

Maresca, Exequiel Ernesto

El contrato de franquicia comercial antes y después de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: aspectos económicos y jurídicos

**Trabajo Final Integrador
Maestría en Derecho Empresario Económico
Facultad de Derecho**

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Maresca, E. E. (2016). El contrato de franquicia comercial antes y después de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación : aspectos económicos y jurídicos [en línea]. Trabajo Final Integrador de Maestría en Derecho Empresario Económico. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho. Registro disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/contrato-franquicia-comercial-codigo.pdf> [Fecha de consulta:]



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

Master en Derecho Empresario y Económico

Trabajo final integrador

“El Contrato de Franquicia Comercial antes y después de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: aspectos económicos y jurídicos”.

Alumno: Exequiel Ernesto Maresca

Director Tutor: Dr. Iván Di Chiazza

Año: 2016



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

Índice

1. Metodología de investigación.
2. Introducción: origen y desarrollo del *franchising*. Aspectos económicos.
3. El sistema de franquicia en la República Argentina.
4. Concepto y terminología del contrato de franquicia comercial. La definición en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Su naturaleza jurídica y caracteres.
5. Elementos del contrato.
 - 5.1. Sujetos.
 - 5.2. Objeto.
 - 5.3. Contraprestaciones.
 - 5.4. Exclusividad de territorio.
 - 5.5. Derechos y obligaciones de las partes.
6. Comparación del contrato de franquicia con otros contratos de distribución comercial.
 - 6.1. Agencia.
 - 6.2. Distribución.
 - 6.3. Concesión.
7. El *franchising* y la libre competencia.
 - 7.1. La legislación vigente en Argentina.
 - 7.2. El *franchising* y el Derecho de Defensa de la Competencia en los Estados Unidos.
 - 7.3. El *franchising* y el Derecho de Defensa de la Competencia en la Comunidad Económica Europea.
 - 7.4. El contrato de franquicia comercial y el Derecho de Defensa de la Competencia en la Argentina.
8. El contrato de franquicia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: aciertos y desaciertos.
 - 8.1. Definición y clases de franquicias.
 - 8.2. El plazo contractual, la resolución por incumplimiento y la rescisión unilateral incausada.
 - 8.3. El contrato de franquicia comercial y las relaciones laborales: antecedentes y novedades jurisprudenciales. La independencia jurídica establecida como regla en el Código Civil y Comercial.
9. El *franchising* en el derecho comparado.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

- 9.1. Franquicias en España**
- 9.2. Franquicias en México**
- 9.3. Franquicias en Chile**
- 9.4. Franquicias en Brasil**
- 10. Conclusiones finales.**



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

1. Metodología de investigación.

Si bien este trabajo tiene como principal objetivo analizar los aspectos jurídicos del contrato de franquicia (*"franchising"* por su denominación en inglés), he iniciado la investigación buceando en el origen y desarrollo del sistema de *franchising*, para entender así la evolución de un fenómeno mundial que solo se explica analizando su faz económica.

La intención de esta breve introducción técnica del sistema de franquicia, desde sus cuestiones económicas, tiene como fin entender primero el "concepto" del negocio de franquicia, teniendo como premisa el éxito del sistema en muchos países del mundo y, por supuesto, en la Argentina.

Luego, claro está, me enfocaré en los aspectos jurídicos del contrato de franquicia comercial, su concepto, elementos, sus semejanzas y diferencias con otros contratos de distribución. Abordaré los aspectos conflictivos en el contexto de cualquier contrato de duración como pueden ser los modos anormales de terminación del contrato, incumplimiento de las partes y sus responsabilidades. También los temas derivados de los efectos del contrato de franquicia sobre terceros ajenos a la contratación, incluyendo la responsabilidad en materia laboral y la defensa de la libre competencia.

Todo ello, teniendo en cuenta el desarrollo de la doctrina, la jurisprudencia y los usos comerciales a lo largo de los años en que el contrato de franquicia ha funcionado como un contrato atípico en nuestro país, y la reciente sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en el que se han regulado los contratos comerciales atípicos, incluyendo al de franquicia, considerado por muchos autores como uno de los aspectos más auspiciosos del nuevo Código.

Seguidamente, haré una comparación del nuevo Código unificado con las normas existentes en otros países en los que el contrato de franquicia ha sido regulado.

Por último, me detendré en las conclusiones finales, en las que realizaré un esbozo de las cuestiones vitales del sistema de *franchising* desde el punto de vista económico, intentando explicar las razones de su éxito. Y una aproximación al gran desafío que deberán afrontar abogados asesores, doctrinarios y jueces en la interpretación, adecuación de contratos preexistentes y la aplicación de las normas del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ya sea en la parte general de los contratos o, específicamente, en lo referido al contrato de franquicia.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

2. Introducción: origen y desarrollo del sistema de *franchising*.

El contrato de "*franchising*" (franquicia) no es un instituto nuevo en los Estados Unidos de Norteamérica. Nace en 1850, cuando la compañía "Singer & Co." crea una novedosa cadena de distribución y venta de sus productos (principalmente, máquinas de coser). Posteriormente, fue en el año 1930, después de la gran crisis, que Howard Johnson estableció el primer sistema de franquicia de veinticinco negocios en cadena. Luego, a partir de 1950 y 1960, aparecieron los mas grandes sistemas de franquicias que perduran hasta hoy: Holidays Inc., Mc Donald's, Burger King, Sheraton, Kentucky Fried Chicken, etc.. Y se sumaron todo tipo de negocios de venta minorista de bienes y servicios. Para fines de la década del 80, se alcanzaron mas de medio millón de establecimientos franquiciados y dando ocupación a unos siete millones de personas¹.

Según un estudio recientemente publicado por la *International Franchise Association*, las empresas de sistemas de franquicia norteamericanas añadirán 247.000 nuevos empleos directos en 2015, lo que implica un aumento del 2,9 % con relación a los 8,8 millones de puestos de trabajo directos que aportan los locales franquiciados. Eso implicaría superar los 235.000 puestos de trabajo de los locales franquiciados que se agregaron en 2014. También se estima que el número de establecimientos de franquicias crecerá 1,6 % en 2015, llegando a mas de 780.000 locales franquiciados en Estados Unidos de Norteamérica. La producción económica de las empresas de franquicia se estima que aumentará en un 5,4 %, lo que implicará una facturación de casi 890 mil millones dólares. El sector de las franquicias aportará alrededor de 3 % del PBI de Estados Unidos de Norteamérica en 2015.

En la actualidad, casi todos los países del mundo cuentan con sistemas de franquicia instalados con mayor o menor importancia en su dinámica económica. Y la Argentina no es la excepción: en nuestro país se estima que existen mas de 600 sistemas de franquicia, con 26.000 locales que generan alrededor de 200.000 puestos de trabajo².

Muchos son los motivos que se esgrimen para justificar el desarrollo sostenido del sistema de franquicias a nivel mundial: entre ellos, la globalización de la economía, la evolución e internacionalización de los medios masivos de comunicación, el desarrollo del cuentapropismo y el riesgo empresarial, sumados a la propias bondades del sistema de franquicia comercial.

¹ KLEIDERMACHER, Jaime L., *Franchising: Aspectos Económicos y Jurídicos*, pág. 12, Abeledo-Perrot, 1995.

² Catálogo Argentino de Marcas & Franquicias anuario 2014/2015.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

Desde el punto de vista del inversor, la razón fundamental del auge y prosperidad del sistema podemos encontrarlo en el vínculo ideal entre los grandes capitales y la pequeña y mediana empresa. El franquiciante logra expandir su capital, conquistar nuevos mercados y aumentar la distribución de sus productos, sin arriesgar su capital de trabajo. El franquiciado, por su parte, obtiene las ventajas de explotar una marca conocida, productos probados, experiencia, estabilidad y solvencia comercial propios de los grandes capitales.³

Esencialmente se trata de un sistema de comercialización que implica la reproducción de un negocio exitoso. Para ampliar las ventas en un mercado, una de las formas tradicionales utilizadas por las empresas era establecer sucursales. Con la implementación de la franquicia, comenzó a transferirse el *know how*, del cómo hacer el negocio, de las características de la mercadería, de su presentación, del formato de los locales, etc.. La ventaja para la empresa productora es que no debe efectuar inversiones y, la ventaja para el franquiciado, es el desarrollo de un negocio ya conocido por el público.⁴

Sin embargo, no hay dudas sobre el motivo del avance sostenido del *franchising* en el mundo: su propio éxito. En efecto, las cifras indican que fracasan la mitad de los nuevos negocios que se abren en el mundo. En cambio, los resultados, son llamativamente distintos en el caso de las franquicias: el éxito esperado se logra en el 90 % de los negocios franquiciados que se abren.⁵

El Departamento de Comercio de Estados Unidos ha dado a conocer recientemente estadísticas que demuestran que solo el 23% de los negocios independientes (no franquiciados) iniciados en los últimos diez años, han arribado a su décimo año de vida. En el caso del *franchising*, la proporción es inversa, es decir, el 92% de los negocios franquiciados siguen funcionando y solo el 8% desapareció por diversas razones.

Esta elocuente estadística es la que sigue impulsando la evolución del *franchising* como alternativa de crecimiento económico, y la que nos obliga a entender este fenómeno global con grandes implicancias desde el punto de vista jurídico.

3. El sistema de franquicia en la República Argentina.

El desarrollo más importante del mercado de franquicias en Argentina se inicia en los primeros años de la década del '90.

³ FARINA, Juan M., Contratos Comerciales Modernos, pág. 456, Ed. Astrea, 1994.

⁴ AGUIRRE SARAIVA, Raúl D., Los contratos en el nuevo Código, Rev. Abogados, abril de 2015.

⁵ KLEIDERMAJER, Jaime L. Franchising: Aspectos Económicos y Jurídicos, pág. 12, Abeledo-Perrot, 1995.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

Si bien el fenómeno dio sus primeros pasos en la década del '70, época en la cual abrieron sus puertas 115 locales bajo el régimen de franquicias, cobró impulso en la década del '90, en la que existieron más de 2200 locales franquiciados, de los cuales aproximadamente el 90% comenzaron a operar en esa década. Para entender este fenómeno, debemos entender qué pasó en la economía de nuestro país en esos años.

En los años '90 se realizaron profundas y drásticas reformas económicas con el fin esencial de reformar el Estado, privatizar las empresas y servicios públicos y abrir la economía al mundo. El eje de la reforma económica fue la Ley de Convertibilidad sancionada en 1991, congelando el valor de un peso en un dólar. Esto generó una sustitución de la producción local por importaciones de bienes y servicios, ya que era mucho más barato importar que producir bienes y servicios locales, porque la productividad del sector externo era superior que la nacional.

En 1995, la economía local se vio afectada negativamente por el llamado *Efecto Tequila*, que provocó un aumento inédito de la desocupación a nivel nacional hasta un 18,4%. También se revirtió la tendencia descendente del índice de pobreza, que en el aglomerado del Gran Buenos Aires (el más importante del país), entre 1990 y 1994 había llegado a un mínimo del 16,1%. A excepción de 1995, en la década del 90' la economía creció fuertemente hasta mediados de 1998.

A fines de este año, comenzó un prolongado ciclo de recesión, debido en parte al agotamiento de la paridad del peso y el dólar, que tuvo su punto culminante en diciembre de 2001, luego de una corrida bancaria que desestabilizó al sistema financiero. El gobierno intentó controlar la situación decretando una restricción a la extracción del dinero depositado en los bancos, medida conocida como el "corralito". Esta situación de inestabilidad económica desembocó en una insurrección popular que causó la renuncia del presidente Fernando de la Rúa.

En 2002, se practicó una importante devaluación de la moneda luego del default de la deuda externa (pública y privada) que superó el monto del producto bruto interno de ese año. Además a nivel nacional, para el 2003 la pobreza alcanzó al 57,5% de la población, la indigencia al 26,3% y la desocupación al 21,5%, todos niveles récord para el país.⁶

A mediados de 2002 se comienzan a vislumbrar signos de reactivación económica y desde 2003 a 2005, el país registró una fase de crecimiento económico con tasas que oscilaron en torno al 9% (8,8% en 2003, 9% en 2004 y 9,2% en 2005), en parte debido a

⁶ Encuesta Permanente de Hogares. Incidencia de la Pobreza y de la Indigencia. Resultados del primer semestre de 2013. INDEC.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

una política económica de dólar alto destinada a favorecer la sustitución de importaciones, que ha incrementado la competitividad de la industria argentina. En 2006 la economía se expandió al 8,5%, acumulándose cuatro años de crecimiento sostenido. A partir de allí, la historia reciente es por todos conocida.

El sistema de franquicia en la Argentina no estuvo ajeno a los vaivenes económicos. Con la apertura de la economía y la globalización, en la primera mitad de la década del '90, ya sea con apertura de filiales o a través de distribuidores locales, las marcas internacionales hicieron pie en una economía en franco crecimiento. Los efectos de la globalización fueron cada vez mas fuertes en el mundo de los negocios y las marcas internacionales abrieron franquicias en Argentina (el 90% de los conceptos eran extranjeros). Como consecuencia de ese desarrollo, a fines de los '90 nace la Asociación Argentina de Franquicias, el sistema de *franchising* se hace conocido y lo adoptan las empresas nacionales. La crisis del 2001 llevó a que la mayoría de las marcas extranjeras se retiraran del mercado e irrumpieran los conceptos nacionales.

El mercado de franquicias en la Argentina suma actualmente mas de 640 marcas franquiciantes en el territorio argentino, con 27.500 puntos de venta, generando 194.500 empleos directos. En 2013 el sector facturó \$ 75.229 millones.⁷

Los números de la industria de las franquicias en la Argentina para el 2014 arrojan los siguientes guarismos: el *franchising* canaliza el 22% de las ventas minoristas, lo que representó el 2% del PBI nacional. El sector crece a un promedio anual del 14%. Mientras, el 96% de los franquiciantes afirma que volvería a expandirse mediante esta vía.

El rubro de la gastronomía sigue siendo líder con el 38% de la porción del segmento de franquicias, seguido por el de negocios especializados con el 18%. También se destaca que el 90% de las franquicias que operan en el país son de origen nacional y de ellas, el 26% posee franquicias en el exterior, expansión que está altamente orientada a países de América latina con el 81%, siendo Uruguay con el 18% y Paraguay con el 17% los principales países destinatarios de las franquicias argentinas.

El 96% de los franquiciantes tiene planes de expansión geográfica dentro de la Argentina. La planificación se orienta mayormente para la zona Centro y Cuyo, mientras que para fuera de nuestras fronteras se mantiene el liderazgo de los países de América latina.

⁷ Informe de Asociación Argentina de Marcas y Franquicias (AAMF), 2014.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

A partir de la década del '90 se observa claramente la tendencia de aperturas de franquicias en períodos cada vez más inmediatos a la fundación de la empresa, en un marco de crecimiento constante. Otro dato interesante es que entre 2000 y 2009 se produjo un auge importante en la creación de franquicias, surgiendo más del 38% de las marcas existentes.

En cantidad de puntos de ventas, las marcas franquiciantes aumentaron 2 dígitos con respecto al 2013, pasando de 1.394 a 1.592 locales, que corresponde a un total de 14,2%. El número de marcas argentinas en el exterior también creció con respecto al período anterior un 2,6%.

Más del 50% de las empresas ya desembarcó en uno o dos países. Un 31% está presente en 3, 4 o 5 países; algunos ejemplos son Café Martínez y El Noble. Heladerías como Freddo e insignias de indumentaria como Kosiuko están en el segmento de marcas que tienen presencia en 6 a 9 naciones, y equivalen al 8%. Los más exitosos, están en más de 10 países y es el caso de Pronto Wash, Havanna y Mimo & Co.

Uruguay y Paraguay abrieron sus puertas a más de 70 marcas argentinas. Otro caso a destacar es Perú, donde las franquicias argentinas se posicionan en segundo lugar detrás de Estados Unidos, con 50 marcas.

