

Voces: UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ CONTRATO ~ CONTRATO COMERCIAL ~ FRANCHISING ~ FRANQUICIADO ~ FRANQUICIANTE ~ PLAZO ~ CLAUSULA ~ EXTINCION DEL CONTRATO

Título: El contrato de franquicia en el Código Civil y Comercial

Autor: Heredia, Pablo D.

Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 21/04/2015, 353

Cita Online: AR/DOC/464/2015

Sumario: I. Noción conceptual del contrato. — II. Elementos del contrato. — III. Caracteres. — IV. Clases de franquicia. — V. El sistema de negocios como nota tipificante. — VI. Obligaciones del franquiciante. — VII. Derechos del franquiciante. — VIII. Obligaciones del franquiciado. — IX. Derechos del franquiciado. — X. Duración del contrato. — XI. Cláusulas contractuales válidas. — XII. Cláusulas contractuales nulas. — XIII. Régimen de responsabilidad. — XIV. Extinción del contrato. — XV. El derecho de competencia y el contrato de franquicia.

I. Noción conceptual del contrato

El art. 1512 del Código Civil y Comercial de la Nación prescribe 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...".

El precepto sigue de cerca el texto del Proyecto de 1998, tal como se señala en los Fundamentos del Anteproyecto de 2012, bien que con tres variantes: a) hay modificación en la redacción inicial de la norma, ya que el aludido proyecto decía: "...Por el contrato de franquicia, el franquiciante otorga al franquiciado el derecho a utilizar..."; b) en el proyecto no aparecía la palabra "emblema"; y c) después de la referencia al conjunto de conocimientos técnicos aparecía el siguiente paréntesis: "...(*know how*)...".

Asimismo, se informa en los Fundamentos del Anteproyecto de 2012, que las definiciones normativas de la sección destinada al contrato de franquicia han seguido el modelo de UNIDROIT [\(1\)](#).

Es de observar que el Proyecto de 1998 y el Código Civil y Comercial de la Nación, dieron autonomía legislativa al contrato de que se trata, pues en el proyecto de Reformas redactado por la comisión designada por decreto 468/92, se lo regulaba por remisión a las disposiciones del contrato de concesión en lo que resultara pertinente (art. 1341).

A su turno, en los "Fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998" se dice que las fuentes normativas tenidas en cuenta para la regulación del contrato (fuentes que, por lo antes visto, deben considerarse también propias del Código Civil y Comercial de la Nación de 2014), son las leyes estatales de los Estados Unidos de Norteamérica [\(2\)](#) y los Reglamentos de la ex Comunidad Económica Europea (CEE) n° 4087/88, 556/89 y 2349/84 (punto n° 219 de los citados Fundamentos).

A todo evento, importa advertir con relación a estas últimas fuentes una diferencia no recogida por el Código Civil y Comercial de la Nación, cual es la que existe entre la franquicia como conjunto de derechos y el contrato que la tiene como objeto.

En efecto, el Reglamento (CEE) n° 4087/1988 definía tanto lo que debía entenderse por "franquicia" diciendo que era "...un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimientos, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, *know-how*, que deberán explotarse para la reventa de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales..." (art. 1.3, ap. "a"); como igualmente lo que, como concepto distinto, debía entenderse por "acuerdo de franquicia" explicitando que debía ser tenido por tal "...el contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho de explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios y que comprende por lo menos: el uso de una denominación o rótulo común y una prestación uniforme de los locales y/o los medios de transporte de objeto del contrato; la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un *know-how*, y la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo..." (art. 1.3, ap. "b") [\(3\)](#).

A la luz de tal distinción, que el Código Civil y Comercial de la Nación no hace pero que tampoco descarta, puede ser afirmado que si la franquicia es el conjunto de bienes inmateriales enumerado -de modo no taxativo, según se verá- en el propio art. 1512, el contrato de franquicia no ha de ser otra cosa que aquél por el que onerosamente una parte "otorga a otra" el uso de dicho conjunto, o mejor, la licencia de explotación de ese conglomerado de bienes y elementos intangibles.

Esa licencia de uso lo es, valga observarlo, de un conjunto "orgánico", lo que se refleja en la idea del legislador de que se está en presencia de un "sistema" ya "probado".

En efecto, como se explica en los Fundamentos del Proyecto de 1998 en la regulación particular del contrato se hace especial referencia a la vinculación de la franquicia con un sistema probado bajo un nombre comercial o marca del franquiciante, que es el centro de la razón económica del contrato (cit. punto n° 219). Es decir, lo que pone en juego esa transmisión orgánica de bienes inmateriales o intangibles agrupados en un conjunto es un "sistema", ya "probado" con antelación, a fin de que el franquiciante pueda reproducir fielmente la imagen de la empresa franquiciadora, integrándose plena y uniformemente en una red de franquicias. De ahí que, para posibilitar su lícito uso por el franquiciado, el objeto del contrato deba comprender "todos" los bienes inmateriales que han sido determinantes para su consolidación en el mercado, seguido de la "prestación continua de asistencia técnica o comercial" que garantice la permanente reproducción de la imagen empresarial franquiciada.

De tal suerte, no hay franquicia cuando la actividad del franquiciado no se realiza bajo la pauta y diseño operacional del franquiciante (sistema probado), o si este no presta conocimientos técnicos o asistencia técnica o comercial (know-how) (4).

Desde luego, a la autorización dada al franquiciado para utilizar un sistema probado de comercialización de bienes o servicios identificados con el franquiciante, puede sumarse la entrega por este último de bienes materiales, fundamentalmente mercancías o materias primas y a veces también el mobiliario o los locales, todo lo cual se identifica con uno de los elementos reales del contrato que integrarán el patrimonio de la empresa del primero.

II. Elementos del contrato

a) Elementos reales.

a.1) El conjunto de elementos patrimoniales que constituyen la franquicia.

Fue dicho que el objeto del contrato de franquicia está representado por la autorización a favor del franquiciado del derecho de utilizar un sistema probado de comercialización de bienes o servicios de carácter inmaterial o intangible que identifican al franquiciante.

En tal sentido, el art. 1512, primer párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación alude a la utilización del nombre comercial, el emblema y la marca del franquiciante.

El "nombre comercial", otrora regulado pero no así denominado por la ley 3975 (5), se identifica en la legislación actualmente en vigor con la "Designación de Actividades" regulada como instituto propio del derecho industrial en la ley 22.362 (arts. 27 a 30) (6). Puede ser el nombre de una persona física o jurídica, un seudónimo, una palabra de fantasía, etc., con el que se designa una actividad, con tal que no se refiera a la actividad misma, no sea el modo genérico o habitual de designar la actividad de que se trate y, en general, que no trasgredan las prohibiciones genéricas de los arts. 2 y 3 de la ley 22.362. La "Designación de Actividades" cuya propiedad se adquiere, sin necesidad de registro, por el uso sólo con relación al ramo en el que se la utiliza y se pierde por el no uso, esto es, por el cese de la actividad designada (arts. 28 y 29 de la ley 22.362), puede ser objeto de transmisión en una transferencia de fondo de comercio, aporte a una sociedad, donación, expropiación, embargo, transferencia mortis causa (7) y, desde luego, objeto de cesión o licencias (8), forma jurídica esta última bajo la cual es que puede ser utilizada por el franquiciado en el marco del contrato estudiado.

De su lado, cuando el art. 1512, primer párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación alude a la utilización de la marca del franquiciante, remite al signo distintivo de productos o servicios, cuya regulación, alcance, protección y sistema de registración se prevé en los arts. 1 a 26 de la ley 22.362 (9). Desde luego, las marcas pueden ser objeto de un contrato de licencia (10) y es con ese alcance que su uso puede insertarse en un contrato de franquicia. En efecto, todos los sistemas de franquicia implican o involucran la autorización de uso y aprovechamiento de una marca, dando ello lugar incluso a formas específicas de franquicia de licencia de marca registrada, donde más allá del producto o servicio que pueda estar comprometido, el peso superlativo de la franquicia lo constituye el pertinente signo distintivo del franquiciante (11). Desde esta perspectiva se ha dicho que la marca franquiciada debe ser favorable y largamente conocida, esto es, notoria (12).

La referencia al "emblema" del franquiciante contenida en el citado art. 1512, primer párrafo, no es algo distinto a lo anterior y, por ello, resulta acaso superflua. Es que el "emblema" es una marca constituida por un dibujo, que gráficamente puede representar cualquier ser u objeto (13). En otras palabras, hubiera bastado al legislador mencionar la marca, sin hacer referencia al emblema como si fuera un instituto distinto ya que no lo es.

Pero más allá de los derechos inmateriales referidos precedentemente, es claro que el Código Civil y Comercial de la Nación no los menciona estableciendo con ellos un "numerus clausus". Por el contrario, el párrafo segundo del art. 1512 menciona, además, bien que en contexto distinto a la definición contenida en el primer párrafo, la posibilidad de que la franquicia contemple patentes de invención y derechos de autor. De tal suerte, el conjunto de bienes inmateriales o intangibles que es objeto del contrato de franquicia puede estar también integrado por una licencia voluntaria de patentes de invención (14) o de institutos que le son próximos como los modelos de utilidad (15) y los modelos o diseños industriales (16).

Asimismo, la franquicia puede también involucrar derechos de autor (17), por ejemplo, con relación al llamado Manual Operativo, los manuales de instrucciones o programas de ordenador, etc. (18).

Las licencias de tales elementos de propiedad industrial o intelectual, se ha dicho, hacen a la principal finalidad del contrato de franquicia, que consiste en la "clonación" de la empresa franquiciadora para la completa identificación exterior de la franquicia con la imagen empresarial de aquella (19).

Es de notar, a esta altura, que las licencias sobre derechos de propiedad industrial o intelectual de que se ha hablado son instrumentales con relación al contrato de franquicia. De ahí que no sea admisible reducir la naturaleza del contrato de franquicia a la concesión de tales licencias (20). Tan es así que, por ejemplo, existen supuestos de franquicia de distribución en los que propiamente no hay licencia de derechos de propiedad industrial, vgr. cuando el franquiciado no es autorizado a explotar la marca, sino que recibe productos con marca del franquiciador que han sido así introducidos por este último en el comercio (21). Por lo demás: I) la asimilación de la franquicia al contrato de licencia no es compatible con la naturaleza habitual de las relaciones de colaboración —tendientes a establecer un sistema vertical— existentes entre franquiciador y franquiciado, en las que este último suele asumir una posición de marcada subordinación (22); y II) a diferencia de lo que ocurre en la licencia, en la franquicia el franquiciante normalmente se compromete a llevar a cabo una labor mucho más activa de control que garantice el mantenimiento de la reputación de la franquicia (23).

Sin perjuicio de lo anterior, al lado de la transmisión de los bienes inmateriales o intangibles mencionados, puede sumarse, como ya se dijo, la entrega de bienes materiales, fundamentalmente mercancías o materias primas. Esto último puede tener lugar en forma "directa", por suministro de los propios bienes por el franquiciador y con carácter duradero; o en forma "indirecta", a través de las normas y especificaciones de calidad impuestas por el propio sistema o el acceso a la línea de proveedores autorizados. A veces, la transmisión comprende mobiliario y sede física o locales.

El cúmulo de bienes inmateriales o intangibles e incluso materiales de que puede ser objeto el contrato de franquicia se acopla, esencialmente, como se ha visto y lo determina el art. 1512, a la provisión de un "conjunto de conocimientos técnicos".

Este último es el que se conoce como "know-how", expresión anglosajona que estaba en el texto del Proyecto de 1998, pero que resultó eliminada en el art. 1512 del Código Civil y Comercial de la Nación, siguiendo al Anteproyecto de 2012.

El "know-how" ha sido definido por la Cámara Internacional de Comercio, en informe de las sesiones del 17 y 18 de octubre de 1957, diciéndose que "...La totalidad de los conocimientos, del saber especializado y de la experiencia volcados en el procedimiento y en la realización técnica de la fabricación de un productos puede por tanto ser denominado 'art de fabrication'...". En la misma sesión se precisó que "...Este concepto puede designar no solamente fórmulas y procedimientos secretos, sino también una técnica que guarde conexión con procedimientos de fabricación patentados y que sea necesaria para hacer uso de la patente. Puede también designar procedimientos prácticos, particularidades y conocimientos especializados técnicos, que fueron siendo obtenidos por un productor a través de investigaciones y que no deben ser adquiridos aun por la competencia..." (24).

Es, en síntesis, un "saber hacer" que se transmite (25).

Pues bien, cuando el "know-how" es objeto de contrato, se refiere genéricamente a aquél por el cual una parte se obliga a informar a la otra los conocimientos, fórmulas, pericia o especial habilidad técnica, necesarias para obtener un producto logrado como fruto de un proceso de estudio o experiencia, estando el beneficiario facultado a utilizar toda la información sobre un proceso industrial específico que constituye un modo especial de transferencia de tecnología (26). Más ampliamente, con la expresión contrato de "know-how" se tiende a designar los acuerdos, que tienen relevancia contractual autónoma, mediante los cuales una parte comunica a la otra los conocimientos dirigidos a la solución de problemas técnicos y que no se hallan cubiertos por patentes, a fin de que la última pueda efectivizarlos en su propia actividad empresarial (27).

Pues bien, formando parte o integrando una franquicia, la transmisión por el franquiciante al franquiciado de ese saber hacer o "know-how", es esencial para su propia configuración empresarial. En efecto, es la transmisión del "know-how" (como auténtico bien, aunque inmaterial y, como tal, poseedor de un valor patrimonial de suficiente entidad como para ser objeto de negocios), lo que contribuye a dotar de una adecuada "organización" al conjunto de bienes patrimoniales (inmateriales o no) transmitidos, porque él mismo se establece como un conjunto de conocimientos y técnicas previsto para una determinada explotación económica, esto es, un método empresarial de comercialización, de prestación de servicios, o de fabricación, específico y particularizado (sistema). De esta manera, el franquiciado que no tiene la experiencia necesaria para poner en marcha dicho conjunto patrimonial (todavía estático) puede utilizar tal "saber hacer", comprensivo de conocimientos técnicos que incluyen la experiencia global ya acumulada por el franquiciante, para posibilitar la iniciación de su propia actividad empresarial bajo franquicia (28).

Principalmente existen dos tipos de "know-how" aplicado a un contrato de franquicia. Uno es el "industrial", apto para el contrato de franquicia de producción de bienes. Otro es el "comercial", necesario para los contratos

de franquicia de distribución o de servicios, en el que lo que interesa es la transmisión de conocimientos sobre ideas o procedimientos comerciales (29). En este último caso, el "know-how" del contrato de franquicia viene caracterizado por tres elementos: I) Su "esencialidad" para la franquicia a la que ha de reportar ventajas indudables en el mercado por la información que implica sobre técnicas de venta (conjunto de productos y/o servicios ofrecidos en forma original y específica), de relaciones con la clientela, de gestión administrativa y financiera, etc.; II) Su posibilidad de "explotación exclusiva", por tratarse de técnicas experimentadas no fácilmente deducibles por terceros; y III) El "control de esas técnicas y constante actualización" de ellas por el franquiciador (30). En cambio, tratándose de "know-how" de tipo "industrial", la franquicia tendrá un contenido mucho más técnico comprensivo de procedimientos de fabricación o de aquellos que sirven para la aplicación de técnicas industriales dentro de la empresa (31). Es de notar que la terminología del art. 1512 del Código Civil y Comercial alude solamente a la franquicia con "know-how" de tipo "comercial", pero nada impide que ese precepto y los siguientes gobiernen lo atinente al tipo "industrial" (arg. art. 1524).

