

Contratos de Distribución

Sistemática del Código Civil y Comercial

El nuevo código regula los contratos de distribución en el **Libro Tercero** de los “**Derechos Personales**”, **Título IV**: de los “**Contratos en particular**”, que abarca treinta (30) capítulos, que comprende los artículos 1123 al 1707.

Específicamente, en los Capítulos 17, 18 y 19, que comprenden a los artículos 1479/1501; 1502/1511; y 1512/1524, legisla, respectivamente, acerca del contrato de Agencia, del de Concesión – que es aplicable al contrato de distribución propiamente dicho, en aquello que sea pertinente-, y el de Franquicia; agrupados por la doctrina bajo el género de contratos de distribución, es decir, aquellos en los cuales un empresario que actúa por cuenta propia, pone a disposición su organización empresarial en forma continua y estable, con la finalidad de participar en el mercado a efectos de relacionar al productor de bienes y servicios con los consumidores respectivos de una actividad económica determinada.

Evolución:

El sistema de distribución evolucionó de ser un contrato entre dos partes, hasta ser en la actualidad sistemas de redes de distribución e hipercentros de consumos. Es decir, desde el almacén de ramos generales, que vinculaba al comerciante con sus proveedores mediante contratos de consignación o suministro, donde el fabricante o productor vende a los comerciantes mayoristas o directamente al almacenero, y este a su vez comercia con el consumidor, interactuando a menudo el viajante, ligado por una relación laboral con el primero o el segundo de la cadena, cuya función ha sido facilitar las operaciones entre el productor y el comerciante minorista.

En la actualidad la figura laboral del viajante ha perdido parte de su vigencia, habiendo sido reemplazado en buena medida por sistemas

empresariales de distribución, consistentes en redes de contratos coaligados o conexos, que conforman un conjunto vertical de empresas jurídicamente autónomas entre sí, cómo también por hipercentros de consumo, hipermercados y shopping center, que a diferencia de los primeros, constituyen sistemas horizontales de empresas independientes desde lo jurídico, pero conectadas mediante una empresa organizadora que vincula a todas ellas a partir de un interés y finalidad económica supra-contractual que les es común.

Asimismo, existen vías alternativas a las redes verticales de distribución, derivadas de las innovaciones tecnológicas en materia de comunicaciones, que permiten que proveedores y consumidores tomen contacto a través de internet o del correo electrónico y realicen transacciones directas. Del mismo modo, las suplantando los shopping center que representan aproximadamente un sesenta por ciento (60%) de la venta minorista y configuran un replanteo al modelo de distribución mediante redes verticales.

Nuestro objeto de estudio son los contratos de distribución de bienes y servicios no legislados con anterioridad al Código Civil y Comercial de la Nación –CCCN- sancionado en el año 2014. Es decir, los contratos de agencia, concesión, distribución stricto sensu y franquicia, celebrados entre un principal o proveedor, que es la empresa productora del bien o servicio y cada distribuidor, vale decir, entre el preponente, concedente distribuido o franquiciante, por un lado y, por el otro, los agentes, concesionarios distribuidores o franquiciados, respectivamente. Como señala Lorenzetti *“La distribución actual tiene una configuración sistemática, es un conjunto relacionado de partes y de contratos conectados en función de la finalidad distributiva”*¹

Características:

¹ Lorenzetti Ricardo Luis, Tratados de los Contratos, T. I, Pg. 524, Edit. RubinzalCulzoni

Los contratos de distribución dicho en sentido conceptual amplio, que incluye a los contratos de agencia, concesión, distribución y franquicia, en general se caracterizan por ser contratos bilaterales, onerosos, conmutativos, nominados, celebrados entre empresas, intuitu personae, de adhesión a cláusulas generales predispuestas, de larga duración y tracto sucesivo, de colaboración y no formales, esto último con excepción del contrato de agencia, pues el artículo 1479, tercer párrafo, establece que “*El contrato debe instrumentarse por escrito*”, vale decir que el de agencia, es un contrato formal no solemne –arts. 969, 1018 y 1020 del CCCN-

I Contratos de Larga Duración: Una de las principales características de los contratos de distribución es el de ser contratos de larga duración, regulados en el CCCN en su artículo 1011. La norma no registra antecedentes en el proyecto de 1998, pero sí en doctrina.²

En este tipo de contrato, como refiere el Art. 1011, el tiempo que transcurre para el cumplimiento del objeto, es esencial a los fines de que se concreten y produzcan los efectos y consecuencias que las partes querían y procuraban al celebrar el contrato, o para que quede satisfecha la necesidad que las impulso a contratar. No es que se trata sólo de obligaciones de cumplimiento periódico o continuo –ejemplo el pago de los alquileres y el goce del bien locado-, sino que el objeto de la obligación en los contratos de larga duración, únicamente se puede satisfacer con el transcurso del tiempo. Por ejemplo, en los contratos de medicina prepaga el paciente paga periódicamente, pero sólo con el paso del tiempo habrá de requerir la contraprestación de atención médica; circunstancia que se replica en los contratos de seguros de retiro, entre otros.

Por consiguiente, en los contratos de larga duración, se debe prestar atención al objeto de la obligación, al tipo de operación celebrada, en las cuales las partes tienen en consideración al momento de concluir el

² ver Lorenzetti Ricardo Luis, ob.cit. pág. 113 y sigs. RubinzalCulzoni.

negocio, que la finalidad que las indujo a contratar se habrá de satisfacer con el devenir de los meses y años, razón por la cual modelan el contenido del objeto de las obligaciones pactadas de manera abierta y establecen reglas de carácter procedimental, que permiten una flexible adaptación del contrato a las mutaciones socio-económicas externas que influyen sobre él, susceptibles de producir un desbalance en la corresponsabilidad del objeto e incluso, la frustración del mismo.

Son diversos los contratos cuyo objeto no es de cumplimiento instantáneo, como ocurre con otros. En los contratos de leasing; círculos de ahorro para la adquisición de automóviles y viviendas; suministro; medicina prepaga y seguros de salud o retiro; de educación; como en los contratos de distribución, que también son de larga duración, el objeto de la obligación, tal cómo se dijo, puede sufrir mutaciones o alteraciones respecto a la situación jurídica existente a la fecha de la celebración, circunstancias que suelen ser fuentes de conflictos entre las partes cuando se modifica el equilibrio recíproco original de las prestaciones convenidas, siendo un caso reiterado y de manual el protagonismo central que ha tenido la depreciación del signo monetario producto de distintos procesos inflacionarios.

Un típico ejemplo de cómo el tiempo puede influir en la afectación del equilibrio del origen y génesis de la operación en el caso del contrato de medicina prepaga, son los supuestos de innovaciones tecnológicas no incorporadas por la empresa médica, o la baja del estándar de calidad del curriculum y de la especialidad del plantel médico incluido en el listado de profesionales a disposición del paciente que demanda la cobertura de asistencia de salud; o la irrupción de nuevas enfermedades no previstas en el contrato; o los aumentos de costos y del precio exigido para satisfacer los nuevos desafíos que requiere la asistencia médica.

Otro ejemplo habitual, aparece en los contratos de compra de automóviles mediante el sistema de ahorro previo, en los cuales las innovaciones tecnológicas frecuentemente lleva a dejar de fabricar el modelo del círculo al que originalmente adhirió el suscriptor del mismo y ser reemplazado por otro; o bien, consecuencia de los cambios de diseño y/o mecánicos que presentan los nuevos modelos fabricados durante el largo período de pago de las cuotas del plan de ahorro previo, se producen incrementos sustanciales en el precio de los mismos.

Como se advierte, estas situaciones susceptibles de deteriorar el equilibrio recíproco de las prestaciones de las partes, son fenómenos que pueden producirse en los contratos de larga duración. Por ello, respecto a los contratos de larga duración, se ha dicho que *“el objeto es una envoltura, un cálculo probabilístico, un sistema de relaciones que se modifica constantemente en su interior, con finalidades adaptativas”*, por lo cual toda determinación estricta del objeto conspira contra la posibilidad del contrato, favoreciendo el conflicto entre las partes o la frustración del mismo.

Contratos Relacionales y la obligación de preavisar en caso de extinción unilateral

Considerar al objeto de este tipo de contratos como un sistema de relaciones, ha llevado a parte de la doctrina a conceptualizarlos como contratos relacionales, pues la relación de equilibrio de las prestaciones convenidas por las partes no es estática sino dinámica.

Es que si estamos frente a un contrato cuya ejecución de las prestaciones de las partes es instantánea o en muy breve período de tiempo, los fenómenos susceptibles de producir un desbalance en las prestaciones recíprocas son muy escasos y, por lo tanto, en la mayoría de los casos, cada parte al ejecutar sus prestaciones seguirá teniendo el mismo criterio acerca del beneficio que le reporta su celebración.

Una característica de los contratos de distribución es la de ser conmutativos, pero al revistar en el género de contratos relacionales, su conmutatividad es dinámica, razón por la cual, al ponderar su carácter conmutativo, se lo debe juzgar apreciando las mutaciones ocurridas durante el largo periodo de ejecución. Dicho de otra manera, el contenido de las prestaciones de las partes puede variar, siempre que se mantenga en equilibrio recíproco entre ellas, tanto en lo tocante al precio, como a la calidad de la obligación de dar o de hacer a cumplir.

Referido a los cambios que el transcurso del tiempo produce en las prestaciones de las partes en los contratos relacionales que siempre son de larga duración, es interesante acudir a los fundamentos del voto en minoría del Dr. Eduardo de Lázzari, en la causa **caratulada “LISI, Ricardo N. c/ SANCOR C.U.L. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS”**³. Se trata de un juicio cuya plataforma fáctica tiene que el actor comercializaba los productos que la demandada le proveía en virtud de un contrato de concesión que se mantuvo vigente durante el período 1979 a 1997, fecha en que la empresa concedente comunicó su decisión de extinguirlo. El actor –concesionario– alegó que la ruptura fue intempestiva y arbitraria.

El juez de grado y la Cámara respectiva, rechazan la demanda en la inteligencia de que en el año 1987 el concesionario había remitido una CD en la que manifiesta su voluntad respecto a que el plazo de la relación contractual se extendiera por el período de seis meses renovables en forma automática de manera indefinida, salvo que cualquiera de los contratantes, con una antelación no menor a 30 días, notificara a la otra su voluntad de no continuar con la misma, y que como dicha CD es el único instrumento escrito suscripto por una de las partes, consentido de manera tácita por la empresa concedente, sostiene la sentencia, que “...*Los contratantes han establecido expresamente la manera en que podía producirse el distracto*

³ SCBA. JUBA C 104.935, del 03.11.2010.

unilateral, procedimiento que en el caso siguió la empresa Sancor C.U.L., por lo que no puede aducirse a posteriori que la rescisión ha sido intempestiva...".

El RIL interpuesto por el actor fue rechazado por mayoría, en base a lo dispuesto en el Art.1197 del C.C. y en que no se configuró abuso de derecho en la rescisión unilateral dispuesta por la concedente.

Por su parte, en minoría, referido a la buena fe y colaboración que son matriz específica de los contratos relacionales de larga duración, las que generan obvias expectativas entre las partes acerca de que no habrá de producirse una extinción abrupta e intempestiva del contrato, el Dr. de Lázari sostiene en su voto que:

"2. La crisis del paradigma contractual clásico impone que ciertas bases de interpretación sean respetadas por las partes y por la comunidad jurídica en general, en tiempos donde el aspecto económico pareciera ocupar un lugar arrollador respecto de otros ámbitos, entre ellos: el jurídico".

"Lo dicho me lleva a recordar que no existe contrato fuera del contexto de una determinada matriz social y económica que le da significado y define sus reglas. Así es que ha nacido una nueva concepción del contrato como un proceso de proyección de intercambios en el futuro hecho en el presente: el "contrato relacional" (Macneil, Ian R., "The Many Futures of Contracts", 1974, Southern California Law Review, 47-691; idem, "Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law", 1978, Northwestern University Law Review, 72-854)".

"El contrato relacional supone vínculos complejos entre las diversas partes, en la que las relaciones personales de solidaridad, confianza y cooperación son determinantes. Se conectan con sus circunstancias y, en consecuencia, si ellas varían, las partes están implícitamente obligadas a

adaptar el contrato a la nueva situación. Esta teoría, no significa dar paso a la pura arbitrariedad, pero ofrece un desplazamiento de la mirada desde el objeto del cambio económico a los actores económicos, coloca a las personas en presencia relacional, en ocasiones por lo que ellas son en cuanto sujetos y, a veces, de modo más objetivo, de acuerdo al rol que las partes le dieran según sus legítimas expectativas (Nicolau, Noemí Lidia, "Fundamentos del Derecho Contractual", "La Ley", 2009, p. 15)".

“Se trata de una teoría que se aparta del puro consensualismo (porque se apoya en el intercambio, no en el consentimiento), y también del objetivismo (porque pone el eje de todo contrato en la relación interpersonal de las partes), siendo una postura abierta que nos ofrece una imagen más fiel de la realidad”.

“3. Entiendo que para comprender correctamente el caso debemos partir de una distinción originaria y raigal: diferenciar las características y fines de los contratos discontinuos de los relacionales”.

“Mientras los primeros tienen momentos definidos y únicos en torno a la transacción y son de duración exigua, culminando rápidamente por cumplimiento contractual o ruptura, los segundos no tienen tan claramente determinado el inicio y el término. Es decir, que los términos contractuales predefinidos y abruptos son propios de contratos discontinuos y no de los relacionales. Demás está señalar que el contrato bajo análisis es un típico contrato relacional (arts. 1197, 1198 y doct. 1326, Cód. Civil)”.

“Entonces, cabe poner de relieve que en este supuesto existe una dimensión temporal fundamental, pues se enraíza con la necesidad de planificación y vinculación prolongada que tienen las partes en los contratos de este tipo”.

“4. Por otra parte, parece necesario recordar la evolución que ha tenido el derecho en materia interpretativa de los contratos, pues la exégesis de determinado instrumento probatorio de la relación contractual

no puede erigirse como único dato relevante, ya que se han dado ajustes dogmáticos importantes en torno a la antigua idea de la autonomía privada como fuente jurígena del llamado "reglamento contractual" (conf. Roppo, Vincenzo, "El contrato", ed. Gaceta Jurídica, trad. Ariano Deho, Lima, 2009, tercera parte)".

"Así, hoy día podemos observar la tendencia del llamado "derecho civil constitucional" a partir del cual se advierte el reconocimiento de la incidencia de los valores y principios constitucionales en el derecho civil, lo cual no resulta apenas una tendencia metodológica, sino la preocupación en la construcción de un orden jurídico más sensible a los problemas de la sociedad contemporánea, entre los cuales está el de disponer de un derecho contractual que, más allá de estampar operaciones económicas, sea primordialmente volcado a la promoción de la dignidad de la persona humana (arts. 11, Convención Americana sobre Derechos Humanos y 75 inc. 22, Const. nac.)".

"Con el establecimiento de bases de reconocimiento de la desigualdad entre las partes contratantes y la construcción de la idea de intervención del Estado para la disminución de las diferencias, además de la fuerza de la voluntad del contrato concebida como autonomía privada, se exige considerar también al contrato como un instrumento justo y útil para los particulares y la sociedad toda (arts. 14, 16, 17, 28, 75 incs. 18 y 19, Const. Nac.)".

"Es decir, que la relación a la que los sujetos particulares se pretenden unir debe tener por objeto el alcance previsto en las reglas privadas fijadas en el contrato (art. 1137, Cód. Civil), pero también el dado por la ley y, por sobre todo, por la Constitución. De esta manera, el contrato deja de ser el poder reconocido a los particulares para la creación de normas o preceptos para ser ahora la elección de resultados ya declarados en la Carta Magna, pues sólo estos son de interés para la

colectividad en orden a la producción de bienes (arts. 953, 1167, 1168, 1169 y concs., Cód. Civil)”.

“Esta idea del pasaje de la autonomía de la voluntad para la autonomía privada, con el alcance que expresé, tiene recepción desde hace años en la teoría contemporánea (cómo no recordar a modo de ejemplo el análisis de Emilio Betti en su Teoría general del Negocio Jurídico, 1959), mas pareciera olvidada cuando -como en autos- se recurre a la interpretación descontextualizada del contrato (conf. doct. art. 218 inc. 2, Cód. de Comercio), pretendiendo restringirse la plenitud del mismo exclusivamente a la letra de una carta documento enviada por el actor en la que, inclusive, se admite que la relación entre las partes ya existía a la fecha de su remisión (conf. arts. 1144, 1147, 1155 y concs., Cód. Civil)”.

“A su vez la autonomía privada, en la idea de Perlingieri (“Perfis do directo civil”, Introdução do directo civil constitucional, 3ra. ed., Renovar, 2007; idem, Perlingieri, P., “Ildirittocivilenellalegalitácostituzionale”, Napoli, 1984) debe ser aún más acotada, ya que dicho autor considera que la autonomía negocial no es un fin en sí mismo y sobre todo no representa un principio que se pueda substraer al control de correspondencia y funcionalidad a la luz del sistema de normas constitucionales e, incluso, me permitiría agregar también, del sistema de normas supranacionales que regulan los derechos humanos. Ello impone que se someta el contenido de los pactos contractuales a un juicio de compatibilidad con el ordenamiento globalmente considerado (arts. 18, 28, 33 y 75 inc. 22, Const. nac.)”.

“5. En este orden de ideas, la autonomía privada en materia contractual debe contextualizarse con la realidad. Como observa Ronaldo Porto Macedo Junior, es cierto que el reconocimiento de las relaciones de poder en los contratos no niega el principio de la libertad contractual. Por otro lado, no es menos correcto que su reconocimiento afecta

sensiblemente las presuposiciones clásicas de la libertad contractual y el papel del Estado como agente regulador y ordenancista de las relaciones contractuales ("Contratos relacionales y defensa del consumidor", Ed. "La Ley", 2006, pág. 111 y ss.)".

"En los contratos relacionales como el que examinamos, las expectativas de continuidad del vínculo contractual son normalmente compartidas por las partes contratantes, por lo cual en ellos se pretende evitar que la vinculación se interrumpa de una manera abrupta, previéndose la figura del preaviso a efectos de que la parte perjudicada tenga menos dificultades para celebrar nuevos contratos y continuar su vida económica con otros contratantes".

"No debe olvidarse, como lo señala Zuel Gomes, que ese modelo contractual trae en su esencia la generación de expectativa mutua, inspirada por la confianza y la cooperación durante el tiempo de su ejecución (art. 1198, Cód. Civil). Por ello, aun cuando la ruptura del vínculo contractual tenga como base la ley o algún instrumento suscripto por las partes para dar forma al contrato, la situación debe ser analizada bajo la perspectiva contractual relacional, considerando las propias características de esta relación, sin olvidar las pautas legales de la buena fe, la idea de cooperación y solidaridad, todos ellos y especialmente estas dos últimas, íntimamente conectadas con la garantía constitucional de tutela de la dignidad de la persona humana (Zuel Gomes, Rogerio, "Nuevas Tendencias en Derecho de Contratos", Revista do direito do Consumidor, Rey. Dos Tribunais, n. 58)".

"En este sentido es que considero que la cláusula que prevé el preaviso de 30 días de anticipación para rescindir unilateralmente el contrato inserta en la carta documento fechada en 1987 y que resulta base del razonamiento efectuado por el a quo para rechazar la acción interpuesta, se erige como abusiva en el marco de la relación contractual

de las partes, teniendo en cuenta que le permite a la parte fuerte del contrato (en este caso una empresa láctea líder en el mercado), pasados más de 10 años sin interrupción de relación contractual con su distribuidor exclusivo, resolver con el escaso preaviso de 30 días su relación. Es así que una cláusula que establece solo 30 días de preaviso para una relación de este tipo y que se prolongara por el tiempo indicado se me presenta como definitivamente abusiva (arts. 1071, Cód. Civil; 216, 217 y 218, Cód. de Comercio)”.

“Al respecto, las cláusulas abusivas como una manifestación de la desigualdad negocial son ilustrativamente descritas por Garrido Cordobera ("El poder en la negociación contractual y las desigualdades negociales", "R.C. y S.", 2009-1-3, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba), en estos términos: "Es usual en la dinámica contractual la existencia de cláusulas especiales previstas ya sea para el caso concreto como así también para la generalidad de la figura contractual, como por ej. las cláusulas de escape o las de rescisión unilateral en contratos como los de franquicia, concesión o suministro. Si bien se basan en el principio de autorregulación y de la autonomía de la voluntad no todas ellas serán válidas o respetadas en una revisión judicial del contrato ya que podemos encontrarnos con supuestos de nulidad o también de ejercicio abusivo. El carácter de abusivo de cierta cláusula surge de ella misma o de su combinación con otras y se considera tal a la que limita indebidamente la responsabilidad por daños personales, importa renuncia de los derechos del adherente o ampliación de los derechos del predisponente (conf. Directiva 93/13). Es importante la noción de desnaturalización de las obligaciones de las partes ya que indica que se cambiaría lo que se considera la normalidad del 'ser' del contrato. Constituye un standard de gran amplitud que permite abarcar un extenso universo de situaciones que conciernen al mantenimiento de la

equivalencia en la relación conforme a todas las circunstancias del caso y se vincularía también con la noción de causa final".

“6. Es así que en pos de esa equivalencia en la relación y de mantenerse fiel a las pautas jurídicas de buena fe y de evitar el abuso del derecho como un estándar mínimo para interpretar los contratos relacionales como el que se encuentra bajo análisis que reafirmo mi convencimiento del carácter abusivo de la cláusula que el demandado pretende esgrimir en su defensa (preaviso de 30 días para rescindir unilateralmente). En este sentido, comparto el criterio del recurrente en cuanto media violación del principio de buena fe”.

“En línea con lo expresado se exhibe el criterio de la Corte Suprema de la Nación (conf. Fallos 311:1337, 314:1358, entre otros) quien nos advierte sobre la necesidad de otorgar al cocontratante un plazo de preaviso razonable, estimando que en dicho lapso el sujeto de la relación contractual pueda resolver en forma adecuada toda su estructura comercial, previniendo los daños que probablemente acarree la cesación de este contrato”.

“Aun cuando tales precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Automóviles Saavedra contra Fiat Argentina S.A." y el posterior "Cherr Hasso contra The Seven Up Co.", resultan una pauta trascendente en cuanto a la necesidad de establecer plazos razonables de preaviso, es un caso anterior de la Cámara Nacional en lo Comercial de la Capital Federal el que abrió el debate concreto” -se refiere a los autos "Dillon c. Ford Motors" (Sala A, sent. del 11-IX-1973) (publ. en "La Ley", 152-250)-, donde se fijó el criterio de que la cláusula por la cual las partes pactaban la rescisión no era considerada de por sí inválida por el solo hecho de establecerse una terminación de contrato por una de las partes, “sólo que, como contrapartida de ello, se le exigía a la parte que rescinde que, de ser llevada a la práctica, la rescisión no fuera arbitraria y le

acarreará perjuicios a la otra parte, es decir que si bien un reglamento para concesionarios puede otorgar la facultad de rescindir la concesión, sin lugar a dudas esta rescisión no puede efectuarse de forma arbitraria y causando a su cocontratante un perjuicio innecesario, pues admitir este tipo de rescisión sería avalar un abuso del derecho. Tal criterio luego fue ratificado en el caso "CELAM" (Cám. Nac. Com., Sala B, sent. del 14-III-1983, in re "Celam S.A. contra Ika Renault S.A.", publ. en "La Ley", 1983-C-226)".

"En definitiva, jurisprudencialmente se observa una fundada tendencia que considera que las empresas concedentes -en virtud del deber de buena fe y lealtad que debe observarse en el cumplimiento de los contratos- tienen que evitar todo aquello que pueda frustrar el fin de la convención o perjudicar indebidamente a la otra parte, y si en el contrato hubiese cláusulas que en su letra posibilitan la violación de estos deberes moralizadores, es entonces una obligación para las partes interpretarlas y ejecutarlas en compatibilidad con aquéllos principios, porque de lo contrario se ejercería abusivamente un derecho (conf. Hocsmán, Heriberto Simón, "Contratos de comercialización" en Michelini, María L. y Tupa, Fernando A. [Colaboradores], "Contratos modernos de distribución comercial", 2007, AbeledoPerrot online, Lexis 9203/002609)".

"7. También sostengo la desnaturalización de la previsión establecida en la mentada carta documento de 1987, en orden al preaviso necesario para el distracto incausado unilateral y cómo ha de ser interpretado para que sea consistente cuando se relaciona la norma (particular) y la realidad económica-social (arts. 217 y 218, Cód. de Comercio)."

"Se parte de la base de que las normas jurídicas (en el caso las normas jurídicas particulares que conforman las cláusulas de un contrato) hacen referencia a un pensamiento dado en determinado tiempo y lugar. Se

trata de una nota existencial que vincula la norma con el contexto en el que emerge. Es un hecho notorio que en 1987 las partes previeron una relación contractual por seis meses renovables y en ese escenario los 30 días de preaviso resultaban un plazo más que razonable con los 6 de duración total de la relación prevista e inclusive también consistente con la renovación automática por otros 6 meses. Pero la realidad ha hecho que la renovación se ha replicado al menos unas 20 veces y aquél contrato de seis meses se convirtió en una relación de al menos 10 años y, aún así, según el criterio del a quo el plazo de preaviso ha quedado inalterado desde aquel contrato por 6 meses que se indicaba en 1987”.

“Bajo este prisma, una norma contractual, aunque concebida en términos generales para los acontecimientos que puedan ocurrir en el convenio, no puede entenderse como aplicable a los casos que no fueron tenidos en vista por quienes la suscribieron (en el caso una relación contractual de al menos 10 años), desde que las condiciones previstas -6 meses de contrato- no se refieren al supuesto que se pretende abarcar (arts. 1197 y 1198, Cód. Civil). Inadecuación dinámica que se origina en la falta de correspondencia entre la disposición jurídica y el contexto funcional que aquí se juzga (arts. 218 inc. 2, Cód. de Comercio y 1071, Cód. Civil)...”.

“Con lo dicho en este punto entiendo que la interpretación efectuada -a la luz de la realidad contractual- reafirma la idea de lo abusivo que se torna la pretendida cláusula de preaviso inserta en la carta documento de 1987 (art. 1071, Cód. Civil)...”

“9. Por lo expuesto hasta aquí, advierto que la Cámara ha inobservado el contenido de las normas dispuestas por los arts. 1071, 1197 y 1198 del Código Civil y 218 incs. 2, 3, 4 y 6 del Código de Comercio, al tener por válida la estipulación de 30 días de preaviso para la rescisión unilateral de la relación contractual entre las partes inserta en la carta

documento fechada en 1987, por lo cual, la rescisión unilateral ha sido efectuada con un preaviso que, en el contexto relacional habido entre las partes, resulta por más exiguo, volviéndose de ese modo al distracto en intempestivo y, por ende, pasible de ser indemnizado a la parte que ha sufrido los daños de esa ruptura intempestiva (doct. arts. 519, 520, 1067, 1068, 1069 y concs., Cód. Civil)...”.