El sector de la indumentaria encabeza los rankings de cantidad de puntos de venta y países en los que está presente con un 53%, seguido por los gastronómicos que son el 17% del total de los franquiciantes exportadores.⁸

En definitiva, la tendencia cada vez más marcada hacia la concentración económica hace muy difícil la subsistencia para el comerciante minorista si no se accede a las economías de escala, marcas reconocidas, fuertes acciones de marketing, acceso al financiamiento y management profesional. Por todo esto, el *franchising* parece seguir siendo la mejor herramienta de concentración del comercio minorista y la única posibilidad de competir con las grandes cadenas de comercialización.

4. Concepto y terminología del contrato de franquicia comercial. La definición en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Su naturaleza jurídica y caracteres.

⁸ "Las franquicias siguen en alza", artículo periodístico publicado en la edición impresa del 12/01/2015 del diario LA NACION, suplemento "Inmuebles comerciales", pág.4.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

En primer lugar, es dable aclarar que en el comercio internacional esta figura es conocida con su designación, tomada del idioma inglés, traducida al castellano como "franquicia". Si bien el significado idiomático no expresa exactamente el concepto si nos referimos al contrato de *franchising*, cuando en nuestro país hablamos de "contrato de franquicia", nos estamos refiriendo al internacionalmente conocido como contrato de *franchising*.

En términos generales, en el contrato de *franchising*, una parte, designada como *franchisor* (franquiciante), otorga una licencia a un comerciante independiente, designado como *franchisee* (franquiciado) para que venda productos o servicios de su titularidad. Como contraprestación, el *franchisee* generalmente paga un canon inicial por este privilegio, mas una regalía (*royalty*) por las ventas.

Son varias las definiciones que existen en la doctrina nacional e internacional sobre el contrato de franquicia. Así, por ejemplo, el Departamento Norteamericano de Comercio define al *franchising* como una forma de licenciamiento, por el cual el propietario o titular (*franchisor*) de un producto, servicio o método, obtiene su distribución a través de revendedores afiliados (*franchisees*). Por su parte, para la International Franchise Association, se trata de "un método para la comercialización de productos o servicios."⁹

Muchos juristas argentinos han conceptualizado esta figura contractual. En tal sentido, Burlas – Couso nos brindan la siguiente definición: "*Consideramos al franchising o franquicia comercial como el contrato basado en una relación de cooperación permanente por el cual una de las partes (franquiciante, otorgante o franchisor), titular del nombre comercial, de una marca o signos distintivos, de diseños o emblemas con que identifica su empresa o negocio, otorga a la otra (franquiciado, tomador o franchisee) un conjunto de derechos que lo facultan para vender y/o distribuir y/o explotar comercialmente a su propio riesgo, en un lugar o territorio preestablecido, uno o varios productos y/o servicios, amparándose no solo en la marca con la que el otorgante identifica sus productos, sino también en la imagen comercial y en los métodos operativos que utiliza. El tomador se encuentra sujeto a instrucciones y controles por parte del otorgante que garanticen el cumplimiento del sistema y el éxito del negocio. Como*

⁹ FARINA, Juan M., "Contratos Comerciales Modernos", pág. 454, Ed. Astrea, 1994.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

contraprestación, el tomador debe abonar una suma inicial determinada y una serie de importes sucesivos también predeterminados durante toda la vigencia del contrato".¹⁰

Por su parte, en lo que es una novedad para el sistema judicial argentino, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por Ley del Congreso de la Nación N° 26.994, publicada en la edición del Boletín Oficial N° 32.985 del 8 de octubre de 2014, y con vigencia a partir del 1° de agosto de 2015, en su art. 1512 definió al contrato de franquicia, transformándolo en un contrato nominado y típico. Así, el nuevo código establece que *"Hay franquicia comercial cuando una parte, denominada franquiciante, otorga a otra, llamada franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o la marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta del franquiciado"*. Y agrega: *"El franquiciante debe ser titular exclusivo del conjunto de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás comprendidos en el sistema bajo franquicia; o, en su caso, tener derecho a su utilización y transmisión al franquiciado en los términos del contrato."* Conforme surge de los Fundamentos del Anteproyecto de 2012, las definiciones normativas de la sección destinada al contrato de franquicia han seguido el modelo de UNIDROIT, instituto que en 1998, aprobó en Roma la "Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional".¹¹

En cuanto a su naturaleza jurídica y caracteres, normalmente, pero no siempre, es un contrato de adhesión (art. 984 y conc. del Código Civil y Comercial de la Nación). Es contrato de colaboración, pues las partes, sin apartarse de la posición antagónica que cada una tiene respecto de la otra en el marco de la bilateralidad o reciprocidad obligatoria (contrato de cambio), han de concurrir ambas, no obstante, al resultado final de la franquicia, colaborando la una con la otra, tanto en las tratativas preliminares, como en la etapa de ejecución contractual, en materia de intercambio de información, transmisión de

¹⁰ BURLAS – COUSO, en Etcheverry, "Contratos – Parte especial, Tomo 1, pág. 399.

¹¹ En enero de 2001, en la publicación de UNIDROIT se definió a la Franquicia como *"todos los derechos concedidos por una parte (franquiciante) autorizando a otra parte (franquiciado) como contraprestación por una compensación financiera, directa o indirecta, a vender mercaderías o servicios conforme a un sistema diseñado por el franquiciante, que incluye know how y asistencia, que prescribe de un modo significativo la manera en que el negocio del franquiciado debe ser operado, e incluye un control importante y continuo del franquiciante, y está esencialmente vinculado con una marca comercial, de servicio, nombre comercial o logotipo diseñado por el franquiciante"*.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
“SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES”

conocimientos técnicos y comerciales, etc. Todo ello, sin embargo, sin llegar a la configuración de un contrato asociativo (art. 1442 y ss. del Código).

En fin, es un contrato que propende a la integración empresarial; integración que es meramente contractual, no patrimonial, porque, en efecto, se preserva la autonomía jurídica y patrimonial tanto del franquiciante como del franquiciado.

Con relación a la naturaleza contractual del *franchising*, debo destacar que será siempre consensual, de tal suerte que se considerará que el acuerdo estará perfeccionado cuando ambas partes manifiesten su consentimiento de manera expresa, es decir, cuando la oferta y la aceptación hayan llegado a la órbita de su destinatario de acuerdo a las teorías más aceptadas de nuestra doctrina civilista.¹²

En el caso del contrato de franquicia, tal momento quedará consumado con la firma del contrato que incluya las estipulaciones a las que las partes han arribado y que, por no exigirse formalidad alguna con relación a su instrumentación, lo transforma en un contrato no formal.

El contrato será sinalagmático, bilateral, dado que ambas partes contratantes asumirán derechos y obligaciones y se comprometerán a contraprestaciones recíprocas. Queda claro que se trata de un contrato oneroso, por el que las partes intentan obtener un beneficio económico y un lucro a través de las contraprestaciones mutuamente acordadas. Así lo disponen los arts. 966 a 968 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Se puede afirmar también que el contrato en estudio es de tracto sucesivo, porque las prestaciones a cargo de ambas partes se repiten y deben cumplirse en periodos convenidos y/o de modo fluyente, sea el contrato de tiempo determinado o no.¹³ Y dentro de ese subgénero, será de la especie de tracto continuo, siendo esta una de las características fundamentales del *franchising*. Así lo entiende Marzorati¹⁴, al definir a la franquicia comercial como “*un contrato de empresa, por el que se transfiere un método para administrar y manejar un negocio, al que se le concede un monopolio territorial de distribución de un producto o de un servicio identificado con una marca comercial del otorgante y sujeto a su estricto control y asistencia técnica en forma continua*”.

¹² ALTERINI, Atilio Aníbal, “Curso de obligaciones”, tomo II, pág. 381, Ed. Abeledo-Perrot.

¹³ HEREDIA, Pablo D., “El contrato de franquicia en el Código Civil y Comercial”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 21/04/2015, La Ley.

¹⁴ MARZORATI, Osvaldo J., “Sistemas de distribución comercial”, pág. 207, Ed. Astrea, 1990.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

Asimismo, el contrato de franquicia es un contrato de cooperación, en virtud de lo cual, las prestaciones recíprocas a las que se compromete cada parte convergen en el interés de la otra, ya que el interés de una de ellas se conjuga con el de la otra en objetivos que se entrelazan, marcando así la impronta colaborativa de los sistemas de distribución comercial. Sin embargo, ello no debe llevarnos a confundir al contrato de franquicia con aquellos contratos de colaboración asociativa legislados en la Ley General de Sociedades, ya que en los contratos de colaboración propiamente dichos existe una voluntad asociativa de dos partes independientes jurídicamente, pero en pos de un proyecto puntual. Por el contrario, en los casos de contratos de distribución comercial, la cooperación alcanza una dimensión diferente. Así lo define Etcheverry¹⁵: *“La cooperación en la distribución se cumple a través de actos jurídicos y contratos, por los cuales se reparten, distribuyen, entregan, o prestan bienes o servicios generados en otra empresa, y es necesario diferenciar la cooperación o colaboración con otras modalidades de ella que no implican distribución. Por ejemplo, hay colaboración asociativa y no distribución en el contrato que crea una unión transitoria de empresas.”*

No obstante ello, cabe aclarar que esto no significa desterrar la función de cambio que el *franchising* puede lícitamente desempeñar. Tal es así que corresponde diferenciar — desde el punto de vista estrictamente técnico— aquella parte del negocio en los que priva su función de cambio (compraventa de bienes o prestación de servicios) de otras en los que la finalidad de cooperación es de su propia esencia, como ocurre claramente en el contrato de franquicia comercial. En este sentido se ha dicho que *“... en los contratos de cambio la finalidad inmediata es la circulación de bienes y la colaboración es un deber secundario de conducta que califica las obligaciones. En los contratos de colaboración el colaborar es el fin inmediato y lo mediato puede ser el intercambio de bienes...”*¹⁶

Queda claro que en el *franchising* existe, básicamente un método de colaboración entre empresas distintas e independientes, ya que se requiere la colaboración común de ambas partes para lograr un negocio exitoso.¹⁷ Ello no obsta, claro está, a que podamos sostener que en la realidad de los hechos, es el franquiciante quien impone las condiciones y el franquiciado quien se somete.

¹⁵ ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, “Derecho Comercial y Económico, Contratos – Parte especial”, Tomo I, pág. 206, Ed. Astrea.

¹⁶ LORENZETTI, R. L., "Tratado de los contratos. Parte general", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 72.

¹⁷ FARINA, Juan M., “Contratos Comerciales Modernos”, pág. 455, Ed. Astrea, 1994.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

Es "*intuitu persone*" y, alternativa o simultáneamente, "*intuitu instrumenti*", pues se tiene en cuenta la calidad de los contratantes, pero también el "sistema probado" propio de la franquicia.¹⁸

Por último, hasta la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, estábamos en presencia de un contrato atípico, en tanto no figuraba regulado dentro de los contratos normados por el Código Civil ni por nuestro Código de Comercio. Se trataba de un contrato "moderno", que no contaba con una regulación específica en las normas aplicables y, por ello, hasta la sanción del nuevo Código le eran aplicables, en principio, las estipulaciones de las partes en el marco de la autonomía de la voluntad y, solo subsidiariamente, las regulaciones de fondo sobre figuras contractuales análogas.

Tal como he explicado, la realidad normativa actual implica que estamos en presencia de un contrato nominado y típico, derivado de la sanción del nuevo Código unificado, cuyas disposiciones relativas a la franquicia, trataré de analizar en el presente trabajo.

En conclusión, el contrato de franquicia comercial es un contrato consensual, no formal, sinalagmático, de carácter oneroso y de tracto sucesivo de carácter continuado, "*intuitu persone*"; que sin dudas es considerado como de colaboración y, desde su inclusión en el Título IV, de los Contratos en Particular del Código Civil y Comercial de la Nación, es un contrato típico y nominado.

5. Elementos del contrato.

El objetivo en este punto no es adentrarme en los elementos generales del contrato de franquicia, como es el análisis tradicional de la mayoría de los autores y que cualquiera puede encontrar en todas las obras publicadas al respecto, sino ahondar en elementos típicos que incluyen aspectos del contrato de franquicia que no siempre son contemplados. Me refiero específicamente a cuestiones que todo contrato de franquicia normalmente incluye entre sus disposiciones o que, en rigor de verdad, no debería dejar de soslayar.

5.1. Sujetos.

¹⁸ HEREDIA, Pablo D., "El contrato de franquicia en el Código Civil y Comercial", Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 21/04/2015, La Ley.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

Queda claro que los sujetos del contrato de franquicia comercial son el franquiciante (*franchisor*) y el franquiciado (*franchisee*). Ya me he referido a ambos desde la óptica del negocio empresarial y, en este punto, analizaré ambos sujetos desde el punto estrictamente contractual.

El franquiciante es el propietario del plan negocial, marca, patente, nombre, método, sistema de ventas, que autoriza a otra persona su implementación y explotación bajo su propia asistencia y control durante toda la vigencia del contrato.

Por su parte, el franquiciado es aquel autorizado por el franquiciante para explotar un nuevo establecimiento comercial.

Además de los sujetos clásicos del contrato de franquicia comercial, hay autores que agregan la figura del *packager*, una suerte de profesional de la franquicia que arma el sistema para el futuro franquiciante, organizando el plan negocial, redactando el manual, eligiendo a los potenciales franquiciados y vendiendo las franquicias, contra el pago de un honorario determinado.¹⁹

Franquiciante y franquiciado son empresarios que pueden ser personas humanas con capacidad de derecho de ejercicio (arts. 22 y 23 del Código Civil y Comercial de la Nación) o bien personas jurídicas con aptitud, según el ordenamiento jurídico, para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación (art. 141, cit. Cód.). En cualquier caso, tanto el franquiciante como el franquiciado forman empresas autónomas, jurídicamente independientes, no pudiendo estar unidos por lazos de dependencia o subordinación jurídica alguna. Y si bien frente a terceros se crea una apariencia de "indiferenciada actividad comercial", o sea, una especie de dependencia funcional del franquiciado respecto del franquiciante, lo cierto es que ambos tienen su propia personalidad y asumiendo cada uno los riesgos derivados de la actividad desarrollada. En tal sentido, el art. 1512, tercer párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que "... *El franquiciante no puede tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado ...*".

El franquiciante puede tener participación minoritaria en el capital social de la sociedad franquiciada, y es lo que algunos autores denominan franquicia asociativa, que se produce cuando el franquiciante posee una tenencia accionaria no controlante del capital de

¹⁹ KLEIDERMAJER, Jaime L., *Franchising: Aspectos Económicos y Jurídicos*, pág. 141, Abeledo-Perrot, 1995.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

la sociedad franquiciada, estableciéndose entre uno y otro no más que una relación comercial más fuerte, así como un grado de confianza que puede ser mayor. Pero cuando la adquisición accionaria tiene la virtualidad de otorgar al franquiciante el control total del negocio del franquiciado y puede influir en la independencia jurídica de la sociedad franquiciada participada, se corre el riesgo de que tan amplio dominio pueda finalmente convertirla en una filial. En tal caso, se produciría una desviación del sistema, una pérdida de la caracterización que es propia del contrato de franquicia comercial. Lo que se impide, es pues, que el franquiciante por la vía del control societario, pueda interferir en la gestión directa y responsable del establecimiento franquiciado, cuyo titular frente a terceros se ha de presentar como el único garante de su actividad.²⁰

Según Bescós, no hay dependencia entre las partes, pues franquiciante y franquiciado son empresarios independientes, pero sí hay subordinación económica.²¹

5.2. Objeto.

El objeto de la franquicia será siempre la autorización del franquiciado para explotar el plan comercial, que generalmente incluirá el permiso para el uso de una marca comercial y/o patentes involucradas, y los métodos y procesos de comercialización que constituyen el *know-how* que se transferirá y que forma parte de dicho plan comercial, suministro de productos, instrucciones, capacitación y asistencia técnica.