No es inútil insistir en cuanto a que el "know-how" es un aspecto de importancia fundamental para todas las partes implicadas en el contrato de franquicia. Es de importancia en primer lugar para el franquiciador, ya que el "know-how" que ha acumulado durante años en su actividad como empresario y sobre todo como franquiciador, es el que (junto a sus otros activos de propiedad intelectual) resulta distintivo de "su" sistema de franquicia, dando a todos los miembros de la red una ventaja sobre sus competidores. Pero lo es también, obviamente, para el o los franquiciados, ya que la comunicación del "know-how", junto con la concesión de las necesarias licencias de propiedad intelectual e industrial, forma la base sobre la cual habrán de conducir sus negocios. Y que el franquiciado lo haga de manera uniforme está asegurado por las funciones supervisoras del franquiciador, incluso para el caso de existencia de subfranquicias, como se verá más adelante (32).

Íntimamente vinculado a lo anterior está el aspecto, referido explícitamente por el art. 1512 del Código Civil y Comercial de la Nación, atinente a la obligación por el franquiciante de proveer al franquiciado a posteriori una prestación continua de asistencia técnica o comercial.

Es decir, el "know-how" no se agota en una única entrega, sino que ha de mantenerse a modo de asistencia comercial y/o técnica durante toda la vigencia del contrato de franquicia. En efecto, una vez transmitido el "know-how" se habrá de proceder después a su permanente actualización, considerándose dicha prestación del franquiciante, por tanto, de ejecución sucesiva, porque los elementos que lo componen habrán de adaptarse constantemente a la evolución de las técnicas, las necesidades del mercado, de la clientela, etc., lo que lleva consigo que la propia "red" en general y cada una de las empresa franquiciadas integrantes de ella en particular, queden sujetas a eventuales cambios, variaciones o mejoras (33). Suele comprender esto último directrices sobre el diseño y decoración del establecimiento, comunicación de stocks mínimos según plaza, organización y lanzamiento de la publicidad nacional o internacional de la red, etc. (34). Toda modificación del "know-how" debe haber sido previamente experimentada (35).

Vale observar, en fin, que dentro de los elementos reales del contrato de franquicia no se comprende la clientela (art. 1518, inc. "c", del Código Civil y Comercial de la Nación). En efecto: cuanto más existirá de parte del franquiciado una expectativa de ganarla con el tiempo al amparo de la marca franquiciada. Desde tal punto de vista, el franquiciado será titular de una clientela propia (36).

Y tampoco es un elemento real de la franquicia que se transmita al franquiciado las relaciones del franquiciante con los proveedores, quien mantiene una relación directa con estos últimos, poniendo al franquiciado en una relación "indirecta" a través de la lista que de aquellos se le proporcione como parte del "know-how" que se le transmite (37).

a.2) El precio del contrato.

El precio es también un elemento real del contrato de franquicia.

El Código Civil y Comercial de la Nación pone a cargo del franquiciado su pago estableciendo, de paso, sus posibles modalidades en distintos preceptos. Así, en el art. 1512 in fine se habla de una "...prestación directa o indirecta del franquiciado..."; en el art. 1513, inc. "a" in fine se alude a "...contraprestaciones específicas..."; y en el art. 1515, inc. "e", el Código refiere a "...las prestaciones comprometidas, entre las que pueden pactarse contribuciones para el desarrollo del mercado o de las tecnologías vinculadas con la franquicia...".

El pago del precio se fundamenta en la bilateralidad o reciprocidad contractual, como contraprestación de la adquisición del derecho por el franquiciado a utilizar un sistema destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo la designación o signo distintivo del franquiciante, un "know-how", así como a recibir una posterior y continua asistencia técnica o comercial (art. 966 del Código Civil y Comercial de la Nación).

En la práctica de los negocios, el precio a pagar por el franquiciado presenta normalmente dos variantes.

En primer lugar, el franquiciado se obliga a pagar un precio inicial. Se trata del llamado arancel de franquicia, canon inicial, initial-fee o droit d'entrée. Es una retribución o matrícula que el franquiciado debe pagar al franquiciante para ingresar a la red de comercialización (38). Se trata de la contraprestación que el franquiciado abona al franquiciante por todos los elementos recibidos y que comprenden el conjunto o la unidad de elementos patrimoniales y organizados objeto de transmisión, de los cuales se podrá valer para la explotación

de la empresa (39). De tal suerte su pago se justifica una vez puestos a disposición del franquiciado los elementos patrimoniales y organizados que constituyen la base de la empresa franquiciada (40), pudiendo concebirse, cumplida que sea esa puesta a disposición, como no reembolsable, salvo la terminación de la franquicia antes de que empiece a operar (41).

Independientemente de lo anterior, el contrato de franquicia se integra con el pago de un canon o precio periódico fijo (durante todo el contrato o expuesto a cláusulas de revisión semestral, anual, etc.), o bien variable calculado, vez a vez, sobre los resultados de la explotación, dándose en este caso último una suerte de participación por el franquiciante en los resultados económicos de la empresa del franquiciado, lo que exige por parte de aquél el ejercicio de un permanente control de la evolución del negocio, el cual habrá de ser facilitado por la carga informativa prevista por el art. 1515, inc. "b", del Código Civil y Comercial de la Nación (vgr. en las franquicias comerciales, verificación de volúmenes de venta brutas realizadas en un período determinado en función de precios de reventa sugeridos o precios de catálogo para la generalidad de la red de franquicias; y en las franquicias industriales, verificación sobre las cantidades de productos fabricados, a los fines del cálculo del correspondiente canon).

Cualquiera sea la hipótesis, el precio debe ser determinado o determinable, bajo pena de nulidad (42).

b) Elementos personales.

Franquiciador y franquiciante son empresarios que pueden ser personas humanas con capacidad de derecho y de ejercicio (arts. 22 y 23 del Código Civil y Comercial de la Nación) o bien personas jurídicas con aptitud, según el ordenamiento jurídico, para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación (art. 141, cit. Cód.).

El elenco más significativo lo integran franquicias entre sociedades, normalmente de responsabilidad limitada o anónimas.

En cualquier caso, tanto el franquiciador como el franquiciado forman empresas autónomas, jurídicamente independientes, no pudiendo estar unidos por lazos de dependencia o subordinación jurídica alguna. Y si bien frente a terceros se crea una apariencia de "indiferenciada actividad comercial", o sea, una especie de dependencia funcional del franquiciado respecto del franquiciante, lo cierto es que ambos tienen su propia personalidad y, en ese entendimiento, asume cada uno los riesgos derivados de la actividad desarrollada (43), aparte de que necesariamente habrán de poseer un nombre individual o una denominación o razón social distinta (44).

Bajo tal prisma conceptual, el art. 1512, tercer párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación prescribe que "...El franquiciante no puede tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado...", condición que no estaba prevista en el Proyecto de 1998, pero que apareció en el Anteproyecto de 2012, siguiendo lo dispuesto por el art. 3º, inc. "d", del Reglamento de la CEE 4087/88.

Es menester detenerse aquí para hacer un análisis particular de este último aspecto inherente al elemento personal del contrato.

El art. 1512, tercer párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación alude al control societario previsto en el art. 33 de la Ley de Sociedades n° 19.550, directo o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada (control por persona interpuesta), en sus dos formas participacionales o accionarias, a saber: I) control interno de derecho ("...participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias..."); y II) control interno de hecho ("...influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas...", según el inciso 2º del mismo art. 33) (45).

Bien entendido, el citado art. 1512, tercer párrafo, no descarta que el franquiciante pueda tener una participación accionaria, directa o indirecta, representativa del capital social de la sociedad franquiciada. Solamente establece que esa participación accionaria no puede ser controlante. Es, pues, la aparición del control societario (interno de hecho o de derecho), esto es, el poder de dominación (46) sobre la asamblea ordinaria de la sociedad franquiciada, lo que no puede tener el franquiciante.

Desde luego, si tal dominación controlante apareciera, el franquiciante estaría obligado a desinvertir, pudiendo la Inspección General de Justicia actuar en ejercicio de las facultades que le brinda el art. 301, inc. 2º, de la ley 19.550.

La justificación de semejante limitación es simple. Si el franquiciante ha adquirido acciones o participaciones sociales de la sociedad franquiciada sin posibilidad de establecer un control o dominio, aparece una especie de relación de mera dependencia societaria. Es lo que se llama franquicia asociativa, que se produce cuando el franquiciante posee una tenencia accionaria no controlante del capital de la sociedad franquiciada, estableciéndose entre uno y otro no más que una relación negocial más fuerte, así como un grado de confianza que puede ser mayor. Pero cuando la adquisición accionaria tiene la virtualidad de otorgar al franquiciante el poder de influir en la independencia jurídica de la sociedad franquiciada participada, se corre el riesgo de que tan amplio dominio pueda finalmente convertirla en una filial. En tal caso, se produciría un fenómeno según el

cual el franquiciador se inmiscuye en la actividad desarrollada por la sociedad franquiciada, situación que conduce a una desviación del sistema, a una pérdida de la caracterización que es propia del contrato examinado, pudiendo llegarse al caso extremo de una virtual adquisición por el franquiciante de la empresa franquiciada, incluyéndola de este modo en su red directa de comercialización y produciéndose el "rescate" de la misma. Lo que se impide, es pues, que el franquiciante por la vía del control societario, pueda interferir en la gestión directa y responsable del establecimiento franquiciado, cuyo titular frente a terceros se ha de presentar como el único garante de su actividad (47). En última instancia, se protege a tales terceros o, lo que mismo decir para el caso, el interés público y de las buenas prácticas comerciales.

Otro aspecto, distinto del anterior, atinente a la configuración de los elementos personales del contrato, es el definido en el segundo párrafo del art. 1512 del Código Civil y Comercial de la Nación: "...El franquiciante debe ser titular exclusivo del conjunto de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás comprendidos en el sistema bajo franquicia; o, en su caso, tener derecho a su utilización y transmisión al franquiciado en los términos del contrato...". A nuestro modo de ver, la norma debe interpretarse del siguiente modo: a) al tiempo de celebrarse el contrato el franquiciante debe ser titular de los derechos de propiedad industrial o intelectual involucrados en la franquicia (48); b) tal titularidad debe ser del conjunto de los bienes inmateriales o intangibles licenciados al franquiciado, es decir, de todos, no bastando que sea de algunos; c) la titularidad debe, además, ser exclusiva, lo que no impide que se trate de derechos intelectuales de coautoría (49), de marcas registradas en copropiedad (50), de invenciones patentadas en conjunto (51), etc.; sin embargo, cuando exista una titularidad conjunta o copropiedad del bien inmaterial o intangible de que se trate, el franquiciante debe tener autorización otorgada por los demás titulares conjuntos o copropietarios, para utilizar el derecho intelectual, la marca, la patente, etc. en el marco de un contrato de franquicia, bajo la licencia respectiva (52); d) solo cumpliéndose lo anterior, puede juzgarse al franquiciante como titular exclusivo del conjunto "orgánico" objeto de la franquicia.

c) Elementos formales.

El contrato de franquicia es consensual (art. 957), pero requiere la forma escrita, lo que se deduce del art. 1514, inc. "a", del Código Civil y Comercial de la Nación, que alude a su firma. Tal forma escrita es ad probationem (art. 969 del Código Civil y Comercial de la Nación).

De tal suerte, el contrato de franquicia se construye habitualmente a partir de un Preámbulo y de la definición del objeto contractual, al que siguen las licencias de marcas, patentes, etc.; la declaración de transmisión del "know-how"; las cláusulas específicas de actuación (exclusividad, prohibiciones, etc.); enumeración de los derechos y obligaciones de las partes; duración, renovación y resolución; cláusulas de arbitraje, etc. (53).

No es forma exigible la inscripción registral del contrato. En este aspecto, el Código Civil y Comercial de la Nación adopta la solución del Proyecto de 1998, en cuyos Fundamentos se lee lo siguiente: "...No se ha seguido una corriente, impuesta en algunos estados de los Estados Unidos de Norteamérica, que requiere la inscripción de los contratos de franquicia en un registro especial de carácter estatal, ni se ha estimado conveniente establecer formas de publicidad registral o de otro carácter para las ofertas de franquicias. El recargo burocrático y administrativo no parece, en la actual evolución de los negocios y de las corrientes económicas argentinas, una solución plausible...".

III. Caracteres

Existe amplio consenso en cuanto a que el contrato de franquicia presenta los siguientes caracteres:

1. Es un contrato bilateral, oneroso y conmutativo (arts. 966 a 968 del Código Civil y Comercial de la Nación).

2. De tracto sucesivo, porque las prestaciones a cargo de ambas partes se repiten y deben cumplirse en periodos convenidos y/o de modo fluyente, sea el contrato de tiempo determinado o no.

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

4. Normalmente, pero no siempre, es de adhesión (art. 984 y conc. del Código Civil y Comercial de la Nación) (54).

5. Es contrato de colaboración pues las partes, sin apartarse de la posición antagónica que cada una tiene respecto de la otra en el marco de la bilateralidad o reciprocidad obligatoria (contrato de cambio), han de concurrir ambas, no obstante, al resultado final de la franquicia, colaborando la una con la otra, tanto en las tratativas preliminares, como en la etapa de ejecución contractual, en materia de intercambio de información, transmisión de conocimientos técnicos y comerciales, etc. Todo ello, sin embargo, sin llegar a la configuración de un contrato asociativo (art. 1442 y ss. del Código).

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

IV. Clases de franquicia

El Código Civil y Comercial de la Nación, aunque con la finalidad de brindar pautas de interpretación, propone en los dos primeros incisos del art. 1513 dos clases de franquicia: la mayorista y la de desarrollo.

La franquicia mayorista, dice el Código, es aquella en virtud de la cual el franquiciante otorga a una persona física o jurídica un territorio o ámbito de actuación nacional o regional o provincial con derecho de nombrar subfranquiados, el uso de sus marcas y sistema de franquicias bajo contraprestaciones específicas (inciso "a", del art. 1513 cit.).

El concepto, bien se ve, se refiere a la posibilidad de establecer subfranquias por parte del franquiciado, con autorización del franquiciante, lo que también se conoce como master franquicias (55).