El voto del Dr. de Lázzari, que contiene una fundamentación doctrinaria de excelencia, nos brinda un claro desarrollo acerca de la solución jurídica que -aun en el código de Vélez- corresponde adoptar ante las mutaciones de las circunstancias fácticas que pueden producirse en los contratos de larga duración entre la fecha de su celebración y su extinción por la voluntad unilateral de una de las partes; de ahí el interés de su reproducción casi textual.

La solución en el nuevo código: Tocante a los contratos de larga duración, el CCCN, en su art. 2011, coincide con la doctrina que sustentó y anticipó el Dr. de Lázzari en el voto de referencia.

Asimismo, el artículo 1090 del CCCN, contempla el derecho a declarar la resolución del contrato en favor de la parte perjudicada a consecuencia de haberse frustrado la finalidad del contrato que existía al tiempo de la celebración, producto de la extraordinaria modificación de las circunstancias genéticas de la convención, que es “ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada”; situación que se presenta como probable en los contratos de larga duración.

Por su parte, específicamente en la regulación de los contratos de agencia, concesión, distribución y franquicia, los arts. 1491, 1492, 1493, 1508 inc.a, 1511 inc.b, y 1522 inc. d, el CCCN, siguen un criterio compatible con lo aquí aludido en los supuestos de contratos con plazo de vencimiento indeterminado, al establecer la obligación de preavisar para cualquiera de las partes que sin justa causa resuelva la extinción en forma

unilateral, debiendo notificar su voluntad de extinguir con una antelación no menor a un (1) mes por cada año de vigencia del contrato. Y en caso de omitir el preaviso, se “otorga a la otra parte derecho a la indemnización por las ganancias dejadas de percibir en el período”.

Es más, para el caso de franquicia, el art. 1522 inc. d), dispone la obligación de preavisar también en los casos de contratos con plazo de vencimiento determinado, fijando un preaviso de un (1) mes por cada año de vigencia, hasta un máximo de seis (6) meses. Asimismo, prescribe un plazo de vigencia mínima de tres (3) años para los contratos de tiempo indeterminados, período durante el cual no se los podrá rescindir de modo unilateral.

Por otra lado, tal como he señalado anteriormente, pueden darse situaciones conflictivas en los contratos de larga duración, no sólo cuando se refieren a supuestos de extinciones unilaterales sin justa causa dispuesta por decisión de cualquiera de las partes, sino a supuestos de mutaciones del contenido de las prestaciones provocadas por innovaciones tecnológicas u otras situaciones susceptibles de originar conflicto entre las partes, sobre todo si una de ellas tiene una posición dominante y por ende mayor chance de hacer prevalecer sus intereses y transferir sus riesgos contractuales a la otra.

Lorenzetti contempla las dificultades que tiene el magistrado judicial responsable de juzgar la adaptabilidad de los cambios del contrato, manteniendo la relación de equivalencia recíproca, esto es, “cómo lograr que el elemento conmutativo, que el equilibrio junto con la finalidad económica, persistan a lo largo del tiempo”.

Para ello propone analizar si el cambio del objeto alcanza tal magnitud que afecta la calidad del mismo, en cuyo caso dicha mutación puede calificarse como abusiva o dar lugar a la rescisión del contrato. Otra pauta a tener en cuenta, es la de evaluar si el incremento en el precio que

una empresa pretende por las nuevas tecnologías introducidas en el objeto a dar o en el servicio a brindar, podría ser aceptado por el estándar del contratante medio, consintiendo en celebrar contratos en esas condiciones; es decir, que “los cambios en el contenido de las obligaciones no deben desnaturalizar el objeto contractual”, y que “esa afectación se produce si sus resultados son tales que un contratante medio no las aceptaría”. Por ejemplo, se entiende que en los contratos de larga duración, como son los de distribución, el precio pueda variar pero sujeto a pautas objetivas - no al mero arbitrio del proveedor-, o sea, si el aumento se liga a la variación de los precios de los insumos que utiliza el franquiciante en la elaboración de los productos a distribuir, de los gastos de publicidad, impositivos u otros de carácter objetivo.

Para regular y dar solución a estas cuestiones, el Art. 1011, en sus apartados segundo y tercero, edicta que:

“Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total.”

“La parte que decida la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”.

Por último, es pertinente la consideración de si alguna de las cláusulas de tipo abierto y de naturaleza procedimental destinadas regular la adaptabilidad del objeto en este tipo de contratos, configura en lo concreto una cláusula abusiva respecto a una de una de las partes del contrato, en cuyo caso es de aplicación la solución del Art. 988 del CCCN, que en sus tres incisos tipifica los diversos supuestos en que debe tenerse por no escritas e inválidas a dichas cláusulas.

II. Contratos de colaboración empresaria: Otra de las características esenciales y distintivas de los contratos de distribución es, como ya se ha dicho, el de ser contratos de colaboración.

El principal –es decir, preponente o empresario, concedente, distribuido y franquiciante o franquiciador-, toma muy en cuenta para celebrar el contrato, el tipo de organización empresarial del agente, concesionario y franquiciado; y, asimismo, lo tocante a su solvencia económica y moral, su idoneidad técnica y comercial, como lo referido a sus antecedentes y reputación en la zona o en la actividad a desarrollar; elementos que conforman un plexo de valores y calidades que lo hacen confiable respecto al fiel cumplimiento de sus obligaciones durante el plazo de duración del contrato. Estas circunstancias connotan a los contratos de distribución como contratos *intuitu personae* o de confianza, que favorecen y abonan la colaboración entre las partes.

Compatible con las características de colaboración y confianza que conllevan las prestaciones de quienes celebran contratos de distribución, es el derecho a la exclusividad del agente –Art. 1480 del CCCN-; o de ambas partes en los contratos de concesión –Art. 1503 inc. a)- y franquicia –Art.1517 del CCCN-.

Del mismo modo, el concepto de colaboración sustentado en los principios de buena fe y lealtad contractual, atrapa lo dispuesto por:

El Art. 1483 inc. a), que establece la obligación del agente de “*velar por los intereses del empresario y actuar de buena fe en el ejercicio de sus actividades*”.

El Art. 1485 inc. a), en tanto impone al preponente a “*actuar de buena fe y hacer todo lo que le incumbe, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, para permitir al agente el ejercicio normal de su actividad*”.

El Art. 1504 inc.a), que obliga al concedente *“proveer al concesionario de una cantidad mínima de mercaderías que le permita atender adecuadamente las expectativas de venta en su territorio, de acuerdo a las pautas de pago, de financiación y garantías del contrato.”*

El Art. 1505 inc. a), que establece que aun cuando no haya cláusula que lo establezca, el concesionario se obliga a mantener una cantidad de mercaderías y repuestos en stock suficiente para la continuidad de los negocios y atención al público consumidor.

El Art. 1514 inc. d), que impone al franquiciante a *“proveer asistencia técnica para la mejor operatividad de la franquicia durante la vigencia del contrato”*.

El Art. 1515, inciso c), que obliga al franquiciado a *“abstenerse de actos que puedan poner en riesgo la identificación o prestigio del sistema de franquicia que integra”* o de los derechos mencionados en el art. 1512, segundo párrafo y, en su caso, cooperar *“en la protección de esos derechos”*, es decir, lo que atañe a los derechos del franquiciante en relación a ser el titular exclusivo *“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”*.

El Art. 1515 inc. d), que impone al franquiciado a *“mantener la confidencialidad de la información reservada que integra el conjunto de conocimientos técnicos transmitidos y asegurar esa confidencialidad respecto de las personas, dependientes o no, al que deban comunicarse para el desarrollo de las actividades. Esta obligación subsiste después de la expiración del contrato”*.

Referido a las obligaciones recíprocas de información, abarcadas también por el deber general de colaboración, el CCCN dispone lo siguiente:

En el contrato de agencia: el art. 1483 incisos c) y d), impone al agente la obligación de transmitir al preponente “*toda la información de la que disponga relativa a su gestión*” e “*informar al empresario, sin retraso, de todos los negocios tratados o concluidos y, en particular, lo relativo a la solvencia de los terceros con los que se proponen o se concluyen operaciones*”; el 1484 inc. b), que obliga al empresario “*poner a disposición del agente con suficiente antelación y en la cantidad apropiada, muestras, catálogos, tarifas y demás elementos de que disponga y sean necesarios para el desarrollo de la actividad del agente*”.

En el contrato de concesión, el 1504 inc. c), prescribe que el concedente debe “*proveer al concesionario la información técnica y, en su caso, los manuales y la capacitación de personal necesaria para la explotación de la concesión*”.

Por su lado, en la franquicia, el Art. 1514 incisos a), b) y c), obligan al franquiciador a: “*proporcionar, con antelación a la firma del contrato, información económica y financiera sobre la evolución de dos (2) años de unidades similares a la ofrecida en franquicia, que hayan operado un tiempo suficiente, en el país o en el extranjero*”; “*comunicar al franquiciado el conjunto de conocimientos técnicos, aun cuando no estén patentados, derivados de la experiencia del franquiciante y comprobados por éste como aptos para producir los efectos del sistema franquiciado*”; y “*entregar al franquiciado un manual de operaciones con las especificaciones útiles para desarrollar la actividad prevista en el contrato*”.

Recíprocamente, el Art. 1515 inc. b), impone al franquiciado la obligación de “*proporcionar las informaciones que razonablemente requiera el franquiciante para el conocimiento del desarrollo de la actividad y facilitar las inspecciones que se hayan pactado o que sean adecuadas al objeto de la franquicia*”.

III. Contratos celebrados por adhesión. Control y centralización.

El tema de la responsabilidad ante terceros:

1) El Art. 984 del CCCN define que *“El contrato de adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente por la otra parte o un tercero, sin que el adherente haya participado en la redacción”*.

Yendo al tema que nos ocupa, corresponde señalar que es habitual que los contratos de distribución se celebren por adhesión a cláusulas generales predispuestas redactadas por el predisponente, concedente, o franquiciante, por ser la parte fuerte, basal y de mayor poder en este tipo de contratos que ejerce un control sobre los miembros de la red con la finalidad de que la integración sea más homogénea, mediante la centralización de decisiones fundamentales en materia comercial, administrativa y financiera; y también, con el objeto de conformar una red vertical de empresas que asegure el ejercicio regular por los concesionarios y franquiciados del derecho al uso o cesión de la marca, imagen o know-how, cuyo titular es la empresa que organizó la red.

Como ejemplo, basta con comparar el poder económico-financiero, los recursos técnicos, de administración y de lobby que tienen las empresas petroleras frente a los propietarios de estaciones de servicio, o el de las cadenas internacionales hoteleras o gastronómicas de comidas rápidas con las empresas tomadoras de la franquicia, o el de las empresas fabricantes de automóviles respecto a sus concesionarias, o el de la fabricación y venta de zapatillas o indumentaria deportiva, o de bebidas gaseosas, entre otros muchos supuestos en que el franquiciador o concedente es una firma trasnacional.

Previo a la sanción del código civil unificado y en relación a que los contratos de distribución integran el género de contratos celebrados bajo la modalidad de adhesión de una de las partes a cláusulas generales

predispuestas por la otra, se discutió en doctrina si era de aplicación analógica la legislación de protección al consumidor en favor de las empresas concesionarias y franquiciadas, tal como propiciaba la Dra. Celia Weingarten, posición a la que se opusieron en forma mayoritaria otros autores y la propia jurisprudencia, que entendió que el sistema de la LDC obsta a su aplicación.

Sin embargo, el actual CCCN zanja el debate, al legislar acerca de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas en los arts. 984 a 989, siendo de particular relevancia los artículos siguientes:

El Art. 987 dispone que ante una cláusula ambigua, predispuesta por una de las partes, corresponde que se interprete “*en sentido contrario a la parte predisponente*”.

El Art. 988 prescribe la invalidez de las cláusulas abusivas, que se tienen judicialmente por no escritas, y en sus tres incisos determina las notas distintivas de dichas cláusulas, que son: las que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; que importan renuncia o restricciones de derechos del adherente, o amplían los derechos que al predisponente le otorgan normas supletorias; y las que no sean razonablemente previsibles.

El Art. 989, que reconoce la facultad del control judicial de las cláusulas generales predispuestas abusivas, aunque las mismas hayan merecido la aprobación administrativa.

Por último, los Arts. 9 y 10 del CCCN, refuerzan la posición del contratante más débil en los contratos de distribución, al establecer que los derechos deben ser ejercidos de buena fe y de modo que no importen un ejercicio abusivo de los mismos, mientras que el Art. 961, impone que los contratos deben ser celebrados, interpretados y ejecutados de buena fe; normas todas ellas, que consagran un imperativo ético en materia contractual e impugnan toda cláusula de tipo abusivo.

2) Responsabilidad por daños e incumplimientos contractuales de las empresas de la red.

Más allá de lo hasta aquí expuesto, uno de los puntos de mayor conflicto derivados de la centralización, homogeneización e identificación de la red con la empresa principal controlante y organizadora, es la cuestión acerca de la responsabilidad por incumplimientos contractuales y daños a terceros causados por las empresas que la integran.

2) a.- Referido a los daños producidos a terceros consumidores y no consumidores por el vicio o riesgos de las cosas, con anterioridad a la sanción del CCCN, la solución la aportó el art. 40 de la LDC, al establecer la responsabilidad solidaria de toda la cadena de la red, desde el productor hasta el consumidor, pasando por los distribuidores y comerciantes intermedios.

Pero el problema subsiste cuando el daño producido con intervención del riesgo o vicio de la cosa, es ocasionado al adquirente que no es considerado un consumidor desde la perspectiva de la LDC 24.240, ya que no adquiere ni utiliza el bien o servicio, “como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”. Y como el proveedor transfiere el dominio y la guarda de la cosa, o cede el uso de la marca o know-how, no sería responsable por el daño causado por el bien o la actividad de cuya titularidad o guarda se ha desprendido y que en oportunidad de causar el daño, pertenece en propiedad o guarda al concesionario o franquiciado –arts. 1113 del código de Vélez y 1757 CCCN-.

En este sentido, permanece sólida la tesis de Lorenzetti, quien afirma que en los contratos de colaboración, como son los de distribución, la esencia de los mismos deriva de su naturaleza jurídica, consistente en ser una variante de los tipos de delegación gestoría, que se caracterizan por la diversificación entre “*el titular del interés y la persona que realiza el acto*”.

En síntesis, al haber transferido la concedente o franquiciante la titularidad o guarda de las cosas y/o la respectiva actividad riesgosa y estar ausente todo tipo de representación o mandato susceptible de otorgarse en favor del franquiciado o concesionario, ante los daños que en su caso causen a terceros no consumidores los referidos bienes, que pertenecen a las firmas distribuidoras o franquiciadas, carece de fundamento jurídico que se impute por responsabilidad objetiva directa, solidaria o concurrente a la empresa controlante y organizadora de la red.

Sin embargo, no fundado en la responsabilidad objetiva que resulta de los artículos, 1722 y 1757, igualmente corresponde atribuir responsabilidad al principal por los daños ocasionados a terceros como consecuencia de los vicios de las cosas con sustento en la responsabilidad subjetiva, cuando hubo acción u omisión culposa en la fabricación del producto que nació con los defectos genéticos que causaron el daño –arts. 1724, 1725, 1726 del CCCN-.

En línea con este criterio y durante la vigencia del código de Vélez, la CCyC de Quilmes, en **“Saiach, Jorge Orlando c. Toyota Argentina S.A. y otros s. Incumplimiento contractual”**⁴, sostuvo que *“No mediando relación de dependencia entre el concedente y el concesionario, ni tampoco ninguna vinculación contractual entre fabricante y cliente, no puede el presente ser evaluado y juzgado a tenor de la disposición del art. 1113 del código civil, sino a la luz del art. 1109 del mismo ordenamiento, razón por la cual no encontrándose acreditado en autos ningún hecho o conducta antijurídica imputable que comprometiera la responsabilidad del concedente, que se circunscribe esencialmente a la existencia de vicios de fabricación, no puede atribuírsele responsabilidad por la falta de entrega aquí ventilada...”*.

⁴ SCBA CC0001 QL 12091 RSD-84-10 S 02/12/2010 JUBA B2905058

Del mismo modo, la Cámara de Azul, hizo responsable al fabricante en el supuesto de vehículo con un defecto de fabricación vinculado a la numeración impresa en el chasis. Así en la causa **“Bedascarrasbure, Eduardo c. S.V.G. SRL s. Daños y Perjuicios”**⁵, dijo que *“Existiendo discrepancia entre la numeración del chasis y del motor consignada en el título de propiedad y la que presenta el rodado, resultan responsable frente al adquirente del automotor, tanto el vendedor –por ser el contratante directo- como el concesionario y el fabricante (que importó) la unidad – estos últimos porque le son atribuibles las consecuencias inmediatas de poner en el mercado un vehículo con defectos”* .

Por último, adoptando un criterio más afinado y objetivo en la atribución de la responsabilidad del fabricante por los defectos de las cosas que elabora, cuando está acreditado su existencia al salir de fábrica, la CCyC de La Plata, sala de los Drs. Roncoroni-Pérez Crocco, en los autos **“Simionatto, Marcelo A. c. Sevel Argentina SA s. Daños y Perjuicios”**⁶, dijo que *“Si el vicio existía en la cosa esta cuando salió de fábrica, y ese vicio es la causa del daño, de hecho no queda otra cosa al fabricante probar alguna circunstancia interruptiva del nexo causal. Es decir deberá acreditar el caso fortuito, la fuerza mayor ajeno a la cosa, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero; pues no es dado al fabricante del producto probar simplemente su falta de culpa, o negligencia genérica. No tiene la posibilidad de probar la falta de culpa quien elaboro mal y con defectos o vicios la cosa”* .

En conclusión, a mi modo de ver, la línea jurisprudencial que observan los precedentes de mención, es también de aplicación con la normativa del CCCN.

⁵ SCBA CC0002 AZ 49114 RSD-13-6 S 14/03/2006 JUBA B3101314

⁶ SCBA CC0103 LP 211698 RSD-90-92 S 21/04/1992 JUBA B200341

2). b.- No obstante, la situación es aún más conflictiva en materia de **incumplimientos contractuales**, los que presentan particularidades a analizar según que sean contratos de naturaleza civil o del derecho de trabajo.

Visto desde la perspectiva del derecho civil, quienes han tenido una postura proclive a considerar como responsable solidario a la empresa concedente o franquiciadora respecto a los incumplimientos contractuales de los concesionarios o franquiciados frente a terceros contratantes, se fundan en la doctrina de la apariencia, apuntados en la identificación que existe entre los distintos integrantes de las redes verticales con las empresas organizadoras de cada una de ellas; o bien, en las facultades de contralor del principal sobre las empresas concesionarias o franquiciadas, asimilando en determinadas circunstancias esa situación a la condición de un dependiente del proveedor. De tal modo, se entiende que si la concesionaria o franquiciada no responde por insolvencia, debería responder la principal, atento a que de conformidad a sus atribuciones en materia de control, estaba en situación de adoptar decisiones empresariales que evitaran el incumplimiento del contrato que el concesionario celebró con el tercero referido a un negocio directamente vinculado a la actividad objeto de la distribución.

Por su lado, quienes sostienen que la empresa concedente o franquiciante no tiene responsabilidad por las obligaciones asumidas por el concesionario o franquiciado frente a los terceros contratantes, argumentan que las partes de los contratos de distribución son plenamente autónomas desde la perspectiva jurídica, económica y técnica, es decir que no existe subordinación entre ellas. Osvaldo J. Marzorati ha expresado de modo claro y enfático esta tesis de la separación jurídica entre el concedente o franquiciante y el concesionario o franquiciado.

Punto y aparte es la situación del agente, tocante a la responsabilidad frente a terceros contratantes consecuencia de las transacciones concluidas en su gestión, por cuanto, en principio, se limita a promover negocios para el preponente, que es el quien celebra y concluye las operaciones con los terceros que contacta el agente. De este modo, en un sentido inverso, la separación es nítida y no da lugar a confusiones al tercero en el sentido de que no realiza ningún tipo de transacción con el agente por los bienes y servicios que este promueve en beneficio y riesgo de la empresa proveedora, que es quien concluye finalmente el contrato en forma directa con el cliente. Si excepcionalmente el agente interviniese como mandatario del preponente, actuará por cuenta y en nombre de su comitente, que será el exclusivo responsable de cumplir con las obligaciones asumidas.

Sin embargo, como se señala, la cuestión ha sido objeto de debate doctrinario en materia de contratos de concesión y franquicia.

Carlos Ghersi ha sostenido el punto de vista de que el franquiciante es responsable por las deudas del franquiciado con el argumento del beneficio económico que obtiene aquelpor la actividad de su cocontratante, es decir, que al recibir beneficios, debe asumir los riesgos y responsabilidades que son consecuencia de los actos y la gestión económica que realiza su franquiciado en el marco de una actividad por él organizada y controlada. Los argumentos en el plano axiológico son de peso.

Lorenzetti cuestiona esta argumentación, por cuanto no sería posible efectuar una imputación general de responsabilidad basada en el beneficio económico para una determinada actividad, si no se especifican en particular los hechos o situaciones a los que sería aplicable. En esta línea, aunque en materia de responsabilidad por daños derivada de la intervención de las cosas, el CCCN abre una ventana a un caso particular de imputación de responsabilidad objetiva basada en el provecho económico, cuando en el

Art. 1758 define al guardián e introduce la novedad legislativa de considerar no sólo “a quien ejerce por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa”, sino también “a quien obtiene un provecho de ella”.

La jurisprudencia prevaleciente previa a la sanción del CCCN acerca de los incumplimientos contractuales de naturaleza civil y comercial, en general suscribió a la tesis de la separación jurídica de las empresas integrantes de la red, cuestión que impide extenderla responsabilidad a la empresa principal por los efectos derivados de los incumplimientos de aquellas.

Por ejemplo, en el caso de falta de entrega por el concesionario del automóvil que vendió a su cliente, sea por impotencia patrimonial o por cualquier otro motivo, se exime de responsabilidad al concedente en virtud de que el concesionario actúa por cuenta propia y en su propio nombre, atento a que no existe en el contrato de concesión mandato ni representación, ni se asimila a ellos, pues el mandatario actúa por cuenta y en nombre de su mandante o representado, mientras que por el contrario, constituye una característica esencial del contrato de concesión la circunstancia que el concesionario adquiere el automóvil al concedente y lo vende al cliente por cuenta y nombre propio. Consecuentemente, del referido contrato de concesión de automotores, tractores, cosechadoras y otras maquinarias viales o agrícolas, resultan dos operaciones diferenciadas: la que liga al concesionario con el concedente y la que vincula al concesionario con sus clientes; situaciones jurídicas similares a las relaciones jurídicas que se entablan entre el franquiciado y sus proveedores o clientes, que son distintas a las que surgen del contrato de franquicia entre franquiciante y franquiciado.

La SCBA, en la causa C. 93.038, "García, Manuel Emilio contra Hyundai Motor Argentina. S.A. Resolución de contrato y daños y

perjuicios”⁷, hace lugar a un RIL interpuesto por la empresa concedente fabricante y/o importadora de automóviles, que había resultado condenada por la sentencia de Cámara a indemnizar al actor por el incumplimiento del concesionario de entregarle el automóvil que adquirió.

La **Sala I de la Cámara de San Isidro**, que declaró procedente la demanda al condenar a la concedente, sostuvo que: *"la concesión de venta de automotores es un supuesto de concentración vertical de empresas, y que la concedente ejerce sobre los concesionarios, por razón de los vínculos contractuales y los reglamentos internos, un control permanente de su contabilidad, balances, provisiones financieras, contratos realizados, etc. Además fija los precios de los vehículos y las cuotas que deben adquirir -y por ende revender- los concesionarios. De donde ... no parece imposible fundar una responsabilidad del concedente en el supuesto de incumplimiento del concesionario de las obligaciones asumidas frente a terceros"...* Agregó, que *"..el importador o fabricante que se vale para comercializar su producto de una red de distribución fundada en la concesión, asume una obligación de resultado frente al futuro consumidor, consistente en la entrega de un producto para cumplir con una finalidad que constituya la razón comercial que sirve para su promoción y eventual estímulo en el comprador para su adquisición. Y en esta obligación de resultado, la conducta del deudor está implicada como una imperativo ético y práctico, para llegar al resultado esperado por el consumidor, siendo responsable ante este por su incumplimiento deficiente"*

Asimismo, señaló que *"el concedente promete con la publicidad sus productos y crea una apariencia frente a terceros de responsabilidad, es por ello que los compradores compran en concesionarios oficiales y no a cualquier vendedor de automóviles"*.

⁷ SCBA LP Ac 93038S 13/06/2007

Por último adunó que *"el concedente tiene la obligación de que los concesionarios al menos entreguen los productos que se comprometen, y que tal obligación de custodia ha sido en la especie incumplida generando daños para el comprador"*. Que *"si al fabricante se lo responsabiliza por la calidad del producto vendido por el concesionario, mucho más debe responsabilizársele cuando dicha venta no se cumple cuando no pudo pasar desapercibido al concedente la insolvencia del concesionario en las auditorias periódicas que realizara o debiera realizar. Ello así ... en virtud del art. 1109 del C.C. y de lo dispuesto por la ley de Defensa al Consumidor el concedente debe responder cuando el concesionario cae en insolvencia y no entrega los elementos al comprador, cuando la insolvencia no pudo pasarle desapercibida al concesionario"*

La **SCBA**, en voto del Dr. Soria al que adhieren los otros jueces integrantes del Acuerdo, **revoca** la sentencia de Cámara y rechaza la demanda en base a los siguientes argumentos:

Acerca de las características esenciales del contrato de concesión, destaca que *"a) El concesionario es un comerciante con clientela propia, aunque ésta se halle conectada a la fama y prestigio de los productos fabricados por el concedente; b) El concesionario compra para revender por cuenta propia, obteniendo como remuneración el beneficio de la reventa y no una comisión..."*

"De ahí que esta categoría de contratos se diferencie claramente de la figura del mandato, toda vez que el concesionario no obra por cuenta y nombre del concedente, sino que desempeña sus funciones con autonomía, no obstante existir cierta dependencia económica y técnica."

Agrega que *"...a efectos de dilucidar tal cuestión es preciso determinar las diversas relaciones que emergen de la celebración de un contrato de concesión"*.

“El contrato de concesión da origen a dos tipos de vinculaciones: de un lado, una relación entre los otorgantes del contrato -concedente y concesionario-, regida en principio por la autonomía y respeto a la voluntad expresada en el convenio, y del otro, un vínculo entre el concesionario y sus clientes, respecto del cual el concedente -en principio- resulta ajeno, no respondiendo por los incumplimientos en que pudiera haber incurrido el concesionario, ya que no es éste su mandatario (conf. C.N.Com., Sala E, causas "Sendin", "Arabi" y "Esquerro", íd. Sala D, in re "Microómnibus Saavedra" ya cit.)”.