El *know-how* ha sido definido por la Cámara Internacional de Comercio como "... La totalidad de los conocimientos, del saber especializado y de la experiencia volcados en el procedimiento y en la realización técnica de la fabricación de un producto ...". Asimismo, "... Este concepto puede designar no solamente fórmulas y procedimientos secretos, sino también una técnica que guarde conexión con procedimientos de fabricación patentados y que sea necesaria para hacer uso de la patente. Puede también designar procedimientos prácticos, particularidades y conocimientos especializados técnicos, que fueron siendo obtenidos por un productor a través de investigaciones y que no deben ser adquiridos aun por la competencia ...".

Queda claro que la autorización de uso tendrá un límite temporal dado por el plazo de vigencia del contrato de franquicia comercial.

²⁰ HEREDIA, Pablo D., "El contrato de franquicia en el Código Civil y Comercial", Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 21/04/2015, La Ley.

²¹ BESCOS, Modesto, "Factoring Y Franchising". Ed. Pirámide, págs.. 119/120.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

En tal sentido, el segundo párrafo del art. 1512 del Código Civil y Comercial de la Nación establece: "... *El franquiciante debe ser titular exclusivo del conjunto de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás comprendidos en el sistema bajo franquicia; o, en su caso, tener derecho a su utilización y transmisión al franquiciado en los términos del contrato ...*".

5.3. Contraprestaciones.

Tradicionalmente, la forma de retribución al franquiciante se traduce en un *fee* de ingreso, y un *royalty* o regalía periódica que podrá tener relación con las ventas realizadas por el franquiciado o podrá ser una suma fijada de antemano (*cannon*) o, eventualmente, podrá ser un combinación de ambos: un mínimo garantizado de regalía periódica con más un porcentaje que se estipula si las ventas superan el nivel previsto en relación a ese mínimo.

Sin embargo, existen otros casos en los que el interés del franquiciante estará dado por la venta o colocación de sus productos. En tales casos, podrá o no haber *fee* de ingreso, pero no habrá *royalty* o *cannon*, ya que el franquiciante tendrá exclusividad en la venta de los productos y ese será el beneficio directo por la colocación de lo que fabrica o importa.

También existen casos en que el franquiciante puede designar al o a los proveedores que deberán suministrar los productos, en cuyo caso la retribución del franquiciante podría estar dada por un porcentaje que les cobrará a los proveedores designados en exclusividad, incluso, combinado con una retribución percibida del franquiciado.

En definitiva, pueden darse combinaciones de todos los supuestos y de allí surgirá la contraprestación recibida por el franquiciante, y no hay límite para la imaginación en tal sentido, siempre que el contrato sea sumamente específico y puntual en un aspecto tan importante para evitar así eventuales conflictos.

5.4. Exclusividad de territorio.

Uno de los elementos básicos del contrato de franquicia comercial es su territorialidad. Es un límite espacial a los derechos de explotación del sistema de franquicia otorgado al franquiciado. Como contrapartida, el franquiciante no podrá autorizar a ningún otro franquiciado a explotar una franquicia dentro del área delimitada, ni comercializar los productos o servicios en forma directa dentro del territorio asignado, salvo que el contrato lo autorice expresamente.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

Al respecto, el art. 1517 del Código Civil y Comercial de la Nación establece:
“Cláusulas de exclusividad. Las franquicias son exclusivas para ambas partes. El franquiciante no puede autorizar otra unidad de franquicia en el mismo territorio, excepto con el consentimiento del franquiciado. El franquiciado debe desempeñarse en los locales indicados, dentro del territorio concedido o, en su defecto, en su zona de influencia, y no puede operar por sí o por interpósita persona unidades de franquicia o actividades que sean competitivas. Las partes pueden limitar o excluir la exclusividad.”.

Ello implica que la “exclusividad” es un elemento esencial del contrato y, por ende, se lo debe juzgar existente aun en caso de silencio entre las partes, debiendo ellas para excluirla, limitarla o reglamentarla convenir cláusulas especiales, tal como lo refiere el art. 1517 in fine.

Si las partes han acordado en el contrato exclusividad sobre determinado territorio o zona, implicará que dentro de la misma el franquiciante no podrá autorizar otra franquicia, salvo consentimiento expreso del franquiciado, y deberá garantizar a éste la no irrupción de otra franquicia igual o similar. Adicionalmente, el franquiciante deberá abstenerse de comercializar los productos o servicios en forma directa o a través de clientes mayoristas, salvo, previsión expresa en el contrato.

Por su parte, el franquiciado tendrá una zona de influencia donde podrá comercializar los productos o servicios objeto de la franquicia, debiendo abstenerse de distribuirlos fuera de ese ámbito, ya sea directa o indirectamente.

El territorio o la zona de influencia será determinado exclusivamente por el franquiciante en virtud de su plan de expansión comercial. Y la forma de establecer los límites puede variar según las especiales circunstancias del caso: puede tratarse de una ciudad, de un barrio, de m². Circundantes, de un centro comercial, etc..

La violación por el franquiciado del pacto de exclusividad espacial o territorial, lo hace responsable frente al franquiciante y habitualmente es considerado una causal de resolución del contrato de franquicia comercial.

5.5. Derechos y obligaciones de las partes:

5.5.1. Obligaciones del franquiciante:



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

El franquiciante se obliga respecto a una zona territorial determinada, a: no conceder el derecho de explotar la franquicia o parte de ella a terceros; no suministrar los mismos productos a terceros; no explotar ni comercializar por sí los mismos productos o servicios, salvo, claro está, previsión expresa en el contrato.

Adicionalmente, el franquiciante deberá mantener una relación continua de asesoramiento con el franquiciado en lo referido a áreas de comercialización, técnicas de ventas y operaciones comerciales en general; proveer al franquiciado las normas, procedimientos y técnicas del sistema de franquicia otorgado; considerar la publicidad que el franquiciado le proponga. El contrato podría incluir la obligación del franquiciante de entregar al franquiciado uniformes para el personal y el material de empaque o *packaging*, con cargo al franquiciado.

Habitualmente el franquiciante se obliga a fijar una política de precios de venta al público, de manera de lograr uniformidad en todo el país e iguales o similares a los exhibidos en las otras franquicias y, en su caso, en las sucursales de propiedad exclusiva del franquiciante, si las tuviere.

También el contrato de franquicia podría obligar al franquiciante a dictar los cursos de entrenamiento del personal y prestar asesoramiento permanente en lo relativo a técnicas de comercialización, liquidaciones, stock, etc., durante todo el plazo de vigencia acordado.

5.5.2. Obligaciones del franquiciado:

La obligación esencial del franquiciado, será cumplir en tiempo y forma con el pago de las contraprestaciones dinerarias que se hubieren establecido en el contrato.

A su vez, en lo referido al ámbito de actuación, el franquiciado se obligará a: explotar la franquicia únicamente a través del o de los locales predeterminados, objeto del contrato; no convenir con terceros franquicias fuera del territorio asignado, en caso de estar facultado a subfranquiciar; abstenerse de captar clientela fuera del territorio otorgado; no fabricar, vender o utilizar, dentro del ámbito de la franquicia, productos que compitan con los que son objeto del contrato; no vender productos que no sean los suministrados por el franquiciante o por los proveedores autorizados por éste, etc..

Adicionalmente, el franquiciado se obligará a decorar el local de acuerdo a las especificaciones técnicas y arquitectónicas que le provea el franquiciante, inaugurarlos en una fecha determinada, y mantenerlos abiertos y en operación normal en los días y horarios



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
“SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES”

establecidos. El contrato podría establecer que el franquiciado se obligue a hacer que todo el personal involucrado en la operación del local asista y complete el programa de entrenamiento del franquiciante, utilice los uniformes y el *packaging* que le provea, y respete la política de precios impuesta por el franquiciante.

Por último, además de las habituales obligaciones, el franquiciado deberá mantener actualizado el recuento físico del stock de los productos, llevar la contabilidad en legal forma, cumplir con toda la normativa que rija su actividad, incluyendo la fiscal, laboral y previsional, contratar los seguros que establezca el contrato y, si la contraprestación del franquiciado estuviera relacionada con el nivel de ventas de los productos, el contrato podrá establecer la obligación del franquiciado de informar periódicamente al franquiciante las ventas efectuadas, los precios de venta, etc.. Incluso, el contrato podrá prever la obligación del franquiciado de otorgar un *full disclosure* o apertura completa de su contabilidad a fin de que el franquiciante pueda controlar el cumplimiento del contrato y el cálculo de la regalía pactada.

6. Comparación del contrato de franquicia con otros contratos de distribución comercial.

La comercialización por terceros no es un fenómeno nuevo. El deseo y la necesidad de expansión rápida, mas la voluntad de controlar la distribución de productos dentro de ciertas directivas, han provocado la aparición de nuevos contratos. Su origen no descansa en remozadas estructuras jurídicas ni depende de inspiraciones de juristas innovadores. Como bien ha señalado Echeverry²² “*su génesis instrumental y operativa responde a una realidad que proviene de la práctica empresarial cotidiana*”. Me refiero específicamente, a los contratos de agencia, distribución –propriadamente dicho- y concesión que, sumados al contrato de franquicia, han sido denominados genéricamente en nuestro derecho como “*contratos de distribución*”, dentro de la categoría de “*contratos comerciales modernos*”²³.

6.1. Agencia. El contrato de agencia ha sido definido como la relación contractual bajo la cual una de las partes contratantes, el agente, negocia y eventualmente concluye operaciones comerciales en nombre y por cuenta de otra parte, el representante,

²² ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, “Contratos – Parte especial”, T. 1, pág. 203 y sgtes.. Ed. Astrea.

²³ FARINA, Juan M. “Contratos comerciales modernos”, Ed. Astrea, 1994.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

bajo su subordinación y su autoridad. Su remuneración será una comisión sobre los productos que efectivamente venda u operaciones que concrete. En definitiva, el agente es un empresario autónomo que con sus recursos y organización propia colabora con el principal industrial o fabricante en la captación de nuevos mercados o en la explotación de los potenciales; opera de manera estable y goza de independencia jurídica, de tal suerte que su función excede el rol de un auxiliar de comercio.²⁴

En tal sentido se ha dicho que *“tanto la doctrina nacional como la extranjera sostienen que en la relación de agencia se da cierta identidad con la de comisión, pero también destacan que el carácter de habitualidad de la primera obliga al agente a realizar gastos y ejecutar actos, a veces de cierto esfuerzo, para lograr la penetración y dominación de mercados que, al revocarse su actuación, quedan a favor del comitente por una suerte de inercia que traen consigo la fama y eficacia de los productos introducidos. Esa realidad ha hecho que la doctrina y la legislación extranjera establecieran que la ruptura intempestiva del contrato de agencia por denuncia de cualquiera de las partes, obliga a la otra a resarcir los daños y perjuicios ocasionados”*.²⁵

En consecuencia, son evidentes las diferencias entre el *franchising*: no hay transferencia de *know how*, no hay transferencia de tecnología, no hay asistencia ni control permanente, no hay apoyo de *marketing*, ni *merchandising*, y tampoco hay un *management* transferido por parte del fabricante o industrial a favor del agente.

De esta forma, una de las grandes diferencias con el contrato de agencia se hace visible por sí misma: en la franquicia no existe la independencia de que goza el agente comercial en cuanto a cómo llevar adelante su propia empresa y sobre las políticas de acción a adoptar para cumplir con el objeto del contrato. Por otro lado, y como dije anteriormente, el agente comercial desarrolla su actividad por cuenta y orden del tercero proponente, cosa que no ocurre en la franquicia, ya que el riesgo del contrato se encuentra exclusivamente (salvo excepciones con respecto a determinados aspectos) en cabeza del franquiciado.

En ambos casos se trata de contratos *intuitu personae*, por los mismos fundamentos que acabamos de exponer al detenernos sobre el objeto de la franquicia, el cual supone que

²⁴ AGUINIS, Ana María M. de, “Contratos, Parte especial”, Tomo I, pag. 356.

²⁵ (CNCom, Sala A, 9-8-1979, “Zamora Ventas S.R.L. c/ Técnica Comercial Hoy S.A.”, La Ley, 1980-C, 27 – ED, 85-488).



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

las cualidades económicas, morales, comerciales y crediticias del franquiciado son determinantes a la hora de perfeccionarse el contrato.

Finalmente, existen otras diferencias que tal vez sean las de mayor importancia entre un contrato y otro. En efecto, el agente comercial no se dedica a la explotación de los productos del proponente para la consecución de un beneficio económico directo que sea consecuencia de su comercialización. Por el contrario, si bien obtiene una ganancia económica a raíz de los bienes o servicios producidos por el proponente, esta no es directa sino indirecta, ya que se configura como consecuencia de la actividad de promoción que el agente desarrolla, y no como consecuencia de la transferencia de *know how*, lo que sí ocurre en el contrato de franquicia.

El nuevo Código Civil y Comercial, en su art. 1479, define al contrato de agencia: *"Hay contrato de agencia cuando una parte, denominada agente, se obliga a promover negocios por cuenta de otra denominada preponente o empresario, de manera estable, continuada e independiente, sin que medie relación laboral alguna, mediante una retribución. El agente es un intermediario independiente, no asume el riesgo de las operaciones ni representa al preponente. El contrato debe instrumentarse por escrito."*

Con relación a la remuneración, el art. 1486 del Código Civil y Comercial dispone: *"Si no hay un pacto expreso, la remuneración del agente es una comisión variable según el volumen o el valor de los actos o contratos promovidos y, en su caso, concluidos por el agente, conforme con los usos y prácticas del lugar de actuación del agente."*

6.2. Distribución. El contrato de distribución propiamente dicho supone una relación contractual entre un fabricante y un distribuidor, a quien se le otorga una zona o ámbito de actuación, donde este último ejercerá su actividad comercial que será la reventa de los productos que le compra al fabricante.²⁶

Para diferenciarlo del resto de los contratos denominados genéricamente de distribución comercial, es interesante citar lo resuelto en un fallo según el cual el contrato de distribución es un contrato consensual que otorga al distribuidor el derecho de vender en un sector determinado, cuya ganancia consiste, generalmente, en la diferencia entre el

²⁶ KLEIDERMAJER, Jaime L., "Franchising: Aspectos Económicos y Jurídicos", pág. 118, Abeledo-Perrot, 1995.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

precio de compra y el de venta, denominada impropia­mente "comisión" y mas acertadamente "de reventa".²⁷

Para el productor, fabricante o importador, la finalidad es ampliar sus negocios mediante empresas independientes, evitando costosas estructuras y eludiendo responsabilidades de diverso orden, para lo cual dispone de la colaboración especializada de sus distribuidores, ya sea mayoristas y/o minoristas, que le permitan hacer llegar sus productos o servicios al consumidor final. Para el distribuidor, el objeto es obtener un margen de ganancias en las ventas que realiza en una zona determinada y contar con una adecuada provisión de mercaderías por parte de la concedente.²⁸

El Código Civil y Comercial de la Nación no prevé una regulación específica para el contrato de distribución sino que, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1511, establece que las disposiciones reguladoras del contrato de concesión resultarán aplicables a los contratos de distribución en tanto sean pertinentes.

Desde esta perspectiva, el contrato de distribución propiamente dicho tiene las siguientes notas distintivas:

a) Exclusividad de zona: excepto pacto en contrario, la distribución será exclusiva para ambas partes en el territorio o zona de influencia determinadas. Así el fabricante o importador no podrá autorizar otra distribución en el mismo territorio o zona y, por su parte, el distribuidor no podrá, por sí o por interpósita persona, ejercer actos propios de distribución fuera de ese territorio o zona o actuar en actividades competitivas. Asimismo, la distribución comprendería todas las mercaderías fabricadas o provistas por el distribuidor.

b) Duración: En virtud de la onerosidad de las obligaciones que asume el distribuidor al asumir la distribución de los productos del distribuido, estos contratos suelen celebrarse por plazos prolongados. El artículo 1506 del Código Civil y Comercial, relativo a la concesión, establece un plazo mínimo de 4 años para la celebración del referido contrato, plazo que podrá ser reducido en 2 años si el concedente provee al concesionario el uso de las instalaciones principales. La remisión genérica establecida por el artículo 1511 del Código Civil y Comercial no resulta clara a los fines de determinar si los plazos

²⁷ CNCom, Sala B, 17/02/1987, ED, 123-461.