Al respecto, se explica en la "Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional" de UNIDROIT (capítulo 7) que "...Los acuerdos de franquicia principal internacional no se realizan normalmente en forma de contrato celebrado por tres partes. La estructura a tres niveles o grados se obtiene usualmente mediante dos contratos distintos: el contrato de franquicia principal entre el franquiciador y el subfranquiador y el contrato de sub-franquicia entre el sub-franquiador y el sub-franquiado. De este modo el sub-franquiador es quien selecciona normalmente a los futuros sub-franquiados de la red y quien firma un contrato de sub-franquicia con cada uno de ellos. Sin embargo hay también casos en que el franquiciador identifica a posibles subfranquiados y exige al sub-franquiador que firme contratos de subfranquicia con las personas o entidades identificadas. El punto de disputa es la medida en que el franquiciador puede influenciar, o incluso controlar, la selección de los sub-franquiados y la redacción de los contratos de sub-franquicia (...) El contrato de franquicia principal y los contratos de sub-franquicia deben ser incluidos entre las herramientas de importancia para ayudar al franquiciador a conseguir una reproducción de su concepto de franquicia. De este modo, el contrato de franquicia principal puede imponer una obligación al sub-franquiador de utilizar contratos de sub-franquicia tipo que sean más o menos idénticos al contrato de franquicia de unidad tipo que el franquiciador utiliza en su propio país, con la diferencia de haber sido traducido al idioma del país anfitrión (...) Un franquiciador por lo tanto tendrá básicamente dos opciones a su disposición: I) el franquiciador puede obligar al sub-franquiador a utilizar su contrato de franquicia de unidad tipo y puede exigir conformidad con todas sus estipulaciones a menos que entren en conflicto con leyes, costumbres, o prácticas comerciales obligatorias del país anfitrión, siendo esencialmente el sub-franquiador responsable únicamente de la traducción del contrato y de los documentos anexados; o II) el franquiciador puede proporcionar una estructura básica para el contrato, incluyendo algunas disposiciones obligatorias, pero dejar la redacción efectiva del contrato de sub-franquicia tipo al sub-franquiador..."

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

La franquicia de desarrollo es un modo de franquicia directa, del mismo modo que lo es la tradicional franquicia de unidad. Como se explica en la "Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional" de UNIDROIT (capítulo 1-A, III), en "...la franquicia de unidad el franquiciador mismo otorga franquicias a franquiciados individuales en el país extranjero. En este caso existe un contrato internacional del que el franquiciador y el franquiciado son partes. Esta forma de franquiciar no es frecuentemente utilizada en la franquicia internacional, a menos que sea entre países que geográfica y culturalmente estén cercanos uno del otro. En la mayoría de los casos los contratos concernidos se referirán a negocios que implican inversiones económicas considerables, tales como franquicias hoteleras (...). En el caso de los contratos de desarrollo al promotor se otorga el derecho a abrir un número múltiple de unidades según un programa predeterminado y dentro de un área dada. El franquiciador y el promotor pueden celebrar un acuerdo de unidad para cada unidad que el promotor abra, en cuyo caso existirá un contrato marco de desarrollo al igual que algunos contratos de unidad, todos entre el franquiciador y el promotor. El contrato de desarrollo puede por otra parte cubrir tanto el contrato marco como los contratos de unidad. Según los contratos de unidad el promotor es un franquiciado normal con los mismos derechos y obligaciones que cualquier otro franquiciado. Los contratos de desarrollo, que hasta hace poco no eran comunes en la franquicia internacional, están recibiendo ahora mayor importancia en países que se hallan distantes geográficamente del país del franquiciador. En un contexto internacional esta forma de contrato presenta problemas específicos que no existen necesariamente dentro de un contexto nacional. Estos incluyen la sustanciosa financiación que se requiere para crear una red. Para poder abrir varias unidades de acuerdo con un programa predeterminado el promotor debe tener considerables medios económicos. Si el acuerdo es insatisfactorio, es muy caro para el franquiciador, o para otro posible promotor, hacerse cargo de la red. Programas de desarrollo poco realistas tienden también a causar problemas, aunque ésta no es una cuestión que se limite a la franquicia internacional, ni ciertamente a los contratos de desarrollo..."

Las franquicias pueden clasificarse también en comerciales o industriales (arg. art. 1524). Otra clasificación posibles es la de franquicias "propias" e "impropias": entre las primeras se encuentra la "franquicia de empresa" (business format franchising) que encuadra la duplicación y desarrollo de un negocio; en cambio, las segundas son asimiladas a formas de distribución comercial, tales como la concesión comercial. Desde perspectiva distinta, también se señala que en la materia existen cuatro tipos de franquicias: 1) de distribución; 2) de marcas y nombres comerciales; 3) de fabricación, y 4) de explotación (56).

V. El sistema de negocios como nota tipificante

Prescribe el art. 1513, inc. "c", del Código Civil y Comercial de la Nación que se entiende por sistema de negocios "...el conjunto de conocimientos prácticos y la experiencia acumulada por el franquiciante, no patentado, que ha sido debidamente probado, secreto, sustancial y transmisible. Es secreto cuando en su conjunto o la configuración de sus componentes no es generalmente conocida o fácilmente accesible. Es sustancial cuando la información que contiene es relevante para la venta o prestación de servicios y permite al franquiciado prestar sus servicios o vender los productos conforme con el sistema de negocios. Es transmisible cuando su descripción es suficiente para permitir al franquiciado desarrollar su negocio de conformidad a las pautas creadas o desarrolladas por el franquiciante..."

El franquiciador, como se ha visto, transmite su know-how, asistencia y una metodología comercial y de trabajo que permite el desarrollo de la empresa del franquiciado. Transmite, en otras palabras, un sistema de negocios, con provecho para ambas partes. En efecto, el franquiciador logra con la transmisión del sistema una rápida, barata y excelente red de distribución, que potencia su marca, elevando el valor intangible de su activo, sin utilizar recursos propios ni endeudarse para la financiación de propias delegaciones o sucursales, participando en cambio franquiciados independientes que acceden al riesgo de su propio negocio. A su vez, estos últimos, obtienen el conocimiento de una técnica industrial o comercial, que ha debido ser ensayada previamente con buenos resultados (57), el apoyo de actuar bajo una marca potente y con prestigio, y la asistencia en el complejo devenir empresarial (58).

La transmisión del sistema de negocios de que se habla se hace efectiva, obviamente, no solo con la entrega del conjunto de bienes integrantes de la franquicia, sino también con el suministro de la guía o instrucciones para su puesta en marcha y ejecución posterior, normalmente condensada en un manual de operaciones.

Sobre el particular, la "Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional" de UNIDROIT (capítulo 2 A-1) señala que "...La definición del sistema normalmente describirá brevemente el negocio que es objeto de la franquicia, mientras que todos los detalles normalmente estarán contenidos en un manual de operaciones que proporciona instrucciones sobre el funcionamiento adecuado de la franquicia; técnicas de administración tales como controles de inventario, contabilidad, prácticas de personal y compra; características de los productos; métodos de mercadotecnia o publicidad; así como cualesquiera otros aspectos del negocio que se considere que forman parte del sistema que el sub-franquiciador está llamado a desarrollar. La definición incluirá normalmente: I) una descripción de la naturaleza del negocio, incluyendo los métodos, procedimientos y técnicas de funcionamiento, técnicas de garantía de calidad, diseños distintivos y estandarizados para productos, locales o establecimientos; II) una referencia al know-how que comprende el sistema; III) una referencia a las marcas, logos, nombres comerciales, imagen corporativa y otras características que identifican el sistema; IV) una descripción de aspectos clave del método de negocio que lo hacen único; y V) una descripción del prestigio del nombre, así como de la imagen pública uniforme y atractiva que a todas las unidades de franquicia se les exige reflejar. Dependiendo de la naturaleza de la franquicia, el know-how transmitido normalmente incluirá métodos de mercadotecnia, formulaciones de productos, técnicas de preparación y entrega de productos, procedimientos de compra, medidas sanitarias, estándares de calidad y control, formación, administración de inventarios, contabilidad, diseño de instalaciones y semejantes. La mayoría de los sistemas de franquicia adoptan el enfoque del formato comercial, que incluye virtualmente todos los aspectos de hacer negocios que podrían ser de importancia para el éxito de la franquicia. El know-how representa así el conjunto de experiencia ganada por el franquiciador en el curso de su actividad como empresario y como franquiciador. Es esta experiencia la que el franquiciador ha utilizado para desarrollar procedimientos y métodos que son efectivos para su tipo de negocios. Los elementos individuales del know-how pueden no ser únicos, lo que en cambio sí es único es la manera en que los diferentes elementos se combinan y utilizan. Los elementos individuales de este know-how comercial no se encuentran por lo tanto protegidos, ni es posible protegerlos por ser libremente accesibles a todos. Sólo cuando el know-how es secreto es posible protegerlo y proceder contra cualquiera que haya adquirido el know-how por medios ilegítimos. En una mayoría de sistemas de franquicia el know-how adquiere gran valor al haber sido desarrollado en un sistema que se identifica por las marcas distintivas y por otros activos exclusivos. Este valor aumenta más por el creciente número de unidades franquiciadas uniformes que contribuyen a la creación de la imagen y el prestigio fuertes asociados con un sistema de franquicia, particularmente si es grande. El otorgamiento de derechos de franquicia puede compararse con un acuerdo global, en el que normalmente se incluye una licencia para utilizar todo el know-how, tanto el exclusivo como el que no lo es..."

VI. Obligaciones del franquiciante.

Las obligaciones del franquiciante pueden ser anteriores a la firma del contrato, concomitantes con su celebración, y propias de la etapa de ejecución. Incluso puede haber obligaciones post-contractuales.

El art. 1514 del Código Civil y Comercial de la Nación determina las obligaciones del franquiciante, pero sin establecer un número clausus. Asimismo, algunas de ellas también pesan sobre la contraparte, aunque el Código no lo diga.

Veamos.

a) Obligaciones anteriores a la firma del contrato.

a.1) Información precontractual.

El primer inciso del art. 1514 impone al franquiciante la obligación de "...proporcionar, con antelación a la firma del contrato, información económica y financiera sobre la evolución de dos años de unidades similares a la ofrecida en franquicia, que hayan operado un tiempo suficiente, en el país o en el extranjero...".

El deber de información en la etapa precontractual como exigencia útil para deshacer la asimetría de los conocimientos que las partes pudieran tener acerca del objeto del futuro negocio, sus ventajas y riesgos, y para permitir que cada una decida entrar o no en el contrato con conocimiento cabal de lo que está haciendo, debe entenderse como común en cualquier situación, pero particularmente cuando las partes no se encuentran en un plano de igualdad negocial, habiendo un contratante fuerte y otro débil (59).

Con particular relación al contrato de franquicia, la doctrina ha señalado que en la etapa precontractual, el deber de información no solo pesa sobre el franquiciante, sino también sobre el franquiciado, dentro del marco de una necesaria actitud de colaboración recíproca (60). El Código Civil y Comercial de la Nación, empero, establece formalmente esa obligación precontractual solamente del lado del franquiciante, con los indicados alcances previstos en el art. 1514, inc. "a"; y nada semejante impone al franquiciado, cuyas obligaciones informativas parecerían nacer recién en la etapa de ejecución (art. 1515, inc. "b").

Más allá de observar que la diferenciación que hace el Código en este punto parece tener explicación en la consideración de ser el franquiciante el contratante "fuerte" y normalmente el "predisponente" del contrato, pesando sobre él, por tanto, una indudable carga informativa que cumplir a favor del futuro franquiciado, lo cierto es que, en realidad, el deber de información precontractual pesa, bien que de distinto modo, sobre ambas partes.

Así, a requerimiento del franquiciante, el futuro franquiciado tiene la carga de informarle sobre su capacidad empresarial y financiera para emprender la explotación de la franquicia, esto es, sus cualidades personales, económicas y solvencia.

De su lado, el franquiciante debe informar sobre las ventajas de la franquicia, su viabilidad, características y proyecciones, a fin de no convertir la operación en una "venta de humo". Es a tal particular efecto que el Código alude al suministro de información económica y financiera sobre la evolución de dos años de unidades similares a la ofrecida en franquicia, que hayan operado un tiempo suficiente, en el país o en el extranjero.

Pero, obviamente, el deber de información precontractual del franquiciante no puede agotarse en lo anterior, ya que también pesa sobre él, aunque no lo diga el Código, una obligación de comunicación de los términos de la futura contratación, en todo aquello que es contenido de las condiciones generales o cláusulas predisuestas, cuya redacción debe ajustarse a criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

a.2) Responsabilidad precontractual por infracción al deber de información.

Se debe reconocer la existencia de responsabilidad por el daño ocasionado a las partes por la omisión o suministro inexacto de información en la etapa precontractual, teniendo ello fundamento en los mandatos de la buena fe, la "correttezza", la lealtad y las reglas y uso del tráfico moderno (61).

Ahora bien, la cuestión de la información precontractual está ligada a las circunstancias que induzcan a error a la otra parte (62). En tales condiciones, la omisión en el deber de información en la etapa precontractual no resulta sancionada de forma autónoma sino cuando entraña un vicio del consentimiento (63).

Este criterio es perfectamente aplicable al contrato de franquicia. En efecto, el vicio del consentimiento causado en el error de los datos suministrados o conseguidos, o cuando dolosamente se ha comunicado informaciones falsas sobre las condiciones de la franquicia, la capacidad financiera de la empresa, etc., además de eventualmente invalidar el contrato, abre la puerta al resarcimiento de los daños y perjuicios a que hubiera lugar (64).

Es de observar, no obstante, que no pueden ser reprochados al franquiciante los simples errores de estimación suyos relativos a las bondades de la franquicia, que incluso pudieran haber sido objeto de una publicidad excesiva. Es decir, no hay responsabilidad por haber suministrado al franquiciado datos optimistas acerca del futuro desarrollo de la franquicia. La responsabilidad aparecería, en cambio, solamente frente a la presentación de datos irreales y fantasiosos (65). En cualquier caso, la cuestión debe ser examinada teniendo en vista también que el franquiciado es un comerciante independiente que, en tanto profesional, debe ser avezado y prudente; de ahí que no pueda entenderse víctima de una publicidad excesiva del franquiciante (66).

a.3) Confidencialidad.

El Código Civil y Comercial de la Nación determina como una obligación propia de la etapa de ejecución del contrato que está a cargo del franquiciado, la de mantener confidencialidad sobre la información reservada que integra el know-how y demás aspectos mencionados por el art. 1515, inc. "d".

Sin embargo, el deber de confidencialidad se extiende también a la etapa precontractual y pesa sobre ambas partes.

En efecto, tanto el franquiciante como el futuro franquiciado tienen el deber, fundado en la buena fe, de guardar reserva acerca de las informaciones que recíprocamente hubieran intercambiado a causa de las tratativas preliminares, y que no fueron dadas a otros fines distintos que los previstos para el futuro contrato. En efecto, en consideración al principio de buena fe que ha de imperar en toda negociación previa a la conclusión de un contrato de franquicia, los sujetos que en ella participan contraen la obligación de no hacer revelación de lo que hayan podido averiguar acerca del otro negociante, porque dado que en dicha fase puede llegar un momento en que una de las partes tratantes ha podido tener acceso a ciertos datos, informaciones o conocimientos secretos que de otra manera no habría podido obtener, está obligado a guardar la debida reserva, ya que en caso de divulgarlos, causando con ello un daño a la otra parte, quedará obligado a resarcirlo (67).

a.4) Responsabilidad precontractual por infracción al deber de confidencialidad.