“Tal conclusión se ve reforzada en la especie en vista del contenido del contrato de concesión celebrado entre Hyundai Motor Argentina S.A. y Turinaut S.A., en cuya cláusula 3.1. se puntualiza el carácter de no agente de esta última, descartando toda posibilidad de actuar o representar a la primera para propósito alguno -circunstancia que fue receptada en la sentencia de grado y que no mereció cuestionamiento alguno de las partes-”.

“ii] Por otra parte, la circunstancia de que los fabricantes -o, en su caso, los importadores- de automotores seleccionen a sus concesionarias y la existencia de un vínculo contractual entre ellos, no autoriza a condenar al concedente si no ha mediado una conducta antijurídica imputable a ella”.

“Así en sucesos como los examinados en la presente causa no es posible concluir, como lo hace la Cámara de Apelación, que Hyundai Motor Argentina S.A. resulta responsable por la falta de entrega de los vehículos a quien los adquirió de la concesionaria Turinaut S.A...”

“..En primer lugar, por cuanto el actor no ha logrado acreditar debidamente un obrar antijurídico de la emplazada que, a la luz de lo normado por el art. 1109 del Código Civil, justifique la responsabilidad que le endilga”.

“No basta al efecto la publicidad que se atribuye a la concedente. Es que aun ateniéndonos a lo afirmado por el señor García en su escrito de demanda -en donde alude a la difusión de Turinaut S.A. como concesionaria oficial n° 1 de Hyundai Motor Argentina S.A., dicha circunstancia no autoriza por sí sola a suponer que medió intención alguna de la demandada de colocarse en directa vinculación con los usuarios.”

“Igual suerte ha de correr la pretensión de fundar la condena en la inhabilitación para operar en cuentas corrientes bancarias dispuesta por el Banco Central de la República Argentina, hecho que -conforme asevera el actor- habría sido conocido por Hyundai Motor Argentina S.A.. Ello así, dado que no es dable afirmar -sin sustento probatorio alguno- que la impotencia o potencia patrimonial de la concesionaria se encontraba bajo el control que el concedente podía y debía ejercer sobre aquélla (conf. C.N.Com., Sala E, in re "Serra" y "Sendin" ya cit.). Tal conclusión no se ve alterada por la circunstancia de que desde el punto de vista comercial, económico y operativo, el vendedor concesionario se presente como un intermediario entre el fabricante -o importador- y el consumidor, puesto que aquél es quien queda directamente comprometido como vendedor”.

“iii] Por lo demás, la pretensión resarcitoria articulada con basamento en lo normado por los arts. 11, 12 y 40 de la ley 24.240, no puede ser receptada”.

“La garantía legal y servicio técnico contemplados en los citados preceptos se vincula a los daños irrogados por vicios, defectos o riesgos de los bienes comercializados, siendo que en el sub examine el reclamo indemnizatorio no obedece a ninguna de estas causales. Por consiguiente, estimo errónea la subsunción que la Cámara efectúa del tema, al asimilar la responsabilidad que la ley prevé para supuestos diversos al que ahora nos ocupa”.

“En síntesis, resulta evidente el error en que incurriera el tribunal de grado al asimilar la pretendida responsabilidad de la empresa concedente por el incumplimiento del concesionario de la entrega de unidades de la que le cabe como fabricante por la calidad de sus productos. Atribuir responsabilidad a la concedente por la falta de entrega de los vehículos enajenados, por cuenta y a riesgo propio de la concesionaria, sin que se hubiere demostrado en el sub discussio un obrar antijurídico de la primera, que habilite su condena en los términos del art. 1109 del Código Civil, ni la concurrencia de los supuestos en que rige la garantía legal prevista por la ley 24.240, como lo ha hecho el a quo, no es congruente con la correcta interpretación de las normas legales aplicadas...”

La doctrina de la SCBA expuesta, ha sido reiterada con posterioridad a la sentencia dictada en el precedente “García Manuel contra Hyundai Motors” ya aludido en la causa C. 116.878, **"Iarritu, Marcos Gabriel contra 'Peugeot Citroen Argentina S.A.'. Daños y perjuicios. Incumplimiento contractual"**⁸, en la que hace lugar al RIL interpuesto por Peugeot Citroen Argentina S.A. y revoca la sentencia dictada por la Sala III de la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata, la que oportunamente había hecho lugar a la demanda condenando a la fábrica concedente a entregar al actor un vehículo de similar valor al que había comprado y pagado a la concesionaria en mora.

Es interesante destacar que la sentencia del cimero tribunal provincial en el caso “Iarritu” fue dictada el 18 de junio de 2014, fecha próxima a la sanción del CCCN ocurrida el 01.10.2014, lo que permite presumir que dicha jurisprudencia se mantendrá inalterable con la aplicación de su normativa, sobre todo teniendo en cuenta que ésta reafirma

⁸ SCBA LP 116878 S 18/06/2014

la autonomía jurídica y patrimonial de las empresas concedente y concesionaria.

Sin embargo, algún sector de la doctrina mantiene las dudas en torno a la futura evolución de la jurisprudencia, más allá de la doctrina que fijó la Suprema Corte provincial.

Así, Ivan G. Di Chiazza⁹, plantea que el precedente **“Vázquez, Amadeo c/Fiat Auto Argentina SA”**, de la Sala A de la CNCom., del 13/05/2009, publicado en LL 2.10.2009, puede tener su continuidad en la jurisprudencia de algunos tribunales pese a la nueva normativa del CCCN. Sostiene el autor citado que los fundamentos del caso “Vázquez” “giran en torno a ciertos conceptos claves: a) conexidad contractual; b) obligación de seguridad; c) confianza y apariencia”.

Agrega que *“La conexión en cuestión depara un efecto de vital importancia: las diferentes partes que conforman el sistema no califican como terceros en los términos tradicionalmente entendidos por el código vigente 8arts. 1195 y 1199, Cod. Civ.). La conexidad contractual rompe el diseño de asignación y delimitación de responsabilidades al considerar que en el marco del sistema negocial instrumentado en la concesión todas las partes que lo conforman no son, necesariamente, terceros. En consecuencia, no resulta aplicable la norma de los arts. 1195 y 1199 del código civil y se flexibiliza la relatividad de efectos de los contratos”*.

Añade que *“Ese interés funcional del sistema no es un mero concepto vacío; por el contrario, denota la presencia de especiales deberes de conducta en el marco de tal conexidad, uno de los cuales emerge, incluso, de la norma del art. 1198 del código civil: el deber de seguridad. Aplicado al ámbito concreto analizado, si el concedente delega en los concesionarios la comercialización de sus productos, debe obrar con*

⁹ Ivan G. Di Chiazza⁹, “Contratos de concesión y distribución en el Proyecto de código civil y Comercial Unificado”, publicado en la Revista de Derecho Privado y Comunitario, años 2014-2, paginas 237/280.

eficiencia y diligencia en la implementación del sistema ofrecido, previniendo eventuales daños a los clientes y, claro está, reparando los daños que el incumplimiento de dicha obligación pudiera generar. Ése es su deber de seguridad. Seguridad en el correcto funcionamiento del sistema que, en su propio beneficio ha implementado. Seguridad en la prevención de daños. Seguridad en el ejercicio de sus facultades de elección y control de concesionarios. Seguridad en el deber de reparar ante la ocurrencia de daños a clientes”.

En relación a la apariencia jurídica, aduna que el precedente “Vázquez” destaca que *“dada la influencia que tienen sobre el público las marcas y la publicidad, y sobre todo la imagen del fabricante que no se disocia de la concesionaria, cuando los potenciales clientes negocian con las concesionarias, suponen (o pueden legítimamente suponer) que lo hacen con el propio fabricante. Así entonces, esa suposición por parte del cliente de que se encuentra contratando con la fábrica es la apariencia, en tanto generadora de consecuencias jurídicas a favor del cliente. La posición de la Sala A presupone esa consecuencia al afirmar que hay una apariencia creada por el fabricante y predispuesta a su favor, ergo, no puede desentenderse de sus efectos. Esa apariencia adquiere trascendencia generadora de obligaciones exigibles para quien la articula y sostiene, toda vez que crea, fomenta o potencia la confianza del cliente en la marca y en el propio concesionario....Confianza que el adquirente deposita en el concedente y concesionario y que hace nacer obligaciones específicas conforme a las expectativas objetivas creadas...”*.

Postula Di Chiazza que pese a la norma del art. 1502 del CCCN, que expresamente establece que el concesionario actúa “en nombre y por cuenta propia frente a terceros”, queda abierto el itinerario jurisprudencial a partir de los fundamentos que desarrolla y exhibe la sentencia del caso “Vázquez”.

Por mi parte y más allá de la solidez y relevancia de los argumentos allí expuestos, los que puedo compartir, la referida sentencia fue dictada cuando no existía una norma legal de la contundencia del art. 1502 que es muy difícil de soslayar, ya que pone sobre aviso a los terceros adquirentes acerca de la autonomía jurídica y patrimonial que por ley tienen entre ellos el concedente y el concesionario con el que celebran el contrato; razón por la cual y atento la doctrina legal sentada por la SCBA en los casos “García Manuel Emilio” e “Iarritu Marcos Gabriel” citados, es razonable suponer que cuando menos la jurisprudencia provincial no sufrirá alteración respecto a los precedentes indicados.

Desde otro lado, corresponde dejar entre paréntesis una situación particular y distinta, que es la que abarca la relación jurídica existente entre el concesionario y las empresas organizadoras de círculos de adherentes de sistemas de ahorro previo para la adquisición de automóviles.

Aquí estamos frente a dos relaciones jurídicas autónomas: por un lado, el contrato de agencia celebrado entre el preponente o proponente – empresa organizadora- y el concesionario en calidad de agente. Por el otro, el adherente-adquirente, que se vincula y concluye el contrato de adhesión al círculo, como también los posteriores de transferencia y financiación del saldo, con la empresa organizadora y administradora del sistema y con la financiera que ella determina, siendo el papel del concesionario como agente, el de ser el intermediario promotor de la operación con derecho a percibir una comisión por su gestión. En tal supuesto, de producirse incumplimientos referidos a la entrega del vehículo o al cambio de modelo, la acción del adquirente sólo procede contra la empresa organizadora y no contra el concesionario, que interviene como agente que promueve negocios para aquel –ver entre otros, CNC, sala C, 6.8.93, J.A. -24.11.93, “Contino, Roberto c/Troncoso Automotores”.

Retomando el análisis de los contratos de concesión y franquicia, el CCCN, como ya se dijo, sigue claramente la doctrina prevaleciente acerca de la autonomía y separación jurídica entre la empresa proveedora organizadora de la red –franquiciantes o concedentes- y sus concesionarios y franquiciados, según se trate de contratos de concesión o franquicia, con las consecuencias y efectos jurídicos que ello implica. Vale decir que la sanción del CCCN coincide en su cuerpo legal con la doctrina de los precedentes de la SCBA que han sido objeto de mención.

Tal como se lo destacó, el art. 1502 el código sienta el principio general cuando dice que “*Hay contrato de concesión cuando el concesionario, que actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros...*”. Es decir, que al definir el contrato de concesión, de un lado descarta, absolutamente, la posibilidad que el concesionario actúe en representación o mandato del concedente y del otro, deja establecido con claridad la autonomía jurídica del concesionario respecto al concedente.

La naturaleza jurídica de las operaciones que celebran entre ellas las partes del contrato de concesión viene a ratificarse con lo dispuesto en el Art.1505 inc. a), que establece como obligación del concesionario la de “*comprar exclusivamente al concedente las mercaderías y, en su caso, los repuestos objeto la concesión...*”; como en la obligación recíproca del concedente, consistente en “*proveer al concesionario de una cantidad mínima de mercaderías que le permita atender adecuadamente las expectativas de venta en su territorio o zona...*”. Esto significa que en la base de todo contrato de concesión, existe una obligación del concesionario de comprar al concedente los objetos y repuestos correspondientes al contrato y una obligación de suministro por parte de este último en favor del primero.

Respecto a la franquicia, en torno a la separación y autonomía jurídica de las partes, el apartado tercero del art. 1512, dispone que “*El*

franquiciante no puede tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado”.

Dado la mayor integración, identificación y subordinación del franquiciado con el titular de la franquicia, el art. 1520 se ocupa de destacar la autonomía de la empresa franquiciante respecto a sus franquiciados. La norma reafirma ese principio al establecer que “*Las partes del contrato son independientes y no existen relaciones laborales entre ellas*”. El mismo artículo, en dos de sus incisos, precisa que “*el franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado, excepto disposición legal en contrario*” –inciso a)-; y que “*los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral*” –inciso b).

El inciso a) del mencionado Art. 1520, consecuente con la doctrina de la autonomía jurídica de las empresas que son partes en los contratos de concesión y franquicia, regula la regla general y establece la ausencia de responsabilidad del franquiciante respecto de las obligaciones asumidas por el franquiciado con terceros ajenos al contrato que ellos celebraron, excepto que una norma específica determine su responsabilidad solidaria o concurrente en los términos del Art. 1751.

Empero, lo expresado es sin perjuicio de la eventual responsabilidad por culpa del auditor, consecuencia de su falta de diligencia en la realización de los informes de auditoría utilizados por el concesionario a fin de acreditar su solvencia en negocios con terceros ajenos al contrato de concesión.

En la relación interna del contrato de franquicia, aparece un supuesto específico de responsabilidad objetiva en el Art. 1521 del CCCN, referido a la responsabilidad del dador de la franquicia “*por los defectos de diseño del sistema, que causan daños probados al franquiciado, no ocasionados por la negligencia grave o el dolo del franquiciado*”. La norma tiene como

antecedente el proyecto de unificación de 1998, que en su Art. 1399 refiere acerca de las responsabilidades de cada parte del contrato, y que en su párrafo quinto, establece que *“No obstante, el franquiciado responde por defectos de diseño del sistema”*. Sin embargo, el texto del precedente revela diferencias sustanciales con el régimen del código, pues en este último el franquiciante sólo se exime de responsabilidad por defectos de diseño del sistema, en el caso de culpa grave o dolo del franquiciado.

Asimismo y referido a la relación interna de los sujetos del contrato, el Art. 1521 del CCCN contempla los daños sufridos por el franquiciado que tienen su origen en los errores del “sistema probado” -que incluye el know-how, patentes de invención, marcas y derechos intelectuales etc.-, transmitido al franquiciado a los efectos de la elaboración del producto, del modo de atención al público y horario de apertura, de los criterios para la selección del personal, la publicidad y el diseño edilicio u ornamental etc.

Por su puesto que el franquiciado deberá probar el daño y la causalidad adecuada entre el daño y los defectos de diseño del sistema cedido por el franquiciante, quien podrá exceptuarse de responsabilidad acreditando el caso fortuito o la culpa grave o el dolo del franquiciado, calificación que la ley hace y que permite advertir que no cualquier negligencia o falta de diligencia en la gestión del franquiciado habrá de eximir al dador de responsabilidad por los daños causados por los defectos del sistema que trasmite, sino exclusivamente las que sean consecuencia de la *“culpa grave o el dolo del franquiciado”*

La responsabilidad laboral del principal: El inciso b) del Art. 1520 nos introduce en el problema que se deriva de definir si el franquiciante (y por ende el concedente también), son responsables por el incumplimiento de las obligaciones laborales que asume el franquiciado y, en su caso, el concesionario.

Distinta de la solución más pacífica a que se arriba en la cuestión del incumplimiento civil y comercial que fue objeto de análisis en el punto anterior, este es un tema de arduo debate en doctrina y jurisprudencia.

En la jurisprudencia del fuero laboral prevaleció de manera mayoritaria el criterio de que la empresa concedente y franquiciante responden de modo solidario por las obligaciones laborales y de la seguridad social asumidas en forma directa por el concesionario o franquiciado, fundado en lo dispuesto por el Art. 30 de la Ley 20.744 (LCT) respecto a la cesión total o parcial del establecimiento, y a la subcontratación de trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia de la empresa concedente o franquiciante.

Sin embargo, la **CSJN, en la causa “RODRIGUEZ, Juan Ramón c/Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otra s/ Indemnizaciones”¹⁰**, dicta por mayoría un fallo que adopta el criterio contrario –con las disidencias de Fayt y Petracchi, que votan por declarar inadmisibile el R.E.-, esto es, que no puede imputarse responsabilidad a la empresa proveedora; apuntocados de un lado, en la autonomía y separación jurídica que tienen las empresas concedentes y franquiciantes, y del otro, en que los concesionarios y franquiciados actúan en su propio nombre y a su riesgo. Asimismo, en que la Cámara argumentó que la codemandada Pepsi Cola S.A. había segmentado su proceso productivo y segregado funciones que le son propias, sin tener en cuenta la prueba pericial que determina que Pepsi tiene por actividad la de fabricar el concentrado, pero no el de elaborar gaseosas, distribuirlas o comercializarlas; en que no se debe tomar en consideración el objeto social como lo hace la Cámara del fuero, sino la actividad del establecimiento a los efectos de ponderar si existe “subcontratación de trabajos o servicios correspondiente a la actividad normal y específica propia de la empresa concedente o franquiciante”; y

¹⁰ CSJN Fallos 316:713, sent. de 15-IV-1993

que extender la responsabilidad en los términos del art. 30 de la LCT es una situación de excepción respecto al principio que sientan los artículos 1195 del código de Vélez y el 56 de la LS, además de lesionar la intangibilidad del art.17 de la Const. Nacional; razón por la cual concluye en que su aplicación debe ser examinada con extrema rigurosidad y estrictez. A dichos argumentos, en el fallo se adiciona un criterio de tipo consecuencialista, al entrar a analizar y ponderar las posibles consecuencias negativa que para la economía nacional y el comercio internacional del país, pudiera implicar imputar a concedentes y franquiciantes como responsables solidarios de deudas laborales de sus concesionarios o franquiciados, teniendo en consideración que en general aquellas son empresas de fábrica o comerciales de carácter multinacional, con sus casas matrices radicadas en el exterior, en virtud de lo cual una línea jurisprudencial de ese tenor podría no ser favorable a los efectos de incentivar la inversión del capital trasnacional a través de los contratos de mención, generando perjuicios a la economía nacional. Concluye en su razonamiento al decir que: *“Esta Corte no puede omitir la consideración de estas circunstancias, pues como reiteradamente ha juzgado, 'no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma”*

De otro lado, agrega que ante las distintas tendencias jurisprudenciales en evolución *“que distan de ser pacíficas”*, es pertinente por parte de la Corte *“poner un necesario quietus”*.

Posteriormente, con fecha **22.12.2009**, la **CSJN en la causa caratulada “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Benítez, Horacio Osvaldo c/ Plataforma Cero SA y otros”**, modifica la doctrina que fijó en el caso *“Rodríguez Juan Ramón”*.

Se trata de un juicio laboral iniciado por un empleado de una concesionaria del Club River Plate, cuya actividad consistía en la venta de alimentos y bebidas en el ámbito de su estadio e instalaciones. La Cámara, en base al precedente de “Rodríguez Juan Ramón”, revoca la sentencia de primera instancia y en consecuencia rechaza la demanda que pretendía la condena al Club River Plate como responsable solidario de las obligaciones laborales adeudadas por su concesionaria Plataforma Cero S.A.

La CSJN sostuvo que: *“La alegación de haberse dictado sentencias que se dicen contradictorias en materia de derecho común, no plantea problema constitucional ni autoriza la intervención de la Corte a fin de unificar pronunciamientos en temas no federales...”*; *“..es impropio de su cometido jurisdiccional en el marco de un recurso extraordinario, formular una determinada interpretación de la norma citada, dado el carácter común que ésta posee”* -se refiere al art. 30 de la LCT- ; *“..5) Que, en suma, cabe entender configurada la "inconveniencia" de mantener la ratio decidendi de “Rodríguez, Juan Ramón c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro” (Fallos: 316:713) para habilitar esta instancia y para asentar la exégesis de normas de derecho no federal, en el caso, el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo...”* *“6) Que, por ende, la decisión del a quo, en tanto no se apoya en un criterio propio sobre la interpretación y alcances del antedicho precepto, sino que se reduce a un estricto apego a la doctrina mayoritaria de “Rodríguez, Juan Ramón c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro” (Fallos: 316:713), debe ser dejada sin efecto con el objeto de que la cuestión litigiosa sea nuevamente resuelta en la plenitud jurisdiccional que le es propia a los jueces de la causa. Este resultado, por cierto, no abre juicio sobre la decisión definitiva que amerite el tema sub discussio (artículo 16, primera parte, de la ley 48)”*. Como consecuencia de este último fallo, que deja en libertad al fuero laboral para resolver acerca el criterio hermenéutico

correspondiente al artículo 30 de la LCT, se advierte una línea de interpretación que según las circunstancias las circunstancias del caso, en forma mayoritaria admite la responsabilidad solidaria del concedente y franquiciante respecto a las obligaciones laborales y de la seguridad social contraídas por sus concesionarios y franquiciados.

Por su parte, la SCBA, en **causa L. 82.210, "Gómez, Manuel Máximo contra Ganza Pérez, Claudio y otros. Cobro de pesos por despido"**¹¹, en un caso de contrato de concesión en el que se debatía acerca de la procedencia del reclamo del actor contra el concedente por responsabilidad solidaria correspondiente a las obligaciones laborales del concesionario, la Suprema Corte provincial rechaza el RIL interpuesto por la codemandada Sevel SA y confirma la sentencia del tribunal a quo que “apreció que los codemandados Claudio Ganza Pérez y Jorge Ganza e hijos S.A. no tenían autonomía en la dirección de sus negocios, en cuanto tuvo por acreditada la marcada injerencia de la terminal automotriz en la política comercial de la agencia concesionaria, por medio de las facultades reservadas de fijar precios de venta (de automotores y repuestos), modificarlos, inspeccionar locales, impartir cursos de capacitación del personal de la concesionaria tanto en la casa matriz como en su propia sede, etc.”

Agregó que es doctrina de la SCBA, que *“se tiene resuelto que la solidaridad regulada legalmente queda sujeta a que se compruebe la contratación de trabajos o servicios propios de la actividad normal y específica del establecimiento, comprendiendo no sólo la principal sino también las accesorias de aquéllas, con tal que se encuentren integradas permanentemente y con las cuales se persigue el logro de los fines empresariales”*

¹¹ SCBA LP L 82210 S 28/10/2009.

La doctrina del caso “Gómez Manuel E, contra Ganza Pérez” se ha mantenido inalterable por parte de la SCBA.

Así, entre otras, la ratifica en la causa L. 112.987, "Villanueva, José Gustavo contra 'Conquil S.R.L.' y otro. Despido"¹², de fecha 30.10.2013, en un juicio laboral en que el actor, empleado de la empresa Conquil SRL, demanda a esta y a la firma “Cervecería y Maltería Quilmes S.A” por su responsabilidad solidaria derivada de la aplicación de la segunda parte del primer párrafo del art. 30 de la LCT, en atención a que su empleadora distribuía cerveza de la marca de la coaccionada. En lo que aquí interesa, en algunos de los puntos del fallo, la SCBA que con firma el fallo del tribunal que condena a la distribuidora Conquil SRL y en forma solidaria a la proveedora, Cervecería y Maltería Quilmes SA, sostiene que:

“a. Considero que -a contrario de cuanto sostiene la recurrente- lo resuelto por el tribunal de grado se adecua al contenido del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo y su doctrina legal.”

“b. En ese sentido, resulta atinado recordar que es doctrina reiterada de este superior Tribunal que la "actividad normal y específica propia del establecimiento", a que se refiere el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo en la segunda parte de su primer párrafo para tornar operativa la solidaridad derivada de la subcontratación allí regulada, comprende no sólo a la actividad principal, sino también, a las secundarias o accesorias de aquélla, con tal que se encuentren integradas permanentemente y con las cuales se persigue el logro de los fines empresariales.”

“c. Ahora bien, dicha doctrina no ha sido vulnerada...”

“...En efecto, quedó acreditado en la causa -reitero, en conclusión firme- que "Cervecería Quilmes" delegó la venta y distribución de las bebidas que fabricaba hacia "Conquil S.R.L.", compartiendo ambas

¹² SCBA LP L 112987 S 30/10/2013.

empresas los beneficios obtenidos por las operaciones de venta. Asimismo, se demostró que, con el objeto de asegurar la correcta realización de la actividad encomendada, la fabricante impuso a la distribuidora una política comercial de ventas, que incluía condiciones tales como la prohibición de comercializar determinados productos de otras marcas, así como la imposición de realizar de la manera por ella determinada el embalaje y almacenaje de la mercadería, poseer un stock mínimo de productos, visitar con cierta periodicidad a los clientes, variar unilateralmente el precio de la mercadería e, incluso, la obligación de brindarle información y someterse al control y la calificación por parte de "Cervecería Quilmes". Por último, quedó evidenciado que, prescindiendo de la actividad encomendada a "Conquil S.R.L.", la recurrente no habría podido cumplir con su objeto social".

Interpreto que **la doctrina mencionada mantiene su vigencia aún con la sanción del CCCN**. Veamos:

El párrafo inicial del Art. 1520 del CCCN, establece como principio general regulatorio el de la independencia jurídica de cada una de las partes del contrato de franquicia, que en relación a los efectos derivados de la autonomía de mención, coincide con el Art. 1502 en relación al mismo criterio de separación jurídica de los sujetos del contrato de concesión, al disponer que en dicho contrato “el concesionario actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros”.

En la parte final del encabezamiento del Art. 1520, referido a la responsabilidad en la franquicia, se aclara que “*no existe relación laboral entre ellas*”, con el objeto de descartar confusiones interpretativas que podrían derivarse del control riguroso que ejerce el dador sobre el franquiciado, destinado a garantizar que la marca, imagen o procedimiento exitoso que cede a fin de elaborar y comercializar los bienes o prestar los servicios, no lesione el prestigio y reputación que las mismas tienen en el

mercado. Del mismo modo, por la subordinación que pudiese resultar de algunas de las obligaciones del franquiciado, conceptualizadas como “mínimas” por el Art. 1515, tales como las del inciso a), de cumplir no sólo con las especificaciones del manual de operaciones, sino *“las que el franquiciante le comunique en cumplimiento de su deber de asistencia técnica”*; las del inciso b), que consisten en proporcionar las informaciones que razonablemente le requiera el franquiciante y facilitar las inspecciones de este que estuviesen pactadas *“o que sean adecuadas al objeto de la franquicia”*; la de estricta confidencialidad del inciso d) respecto a la información reservada, que alcanza a las *“personas dependientes o no –del franquiciado-, a las que deban comunicarse para el desarrollo de las actividades”*, obligación que se extiende aún *“después de la expiración del contrato”*.