²⁸ ARGERI, Saúl A., "Contrato de distribución", LL, 1982-B1041



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

mínimos establecidos para el contrato de concesión resultan aplicables al contrato de distribución, por lo que habrá que esperar a que la jurisprudencia defina la interpretación que deba darse a la misma.

Por otro lado, por la vía de remisión, se establece el plazo de preaviso que debe darse a los fines de resolver los contratos de distribución, en tanto éstos no prevean un plazo de vencimiento determinado, estableciendo que debe darse noticia de la intención de resolver el contrato con una antelación equivalente a un mes por cada año de vigencia del contrato. Corresponde destacar que el mencionado artículo 1506 establece que los contratos celebrados por tiempo determinado, que se hayan mantenido vigentes con posterioridad al vencimiento del plazo, serán tenidos por contratos celebrados por tiempo indeterminado.

Más allá de que el contrato de concesión, el contrato de distribución y el contrato de agencia tengan notas características similares, los mismos son figuras esencialmente distintas. En tal sentido resulta difícil determinar de qué manera será aplicable al contrato de distribución la regulación establecida para el contrato de concesión y/o en su caso del de agencia.

Así, la remisión efectuada por el art. 1511 del Código Civil y Comercial de la Nación en muchos casos no será viable, lo que traerá aparejada una mayor incertidumbre acerca de la normativa aplicable. Hubiera sido preferible proceder a una regulación específica, tal como se hizo con los contratos de agencia, concesión y franquicia, para evitar posibles controversias a futuro.

Desde este punto de vista, la doctrina ha entendido que son los jueces quienes deberán analizar si resulta procedente la remisión y, por tal motivo, deviene necesario redactar los contratos de distribución con la claridad suficiente como para no dejar lugar a interpretaciones que puedan ser desfavorables.

En la práctica, el distribuidor seguirá manejándose por los usos y prácticas establecidos y por aquellas disposiciones aplicables al contrato de concesión, en tanto no existan usos y prácticas contrarias.

6.3. Concesión. Sobre la base de innumerable legislación comparada, doctrina existente y jurisprudencia nacional, se reguló el contrato de concesión en el Código Civil y Comercial de la Nación, que en su art. 1502 establece: "*Hay contrato de concesión cuando el concesionario, que actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros, se obliga mediante una retribución a disponer de su organización empresarial para comercializar*



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

mercaderías provistas por el concedente, prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según haya sido convenido.”.

Con relación a la exclusividad en este tipo de contratos, el art. 1503 del mismo cuerpo legal, establece: *“Excepto pacto en contrario: a) la concesión es exclusiva para ambas partes en el territorio o zona de influencia determinados. El concedente no puede autorizar otra concesión en el mismo territorio o zona y el concesionario no puede, por sí o por interpósita persona, ejercer actos propios de la concesión fuera de esos límites o actuar en actividades competitivas; b) la concesión comprende todas las mercaderías fabricadas o provistas por el concedente, incluso los nuevos modelos.”.*

Algunos autores, destacan como rasgo distintivo del contrato de concesión, la obligación que asume el concesionario de prestar el *service* con respecto a los productos que comercializa.²⁹ Se apoyan para ello en un fallo de la Sala B de la Cámara Nacional en lo Comercial, del 29/09/1978. Sin embargo, otros autores sostienen que el *service* de garantía post venta es solo uno de los aspectos que distinguen al contrato de concesión con relación al resto de los contratos de distribución comercial. En muchos casos, existe la obligación de prestar un servicio de garantía post venta pero, sin embargo, no alcanzan a ser contratos de concesión, porque no existe la cláusula de exclusividad con relación al distribuidor. Es el caso del doctor Jaime L. Kleidermacher³⁰, quien sostiene que para que se produzca la transición que convierte un contrato de distribución en uno de concesión comercial, es necesario que se trate de un contrato por el cual, un distribuidor, por su cuenta y riesgo y actuando en su exclusivo nombre, tenga el derecho cedido por un fabricante o importador, a vender los productos de éste en un área determinada, donde se le garantiza exclusividad total, y él a su vez, se compromete a no vender productos de ninguna otra clase y, mucho menos, que compitan con los productos del concedente, durante un plazo, determinado o a determinarse. A ello, se suma que los precios final de los productos estarán, en general, fijados por el fabricante y el control sobre el funcionamiento de la concesión va a ser mucho mas estricto que en el caso de un contrato de distribución.

²⁹ MARZORATI, Osvaldo J., “Sistemas de distribución comercial”, pág. 336, Ed. Astrea, 1990.

³⁰ “Franchising: Aspectos Económicos y Jurídicos”, pág. 120, Abeledo-Perrot, 1995.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

En este sentido, la doctrina ha señalado que la concesión lleva una mayor integración entre la concesionaria y la concedente, donde se verifica un aumento considerable de los poderes de reglamentación y control en relación a la principal³¹.

Por su parte, los tribunales argentinos han definido al contrato de concesión como una concentración vertical de empresas, estableciendo la posibilidad del pago de una indemnización por parte del concedente al concesionario en casos de rescisión unilateral incausada por parte del principal, sin el otorgamiento de un plazo de preaviso adecuado.³² Se destaca en este sentido el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Automóviles Saavedra c/Fiat Argentina S.A.".³³

La concesión para la venta tiene su punto culminante en la comercialización de automotores, aunque también puede ser utilizada para otro tipo de bienes. El nuevo Código regula en forma detallada las obligaciones de cada una de las partes, la duración del contrato y la retribución del concesionario.

7. El franchising y la libre competencia.

Se ha discutido en doctrina si el franchising puede afectar el sistema de libre competencia o constituir un medio para la concurrencia desleal. La cuestión debatida no es nueva y encuentra su origen en los Estados Unidos y en la Comunidad Económica Europea.

7.1. La legislación vigente en Argentina. En nuestro país rigieron sucesivamente las leyes 11.210 y 12.906 inspiradas en el sistema anti trust de los Estados Unidos, de neto corte penalista. Estas normas resultaron ineficaces y se dictó la ley 22.262 que reconocía como fuente el Tratado de Roma, avanzando sobre la legislación anterior, porque preveía acciones civiles y creaba la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia para la realización de los trámites administrativos, pero no contenía ningún tipo de disposición expresa sobre el control de estructuras.

La Constitución de 1994 establece expresamente en su art. 42 el "*derecho a la competencia efectiva*", que fuera regulado en el año 1999 por la ley 25.156 que establece un

³¹ DOMINGUEZ GARCÍA, Manuel Antonio, "Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución", Revista del Derecho Mercantil español, 175/178, año 1985, pag. 425.

³² CNCom., Sala A, 11/02/1988, "Perú Automotores c/General Motors en liquidación".

³³ LA LEY, 1989-B, 4, con nota de Antonio Boggiano - LLC, 1989-390 - DJ, 1988-2-693 - JA, 1988-III-56.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

claro cambio de sistema con respecto a las anteriores regulaciones, ya que se despenaliza el derecho de la competencia y sus normas se incorporan al derecho privado patrimonial.

La ley actualmente vigente contiene definiciones de los acuerdos y prácticas que se encuentran prohibidas, las posiciones dominantes en el mercado y de las concentraciones y fusiones.

A diferencia de su antecesora, la ley 25.156, con el objetivo de impedir la distorsión de la competencia en el mercado -bien jurídico cuya protección persigue-, establece dos sistemas diferentes de control: uno se relaciona con el control de comportamientos, es decir con los actos o conductas manifestados de cualquier forma que tengan por objeto o efectos los mencionados en el art. 1 (que con carácter enunciativo se indican en el art. 2); en tanto que el otro se ubica en lo que se denomina control de estructuras, a través de un mecanismo de notificación y autorización previa o inmediata de las operaciones de concentración económica.³⁴

A su vez, la ley 25.156 creó el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (arts. 17 y sigtes.) otorgándole a dicho Tribunal el carácter de "autoridad de aplicación" de la ley; disponiendo a continuación cuáles son sus funciones, su presupuesto, sus normas procedimentales y las vías recursivas. Finalmente, la ley 25.156 (art. 58) dispuso que, hasta tanto sea puesto en Nacional de Defensa de la Competencia, subsistirá y continuará entendiendo en Comisión Nacional de Defensa de la Competencia creada por la anterior ley 22.262 La falta de creación del Tribunal de Defensa de la Competencia, situación que se mantiene hasta la fecha del presente trabajo, ha generado diversos planteos relativos a la inconstitucionalidad de la CNDC y a su competencia.

En su art. 1º, la ley 25.156, textualmente dice: *“Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.”*. Y el art. 2º de la misma ley, establece una serie de conductas a las que tipifica, y que

³⁴ MEDINA, Graciela, “Visión jurisprudencial de la ley de defensa de la competencia a seis años de su dictado”, LL 2006-A, 1120 - Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo V, 01/01/2009, pág. 471.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

expresamente considera violaciones a la ley de defensa de la competencia cuando tengan un encuadramiento que se ajuste a los actos y conductas descriptos por su art. 1°.

Especial relación con el sistema de franchising tiene el inc. a) del art. 2° que tipifica como conducta antijurídica la de “fijar, concertar o manipular en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto”, y fundamentalmente el inc. c), en tanto describe como conducta ilícita “repartir en forma horizontal zonas, mercados, clientes y fuentes de aprovisionamiento”.

Se dice que estos son los dos tipos a tener en cuenta porque, en general, en el *franchising* se da: a) una zonificación planificada en miras al desarrollo del programa de distribución ínsita en el propio sistema y, b) una política concertada de precios – normalmente de alta competitividad- en aras a profundizar la uniformidad e identidad de la red de distribución.³⁵

En efecto, el *franchising* se mueve entre esos dos parámetros: la defensa de la competencia que sanciona posibles conductas abusivas del franquiciante, y castigo a la concurrencia desleal en la que puede incurrir el franquiciado.³⁶

Ahora bien, corresponde preguntarse si cualquier conducta que se adecúe a los tipos descriptos por la norma podrá ser considerado inmediatamente una violación a la defensa de la competencia. Y la respuesta que surge de la interpretación mayoritaria de la doctrina resulta ser negativa. Para que aquello ocurra, se deberá constatar una interrelación directa con las conductas típicas descriptas por el art. 1° de la Ley 25.156, en el sentido que deberá existir una voluntad de distorsionar el mercado, debe mediar un abuso de posición dominante que constituyan un monopolio u oligopolio y siempre deberá verificarse que, como consecuencia de dicha conducta, resulte un perjuicio concreto para el interés económico general. Y sólo en este supuesto la conducta típica será condenada como ilegítima. Muchos son los autores que sostienen que del propio texto legal y de su exposición de motivos surge que no existen conductas per se ilegales, sino que lo son en la medida que afecten el interés económico general. Y podría ocurrir que una misma conducta sea punible en determinadas circunstancias y en otras no.³⁷

³⁵ KLEIDERMAJER, Jaime L., “Franchising: Aspectos Económicos y Jurídicos”, pág. 222, Abeledo-Perrot, 1995.

³⁶ FARINA, Juan M. “Contratos comerciales modernos”, pág. 466, Ed. Astrea, 1994.

³⁷ COOK, ITURRALDE y otros, “Franchising”, en “Derecho Económico”, N° 14, pág. 19.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

Otros autores van mas allá y sostienen que el contrato de franquicia no atenta contra la competencia, sino que, por el contrario, la estimula.³⁸

7.2. El *franchising* y el Derecho de Defensa de la Competencia en los Estados Unidos.

El art. 1° de la ley de defensa de la competencia de nuestro país, tiene su origen en la evolución doctrinaria de la cuestión de la libre competencia en los Estados Unidos de Norteamérica. Fue allí donde se gestó y cimentó una fuerte corriente jurisprudencial y legislativa, para combatir o controlar el desarrollo de monopolios y trust norteamericanos que amenazaban con disolver la economía del libre mercado, tan importante para los fundamentos del sistema liberal económico de dicho país. Las primeras reglas antitrust, limitaban la posibilidad de introducir cláusulas restrictivas a la libre competencia en los contratos privados. La rigidez de su aplicación fue variando en el tiempo, hasta que en 1711 la regla de la razonabilidad (*rule of reason*) fue aplicada por primera vez en los Estados Unidos y aún hoy es el mecanismo utilizado por los jueces como estándar básico para dirimir casos bajo la órbita de las leyes antitrust.

Sin embargo, las interpretaciones de la regla de la razonabilidad han ido variando a través del tiempo y aún hoy se siguen modificando. El creciente riesgo de prácticas abusivas producto de grandes corporaciones de la segunda mitad del siglo XIX en Estados Unidos, que permitía enormes concentraciones empresarias, en mayor medida con relación a empresas de transporte, produjeron una enorme presión popular que obligó a la promulgación de la *Interstate Commerce Act* de 1887 y, finalmente, a la *Sherman Antitrust Act* de 1890. Sin embargo, los continuos abusos y nuevos negocios que eludían la aplicación de la dichas normas gracias a interpretaciones jurisprudenciales diversas, generaron nuevas presiones que derivaron, en 1914 y por iniciativa del poder ejecutivo norteamericano, en la promulgación de dos nuevas leyes: la *Clayton Act* y la *Federal Trade Commission Act*. Lo que se trataba de combatir eran los monopolios, y se juzgaban *per se* anticompetitivas las prácticas de división de mercados, boicots, acuerdos sobre precios, compromisos, sin tener en cuenta las circunstancias ni la finalidad de las partes al celebrar el contrato.

La aplicación indiscriminada de la las nuevas leyes antitrust, motivó a la Corte Suprema norteamericana a volver a aplicar en 1911 la *rule of reason* en el célebre caso

³⁸ BEKERMAN, Jorge y MARTORELL, Ernesto Eduardo, "El franchising: una nueva modalidad contractual", LL, año 1, N° 127, 3-VII-1986, pág.2.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

"*Standard Oil Company of New Jersey vs. United States*"³⁹. Con posterioridad, la evolución doctrinaria fue atenuando los extremos en el análisis de conductas que pudieran estar sometidas a una sospecha de conspiración para la creación de monopolios, *trust* y/o carteles.⁴⁰

Según algunos autores de la doctrina argentina, la función de la regla de la razonabilidad es discriminar entre restricciones contractuales que tienen calidad ofensiva de la competencia de las que no la tienen.⁴¹

La Corte Suprema norteamericana sostuvo en su fallo en el caso "*Board of Trade of City of Chicago vs. United States*"⁴², en lo que muchos autores consideran como la consagración de la regla de la razonabilidad, que la legalidad de un acuerdo por regulación analizando simplemente si el mismo restringe o no la competencia, ya que todo acuerdo la restringe, en algún modo. El verdadero test de legalidad radica en analizar si la restricción impuesta es tal que solo regula y, tal vez así, promueve la competencia o, si por el contrario, es tal que la suprime o destruye. Y para determinar esa cuestión, la Corte debe considerar las peculiares circunstancias del caso.

En términos generales, se aplican a las franquicias las reglas generales en materia de restricciones verticales. Sobre esa base, en el Derecho estadounidense se han considerado ilícitas cláusulas tales como las que permiten al franquiciante fijar los precios del franquiciado y las llamadas cláusulas atadas, estas últimas en los casos en que carezcan de una causa de justificación suficiente, como ser el asegurar —en ausencia de otros instrumentos lícitos— los niveles de calidad del franquiciado; la regla de la razón es el principio básico que rige tales restricciones, con las particularidades en su aplicación respecto a cada una de ellas en lo atinente al contrato de franquicia comercial.⁴³

7.3. El franchising y el Derecho de Defensa de la Competencia en la Comunidad Económica Europea.

³⁹ (1911, 221 U.S. 1)

⁴⁰ KLEIDERMAJER, Jaime L., "Franchising: Aspectos Económicos y Jurídicos", pág. 226, Abeledo-Perrot, 1995.