También la infracción al deber de secreto y confidencialidad puede originar una responsabilidad precontractual (68).

Cabe observar, en particular, que la ilícita divulgación de informaciones o conocimientos secretos podría tener sanción en los términos de la ley 24.766, arts. 1º, 3º y conc., siempre que la contraparte hubiera sido prevenida. La divulgación importa un acto de competencia desleal (69).

b) Obligaciones concomitantes con la celebración del contrato

b.1) Poner a disposición la franquicia.

El art. 1514, inc. "b", del Código Civil y Comercial de la Nación, impone al franquiciante la obligación de "...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...".

La norma alude a la comunicación del know-how, pero debe interpretarse de modo más amplio.

En efecto, la fundamental obligación del franquiciante que debe cumplir concomitantemente con la celebración del contrato y que permitirá su ejecución, no es otra que entregar la franquicia al co-contratante, y ello implica no solo comunicar el know-how sino, más ampliamente, poner a disposición del franquiciado cada uno de los elementos o bienes considerados como esenciales, sea materiales o inmateriales, necesarios para que pueda comenzar la explotación de la franquicia.

El objeto de la obligación se concreta, pues, en transmitir "todo" el conjunto de elementos patrimoniales organizados, esto es, el sistema probado de negocios que habrá de ser el soporte de la empresa del franquiciado.

Tal puesta a disposición no es posible ser cumplida, desde luego, bajo una única modalidad, pues el conjunto a transmitir está compuesto por bienes heterogéneos entre sí, regidos cada uno por su propia ley de circulación.

Veamos.

I) Transmisión del know-how.

Es el caso específicamente previsto por el art. 1514, inc. "b", del Código Civil y Comercial de la Nación.

En el contrato de franquicia, la transmisión del "know-how" se verifica, normalmente, a través de una licencia, según la cual el licenciante-franquiciador no pierde la titularidad del "saber hacer" transmitido, ni la posibilidad de explotarlo, sin perjuicio de las restricciones asumidas a tenor de las cláusulas de exclusividad interpuestas en el propio contrato; de su lado, el licenciario-franquiciado queda autorizado a su explotación durante un cierto tiempo y en las condiciones pactadas contractualmente. Sea que se trate de un "know-how" de tipo "industrial" o "comercial" la licencia se otorga bajo el deber de guardar secreto, aspecto sobre el cual se volverá más adelante al tratar sobre las obligaciones del franquiciado.

En cualquier caso, y por tratarse de la transmisión de un bien incorporeal, la entrega del "know-how" se entenderá hecha por el envío de los medios técnicos que constituyen su soporte y que son portadores del conocimiento que se transmite (documentos, planos, fórmulas, modelos, etc.). A esta obligación de dar, se ha de sumar, según el caso, una obligación de hacer que consiste en la comunicación oral y explicativa de su contenido (70).

Complementa esta obligación, la de entrega prevista por el art. 1514, inc. "c", del Código Civil y Comercial de la Nación.

Cabe insistir en que la transmisión del "know-how" no se agota en una única entrega, sino que ha de mantenerse a modo de asistencia comercial y/o técnica durante toda la vigencia del contrato de franquicia (art. 1514, inc. "d").

II) Transmisión de bienes de propiedad industrial.

Como ya se ha visto, las marcas de productos o servicios, las patentes de invención, los modelos de utilidad y los modelos o diseños industriales que formen parte de la franquicia, deben transmitirse al franquiciado mediante sus correspondientes licencias. Lo mismo el nombre comercial (designación de actividad).

En estos casos, las licencias respectivas deben fijar las condiciones de uso de los bienes de propiedad industrial por parte del franquiciado.

Así, por ejemplo, tratándose de marcas, el contrato de franquicia puede incluir, entre otras, las siguientes estipulaciones: I) que la utilización de una marca por el franquiciado se limite al uso de conformidad con el sistema de franquicia y con los estándares y especificaciones contenidas en el manual de operaciones; II) que el franquiciado tiene prohibido el uso de la marca como parte de su nombre corporativo o comercial sin el consentimiento del franquiciador; III) que en caso de existir subfranquicias, el franquiciado deba supervisar la manera en que se utilice y exponga la marca del franquiciante, así como la manera en que se realicen los servicios asociados con la marca; IV) que el franquiciante conserva como propietario de la marca el derecho de defenderla por sí frente a usos no autorizados de terceras personas, sin perjuicio de que el franquiciado quede habilitado a hacer lo propio como mandatario del franquiciante, o cuando el franquiciador opta por no hacerlo.

La registración de la licencia de marcas se impone, para solo efectos impositivos, en la hipótesis prevista por la ley 22.426 (arts. 1 y 3), esto es, cuando el franquiciante/licenciante esté domiciliado en el exterior (71).

De su lado, el registro de las licencias de patentes y modelos de utilidad viene impuesto por el art. 37 de la ley 24.481.

III) Transmisión de bienes materiales.

En lo que a los bienes corporales se refiere cabe prestar especial atención a la transmisión de las mercaderías en los contratos de franquicia de distribución o comerciales, porque en los de producción o industrial es el franquiciado el que fabrica sus propios productos bajo la técnica del franquiciante, y en todo caso sólo habrá transmisión de determinadas materias primas necesarias para la fabricación. En la franquicia de servicios, no existiendo actividad de distribución en sí misma, el aprovisionamiento de los bienes podrá venir referido a las prestaciones que permiten realizar el servicio acordado (72).

b.2) Entregar un Manual Operativo. Como una obligación complementaria de la mencionada en el inciso anterior, el inciso "c" del art. 1514 del Código Civil y Comercial de la Nación, determina como obligación del franquiciante la de "...entregar al franquiciado un manual de operaciones con las especificaciones útiles para desarrollar la actividad prevista en el contrato...".

Como lo explica la "Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional" de UNIDROIT (capítulo 5-C), en la mayoría de sistemas de franquicia, especialmente en los acuerdos de franquicia de formato comercial, el know-how y otros derechos de la propiedad intelectual están incorporados en los manuales que se proporcionan por el franquiciante al franquiciado. Estos manuales ilustran también al detalle la manera en que deben utilizarse las marcas del franquiciador y debe implementarse el sistema de franquicia. Pueden también contener una disposición adicional al efecto de que todas las instrucciones de los manuales deban considerarse que forman parte integral del contrato de franquicia, como si los manuales hubieran realmente sido incorporados al propio contrato. Consecuentemente, una de las obligaciones principales del franquiciador es normalmente entregar una copia de los manuales al franquiciado en el momento o poco después de la firma del contrato de franquicia principal. Es también apropiado normalmente dar al franquiciado una oportunidad de examinar los contenidos de los manuales antes de la firma del contrato, aunque en este caso la información que obtenga debería considerarse confidencial. Si no tiene oportunidad de examinar los contenidos de los manuales, o al menos su índice de materias, los tribunales en ciertas jurisdicciones pueden llegar a la conclusión de que el franquiciado no está vinculado por sus disposiciones ya que no estaba familiarizado con ellas antes de la firma del contrato. En la mayoría de los casos los manuales proporcionados por el franquiciante se referirán a la dirección de las franquicias de unidad y describirán los trabajos del sistema de franquicia.

c) Obligaciones propias de la etapa de ejecución o cumplimiento contractual

c.1) Provisión de asistencia técnica

Impone el Código al franquiciante la obligación de "proveer asistencia técnica para la mejor operatividad de la franquicia durante la vigencia del contrato" (art. 1514, inc. "d").

Corresponde reiterar aquí algo ya dicho antes: una vez transmitido el "know-how" el franquiciante debe cumplir con la permanente actualización del sistema de negocios franquiciado, considerándose esa prestación suya de ejecución sucesiva, continuada o fluyente, porque los elementos lo componen han de adaptarse constantemente a la evolución de las técnicas, las necesidades del mercado, de la clientela, etc. En ello consiste precisamente el núcleo de esta obligación, cual es mejorar u optimizar la operatividad de la franquicia, a través

del entrenamiento de nuevos empleados, asistencia en las ventas y compras, management, interpretación del manual operativo, informas sobre los cambios de estrategia comercial de la red; etc.

Así pues, el franquiciante está en la obligación de proporcionar consejo y asistencia en cuestiones administrativas, operacionales y técnicas. Al efecto, las partes pueden pactar canales aptos para facilitar la referida asistencia técnica (consultas telefónicas, a través de medios de comunicación electrónica, etc.). Normalmente, la asistencia no se paga de manera separada, sino que se sufraga por las cuotas continuas de la franquicia; pero nada obsta a que se pacte lo contrario. En este sentido, el franquiciado puede encontrar más útil con relación al coste, pagar al personal del franquiciador para que proporcione cualesquiera servicios adicionales que pudiera necesitar, que consultar a asesores externos. Las cuotas y costos implicados, en su caso, deben ser claramente indicados en los anexos al contrato o en los manuales.

La obligación de asistencia, aparte de considerarse de esencial cumplimiento a lo largo de la vigencia de todo el contrato, hace al interés del propio franquiciante, pues propende a la conservación del valor de la franquicia y de su eficacia comercial o productiva. Está enderezada, asimismo, a la consecución del objetivo contractual y, desde esta perspectiva, es una obligación típica de hacer no ajena al deber de colaboración que genéricamente pesa sobre el franquiciante para que el franquiciado pueda llevar adelante una correcta explotación de la empresa.

Del cumplimiento de esa obligación, empero, no cabe esperar resultado alguno. En otras palabras, la provisión de asistencia técnica al franquiciante no le garantiza un resultado económico determinado, cuya frustración pueda responsabilizar al franquiciante. Se trata, eso sí, de una obligación de medios (73). No juega, pues, lo previsto por el art. 1723 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Correlato de lo anterior, siendo ello inherente al contrato de que se trata, el franquiciado queda expuesto a eventuales cambios, variaciones o mejoras.

c.2) Provisión de bienes y servicios.

Si la franquicia comprende la provisión de bienes o servicios a cargo del franquiciante o de terceros designados por él, debe el franquiciante asegurar esa provisión en cantidades adecuadas y a precios razonables, según usos y costumbres comerciales locales o internacionales (art. 1514, inc. "e", del Código Civil y Comercial de la Nación).

Por ejemplo, el franquiciante puede comprometerse a suministrar mercancías al franquiciado. Puede hacerlo no sólo cuando desee imponer una obligación de compra exclusiva en favor de sus propios u otros específicos productos o equipo inicial, sino también cuando desee asegurar que las mercancías sean de cierto nivel. De adoptar tal compromiso, las condiciones de venta y cualesquiera limitaciones a la responsabilidad del franquiciador deberían estipularse claramente en el contrato, sin perjuicio de estar en caso de silencio a lo que determina el Código, o sea, a cantidades y precios razonables según usos y costumbres comerciales locales o internacionales (74).

c.3) Asegurar el uso y goce pacífico de la franquicia.

La pura entrega de la base patrimonial y organizada que ha de constituir la empresa franquiciada y las obligaciones accesorias que acompañen a dicha entrega, se integra, además, con la obligación de proporcionar al franquiciado la posesión legal y pacífica de los elementos transmitidos (75). En efecto, el franquiciador debe garantizar que las facultades de explotación de la franquicia existen y le pertenecen al tiempo de la celebración y de la ejecución del contrato, respondiendo ante el franquiciado no solo de la originalidad del "paquete de franquicia", sino particularmente del ejercicio pacífico de las facultades de explotación de la franquicia (76).

En lo que hace a la transmisión a favor del franquiciado de la marca y los signos distintivos de la franquicia, la obligación del franquiciante incluye los actos registrales necesarios para el ejercicio de la actividad, de modo de mantenerlo, como se dijo, en el uso pacífico de los elementos mencionados (77).

Desde luego, el incumplimiento del franquiciante a lo anterior genera consecuencias.

La primera, que el franquiciante está obligado al saneamiento respectivo, o sea, está obligado a sanear los vicios o defectos que afecten a la organización del conjunto patrimonial transmitido y que impidan, en última instancia, que se pueda alcanzar la finalidad económica perseguida por el franquiciado al contratar. La segunda, que juega independiente de la anterior, es que se abre para el franquiciado la posibilidad de resolver o rescindir el contrato, precisamente, por los vicios o defectos observados, o por el incumplimiento de la obligación del franquiciador de mantener al franquiciado libre de todo reparo jurídico (78). En general, se ha dicho, la resolución contractual siempre aparece frente a una transmisión de la organización patrimonial incompleta, errónea o falta de precisión, dando ello lugar a las correspondientes responsabilidades patrimoniales del franquiciante (79).

Por ejemplo, afecta el uso y goce pacífico de la franquicia que el franquiciante no renueve el registro de la marca licenciada (80). Adviértase, en tal sentido, que en el contrato de franquicia el derecho al uso de la marca debe mantenerse durante toda la vigencia del contrato (81) y que, no procediendo al franquiciante al mantenimiento registral de su marca, sobreviene para el franquiciado una sobreviniente imposibilidad de

ejercicio su derecho a utilizar el signo distintivo de la franquicia, para imprimirlo en sus documentos, exhibirlo en sus instalaciones, etc., a fin de beneficiarse del prestigio o del renombre de la franquiciante ganado en el mercado nacional, regional o internacional (82). Y ello, ciertamente, es un incumplimiento esencial, ya que en este tipo de contrato lo que el franquiciado persigue es fundir la propia imagen con la del franquiciante tanto como para hacer creer que es una única empresa con diversas filiales (83); desde tal perspectiva, la gravedad de su incumplimiento se califica por su importancia, toda vez que afecta el entero sistema del negocio, al no poder llenar más su fin específico (84).

c.4) Defender y proteger el uso de la franquicia.

Está también obligado el franquiciante a la defensa y protección de la franquicia, a fin de que el franquiciado no vea frustrado su derecho y expectativas. Dicho de otro modo, está obligado a defender y proteger el uso por el franquiciado de su derecho a utilizar el sistema probado definido por el art. 1512 del Código Civil y Comercial de la Nación. Así lo prescribe el art. 1514, inc. "f", del mismo cuerpo legal.

En una acepción amplia esta obligación comprende la anterior examinada referente a garantizar el uso y goce pacífico de la franquicia.

Parece, sin embargo, que el art. 1514, inc. "f", tiene un sentido más estricto, por cuanto alude a la cuestión de la defensa de tal derecho en instancias administrativas y judiciales frente a terceros.

Con ese alcance, el art. 1514, inc. "f", del Código Civil y Comercial de la Nación distingue dos situaciones: si la franquicia es nacional o si es internacional.

