna Transportes SRL recomponga su situación comercial.*

Si bien aquí el juzgador alude en su veredicto a la *posición dominante* contradiciendo lo dicho más arriba, imputo este error a una suerte de *lapsus calami* del Tribunal.

Respecto del preaviso el Tribunal sentenció como sigue: *En este caso no hubo preaviso. Vencida la última prórroga cesó automáticamente la relación contractual. Dada la modalidad operativa de la “salida concertada” no correspondía en este caso dar “preaviso”: ambas partes acordaron rescindir mediante la firma de contratos a plazo fijo. Estos “nuevos” contratos sirvieron a ese mismo fin de preaviso. En total Quilmes le concedió al proveedor un plazo de 20 meses de preaviso. Este plazo resultó para el proveedor mucho más provechoso que el plazo de 60 días originariamente pactado.*

E. Conclusiones.

El precedente 7Up deja varias enseñanzas que valen la pena compartir:

1. Poseer poder de negociación por las particulares circunstancias derivadas del vínculo contractual no es sinónimo de abuso.
2. En las relaciones comerciales de cliente-proveedor muchas veces éstos poseen sobre los clientes un poder insospechado, muchas veces derivado de la informalidad de los vínculos. En esto el abogado juega un rol esencial destinado a minimizar los riesgos y acotar los costes transaccionales.
3. La salida concertada es la mejor opción frente a la decisión de rescindir en forma unilateral e intempestiva.
4. El pacto comisorio expreso es la *cláusula llave* de todo contrato pues permite a las partes conocer de antemano el *costo de salida*.

Esperamos que estas reflexiones hayan sido de utilidad.

Atte.,

Pablo A. Van Thienen