⁴¹ "El Franchising y el sistema de Libre Competencia", Mónica Witthaus, Cecilia Cook, María Claudia Iturralde, Héctor O. Chomer, Javier G. Martón, Roberto E. Abieri y Marcelo A. Rapallo. Revista de Derecho Económico Nº 14, 1990.

⁴² (1918, 246 U.S. 231)

⁴³ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y SEREBRINSKY, Diego, "Contrato de Franquicia Comercial y Derecho de Defensa de la Competencia: su tratamiento en el art. 1523 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012", LL, DCCyE 2013, 01/08/2013, 307.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
“SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES”

Por su parte, en el ámbito de la Comunidad Económica Europea, la manipulación de los mercados por parte de los productores, estableciendo en sus contratos restricciones que pudieran traer aparejado el fraccionamiento del mercado común, neutralizando así los fines últimos tenidos en cuenta para su creación, ha dado lugar a pronunciamientos específicos sobre este tema.

Es paradigmático el caso “*Pronuptia de Paris*”⁴⁴ del 28 de enero de 1986, en el que la Corte alemana fue llamada a decidir sobre la interpretación del art. 85 del Tratado de Roma⁴⁵ y del Reglamento 67/67 dictado por la Comisión de Comunidades Europeas. En este caso particular, estaba en juego un contrato de franquicia de distribución.

El Dr. Marzorati⁴⁶ ha resumido las conclusiones de la Corte, de la siguiente manera:

- 1) La compatibilidad de los contratos de franquicia de distribución con el art. 85, inc. 1° del Tratado de Roma, depende de las cláusulas que contienen dichos contratos y del contexto económico en el cual se insertan.
- 2) Las cláusulas que son indispensables para impedir que el *know how* transmitido y la asistencia aportada por el franquiciante aprovechen a los competidores, no constituyen restricciones de la competencia en el sentido del art. 85, inc. 1°.
- 3) Las cláusulas que organizan el control indispensable para la preservación de la identidad y de la reputación de la red que está simbolizada por la enseña, no constituyen tampoco restricciones a la competencia, en el sentido del art. 85, inc. 1°.
- 4) Las cláusulas que implican una restricción de los mercados entre franquiciante y franquiciado o entre los franquiciados, constituyen restricciones a la competencia en los términos del art. 85, inc. 1°.
- 5) La comunicación al franquiciado por parte del franquiciante de los precios indicativos, no constituye una restricción a la competencia, en tanto no haya entre franquiciado y franquiciante, ni entre los franquiciados, una práctica concertada en vistas a la aplicación efectiva de esos precios.

⁴⁴ “*Pronuptia de Paris GmbH, Frankfurt Am Main vs. Firma Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*”, Hamburg, German Trial Court, Case 161/84.

⁴⁵ Actual art. 101 del Tratado de Roma, luego de entrar en vigor el Tratado de Lisboa el 1° de Diciembre de 2009.

⁴⁶ MARZORATI, Osvaldo J., “*Sistemas de distribución comercial*”, pág. 256, Ed. Astrea, 1990.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

Tal solución tornaba inaplicables los pactos de exclusividad en los contratos de franquicia, agravado por el hecho de que en la justicia europea no se aplicaba la *rule of reason* del derecho norteamericano.

La Comisión de Comunidades Europeas no tardó en dictar una regulación de Excepción de Bloque para acuerdos de franquicia, con vigencia desde el 1° de febrero de 1989⁴⁷ y toda la doctrina apoyó esta decisión por sus favorables consecuencias.

Además de definir al *franchising* y sus elementos, fue fundamental la exclusión establecida por la nueva normativa, de la aplicabilidad del art. 85 del Tratado de Roma a un conjunto importante de contratos de franquicia. Dicha solución fue incuestionablemente favorable al desarrollo del sistema de *franchising* en Europa. De tal modo, todo acuerdo que se ajustara a la nueva legislación en Europa, no infringía la normas sobre competencia de la comunidad contenidas en el art. 85, inc.1°, por haber quedado comprendidas en la excepción general prevista en el inc. 3° del mismo artículo del tratado mencionado.⁴⁸

Posteriormente, mediante el Reglamento 2790/1999, las autoridades europeas incluyeron el régimen de los contratos de franquicia en el más general de los contratos verticales. Esto implica la prohibición de diversas cláusulas, como las que obligan al franquiciado a no competir con el franquiciante durante períodos prolongados posteriores a la finalización del contrato o las que permiten al franquiciante fijar los precios del franquiciado.

7.4. El contrato de franquicia comercial y el Derecho de Defensa de la Competencia en la Argentina.

Como señalé anteriormente, el art. 1° de la Ley de Defensa de la Competencia prohíbe y sanciona los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Cuando en la cadena de comercialización existe una posición dominante de alguno de los miembros, los métodos asociativos son verticales. Esta posición puede ser ejercitada

⁴⁷ Regulación de la Comisión Europea N° 4087/1988.

⁴⁸ MARZORATI, Osvaldo J., "Sistemas de distribución comercial", pág. 279, Ed. Astrea, 1990.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

mediante un control interno (acciones de una sociedad en otra con una participación que le asegure a la primera la toma de decisiones) o mediante un control externo, a través de vinculaciones inter-empresarias que en la mayoría de los casos generan o establecen una dependencia económica que se manifiesta mediante restricciones contractuales impuestas por una sociedad a otra respecto a inversiones, otorgamiento de préstamos para lograr estándares de calidad, asistencia técnica, etc.

En el sistema de franquicia (y en el resto de los contratos de distribución comercial) existe un método asociativo vertical, con una posición dominante del franquiciante como titular de la marca y del *know how* del sistema comercial. Esta posición de dominación se ejerce mediante un control externo, a través de vinculaciones inter-empresarias que en la mayoría de los casos generan o establecen una dependencia económica que se manifiesta mediante restricciones contractuales impuestas por una sociedad a otra respecto a inversiones, otorgamiento de préstamos para lograr estándares de calidad, asistencia técnica, etc.. El nuevo Código tipifica esta serie de contratos entre empresas en las que existe una concentración vertical y donde quien ejerce una posición dominante, impone las condiciones de comercialización al resto de los contratantes a través de algún contrato de adhesión que permite formar una red o cadena desde el fabricante hasta el consumidor.

En su art. 1523 afirma que "*El contrato de franquicia, por sí mismo, no debe ser considerado un pacto que limite, restrinja o distorsione la competencia.*". Esta regla general, reconoce su fuente en el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea en el ya mencionado caso "*Pronuptia de París*", en el que se consideró que un acuerdo de franquicia no entrañaba en sí mismo un obstáculo para la competencia, pudiendo no entrar dentro del ámbito de aplicación del art. 85.1 del Tratado constitutivo de la Comunidad, beneficiándose entonces con la exención prevista en el apartado 3 de ese mismo artículo.

Para algunos autores⁴⁹ dicha regla general es inconstitucional, por cuanto sostienen que no existe ninguna justificación, ni axiológica ni valorativa, que haga virtuoso eximir al contrato de franquicia comercial de la aplicación de las normas del Derecho de la competencia. Y van mas allá, al sostener literalmente que el contrato de franquicia comercial, tanto en su etapa de celebración, ejecución y terminación, es un ambiente

⁴⁹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y SEREBRINSKY, Diego "Contrato de Franquicia Comercial y Derecho de Defensa de la Competencia: su tratamiento en el art. 1523 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012", LL, DCCyE 2013, 01/08/2013, 307.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

altamente proclive al desarrollo y existencia de conductas prohibidas por las leyes de defensa de la competencia.

En rigor de verdad, a diferencia del derecho comparado, el Código Civil y Comercial argentino ha instaurado como regla general lo que el resto de las legislaciones han establecido como excepción o exclusión. Dicha elaboración normativa parte de la premisa de que los diversos franquiciados de un mismo producto y marca, empresarios independientes, pero dedicados a idéntica actividad, no son competidores entre sí a los efectos de la Ley de Defensa de la Competencia. Y que ciertas decisiones esenciales del sistema de precios u otros aspectos de la comercialización corresponden exclusivamente al franquiciante y deben ser acatadas por los franquiciados de la cadena, no pueden ser consideradas "acciones concertadas" en los términos de la norma mencionada, sino que están asociadas a un sistema de distribución en marcha.⁵⁰

En definitiva, el Código establece como regla general que el *franchising* no implica *per se* un sistema de distribución destinado a limitar, restringir o distorsionar la competencia y, en todo caso, habrá que analizar, en particular, si un sistema o un contrato de franquicia o alguna de sus cláusulas son conductas tipificadas por la Ley de Defensa de la Competencia cuando tienen por objeto afectar la competencia, excluir a competidores, fijar precios con fines distintos a mantener la uniformidad de precios en la red, o constituyen un abuso de posición dominante del franquiciante en el mercado, o se trata de un monopolio u oligopolio y, claro está, generan como resultado un perjuicio al interés económico general.

Por último, hasta la sanción del Código Civil y Comercial, la mayoría de la doctrina argentina había coincidido en que era pertinente pactar ciertas restricciones a las actividades del franquiciado, a fin de evitar que pudiera vincularse directa o indirectamente con empresas competidoras del franquiciante. Y, que una vez concluido el vínculo contractual, dichas restricciones debían mantenerse, a fin de evitar una desviación de la clientela hacia otra marca competitiva. Pero dicha restricción, no podía ser ilimitada en el tiempo.

Esa es la solución adoptada por el Código Civil y Comercial, que ha establecido en su articulado, dos soluciones particulares para este tipo de contratos: (i) la prohibición para

⁵⁰ FARINA, Juan M., "Contratos Comerciales Modernos", pág. 468, Ed. Astrea, 1994.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

el franquiciado de operar, por sí o por interpósita persona, unidades de franquicia o actividades que sean competitivas con la actividad del franquiciante (art. 1517); y (ii) la ultractividad, más allá de la extinción del contrato, y hasta un plazo máximo de un año, de la cláusula que impide al franquiciado competir mediante la comercialización de productos propios o de terceros comprendidos en la franquicia, dentro de un territorio razonable habida cuenta de las circunstancias (art. 1522, último párrafo).

Distinta es la situación del franquiciado con relación a su deber de no revelar y de no usar inapropiadamente, en su propio interés, la información entregada por el franquiciante con carácter confidencial, en particular, el contenido del manual de operaciones donde se explicita el *know how* en su sentido más amplio. Dicha prohibición, contenida para todo tipo de negociaciones y contratos en el art. 922 del Código Civil y Comercial, será sancionado sin límite temporal ni geográfico, y obligará al franquiciado a reparar el daño sufrido por el franquiciante y, si ha obtenido una ventaja indebida de la información confidencial revelada, quedará obligado a indemnizar al franquiciante en la medida de su propio enriquecimiento.

El Código también limita la actividad del franquiciante al establecer la prohibición, salvo pacto en contrario, de comercializar directamente con terceros, mercaderías o servicios comprendidos en la franquicia dentro del territorio o zona de influencia del franquiciado (art. 1518, inc. "b").

8. El contrato de franquicia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: aciertos y desaciertos.

En nuestro derecho, no había existido una legislación específica sobre franquicias hasta la promulgación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en el que se incorporaron una serie de contratos comerciales que, hasta la fecha, no tenían tipicidad jurídica, considerado por muchos autores como uno de los aspectos más auspiciosos del nuevo Código. Si bien existían en el mundo de los negocios y tanto la jurisprudencia como la doctrina los habían analizado, no tenían una normativa legal que regulara su funcionamiento. En los arts. 1512 a 1524, introduce la regulación del Contrato de Franquicia que requerirá de una interpretación adecuada por parte de la jurisprudencia y la doctrina.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

La nueva regulación establece claramente las obligaciones de ambas partes y pautas que eran necesarias establecer en forma legal para fijar límites de responsabilidad. Así por ejemplo, los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídico-laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral, si correspondiese. El franquiciante tampoco responde por la rentabilidad del sistema otorgado en la franquicia ni tampoco por las obligaciones del franquiciado, excepto disposición legal expresa. Sin embargo es lógico que el franquiciante responda por vicios o defectos del diseño de sistema que causen daños al franquiciado cuando no existió culpa grave o dolo de este último (art. 1521).

También se regula el plazo, la rescisión unilateral incausada, la extinción del contrato, incumplimientos, etc.

8.1. Definición y clases de franquicias.

Ya mencioné que el Código, en su art. 1512, establece que "*... Hay franquicia comercial cuando una parte, denominada franquiciante, otorga a otra, llamada franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o la marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta del franquiciado ...*".

Es decir, hay franquicia cuando la actividad del franquiciado se realiza bajo la pauta y diseño operacional del franquiciante (lo que el Código designa como "sistema probado"), quien presta conocimientos técnicos o asistencia técnica o comercial (se refiere al *know-how*).

El Código Civil y Comercial de la Nación, establece en los dos primeros incisos del art. 1513, dos clases de franquicia: la mayorista y la de desarrollo. La franquicia mayorista, definida en el inciso a), es aquella en virtud de la cual el franquiciante otorga a una persona física o jurídica un territorio o ámbito de actuación nacional o regional o provincial con derecho de nombrar subfranquiados, el uso de sus marcas y sistema de franquicias bajo contraprestaciones específicas. Mediante dicho sistema, se establece la posibilidad de otorgar subfranquias por parte del franquiciado, con autorización del franquiciante, lo que también se conoce en el mercado como "master franquicias".



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

Por su parte, en el inciso b) del art. 1513, se define a la franquicia de desarrollo, como una clase distinta, al disponer que "*... es aquella en virtud de la cual el franquiciante otorga a un franquiciado denominado desarrollador el derecho a abrir múltiples negocios franquiciados bajo el sistema, método y marca del franquiciante en una región o en el país durante un término prolongado no menor a cinco años, y en el que todos los locales o negocios que se abren dependen o están controlados, en caso de que se constituyan como sociedades, por el desarrollador, sin que éste tenga el derecho de ceder su posición como tal o subfranquiciar, sin el consentimiento del franquiciante ...*".

Las franquicias pueden clasificarse también en comerciales o industriales (arg. art. 1524). Otra clasificación posible es la de franquicias "propias" e "impropias": entre las primeras se encuentra la "franquicia de empresa" (business format franchising) que encuadra la duplicación y desarrollo de un negocio; en cambio, las segundas son asimiladas a formas de distribución comercial, tales como la concesión comercial. Desde perspectiva distinta, también se señala que en la materia existen cuatro tipos de franquicias: 1) de distribución; 2) de marcas y nombres comerciales; 3) de fabricación, y 4) de explotación.⁵¹

8.2. El plazo contractual, la resolución por incumplimiento y la rescisión unilateral incausada.

Uno de los temas que ha traído grandes discusiones entre los autores, antes y después de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, en lo referido al contrato de franquicia es la fijación de un plazo mínimo y la transformación, en caso de continuación, en un contrato de plazo indeterminado.

En efecto, el art. 1516, remite al art. 1506, primer párrafo, que dispone: "*El plazo del contrato de concesión no puede ser inferior a cuatro años. Pactado un plazo menor o si el tiempo es indeterminado, se entiende convenido por cuatro años.*".

A modo de excepción, el art. 1516 del Código determina la posibilidad de pactos especiales de duración en caso de ferias, congresos, actividades dentro de predios o similares. Para estas hipótesis el Código no determina la necesidad de respetar un plazo mínimo, pudiendo las partes ajustarlo a la duración del evento en el que actuará la franquicia, pudiendo ser de días o meses.

⁵¹ HEREDIA, Pablo D., "El contrato de franquicia en el Código Civil y Comercial", Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 21/04/2015, La Ley.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

Es decir, salvo en estos supuestos especiales, el contrato de franquicia no puede tener una duración menor a cuatro años. La solución sigue el criterio del Proyecto de 1998, que justificó el plazo de cuatro años por entenderlo suficiente para "*permitir el desarrollo del franquiciado*" (Fundamentos del Proyecto de 1998).