En el primer caso (franquicia nacional), la defensa y protección del derecho de uso del franquiciado se podrá hacer "...en las condiciones del contrato...", es decir, según lo que hubieran previsto las partes al efecto. La cuestión se vinculada, esencialmente, con la protección de la marca que identifica la franquicia y la usurpación de ella por terceros, para cuya protección el franquiciado/licenciataria no tiene bajo nuestra ley un derecho propio a accionar, sea la licencia simple o exclusiva (85). De ahí que el Código remita a las condiciones de contrato, en el cual podrá pactarse que el franquiciante/licenciante conserva el ejercicio de las facultades de defensa y protección, debiendo actuar frente a la denuncia que le haga el franquiciado/licenciataria; que, por el contrario, quede este último autorizado a la defensa como mandatario de aquél dándole aviso; o bien que las partes puedan llevar adelante conjuntamente acciones contra el infractor marcario.

En cambio, en el segundo caso (franquicia internacional), el Código determina que la defensa y protección "...está contractualmente a cargo del franquiciado, a cuyo efecto debe ser especialmente apoderado sin perjuicio de la obligación del franquiciante de poner a disposición del franquiciado, en tiempo propio, la documentación y demás elementos necesarios para ese cometido..." (art. 1514, inc. "f", ap. "i"). Es menester detenerse en la interpretación de este último precepto, pues ofrece alguna duda. La previsión no dice que la defensa "podrá" estar contractualmente a cargo del franquiciado, sino que ella "está" a su cargo. Desde lo literal, pues, parece imponer un contenido material específico a los contratos de franquicia internacional, legitimando al franquiciado para la defensa de la franquicia, aunque por hipótesis el contrato guardase silencio o estableciese una solución diversa. De aceptarse ello, se trataría de una norma internacionalmente imperativa de derecho argentino que se impone sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad (art. 2599 del Código Civil y Comercial de la Nación), según la cual si la franquicia originaria de un país extranjero ha de tener efectos en nuestro país, su protección o defensa se entiende a cargo del franquiciado, diga lo que diga el contrato. Ahora bien, una comprensión más flexible del precepto, lleva a pensar que, en realidad, la defensa de la franquicia internacional "está" a cargo del franquiciado, en tanto no la asuma por sí personalmente el franquiciante localizado en el extranjero, hipótesis en la que no se ve inconveniente para que la legitimación de aquél quede desplazada, sin perjuicio de intervenir como interesado coadyuvante en los términos del art. 1514, inc. "f", ap. "ii". En otras palabras, lo que ha pretendido la ley es que, en las franquicias internacionales, dadas las dificultades propias derivadas de la deslocalización de la sede del franquiciante con relación a la sede de explotación de la franquicia, no quede el franquiciado sin posibilidad de una inmediata defensa frente a la usurpación por un tercero de sus derechos. Podrá él, por tanto, asumir por sí esa protección o defensa, sin perjuicio de que la posterior intervención al mismo efecto del franquiciante. Ha de advertirse, en un afín orden de ideas, que según la letra de la ley la traslación de la legitimación defensiva hacia el franquiciado está subordinada a que sea "...especialmente apoderado...", expresión esa que equivale a un facultamiento expreso en los términos del art. 375 del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual puede constar en cláusula especial dentro del contrato de franquicia, o bien hacerse por instrumento de mandato suscripto conjuntamente con el contrato de franquicia o con posterioridad. Pero a todo evento, nada impide que a los fines de una inmediata y rápida defensa de sus derechos, pueda el franquiciante -que todavía no representa formalmente al franquiciado por falta de apoderamiento especial- actuar en ese sentido, quedando ello sujeto a ratificación del franquiciante (art. 369 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Termina el art. 1514 del Código Civil y Comercial de la Nación prescribiendo que "...en cualquier caso, el franquiciado está facultado para intervenir como interesado coadyuvante, en defensa de tales derechos, en las instancias administrativas o judiciales correspondientes, por las vías admitidas por la ley procesal, y en la medida que ésta lo permita...". La expresión "en cualquier caso" se refiere a que la franquicia puede ser nacional

o internacional. Aclarado ello, el facultamiento como "interesado coadyuvante" que se concede al franquiciado ha de entenderse como el propio de la intervención adhesiva simple, admitido por el art. 90, inc. 1º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, o normas locales concordantes (86).

d) Obligaciones post-contractuales

Las obligaciones de que aquí se trata son las que derivan de la extinción del contrato, vgr. la de liquidación del negocio a cargo del franquiciante.

Examinaremos ello más adelante.

VII. Derechos del franquiciante

Como lo explica la "Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional" de UNIDROIT (capítulo 5), hay obligaciones que son también derechos. Así, por ejemplo, el control de la red por el franquiciador puede considerarse una obligación, porque puede considerarse deber del franquiciador salvaguardar la reputación de la red y asegurar que los niveles de calidad se mantengan, pero también se puede considerar un derecho, porque el franquiciador conserva el derecho a controlar la actuación del franquiciado. Hay también otros derechos que el franquiciador podría querer conservar además de los derechos/obligaciones normales especificados en el contrato, tales como, por ejemplo, el derecho a aprobar la ubicación de los establecimientos, el derecho a aprobar posibles subfranquiciados, el derecho a recibir cuotas directamente de los sub-franquiciados en lugar de tener que pasar por el franquiciado, y el derecho a tratar directamente con los sub-franquiciados con independencia de cualquier decisión tomada por el franquiciado. Además, el franquiciador puede en el contrato de franquicia conservar el derecho de ofrecer consultas periódicas con respecto al funcionamiento de las unidades. La conservación de tales derechos por parte del franquiciador podría ir acompañada de la facultad de sancionar al franquiciado o sub-franquiciados que incumplan.

De todos esos derechos el que cobra mayor relieve es, ciertamente, el de control del franquiciador sobre la actividad del franquiciado. Tal control, que da cuenta de la posibilidad de una vigilancia "activa" por parte del franquiciante, se endereza al logro de diversos objetivos, entre ellos: I) asegurar que la actividad sea fructífera (87); II) establecer un comportamiento unívoco de todos los franquiciados de la red, en cuanto al seguimiento del marketing, publicidad, sistemas de gestión y ventas, etc., para estandarizar la imagen común de la franquicia; etc.

VIII. Obligaciones del franquiciado

Como en el caso de las obligaciones del franquiciante, las que conciernen al franquiciado pueden ser anteriores a la firma del contrato; concomitantes con su celebración; propias de la etapa de ejecución; o bien post-contractuales.

a) Obligaciones anteriores a la firma del contrato.

Ya fue dicho que el deber de información en la etapa precontractual, pese a lo que parecería indicar el art. 1514, inc. "a", no es exclusivo del franquiciante, sino que también concierne al franquiciado, en el sentido de que, por ejemplo, a requerimiento de aquél debe este último informar sobre su capacidad empresarial y financiera para emprender la explotación de la franquicia, sus cualidades personales, económicas y solvencia.

La responsabilidad precontractual por infracción al deber de información también puede pesar, desde esta perspectiva, sobre el franquiciado, a la luz de la regla de la buena fe, los usos y costumbres comerciales, con los alcances ya explicitados al tratar la misma cuestión respecto del franquiciante.

De otro lado, cabe reiterar aquí que el deber de confidencialidad que para la etapa de ejecución del contrato se impone al franquiciado (art. 1515, inc. "d"), se proyecta también a la etapa precontractual. Como ya se dijo, tanto el franquiciante como el futuro franquiciado tienen el deber, fundado en la buena fe, de guardar reserva acerca de las informaciones que recíprocamente hubieran intercambiado a causa de las tratativas preliminares, y que no fueron dadas a otros fines distintos que los previstos para el futuro contrato, entendiéndoselos responsables en caso de infracción a tenor de las reglas de la responsabilidad precontractual o la normativa específica que fuera aplicable (ley 24.766, arts. 1º, 3º y conc.).

b) Obligaciones concomitantes con la celebración del contrato

b.1) Recibir la franquicia

Como correlato de la obligación de entrega de la franquicia a cargo del franquiciante, el franquiciado debe colaborar en la recepción, para que la puesta a disposición del conjunto de elementos inmateriales y materiales sea posible dando inicio a la etapa de ejecución.

b.2) Pago del "arancel de franquicia", canon inicial (initial-fee) o droit d'entrée.

Ya fue señalado y vale reiterarlo, que un elemento real del negocio, de aplicación generalizada, es el pago por el franquiciado de un "arancel de franquicia", canon inicial (initial-fee) o droit d'entrée, que actúa como condición para el ingreso a la red de comercialización, y que retribuye los elementos recibidos que comprenden el conjunto o la unidad de elementos patrimoniales y organizados objeto de transmisión, de los cuales se podrá

valer para la explotación de la empresa. Su pago se justifica, por ello, una vez puestos a disposición del franquiciado los elementos patrimoniales y organizados que constituyen la base de la empresa franquiciada, pudiendo concebirse como no reembolsable, salvo la terminación de la franquicia antes de que empiece a operar.

Hasta tal punto se manifiesta el hecho de que el franquiciado paga por el derecho de formar parte integrante de la red, tras adquirir el patrimonio empresarial que le habilita para ello, que realmente dicho canon no es más que un "derecho de agregación" que se constituye como una inversión de capital por la participación, siendo una fuente de financiación del franquiciante. En efecto, en rigor, dicho canon no sería tanto una contraprestación al franquiciante por la entrega operada, sino, antes bien, se configuraría como una fuente de financiamiento tendente a procurar anticipadamente los fondos necesarios para la gestión y el desarrollo de la actividad propia del mismo franquiciador (88).

Uno de los asuntos más difíciles que surge en la negociación de un contrato de franquicia es la determinación de cuánto se debería pagar al franquiciador por el concepto indicado. Existen algunos factores que pueden tenerse en cuenta en el cálculo respectivo: I) el costo real para el franquiciador de tratar con el franquiciado: la formación, el ofrecimiento de ayuda en el establecimiento del negocio del franquiciado y el trabajar para probar que el sistema funciona; II) el costo y tiempo que le llevaría al franquiciado adquirir el know-how y las habilidades necesarias para dirigir y franquiciar un negocio similar; III) el hecho de que el franquiciador haya desarrollado un sistema que haya demostrado ser exitoso; etc. Es importante recalcar que no existen pautas precisas que establezcan cuál debería el monto implicado. Los diversos métodos utilizados para calcular las cuotas son normalmente el resultado de una búsqueda consciente de una solución a los asuntos legales, fiscales y financieros que surgen, así como del relativo poder negociador de las partes de las negociaciones (89).

c) Obligaciones propias de la etapa de ejecución o cumplimiento contractual.

El art. 1515 del Código Civil y Comercial de la Nación enumera una serie de obligaciones a cargo del franquiciado, propias de la etapa de ejecución o cumplimiento contractual, que considera "mínimas", esto es, que son las básicas exigibles y que, por ello, no descartan otras que las partes puedan pactar.

Son ellas las siguientes.

c.1) Desarrollar la franquicia.

La primera obligación que el Código pone en cabeza del franquiciado es la de "...desarrollar efectivamente la actividad comprendida en la franquicia...", lo que habrá de hacer sujetándose a "...las especificaciones del manual de operaciones y las que el franquiciante le comunique en cumplimiento de su deber de asistencia técnica..." (art. 1515, inc. "a").

Es una obligación típica de hacer, de las consideradas de medio o de pura actividad, sin perjuicio que dentro del contexto más amplio de desarrollo de la franquicia, puedan especialmente contemplarse a cargo del franquiciado algunas obligaciones de resultado, vgr. la necesidad de lograr una facturación mínima, pactándose consecuencias especialmente para el caso de incumplimiento.

Dependiendo del tipo de franquicia, su desarrollo será la comercialización de productos (franquicias comerciales), la fabricación de bienes (franquicias industriales) o la prestación de servicios (franquicias de servicios).

En todos los casos va implícita la obligación de utilizar las marcas, patentes y demás elementos de propiedad industrial licenciados, no solo porque el desarrollo del sistema así lo supone, sino también particularmente porque el uso que haga el franquiciados de esos elementos es útil al franquiciante para su conservación. Al respecto, cabe recordar que, por ejemplo, las marcas de productos y servicios están sujetas a caducidad por falta de uso (art. 26 de la ley 22.362), pero que ello se evita si el titular -en el caso, el franquiciante- licencia la marca pues ello constituye un uso (90). Desde luego, el licenciatario/franquiciado queda obligado a explotar la marca como modo de evitar la caducidad por falta de uso del signo distintivo del licenciante/franquiciante (91).

El desarrollo efectivo de la franquicia, con ajuste a las especificaciones del Manual de Operaciones y demás instrucciones dadas por el franquiciante en cumplimiento de su deber de asistencia técnica, tiene no obstante límites de carácter específico.

Entre otros, ellos pueden ser los siguientes.

I) Aunque el franquiciado posee libre iniciativa en orden a explotar la empresa cuyo soporte patrimonial se le ha transmitido, su actuación está limitada por el deber de preservar la identidad común de la red de franquicia, lo cual es exigible cualquiera sea el tipo de franquicia implicada (92). Bien se ve, ello está implícitamente contemplado en la obligación de carácter más amplio prevista por el art. 1515, inc. "c", del Código Civil y Comercial de la Nación.

II) El desarrollo de la franquicia se limita, además, desde las perspectivas temporal y territorial (arts. 1516 y 1517 del Código Civil y Comercial de la Nación).

III) El franquiciado no puede ceder, como regla, su posición contractual. Ello significa que, como regla, el desarrollo de la franquicia debe ser asumido en forma directa y personal por el franquiciado (art. 1518 del Código), aunque ello tiene excepciones como se verá más adelante.

IV) Puede quedar el franquiciado sujeto a cláusulas de aprovisionamiento exclusivo por parte del franquiciante.

c.2) Proporcionar información.

Fue señalado que el franquiciante tiene el derecho de controlar la actuación del franquiciado y que ello está inserto en el derecho que tiene el primero de salvaguardar la reputación de la red y asegurar que los niveles de calidad se mantengan, entre otros aspectos.

La contracara de ello es, precisamente, la obligación que el art. 1515, inc. "b", impone al franquiciado en orden "...a 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...".

Es la información del franquiciante lo que posibilita el ejercicio del control del franquiciante.

Ha de tenerse presente que el franquiciado abandona en el contrato de que se trata su plena libertad comercial para acogerse a la política de la red que integra. De ahí que el suministro de información al franquiciante, que incluso puede ser de naturaleza sensible (nivel de facturación, datos impositivos, etc.), deba entenderse como parte integrante del estatuto contractual.

En ese marco el franquiciado debe permitir el acceso del franquiciante o de la persona por él designada al establecimiento en el que se explota la franquicia, para cumplir inspecciones periódicas respecto, por ejemplo, al inventario, las existencias de stocks presentes y vendidos, facturas, remitos, recibos y cualquier otra documentación contable, incluso libros. Pero puesto que la exhibición general de los registros o libros contables solo puede decretarse en los casos previstos por el art. 331, tercer párrafo, del Código, ninguno de los cuales es el aquí examinado, la posibilidad de dar amplio acceso al franquiciante a la contabilidad de la empresa franquiciada debe estar expresamente consentida por estipulación contractual. Esto es así, porque el derecho al secreto comercial que deriva de la garantía de inviolabilidad de los papeles privados y de la correspondencia prevista por el art. 18 de la Constitución Nacional (93), es disponible hasta el punto en que lo puede renunciar por pacto expreso que admita la indagación de la contabilidad y libros (94).