Asimismo, porque dicho control ejercido por el franquiciador, caracteriza la prevaleciente supremacía contractual de que goza y que se manifiesta en las cláusulas generales predispuestas redactadas en los contratos a los que adhieren los franquiciados, como son las referidas:

A los derechos del dador de la franquicia a determinar el diseño arquitectónico y la decoración de los locales, de sus bienes muebles, existencias, vajillas y la indumentaria de los empleados; a fijar los horarios comerciales de apertura; a establecer las modalidades y formas de atención al cliente; a elegir con que proveedores celebra contratos el franquiciado; a reglar en materia de lista de precios máximos y mínimos de los productos y servicios respectivos; a implementar sistemas contables y de administración; al libre acceso a la inspección del estado patrimonial de los tomadores y concesionarios; a la participación de estos en el costo de campañas publicitarias contratadas por el franquiciante para toda la red y en el costo de la asistencia técnica y formación profesional de los empleados; al derecho a exigirles una pauta mínima de ventas; a requerirles

el cumplimiento estricto de pautas de calidad en la elaboración, comercialización y prestación de los servicios franquiciados o concesionados; e inclusive su derecho a exigir el mantenimiento de solvencia, liquidez y equilibrio patrimonial y financiero suficiente del franquiciado durante el plazo contractual. Todas estas obligaciones legales y usualmente contractuales del franquiciado y derechos correspectivos del principal, han contribuido a motivar la redacción del primer párrafo del Art. 1520 a los efectos de desvanecer toda duda respecto a que no existe relación laboral entre las partes.

Es pertinente aclarar que este derecho de control y supremacía contractual del dador de la franquicia -que se traduce en obligaciones del franquiciado pactadas en favor de aquel-, no solo hace necesario que el texto legal puntualice que no se configura una relación laboral entre ellas, sino que en más de un a ocasión hará operativo el control judicial del Art. 989 del CCCN respecto de cláusulas abusivas que importen la transferencia de riesgos y costos del franquiciante o concedente al tomador o concesionario, redactadas bajo el pretexto de tener por destino al mantenimiento de la red, situaciones que además vienen a lesionar el principio de buena fe que informa a todo contrato –artículos 961, 9 y 10 del CCCN-.

El inciso b) del Art. 1520, establece un principio que no merece debate ni mayores comentarios aclaratorios, derivado de la autonomía jurídica que entre si tienen las empresas celebrante de un contrato de franquicia –extensivo por analogía al contrato de concesión, Art. 2 del CCCN-; y que consiste en que *“los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral”*.

El inciso a), en cambio, ha sido concebido como una regla general aplicable a cualquier relación jurídica del franquiciado que pudiese originar

obligaciones incumplidas del mismo. Sin embargo, en tanto se refiera a incumplimientos de obligaciones laborales o de la seguridad social que el tomador –o concesionario- tiene frente a sus dependientes, nos reintroduce en el tema pendiente y hace necesario un análisis e interpretación del texto legal.

El inciso a) de mención edicta que *“el franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado, excepto disposición legal expresa en contrario”*.

Enmarcado en la idea que se desprende del concepto de subsidio legal que ha merecido para el derecho los contratos de franquicia, favoreciendo cierta traslación de riesgos y costos al franquiciado o concesionario, concepto que fue receptado por la doctrina de la CSJN en el precedente “Rodríguez Juan Ramón”, podría dar a lugar una interpretación estricta y literal del texto legal que lleve a enfatizar y privilegiar el valor semántico del vocablo “expresa” consignado en la norma de mención.

En lo que aquí interesa y referido a supuestos de incumplimientos del franquiciado respecto a obligaciones laborales y de la seguridad social que asumió en virtud de los contratos de trabajo que hubiere celebrado con obreros que se desempeñaron en el establecimiento franquiciado, de seguirse esa línea estricta y literal de interpretación, correspondería concluir que si no existe una norma laboral expresa -con el significante de específica-que establezca la responsabilidad del franquiciante o concedente, no sería de aplicación el Art. 30 del la LCT, pues sólo prescribe una regla general para cualquier tipo de contrato y empresa cedente o delegante.

Por el contrario, entiendo que la interpretación armónica de todas las normas del ordenamiento jurídico es otra.

De un lado, el Art. 14 bis de la Constitución Nacional garantiza al trabajador la protección de las leyes y condiciones dignas y equitativas de labor; a su vez, el Art.75 inc. 19 establece que corresponde al Congreso

“proveer lo conducente... al progreso económico con justicia social”, objetivo que con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, la CSJN había dado recibo en el precedente *“Bercaitz”*, fundada en el preámbulo de la Constitución que declara que la misma tiene por finalidad principal el logro del *“bienestar general”*; asimismo, el Art. 75 inc. 22 reconoce jerarquía constitucional a distintos tratados internacionales. Tocante a la cuestión en consideración, son de aplicación los Arts. 6 y 7 del PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), y el 2.1., que recepta el principio de progresividad de los derechos laborales, también consagrado por el Art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Del otro, la vigencia del principio de orden público e imperatividad de las normas laborales, que resulta de la aplicación de los Arts. 7 y 12 la Ley 20.744 (LCT), que garantizan a los trabajadores la irrenunciabilidad de los derechos que les otorga dicha ley, estatutos profesionales o convenciones colectivas. Asimismo, el Art. 9 de la LCT, establece una norma interpretativa para los casos de *“duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales...”*, en cuyas circunstancias *“prevalecerá la más favorable al trabajador...”*.

Consecuentemente, en nuestra opinión corresponde aplicar un criterio interpretativo amplio y flexible, que permita armonizar el art. 30 de la LCT con el inciso a) del Art. 1520 del CCCN, en línea con los tratados internacionales y las normas constitucionales y legales citadas, como asimismo con la jurisprudencia de la CSJN en el precedente *“Benítez Horacio Osvaldo c. Plataforma Cero S.A. y otro”*; y en los precedentes de la SCBA, *“Gómez Manuel Máximo c. Ganza Pérez Claudio y otros”* y *“Villanueva José Gustavo c. Conquil SRL y otro”*, aludidos previamente; vale decir, que siendo que el contrato de franquicia o concesión puede implicar la cesión total o parcial *“del establecimiento o explotación*

habilitado a su nombre” o, en el caso de franquicias y concesiones, importar la celebración de la contratación o subcontratación “*de trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica del establecimiento*”, estimo que es ajustado a derecho interpretar que el art. 30 de la LCT es una “*norma expresa*” de aplicación a dichas hipótesis fácticas y contractuales que configuran el supuesto de excepción previsto en el último párrafo del inciso a) del Art. 1520 del CCCN.

Por ende, los dadores de franquicias y los concedente son responsables solidarios por los incumplimientos de sus franquiciados y concesionarios referido a las obligaciones correspondientes a “*las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social*”, de los trabajadores que se hubieran desempeñado en el establecimiento donde se desarrollan las actividades económicas objeto de la franquicia o concesión –Art. 30, párrafos primero y cuarto de la LCT-.

La situación del contrato de distribución stricto sensu, al que se aplican las normas del contrato de concesión en lo que sea pertinente – Art.1511 inciso b)- puede ser más controvertida, en la medida en que se trata del contrato de menor integración en redes verticales dentro de los del género de contratos de distribución objeto de nuestro trabajo. En general no se advierte en todos ellos el estricto control en materia comercial, contable o financiera que se advierte en los de concesión o franquicia. Sin embargo, al menos en el fuero laboral, entiendo que habrá de predominar el concepto doctrinario que también en este caso estamos en presencia de supuestos de delegación en terceros “*de trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica del establecimiento*”, sobre todo si tenemos en cuenta el precedente de la SCBA, "Villanueva, José Gustavo contra 'Conquil S.R.L.' y otro. Despido", citado en un párrafo anterior.

Del mismo modo, es susceptible de interpretarse el caso del preponente en los términos del Art. 30 de la LCT respecto a los

incumplimientos laborales y de la seguridad social del agente con sus trabajadores. Ello por cuanto promover negocios de manera continua, estable y exclusiva para el principal, es inherente “a la actividad normal y específica” del preponente, pues satisface el objeto social del mismo que organiza su empresa con el fin de producir bienes y servicios destinados a ser adquiridos por consumidores y clientes y así obtener las utilidades que procura. Aduna a esta interpretación, distintas normas que regulan el contrato de agencia, por ejemplo, el Art. 1483 inciso a), que impone al agente la obligación de “velar por los intereses del empresario”; o el derecho a la exclusividad –Art. 1480-, beneficio que importa una delegación absoluta por parte del empresario en favor del agente a efectos de que este realice la promoción de los negocios que hacen a la actividad productiva y comercial del proveedor.

IV. Obligaciones de las partes. La remuneración:

En la **agencia**, sin perjuicio de las que se pacten entre las partes, **las obligaciones** se encuentran enumeradas en los Arts. 1483, que establece las que corresponden al agente y el Art.1484, que refiere a las del empresario. Asimismo, los Arts. 1481, 1485 a 1490 referidos a cuestiones relacionadas con la competencia, la representación del empresario, la remuneración y reembolso de gastos del agente, que se vinculan a los derechos y obligaciones de las partes; aunque estas últimas, la remuneración será objeto de estudio de un estudio comparativo con las correspondientes a la concesión y franquicia al final del presente apartado.

El contrato de agencia es definido en el Art. 1479 del CCCN al señalar que “*Hay contrato de agencia cuando una parte, denominada agente, se obliga a promover negocios por cuenta y orden de otra denominada preponente o empresario, de manera estable, continuada e independiente, sin que medie relación laboral alguna, mediante una retribución*”. Y aclara, a renglón siguiente, que “*El agente es un*

intermediario independiente, no asume el riesgo de las operaciones ni representa al agente”.

El Art. 1479 establece dos obligaciones nucleares para las partes: al agente, la obligación de promover negocios de manera estable, continuada e independiente por cuenta y orden del empresario; mientras que a este le impone la obligación de reconocer el derecho a una remuneración del agente por los negocios que este promovió en su beneficio. Es decir, una obligación de hacer en cabeza del agente y otra de dar en el empresario o preponente.

La norma califica la obligación de hacer del agente, pues requiere que sea estable, es decir, con visos de permanencia, no casual ni precaria; temporalmente continua, esto es, no esporádica, eventual o irregular; e independiente, o sea autónoma del empresario, con quien no lo liga ninguna relación laboral. Ello permite despejar toda confusión con las figuras del viajante de comercio, con el corredor –Art 1345 del CCCN-, quien distinto al agente, no promueve negocios para una de las partes, sino que asume un rol más neutral, pues se obliga frente a una o ambas partes a “mediar en la conclusión de uno o varios negocios”; y con el contrato de mandato, pues en principio no representa ni celebra negocios para el empresario, solo actúa por cuenta y nombre propio promoviendo negocios que el empresario se encarga de concluir directamente con el tercero que el agente vinculó.

Por su parte, específicamente el Art. 1483, establece las siguientes obligaciones para el agente:

a) “*Velar por los intereses del empresario*”, es decir que no es neutral en la promoción de negocios para el empresario que generen utilidades al menor riesgo posible; “*y actuar de buena fe en el ejercicio de sus actividades*”, sea frente al preponente cuanto al tercero contratante;

b) “*Ocuparse con la diligencia de un buen hombre de negocios de la promoción y, en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones que le encomendaron*”, define un estándar para ponderar la gestión del agente a los efectos de imputar o descartar su responsabilidad por culpa –Art.1724- en el cumplimiento de su obligación nuclear de promocionar negocios en favor del empresario.

El segundo párrafo del inciso b) del Art 1483 en análisis: “y, en su caso, *de la conclusión de los actos y operaciones que le encomendaron*”, nos introduce en el tema de la representación, que la parte final del apartado segundo del Art. 1479, como el texto correlativo del Art.1485, parecen cerrar en el sentido de que el agente no puede representar al preponente. Sin embargo, la norma aquí estudiada; lo dispuesto en el inciso d) in fine de la misma, que obliga al agente “informar al empresario, sin retraso, de todos los negocios tratados *o concluidos* y, en particular lo relativo a la solvencia de los terceros con los que se proponen *o se concluyen* operaciones”; y lo prescripto en el inciso e), que al ser interpretado a contrario sensu admite la posibilidad que el agente concluya, es decir celebre negocios para el empresario; nos induce a proponer una línea interpretativa que armonice los Arts. 1479 y 1485 con lo dispuesto en los incisos b), d) y e) del Art. 1483.

El vocablo “concluir” actos, operaciones o negocios, solo puede ser entendido en el sentido de celebrar los contratos que corresponden a dichos negocios. Consecuentemente, si el agente puede concluir o celebrar negocios para su preponente, ello sólo puede ocurrir si en el contrato de agencia se ha convenido el respectivo mandato que otorga el empresario en favor del agente. En mi opinión, no habría razón de peso para interpretar que la norma del final del segundo párrafo del Art. 1479 es una norma indisponible, por lo cual deben regir las reglas generales de libertad de contratación del Art. 958 y del 962, referida a que, en principio “*las*

normas legales relativas los contratos son supletorias de la voluntad de las partes...”. Para ser más armónico el juego de las normas en cuestión, correspondería interpretar que en aquellos casos singulares en que el agente está autorizado contractualmente por el empresario no solo a promover, sino a concluir negocios, operaciones y contratos, el mandato otorgado por proveedor es sin representación, comprendiendo el contrato de agencia en su interior, sólo en tales supuestos, al contrato de consignación -Arts.1335 y siguientes del CCCN-, que es convenido por las cláusulas particulares que autorizan al agente a celebrar y concluir determinados negocios para su preponente.

Existen interpretaciones restrictivas que niegan toda posibilidad de que el agente concluya negocios para el empresario. Martín Arrechea¹³, afirma que el único supuesto de excepción a la regla del Art. 1479, acerca de que el agente no puede representar al empresario, son los casos del Art. 1485, esto es cuando el agente tiene poder especial para recibir en nombre del preponente las reclamaciones de los terceros que el Art. 1483 inciso d) le impone como una obligación, y que refieran a *“defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos o servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque él no las haya concluido, y transmitirlas de inmediato”*. La otra excepción que acepta el autor citado, está prevista en la segunda parte del Art. 1485 y consiste en que puede cobrar al tercero los créditos que corresponden a las operaciones celebradas por su gestión de promoción –y agregó, de conclusión en su caso-, pero siempre que haya recibido del empresario el poder especial que lo autoriza a esos efectos y además, con las limitaciones que la norma le establece respecto a la facultad de otorgar quitas, esperas, consentimiento de acuerdos, desestimios o avenimientos concursales, para los cuales

¹³ Arrechea Martín, “Revista de los Contratos, de los consumidores y derecho de la competencia”, Ed. Rubinzal, año 4-2013-I, pag.25/33.

exige facultades expresas y especiales en las que conste el monto de la quita o el plazo de espera. La norma le prohíbe absolutamente desistir del cobro al empresario.

Por último, los incisos c) y f), completan las obligaciones que el Art. 1483 impone al agente: la de *“cumplir su cometido de conformidad con las instrucciones recibidas del empresario y transmitir a éste toda la información de la que disponga relativa a su gestión”*; y *“asentar en su contabilidad en forma independiente los actos u operaciones relativas a cada empresario por cuya cuenta actúe”*.

En relación al contrato de **concesión**, el artículo 1502 al definir conceptualmente esa figura contractual, identifica las obligaciones nucleares de cada parte: *“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 empresaria para comercializar mercaderías provistas por el concedente, prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según se haya convenido”*.

Del texto de la norma, se destacan dos obligaciones principales que corresponden al concesionario, la de poner su empresa a disposición del objeto de la concesión, y la de comercializar en nombre y por cuenta propia con terceros las mercaderías –generalmente automóviles, tractores, automotrices etc.-, repuestos y accesorios que provee el concedente, además de prestar los servicios que se establezcan en él contrato; y otras dos a cargo del concedente, la que garantiza al concesionario el derecho a obtener una retribución que generalmente no abona la empresa de fábrica en forma directa, ya que es el excedente entre el precio de compra y de venta; y la que lo obliga a proveer de modo regular al concesionario los productos, repuestos y accesorios que los terceros adquirentes demandan.

Específicamente el **Art. 1504** legisla sobre determinadas **obligaciones del concedente**, algunas de las cuales son consecuencia de dos las obligaciones nucleares que la definición del Art. 1502 le impone.

El inciso a) del Art. 1504, reglamenta una de las obligaciones nucleares que establece la definición del Art. 1502, en tanto impone al fabricante el deber de *“proveer al concesionario una cantidad mínima de mercaderías que le permita atender adecuadamente las expectativas de venta en su territorio de acuerdo con las pautas de pago, de financiación y garantías previstas en el contrato”*. Ello significa que todo contrato de concesión conlleva en su interior una obligación de suministro del concedente en favor del concesionario, que a su vez, en forma correlativa, está compelido a mantener una existencia mínima suficiente para satisfacer sin dilaciones los requerimientos de la demanda –Art.1505 inc. a)-. Asimismo, la última parte del inciso a) del Art. 1504, establece el deber del concedente de comunicar al concesionario los objetivos de venta que haya fijado, si en el contrato las partes así lo hubieran convenido.

Consecuencia del derecho de exclusividad del Art. 1503, el inciso b) del Art. 1504, impone al concedente *“respetar territorio o zona de influencia asignado en exclusividad al concesionario”*. Luego, en forma sobre abundante, dado el carácter supletorio de la exclusividad que regula el Art. 1503, el inciso b) del 1504 aclara que *“Son válidos los pactos, que no obstante la exclusividad, reserva para el concedente cierto tipo de ventas directas o modalidades de ventas especiales”*.

Vinculado al carácter de colaboración y buena fe que es sustancial al contrato de concesión, el inciso c) del Art. 1504, obliga al concedente *“Proveer al concesionario la información técnica y, en su caso, los manuales y la capacitación de personal necesarios para la explotación”*. El texto de la norma permite inferir que la información técnica que debe

brindar el concedente asume la condición de norma indisponible para los contratantes –Art. 962, última parte-.

Tocante a la entrega de manuales y de dar capacitación al personal del concesionario, su naturaleza supletoria o indisponible puede dar lugar a dudas en virtud de la expresión “y, en su caso”, que consigna el inciso en consideración, circunstancia que admite una doble interpretación, es decir, que para que exista la obligación debe convenirse expresamente en el contrato, con lo cual su naturaleza sería de carácter supletorio; o, por el contrario, que estemos también frente a una norma cuya obligación opera y se hace efectiva no solo en los casos en que ha sido convenida contractualmente, sino en los supuestos en que razones de especialización y complejidad de índole técnico, contable o comercial del negocio, hacen “*necesario para la explotación de la concesión*” la provisión de manuales y capacitación del personal del concesionario, siendo de carácter indisponible esta última hipótesis prevista por el inciso. Me inclino por esta última interpretación por entender que se ajusta adecuadamente a los principios de colaboración y buena fe que regula este tipo de contratos de delegación gestoria y, además, porque tal solución garantiza un mejor equilibrio en las prestaciones de las partes, al disponer para quien tiene un mayor poder contractual, la obligación de colaborar con el concesionario a fin de que compita de la mejor forma en los negocios para los cuales celebró el respectivo contrato de concesión.

El inciso d) dispone que es obligación del concedente “*proveer durante un período razonable, en su caso, repuestos para los productos comercializados*”. Los usos y costumbres indican que el concesionario mantiene a disposición del cliente que adquiere el producto los repuestos para resolver las reparaciones que el uso del mismo haga necesario, situación impuesta por la buena fe que regula su relación con el cliente consumidor. No obstante, no puedo ignorar que la definición del contrato

de concesión del Art. 1502, establece entre las prestaciones que asume el concedente la de “...proveer los repuestos y accesorios según haya sido convenido”. Asimismo, el Art.1505 inciso a), dispone que el concesionario debe adquirir exclusivamente al concedente los productos objetos de la concesión “y en su caso”, los repuestos respectivos, mención que refuerza la línea interpretativa en el sentido de que la obligación de provisión de repuestos y accesorios pertenece al ámbito de la libertad contractual, sin perjuicio de señalar que en general las concesionarias de automóviles, tractores, cosechadoras y maquinarias agrícolas, comercializan repuestos de los productos provistos por suconcedente.

Acerca de la exigencia de que la provisión se mantenga “*durante un tiempo razonable*”, se puede entender que abarca el lapso en que el modelo no es retirado del mercado por la fábrica, incluido un tiempo “*razonable*” posterior, cuya determinación queda sujeta a ponderación de judicial en caso de diferendo, siendo el período de amortización de los productos vendidos en último término un criterio compatible a esos efectos.

El inciso e) final, prescribe una regla esencial y de carácter indisponible para las partes, esto es, la obligación del concedente de “*permitir el uso de marcas, enseñas comerciales y demás elementos distintivos, en la medida necesaria para la explotación de la concesión y para la publicidad del concesionario dentro de su territorio...*”. Indudablemente es una obligación esencial que identifica al contrato de concesión y lo distingue de otros, aunque pudieran tener algunas características similares, pues difiere en virtud del derecho del concesionario al uso de la marca y enseña comercial del fabricante en sus locales de venta y en la publicidad que realiza.

Por su parte, las obligaciones del concesionario, consignadas en el Art. 1505, son las siguientes:

El **artículo 1505** prescribe las **obligaciones** correspondientes al **concesionario**. Tal como se menciona en párrafos anteriores, el inciso a) impone al concesionario la obligación de *“comprar con exclusividad al concedente las mercaderías y, en su caso, los repuestos objeto de la concesión y mantener la existencia convenida en ellos o, en defecto de convenio, la cantidad suficiente para asegurar la continuidad de los negocios y la atención del público consumidor”*.

La norma es indisponible en cuanto a la obligación del concesionario a adquirir del concedente los productos objetos de la concesión y mantener para la oferta a terceros una existencia, es decir un stock permanente de los mismos. Su cantidad será objeto de la libertad contractual y en su defecto la norma supletoria fija como mínimo la *“cantidad suficiente para asegurar”* la demanda del público comprador. Asimismo, como se dijo, la obligación de compra de repuestos al concedente depende de lo convenido en el contrato.

El inciso b) se refiere a la obligación del concesionario de abstenerse de comerciar en forma directa o por interpósita persona fuera del ámbito territorial asignado en el contrato, y reitera en lo específico la obligación de exclusividad que el Art. 1503 inciso a) prescribe para ambas partes, salvo pacto en contrario.

El inciso c) fija como obligación del concesionario la de *“disponer de los locales y demás instalaciones y equipos que resulten necesarios para el adecuado cumplimiento de su actividad”*. A su vez el Art. 1506, que determina el plazo mínimo de cuatro (4) años para el contrato de concesión, establece una excepción que permite reducir contractualmente a dos (2) años dicho plazo en los supuestos que *“el concedente provee al concesionario el uso de las instalaciones principales suficientes para su desempeño...”*, vale decir, que al menos en lo referido a los locales e instalaciones se puede pactar y convenir que las provea el concedente,

hipótesis factibles en empresas importadoras o de fábrica de presentación reciente en el mercado, que proponen ventajas con menor inversión del concesionario para facilitar su inserción.

El inciso d) refiere a una obligación exclusivamente de naturaleza contractual, aunque habitual en las concesiones de venta de automóviles cero kilómetro, esto es, *“prestar los servicios de pre entrega y mantenimiento de las mercaderías, en caso de haberlo así convenido”*. Se refiere a los servicios técnicos de servicio mecánico previo a la entrega del vehículo a su comprador y los posteriores de mantenimiento incluidos los del período de garantía. Aunque no es habitual ni frecuente, puede ocurrir que las fábricas o importadores concedentes contraten con terceros dichos servicios en lugar de convenirlos con el concesionario.

El inciso d) establece la obligación del concesionario de *“adoptar el sistema de ventas, de publicidad y de contabilidad que fije el concedente”*. Esta norma que es un emblema del control y dominio que el concedente ejerce sobre el concesionario, pues estrecha el espacio de su capacidad de decisión y organización empresarial, debe interpretarse como supletoria de la voluntad contractual, evitando sumar al desbalance que el mayor poder de negociación contractual tiene el concedente, aunque en los hechos es improbable la existencia de una cláusula contractual que en particular convenga que el concesionario está desobligado de asumir el sistema de ventas, publicidad o contabilidad del concedente.

Por último, el inciso f) del art. 1505, fija como obligación del concesionario la de *“capacitar a su personal de conformidad con las normas del concedente”*.

He aquí otra expresión de centralidad y poder del concedente, que tiene el derecho a establecer la forma y contenido de la capacitación de los dependientes del concesionario. Es sabido que encuentra su justificación en la necesidad de homogeneizar la red de concesionarios y consolidar la

identidad del conjunto con la marca del concedente, pero más allá del fundamento que la sustenta, es una manifestación más de la asimetría de poderes y facultades que se manifiestan entre las partes del contrato de concesión.

Por otro lado, teniendo en cuenta que el inciso c) del Art. 1504, párrafo final, también establece para el concedente la obligación de “*proveer al concesionario...y, en su caso, la capacitación de personal necesarios para la explotación de la concesión*”, es menester la armonización de ambas normas.

Referido a esta obligación del concedente, más arriba se sostuvo que la misma opera y se hace efectiva no solo en los casos en que ha sido convenida contractualmente, sino en los supuestos en que razones de especialización y complejidad de índole técnico, contable o comercial del negocio, hacen “*necesario para la explotación de la concesión*” la provisión de manuales y capacitación del personal del concesionario, asumiendo dicha obligación, en ese caso, el carácter de indisponible.

Volviendo al Art. 1505 inciso f), sería compatible entender que, sin perjuicio de lo expresado acerca de la naturaleza convencional o legal de la obligación de capacitación que en su caso tenga el concedente, la norma impone al concesionario la obligación de mantener a sus empleados debidamente capacitados de conformidad a las normas e instrucciones que fije el proveedor quien, de tal forma, asegura un nivel de calidad homogéneo en los servicios que prestan los empleados de los distintos concesionarios de la fábrica en todo el país.

El apartado final del Art. 1505, en lugar de una obligación, reconoce al concesionario el derecho a comerciar vehículos y productos “*del mismo ramo*” que hubiese recibido como parte de pago de quienes compran las mercaderías objeto de la concesión. La norma se refiere a los automóviles y productos usados que entregan los clientes compradores que adquieren

vehículos o maquinas nuevas. Del mismo modo los autoriza a financiar la compra de vehículos y productos nuevos y usados. Sin embargo, entiendo que tal facultad puede estar sujeta a pacto en contrario, si el contrato establece que la financiación a clientes adquirente de los productos concesionados debe ser efectuada por la entidad financiera que indique el concedente. Finalmente, el apartado de mención, establece que si el contrato expresamente lo autoriza, el concesionario podrá exponer o promocionar otras mercaderías o servicios, aunque no sean accesorias de las correspondientes a la concesión, ni los servicios estén destinados a satisfacer requerimientos de ellas.