Queda claro que la intención del legislador es asegurarle al franquiciado un plazo razonable para recuperar su inversión. Sin embargo, tal solución es criticada por algunos autores, por considerar que la razonabilidad del plazo dependerá de cada tipo de negocio objeto de la franquicia. Y, por el contrario, en vez de beneficiar al franquiciado, el Código terminaría perjudicándolo. En efecto, al establecer el Código Civil y Comercial un plazo mínimo, no hace otra cosa que obligar al franquiciante, indirectamente, a pactar la rescisión unilateral incausada y la consecuente renuncia del franquiciado a cualquier indemnización, al margen de la referida al preaviso que, lógico es suponer, también se tarificará de antemano.⁵²

Debemos suponer, que dicha solución podría ser válida, solo en el caso de contratos de franquicia no instrumentados por escrito, a fin de evitar que el franquiciante pretenda extinguir el contrato antes del cumplimiento de ese plazo. Pero en la realidad de los hechos, por las características del negocio de franquicia, hace que en la práctica difícilmente puedan existir contratos sin instrumentación por escrito. Distinta es la situación de los casos de agencia, concesión o distribución, en los que rara vez existe una instrumentación por escrito o que, cuando sí lo hacen, suelen omitir consideraciones en torno al plazo a fin de transformar la relación en un contrato de plazo indeterminado. Y, por ende, resulta lógico que para ese tipo de contratos donde la regla es la ausencia de instrumento escrito y de fijación de plazo determinado, y que ha generado tanta discusión en materia de doctrina y jurisprudencia en nuestro derecho, el legislador pretenda fijar pautas estableciendo un plazo mínimo.

Pero no ocurre lo mismo con la franquicia, que en la práctica comercial y por la complejidad que involucra la autorización de uso de marcas y transferencia del know how, obliga al franquiciante a instrumentar el contrato por escrito,

Pero el Código va mas allá, al establecer en materia del contrato de franquicia, una disposición que no aplica para el resto de los contratos de comercialización. En efecto, el art. 1522 referido a la extinción del contrato de franquicia establece en su inc. b) que "... *el*

⁵² DI CHIAZZA, Iván G., "Contrato de franquicia en el nuevo Código", LL 04/06/2015, pág. 1.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

contrato no puede ser extinguido sin justa causa dentro del plazo de su vigencia original, pactado entre las partes. Se aplican los artículos 1084 y siguientes".

Debemos asumir que cuando el legislador prohíbe la “*extinción sin causa*” está refiriéndose a la “*rescisión unilateral incausada*”, en contraposición a la “*resolución por incumplimiento*”. Sin embargo, no se entiende entonces por qué dicha norma remite a los arts. 1084 y siguientes que, en rigor de verdad, se refieren a la “*resolución por incumplimiento*”. En efecto, la norma del art. 1084 establece la configuración del incumplimiento a los fines de la resolución y las normas siguientes aluden al pacto comisorio expreso (art. 1086) y al pacto comisorio implícito (art. 1087). En consecuencia, tal como sostiene Di Chiazza la contradicción del inc. b) del art. 1522, es evidente.

Seguidamente, el art. 1516 del Código Civil y Comercial de la Nación establece dos supuestos distintos: la prórroga tácita y la renovación. Así, dicho artículo, dispone: “... *Al vencimiento del plazo, el contrato se entiende prorrogado tácitamente por plazos sucesivos de un año, excepto expresa denuncia de una de las partes antes de cada vencimiento con treinta días de antelación. A la segunda renovación, se transforma en contrato por tiempo indeterminado ...*”.

La prórroga tácita se da en contratos de tiempo determinado, y opera sin necesidad de cláusula contractual específica, por imperio de la ley. La renovación, por su parte, depende de la existencia de una cláusula especial en el contrato, determinando la ley sus efectos, salvo pacto en contrario.

En tal sentido, la prórroga tácita admitida por el art. 1516 es una solución normativa supletoria de la autonomía de la voluntad. Ante el silencio del contrato, a su vencimiento pactado se entiende tácitamente prorrogado con los alcances temporales previstos por el Código, esto es, el contrato se renueva por períodos anuales, hasta tanto una de las partes lo denuncie expresamente con antelación mínima de treinta días de la fecha de vencimiento.

Comparto la opinión del Dr. Heredia⁵³, en el sentido que el efecto que el Código determina en cuanto a que la segunda renovación transforma la franquicia en contrato de tiempo indeterminado, debe considerarse como una disposición supletoria que juega ante el silencio de las partes. Y que estas últimas podrían, por el contrario, desplazar ese efecto

⁵³ HEREDIA, Pablo D., “El contrato de franquicia en el Código Civil y Comercial”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 21/04/2015, La Ley.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

pactando que ninguna renovación transformará a la franquicia en contrato por tiempo indeterminado.

Sostener lo contrario implicaría, lisa y llanamente, otorgarle un derecho al franquiciado al mantenimiento del contrato o renovación del plazo contractual y, como contracara, la obligación del franquiciante de proseguir un vínculo contractual más allá del plazo originalmente pactado. Ello, porque no hay dudas en la jurisprudencia y la doctrina nacional e internacional que, cuando un contrato cumple el plazo por el que fue pactado, se produce la extinción del vínculo de pleno derecho y por el mero transcurso del tiempo⁵⁴.

Esta forma extintiva de la relación comercial no puede ser ajena a los contratos de comercialización en general, pues es muy distinta al supuesto de resolución por incumplimiento o rescisión unilateral incausada, pues la extinción del contrato tiene lugar por el transcurso del plazo de duración acordado de común acuerdo por las partes y, por tal motivo, no puede pretenderse preaviso alguno para dar por terminado el contrato.

Nuestros tribunales han establecido en forma pacífica que la decisión de no renovar o prorrogar un contrato de comercialización de plazo "determinado", no es ilegal ni abusiva, ni da derecho a indemnización. En la doctrina nacional, también se ha sostenido que, cuando el contrato es por un plazo "determinado", se juega con el álea de la no renovación, que se conoce al tiempo de celebrar y de concluir el contrato y se debe entonces prever. El comerciante asume de antemano el riesgo de que su negocio no pueda continuar y, por ello, antes de contratar debe analizar si las ganancias que espera justifican o no obligarse frente a los compromisos que contrae por un término determinado. Además, nadie debería estar obligado a renovar un contrato, pues implicaría una grave limitación a la autonomía jurídica y a la independencia patrimonial.⁵⁵

Mayor confusión con relación al plazo, se deriva del inc. d) del art. 1522 sobre las reglas de extinción del contrato, al disponer: "*... cualquiera sea el plazo de vigencia del contrato, la parte que desea concluirlo a la expiración del plazo original o de cualquiera de sus prórrogas, debe preavisar a la otra con una anticipación no menor de un mes por cada año de duración, hasta un máximo de seis meses, contados desde su inicio hasta el*

⁵⁴ LORENZETTI, Ricardo, "Tratado de los Contratos — Parte General", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, pág. 575.

⁵⁵ MARZORATI, Osvaldo, "Sistemas de distribución comercial", Buenos Aires, 1995, pag. 143; y BUERES, Alberto J. y HIGHTON, Elena, "Código Civil y normas complementarias — análisis doctrinal y jurisprudencial", Buenos Aires, 2003, pág. 605.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

vencimiento del plazo pertinente. En los contratos que se pactan por tiempo indeterminado, el preaviso debe darse de manera que la rescisión se produzca, cuando menos, al cumplirse el tercer año desde su concertación. En ningún caso se requiere invocación de justa causa. La falta de preaviso hace aplicable el artículo 1493. ..."

Asumiendo como dije, que si el contrato tiene plazo, el vínculo termina al cumplimiento de ese plazo. Sin embargo, en materia de contratos de franquicia aparece una regla nueva que contradice la lógica del art. 350 del Código Civil y Comercial (vencido el plazo se extingue el contrato); el contrato de franquicia con plazo determinado no termina por su cumplimiento, sino que la parte que pretende concluirlo debe preavisar con 6 meses de anticipación.

Sin perjuicio de la ilógica solución de exigir un preaviso para una situación que nada tiene que ver con la rescisión unilateral incausada, lo interesante de la norma es que establece un plazo distinto al resto de los contratos de distribución que el mismo Código regula. En efecto, el legislador estableció exclusivamente para el contrato de franquicia un plazo de preaviso específico para el caso de rescisión unilateral incausada, al sostener que *"... la parte que desea concluirlo a la expiración del plazo original o de cualquiera de sus prórrogas, debe preavisar a la otra con una anticipación no menor de un mes por cada año de duración, hasta un máximo de seis meses, contados desde su inicio hasta el vencimiento del plazo pertinente..."*

Esta norma específica para el contrato de franquicia se aparta del criterio establecido por el legislador en art. 1492 que aplica a los contratos de concesión, distribución y agencia. En efecto, este último artículo dispone que: *"... el plazo del preaviso debe ser de 1 mes por cada año de vigencia del contrato ..."*. Con dicha solución, ciertamente cuestionable por los costos que implicará la ruptura de un vínculo comercial de larga duración, se aparta de los márgenes mínimos, máximos y, por ende, promedios del plazo de preaviso, que eran el resultado de las pautas elaboradas durante años por la jurisprudencia, en la que se discutía el carácter abusivo o no del plazo de preaviso otorgado.⁵⁶ Y el art. 1492 establece un plazo de preaviso para dichos contratos jamás concedido por ningún tribunal.

⁵⁶ CNCom., Sala A, 28/06/2013, "D.G. Belgrano SA c. Procter & Gamble Arg. SRL", LL online: AR/JUR/38833/2013. Vid.; CNCom., Sala B, 26/12/2005, "Localiza Franchising International S.R.L. c. Pérez, Marcelo F.", AP online: 70023277; CNCom., Sala E, 17/03/2005, "Merlocar SA c. Sevel Argentina SA", LL



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

Por lo tanto, podemos concluir que el nuevo Código por un lado, aplica para el contrato de franquicia las pautas elaboradas por la jurisprudencia por décadas al establecer un preaviso máximo de 6 meses, cualquier sea la antigüedad en la relación comercial⁵⁷. Pero por otro, agrava significativamente el costo de rescisión unilateral incausada para los contratos de distribución, concesión y agencia, apartándose así de los criterios aplicados por los jueces hasta su promulgación.

En definitiva, se puede aseverar sin temor a equivocarse, que la redacción y los criterios adoptados por el legislador no son del todo felices. Y en ese punto, habrá que esperar el criterio que adopten nuestros tribunales a medida que se vayan presentando conflictos que, como es de esperar, serán numerosos.

El nuevo Código recoge reglas que el Código de Comercio, la jurisprudencia y la doctrina habían elaborado durante años, con una terminología más moderna y algunas modificaciones particulares. Estas reglas hermenéuticas se dirigen tanto a las partes de un contrato, como al juez o árbitro que debe solucionar una disputa contractual e interpretar lo que las partes acordaron. También sirven, de antemano, para quienes deben redactar contratos, de modo que puedan ajustar la redacción a la luz de lo que el intérprete judicial o arbitral va a interpretar haciendo aplicación de los criterios hermenéuticos del Código Civil y Comercial. No son meros consejos sino verdaderas normas positivas de interpretación.⁵⁸

La regla principal es que el contrato debe interpretarse conforme a la "intención común de las partes" y al principio de la buena fe (art. 1061).

También establece la "interpretación contextual", esto es, que las cláusulas de un contrato se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto (art. 1064).

El Código tiene también otras reglas interpretativas particulares. Un caso es la llamada "interpretación restrictiva" en que el Código Civil y Comercial dispone que — cuando por disposición legal o convencional— se establece expresamente una

2005-E, 183 - LL online: AR/JUR/1956/2005; y SCJ Bs. As., 03/11/2010, "Lisi, Ricardo N. c. Sancor CUL", APBA 2011-11-1228 - LL online: 70067199, entre otros.

⁵⁷ CNCom. Sala C, 24/11/2005, "Gestido y Pastoriza S.H. c. Nobleza Piccardo S.A.", LL 20/6/2006, fallo N° 110.459; CNCom., sala D, 25/04/2014, "BRK TECH SA c. Directv Argentina SA", DJ 13/08/2014, 87 - LL online: AR/JUR/13680/2014 (voto del Dr. Heredia).

⁵⁸ SERRANO REDONNET, Diego, "La interpretación de los contratos en el nuevo Código Civil y Comercial", Revista abogados.com.ar, Newsletter del 29/04/2015.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

interpretación restrictiva, debe estarse a la literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad (art. 1062). Esta regla no es aplicable a las obligaciones del predisponente y del proveedor en los contratos por adhesión y, en particular, en el caso de la renuncia a derechos (art. 948).

En el caso de contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predisuestas, el Código dispone la llamada interpretación "contra proferentem" o "contra stipulatorem": las cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente (art. 987).

En el caso de lagunas o vacíos en el contrato, el Código en su art. 964 indica que el contenido del contrato debe "integrarse" de la siguiente manera: (i) las normas indisponibles del Código Civil y Comercial o de leyes especiales, que se aplican directamente o en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas; (ii) las normas supletorias del Código Civil y Comercial o de leyes especiales; y (iii) los "usos y prácticas del lugar de celebración".

No obstante, y entiendo que aquí radica la principal cuestión a la hora de redactar los contratos de franquicia, debe tenerse presente que las normas del Código Civil y Comercial relativas a los contratos son, en principio, supletorias de la voluntad de las partes, "a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible" (art. 962). Asimismo, como lineamiento general, los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta —de modo manifiesto— el orden público (art. 960).

La discusión en doctrina ya aparece dividida en cuanto a si las disposiciones del nuevo Código en lo referido al plazo mínimo del contrato de franquicia, sus prórroga automática, transformación en contrato por tiempo indeterminado, posibilidad de pautar un plazo distinto de preaviso para el caso de rescisión unilateral incausada, etc..

Hay autores, como el caso del Dr. Heredia⁵⁹, que sostienen que la prórroga tácita admitida por el art. 1516 es una solución normativa supletoria de la autonomía de la voluntad y que, ante el silencio del contrato, a su vencimiento pactado se entiende

⁵⁹ HEREDIA, Pablo D., "El contrato de franquicia en el Código Civil y Comercial", Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 21/04/2015, La Ley.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
“SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES”

tácitamente prorrogado con los alcances temporales previstos por el Código. Pero nada dice con relación al plazo mínimo de vigencia establecido por el art. 1506, primer párrafo, por lo que debemos asumir que considera tal criterio como de carácter indisponible por las partes.

Otros autores consideran que, aún cuando el Código establece un plazo mínimo y expresamente dispone que si se pactara un plazo menor, se entenderá convenido por cuatro años, las partes podrían incluir una cláusula de rescisión unilateral incausada, pautando un plazo de preaviso razonable. Incluso, consideran que dicho plazo podría ser distinto al establecido expresamente por el inc. d) del art. 1522, si las partes de común acuerdo así lo pactaran⁶⁰.

En lo referido al plazo mínimo, entiendo que es el resultado de la evolución histórica del principio protectorio que, finalmente, se inclinó por la parte más débil de la relación contractual (en el llamado “favor debilis”)⁶¹, es la razón por la cual el legislador aplica como criterio en lo referido al contrato de franquicia comercial en el nuevo Código. Y, por lo tanto, considero que es de carácter indisponible.

Por lo pronto, los abogados de empresa tenemos el gran desafío de adecuar los contratos de franquicia a las nuevas normas del Código, tratando de no dejar nada librado al azar. Y, para tal desafío, tendremos que analizar no solo las disposiciones de la nueva normativa, sino también las especiales circunstancias de cada caso, lo antecedentes jurisprudenciales que son muchos y muy variados y, sobre todo, las reglas básicas de interpretación contractual establecidas en el nuevo Código Civil y Comercial, que reemplazan a las contenidas en el Código de Comercio (arts. 217, 218 y 219) y el Código Civil de Vélez (art. 1198).