Obviamente, la información recibida por el franquiciante, queda sujeta a un deber propio de reserva o confidencialidad. Es decir, el franquiciante no puede usar la información que recabe o reciba del franquiciado sino para el ejercicio del control a que tiene derecho, no pudiendo hacer divulgación alguna de ella. Y ello no solo porque tal información se refiere a la actividad del franquiciado, quien tiene derecho a preservarla una vez que es satisfecho el interés del franquiciante, sino también porque en la información que este puede recabar de la documentación contable de aquél podría surgir datos de terceros ajenos al negocio (terceros con los que se vincula el franquiciado) a cuya reserva ellos también tienen derecho.

c.3) Abstenerse de actos indebidos.

Con comprensión amplia, no enunciativa de taxativos supuestos, el art. 1515, inc. "c", del Código impone al franquiciado la obligación de "...abstenerse de actos que puedan poner en riesgo la identificación o el prestigio del sistema de franquicia que integra o de los derechos mencionados en el artículo 1512, segundo párrafo, y cooperar, en su caso, en la protección de esos derechos...".

En el primer aspecto, se trata de una obligación negativa: abstenerse de actos indebidos por poner en riesgo la identificación o el prestigio del sistema de franquicia. Se pone en riesgo la identificación del sistema, cuando el franquiciado/licenciante de la marca que lo identifica comete actos contrarios a la conservación del valor competitivo de ella, vgr. colocando la marca en productos de inferior calidad. De su lado, se pone en riesgo el prestigio del sistema de franquicia cuando el franquiciado incurre en formas publicitarias inadecuadas, engañosas, de mal gusto, etc. (95) El hecho de que la publicidad juegue un papel importante en asegurar el éxito de un sistema de franquicia no debería sorprender. El valor y la importancia de la publicidad y la promoción en el desarrollo del prestigio y la imagen pública de un sistema no pueden negarse. Por lo tanto, franquiciadores y franquiciados comparten un interés en mantener un grado de estandarización de los programas publicitarios y promocionales. Con todo, es dable delegar en el franquiciado las responsabilidades en lo que respecta a la publicidad, pero los franquiciadores por lo general conservan un control sobre ello. Tal control, empero, por razones de inmediatez, es lógicamente más intenso en franquicias nacionales que en franquicias internacionales. Pero, en cualquier caso, el control no excluye responsabilidades derivadas de la pérdida de prestigio por razón de formas publicitarias indebidas efectuadas por el franquiciado (96).

En su segundo aspecto, la obligación impone un deber de cooperación en la protección de los derechos mencionados por el art. 1512, segundo párrafo, esto es, en la protección de los derechos intangibles y demás comprendidos bajo franquicia. Este deber de cooperación deriva, en cuanto referido a los derechos de propiedad industrial (marcas, patentes, designaciones de actividad, etc.), del carácter de licenciatario del franquiciado; y en

cuanto a los derechos intelectuales y de autor inherentes al sistema (software operativo; Manual de Operaciones; etc.), del carácter de usuario responsable.

c.4) Mantener confidencialidad del "know-how".

Aunque algunas expresiones del derecho comparado han postulado que la conservación del secreto referente al "know-how" no es esencial [\(97\)](#), el Código Civil y Comercial de la Nación se inclina por una contundente respuesta diversa al prescribir que incumbe al franquiciado "...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..." (art. 1515, inc. "d").

En otras palabras, ya sea un "know-how" de tipo comercial o de tipo industrial, tiene él, por su propia naturaleza, carácter secreto. Si los conocimientos no fueran secretos, no se cumpliría con la base económica propia del contrato de franquicia, pues se podría llevar a cabo la misma actividad sin formalizar contrato y sin contraprestación. La existencia del "know-how" depende directamente del secreto, y si este no existe porque ha devenido de conocimiento general, el negocio carece de objeto posible siendo radicalmente nulo por falta de objeto [\(98\)](#).

De ahí la obligación impuesta por el Código al franquiciado, la que es exigible incluso en la etapa post-contractual, sin límite temporal como se verá más adelante.

Cabe observar, en afín pero distinto orden de ideas, que la reserva, secreto o confidencialidad de que se trata, tiene protección también por vía del derecho internacional de propiedad industrial e intelectual. En efecto, la "Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional" de UNCITRAL, observa que el know-how se define indirectamente en el art. 39 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC, también conocido por sus siglas en inglés "TRIPs"), el cual está contenido en un anexo al Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio firmado en Marrakesh el 15 de abril de 1994 (capítulo 11-B). Ese acuerdo, valga recordarlo, ha sido aprobado por nuestro país mediante la ley 24.425. Pues bien: tal art. 39 se ocupa de la información no revelada, y señala tres condiciones que la información no comunicada debe satisfacer para que pueda ser sujeta a protección, al decir que las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, en la medida en que dicha información: a) sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, conocida en general ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión [\(99\)](#); y b) tenga un valor comercial por ser secreta [\(100\)](#); y c) haya sido objeto de medidas razonables [\(101\)](#), en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla [\(102\)](#).

Si bien la obligación establecida por el art. 1515, inc. "d", tiene carácter legal, nada impide reforzarla contractualmente por pacto especial, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. Es que el problema crucial en la franquicia, que requiere que el know-how sea transmitido a una serie de usuarios sucesivos, es impedir que el know-how sea comunicado por los sub-franquiados situados al final de la cadena, pues podría no ser suficiente la protección legal de los secretos comerciales de los franquiciados para otorgar protección efectiva, también teniendo en cuenta el hecho de que los subfranquiados no tienen relación contractual directa con el franquiciador. Por ello, se puede asegurar la protección contractual del "know-how" mediante la incorporación de cláusulas apropiadas tanto en los contratos de franquicia principal como en los contratos de sub-franquicia. Debe advertirse que el franquiciado puede ser tenido como contractualmente responsable por cualquier infracción de la obligación de no comunicar el know-how por parte de sus sub-franquiados, sus empleados o colaboradores. En tales casos el franquiciado también puede ser tenido por responsable si no adopta las medidas apropiadas para remediar este incumplimiento, como por ejemplo si deja de presentar una demanda. El hecho de revelar el know-how los sub-franquiados puede además ser tomado en cuenta como equivalente al incumplimiento de la obligación del franquiciado de seleccionar adecuadamente a los subfranquiados (culpa in eligendo), aunque es posible que el franquiciante no sea tenido como responsable si el franquiciador se reservó el derecho de aprobar los contratos que se celebren entre el franquiciante y los subfranquiados.

Lo explicado justifica, pues, la existencia de las llamadas cláusulas de confidencialidad, más allá, se insiste, de la previsión del art. 1515, inc. "d", o de la aplicación de la protección que pudiera derivar de normas como la ley 24.766, arts. 1º y 3º, o del régimen jurídico sobre competencia desleal. Mediante tales cláusulas el franquiciado o subfranquiado se compromete a no comunicar el know-how del franquiciador a terceros. A tal efecto, valga señalarlo, no son terceros aquellos a quienes la información deba ser comunicada para asegurar el correcto funcionamiento del negocio, por ejemplo empleados u otros colaboradores. Tales empleados o colaboradores pueden sin embargo encontrarse con que el deber de confidencialidad que obliga a su empleador, independientemente de que sean empleados por el franquiciado o un sub-franquiado, puede extenderse también a ellos. Alternativamente, el franquiciador podría exigir que se celebre un acuerdo específico de

confidencialidad entre esas personas y él mismo, para hacerlas así directamente responsables frente a él, pues podría no considerar suficientes las obligaciones de aquéllas hacia su empleador. Desde el punto de vista objetivo, la cláusula de confidencialidad podría no estar limitada al "know-how" técnico y/o comercial que pueda ser protegido, pues podría incluir otra información, o incluso partes componentes del "know-how", que normalmente carecerían de cualificación para la protección legal, siempre que esta información no fuera generalmente conocida y que no estuviera ya por lo tanto en posesión del destinatario, y asumiendo que esta información, en combinación con los otros elementos que forman el "know-how", es un elemento esencial de este último. Finalmente, se debe señalar que las restricciones contractuales sobre el uso de información confidencial no requieren normalmente que se ofrezca una compensación específica a la parte que es restringida en sus actividades ("Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional" de UNIDROIT, capítulo 11-H).

c.5) Pagar la contraprestación comprometida.

En la etapa de ejecución, ya ingresado el arancel de franquicia, initial-fee o droit d'entrée, corresponde al franquiciado el pago de cánones periódicos (regalías o royalties).

Si el primero retribuye los elementos recibidos que comprenden el conjunto o la unidad de elementos patrimoniales y organizados objeto de transmisión (el sistema de negocios probado), lógicamente se comprende que los cánones periódicos ulteriores son la contraprestación debida por el franquiciado por la asistencia técnica y comercial continuada que ha de prestar el franquiciante durante la vigencia del contrato.

La obligación de pago correspondiente a tales cánones periódicos resulta in genere del art. 1515, inc. "e", del Código Civil y Comercial de la Nación.

Pueden las partes, ciertamente, pactar de modo especial otras retribuciones por conceptos específicos, por ejemplo, gastos publicitarios o seguros, o incluso como lo admite el precepto indicado "contribuciones para el desarrollo del mercado o de las tecnologías vinculadas a la franquicia", sin atender a periodicidad alguna o por única vez.

Mas no siendo tal el caso, pesa sobre el franquiciado la obligación de pagos periódicos justificados en la razón indicada.

En general, los cánones periódicos a que tiene derecho el franquiciante pueden ajustarse convencionalmente, entre otras, a las siguientes formas o modalidades: a) cánones calculados a un porcentaje sobre las cifras de venta (participación en los beneficios del franquiciado) a pagarse en el momento del perfeccionamiento de cualquier operación entre el franquiciado y un tercero, al momento de la entrega de los bienes a este último, etc.; b) cánones calculados sobre una cifra fija a pagar en determinado tiempo (mensual, semestral, anual, etc.); c) cánones calculados en un porcentaje del costo de los bienes adquiridos al franquiciante, modalidad normalmente aplicable en supuestos de franquicias con cláusula de aprovisionamiento exclusivo con sobreprecio (103).

c.6) Desempeñarse en los lugares indicados.

Esta obligación resulta de lo dispuesto por el art. 1517. Su estudio será abordado más adelante.

c.7) Respetar las condiciones de comercialización.

El franquiciado debe comercializar los productos según las condiciones fijadas por el franquiciante vinculadas, por ejemplo, a precios máximos, garantías, servicios post-venta, etc. Debe cumplir con las campañas de promoción de productos y cumplir la publicidad que le sea impuesta contractualmente por el franquiciante (104).

La infracción a la cláusula que determina las condiciones de comercialización en exclusividad responsabiliza al franquiciado (105).

d) Obligación post-contractual.

Establece el art. 1515, inc. "d", in fine, del Código Civil y Comercial de la Nación, que el franquiciado tiene la obligación de mantener confidencialidad acerca del "know-how" que se le transmitió, aun después de cesado el contrato.

Se trata, bien se ve, de una obligación post-contractual.

Dejando de lado toda discusión acerca de la naturaleza jurídica de la llamada responsabilidad post-contractual (106) y de advertir que el Código Civil y Comercial de la Nación no reprodujo el específico precepto que sobre la cuestión traía el Proyecto de 1998 (107), puede no obstante ser señalado que en aquél la cuestión ha quedado aprehendida, en general, por el art. 1078, inc. "h", en cuanto dispone que la extinción del contrato deja subsistentes las estipulaciones referidas a las restituciones, a la reparación de daños, a la solución de las controversias y "...a cualquiera otra que regule los derechos y obligaciones de las partes tras la extinción...", siendo una aplicación particular de esto último lo que prescribe el art. 1515, inc. "d" in fine al establecer que la obligación de mantener confidencialidad que pesa sobre el franquiciado "...subsiste después de la expiración del contrato...".

Así pues, la obligación de confidencialidad no llega a su fin con la terminación del contrato, sino que normalmente durará hasta que la información hubiera llegado a ser pública (108).

IX. Derechos del franquiciado

Entre otros, son derechos del franquiciado: gozar del uso pacífico de la franquicia; subfranquiciar cuando tenga autorización para ello; exigir del franquiciante la provisión de asistencia técnica durante la ejecución del contrato; intervenir como interesado coadyuvante en los términos del art. 1514, inc. "f", ap. "ii"; etc.

X. Duración del contrato

El art. 1516 del Código Civil y Comercial de la Nación prescribe lo siguiente: "...Plazo. Es aplicable el artículo 1506, primer párrafo. Sin embargo, un plazo inferior puede ser pactado si se corresponde con situaciones especiales como ferias o congresos, actividades desarrolladas dentro de predios o emprendimientos que tienen prevista una duración inferior, o similares. Al vencimiento del plazo, el contrato se entiende prorrogado tácitamente por plazos sucesivos de un año, excepto expresa denuncia de una de las partes antes de cada vencimiento con treinta días de antelación. A la segunda renovación, se transforma en contrato por tiempo indeterminado..."

Veamos con más detenimiento estos aspectos.

a) Duración mínima y término final.

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

En otras palabras, el contrato de franquicia no puede tener una duración menor a cuatro años.

La solución sigue el criterio del Proyecto de 1998, que justificó el plazo de cuatro años por entenderlo suficiente para "permitir el desarrollo del franquiciado" (Fundamentos del Proyecto de 1998), y se aparta de la solución que había aprobado el Anteproyecto de 2012, que había propiciado un plazo mínimo de dos años (art. 1512, in fine), incurriendo así en una contradicción pues su art. 1516 también remitía al art. 1506, primer párrafo.

La remisión del art. 1516 del Código Civil y Comercial de la Nación lo es, específicamente, al primer párrafo del art. 1506, por lo cual se excluye la posibilidad excepcional contemplada en el segundo párrafo de este último de que el plazo se reduzca a dos años si hay provisión de uso de instalaciones principales. Esta especial excepción funciona, pues, en el contrato de concesión, pero no en el de franquicia.

Con todo, para el caso particular del contrato de franquicia, el art. 1516 del Código determina la posibilidad de pactos especiales de duración en caso de ferias, congresos, actividades dentro de predios o similares. Para estas hipótesis el Código no determina la necesidad de respetar un plazo mínimo, pudiendo las partes ajustarlo a la duración del evento en el que actuará la franquicia, pudiendo ser de días o meses (art. 6° del Código Civil y Comercial de la Nación). A todo evento, en estos casos de fijación de plazos menores "por razones especiales" juega lo dispuesto por el art. 1522, inc. "c", norma que se examinará más adelante.