Referido al **contrato de franquicia**, en el Art. 1512 que inicia el capítulo 19, el código desarrolla el concepto en torno a dicho contrato, estableciendo las obligaciones nucleares de las partes. La norma señala los requisitos y condiciones que deben concurrir para que exista el contrato, a cuyo efecto 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”*

De la definición, resulta que la obligación nuclear del franquiciante consiste en otorgar al franquiciado el derecho a utilizar un sistema probado destinado a comercializar bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o marca del dador de la franquicia; es decir que este le transfiere conocimientos y/o procedimientos prácticos –know-how-, patentados o no cuya propiedad intelectual e industrial le pertenece; mientras que como contraprestación principal, el franquiciado se obliga a una “prestación directa o indirecta”, que el código no especifica y es materia de la

convención contractual, siendo habitual que se pacte el pago de un canon inicial y de un canon periódico, generalmente mensual, que puede ser una suma de dinero determinada o bien un porcentaje sobre el volumen de los ingresos por la venta de los productos franquiciados, pero igualmente no queda claro a que refiere el texto con la expresión prestación “indirecta”, aunque una interpretación posible es que con ella se pretende capturar las compensaciones adicionales que él dador recibe del tomador, como ser las ganancias que obtiene en los supuestos que contractualmente se conviene que el franquiciado debe adquirir a su franquiciador vajilla, indumentaria, mobiliario, etc.

Asimismo, los apartados segundo y tercero del Art. 1512, establecen dos exigencias a cumplir por el franquiciante, que por el modo en que está redactado –“*debe ser titular exclusivo*”- y por su contenido –Art. 962 y 2 del CCCN- , corresponde que se interpreten como indisponibles para las partes.

El primero de dichos apartados, prescribe que “*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 de franquicia; o en su caso, tener derecho a su utilización y transmisión al franquiciado en los términos del contrato*”. Ello por cuanto solo podrá transferir a otro una marca, su licencia y/o el know-how, aquel que sea su titular o tenga el derecho para hacerlo. Fuente principal de la norma es el Art. 1392 del Proyecto de la Comisión 658/92 de Reforma al Código Civil de 1998.

El último apartado, que prohíbe al franquiciador tener “*participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado*” – “*no puede*” enfatiza la norma-, no tiene antecedentes en la Reforma de 1998, entendiendo su fundamento desde la perspectiva de procurar evitar que se potencie el poder de control que en los hechos goza el franquiciante,

centro de una red vertical de franquiciados que adhieren en sus respectivos contratos a las cláusulas generales predispuestas redactadas por el tomador. En consecuencia, la norma viene a vedar el control interno que autoriza el Art. 33 de la LS 19.550; no obstante, queda subsistente el control externo que contempla el párrafo final del inciso b) de dicha norma, que considera como sociedad controlada también a aquella respecto de la cual otra ejerce *“una influencia dominante como consecuencia de... o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades”*, hipótesis fáctica que precisamente se presenta en los supuestos de contratos de franquicia.

En lo que atañe al **franquiciante**, específicamente el artículo 1514 establece las siguientes obligaciones:

El inciso a) del Art. 1514 establece para el franquiciante el deber de información, que consiste en que previo a la celebración del contrato, proporcione a quien tiene interés en tomar la franquicia, información económica y financiera acerca de la evolución de unidades similares a la ofrecida durante el período de dos (2) años, sea que hayan operado en el país o en el extranjero. Se trata de una obligación precontractual de información que se vincula a una de las ventajas que ofrece este tipo de contratos para los franquiciados, quienes entre otros aspectos, suelen apreciar de las franquicias la reducción de riesgos que el comienzo de un negocio genera a su inversión inicial, momento en el cual la incertidumbre respecto a la suerte del mismo es mayor, riesgos que se derivan de la dificultad de insertarse en un mercado donde existen competidores instalados anteriormente con clientela propia. La entrega de la información que da cuenta el inciso, junto a la exclusividad del franquiciado y la inserción previa de la marca en el mercado, además de los estudios de factibilidad que sobre el mismo suele realizar el franquiciador antes de celebrar el contrato, constituyen un conjunto de factores favorables a minimizar los riesgos de las inversiones realizadas por los franquiciados.

De todas formas, la amplitud de la norma, en tanto otorga al franquiciante la posibilidad de entregar información sobre la evolución de unidades de franquicia similares a la ofrecida, ubicadas en todo el país o en el extranjero, conspira en contra de su finalidad, pues la evolución comercial de unidades situadas en otro país o igualmente en el nuestro, pero en mercados y contextos urbanos y socio-económicos distintos, muy difícilmente sirvan de orientación al posible franquiciado respecto a la conveniencia de que celebre o no el contrato de franquicia. Entiendo que se trata de una norma supletoria de la voluntad de las partes, siendo susceptible de modificación o supresión por la voluntad de las partes, particularmente por tratarse de una obligación precontractual donde la libertad se acentúa –Art.990- al permitir a las partes abandonar las tratativas en cualquier momento mientras se actúe de buena fe –Art.991-.

El inciso b) del Art.1514, le obliga “*comunicar al franquiciado el conjunto de conocimientos técnicos, aun cuando no estén patentados, derivados de la experiencia del franquiciante y comprobado por este como aptos para producir los efectos del sistema franquiciado*”. Se trata de una disposición que contiene una obligación vinculada a una prestación esencial del contrato, por lo que se entiende que dicha norma no es supletoria de la libertad contractual sino de carácter indisponible.

Por consiguiente, si al celebrar el contrato de franquicia se transmitiera la marca y los derechos a que alude el apartado segundo del Art. 1512, sin que en forma simultánea se transfiera el know-how comprobado como apto para el desarrollo de la actividad y del negocio franquiciado, la cláusula que pacte tal circunstancia debería ser considerada inválida por abusiva en los términos del artículos 988 incisos a) y b), y 964 inciso a) del código, razón por la cual el franquiciado tendrá el derecho a exigir al dador el cumplimiento de la obligación de transmitirle el conjunto de conocimientos técnicos correspondientes al negocio franquiciado.

La norma, entonces, viene a reglamentar la transferencia de know-how por parte del franquiciante al franquiciado que el Art. 1512 establece como obligación nuclear del dador. El inciso, aclara que no es necesario que el conjunto de conocimientos técnicos estén patentados, pero requiere que sean consecuencia derivada de la experiencia propia del franquiciante – o de quien le otorgó el “*derecho a su utilización y transmisión*”-, y estar debidamente comprobadas las cualidades que los hacen aptos para lograr los efectos y resultados que el sistema franquiciado tiene por objeto.

Correlativo y complementario a la norma en análisis, el inciso c) del Art. 1513, al definir una de las modalidades de la franquicia, el sistema de negocios, señala que “*es el conjunto de conocimientos prácticos y la experiencia acumulada por el franquiciante, no patentado, que ha sido debidamente probado, secreto, sustancial y transmisible*”.

Secreto, por cuanto los conocimientos transmitidos en general no son conocidos en el mercado, ni es fácil el acceso a obtener información sobre ellos, y asumen la calidad de confidenciales. Sustancial, porque el know-how contiene información técnica y experiencias relevantes para la comercialización y elaboración de las mercaderías o prestación de los servicios franquiciados, y los métodos de trabajo para la atención de la clientela o la administración del negocio. Transmisible, vale decir que el conjunto de conocimientos debe ser explicitado de forma que sea plenamente entendible y aplicable sin dificultad por los franquiciados. Por último, probado, esto es que el know-how haya sido previamente utilizado por el franquiciante y, en su caso, por otros franquiciados, con resultado satisfactorio en cuanto a la aceptación del mercado consumidor, siendo el prestigio y la confianza ganada entre la clientela, una comprobación acerca de la aptitud del sistema de conocimientos técnicos y prácticos transmitidos. En síntesis, siguiendo a Lorenzetti, se puede decir que el know-how que se transmite es un conocimiento práctico, probadamente

exitoso y reproducible, paradigma tenido en cuenta en el articulado que se comenta.

El inciso c) establece como obligación del dador de la franquicia la de *“entregar al franquiciado un manual de operaciones con las especificaciones útiles para desarrollar la actividad prevista en el contrato”*.

Esta obligación se inserta en el deber de colaboración que es propio de este tipo de contratos de delegación gestoría en que el éxito del negocio es un objetivo común para ambas partes. En buena medida los manuales materializan la transferencia del know-how del dador al tomador de la franquicia e incluyen los métodos para la selección del personal y atención al cliente, los procedimientos para la relación del franquiciado con el franquiciante, el estilo y modalidades de la publicidad, los sistemas informáticos, contables y financieros a implementar, el diseño arquitectónico, decoración de los locales y el mobiliario respectivo, el horario de los locales comerciales en que permanecen abiertos al público, el tipo de indumentaria del personal dependiente, el tipo, categorías y número de trabajadores afectados a la actividad franquiciada, etc.

Es esta una prestación complementaria a la del inciso anterior, y entiendo que asume la calidad de supletoria de la autonomía contractual, siempre que la comunicación de los conocimientos técnicos por parte del franquiciador al tomador que exige el inciso b) igualmente sea cumplida por otros medios que satisfagan plenamente la finalidad de la norma. Caso contrario, el franquiciado tendrá el derecho y acción judicial para que le se transmita el know-how y en su caso se le entregue el manual correspondiente.

El inciso d), en el mismo rumbo que los incisos precedentes, obliga al franquiciante a *“proveer asistencia técnica para la mejor operatividad de la franquicia durante la vigencia del contrato”*.

La norma es otro instrumento que concreta en lo fáctico la transferencia de los conocimientos prácticos y experiencias que constituyen la obligación nuclear del dador. La asistencia técnica es la enseñanza al franquiciado y sus dependientes de los métodos, sistemas, procedimientos y pautas de conductas a cumplimentar en lo comercial, industrial, contable, administrativo, informático y financiero vinculado al desarrollo del negocio y la actividad franquiciada.

El inciso e) establece otra obligación nuclear y por tanto esencial al contrato e indisponible para la voluntad de las partes. Alude a los casos en los que por la característica de la franquicia, el dador, además de transmitir know-how, está obligado a proveer mercaderías o servicios al franquiciado. A tales efectos, prescribe que *“Si la franquicia comprende la provisión de bienes o servicios a cargo del franquiciante o de terceros designados por él, (debe) asegurar esa provisión en cantidades adecuadas y a precios razonables, según usos y costumbres comerciales locales o internacionales”*.

El inciso establece un límite que morigera posibles expectativas de maximizar ganancias por parte del franquiciante aprovechando su posición dominante en el contrato de adhesión, al garantizar al franquiciado el derecho a exigirle suministro de los bienes o servicios que debe proveerle el dador con continuidad, en una cantidad adecuada para satisfacer su clientela (ni en exceso, que beneficie artificialmente al dador, ni en una cantidad menor que perjudique al tomador); y a un precio justo, es decir, razonable según usos y costumbres del mercado, debiendo a esos efectos y por razones obvias, dar prioridad al nivel de los precios del mercado interno por sobre los correspondientes del mercado internacional, siempre que existan en forma simultánea referencias locales y extranjeras.

En relación a las **obligaciones del franquiciado**, el Art. 1512, define conceptualmente su obligación nuclear, que consiste en el pago del canon

pactado en el contrato y en otras prestaciones accesorias que pudieren convenirse, prestaciones que la norma alude en una frase poco clara y ambigua, cuando luego de enunciar las obligaciones esenciales del franquiciante –transferencia de know-how, de la marca y los otros derechos intelectuales e industriales consignados en el Art. 1512-, añade que dichas prestaciones las realiza “*contra una prestación directa o indirecta del franquiciado*”, lo que significa que el pago del canon por el tomador, es la obligación nuclear recíproca de las que corresponden al dador de la franquicia. El precio o canon que paga el franquiciado, suele ser una suma fija y/o un porcentaje de las ganancias que obtenga mensualmente, sin perjuicio de una suma o canon inicial o de ingreso que es habitual convenir entre las partes.

Particularmente, el artículo 1515, que sigue al Art. 1394 del proyecto de Reforma de 1998 que redactó la Comisión 685/95, establece las “obligaciones mínimas del franquiciado”. Al calificar de “mínimas” a las obligaciones que enumeran los distintos incisos del Art.1515, significa que dichas obligaciones son el contenido básico –mínimo- que debe tener todo contrato de franquicia visto desde el lado de las obligaciones del franquiciado, sin perjuicio de las que se convengan en el contrato. Por consiguiente, en atención al “modo de expresión” y al “contenido” –Art. 962 del CCCN- del primer párrafo del Art. 1515, corresponde concluir que las distintas ardo para la voluntad de los sujetos del contrato de franquicia.

El inciso a) establece que es su obligación “*desarrollar efectivamente la actividad comprendida en la franquicia, cumplir las especificaciones del manual de operaciones y las que el franquiciante le comunique en cumplimiento de su deber de asistencia técnica*”.

La obligación que en la parte segunda la norma impone al franquiciado –cumplir con las instrucciones del manual y las que el dador comunique-, tiene por finalidad garantizar al franquiciante la

homogeneidad e identidad de todos los franquiciados de la red con la marca y designación comercial perteneciente al dador de la franquicia, como asimismo, asegurar la calidad del producto o servicio que aquellos ofrecen a los consumidores. Por otro lado, cumplir con las instrucciones de mención, visto desde la perspectiva del franquiciado, configura una obligación de colaboración de su parte.

Lorenzetti¹⁴, referido a la obligación del franquiciado de desarrollo de la franquicia, sostiene que *“Esta obligación está orientada al cumplimiento de la finalidad del contrato, de lo cual surgen límites a la misma. De allí que, por ejemplo, la marca o la imagen deban usarse a los fines de la comercialización, y no para otros propósitos distintos”*. *“La obligación referida es esencial, porque si el tomador no desarrolla el negocio, el mismo pierde sentido. Siendo así, el incumplimiento de esta obligación da derecho a la resolución, lo que revela su carácter nuclear”*. Es oportuno destacar que la opinión y conclusión vertida por el Dr. Lorenzetti es previa a la sanción del código actual, y refiere al contenido de cláusulas que asumían la calidad de esenciales en los contratos; con más razón ahora que ha sido incorporado al texto legal como una obligación básica del contrato de franquicia.

El inciso b) regula una obligación cuya naturaleza es típica de información en su primera parte y de colaboración en su segundo párrafo, pues impone al franquiciado el deber de *“proporcionar las informaciones que razonablemente requiera el franquiciante para el conocimiento del desarrollo de la actividad y facilitar las inspecciones que se hayan pactado o que sean adecuadas al objeto de la franquicia”*.

Las informaciones comprenden el estado y situación económica y financiera del franquiciado durante la vigencia del contrato y es consecuencia de la superioridad contractual del dador de la franquicia que

¹⁴ Lorenzetti Ricardo, T. 2da. Edición, Edit. Rubinzal-Culzoni, p.705.

ejerce facultades de control en torno al desarrollo del negocio franquiciado. Empero, el franquiciador deberá actuar sujeto a los deberes de buena fe al requerir la información, pues el texto legal le exige razonabilidad en el ejercicio de ese derecho, es decir que el mismo no se torne abusivo por lo reiterado o por la irrelevancia de los datos que se pretenden. Con relación a las inspecciones, si el dador considera necesario ejecutarlas, sería conveniente que se pacten en el contrato, precisando la frecuencia, oportunidad y procedimiento para llevarlas a cabo, por cuanto la determinación por las partes en que casos son “*adecuadas al objeto de la franquicia*”, puede constituirse en una fuente de tensión y conflicto entre ellas.

El inciso c) establece para el franquiciado una obligación de no hacer, cuya violación es de tal gravedad que justifica la resolución del contrato y el reclamo de los daños causados por parte del dador. La norma en estudio consigna que el tomador está obligado a “*abstenerse de actos que puedan poner en riesgo la identificación o el prestigio del sistema de franquicia que integra o los derechos mencionados en el Art. 1512, segundo párrafo y cooperar, en su caso, en la protección de esos derechos*”. La obligación de abstención que impone al franquiciado en su primera parte es un deber principal y esencial del tomador en el contrato de franquicia, pues una conducta de su parte que implique colocar en riesgo la identificación de la franquicia, significa que no ha cumplido con las instrucciones del manual de operaciones, ni aquellas que el franquiciante le ha hecho durante la vigencia del contrato, o ha omitido aplicar las directivas y orientaciones que se derivan de la asistencia técnica brindada por el dador.

Obviamente que incumplimientos de la relevancia y naturaleza que se indica en el párrafo anterior, habrán de lesionar la identidad de la franquicia, pues la elaboración o comercialización de los bienes y servicios

franquiciados ya no serán el resultado de los métodos, procedimientos y know-how que corresponde al “sistema probado” transmitido por el contrato. Por consiguiente, una situación de incumplimiento de ese tipo, lógicamente conlleva el desprestigio general del negocio y actividad objeto de la franquicia, que por carecer de homogeneidad en la calidad de los productos y servicios que ofrece, tenderá a perder la consideración general de los consumidores.

Por último, el inciso dispone una obligación de hacer del tipo de las de colaboración, en tanto debe cooperar con el franquiciante en la defensa judicial y extrajudicial de los derechos de la propiedad intelectual e industrial que da cuenta el Art. 1512.

El inciso d) establece otra obligación de no hacer del franquiciado que clasifica dentro de las obligaciones de colaboración existentes entre las partes, en cuanto le impone el deber de *“mantener la confidencialidad de la información reservada que integra el conjunto de conocimientos técnicos transmitidos y asegurar esa confidencialidad respecto de las personas, dependientes o no, a las que deban comunicarse para el desarrollo de las actividades. Esta obligación subsiste después de la expiración del contrato”*.

Como se advierte, la confidencialidad no se circunscribe únicamente al franquiciado, sino también a sus colaboradores en la empresa, sean estos dependientes o no, y se prolonga con posterioridad a la extinción del contrato. La norma se explica en tanto el valor económico del conocimiento que se trasmite es resultado de la aceptación por parte del mercado consumidor de los bienes y servicios puestos a su disposición como consecuencia de esos conocimientos, técnicas, experiencias y métodos sistematizados, muchos de ellos no patentados, que son desconocidos por la competencia. De ello se desprende que la obligación de confidencialidad cesa cuando el know-how transmitido trasciende a las

partes integrantes de la red de franquicia de que se trate y pasa a ser conocido por otros competidores del franquiciante ajenos a la red.

El inciso e) es una norma innecesaria pues enuncia una obligación que está atrapada por lo dispuesto en el Art. 958 que en materia de “Libertad de contratación” dispone que *“Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido dentro de los límites impuestos por la ley...”*; y en el Art. 959 que regula los “Efectos vinculantes” de las convenciones concertadas por las partes, al prescribir que *“Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido solo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de las partes o en los supuestos en que la ley lo prevé”*. Por ende, la norma del inciso e) del Art. 1515 que establece como obligación del franquiciado *“cumplir con las contraprestaciones comprometidas, entre las que pueden pactarse contribuciones para el desarrollo del mercado o de las tecnologías vinculadas a la franquicia”*, aparentemente no tiene razón de ser.

Por otro lado, si el motivo de su redacción fuera el de legitimar y tomar partido en algún debate previo que se originó entre quienes sostuvieron la posición de que podría ser abusiva la cláusula que obligase al franquiciado a contribuir económicamente en los costos de investigación tecnológica para la producción, elaboración y comercialización de los bienes y servicios franquiciados, por considerar que significaba una traslación indebida de costos y riesgos del franquiciante al franquiciado, con el sector de la doctrina que sostuvo lo contrario y sin entrar a considerar el fondo de la cuestión, hubiese sido preferible desde una mejor técnica legislativa que la norma en lugar de consignar la obviedad de que es obligación cumplir con las prestaciones comprometidas, hubiera establecido que no está prohibido pactar cláusulas contractuales con el

contenido a que alude el segundo párrafo del inciso e) del artículo 1515 del CCCN.

La remuneración o beneficio económico del agente, concesionario, distribuidor o franquiciado.

La remuneración o beneficio económico consiste en una comisión, o en la utilidad o ganancia que es resultado de la diferencia entre el precio de compra del bien o servicio - que en su caso provee o autoriza comercializar el principal -, más los costos de la transmisión de know-how y de elaboración o comercialización de dichos bienes y servicios, y el precio de venta al público consumidor de los mismos.

En el contrato de **agencia**, los artículos 1486 a 1489 regulan esta materia. El artículo 1489 al definir el contrato, establece como obligación principal del empresario principal o preponente, el de abonar una retribución por las gestiones de promoción de negocios en su favor que efectúe el agente.

El Art. 1489, ratifica al derecho del agente a percibir una retribución en pago por los servicios que presta al empresario, al establecer que si no existe un pacto expreso sobre el particular en el respectivo contrato, *“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”*. Es decir, que abonar una remuneración al agente por la gestión que realiza en su provecho de conformidad al contrato de agencia que han celebrado, es una obligación del empresario que tiene carácter indisponible para las partes. Queda entonces circunscripto a la esfera de la libertad contractual la modalidad que asume esa remuneración; no obstante, si no ha sido pactada en forma expresa, la norma del Art.1489 regula el modo y forma en que el comitente cumple con su obligación de retribuir.

Podría establecerse otra forma de remunerar al agente?, por ejemplo, de acuerdo al texto legal, sería aceptable una retribución fija por cada operación o mixta que combine una base mínima con un porcentaje sobre el valor del volumen de los negocios promovidos por el agente?. Si existe una cláusula que así lo convenga en el contrato, la respuesta es afirmativa, siendo válida del mismo modo, la cláusula del contrato que contemple como remuneración un porcentaje del precio de la operación concluida por el comitente con la intervención del agente. Sólo supletoriamente, el Art.1486 fija una comisión variable que, como se señala en el Código Civil y Comercial de la Nación Comentado¹⁵, dirigido por los juristas Julio Cesar Rivera y Graciela Medina, Edit.La Ley, *“tiene por finalidad interesar en el negocio a los colaboradores, asociándolos, de esa manera, a los resultados de la actividad encomendada, ya que el comitente sólo le debe abonar la comisión pactada o de uso, sobre el importe de las operaciones concluidas a raíz de su intervención”*.

El artículo 1487, apartado primero, bajo el título “Bases para el cálculo”, dispone una regla general referida a la oportunidad en que se perfecciona el derecho del agente a percibir la remuneración –Art 962 parte final-, directiva que es indisponible para las partes, en tanto establece que *“Cualquiera sea la forma de retribución pactada, el agente tiene derecho a percibirla por las operaciones concluidas con su intervención, durante la vigencia del contrato de agencia y siempre que el precio sea cobrado por el empresario”*.

La pregunta a formular es si es posible pactar que el agente tenga derecho a percibir la remuneración por las operaciones concluidas, siendo independiente de que el empresario perciba o no el precio correspondiente. El supuesto es poco probable dado que normalmente quien tiene una

¹⁵ Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, dirigido por los juristas Julio Cesar Rivera y Graciela Medina, Edit.La Ley, T.IV. página 530

posición contractual dominante es el comitente, que además predispone las cláusulas del contrato. Sin embargo, desde una perspectiva teórica, es razonable afirmar que lo indisponible limita el derecho del agente a percibir la comisión sólo por las operaciones concluidas con su intervención y que el recaudo que añade como exigencia que el empresario haya cobrado el precio de la operación, lo es en beneficio de la parte con mayor poder en el contrato y considerar la norma en esta parcela como supletoria de la voluntad contractual. Aduna a ello, que la exigencia de previa percepción del precio de la operación por parte del proveedor, no constituye un requisito esencial del contrato de agencia, en tanto es el empresario quien en ejercicio de la libertad de contratar, celebra con el tercero en forma directa la operación, habiendo el agente cumplido previamente con su obligación de promoverla, argumentos que me llevan a afirmar la condición supletoria del requisito legal que supedita el derecho del agente a percibir su comisión a que el comitente haya percibido del tercero el precio de la operación, por cuanto ello importa una traslación de riesgos del empresario al agente que de algún modo afecta la reciprocidad de las prestaciones de las partes.

A continuación, el Art. 1487 agrega que “*En las mismas condiciones también tiene derecho*” a cobrar la comisión –inciso a)-, respecto a operaciones que promovió durante la vigencia del contrato, pero que fueron concluidas por el empresario y el tercero con posterioridad a “la finalización del contrato de agencia”.

Igualmente el agente tendrá derecho a demandar el cobro de la comisión, si la operación que concluye el preponente es con un cliente que el agente le presentó con anterioridad al promover otra operación análoga, “*siempre que no haya otro agente con derecho a remuneración*”; claramente, el fundamento de este inciso b) del Art. 1487, tiene por finalidad preservar el derecho de los agentes a percibir la remuneración por

los negocios y clientes que acercan al empresario y, consecuentemente, que este no aproveche gratuitamente ese servicio.

Por último, el inciso c), del Art. 1487, establece una norma supletoria referida al derecho de los agentes a percibir la comisión por las operaciones que el comitente celebre con una persona que pertenece al ámbito geográfico o grupal de exclusividad de que goza el agente, aunque este no lo haya promovido, “*salvo pacto en contrario*”. El texto supone que se trata de un negocio que el propio empresario promueve con el tercero, no habiendo contractualmente pactado la reserva del derecho a efectuar operaciones directas en circunstancias determinadas no obstante la exclusividad otorgada al agente.

Como ya se señaló, el artículo 1498 indica el momento en que se devenga la comisión, esto es cuando el contrato ha quedado concluido y el empresario ha percibido el precio de la respectiva operación. Además, establece como fecha de vencimiento del pago de la comisión por el preponente, a los veinte (20) días hábiles de que este percibió en forma total o parcial el precio de la operación promovida por el agente. Es importante destacar entonces, que el plazo para cobrar la comisión comienza también a correr a partir de la fecha en que el comitente recibe el primer pago parcial del precio correspondiente al negocio concluido por la intervención del agente.

El segundo apartado del Art. 1498 prevé una disposición cuya hipótesis fáctica pareciera constituir una excepción a la directiva legal acerca de que la comisión se devenga cuando la operación del comitente con el tercero se concluye y este paga total o parcialmente el precio. La norma establece que a los efectos del derecho del agente a percibir en el futuro la comisión, “*la orden transmitida al empresario se presume aceptada*” transcurrido el plazo de 15 días que tiene para pronunciarse de conformidad al art. 1484 inciso d), excepto que la orden sea antes

rechazada por el empresario. En el código comentado dirigido por Julio C. Rivera y Graciela Medina se interpreta el precepto en el sentido antes indicado, en tanto señala que “...*el artículo (el 1498) tiene un agregado interesante, ya que cuando el agente ofrece al empresario una determinada propuesta, la misma será considerada aceptada por éste a los únicos fines del cobro de la comisión por parte del agente, si el empresario dentro del plazo dispuesto por el art.1484 inciso d) ... no le comunica al agente su aceptación o rechazo. En este orden de ideas, se genera a favor del agente un derecho a cobrar la comisión por más que el negocio entre el empresario y cliente no se haya concluido, ni mucho menos se haya pagado el precio por el mismo*”.