8.3. El contrato de franquicia comercial y las relaciones laborales:

8.3.1. Antecedentes jurisprudenciales. Otro de los temas que mayor preocupación ha generado en los juristas es la interferencia jurisprudencial que en el fuero laboral

⁶⁰ DI CHIAZZA, Iván G., “Contrato de franquicia en el nuevo Código”, LL 04/06/2015, pág. 1.

⁶¹ LORENZETTI, Ricardo L., “La interpretación de los contratos”, Suplemento Especial Contratos, La Ley, 2015, pág. 200.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
“SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES”

argentino despertó la novedad del contrato de franquicia. Ello, al punto de haber sido considerada uno de los mayores escollos para el desarrollo del franchising en nuestro país.⁶²

Existen numerosos fallos de las distintas salas de la Cámara del fuero laboral que durante años extendieron la responsabilidad solidaria del franquiciante por obligaciones laborales del franquiciado en los términos del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo. Ello, por entender que existe un “control externo” interpretado como una relación de subordinación técnica similar a la relación de dependencia y que resulta propia de la actividad normal y específica del franquiciante.

Así, a modo de ejemplo, dichas salas han manifestado: *“Si el franquiciante se dedica únicamente a comercializar indumentaria bajo una marca cuya licencia de uso concede al franquiciado, aquí sí media una identidad entre la actividad que desarrolla uno y otro contratante, lo que lleva a encuadrar la cuestión en las prescripciones del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo de manera inevitable”*.⁶³ *“El contrato de franquicia comercial ha sido caracterizado como un método o sistema vinculado a la comercialización de productos o servicios, a través del cual el franquiciante, consciente de poseer un producto o servicio que satisface las necesidades del mercado, arma una estructura particular a fin de que el negocio se expanda a través de empresarios independientes. En el caso, se presenta una fuerte injerencia en la actividad del franquiciado por parte del franquiciante y ello implica que las actividades de uno y otro no son ajenas sino que la del franquiciante se integra de manera inescindible a la actividad normal y específica propia del establecimiento que explota el franquiciado (desarrollo de la cadena denominada “La Parolaccia” y “La Bisteca”, consistente en una red de puntos de venta identificados con una imagen y una serie de servicios)*.⁶⁴ *“Resulta aplicable la solidaridad en los términos del art. 30 LCT ante el caso del contrato de franquicia celebrado entre “Cepas Argentinas S.A.” (franquiciante) y Go For It S.R.L. (franquiciado), siendo la primera quien fabrica los productos que comercializa la segunda, bajo el uso de la marca “El Noble Repulgue”. El franquiciante establecerá el precio de venta al público de los productos a ser vendidos por el franquiciado. Este deberá llevar un registro*

⁶² KLEIDERMACHER, Jaime L., “El contrato de franchising y la responsabilidad laboral”, en Derecho Económico, Ed. Interoceánicas, N° 25, págs. 17 y sgtes..

⁶³ CNAT, Sala I, Expte. N° 35.960/08, Sent. Def. N° 87.903 del 12/07/2012, en autos “Juarez, Emilce Elizabeth c/ Gallo, Claudio Marcelo y otro s/ Despido”. (Vilela – Pasten de Ishihara)

⁶⁴ CNAT, Sala I, Expte. N° 7.635/2010, Sent. Def. N° 88.064 del 06/09/2012 “Cobben, Carlos Omar c/ Sattrincha S.A. y otros s/ Diferencias de salarios”. (Vilela - Vazquez)



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

completo y al día de las ventas efectuadas. Es decir que la actividad del franquiciado es propia de la actividad normal y específica del franquiciante: la comercialización de los productos del franquiciante.”⁶⁵

En otros pocos casos, los tribunales laborales se han expedido por la improcedencia de la pretendida solidaridad laboral entre franquiciante y franquiciado: *“Teniendo en cuenta la actividad desarrollada por las codemandadas, así como la circunstancia de que no tuvieran participación en el resultado del negocio explotado por Pronto Wash S.A., y que el servicio de lavado de automotores en el estacionamiento de aquellas no aparece como una actividad inescindible que impida el cumplimiento de su finalidad, considero que no se da en el caso la “unidad técnica de ejecución” que contempla el art. 6 de la LCT, ni las características propias que autoricen a concluir que las labores desplegadas por el demandante deban ser incluidas entre las que integran la actividad normal y específica propia en los términos del art. 30 LCT.”⁶⁶*

Algunos autores interpretaron que, de seguir adoptando la interpretación de que la solidaridad del art. 30 de la LCT procede o no según si la empresa franquiciante esté en condiciones de realizar en forma directa la actividad cedida, subcontratada o licenciada, se sigue que prácticamente ningún caso de contrataciones de este tenor en el marco de los contratos de distribución comercial escapa a la sanción de solidaridad, pues siempre será materialmente imposible realizar la actividad en cuestión efectuando las inversiones del caso.⁶⁷

Sin embargo, la jurisprudencia laboral en su gran mayoría siguió durante años esa tesitura amplia generando incertidumbre e inseguridad jurídica para las empresas, con el consecuente desaliento para este tipo de sistemas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación intentó, a través de diversos fallos, equilibrar los intereses de los trabajadores con aquellos que alientan el desarrollo de los negocios. En efecto, en un claro mensaje a la Justicia Laboral, el Supremo Tribunal encuadró correctamente – en opinión de varios autores-, los alcances del art. 30 de la LCT

⁶⁵ CNAT, Sala III, Expte. Nº 17.043/08, Sent. Def. Nº 93.335 del 31/08/2012, “Rodríguez Varas, Cristian Martín c/Go For It SRL y otros s/despido”. (Cañal - Rodríguez Brunengo)

⁶⁶ CNAT Sala IX Expte Nº 35.195/09 Sent. Def. Nº 19.098 del 04/12/2013 “Franco, Dario David c/ Pronto Wash SA y otros s/ Despido”. (Pompa - Balestrini)

⁶⁷ PARISI, Luis Bartolomé, “El franchising y la solidaridad del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo”, LL, año LVII, 98, 24/05/1993, págs. 1 y sgtes.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

respecto del contrato de franquicia, analizando en profundidad la figura contractual y estableciendo una serie de definiciones de mucha trascendencia para el futuro de este sistema de distribución comercial.

El primer caso de importancia fue el caso "Crush".⁶⁸ En dicha sentencia se estableció que cuando el objeto social de la empresa (Crush) coincide con el de su embotelladora, el caso se ve comprendido por la subcontratación del art. 30 de la LCT. Por este motivo, la fábrica Crush era responsable de los salarios impagos y de las cargas sociales del personal de la embotelladora. Vale decir, que el hecho de que dicha embotelladora haya formado parte de la empresa con anterioridad facilitó la decisión de los jueces. Marzorati sostiene que *"esa jurisprudencia que acabo de reseñar en el caso Crush no fue pacífica y a lo largo de los años subsiguientes existieron debates doctrinarios y pronunciamientos. Todos estos debates se agudizaron con el concurso de Embotelladora de Buenos Aires, la principal embotelladora de Pepsi Cola en el país. Dicho concurso motivó diversos fallos contrapuestos de las Salas del Trabajo de la Capital."*⁶⁹

Uno de esos casos fue resuelto por Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en el que al confirmar parcialmente el fallo de primera instancia, extendió solidariamente la responsabilidad al franquiciante (Pepsi) por el pago de salarios e indemnizaciones motivadas en la ruptura de la relación laboral de la Compañía Embotelladora Argentina S.A., empleadora del trabajador que inició la acción (Juan R. Rodríguez). Esta sentencia fue declarada arbitraria por decisión mayoritaria la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁷⁰ Más allá de la trascendencia de este fallo sobre los motivos que llevaron a la Corte Suprema a conceder el recurso extraordinario, que no son objeto de este trabajo pero que sentaron doctrina sobre este controversial problema, es dable destacar los puntos trascendentales de la doctrina que sentó el Supremo Tribunal:

- 1) Existencia de la cuestión federal: las *"modalidades de la contratación comercial que posiblemente tendrán considerable trascendencia para la economía del país. (...) significativa importancia para el desarrollo del comercio interno e internacional, suscitando cuestión federal trascendente (confr. art. 67, inc. 12 de la Constitución Nacional y art. 280, Cód. Procesal) (...) el propósito de afianzar la*

⁶⁸ CNAT, "Armocida Roberto c. Crush y otros s/despido", DT, 1984-A, 617.

⁶⁹ MARZORATI, Osvaldo, "Franchising. Su estancamiento y el art. 30 de la ley de contrato de trabajo", LL, 18/11/2008, pág. 1 y sgtes..

⁷⁰ CSJN, *in re*, "Rodríguez, Juan R. c. Cía. Embotelladora Argentina S.A. y otro", 15/04/1993, R, 317-XXIII.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

seguridad jurídica, que esta Corte resuelva el fondo del asunto y decida, en uso de la facultad que le concede el art. 16 de la ley 48, si un contrato de las características del que ocasiona esta controversia se encuentra subsumido en la norma del art. 30 de la ley de contrato de trabajo, a fin de poner un necesario quietus en la evolución de las diversas tendencias jurisprudenciales que distan de ser pacíficas, como surge de numerosos pronunciamientos del fuero laboral."

- 2) Presunción inconstitucionalidad de una norma que obliga al pago de una deuda ajena: *"requiere la comprobación rigurosa de los presupuestos fácticos establecidos en el art. 30 de la ley de contrato de trabajo. (...) un escrutinio estricto de los recaudos legales que condicionan la obligación de garantía de un tercero, tiene su fundamento en la fuerte presunción de inconstitucionalidad que brota de toda norma -o de su interpretación- que obligue al pago de una deuda en principio ajena, solución que se aparta de la regla general consagrada por los arts. 1195 y 1713 del Cód. Civil y 56 de la ley 19.550, vinculados, en este aspecto, con la intangibilidad del patrimonio establecida por el art. 17 de la Constitución Nacional."*
- 3) Independencia jurídica: *"no corresponde la aplicación del art. 30 de la ley de contrato de trabajo toda vez que un empresario suministre a otro un producto determinado, desligándose expresamente de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución. Este efecto se logra en la práctica comercial por contratos de concesión, distribución, franquicia y otros que permiten a los fabricantes o, en su caso, a los concedentes de una franquicia comercial, vincularse exclusivamente con una empresa determinada sin contraer riesgo crediticio alguno por las actividades de esta última, que actúa en nombre propio y a su riesgo."*
- 4) Deja a salvo el fraude laboral: *"deja plenamente vigente la debida y severa tutela de los derechos del trabajador en los supuestos en que aquella contratación sea tan solo la apariencia para evadir la responsabilidad laboral (arts. 14 y 31, ley de contrato de trabajo)."*
- 5) Subcontratación tipificada en el art. 30: *"el art. 30 de la ley de contrato de trabajo (...) comprende las hipótesis en que un empresario encomienda a un tercero la realización de aspectos o facetas de la misma actividad que desarrolla en su establecimiento. Son supuestos en los que se contrata prestaciones que completan o complementan la actividad del propio establecimiento, esto es, "la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa, a través de una o más explotaciones" (art. 6º, ley de contrato de trabajo). (...) En los contratos*



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

de concesión, distribución y los demás mencionados, la actividad normal del fabricante o concedente excluye las etapas realizadas por el distribuidor o concesionario, por lo que no existe contratación de servicios en los términos del art. 30 de la ley de contrato de trabajo."

- 6) *Actividad específica y no objeto social: "El art. 30 citado precedentemente no se refiere al objeto ni a la capacidad societaria sino a la actividad real propia del establecimiento. Las figuras delegativas previstas por aquella norma, en lo pertinente, contratación y subcontratación, son inherentes a la dinámica del giro empresarial y, por ello, no cabe examinar su configuración con respecto al objeto social."*
- 7) *Unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratista: "El solo hecho de que la primera provea a la segunda materia prima no compromete, por si mismo, su responsabilidad solidaria por las obligaciones laborales de la segunda en los términos del art. 30 de la ley de contrato de trabajo. Para que nazca aquella solidaridad es menester que una empresa contrate o subcontrate servicios que complementen o completen su actividad normal. Debe existir una unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratista, de acuerdo a la implícita remisión que hace la norma en cuestión al art. 6º del mismo ordenamiento laboral. Esta unidad no ha sido probada en el presente caso."*
- 8) *Mutua colaboración, no implica toma de decisiones laborales: "las relaciones comerciales que habitualmente tienen lugar en estos casos no consisten en el control de la concesionaria -o en su caso, la beneficiaria de la franquicia- por parte de la concedente, sino que tienden a lograr una mutua colaboración. A su vez, los servicios que la concedente presta no implican, de ordinario, la asunción de riesgo del negocio propio del concesionario ni la toma de decisiones laborales relativas a los empleados de éste"*.

En su momento, Marzorati sostuvo que este *leading case* despejaba el panorama de crecimiento de la franquicia, pero no atacaba el problema de fondo, ya que *"el nudo de la decisión pasaba por otro lado, la tercerización de la actividad de comercialización entre Pepsi, que suministraba el concentrado, y su embotelladora, que producía la bebida y la vendía. La Corte no enfatizó suficientemente el punto capital que el contrato de franchising, no era, ni lo es un subcontrato en virtud del cual se terceriza la prestación de la actividad específica del franquiciante, cuando en realidad lo que ocurre es que el franquiciante "vende" un método que el franquiciante probó primero y le resultó exitoso, pero que no puede serlo para el comprador. En ningún caso el franquiciante garantiza el*



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

éxito del franquiciado, ni responde por la gestión del mismo frente a terceros. Esto resulta de que, en definitiva, el franquiciante le proporciona una oportunidad de desarrollar un negocio conforme a un patrón o modelo creado y probado por éste."⁷¹

Este autor considera que luego la Corte resolvió el fondo del asunto en los fallos "Gauna, Tolentino y otros c. Agencia Marítima Rigel"⁷² y en "Luna, Antonio c. Agencia Marítima Rigel"⁷³, al establecer expresamente que no hay subcontratación en la relación entre una empresa cargadora y una empresa exportadora que había contratado los servicios de carga. Este jurista considera que si bien las situaciones fácticas no tenían como eje contratos de agencia, distribución y franchising, la Corte advirtió el peligro de una extensión desmesurada del concepto de subcontratación para extender ilegítimamente la responsabilidad solidaria a un tercero.

Está demás decir que hubo otros autores que criticaron duramente el fallo de la Corte al sostener que "la restricción de su ámbito material de aplicación a partir del pronunciamiento de nuestro máximo tribunal en el caso "Rodríguez" aparece como un reflejo de los criterios ideológicos predominantes en los años 90 que, por cierto, no se proyectaron solamente sobre las reformas legislativas.". Asimismo, no compartían el criterio de la Corte al declarar la presunción de inconstitucionalidad de las obligaciones que se imponen a terceros ajenos a la relación laboral, ni tampoco que, para hacer lugar al recurso extraordinario se haya hecho referencia a las necesidades de la economía y el comercio como argumentos."⁷⁴

8.3.2. La independencia jurídica establecida como regla en el Código Civil y Comercial.

Una de las cuestiones más novedosas del nuevo Código Civil y Comercial es la redacción de su art. 1520, que regula la responsabilidad en la relación entre franquiciantes y franquiciados. Dicho artículo expresamente establece: "*Las partes del contrato son independientes, y no existe relación laboral entre ellas*". Y, en su apartado b), elimina la

⁷¹ MARZORATI, Osvaldo, "Franchising. Su estancamiento y el art. 30 de la ley de contrato de trabajo", LL, 18/11/2008, pág. 1 y sgtes..