No hay, bien se ve, términos de duración máxima aplicables al contrato de franquicia. Por ello, como resulta de la letra del art. 1522, inc. "d", el contrato puede incluso ser "por tiempo indeterminado".

Los términos de duración iniciales largos son comunes en el caso de contratos de franquicia. Términos de veinte años o más no son desconocidos. Un argumento en favor de los términos largos para los contratos de franquicia es el hecho de que es central para el acuerdo el otorgamiento del derecho de subfranquiciar al franquiciado.

Si hay subfranquicias, la expiración del término a que se sujetó el derecho del franquiciado (subfranquiciante), normalmente afectará a aquellas en forma automática. En otras palabras, la expiración de la franquicia principal repercutirá directamente no sólo en la relación entre el franquiciador y el franquiciado, sino también en todos los sub-franquiciados, quienes no son parte del contrato de franquicia principal.

b) Prórroga tácita y renovación.

El art. 1516 del Código Civil y Comercial de la Nación alude a dos supuestos que, jurídicamente hablando, son distintos: la prórroga tácita y la renovación.

La primera se da en contratos de tiempo determinado, y opera sin necesidad de cláusula contractual específica, por imperio de la ley.

La segunda, en cambio, depende de la existencia de una cláusula especial en el contrato, determinando la ley sus efectos, salvo pacto en contrario.

En tal sentido, la prórroga tácita admitida por el art. 1516 es una solución normativa supletoria de la autonomía de la voluntad. Ante el silencio del contrato, a su vencimiento pactado se entiende tácitamente prorrogado con los alcances temporales previstos por el Código, esto es, el contrato continúa por un año más y así sucesivamente, hasta tanto una de las partes (franquiciante, franquiciado o subfranquiciado) no lo denuncie

expresamente [\(109\)](#) con antelación a los treinta días del vencimiento de que se trate. Se trata, como se dijo, de una solución supletoria del silencio de las partes, las cuales en consecuencia pueden acordar de modo diverso, estableciendo por cláusula especial que al vencimiento del contrato no habrá prórroga tácita alguna y que, por el contrario, la continuación del contrato más allá del tiempo inicialmente pactado, necesita de una declaración expresa.

De tal suerte, pueden las partes pactar un contrato de franquicia por tiempo determinado, sin o con cláusula de renovación.

En el primer caso, opera la solución supletoria del art. 1516 ya explicada. Y la continuación del contrato tendrá lugar bajo las mismas condiciones contractuales originariamente pactadas.

En el segundo, rige la previsión contractual específica que exija una declaración bilateral de renovación [\(110\)](#), la que podrá ser bajo las mismas o distintas condiciones contractuales vigentes hasta entonces.

Ciertamente, el efecto que el Código determina en cuanto a que la segunda renovación transforma la franquicia en contrato de tiempo indeterminado, también luce como una disposición supletoria que juega ante el silencio de las partes. Podrían estas últimas, por el contrario, desplazar ese efecto pactando que ninguna renovación transformará a la franquicia en contrato por tiempo indeterminado. La voluntad de las partes, entendemos, debe prevalecer en este tipo de negocios, máxime ponderando que, de acuerdo a la práctica, la renovación de una franquicia está sometida comúnmente al cumplimiento, como por ejemplo: I) que el franquiciado no se encuentre en incumplimiento de una obligación sustancial al tiempo de la renovación, independientemente de la subsanación o no de dicho incumplimiento, y que haya observado y cumplido sustancialmente sus obligaciones durante el término del contrato de franquicia; II) que el franquiciado no tenga ninguna deuda monetaria al tiempo de la renovación; III) que el franquiciado firme una renuncia general de cualesquiera reclamaciones que pueda tener contra el franquiciador; y IV) que el franquiciado informe al franquiciante de su intención de renovación del contrato en la manera prescrita y dentro de un periodo de tiempo establecido previo a la expiración del término del contrato de franquicia.

Bien cabe advertir, de otro lado, que una renovación del contrato en condiciones distintas de las originarias se tratará, en rigor, de un nuevo contrato, aun pudiendo concedérsele al franquiciado un cierto trato preferente, porque puede no tener que pagar un segundo arancel de franquicia, canon inicial, initial-fee o droit d'entrée. Pero nada impide, desde ya, que la renovación quede condicionada al pago de una "cuota de renovación" que puede ser una suma específica o puede basarse en una fórmula, o a la obligación por parte del franquiciado de exigir a todos los sub-franquiciados que mantengan, renueven y remodelen las instalaciones individuales de franquicia que dirijan. En este sentido, cualquier modificación del contrato de franquicia principal puede tener un impacto en los contratos de sub-franquicias.

c) Crítica al régimen.

Resulta fuertemente criticable la solución del art. 1516 que afirma que el contrato de franquicia por tiempo determinado no se extingue cuando sobreviene el vencimiento del plazo de vigencia pactado, sino que se lo entiende prorrogado tácitamente por plazos sucesivos de un año (salvo denuncia de una de las partes [\(111\)](#)) y que, cuando hay una segunda renovación, se transforma en contrato por tiempo indeterminado.

Que un contrato de tiempo determinado se transforme en uno por tiempo indeterminado es solución que en el derecho español resulta aceptada para el contrato de agencia [\(112\)](#), pero no para el contrato de franquicia; en efecto, la doctrina especializada observa con relación a este último que en caso de continuación por las partes en la ejecución de las prestaciones previstas, tal situación habría de entenderse, cuanto más, como la concesión de una prórroga tácita (con lo que el contrato seguiría siendo, en cualquier caso, de duración determinada), pero no como su conversión irremediable en contrato por tiempo indefinido [\(113\)](#).

Como se expuso en un precedente vinculado a un contrato de concesión, pero con palabras perfectamente aplicables al de franquicia [\(114\)](#), cuando un contrato agota el plazo por el que fue pactado, se produce la extinción del vínculo [\(115\)](#). Es que cuando alguien se obliga a algo hasta un determinado momento, el vencimiento de ese término operará como hecho extintivo de la obligación [\(116\)](#). Esta hipótesis extintiva, a la que no son ajenos los contratos de comercialización en general, es completamente distinta del supuesto de resolución o rescisión unilateral, pues la extinción del contrato tiene lugar por el transcurso del plazo de duración estipulado [\(117\)](#); y, por ello, no es necesario preaviso alguno para dar por extinguido el contrato de comercialización, pues este concluye por el mero agotamiento del término contractual pactado [\(118\)](#). Así las cosas, como en cualquier contrato a término, agotado este último se terminan los efectos del negocio sin perjuicio de la necesidad de concluir las operaciones que estuvieran pendientes [\(119\)](#). En otras palabras, la llegada del término final sin prórroga conduce a la expiración de la relación obligatoria e impone a las partes deberes de liquidación, vgr. restitución de cosas, pago de intereses y frutos, rendición de cuentas, etc. [\(120\)](#).

La solución no cambia aun cuando las partes hubieran prolongado su relación a lo largo del tiempo por una sucesiva suscripción de contratos de esas características. La mera renovación (condición exclusivamente exigida por el art. 1516 in fine) no puede tener el efecto de transformar el contrato en uno de tiempo indeterminado, a lo que solamente podría llegarse en la hipótesis de una real ejecución "de hecho" de la relación más allá de su

vencimiento.

En efecto, aun si las partes al concluir la duración de un contrato a plazo determinado inmediatamente otorgaron otro por igual o distinto plazo y así sucesivamente (sin responder ello a una previsión contractual de prórroga o renovación pactada en interés recíproco), la jurisprudencia del derecho comparado ha negado que semejante sucesión de contratos transforme, en particular al último suscrito, en contrato de duración indefinida (121); conclusión que, valga señalarlo, incluso ha sido sostenida para el caso de contratos que sí tenían previsión contractual de prórroga, ya que la sucesión indefinida de tales prórrogas tampoco transforma al contrato de duración determinada en otro de vigencia indefinida, más allá de la exigibilidad -en este particular caso, y por razones de buena fe- de proceder a un preaviso para concluirlo (122) y de las consecuencias que podrían derivarse en el caso de que esas sucesivas prórrogas -fundadas en pacto especial- hubieran generado alguna razonable expectativa continuativa. Pero si no hay pacto especial de prórroga o renovación, el vencimiento del plazo pactado de vigencia del último contrato, aun si hubieran existido previamente una sucesión de contratos similares, marca el punto final del negocio, pues el contrato debe seguir considerándose de plazo determinado y no de duración indefinida.

Y ello es así, especialmente, cuando el contrato no ha continuado ejecutándose "de hecho" después de su vencimiento (123). Sólo en el caso contrario podría concluirse en la presencia de un contrato de duración indefinida (124) que, consiguientemente, para ser válidamente extinguido requiere de un "preaviso" (125). Más si el caso no es el extraordinario indicado, la consideración del contrato de duración determinada extinguido por expiración del plazo contractual, debe impedir que se lo tenga como de plazo indeterminado, haciendo inviable la obtención de una indemnización de daños y perjuicios, no siendo una rescisión "ante tempus" (126). Es que cuando el contrato tiene plazo de vigencia, la extinción a su término no puede provocar derecho a indemnización fundada en una resolución ilícita, y mucho más si se pactó la extinción automática del contrato por incumplimiento del término pactado, sin plazo de preaviso ni posibilidad de prórroga (127).

La doctrina y la jurisprudencia del derecho comparado, lo mismo que la nacional, es muy clara en observar, además, que la decisión de no renovar o prorrogar un contrato de comercialización de plazo "determinado", no es ilegal ni abusiva, ni da derecho a indemnización.

En Francia, por ejemplo, una jurisprudencia que Jean Guyénot califica de "estable" ha rechazado el derecho de los concesionarios a ser indemnizados, aun si hubieran recibido la promesa verbal de una renovación indefinida e incluso si las relaciones comerciales fueran antiguas, bajo el argumento de que la no renovación del contrato de plazo "determinado" no constituye un abuso de derecho, sino el ejercicio de un derecho contractual (128). La misma solución se ha hecho extensiva al contrato de franquicia: el franquiciante no tiene un derecho a la renovación o al mantenimiento del contrato (129).

Igual conclusión es aceptada por la doctrina española y mexicana (130) y, ciertamente, ella se basa en atendibles razones.

Es que si el contrato hubiera sido de duración indefinida podrían examinarse las alegaciones que se hicieran a los efectos resarcitorios con motivo de inversiones, gastos, etc., pero al fijarse un plazo de duración por las partes, no puede estimarse que haya habido un ejercicio abusivo de derecho o actuación contraria a la buena fe por el hecho de que cualquiera de los contratantes opte por la no continuación del vínculo contractual actuando conforme a la previsión contenida (131).

Las expectativas o, mejor dicho, la frustración de ellas, no puede en estos particulares casos tampoco generar derechos indemnizatorios. El establecimiento voluntario de un plazo de duración del contrato y la ausencia de previsión contractual sobre su renovación o prórroga, son contenidos negociales que no pueden ser desconocidos sin desconocer, al mismo tiempo, el alcance material de la propia convención. Es obvio, además, que no es lo mismo pactar un contrato de plazo determinado "con" cláusula de prórroga o renovación a su vencimiento, que acordar uno "sin" una cláusula semejante. En el primer caso, es factible que se genere una cierta expectativa de prolongación o continuidad del contrato más allá de su formal vencimiento. Las partes, en efecto, han pensado en ello como una posibilidad real y, por tanto, han acordado sobre ella. En cambio, en el segundo caso, la carencia de una cláusula de prórroga o renovación contractual da cuenta de que las partes han querido, por el contrario, desterrar toda idea de posible continuidad o prolongación. La voluntad en esta última hipótesis es claramente otra y, lógicamente, el intérprete no podría equipararla a la que se expresa en un contrato "con" cláusula de prórroga o renovación sin incurrir en un desvío de la exégesis contractual, menos para dar igual tratamiento a situaciones que objetivamente son desiguales.

En el caso de un contrato de plazo determinado existe, además, un distinto álea que, naturalmente, también obliga a hacer diferencias. En efecto, como lo advierte Marzorati, cuando el contrato es a plazo "determinado", se juega con el álea de la no renovación, que se conoce al tiempo de celebrar y de concluir el contrato y se debe entonces prever. Entra en el riesgo del comerciante que su negocio no pueda continuar y, por ello, al ingresar a él debe sopesar si las ganancias que espera justifican o no obligarse frente a los compromisos que contrae por un término breve. Por lo demás, nadie puede verse obligado a renovar un contrato, pues ello crearía una severa limitación a la autonomía jurídica y a la independencia patrimonial. Al contratar, se aceptó que la relación era por un plazo breve; consiguientemente, al concluir el convenio de acuerdo con lo pactado, no puede tener más

derechos que al celebrar el contrato (132).

Se debe tener presente, además, que aun considerando al contrato como de adhesión, nada indica que no se hubiera tenido ocasión real de negociar sobre los elementos esenciales el contrato, como lo es el tiempo de su duración (133). Y que cabe suponer en todo empresario, en tanto comerciante, su profesionalidad, es decir, la presencia de ciertas aptitudes y capacidades mínimas para el manejo y administración de sus negocios, así como conocimiento sobre los riesgos que asume a los fines de tomar de antemano las medidas tendientes a evitarlos (134).

En suma, si en el contrato se declara que transcurrido determinado tiempo éste se extinguirá entre las partes, correspondería estar a ello dado que se trata de una manifestación de voluntad asumida por ellas en uso de su autonomía negocial, sin que el concesionario, distribuidor, franquiciado, etc., pueda como regla invocar derechos basados en falsas expectativas, meros comentarios o promesas verbales de renovación (135).

XI. Cláusulas contractuales válidas

a) Pacto de exclusividad (espacial o territorial y de aprovisionamiento).

Usualmente se distinguen dos tipos de pactos de exclusividad: los de limitación espacial o territorial y los de aprovisionamiento.

El art. 1517 del Código Civil se refiere exclusivamente al primer supuesto, ignorando el último.

Se impone, pues, examinar ambas hipótesis.

A) Pacto de exclusividad espacial o territorial

Las franquicias son exclusivas para ambas partes, dice la primera oración del art. 1517 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Quiere decir ello que la "exclusividad" desde esta perspectiva importa un contenido contractual esencial que, por consiguiente, se lo debe juzgar implícitamente existente aun en caso de silencio entre las partes, debiendo ellas para excluirla, limitarla o reglamentarla convenir cláusulas especiales, tal como lo refiere el art. 1517 in fine.

La exclusividad en cuanto al espacio de actuación se refiere, en palabras del Código, al "territorio concedido" en la franquicia, es decir, a la demarcación geográfica que las partes hubieran previsto en el contrato dentro de la cual el franquiciado puede desarrollar su empresa (varios países, un país determinado o una parte de un país), o bien a la "zona de influencia", expresión esta última que califica el espacio de actuación en defecto de previsión contractual referente al "territorio concedido" y que habrá de definirse en cada caso según las circunstancias de tiempo y modo propias de la relación contractual específica.