Por su parte, el Art. 1489 no ofrece una clara solución legal si tenemos en consideración los artículos precedentemente analizados sobre las condiciones requeridas en torno al devengamiento de la comisión. Prescribe que “*La cláusula que subordina la percepción de la remuneración, en todo o en parte, a la ejecución del contrato, es válida si ha sido expresamente pactado*”.

La norma parece contradecirse con la primera parte del Art. 1487, que establece que el derecho a percibir la comisión por el agente se devenga cuando el negocio es concluido por el empresario y este percibe del tercero el precio respectivo. Hemos sostenido que el requisito enumerado en último término no es indisponible y puede ser dejado de lado por la autonomía contractual porque que es una norma de carácter supletoria. Sin embargo, el Art. 1489 sienta una directiva inversa al prescribir que mediante una cláusula contractual se puede supeditar la percepción de la remuneración del agente a que se ejecute el contrato y que ello tiene validez sólo si ha sido pactado expresamente, lo cual no es compatible con la regla del Art. 1487. De todas formas, refuerza la posición que se postula en el sentido de que las partes pueden convenir que el

derecho a la comisión por el agente se devenga, es decir se adquiere, con la mera conclusión del contrato entre el proveedor y el tercero de modo independiente a que el empresario haya o no percibido su precio.

Por último, el Art. 1490 se refiere a los gastos que genera al agente su gestión en la promoción del negocio que ofrece al comitente, y coherente con el concepto que emana del artículo 1479 acerca de que el agente actúa jurídicamente de modo autónomo respecto del comitente, definición que trae como lógica consecuencia que debe asumir los riesgos y costos que le pertenecen derivados de su propia actividad, establece que *“Excepto pacto en contrario, el agente no tiene derecho a reembolso de gastos que le origine el ejercicio de su actividad”*.

En relación a la remuneración y referido al **contrato de concesión**, los artículos 1502 y 1507 abordan la cuestión.

El Art.1502, que define al contrato de concesión, tipifica a la retribución que tiene derecho a percibir el concesionario, como la obligación nuclear del concedente, quien a cambio recibe como contraprestación esencial la obligación del concesionario que actuando por cuenta y nombre propio, pone a disposición su organización empresarial para comercializar las mercaderías que el fabricante le provee – obligación nuclear -, además de prestar los servicios y proveer de repuestos a clientes según se haya convenido en el contrato-

Por su lado el artículo 1507 regula en particular la materia al establecer que *“El concesionario tiene derecho a una retribución que puede consistir en una comisión o en un margen sobre el precio de las unidades vendidas por el a terceros o adquiridas al concedente, o también en cantidades fijas u otras formas convenidas con el concedente...”*.

Habitualmente dicha retribución consiste en el margen o diferencia que queda a favor del concesionario entre el precio que paga al concedente por la compra del bien objeto de la concesión y precio mayor obtenido por

dicho bien que es adquirido por el cliente consumidor. De cualquier modo, la forma de la retribución es una cuestión sujeta a la autonomía contractual, pudiendo ser pactada libremente por las partes. Si se trata de una comisión, la misma será una suma variable que dependerá del valor del precio de venta del vehículo o producto a comercializar a terceros, igualmente en tales casos, el concesionario adquiere la mercadería al concedente y pagará al concedente el precio de venta al público descontando su comisión, salvo en los supuestos en que el concesionario comercializa los vehículos mediante el sistema círculos de adherente de ahorro previo, en cuyo caso no actúa por cuenta y en nombre propio, sino como mandatario o agente de las empresas que organizan los círculos, ligadas a las fábricas mediante contratos directos.

Acerca de los gastos que origina al concesionario la actividad objeto del contrato de concesión, el apartado segundo del Art. 1507 claramente establece que *“Los gastos de explotación están a cargo del concesionario...”*. La norma, de carácter indisponible, es consistente con el criterio de independencia jurídica de cada uno de los sujetos de la relación contractual y se desprende la prohibición de reembolso de costos que son propios de concesionario persona jurídica que es autónoma de la fábrica concedente.

No obstante, distinta es la solución correspondiente a *“los gastos necesarios para atenderlos servicios de pre entrega o de garantía gratuita a la clientela, en su caso, que deben ser pagados por el concedente conforme a lo pactado”*. Aquí estamos frente a una excepción de la regla precedente, que al ser una norma supletoria de la voluntad de las partes, admite pactar que los gastos necesarios aludidos sean soportados por el concedente, aunque el Art.1505 inciso d) los compute dentro de las obligaciones del concesionario *“en caso de haberlo así convenido”*. La solución encuentra su fundamento en el hecho que se trata de servicios que

tienen que ver con la calidad del producto fabricado y, por ende, naturalmente correspondería ser soportados por la fábrica, por cuanto los servicios de pre entrega tienen que ver con la necesidad de realizar en el vehículo los controles, ajustes y puesta a punto final que el mercado exige en un automotor nuevo.

Tocante al derecho de garantía que goza todo cliente que adquiera en la concesionaria un producto nuevo se presenta la misma situación, pues, como ya se dijo, el referido apartado segundo del Art. 1507, incluye también como excepción a la obligación del concesionario de correr con los gastos de explotación que sean necesarios para atender la “*garantía gratuita la clientela, en su caso, que deben ser pagados por el concedente conforme a lo pactado*”. Es obligación del concedente industrializar mercaderías sin defectos de fábrica, obligación que trae aparejada una obligación de garantía que la LDC 24240 y su modificatoria Ley 24.999, ratifica y amplía cuando el cliente es un consumidor, razón por la cual, queda plenamente justificado que en el contrato las partes pacten que los gastos derivados de la garantía corran a cargo de la empresa de fábrica; es más, en mi opinión, para dar mayor claridad y consistencia a la excepción, la regla del apartado en consideración, debió enunciarse de manera inversa, esto es, que dichos gastos deben ser soportados por el concedente, salvo pacto en contrario.

Del mismo modo que para la concesión, operan las retribuciones de los distribuidores en los contratos de distribución a que alude el Art. 1511 inciso b) del CCCN.

El capítulo 19 del Título IV del Libro tercero del CCCN, referido al **contrato de franquicia**, no legisla específicamente en materia de retribución del franquiciado pues su beneficio es la renta o excedente que el negoció le produce deducida la amortización del capital invertido, los

costos operativos y financieros, incluido el canon que abona al franquiciante.

V. El derecho a la exclusividad: La exclusividad es una característica que atrapa a los contratos de agencia, concesión y franquicia y distribución stricto sensu –aunque claramente con menor intensidad en este último supuesto–, que otorgan derechos en favor de una de las partes y obligaciones de no hacer a la otra.

Consiste en el derecho de exclusividad que tienen los agentes, concesionarios o franquiciados o distribuidores, a promover negocios o celebrar operaciones industriales y/o comerciales en una zona territorial o respecto a grupos de personas delimitados en el contrato, referidos a los bienes que provee el principal o cuya marca o know-how este les cedió, quedando prohibida la competencia de parte de sus respectivos preponentes, concedentes, franquiciadores o distribuidos, quienes no pueden autorizar a otro agente, concesionario o franquiciado a competir con los primeros.

Recíprocamente, la exclusividad en favor del principal, consiste en su derecho a que el agente, concesionario o franquiciado, no promueva ni haga negocios vinculados al respectivo contrato de agencia, concesión o franquicia, fuera del ámbito territorial o de los grupos de personas a que esta autorizado, ni celebre otros contratos de distribución con la competencia; pudiendo además convenirse, que no realicen otra actividad económica simultánea.

En caso de que la parte no cumpla con la obligación de no hacer, correlativa al derecho de exclusividad de la otra, se genera el derecho del titular del beneficio a resolver el contrato y reclamar los daños y perjuicios que le causa el incumplimiento de su contraparte.

El CCCN ha establecido la exclusividad respecto de los contratos de agencia, concesión, franquicia y distribución propiamente dicho, aunque con distintos alcances.

El Art. 1480, que regula la cuestión para el contrato de agencia, otorga la exclusividad únicamente en beneficio del agente, y dice: *“El agente tiene el derecho a la exclusividad en el ramo de los negocios, en la zona geográfica, o respecto del grupo de personas expresamente determinados en el contrato”*.

El artículo reconoce el derecho en favor del agente, pero otorga la opción a que a través del contrato, las partes circunscriban dicha exclusividad a uno de los dos supuestos fácticos que enuncia, esto es, *“la zona geográfica, o respecto del grupo de personas determinadas en el contrato”*. De tal modo, dado la forma imperativa en que está redactado el contenido del texto legal –el agente *“tiene el derecho a la exclusividad”*–, y de conformidad a lo dispuesto en el Art. 962 del CCCN, corresponde interpretar que resulta indisponible para las partes no convenir a favor del agente, cuando menos uno de los supuestos de exclusividad previstos por el referido Art. 1480.

Tal como está planteada la solución, surge la pregunta de si es posible contractualmente convenir que el preponente goce también del derecho a la exclusividad respecto al agente. La respuesta corresponde sea afirmativa, pues las normas que regulan el contrato de agencia no lo prohíben en los Arts. 1479 a 1501 y específicamente, el Art. 1499 aduna a una interpretación en dicho sentido, porque autoriza pactar una cláusula *“de no competencia del agente para después de la finalización del contrato, si este prevé la exclusividad del agente en el ramo de negocios del empresario”*; por ende, está permitido pactar que el agente sólo promueva negocios para el empresario durante la vigencia del contrato.

Tocante al **contrato de concesión**, el artículo 1503 inciso a), establece que “la concesión es exclusiva para ambas partes en el territorio o zona de influencia determinados”. Es decir, que “El concedente no puede autorizar otra concesión en el mismo territorio o zona y el concesionario no puede, por si o por interpósita persona, ejercer actos propios de la concesión fuera de esos límites o actuar en actividades competitivas”.

Esta regla no es imperativa, pues el Art. 1503 establece que corresponde su aplicación “*Excepto pacto en contrario*”; sin embargo, en mi opinión, se debe juzgar con el mayor cuidado y estrictez la validez de la cláusula en los términos de los Arts. 984/989, a fin de determinar si estamos o no en presencia de una cláusula general predispuesta de carácter abusivo en favor del concedente; en especial, si el contrato mantiene la obligación de exclusividad a cargo del concesionario mientras que las demás cláusulas y condiciones contractuales le obligan a realizar importantes inversiones para el desarrollo del emprendimiento comercial concesionado, junto a lo cual el concedente conserva en plenitud el derecho a un estricto control comercial, contable y financiero de la empresa concesionaria, circunstancias que ponen de manifiesto el desbalance que en la corresponsabilidad de las prestaciones habría de originar una cláusula de exclusividad solo en favor de la fábrica concedente.

Se ha criticado la presunción de exclusividad que establece el primer párrafo del artículo 1503. En su trabajo doctrinario Ivan Di Chiazza,¹⁶ sostiene que dicha presunción es inútil. Admite que la presunción tiene por objeto “*fortalecer la posición del concesionario pues logra invertir la carga probatoria a su favor*”, pero finca su inutilidad en que al jugar la presunción legal de exclusividad en “*el territorio o zona de influencia determinados*”, la norma deviene en irrelevante, por cuanto la

¹⁶ Di Chiazza Ivan trabajo doctrinario publicado en la Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2014-2, Edit. Rubinzal Culzoni, páginas 237/280

determinación deberá surgir de un convenio expreso de exclusividad, en cuyo caso no opera la presunción legal; o bien de un acuerdo implícito, en cuya situación la determinación de la zona o territorio de exclusividad deberá necesariamente ser acreditado por quien lo alegue.

Por el contrario y en mi opinión, el valor de la norma y su justificación, radica en su finalidad protectora, pues tiene por objeto compensar la situación de debilidad de negociación del concesionario frente al poder económico concentrado de las escasas firmas fabricantes o importadoras de automóviles que operan en el mercado nacional, otorgando a su favor la presunción *iuris tantum* de exclusividad. De tal modo, si no existe pacto en contrario, cualquier diferendo entre las partes tiene como plataforma la existencia del derecho a la exclusividad entre ellas y el debate queda reducido a determinar el territorio en que la misma opera, cuestión de hecho y prueba que en cada caso la justicia habrá de resolver, si una negociación de los sujetos del contrato en una relación más equilibrada no arribó a la solución de la cuestión.

Referido a **la exclusividad en materia de franquicia**, el artículo 1517 establece que *“Las franquicias son exclusivas para ambas partes”*, pero en su último párrafo aclara que *“Las partes pueden limitar o excluir la exclusividad”*, es decir que la exclusividad en favor de ambos contratante que la norma fija, es una regla general que opera como supletoria de la voluntad contractual; en cuyo caso replico aquí la interpretación efectuada en forma precedente, en el supuesto de que en el contrato de adhesión a cláusulas generales predispuestas redactadas por el franquiciante, se pacte una cláusula de exclusividad territorial que sólo a él beneficia. El mismo Art. 1517, dispone una redacción conceptualmente sobreabundante, ya abarcada por las reglas generales de mención, esto es, que *“El franquiciante no puede autorizar otra unidad de franquicia en el mismo territorio, excepto consentimiento del franquiciado”*. El franquiciado *“...no*

puede operar por sí o por interpósita persona unidades de franquicia o actividades que sean competitivas..”

El derecho de exclusividad que el Art. 1517 establece a favor de ambos sujetos del contrato, precisa que el franquiciado no sólo debe actuar exclusivamente en el territorio autorizado en el contrato, sino que “*debe desempeñarse en los locales indicados*” en el mismo.

Como se menciona en un párrafo anterior, en una regla que favorece al franquiciante, que es quien redacta las cláusulas generales predispuestas del contrato de adhesión que regula los derechos y obligaciones convencionales de las partes del contrato de franquicia, el artículo 1517, último párrafo, establece que “*Las partes pueden limitar o excluir la exclusividad*”, con lo cual se propicia que en muchos casos los franquiciados carezcan del derecho a la exclusividad en virtud lo convenido en el contrato.

El Art. 1518 es una norma también de carácter supletorio de la autonomía de la voluntad contractual que se vincula al derecho de exclusividad y prescribe que: “*Excepto pacto en contrario: a) “el franquiciado no puede ceder su posición contractual ni los derechos que emergen del contrato mientras está vigente, excepto los de contenido dinerario”* o en el caso de contratos de franquicias mayoristas y; “*b) el franquiciante no puede comercializar directamente con los terceros, mercaderías o servicios comprendidos en la franquicia, dentro del territorio o zona de influencia del franquiciado*”.

Por último, referido al **contrato de distribución propiamente dicho**, el Art. 1511 inciso b), establece que la normativa acerca del contrato de concesión se aplica a “*los contratos de distribución en cuanto sean pertinentes*”. La cuestión merece un tratamiento singular y así lo hacemos en el capítulo IX del presente al que nos remitimos.

VI. La estabilidad contractual. El preaviso. Efectos:

Indudablemente que los conflictos derivados de la extinción abrupta y unilateral de los contratos de distribución de plazo indeterminado, dicho esto en sentido amplio, comprensivo de los diversos contratos analizados, ha sido una de las cuestiones de mayor conflictividad con anterioridad a la sanción del CCCN.

Como se ha señalado anteriormente, el CCCN ha establecido la obligación de preavisar a cualquiera de las partes que resuelva extinguir en forma unilateral los contratos de agencia, concesión –y vía el Arts. 1511 inc. b), el de distribución- y el de franquicia.

Asimismo, fija reglas para los distintos supuestos de extinción de los contratos que denominamos genéricamente de distribución, determinando causales y algunos efectos.

En primer lugar analizaremos las normas y diversas cuestiones que se pueden originar derivadas de la extinción unilateral de los contratos de duración indeterminado o pendiente el plazo de vencimiento.

En el **contrato de agencia** encontramos las normas básicas las cuales, en buena parte, se remiten a la concesión y franquicia.

El Art. 1491 establece como regla general, salvo pacto en contrario, que *“se entiende que el contrato de agencia se celebra por tiempo indeterminado”*. Vale decir que, en principio, es natural que el contrato de agencia se celebre sin plazo de vencimiento. Más aun, el mismo Art. 1491 en su segundo párrafo, contempla una hipótesis fáctica habitual, compatible con la idea que naturaliza la ausencia de plazo de vencimiento en el contrato de agencia, al establecer que *“La continuación de la relación con posterioridad al vencimiento de un contrato de agencia con plazo determinado, lo transforma en contrato por tiempo indeterminado”*. Solución legal que puede ser aplicable por extensión a los supuestos de sucesivas renovaciones con plazos de vencimiento de relativa corta duración, por ejemplo, plazos de un año.

El Art. 1492 impone para los contratos de agencia la obligación de preavisar. Todo su contenido es imperativo y por ende indisponible por la voluntad de las partes – Art. 962 in fine, CCCN -, con excepción de la facultad de los contratantes de pactar plazos de preaviso superiores a los que fija el artículo.

De tal modo, siguiendo el criterio fijado por la CSJN en el precedente “Automotores Saavedra S.A. c. Fiat Argentina S.A. s. del 04.08.1988, que legitimó las cláusulas que facultan la rescisión unilateral pactadas en favor de ambas partes siempre que no sean abusivas, fundado en el argumento de *“que no puede presumirse que hayan estipulado un contrato perpetuo”*, el Art. 1492, primer párrafo, prescribe que *“En los contratos de agencia por tiempo indeterminado, cualquiera de las partes puede ponerles fin con un preaviso”*.

Tratándose de un supuesto de extinción contractual establecido para un contrato en particular, también son de aplicación en su parte pertinente las normas de los Arts. 1077 a 1080, correspondientes al Título II del Libro III, referido a los “Contratos en General”, especialmente el Art. 1078, que establece el procedimiento requerido para que opere la rescisión, sus efectos y los derechos de la parte que no la declara.

El Art. 1492 aclara en su cuarto párrafo, que todas las disposiciones que el artículo fija, son también aplicables a los contratos con duración limitada devenidos en contratos de plazo indeterminado, consecuencia de haber continuado vigentes con posterioridad a la fecha de vencimiento convenida, en cuyo caso, al realizarse el cálculo a fin de determinar la antelación con que debe preavisar la parte que declara la voluntad de rescindir, establece que debe incluirse y *“computarse la duración limitada que le precede”*.

En cuanto al plazo de preaviso, la ley fija un plazo mínimo de un (1) mes por cada año de antigüedad del contrato y extiende el final del plazo del preaviso hasta el fin del mes calendario en que el preaviso concluye.

Ahora bien, en este tramo del desarrollo del tema, es oportuno detenerse brevemente a analizar cuáles son los fundamentos del preaviso o, dicho de otra forma, cuál de los daños y perjuicios que una rescisión unilateral injustificada, causa al agente, concesionario o franquiciado, son susceptibles de ser reparados mediante la comunicación previa de preaviso o la indemnización sustitutiva por omisión del artículo siguiente.

Si bien a continuación nos referimos a los diferentes daños que puede originar una rescisión unilateral de los contratos de distribución en supuestos de contratos de duración indeterminada, es relevante individualizar cuál de ellos queda descartado en el supuesto que se haya cumplido con el preaviso y cuales igual podría reclamarse aun habiendo cumplido en legal tiempo y forma con la obligación de preavisar el proponente, concedente o dador de la franquicia.

A modo de síntesis, podemos consignar que los daños que en algunos casos puede producir a los agentes, concesionarios o franquiciados la rescisión unilateral dispuesta por la contraparte, comprende el lucro cesante o privación de ganancias, los costos de las indemnizaciones laborales por cese en la actividad, la pérdida derivada de la falta de amortización de las inversiones efectuadas, la existencia de stock de productos y mercaderías objeto de la distribución pendientes de vender; además del eventual derecho que en su caso pudieren tener a requerir una compensación por el incremento operado en la clientela durante la vigencia del contrato, aumento que se proyecta con factibilidad de perdurar con posterioridad a la extinción del contrato.

En general la jurisprudencia anterior a la sanción del código unificador, adoptó como doctrina que la comunicación de la decisión de la

rescisión unilateral en los distintos tipos de contratos de distribución con un plazo razonable de preaviso, tiene “*el objeto de compensar las expectativas generadas por la estabilidad de la relación y dar al perjudicado la posibilidad de reorganizar su actividad*”–CNCom. Sala B, 31.05.2000 “Austral SRL c. Nestle Argentina S.A.”; CNCom., Sala F, 06.12.2011, “Caiquen S.A. c. Aguas Danone de Argentina S.A.”-.

Asimismo, que esas ganancias de que fue privada una de las partes por la ausencia de preaviso en la extinción abrupta e intempestiva dispuesta por la otra, le impide afrontar los costos de reorganización de la empresa, entre los cuales uno de los más relevantes suelen ser las indemnizaciones laborales derivados del despido de los trabajadores que genera el cese de la actividad. Acerca del modo de calcular dichas ganancias ha sido el de multiplicar su monto mensual por los meses en que debió preavisarse la declaración de rescisión unilateral, siendo mayoritario el criterio de que a mayor antigüedad de vigencia contractual, mayor será el período de preaviso. En este sentido se ha dicho que “*El resarcimiento de las ganancias que la distribuidora ha dejado de percibir como consecuencia de la ruptura del contrato, se calcula a partir de la utilidad neta mensual multiplicada por el período de tiempo de preaviso estimado pertinente* “–CNCom. Sala A, 06.04.2010 “Distribuidora Pucara de Domínguez y García c. Nobleza Picardo SAIC y F s. Sumario -.

En conclusión, la doctrina judicial mayoritaria entendió que el cumplimiento del preaviso respectivo, satisface el derecho que el distribuidor preavisado –dicho en sentido amplio-, tenga la posibilidad de apropiarse de las ganancias suficientes para solventar los costos de reorganización y reacomodamiento empresario que la rescisión unilateral y sin causa le origina.

Continuando con la normativa del CCCN en esta materia, el Art. 1493 impone a quien declara la rescisión unilateral del contrato, la

obligación de resarcir por la omisión de preaviso, incumplimiento que *“otorga a la otra parte derecho a la indemnización por las ganancias dejadas de percibir en el período”*.

La norma nos vuelve a introducir en las cuestiones que la rescisión intempestiva genera en torno al cálculo de la privación de las utilidades por omisión del preaviso que corresponden a la parte que no declara la extinción. Del mismo modo, desde el marco de la normativa del nuevo código, cabe también analizar si los daños que la rescisión unilateral causa a la contraparte, se limitan resarcir las utilidades pérdidas por la ausencia de preaviso o, por el contrario, si además pueden reclamarse otros daños que tengan causalidad adecuada con la rescisión unilateral.

El preaviso, como se dijo, encuentra su razón de ser en que, una de las partes, al recibir con antelación y dentro de los plazos legales, la comunicación de la otra acerca de su voluntad de rescindir el contrato, normalmente podrá acumular la suficiente liquidez para indemnizar a sus trabajadores dependientes, cancelar deudas pendientes tomadas para el giro de la empresa y eventualmente reconducir y reciclar su actividad empresaria hacia un rubro distinto o similar, excepto que se hubiese pactado una cláusula de no competencia que comprenda un período posterior a la extinción del contrato.

No obstante, tal como se mencionó, no siempre el preaviso va ser suficiente para resarcir todos los daños causados por una rescisión unilateral, por ejemplo, cuando esta resulta prematura, por cuanto la corta duración de la relación impidió al agente, distribuidor, concesionario o franquiciado, amortizar sus inversiones o, en su caso, negociar el stock normal de existencias que tenía en su poder. Cuestiones, estas, que también suelen dar lugar a diferendos judiciales; como asimismo puede ocurrir con lo referido con la determinación de la indemnización por la privación de las ganancias correspondiente al período del preaviso omitido –Art. 1493-.

En relación al modo y período de tiempo a computar, a los efectos del cálculo de la indemnización por la privación de las ganancias que sufre una de las partes de un contrato del género de larga duración con plazo de vigencia indeterminada, consecuencia de la abrupta e intempestiva declaración de rescisión unilateral del contrato de la otra con omisión del preaviso, y referido a un contrato de transporte por el cual el actor transportaba combustible de la petrolera demandada, la CC y C de Lomas de Zamora, en la causa 63.223, sala de los jueces Taberero-Basile-Igoldi, caratulada **“Mansilla Oscar c. Shell C.A.P.S.A. s.Cobro de Pesos y daños y perjuicios”**¹⁷, establece un criterio razonable para su determinación, al sostener que *..”La finalidad del preaviso es reacomodar a la empresa a la nueva situación de cesación del contrato y resarcir el monto de las utilidades a cuya percepción se vio privado el actor durante dicho plazo”*. En consecuencia, *la indemnización debe fijarse atendiendo los últimos ingresos o ganancias del transportista, ya que de haberse concedido ese plazo, este hubiera correspondido al último tramo de la relación y por tanto es razonable que las ganancias que se reconozcan estén vinculadas a las últimas obtenidas”*, a cuyo efecto tuvo en consideración el promedio de los tres últimos años- (CC0102 MD 126409 RSD-825-3 S- 6.11.2003)” (Juba B2550768).

Cuestión distinta es la que se deriva a la amortización de las inversiones que hubiesen alcanzado o no a realizar los agentes, concesionarios, distribuidores o franquiciados en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, ante la rescisión unilateral del contrato. Acerca de ello, la CSJN en el precedente “Automotores Saavedra S.A. c. Fiat Argentina S.A.” del 04.08.1988, dijo que si el distribuidor amortiza su inversión, la rescisión unilateral dispuesta por el fabricante concedente no puede considerarse abusiva. Ergo, si no alcanzó a completar la respectiva

¹⁷ CC0001 LZ 63223 RSD-207-7 S 05/06/2007

amortización, la rescisión unilateral genera un daño susceptible de ser reclamado por el perjudicado.

Por su parte, el CCCN al regular el **contrato de concesión**, en su Art. 1508 inciso a., respecto de los contratos de tiempo de vigencia indeterminada, dispone que “*son aplicables los Arts. 1492 y 1493*” del contrato de agencia aludidos más arriba. Es decir, impone la obligación de preavisar y establece la indemnización alternativa para el caso de omisión, con lo cual neutraliza en este tema los conflictos por los daños que causaban las rescisiones unilaterales abruptas e intempestivas.

Asimismo, el inciso b. del Art. 1508, introduce una solución que elimina otro de los conflictos que con frecuencia causan las rescisiones unilaterales de los contratos de concesión, producto de un tipo de perjuicio que no alcanza a ser resarcido mediante el preaviso. Nos referimos al **stock de productos adquiridos al concedente y pendiente de venta al público** por parte del concesionario a la fecha de la rescisión unilateral.

En efecto, acerca de la cuestión que origina al concesionario la declaración de rescisión resuelta por la fábrica proveedora que ha cumplido con la exigencia del previo aviso, referido al stock de mercaderías y repuestos objetos de la comercialización pendientes de vender a la fecha en que se produce la extinción del contrato, el inciso b. del Art. 1508, establece que “*El concedente debe readquirir los productos y repuestos nuevos que el concesionario haya adquirido conforme con las obligaciones pactadas en el contrato y que tenga en existencia al fin del período de preaviso, a los precios ordinarios de venta a los concesionarios al tiempo del pago*”.