⁷² CSJN, 14/03/1995

⁷³ CSJN, 02/07/1993

⁷⁴ ACKERMAN, Mario E., "Antes y después de 'Rodríguez' (Breve memoria de un paradigmático vaciamiento y mutación de la tutela normativa) La Solidaridad en el Contrato de Trabajo", Rubinzal Culzoni, 2001-1, Santa Fe, en revista de derecho laboral, pág. 192.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

responsabilidad de los franquiciantes en materia de obligaciones laborales, al establecer que: "... los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral... ". La norma también introduce la obligación a cargo del franquiciado de "... indicar claramente, claramente su calidad de persona independiente en sus facturas, contratos y demás documentos comerciales ...", aclarando que, sin embargo, dicha obligación no debe interferir en la identidad común de la red franquiciada, en particular en sus nombres o rótulos comunes y en la presentación uniforme de sus locales, mercaderías o medios de transporte.⁷⁵

Esta solución acuñada por el legislador en el nuevo Código, no es otra que la adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el ya citado caso "*Rodríguez, Juan Ramón c/Cía. Embotelladora Argentina S.A. y otro*". En efecto, el Código establece como regla la independencia jurídica entre franquiciante y franquiciado, y descartaría de plano la aplicación del art. 30 de la LCT –que reglamenta la responsabilidad de empresarios por subcontratación y delegación frente a los empleados de los contratistas-, toda vez que el franquiciante suministra al franquiciado un producto determinado, desligándose expresamente de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución. En definitiva, esta nueva redacción asume que en el contrato de franquicia, la actividad normal del franquiciante excluye las etapas realizadas por el franquiciado, por lo que no existe contratación de servicios en los términos del mencionado art. 30 de la LCT. Y, por tal motivo, se descartó la responsabilidad solidaria del franquiciante por las deudas laborales del franquiciado. A su vez, el legislador ha entendido que los franquiciados actúan en su propio nombre y a su propio riesgo, sin que el franquiciante ejerza "control externo" alguno sobre los dependientes de aquel.

Muchos de los especialistas en derecho comercial, consideran que con tal respuesta legislativa se pone fin a la cuestión, que en la doctrina y la jurisprudencia de grado había generado respuestas contrapuestas, quedando a salvo, claro está, el caso del fraude laboral; esto es, cuando por aplicación del principio de primacía de la realidad propio del derecho laboral, se juzgue existente una relación laboral dependiente directa entre el franquiciante y

⁷⁵ HEREDIA, Pablo D., "El contrato de franquicia en el Código Civil y Comercial", LL, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 21/04/2015.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

quien desde el punto de vista formal figura como empleado del franquiciado, de acuerdo a los arts. 14, 29 y concordantes de la LCT.⁷⁶

Es decir, el franquiciante no responderá por las obligaciones laborales del franquiciado, salvo en aquellos casos en que los jueces entiendan que ha existido un encubrimiento de una relación laboral o que el contrato de franquicia no se ajusta a alguno de los tipos de franquicia establecidos en el art. 1513 del nuevo Código.

Con esta nueva regulación específica de los contratos de franquicia, en principio, se intenta dar seguridad jurídica a los franquiciantes, otorgando así previsibilidad de las posibles contingencias que deben ser analizadas al momento de organizar un sistema de franquicias.

Obviamente, todo dependerá de la interpretación que harán al respecto nuestros tribunales del fuero del trabajo respecto de la existencia o no de "fraude laboral" para determinar la existencia de solidaridad de partes.

Frente a ello, será un desafío de los abogados de empresa instrumentar contractualmente el sistema negocial, ajustándose estrictamente a las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial, de manera tal de contar con elementos precisos como herramientas de defensa contundentes para ser planteadas ante un eventual reclamo en material laboral.

Con esta nueva regulación específica de los contratos de franquicia, en principio, se intenta dar seguridad jurídica a los franquiciantes, otorgando así previsibilidad de las posibles contingencias que deben ser analizadas al momento de organizar un sistema de franquicias.

Resulta auspiciosa la doctrina sentada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Laboral, Minería y Familia de Neuquén, en su reciente fallo en autos "Ibañez Ibañez"⁷⁷

⁷⁶ MOLINA SANDOVAL, Carlos, "Franquicias", en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012 (dirigido por Julio C. Rivera y coordinado por Graciela Medina), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, pág. 785, Nº 7.1.

⁷⁷ C. de Ap. C y Com., Laboral, Minería y Familia, II, III, IV y V Circunscripción Neuquén, "Ibañez Ibañez, María Aurora c. Tatele S.A. y otro s/despido indirecto por falta de registración", 15/09/2015. Publicado en: LA LEY Patagonia 2016 (febrero), 81 AR/JUR/55426/2015.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

Si bien se trató de un caso de agencia, se resolvió por primera vez la validez y aplicación del contrato de agencia entre sujetos independientes, excluyendo la pretendida aplicación de la legislación laboral alegando una relación laboral encubierta, validando así las normas del Código Civil y Comercial de la Nación.

La trabajadora fue contratada por un “contrato de agencia” bajo las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, y tiempo después de haber trabado el vínculo, invocó una relación laboral, alegando que se había cometido fraude, que se debían aplicar las presunciones de la Ley de Contrato de Trabajo, y por ende reclamaba la registración como dependiente, el pago de las cargas sociales y de las multas por omitir los extremos legales, y la duplicación de la indemnización por despido prevista en la Ley 24.013 que castiga el trabajo en negro y el otorgamiento de los certificados del art. 80 de la LCT para el momento en el cual se haya regularizado la pretendida relación laboral.

La justicia de Neuquén interpretó que el reclamo era injustificado y carecía de entidad, ya que la firma del contrato de agencia estaba respaldado por la realidad de los hechos, en donde la reclamante contaba con su propia organización, un domicilio distinto del principal donde atendía sus negocios con oficinas propias, facturaba los servicios, pagaba ingresos brutos, manejaba las operaciones con total libertad y discrecionalidad, aceptando o rechazando operaciones o negocios, y asumía las vicisitudes de las operaciones a su cuenta y riesgo.

El Dr. Julián De Diego⁷⁸ sostiene que con este fallo se reafirma lo dicho por la Corte Suprema en el caso “Cairone”⁷⁹, donde se estableció con claridad que es fundamental desentrañar en cada caso la “verdad real”, a través de los hechos, que en materia laboral se resguarda en el “principio de primacía de la realidad”. Y, el autor, vas más allá, al sostener que estos casos reafirman la teoría de que el Código Civil y Comercial es ahora una fuente alternativa del Derecho del Trabajo, cuando se trata de relaciones entre sujetos independientes, que no tienen con el contratante relación de dependencia alguna.

9. El franchising en el derecho comparado.

⁷⁸ DE DIEGO, Julián A., “Un contrato entre autónomos que quedó afuera de la legislación laboral”, El Cronista, 06/04/2016.

⁷⁹ CSJN, 19/02/2015, “Cairone, Mirta Griselda y otros c. Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires, Hospital Italiano s/despido”, LL 16/03/2015, 12, DT 2015 (abril), 810. AR/JUR/142/2015).



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

9.1. Franquicia en España

El contrato de franquicia en España no se encuentra regulado en una normativa propia como tampoco en el Código de Comercio. Lo que si encontramos es una definición del mismo en el art. 62 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista⁸⁰, que en su inc. 1º, dispone: *“La actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios”*.

Este mismo art. en su inc. 2º obliga a las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en España la actividad de franquiciantes, a en un Registro que deberán crear los organismos competentes. El mismo se denomina Registro de Empresas Franquiciadoras, y establece que toda persona que desee firmar un contrato de franquicia deberá, previamente, encontrarse inscripto en el mismo.

Por último, el inc. 3º establece una serie de requisitos que deberá entregar el “franquiciador” al “franquiciado”, con una antelación mínima de veinte días de la fecha de celebración del contrato:

- a) Datos principales de identificación del franquiciador;
- b) Descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia;
- c) Contenido y características de la franquicia y de su explotación y extensión de la red;
- d) Elementos esenciales del acuerdo de franquicia.

Es de aplicación a los contratos de franquicia, en lo pertinente, la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación⁸¹, sancionada en cumplimiento de lo dispuesto por la Directiva 93/13/CEE.

Mediante el Real Decreto 201/2010, se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores.

⁸⁰ Publicada en el BOE, núm. 15, del 17/01/1996

⁸¹ Publicada en el BOE, núm. 89, del 14/04/1998.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

Asimismo, en materia de defensa de la competencia, además de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia y la Ley 3/91 sobre Competencia Desleal, es de aplicación para este tipo de contratos el Reglamento (UE) N° 330/2010, del 20 de abril de 2010, referido a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, y las Directrices relativas a las restricciones verticales, publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea el 19/05/2010.

9.2. Franquicia en México

El contrato de franquicia en México se encuentra regulado en la Ley Propiedad Industrial, sancionada en junio de 1991 y reformada en abril de 2012. Específicamente, se refiere al contrato de franquicia en sus artículos 142, 142 bis, 142 bis 1, 142 bis 2 y 142 bis 3.

Declara la existencia de franquicia cuando, con la licencia de uso de una marca, otorgada por escrito, se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue.

Por su parte, el artículo 65 del Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial, obliga a quien concede una franquicia, a proporcionar al futuro franquiciado, por lo menos con treinta días previos a la celebración del contrato respectivo, toda la información relativa sobre el estado que guarda su empresa, de conformidad con los requisitos que se establecen en la Circular de Oferta de Franquicia o COF. La falta de veracidad de dicha información, da derecho a que se exija la nulidad del contrato y se demande el pago de daños y perjuicios.

El mismo reglamento establece que el contrato deberá ser hecho por escrito y deberá contener algunos requisitos, en los que se mencionan: la zona geográfica en que se ejercerán las actividad objeto del contrato, la ubicación, dimensión mínima y características de las inversiones en infraestructura, las políticas de inventarios, publicidad, contrataciones, políticas, procedimientos y plazos relativos a reembolsos y financiamientos criterios y métodos aplicables para los márgenes de utilidad y/o comisiones, características de la capacitación técnica y operativa, criterios, métodos y procedimientos de supervisión,



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

información, evaluación y calificación del desempeño y calidad de los servicios, términos y condiciones para subfranquiciar y causales de terminación del contrato, entre otros.

Por último, la legislación establece que ninguna de las partes podrá dar por terminado o rescindido de manera unilateral el contrato, salvo que se lo haya pactado por tiempo indefinido o que exista una justa causa para ello.

El contrato de franquicia también se encuentra regulado por el Código Civil y el Código de Comercio en lo referido a la contratación y por la Ley de Competencia Económica.

9.3. Franquicias en Chile

En Chile, el contrato de franquicia es un contrato atípico, no tipificado en la ley, salvo en lo que se refiere a la tributación y remesa de regalías. Es obligatoria la instrumentación por escrito y registro ante Instituto Nacional de Propiedad Industrial (INAPI) cuando involucra autorización de uso de marcas comerciales. En tal caso, estará regulado por lo dispuesto en la Ley n° 19.039 llamada Ley de Propiedad Industrial promulgada en Enero de 1991 y modificada por la ley n° 20.160 promulgada en Enero de 2007.

El INAPI ha definido a la franquicia comercial como "... una disposición comercial por la que la reputación, información técnica y conocimientos de una parte se combinan con la inversión de otra parte con el fin de vender mercancías o servicios o de prestar servicios directamente al consumidor. El establecimiento donde se comercializan tales productos o servicios normalmente tendrá una marca registrada".

9.4. Franquicia en Brasil

La Ley brasileña N° 8955/94, junto al Código de Ética, regulan y establecen los requerimientos necesarios para el normal desarrollo de las franquicias. La Ley Brasileira de Franquicias define, en su artículo 2° la denominada franquicia empresarial, dispone en su artículo 3° la obligatoriedad de entregar al franquiciado una Circular de Oferta de Franquicia, por escrito, que contenga de forma obligatoria, diferentes datos de la empresa franquiciante, con un mínimo de 10 días de antelación a la firma del contrato o precontrato y regula, todas las formalidades y requisitos para la validez del contrato. En particular, la legislación brasileña establece que "la firma y la redacción del contrato de franquicia ha de realizarse en todo momento en presencia de 2 (dos) testigos y debe ser válido



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

independientemente de si se ha registrado ante un notario o una agencia pública". Por tanto, la validez legal del contrato de franquicia queda supeditada al requisito de disponer dos testigos en el momento de la firma (en cada una de las páginas), además de los requisitos generales que conlleva cualquier acto jurídico.

La ley brasileña N° 9279/96 regula los contratos de marcas, patentes y licencia de know how, así como los contratos de transferencia de tecnología y asistencia técnica y científica ("Contratos"). Las transferencias de tecnología, contratos de asistencia técnica, y licencias de marcas y patentes deben ser registradas en la oficina de marcas y patentes de Brasil, Instituto Nacional da Propiedade Industrial). La registración de contratos de franquicia es obligatoria cuando una de las partes del contrato se encuentra domiciliada fuera de Brasil y los pagos de regalías deben realizarse en el exterior.

10. Conclusiones finales.

Para las marcas internacionales, el *franchising* implica un método para conquistar nuevos mercados y aumentar la distribución de sus productos, sin arriesgar su capital de trabajo, replicando así un sistema de comercialización exitoso. Por su parte, el franquiciado obtiene las ventajas de explotar una marca conocida, productos probados, experiencia, estabilidad y solvencia comercial propios de los grandes capitales.

El sistema ha tenido un gran auge en los mercados emergentes a partir de la década del 90', con enormes posibilidades de expansión económica. Y la Argentina no ha sido la excepción. El firme crecimiento de la apertura de locales franquiciados, el aumento en la facturación de este tipo de sistemas, con el consiguiente aporte al PBI, lo posicionan como un sistema que avanza directamente relacionado con su coyuntura económica.

Desde el punto de vista jurídico, hasta la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, estábamos en presencia de un contrato atípico, en tanto no figuraba regulado dentro de los contratos normados por el Código Civil ni por nuestro Código de Comercio. Se trataba de un contrato "moderno", que no contaba con una regulación específica en las normas aplicables y, por ello, hasta la sanción del nuevo Código le eran aplicables, en principio, las estipulaciones de las partes en el marco de la autonomía de la voluntad y, solo subsidiariamente, las regulaciones de fondo sobre figuras contractuales análogas.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

La incorporación de los contratos de distribución comercial, incluyendo al de franquicia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, es considerado por muchos autores como uno de los aspectos más auspiciosos del nuevo Código. Si bien existían en el mundo de los negocios y tanto la jurisprudencia como la doctrina los habían analizado, no tenían una normativa legal que regulara su funcionamiento. En los arts. 1512 a 1524, introduce la regulación del Contrato de Franquicia que requerirá de una interpretación adecuada por parte de la jurisprudencia y la doctrina.

Ello, por cuanto existen aspectos en la nueva redacción que ya han dado lugar a severas críticas por partes de los autores. Tal es el caso del plazo mínimo establecido, la prórroga automática y la transformación en contrato por tiempo indeterminado. Asimismo, plantea mucha confusión lo referido al preaviso establecido para concluir el contrato a la expiración del plazo original o de cualquiera de sus prórrogas.

Existe un debate abierto con relación a qué normas son de carácter indisponibles para las partes y cuáles pueden ser suplidas al momento de redactar los contratos.

En este punto es dable destacar las nuevas normas sobre reglas de interpretación de los contratos, que han modificado las existentes en el Código Civil y Código de Comercio y que afectan a todos los vínculos contractuales, incluyendo claro está, al contrato de franquicia.

Por su parte, ha sido bien recibido lo referido al límite del preaviso para el caso de rescisión unilateral incausada, aunque llama la atención la falta de claridad en la redacción de la norma, y habrá que ser muy cuidadosos al momento de la instrumentación de los contratos a fin de evitar eventuales conflictos en su interpretación.

También es auspiciosa la independencia jurídica entre franquiciante y franquiciado establecido como regla en el nuevo Código y sus efectos en la responsabilidad del franquiciante en las relaciones laborales del franquiciado con sus empleados. Claro está, habrá que esperar a ver qué criterio adoptan los jueces laborales a través del tiempo.

Por todo ello, en vistas de los aciertos y desaciertos de la nueva regulación, que ya han generado amplios e interesantes debates, es de esperar que tanto los abogados de empresa, como los doctrinarios y los jueces, tendremos un enorme desafío en la interpretación, adecuación de contratos preexistentes y la aplicación de las normas del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ya sea en la parte general de los contratos o, específicamente, en lo referido al contrato de franquicia.