La regla es clara, y describe con precisión la situación fáctica que aprehende, al establecer: que los productos –vehículos, maquinarias etc.-, y repuestos que el concedente tiene el deber de readquirir, deben ser nuevos, es decir, aquellos que el concesionario adquirió al concedente; que hayan

sido adquiridos de conformidad a lo convenido en el contrato y, –agrego por mi parte-, a lo dispuesto en la obligación legal del Art. 1505 inciso a) del CCCN, que impone al concesionario el deber de “mantener la existencia convenida de ellos o, en defecto de convenio, la cantidad suficiente para asegurar la continuidad de los negocios y la atención del público consumidor”. Por último, fija otros dos requisitos, uno de procedencia, esto es que los productos y repuestos a que se refiere existan sin vender en propiedad del concesionario a la fecha en que concluye el preaviso; y otro de carácter procedimental, que el concedente recompre el saldo existente “*a los precios ordinario de venta a los concesionarios al tiempo del pago*”.

Como se advirtiera anteriormente, otro aspecto controversial se vincula al daño que causa al concesionario el hecho de no haber alcanzado a realizar la **amortización de las inversiones** que efectuó y que el contrato exige a los efectos de cumplir diligentemente con sus obligaciones. Como principio general, entiendo que se mantiene el criterio sentado en el precedente “Automotores Saavedra” de la Corte de Justicia de la Nación, acerca de que si la amortización no se ha verificado totalmente a la fecha en que se hace efectiva la rescisión unilateral del contrato, corresponde reclamar dicho daño específico de modo autónomo a la circunstancia de que se haya efectuado el preaviso u omitido el mismo y abonada la indemnización alternativa por la privación de las ganancias a percibir en ese período.

No obstante, el CCCN, en sus artículos 1506 y 1516, para el caso de los contratos de concesión y franquicia, pone un claro límite y neutraliza en gran medida la posibilidad de pleitos que inicien concesionarios y franquiciados originados en reclamos de daños que pudiere haberles ocasionado el hecho no haber completado la amortización de sus inversiones.

En efecto, el artículo 1506 establece de manera imperativa e indisponible para las partes, que el plazo de duración del contrato de concesión no puede ser inferior a cuatro (4) años, y que “si el tiempo es indeterminado se entiende convenido por cuatro (4) años” -y tres (3) años en la franquicia, Art.1522 inciso d)-, de lo que se desprende que el derecho a rescindir en forma unilateral en los contratos de plazo indeterminado, mediando el preaviso o la indemnización sustitutiva por omisión de los 1493/1493, sólo procede transcurridos los 4 o 3 años de mención, pues si cualquiera de las partes los resuelve sin justa causa con antelación al vencimiento de esos plazos mínimos legales, la otra parte tendrá el derecho a reclamar todos los daños y perjuicios por incumplimiento contractual que tengan causalidad adecuada con dicho incumplimiento, incluido el lucro cesante por el período pendiente. Ello significa que si los contratos de tiempo indeterminado sólo pueden ser objeto de rescisión unilateral sin justa causa una vez alcanzados los plazos mínimos de antigüedad indicados, es atendible prever que habrán de disminuir los casos de reclamos derivados de daños originados en amortizaciones incompletas, supuestos que quedan reducidos a las relaciones contractuales cuyo monto en inversiones es elevado y relevante.

Asimismo, aclara la norma –Art. 1506, tercer párrafo- que en forma excepcional el plazo mínimo de duración puede reducirse a dos (2) años cuando “*el concedente provee al concesionario el uso de las instalaciones principales para su desempeño*”; es decir, que admite un plazo mínimo menor cuando la inversión del concesionario consiste en un monto inferior pues recibe del concedente las respectivas instalaciones para su uso en la actividad comercial objeto de la concesión, siendo por ende el plazo de amortización significativamente menor.

De este modo, el CCCN, indudablemente ha contemplado la forma de eliminar las controversias judiciales y extrajudiciales que pudieran

suscitarse entre las partes por esta cuestión, brindando una solución al problema que elimina la mayor parte de los pleitos que se derivan de las rescisiones unilaterales sin haberse operado la amortización de las inversiones efectuadas por los concesionarios.

Sin embargo, en doctrina ya se observan opiniones críticas acerca del plazo mínimo legal que establece el Art. 1506 del CCCN. Ivan Di Chiazza, en un trabajo doctrinario publicado en La Ley del 04.12.2014, Tomo F, sostiene que *“Establecer un plazo mínimo en un contrato de esta naturaleza es partir de una presunción de exactitud que resulta contradictoria con la realidad. Se procura con ello otorgar cierta previsibilidad a los concesionarios (y distribuidores) asegurándoles la posibilidad de amortización de su inversión o, al menos, eso se supone a tenor del 2do. párrafo del Art. 1506 que reduce el plazo a dos años si el concedente provee al concesionario el uso de las instalaciones. Un plazo de cuatro años es absolutamente relativo a tal fin. La elección en cuestión es cuestionable como hubieren sido tres o cinco años, dos o siete...”* Y más adelante agrega: *“Al establecer el nuevo Código Civil y Comercial un plazo mínimo no hace otra cosa que obligar al concedente, indirectamente, a pactar la rescisión unilateral incausada y la consecuente renuncia del concesionario a cualquier indemnización, al margen de la referida al preaviso que, lógico es suponer, también se tarificará de antemano. Se podrá pensar que, con el plazo mínimo de cuatro años, el concesionario tendrá asegurado el respeto de aquel, salvo resolución por incumplimiento de su parte. Se podrá pensar, también, que al disponerse el plazo de cuatro años el contrato no podrá ser extinguido por el concedente antes de ese lapso sin que éste deba indemnizar al concesionario por incumplimiento contractual. Sin embargo, el plazo de cuatro años previsto obligará al concedente a incluir la rescisión unilateral con cierto plazo de preaviso como una manera de morigerar el impacto que, a priori, genera la*

imposición de un plazo mínimo legal y que, eventualmente, puede no resultar favorable para ninguna de las dos partes”.

Si bien se puede coincidir en que el plazo mínimo de cuatro años en determinadas situaciones puede resultar arbitrario, pues el período de amortización de las inversiones del concesionario depende del monto de las mismas, con lo cual dicho plazo puede ser insuficiente o excesivo en determinados casos, en una buena parte de ellos el plazo de cuatro años habrá de alcanzar para amortizar el capital invertido.

Ahora bien, a mi modo de ver, es susceptible de refutar la posición del autor acerca de que es posible eludir la norma que impone un plazo de mínimo de cuatro años de duración para los contratos de plazo indeterminado a través de una cláusula que autorice a la rescisión unilateral del contrato de concesión.

En efecto, por un lado, el contrato de concesión es un contrato de adhesión a cláusulas generales predispuestas por el concedente, razón por la cual una cláusula que establezca la facultad del predisponente de rescindir en forma unilateral el contrato de concesión, aunque la antigüedad de su vigencia sea inferior al mínimo legal, habilita que se aplique lo dispuesto en el artículo 988 del CCCN respecto a las “*Cláusulas abusivas*”, que prescribe que “*se debe tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente...*”.

Entiendo, entonces, que es abusiva una cláusula que establece la rescisión unilateral del contrato a favor del concedente con antelación al plazo mínimo de cuatro años, pues por esa vía se desnaturaliza una obligación legal que impone respetar ese plazo, y asimismo es también abusiva, porque dicha cláusula importa una “renuncia o restricción” de los derechos del concesionario adherente.

Desde otro lado, siendo la disposición del primer párrafo del Art. 1506 una norma indisponible en los términos del segundo párrafo del Art. 962, considero procedente la aplicabilidad del Art. 12 del CCCN, que en su segundo párrafo prescribe que *“El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal –en el caso la libertad de contratación del art.958- que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”*; esto es, al artículo 1506 del CCCN, cuya imperatividad no corresponde se evada a través de una cláusula de rescisión unilateral a favor del concedente.

Tocante al plazo de preaviso, el autor citado mantiene una posición crítica respecto a la remisión que el artículo 1508 inciso a) hace a los artículos 1492 y 1493 del CCCN, al sostener que la norma *“Ciertamente que le otorga una perfecta previsibilidad al preaviso. El punto es el costo que implica tal actitud. Como se ha mencionado en los párrafos anteriores, la jurisprudencia actual nos ofrece (mínimos, máximos y, por ende, promedios) del plazo de preaviso. La cuestión es que contrastando la norma proyectada (hoy sancionada) con la jurisprudencia se arriba a una conclusión evidente: el plazo de preaviso se potencia a valores a jamás concedidos por ningún tribunal”*. Y agrega, *“...Esta norma que, sin dudas, busca bien intencionadamente otorgar un plus de protección a los concesionarios con un mayor plazo de preaviso al que, en promedio, otorga actualmente la jurisprudencia, termina jugando en contra. Es lógico suponer que el concedente, como agente económicamente racional, no permanecerá impávido y formulará normas contractuales que limitarán el plazo de preaviso en cuestión. La cuestión es cómo se supone que reaccionarán los tribunales ante una norma contractual que disponga, por ejemplo, que se computará por un mes por cada año de relación con un*

límite máximo similar a cómo lo establecía, por ejemplo, el artículo 1373 del Proyecto de 1998 (dicha norma, como ya se expuso, disponía de un límite de seis meses)”.

Por mi parte interpreto que la jurisprudencia mayoritaria habrá de suscribir a lo dispuesto en los artículos 1508 inciso a), 1492 y 1493, es decir que el concedente que pretenda rescindir en forma unilateral y sin justa causa, deberá preavisar con una antelación de un mes por cada año de vigencia de la relación contractual sin tope de plazo máximo alguno, y que cualquier cláusula que ponga límites a esa obligación, será considerada inválida por aplicación de los artículos 988 incisos a) y b); y 962 párrafo segundo y 12 del CCCN, de conformidad a los mismos fundamentos que se expresan en forma precedente, referidos al supuesto de cláusulas convencionales que contemplen una rescisión unilateral y sin justa causa a favor del concedente con el fin de eludir la imperatividad del plazo mínimo de vigencia contractual que impone el artículo 1506. Es que como sostiene el juez de la SCBA, Dr. Eduardo de Lázari, en el voto transcrito precedentemente, *“Con el establecimiento de bases de reconocimiento de la desigualdad entre las partes contratantes y la construcción de la idea de intervención del Estado para la disminución de las diferencias, además de la fuerza de la voluntad del contrato concebida como autonomía privada, se exige considerar también al contrato como un instrumento justo y útil para los particulares y la sociedad toda (arts. 14, 16, 17, 28, 75 incs. 18 y 19, Const. nac.)”*.

Por su parte **referido al contrato de franquicia**, el CCCN en su Art. 1516 remite al Art. 1506, primer párrafo, correspondiente al contrato de concesión, que establece un plazo mínimo de duración de cuatro (4) años. Si tomamos en consideración el texto del Art. 1522 inciso b), correlativo del 1516, se colige claramente que el plazo mínimo de 4 años de vigencia y duración que deben tener los contratos de franquicia, se refiere

exclusivamente a los supuestos de contratos con plazo fijo de vencimiento y no de plazo indeterminado que tienen otra solución que más abajo se trata.

En su último párrafo, el Art. 1516 trae como novedad respecto a los otros contratos de distribución, la regla que dispone que al vencimiento del plazo pactado, el contrato *“se entiende prorrogado por plazos sucesivos de un (1) año, excepto expresa denuncia de una de las partes antes de cada vencimiento con treinta (30) días de antelación”*.

Vale decir, que si cualquiera de las partes no notifica a la otra antes de los treinta días de su vencimiento, su voluntad de extinguir el contrato a la fecha del vencimiento pactado, se entiende prorrogada la franquicia por un año más; y si tampoco manifiestan la voluntad de extinguir dicho contrato treinta días antes de que venza ese primer año de prórroga, de manera automática se ingresa en una segunda prórroga, circunstancia que pone operativa el último párrafo del Art. 1516 que prescribe que *“A la segunda renovación, se transforma en contrato por tiempo indeterminado”*.

Asimismo, distinto al Art. 1506, el 1516 y su correlativo 1522 inciso c), establecen, además, que se pueden pactar plazos inferiores en casos especiales de franquicias, vale decir, aquellas en que sus actividades y negocios se desarrollan en predios donde funcionan ferias o congresos, por el período en que estos eventos se mantienen activos.

Acerca de la regulación del preaviso y respecto a la duración mínima de los contratos de franquicia por tiempo determinado e indeterminado, el Art. 1522 inciso d) en su párrafo primero, regula a los contratos de franquicia con plazo de vencimiento determinado -que como sabemos no pueden ser inferiores a un plazo de 4 años Arts. 1516, párr. 1ero y 1506 CCCN -, y dispone que cualquiera que sea el plazo de vigencia del contrato o de sus sucesivas prórrogas, la parte que decida extinguir debe preavisar con una antelación de un (1) mes por cada año de antigüedad del contrato

hasta un máximo de 6 meses. Se advierte aquí una diferencia sustancial con relación a los contratos de agencia y concesión con fecha de vencimiento pactada, en los cuales no se impone la obligación de preavisar a la contraparte la extinción del contrato –ver Arts. 1492 párrafos primero y tercero y 1508 inciso a CCCN-.

Asimismo, el cómputo del preaviso no es igual al de la agencia y concesión, en cuyos casos de manera independiente al día del mes en que da inicio el preaviso, concluye al fin del mes calendario en que vence el plazo de preaviso respectivo; mientras que en el contrato de franquicia, el preaviso se cuenta a partir del día en que el mismo comienza y finaliza en el día exacto en que se cumplen los meses de preaviso de conformidad a los años de vigencia del contrato que se extingue.

Por último, en el Art. 1522 inciso d), párrafo segundo, referido a la rescisión unilateral de contrato de franquicia por tiempo indeterminado sin invocación de justa causa, se observa una manifestación del subsidio legal de que goza, pues establece que *“el preaviso debe darse de manera que la rescisión se produzca, cuando menos, al cumplirse el tercer año de su concertación”*; lo que significa que se reduce el tiempo mínimo de vigencia de duración del contrato de plazo indeterminado de los cuatro años fijados para la agencia y concesión, a los tres años que se establece para la franquicia.

Asimismo, tocante al plazo de preaviso de la franquicia de plazo indeterminado, se presenta el siguiente interrogante: corresponde, acaso, interpretar como lo hacen Junyen Bas y Rodríguez Leguizamón¹⁸, que el tope de seis (6) meses que fija el primer párrafo del inciso d) del Art. 1522 para el caso de los contratos de plazo determinado, es aplicable también a los de plazo indeterminado contemplados en el segundo párrafo de la

¹⁸ Ver pág. 631 del T. V del Código Civil y Comercial de la Nación dirigidos por Julio Cesar Rivera y Graciela Medina, antes citado.

norma o; por el contrario, es más ajustado interpretarla de un modo armónico con lo dispuesto en los contratos de agencia y concesión y sostener que el tope de seis meses de preaviso opera sólo en los contratos de duración determinada con una vigencia pactada superior a seis años, pero no en los contratos de duración indeterminada cuya duración supere dicha antigüedad, en tanto la rescisión unilateral dispuesta por una de las partes debe respetar las legítimas expectativas de continuidad de la otra, que ha cumplido con diligencia sus obligaciones y espera recibir un preaviso que sea acorde a los años de vigencia del contrato. Esta línea interpretativa es más compatible con la que se establece para los otros contratos de distribución; con la redacción del primer párrafo del inciso d), que refiere el tope para los contratos de duración determinada, mientras regula los contratos de plazo indeterminado en su segundo párrafo, sin definir específicamente la cuestión, salvo en la remisión al Art. 1493; y con el criterio que establece que toda limitación a derechos debe interpretarse en forma restrictiva, en lugar de hacerlo en pro de otro subsidio legal a favor del franquiciante. Sin perjuicio de inclinarme por esta última línea interpretativa, será una cuestión que habrá de dilucidarse jurisprudencialmente.

VII. Clientela. Otro aspecto que suscitó algunos diferendos en los diversos contratos de distribución, ha girado en torno al **aumento de la clientela** que suele verificarse a la fecha de conclusión del contrato en el ámbito del territorio donde goza de exclusividad, comparada con la existente a la fecha de la celebración del mismo. Es decir, si dada esta circunstancia, surge el derecho en favor del agente, concesionario o franquiciado a reclamar algún tipo de indemnización o compensación en su favor.

El Art. 1497 del CCCN legisla sobre la cuestión en materia de contrato de **agencia** y en su primer párrafo dispone que “*Extinguido el*

contrato sea por tiempo determinado o indeterminado, el agente que mediante su labor ha incrementado significativamente el giro de las operaciones del empresario, tiene derecho a una compensación si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales a éste”.

Para la procedencia de la compensación, la norma requiere que el incremento de clientela que se manifiesta al fin de la relación contractual, comparada con el nivel inicial, debe ser significativo, es decir, relevante, cuestión que será objeto de la ponderación judicial o de las partes, si ellas logran un acuerdo sobre dicho punto.

Entiendo que el aumento calificado como “significativo” por la norma, razonablemente no debiera ser menor al veinticinco por ciento para ser considerado relevante y no producto del natural paso del tiempo, de una situación de mejoría general de la economía o de un aumento proporcional similar y común a la mayoría de las agencias otorgadas por el empresario. Las dificultades en esta cuestión serán mayores cuando el agente cuyo contrato se extingue carece de antecesores y precedentes para comparar el nivel de clientes, por ser el primero que se desempeña en ese territorio.

Asimismo, el Art. 1497 exige que para que proceda la compensación por clientela en favor del agente, que el incremento generado durante su gestión, permita “continuar produciendo ventajas” al empresario una vez que el contrato de agencia ha concluido, vale decir que el engrosamiento del número de clientes no sea ocasional o temporalmente de excepción, sino que sea sostenido y estable durante un período de tiempo. Esta es otra situación sujeta a ponderación interpretativa, lo que hace suponer que existirá más de una controversia acerca de si el aumento de la clientela es susceptible de continuar con posterioridad a la finalización del contrato. La jurisprudencia deberá ir delimitando las pautas a tomar en consideración para evaluar si el aumento de clientes tiene un carácter estable que se

mantiene más allá del fin de la relación; no obstante, es posible suponer que si de la observación de los últimos doce a veinticuatro meses de vigencia del contrato surge que el aumento se manifiesta estable -o más aún si se revela constante-, el derecho del agente a reclamar la compensación no debería dar lugar a dudas, salvo que el proveedor acredite que dicho incremento encuentra relación causal adecuada con su actividad empresarial, como ser el lanzamiento de un nuevo producto que mereció la demanda masiva del mercado consumidor, o innovaciones en materia de marketing y publicidad que provocaron el aumento generalizado de las ventas.

El apartado tercero del Art. 1497 regula con precisión y claridad la forma de fijar el monto de la compensación, estableciendo un tope para la misma. Prescribe que *“A falta de acuerdo, la compensación debe ser fijada judicialmente y no puede exceder del importe equivalente de un (1) año de remuneraciones, neto de gastos, promediándose el valor de las percibidas por el agente durante los últimos cinco (5) años, o durante la duración del contrato si este es inferior”*.

En este punto, la única cuestión que podría originar una situación de conflicto, pasa por considerar que en el supuesto de atravesarse un período económico sujeto a una importante inflación de precios de bienes y servicios, el valor nominal de las comisiones devengadas cuatro o cinco años antes del fin del contrato, vendrían a carecer de representatividad a los efectos de determinar el promedio de las remuneraciones percibidas por el agente, situación, en tal caso, que habrá de requerir una solución jurisprudencial sustentada en criterios de justicia y equidad.

El último apartado del Art. 1497, que no revela una buena técnica legislativa en cuanto a su ubicación, deja a salvo el derecho del agente a reclamar los daños derivados de la ruptura por culpa del empresario,

derecho que, obviamente, es autónomo y de naturaleza distinta al derecho a la compensación por clientela que regula la norma.

El CCCN, respecto al contrato de **concesión**, no regula el derecho del concesionario a una compensación por incremento de la clientela al concluir el contrato. Obviamente que nada impide que las partes lo convengan contractualmente.

Ahora bien, en el caso de que el contrato de concesión celebrado entre las partes no contemple ni niegue el derecho a la compensación en virtud del incremento sustancial de la clientela producido durante la vigencia del contrato, aumento que proyecta su continuidad a una etapa posterior a su extinción, si dicho derecho es demandado por el concesionario, parece factible aplicar en forma analógica la regla del Art. 1497 prevista para el contrato de agencia. Este es también el criterio de Di Chiazza, quien en relación a la norma del artículo 1497 se pregunta si la ubicación de la norma en el capítulo del contrato de agencia, la hace o no aplicable a los contratos de concesión y distribución; a cuyo efecto afirma que “...A nuestro criterio, la norma sería aplicable analógicamente a los contratos que nos ocupan – alude a los de concesión y distribución-. Asimismo, agrega con agudeza, que *“En el caso de que se considere aplicable debe cuestionarse cómo debe interpretarse la expresión “incremento significativo”. y cómo se habría de probar el nexo causal, ya que aun cuando se verifique, hipotéticamente, ...el desafío para el concesionario será acreditar la relación de causalidad entre su actuación y aquel incremento, ya que bien podría estar asociado a otros factores directamente vinculados con el concedente o distribuido...”*

En materia de contrato de **franquicia**, el CCCN en su artículo 1518, inciso c), párrafo primero, dispone que “El derecho a la clientela corresponde al franquiciante”. Más allá de que sería muy difícil suponer que en contratos de adhesión a cláusulas generales predispuestas por el

franquiciante, se pacte una cláusula que establezca el derecho a la compensación por aumento de clientela en favor del franquiciado, la forma imperativa que ha sido redactada la norma permite interpretar que la disposición del Art. 1518 inciso c), párrafo primero, no es una norma supletoria de la voluntad de las partes, sino indisponible para ellas –Art. 962 in fine-. He aquí un nuevo caso de subsidio legal en favor del franquiciante destinado a promover los contratos de franquicias, a lo cual se añade lo dispuesto en el último apartado del Art. 1522, que establece la posibilidad de pactar una cláusula contractual que impida al franquiciado competir hasta el plazo de un (1) año de extinguido el contrato, cláusula que habrá de reforzar la protección del derecho a la clientela que se otorga al franquiciante.

VIII. Resolución del contrato: Además del supuesto de rescisión unilateral, que trae aparejado a favor de quien es sujeto pasivo de la rescisión dispuesta el derecho al preaviso y a la indemnización por daños que tengan causa adecuada con dicha rescisión no reparados por el preaviso, existen diversas causales de resolución contractual que la normativa del CCCN contempla.

En esta materia y referido a los contratos de **agencia, concesión y distribución**, los artículos 1494, sus correlativos, 1495/1496, y los Arts. 1509 y 1511 inciso b), legislan sobre el particular.

El Art. 1494 en sus seis (6) incisos enumerados de la letra a) a la letra f) –al cual remite el art. 1509- regula sobre los distintos supuestos de resolución.

El inciso a) dispone que el contrato de agencia se resuelve por muerte o incapacidad del agente. Claramente se destaca el carácter intuitu personae que para el proponente tuvo la elección de la persona humana que se desempeñó como agente durante la vigencia del respectivo contrato. De todos modos, nada impide que el proponente acuerde con los herederos del

agente la continuidad de la agencia si estos han adquirido experiencia e idoneidad junto al agente fallecido y, más aun, según la opinión de los Drs. Junyent Bas y Rodríguez Leguizamón en el Código Comentado bajo la dirección de Julio C. Rivera y Graciela Medina, los herederos son acreedores a la compensación por clientela en los términos del Art. 1497 y, por ende, sostienen que *“...pese a la afirmación dogmática de la norma, pensamos que el “término resolución de pleno derecho” requiere previamente el reconocimiento de dicha situación por ambas partes, y el preaviso pertinente a los herederos para que como acreedores de la indemnización que establece el Art. 1497 puedan tomar las medidas legales que tutelen sus derechos, inclusive, la continuación del contrato de agencia”*. Sin perjuicio de no compartir la última frase del párrafo transcrito atento la contundencia de la regla legal que prevé la resolución del contrato celebrado con el agente muerto, parece razonable admitir que si el mismo conformó una organización empresaria en torno a la actividad de agencia en la que participan sus herederos legitimarios, estos tengan derecho a gozar del período de preaviso según sea el tiempo de vigencia del contrato de agencia, a los efectos de que la empresa pueda reorganizarse en esa o en otra actividad.

Lo expresado es aplicable al supuesto de muerte o incapacidad del concesionario dado lo dispuesto por el Art. 1509, aunque su operatividad real sería presuntamente menor, en atención a que en una buena parte los concesionarios son sociedades comerciales en lugar de personas humanas.

El inciso b) refiere a un supuesto de resolución que encuentra causa en la “disolución de la persona jurídica (del preponente) que celebra el contrato” y siempre que no se trate de una disolución como consecuencia de una escisión o fusión, en cuyo caso el contrato puede continuar con alguna de las escindidas o la fusionada, salvo la excepción que contempla el Art. 1496, esto es que igualmente el contrato habrá de resolverse si la

escisión o fusión “causa un detrimento sustancial en la posición del agente”. Apuntan con razón los Dres. Francisco Junyent Bas y María Cecilia Rodríguez Leguizamón¹⁹, que este es otro supuesto en que no opera la resolución de puro derecho prescripta en el primer párrafo del Art. 1495, en tanto la disolución de la persona jurídica no impide su continuidad mientras se concrete su liquidación pues, como sostienen los autores citados, *“este término –disolución- implica simplemente el comienzo de la liquidación, y no el cese de las actividades”*. Asimismo, porque en el caso de la escisión y fusión las sociedades originales *“se disuelven, se incorporan o se separan, sin liquidarse para constituir una nueva, que adquiere la titularidad de los derechos y acciones de las sociedades disueltas”*, siendo el agente quien tendrá derecho a demandar la resolución si acredita que el cambio por la nueva sociedad proveedora le produce “un detrimento sustancial” en su actividad de promover los negocios objeto del contrato.

El inciso c) del Art. 1494 establece que el contrato de agencia se resuelve por la declaración firme de quiebra de cualquiera de las partes. Por su parte, los artículos 1, 125 y conc. de la LCQ n° 24.522, consagran el principio de universalidad que, en su aspecto subjetivo, les impone a acreedores y terceros contratantes del fallido hacer valer sus derechos en el marco de dicha ley concursal. Por ello, el contenido de la norma es en cierto modo innecesaria y no revela buena técnica legislativa, pues el supuesto que regula está contemplado de manera específica en el artículo 147 de LCQ, que establece que *“Los contratos en los cuales la prestación pendiente del fallido fuere personal e irremplazable por cualquiera que puedan ofrecer los síndicos en su lugar, así como aquellos de ejecución continuada y normativos queda resueltos por la quiebra. Los contratos de*

¹⁹ Ver T IV del Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, dirigido por los Dres. Rivera y Graciela Medina, antes mencionado.

mandato, cuenta corriente, agencia, concesión o distribución, quedan comprendidos en esta disposición". No obstante, si resultare acreditada la conveniencia de continuar la actividad de la empresa del quebrado en los términos de los Arts. 189, 190 y 191 de la LCQ, de modo excepcional sería posible diferir la resolución del contrato de agencia celebrado entre el fallido y el agente hasta tanto se produzca la liquidación de la empresa o alguno de los establecimientos "como unidad de negocio y con la explotación en marcha", ya que "muchas veces la continuación de estos contratos de distribución configuran la estructura esencial de la empresa; o, para ser más gráficos: sin contrato no hay empresa que pueda continuarse. Además el régimen de la continuación de la empresa es excepcional (Arts.189, 1º párrafo y 191, 1º párr.. LCQ) y por ello configurará una excepción al régimen general de los contratos. El Art. 191, inc. 6, LCQ, sólo establece que deberán explicitarse los contratos "en curso de ejecución" (género que incluye a los contratos regulados en este inciso) que se mantendrán. Además ha sido avalada por la doctrina"²⁰.

El inciso d) sobre vencimiento del plazo de duración del contrato es otra de las causales de extinción que prevé la norma. Como lo dispone el Art. 1495, la resolución opera de pleno derecho, pero si continúa después de concluido el plazo se transforma en un contrato de tiempo indeterminado –Art. 1491 párr. final y 1506 in fine-.

El inciso e) reglamenta la causal de resolución contractual que es consecuencia del "*incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones de una de las partes, de forma de poner razonablemente en duda la posibilidad o la intención del incumplidor de atender con exactitud las obligaciones sucesivas*".

²⁰ (F. Junyent Bas y Carlos M. Molina Sandoval, Ley de Concursos y Quiebras, T. II, Edit. Abeledo Perrot, Tercera edición, pag. 270, con citas de Francico Quintana Ferreyra y Horacio Roitman; y Pablo D. Heredia, T.5, Tratado Exegético de Derecho Concursal, Edit. Abaco, páginas 345/349).

La norma prevé dos supuestos de incumplimientos: el “grave” y el “reiterado”. El grave puede ser el único incumplimiento, pero por la importancia del mismo amerita la resolución, por ejemplo violar la obligación de exclusividad, no permitir al concesionario el uso de marcas y enseñas comerciales del concedente, no comprar al concedente las mercaderías y repuestos objeto de la concesión, etc. Por otro lado, pueden existir incumplimientos menos relevantes que por su repetición generan objetivamente dudas acerca de la voluntad o posibilidad que tiene una parte de cumplir regularmente con las prestaciones a su cargo, sobre todo porque estamos frente a contratos de larga duración y el transcurso del tiempo desde su celebración, pudo modificar el interés o la idoneidad para cumplir con su obligación o, incluso, la factibilidad fáctica para hacerlo. En estos supuestos, obviamente, a los efectos del procedimiento para resolver el contrato, la parte cumplidora deberá proceder de conformidad a lo dispuesto en el Párr. tercero del art. 1495 y Art.1078 incisos a) a h) y sus correlativos 1079 inciso b), 1080, 1081, 1082, 1083, 1084 y conc. del CCCN.

Por último, el inciso f) establece como causa de resolución la “disminución significativa del volumen de negocios del agente” o del concesionario o distribuidor en su caso. A los efectos de la resolución, son también aquí aplicables las normas mencionadas en el párrafo precedente que regulan la forma y efectos del acto por el cual se resuelve el respectivo contrato.

A mi modo de ver, en este supuesto la resolución puede ser dispuesta por el proveedor, pero también por el agente, concesionario o distribuidor, pues una disminución relevante del nivel de negocios y ventas, incluso en caso de ser causalmente ajena los sujetos del contrato, afecta a las dos partes, razón por la cual al tratarse de un contrato de larga duración que ha mutado en un mal e inconveniente negocio, reduciendo a la nada las

expectativas iniciales, es razonable otorgar a las partes el derecho a plantear su extinción. Obviamente, si dicha situación es consecuencia de falta de diligencia o de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones de cualquiera de ellas, dará a la otra el derecho a reclamar los daños y perjuicios causados –Arts. 1082 y conc. del CCCN-. Contrariamente a lo aquí expresado, no es esta la interpretación a la que arriban Junyent Bas y Rodríguez Leguizamón en la obra ya citada, quienes en la página 542 del T. IV del referido código comentado, sostienen que “...*con relación al caso del inc. f), resulta evidente que la disminución de los negocios se debe a causales imputables al agente para tornar operativa la causal de extinción y esta alternativa no sólo requiere del preaviso, sino también de la imputación de conductas que hayan conducido a la disminución de las ventas, bajo apercibimiento de resolución*”.

Asimismo, el artículo 1495, último párrafo, establece que se debe preavisar la decisión de resolver el contrato, siendo de aplicación a estos efectos lo dispuesto en el art. 1492, salvo que el agente o concesionario haya visto disminuir sus negocios durante dos (2) ejercicios consecutivos, “*en cuyo caso el plazo de preaviso no debe exceder de dos (2) meses, cualesquiera haya sido la duración del contrato, aun cuando el contrato sea de plazo determinado*”.

En relación al contrato de **franquicia**, tocante a la extinción del contrato, el artículo 1522, establece las siguientes reglas:

El inciso a) dispone que “*se extingue por la muerte o incapacidad de cualquiera de las partes*”. He aquí una diferencia respecto a la agencia y concesión que limitan este supuesto de extinción a la muerte o incapacidad del agente o concesionario, mientras que la franquicia lo extiende a ambas partes del contrato.

El inciso b) dispone que el contrato de franquicia sólo puede ser extinguido “dentro del plazo de su vigencia original, pactado entre las

partes”, *fundado en justa causa*. Y agrega, “Se aplican los arts. 1084 y siguientes”. Primer cuestión a destacar: se refiere al caso de contrato a plazo fijo, “dentro del plazo original” –y se añade: o dentro del mínimo legal-; más no en los casos de contratos a de plazo indeterminado o prorrogado. Vale decir, que transcurrido el plazo mínimo de tres (3) años - Arts. 1522 inc. c) y 1516 Párr.1ero.-, el contrato por tiempo indeterminado puede ser rescindido en forma unilateral por cualquiera de las partes, previo preaviso o indemnización sustitutiva en su caso: Art.1522 párrafos segundo y tercero en tanto establecen que “*En los contratos que se establecen 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 norma en análisis contempla el supuesto de que durante el período en que el contrato de franquicia se encuentra vigente, se manifieste un incumplimiento de carácter relevante de una de las partes –“esencial en atención a la finalidad del contrato”, califica el Art. 1084 -; incumplimiento que habilita el derecho de la otra a resolver el contrato mediante su denuncia por justa causa.

Obviamente, la justa causa se vincula a que en el caso se verifiquen los requisitos establecido en los distintos incisos del Art. 1084, a saber: a) que el cumplimiento estricto de la obligación en mora “*es fundamental dentro del contexto del contrato*”, incumplimiento que se verifica, por ejemplo, cuando el dador de la franquicia provee parcial y de modo claramente insuficiente los conocimientos técnicos imprescindibles para el desarrollo industrial o comercial del negocio franquiciado; o cuando se niega a prestar la asistencia técnica necesaria para operar el referido negocio; o, por el contrario, cuando el franquiciado no abona el canon o regalía a que se obligó en el contrato; o lleva a cabo actos o acciones que “ponen en riesgo la identificación o el prestigio del sistema de franquicia

que integra, o los derechos” intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, emblemas, etcétera, que dicho sistema comprende; o se niega a que el franquiciante lleve a cabo las inspecciones de control pactadas o las que sean adecuadas al objeto de la franquicia.

Asimismo, el inciso b) del Art. 1084, considera que es esencial el incumplimiento, cuando “el cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del mantenimiento del interés del acreedor”; por ejemplo cuando el franquiciante se obliga a capacitar a los dependiente que elige el franquiciado durante la vigencia del contrato y no cumple con su obligación previo al ingreso del dependiente, ni en fecha posterior inmediata, pese a estar debidamente comunicado de la situación de marras y requerido en forma fehaciente a fin que realice las respectivas capacitaciones.

El Art. 1084 en su c) también considera esencial el incumplimiento cuando “*priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar*”. Tal es el caso que puede ocurrir -verbi gracia-, si el franquiciado no recibe del dador el manual de operaciones, razón por la que se ve impedido de lograr el pleno conocimiento práctico que resulta fundamental a la hora de garantizar el éxito comercial que razonable y objetivamente pudo alcanzar en la hipótesis de haber contado con toda la información requerida para operar exitosamente el negocio franquiciado.

El inciso d) del Art. 1084, obviamente considera como esencial el incumplimiento doloso –“intencional”- de una obligación a cargo de cualquiera de las partes y; por último, según alude el inciso e), si “*el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor*”, circunstancia que amerita considerar que el deudor no está dispuesto a cumplir más con las obligaciones a su cargo.

Siguiendo con el análisis del artículo 1522, su inciso c) se refiere a los contratos de franquicia con plazo menor a tres (3) años, que encuentran

su justificación por corresponder a las situaciones especiales que contempla el párrafo segundo del Art. 1516, esto es, los que tienen por destino concretar los negocios y actividades que hacen a su objeto en “*ferias, congresos o actividades desarrolladas dentro de predios o emprendimientos que tienen prevista una duración inferior o similar*”; los cuales, según reza el inciso de mención, “*quedan extinguidos de pleno derecho al vencimiento del plazo*” de duración que en cada caso corresponda a esos tipos peculiares de franquicia, es decir que en tales supuestos las partes no están obligadas a preavisar la extinción del contrato de franquicia.

Asimismo, el inciso d) del Art. 1522, regula el sistema del preaviso en los supuestos de extinción del contrato de franquicia, a cuyo efecto me remito a las consideraciones efectuadas más arriba en el punto en que se aborda lo referido al preaviso.

El último apartado del inciso d) del Art. 1522 del CCCN, permite que las partes convengan una cláusula que imponga al franquiciado una obligación de no hacer, consistente en abstenerse de competir con el franquiciante en un territorio “razonable habida cuenta de las circunstancias” y hasta el plazo de un año de concluido el contrato de franquicia por cualquier causa. La finalidad de la norma es evitar que en forma inmediata a concluir el contrato, el franquiciado aproveche el know-how adquirido comercializando productos similares o desvíe en su beneficio la clientela que sumó durante su gestión como franquiciado; sin embargo, es probable que se susciten diferendos en la determinación de cual es el “territorio razonable”, sobre todo cuando coexisten en un mismo centro urbanos o en centros urbanos contiguos y lindantes, distintos establecimientos de la franquicia en cuestión.

IX. Contrato de distribución: Una visión de tipo general, pero específica, amerita el contrato de distribución. Ello por cuanto el CCCN

sólo se refiere a él en el inciso b) del artículo 1511, en tanto prescribe que las normas que corresponden al capítulo 18 referido al contrato de concesión, se aplican a los “contratos de distribución, en cuanto sean pertinentes”.

La primera duda que se presenta es si estamos frente a un contrato nominado o innominado en los términos del Art. 970 del CCCN. Este considera que serán “*nominados e innominados según que la ley los regule especialmente o no...*”.

Oswaldo J. Marzorati, que en La Ley del 25.03.2014 analiza de manera enjundiosa toda la problemática de la regulación del contrato de distribución stricto sensu, aborda la cuestión críticamente y sostiene que en el Art. 1511 inc. b) el código “Lo nombra y lo regula por remisión”. Y agrega a continuación que: “*¿Es esta referencia escueta a la distribución acaso una regulación especial, en los términos del art. 970?. Mi respuesta en un primer momento fue que es un contrato innominado, pero sin embargo el proyecto lo denomina claramente; por lo tanto una primera cuestión es si es nominado un contrato cuyo nombre sólo se menciona pero se regula por remisión. La respuesta es afirmativa, hay ejemplos claros en el código de Vélez: la compraventa gratuita se regula por las normas de la donación, por remisión. Por otra parte un contrato que desde hace largos años no está regulado, pero ha sido tipificado por la doctrina y aun por la jurisprudencia, como lo sostuvo la Sala C en lo Comercial, demuestra que es un contrato tipificado, bien sea porque está denominado como tal, o porque los usos y costumbres lo han tipificado de todas maneras, por vía de la jurisprudencia y por los aportes de la doctrina*”. Por mi parte adhiero al razonamiento del jurista citado.

Más allá de compartir la mirada crítica de Marzorati acerca de que técnicamente no es atinado legislar el género, es decir el contrato de distribución, a través de su remisión a la especie –el contrato de concesión–,

y que no ha sido la mejor solución y revela cierta inconsistencia legislar minuciosamente respecto del de agencia, mientras se aborda al contrato de distribución en sólo un inciso, siendo que este último es un contrato utilizado con mas intensidad y frecuencia; la cuestión principal pasa por dilucidar e interpretar cuales son las normas y principios del capítulo del contrato de concesión que son pertinente aplicar al contrato de distribución.

En este punto del análisis, previo a adentrarnos en determinar que normas de la concesión le son aplicables, es atinado observar cuales son las características principales del contrato por el cual el distribuidor se obliga a poner su organización empresaria a disposición del fabricante o importador distribuido, a fin de vender por cuenta y nombre propio mercaderías que éste le provee para una zona determinada, habitualmente en simultáneo con la venta de otros productos no competitivos que también distribuye, recibiendo una retribución que es el margen entre el precio de compra y venta o excepcionalmente una comisión por venta, en el supuesto de que el distribuido financie el stock de mercaderías que entrega al distribuidor. No obstante, en cualquier caso, existe autonomía jurídica y patrimonial entre el distribuido y su distribuidor.

Son contratos consensuales, bilaterales, onerosos, de larga duración, conmutativos, intuitu personae, de colaboración, de adhesión a cláusulas predispuestas por el distribuido, aunque el contrato manifiesta ser en su género, el de menor contralor por parte del proveedor y por ende, el que revela menos intensidad a la integración en una red de contratos conexos. Asimismo, es informal y puede ser exclusivo o no exclusivo. Como en la concesión, existe una obligación de suministro por parte del proveedor, con lo cual se diferencia de aquellos contratos en que el fabricante o importador realiza ventas individualizadas a comerciantes que adquieren para revender; y al igual que en la concesión, en forma mayoritaria el contrato se presenta con una cláusula que otorga al distribuidor exclusividad para distribuir en

una zona territorial determinada. Marzorati, comparando ambos contratos, afirma que *“si pensamos en un contrato de concesión, no cabe duda que comparte la mayor parte de sus rasgos, pero no todos, como no podía ser de otra manera, ya que la concesión es una distribución refinada, y los usos y costumbres en nuestro país han dado ciertas características a este contrato que excede a la circunstancia visible de que la distribución puede ser verbal y donde su rasgo esencial no es la exclusividad, como en la concesión”*.

Por consiguiente, se distingue con el contrato de concesión, en que este último visto desde la normativa del nuevo código es informal, pero desde la práctica del tráfico es un contrato que siempre se instrumenta por escrito, lo que significa que en su tipicidad social, el de concesión es un contrato formal; además, se diferencian en que en la concesión predomina claramente la integración en virtud de las cláusulas generales predispuestas redactadas por el concedente, al que adhieren el conjunto de los concesionarios integrantes de la red, mientras que el contrato de distribución en sentido restringido, puede celebrarse hasta en forma verbal, otorga al distribuidor mayores márgenes de libertad en lo referido a los sistemas y métodos de comercialización, de administración, contabilidad o financiación, siendo normal que no sea un distribuidor exclusivo, aunque no competitivo, y que tal circunstancia sea una característica apreciada por los distribuidos, que consideran una ventaja y oportunidad potencial de obtener una clientela más numerosa, producto de que el distribuidor ofrece al mercado otros productos que pueden o no ser complementarios, siempre que no compitan con el suyo; en la concesión, por el contrario, no se concibe que el concesionario pueda comercializar otra marca que no sea la del concedente, siendo en tal sentido una obligación esencial del concesionario la de comercializar con exclusividad esa marca. Por último, también se distingue en que el distribuidor stricto sensu, no presta un

servicio de reparación, pues deriva por recomendación del principal a otros que actúan como service oficial o recomendado; no se obliga en garantía por la calidad del producto, más allá de la responsabilidad objetiva que le endilga el Art. 40 de la LDC 24.240; y, desde otro lado, las mercaderías de manera ordinaria tienen un valor económico o tecnológico menor que los automóviles, camiones, tractores o cosechadoras, que conforman el universo habitual que es objeto de los contratos de concesión, aunque en el caso de la distribución de algunas maquinarias y herramientas agrícolas, estemos en presencia de productos cuyo precio de venta o sofisticación tecnológica sea similar o más elevado que el de algunos automóviles.

Las facultades de control del proveedor se circunscriben a verificar el estado de conservación de las mercaderías en poder del distribuidor y su precio de venta. Las obligaciones básicas del distribuido son las de mantener un suministro constante y continuo acorde con la demanda de productos en calidad y cantidad requerida por el distribuidor; la entrega del certificado de garantía que proviene de la fábrica y que el distribuidor adjunta al cliente con la venta respectiva; el suministro de repuestos y accesorios y en su forma más habitual, la cláusula de exclusividad territorial a favor del distribuidor, que obsta al proveedor a competir con él en forma directa o a través de otros distribuidores; obligaciones, todas ellas, cuyo incumplimiento trae aparejado el derecho a resolver el contrato y en su caso, reclamar los daños y perjuicios por parte del distribuidor (-Lorenzatti, Tratado de los Contratos, T.I 624/625, E. Rubinzal-Culzoni-). Asimismo, en cumplimiento del deber de buena fe, debe colaborar en la información que el distribuidor le requiera a los efectos de facilitar los negocios y brindar una mejor atención al público consumidor.

Por su lado, el distribuidor se obliga a comprar y pagar los productos al proveedor, actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios en las actividades comerciales destinadas a la venta al público de las mercaderías

objeto del contrato de distribución y, derivado de su obligación de buena fe, debe informar al proveedor en relación a las operaciones que haya realizado y del stock de productos que tenga en existencia y, asimismo, debe abstenerse de comercializar productos de la competencia, con excepción, como apunta Marzorati, en mercaderías cuyo precio de venta es de menor valor, por ejemplo relojes, herramientas manuales etcétera.

De lo expresado, surgen algunos criterios preliminares en relación a la dificultad mayor que presenta la aplicación del Art. 1511 inciso b) acerca de la determinación de las normas del contrato de concesión que no es pertinente aplicar en la regulación del contrato de distribución stricto sensu.

La primera cuestión a analizar es el plazo mínimo de vigencia del contrato de concesión que el Art. 1506 párrafo primero fija en 4 años. Como precedentemente se señala, el legislador al establecer un mínimo legal del plazo de duración del contrato de concesión ha tenido en cuenta el relevante capital que el concesionario ha debido invertir para satisfacer las condiciones requeridas a los fines de vender exclusivamente los automóviles nuevos y repuestos de la marca del concedente, como también la inversión exigida en equipamiento para atender el servicio de los productos vendidos a su clientela. La amortización de esas inversiones requiere de un plazo que en casos singulares podrá ser mayor o menor a cuatro años fijados, pero que en términos generales es en un estándar legal que habrá de reducir la litigiosidad en este tema.

En materia de distribución la situación es distinta, en la medida que el distribuidor no es exclusivo de un solo fabricante, sino que suele distribuir productos y mercaderías de otros géneros o especie que pueden ser o no complementarios entre sí. Por consiguiente, las inversiones efectuadas se amortizan en el conjunto de los diversos contratos que a celebrado el distribuidor. Además, no se exige al distribuidor la obligación de prestar los servicios de pre entrega, garantía o mantenimiento al cliente,

cuya responsabilidad es asumida por la fábrica o importador, que lo delegan en terceros designados oficialmente o recomendados por ellos, circunstancias que en general también contribuyen a que las inversiones del distribuidor sean significativamente inferiores a las del concesionario.

Por ello entendemos que el plazo mínimo de 4 años que establece el Art. 1506 no es de aplicación pertinente al contrato de distribución, siendo incumbencia de la futura jurisprudencia, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso, determinar en los casos de contratos de plazo indeterminado, el plazo mínimo de vigencia del contrato que se estima satisface las expectativas que las partes a la época de celebración pudieron tener de conformidad a los *“alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”* –artículo 961 CCCN-.

Tocante a todas las cuestiones que susciten la aplicación e interpretación del artículo 1511 inciso b), en los supuestos de que las normas del contrato de concesión no son pertinentes en el de distribución stricto sensu, Marzorati sostiene que *“se debe aplicar la voluntad de las partes, en primer lugar, para regir sus obligaciones, es decir, la autonomía de la voluntad; en segundo lugar, por las normas generales de los contratos; en tercer lugar, por los usos o prácticas del lugar de celebración y sólo si éstas no existiesen; en último lugar, según el orden del artículo 970; la de los contratos afines en cuanto fueren compatibles y se adecuen a su finalidad”*.

Asimismo y a los mismos efectos, debe tomarse en consideración las reglas de los artículos 1° y 2° del CCCN, particularmente en materia de “fuentes y aplicación”, en tanto se establece que *“Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables...A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieran a ellos o en situaciones no*

regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”. Vale decir, que la jurisprudencia y la práctica comercial serán fuentes insoslayables para resolver los diferendos que se deriven de la aplicación del Art. 1511 inciso b) referido a normas impertinentes respecto al contrato de distribución, en casos en que las partes no hayan regulado convencionalmente las diversas situaciones conflictivas y dudosas que se puedan presentar.

Tampoco parece pertinente aplicar las reglas de los artículos 1492 y 1493 a través de la remisión de los artículos 1508 inciso a) y 1511 inciso b) del CCCN.

En efecto, el plazo de preaviso en las hipótesis de contratos de duración indeterminada, debiera tener una solución distinta en el contrato de distribución que la regulada para el de concesión. Pues, como ya se analizó, el contrato de concesión en principio es exclusivo para ambas partes –Art.1503-, lo que genera en el concesionario una mayor expectativa de continuidad y duración, circunstancia que se acrecienta con las ingentes inversiones que le demanda poner en marcha el negocio concesionado y justifica establecer un plazo de preaviso mayor de naturaleza resarcitoria a favor de quien es sujeto pasivo de una rescisión unilateral; presupuestos fácticos y circunstancias que normalmente no se verifican en los casos de distribución, donde el distribuidor no realiza inversiones significativas - excepto en los casos de distribución de maquinarias agrícolas que pueden requerir una mayor inversión en el inmueble que exhiba y guarde las mismas-, y no existe, salvo pacto expreso, exclusividad entre las partes, con excepción de la obligación del distribuidor de aprovisionarse exclusivamente del fabricante o importador respectivo. En suma, estos contratos manifiestan un vínculo de perdurabilidad más inestable y menos comprometido que el que corresponde a la concesión y, por ende, una expectativa de continuidad más leve, factores que ameritan una solución

distinta a la que prevén los Arts. 1492, 1493, 1506 párrafo 1°, 1508 inciso a).

En ese supuesto, es dable suponer que la jurisprudencia futura acudirá a precedentes anteriores a la sanción del CCCN, que morigeró el plazo de preaviso en los casos de rescisión de contratos de distribución de plazo indeterminado, distinguiendo que existiera o no convenio de exclusividad entre las partes, pautando un mayor plazo de preaviso cuando el distribuidor goza del beneficio de exclusividad, circunstancia que justifica poseer una expectativa superior acerca de la continuidad y durabilidad de la relación contractual. Referido a esta cuestión, Marzorati, en el trabajo publicado en La Ley aludido anteriormente, menciona el caso de un contrato de distribución de 30 años de antigüedad, y señala que *“según lo estableció la jurisprudencia, rescindido sin preaviso suficiente, generó una compensación fijada arbitrariamente en 18 meses”*, mientras que si se aplican las normas del Art. 1492/3, debiera haber alcanzado a 30 meses. Y es el propio Marzorati el que adiciona un argumento interesante para justificar una solución distinta al contrato de concesión. Afirma que en la distribución no existe resarcimiento, sólo una compensación por la reorganización, ajuste y prescindencia o reubicación de una parte del personal de la empresa distribuidora, sobre todo cuando no existe exclusividad para ambos sujetos del contrato, salvo la obligación de aprovisionamiento. Agrega que *“la práctica jurisprudencial en nuestro país, fue que el distribuidor que era terminado intempestivamente no tenía derecho a una indemnización para cubrir su lucro cesante, sino el costo de su reacomodamiento en el mercado”*.

Es que en estos casos, el distribuidor podrá continuar con el giro de su actividad comercial, sólo menguada en el sector afectado por la rescisión unilateral; mientras que el concesionario, al producirse la rescisión unilateral dispuesta por el concedente, pone en cese toda la actividad y

deberá recrear absolutamente su actividad empresarial, siendo muy poco factible su continuidad en el ramo con otra marca, pues generalmente habrán de existir concesionarios de la competencia en actividad efectiva en la zona en que actuó, razón por la cual “el plazo previsto -del preaviso- para la concesión equivalente a un mes de utilidad por cada año que el contrato estuvo vigente es mucho más severo y corresponde a una indemnización”.

Consecuentemente en principio no son de aplicación, salvo pacto expreso, el artículo 1503, 1504 incisos b). Tampoco el inciso c), en tanto no el control del distribuido respecto del distribuidor es mucho más flexible; no es de práctica el uso de manuales que normativicen las instrucciones y los servicios de garantías o mantenimiento quedan a cargo del proveedor en forma directa o a través de terceros ajenos al distribuidor. En relación al inciso e) del Art. 1504, sólo sería aplicable en casos de que exista exclusividad por ambas partes, pues si existen varios distribuidores en la zona o el distribuidor distribuye diversos productos, el uso de la marca o enseñas comerciales del distribuido no es consistente.

Acerca de las obligaciones del concesionario del artículo 1505, no parece en principio pertinente el inciso d); el c), en lo referido al equipamiento que en las concesiones se requieren para atender los servicios de garantía y mantenimiento de los que está exento el distribuidor; el inciso e), en cuanto la flexibilidad del control que ejerce el distribuido no es conducente con la adopción por parte del distribuidor de sistemas de ventas, publicidad y contabilidad que el concedente tiene derecho a imponer a su concesionario. Del mismo modo es impertinente con la mayor libertad de acción que tiene el distribuidor respecto a su proveedor, la obligación que impone al concesionario el inciso f) consistente en “*capacitar a su personal de conformidad con las normas del concedente*”.

De todas formas, las consideraciones efectuadas son sólo opiniones que se infieren de las diferencias esenciales existentes entre los contratos de concesión y distribución *stricto sensu*, determinadas por los usos, prácticas comerciales, doctrina y jurisprudencia anterior. Por ello, la interpretación que en torno del inciso b) del artículo 1511 del CCCN se efectúe, será una de las actividades hermenéuticas más interesantes que gestará el derecho judicial en materia contractual en los próximos años.