Existiendo previsión relativa al "territorio concedido", la exclusividad significa que dentro de él el franquiciante no puede autorizar otra franquicia, salvo consentimiento del franquiciado, y debe garantizar a este último la no irrupción de otra franquicia igual o similar. Ello, como lo determina el Código, no puede ser sorteado operando el franquiciante por sí o interponiendo personas, unidades de franquicia o actividades que importen competencia con la franquicia de que se trate. En otras palabras, no solo no puede el franquiciante dar franquicias a terceros para actuar en el mismo espacio territorial, sino que aun sin dar intervención a terceros, tiene él una obligación de abstención de no concurrir comercialmente en el mismo territorio, sea actuando personalmente, sea ejerciendo actividades contrarias al buen desarrollo de la franquicia en el territorio concedido, vgr. haciendo actividad de propaganda de franquicias concedidas en otros territorios.

Del lado del franquiciado, el "territorio concedido" determina, fundamentalmente, el ámbito espacial en el que puede utilizar los activos de la franquicia, y el ámbito en que habrán de operar las subfranquicias que otorgue si está autorizado a ello.

Algunas soluciones son posibles para tratar los intereses concurrentes del franquiciante y franquiciado respecto al tamaño del territorio. Es posible que el primero otorgue derechos contingentes sobre otros territorios además del territorio inicial, que permita franquiciado ampliar su territorio si se satisfacen ciertas condiciones, o que se le conceda un derecho de primera opción cuando el desarrollo de territorios adicionales sea considerado. Ciertamente, cuando estos derechos se otorgan, limitan substancialmente las posibilidades del franquiciador de otorgar otras franquicias. También es viable, de otro lado, requerir al franquiciado que abra unidades sub-franquiciadas a un cierto ritmo para que se le permita conservar sus derechos en el territorio inicialmente otorgado, o el contrato puede prever una reducción en la extensión del territorio en que el franquiciado tiene autoridad si ese ritmo de desarrollo no se mantiene. A la inversa, puede existir disposición que otorgue al franquiciado un territorio ampliado si se cumplen ciertos objetivos de desarrollo (136).

La violación por el franquiciado del pacto de exclusividad espacial o territorial, lo hace responsable frente al franquiciante (137).

B) Pacto de exclusividad de aprovisionamiento.

La exclusividad también puede referirse al aprovisionamiento, aunque el Código lo ignore salvo por la

referencia elíptica contenida en el art. 1519, inc. "b".

En este sentido, las franquicias pueden ser con pactos de aprovisionamiento en exclusiva, o bien sin pacto de aprovisionamiento en exclusiva.

En el primer caso, existe una obligación cuyo objeto se constituye por una prestación (de carácter negativo) que corresponde al franquiciado, según la cual queda impedido de procurarse bienes de alguien distinto al franquiciante.

Aunque en algunos casos pudiera la exclusividad en el aprovisionamiento precedentemente descripta ser considerada un contenido ínsito en la franquicia (138), lo cierto es que, en la generalidad de los casos ello no es así. En efecto, aunque el pacto de exclusividad de aprovisionamiento es habitual en contratos de franquicia, no puede entenderse que sea consustancial con su concepto, por lo que su estipulación no puede quedar presumida, debiendo resultar de cláusula específica (139), en la que se indique los productos involucrados, pudiendo referirse a un stock o a un aprovisionamiento mínimo de productos (140).

Como correlato de la obligación asumida por el franquiciado con el alcance indicado, el franquiciante asume la prestación de dar consistente en abastecer a aquél de los bienes necesarios para la operatividad comercial de la franquicia. Como lo ha explicado la doctrina (141), tal "dar" a cargo del franquiciante puede asumir las formas propias del contrato de suministro (142), o bien la de un contrato estimatorio, en virtud del cual el franquiciado, sin adquirir a título de propiedad las mercaderías que le hace entrega el franquiciante tiene, sin embargo, la facultad de venderlas derivada del poder de disposición que se le atribuye sobre ellas (143).

El pacto de exclusividad de aprovisionamiento no se considera restrictivo de la competencia, ya que se estima que es necesario para la protección de los derechos de propiedad industrial involucrados en la franquicia y para mantener la identidad y reputación de la red de franquicias (Reglamento CEE 4087/88, art. 3.1."b").

Si no existe pacto de aprovisionamiento en exclusiva, pueden darse, por ejemplo, las siguientes situaciones: I) que el franquiciado se compromete a adquirir cupos mínimos al franquiciador, quedando habilitado para hacer adquisiciones a terceros en lo restante que le hiciera falta; II) que el franquiciante no haga ningún aprovisionamiento, pero determine proveedores a los cuales el franquiciado debe acudir.

La regla particular del art. 1519, inc. "b", que se vincula a la cuestión aquí tratada, será examinada más adelante.

b) Cláusula de subfranquicia y cesión de posición contractual.

Dispone el art. 1518, inc. "a", del Código Civil y Comercial de la Nación que "...el franquiciado no puede ceder su posición contractual ni los derechos que emergen del contrato mientras está vigente, excepto los de contenido dinerario. Esta disposición no se aplica en los contratos de franquicia mayorista destinados a que el franquiciado otorgue a su vez subfranquicias, a esos efectos. En tales supuestos, debe contar con la autorización previa del franquiciante para otorgar subfranquicias en las condiciones que pacten entre el franquiciante y el franquiciado principal...".

Los contratos de franquicia son casi invariablemente contratos de larga duración. Las partes inician una relación de franquicia con la intención de permanecer en ella al menos durante el periodo inicialmente pactado, si no mayor. Por lo demás, en buena medida, cada parte basa su decisión de entrar en la relación atendiendo a las cualidades de la otra parte, su compromiso y eficacia para cumplir las obligaciones asumidas (*intuitu personae*), de manera de alcanzar un desarrollo exitoso de la franquicia. Es por tanto natural para una parte que prefiera que la otra no transfiera sus derechos resultantes del contrato, o que tal posibilidad esté restringida o limitada de algún modo. Pero, sin embargo, igualmente natural es para esa misma parte desear tener la posibilidad de transferir sus propios derechos.

Ahora bien, en el marco indicado, no es lo mismo la situación del franquiciante, que la del franquiciado.

En tal sentido, más allá de las razones genéricas antes aludidas, no hay básicamente otras que justifiquen limitar los derechos del franquiciante de transferir o ceder sus derechos. De ahí que el art. 1518, inc. "a", no limite al franquiciante en la posibilidad de ceder su posición contractual, a diferencia de lo que ocurre con el franquiciado. Milita en tal solución favorable al franquiciante el hecho de que una restricción a su capacidad de ceder su posición contractual reduciría la comerciabilidad del propio sistema de franquicia (144).

La cesión de la posición contractual del franquiciante se regula por lo previsto por los arts. 1636 y ss. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pero parece opinable que en los casos en que el franquiciante tenga muchos franquiciados diferentes en su sistema deba requerir de cada uno el consentimiento mencionado en la norma citada pues, como se expresa en la "Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional" de UNIDROIT, sujetar la transferencia de su posición contractuales al consentimiento de todos sus franquiciados daría lugar en última instancia a un procedimiento extremadamente gravoso y podría de hecho efectivamente impedir al franquiciador la cesión de sus derechos (145). Para evitar discusiones no es ilícito que al suscribir el contrato de franquicia todo franquiciado preste consentimiento anticipado a una eventual cesión de posición contractual del franquiciante (146).

No permite el Código, empero, en las franquicias que no sean mayoristas, que el franquiciado ceda su

posición en el contrato, pudiendo solamente ceder sus derechos de contenido dinerario, lo que es distinto. Esta restricción se funda en el carácter intuitu personae del contrato, especialmente desde el punto de vista del franquiciado.

En cambio, si la franquicia es mayorista (según la definición del art. 1513, inc. "a"), el Código admite que el franquiciado pueda ceder su posición contractual, bajo la forma de subfranquicias, siempre que cuente con autorización previa del franquiciante y en las condiciones que hubieran pactado al efecto.

Más allá de la crítica que en este punto se pudiera hacer al art. 1518, inc. "a", fundada en el hecho de que parece equiparar la cesión de la posición contractual con la figura de la subcontratación, lo cual es inadmisibles (147), interesa destacar que abierta la posibilidad al franquiciado de establecer subfranquicias, la autorización del franquiciante para tal operación debe ser "previa" según lo prescribe expresamente esa norma, lo cual implica una restricción a lo previsto por el art. 1636 que permite el consentimiento del contratante cedido incluso "después de la cesión".

Por cierto, la posibilidad de establecer subfranquicias en el caso indicado, podría estar sujeta a restricciones o recaudos contractualmente previstos en el contrato de franquicia principal.

La razón por la que un franquiciador puede desear la restricción del derecho del franquiciante para transferir sus intereses es impedir una cesión a una parte cuyo estado financiero, capacidad o reputación no sea satisfactoria. También puede desear evitar una cesión a un competidor o a una asociada con un competidor. En su caso, pueden imponerse al subfranquiciado condiciones especiales, como por ejemplo: I) debe prestar conformidad a todos los contenidos esenciales del contrato de franquicia principal; II) debe renunciar y abandonar cualesquiera reclamaciones que pueda tener contra el franquiciador al tiempo de la transferencia o cesión propuesta; III) debe demostrar para satisfacción del franquiciador que posee las características de administración, financieras y empresariales apropiadas para llegar a ser un subfranquiciado adecuado; IV) el pago de una cuota de transferencia que sirve como reembolso parcial de los gastos contraídos por el franquiciador en su revisión de la transferencia propuesta; V) la realización de un nuevo acuerdo de franquicia principal por el cesionario propuesto que se ajuste a la última versión del contrato de franquicia principal del franquiciador; VI) el cumplimiento por el cesionario propuesto de los requisitos de formación del franquiciador (148).

La violación a la prohibición de establecer subfranquicias, hace responsable al franquiciado de los daños causados al franquiciante, vgr. lucro cesante (149)

c) Cláusula de prohibición de competencia (remisión)

En su art. 1518, inc. "b", prescribe el Código Civil y Comercial de la Nación que "...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...".

Se trata, bien se aprecia, de un contenido contractual impeditivo de actos de competencia del franquiciante que afecten al franquiciado.

Examinaremos la cuestión con más detenimiento en el capítulo "El derecho de competencia y el contrato de franquicia", al que remitimos.

d) Cláusula sobre la clientela.

El art. 1518, inc. "c", primera oración, del Código Civil y Comercial de la Nación, prescribe que "...el derecho de clientela corresponde al franquiciante....", salvo pacto en contrario.

Ya hemos señalado que dentro de los elementos reales del contrato de franquicia no se comprende la clientela pues, cuanto más, existirá de parte del franquiciado una expectativa de ganarla con el tiempo al amparo de la marca franquiciada.

Sin embargo, el Código admite, como se dijo, la estipulación contractual contraria, o sea, que las partes pacten que el derecho a la clientela corresponda al franquiciado.

Se tratará en tal caso, vale aclararlo, de un tratamiento jurídico "indirecto" de la clientela, conexas a la transmisión del conjunto de elementos patrimoniales (materiales e inmateriales) que constituyen la franquicia (150).

Por cierto, la transmisión del derecho a la clientela está íntimamente asociada a la licencia de la marca del franquiciante pues, casi innecesario resulta señalarlo, aquella se ha formado al amparo del uso de tal signo distintivo.

e) Cláusula de ubicación territorial.

Otro contenido contractual impuesto por el Código es el de que "...el franquiciado no puede mudar la ubicación de sus locales de atención o fabricación...", salvo pacto en contrario (art. 1518, inc. "c", segunda oración).

La regla es, pues, que el franquiciado no puede mudarse ni siquiera dentro del "territorio concedido" o de la

"zona de influencia" de la franquicia. La norma no se contrapone necesariamente a lo dispuesto por el art. 344, tercer párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación ("...Se tienen por no escritas las condiciones que afecten de modo grave las libertades de las personas, como la de elegir el domicilio..."), pues en rigor se refiere a los locales de atención o de fabricación pertenecientes al franquiciado y no a su domicilio que, por hipótesis, puede ser distinto. A todo evento, si los locales de atención o de fabricación estuvieran ubicados en el mismo domicilio del franquiciado, lo dispuesto por el art. 1518, inc. "c", segunda oración, del Código, debería interpretarse como una excepción al citado art. 344, tercer párrafo.

XII. Cláusulas contractuales nulas

En el art. 1519 el Código Civil y Comercial de la Nación determina la invalidez de tres cláusulas contractuales referentes a prohibiciones que afectarían al franquiciado.

Se trata de casos de nulidad relativa, pues la sanción es impuesta "...sólo en protección del interés de ciertas personas..." (art. 386 del Código), en el caso, el tomador de la franquicia.

Las hipótesis contempladas son las siguientes:

A) Cláusula que prohíba "...cuestionar justificadamente los derechos del franquiciante mencionado en el artículo 1512, segundo párrafo..." (art. 1519, inc. "a")

La ratio legis de la invalidez está vinculada a la protección de los derechos contractuales del franquiciado, cuya eficacia depende de que el franquiciante actúe ante él como titular exclusivo del conjunto de bienes materiales e inmateriales comprendidos en la franquicia. En otras palabras, lo que el art. 1519, inc. "a", protege es la posibilidad del franquiciado, en caso de cotitularidad o copropiedad por el franquiciante de los bienes integrantes de la franquicia, de cuestionar aun en la etapa de ejecución del contrato el derecho de utilización y transmisión de tales bienes por el franquiciante, cuando no tenga la conformidad de los otros cotitulares o copropietarios.

Cabe advertir que la palabra "justificadamente" está de más, pues si el cuestionamiento resulta o no justificado no es algo que pueda saberse ex ante de su consideración, aparte de que no es posible pensar, a contrario sensu, en la validez de la cláusula cuando ella refiera a cuestionamientos "injustificados".

B) Cláusula que prohíba "...adquirir mercaderías comprendidas en la franquicia de otros franquiciados dentro del país, siempre que éstos respondan a las calidades y características contractuales..." (art. 1519, inc. "b").

Ya se ha examinado lo atinente a la validez de la cláusula de exclusividad en el aprovisionamiento.

En un afín pero distinto orden de ideas, el art. 1519, inc. "b", del Código prescribe que no se puede imponer contractualmente al franquiciado el deber de no aprovisionarse de otros franquiciados dentro del mismo país.

En otras palabras, el franquiciado siempre podrá aprovisionarse de mercaderías suministradas por otros franquiciados (comprendidas en su propia franquicia), con tal que ellas (y no los franquiciados, como parece decir la norma) respondan a las calidades y características contractuales de la franquicia propia.

A falta de especificación, se habrá de entender una calidad de mercadería de tipo "medio", no pudiendo el franquiciado exigir una calidad superior, ni los proveedores darla de una calidad inferior [\(151\)](#).

A contrario sensu, la cláusula sería permitida si prohibiese aprovisionarse de franquiciantes extranjeros, lo cual implica una solución compatible con el régimen previsto por el art. 6º del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC, también conocido por sus siglas en inglés "TRIPs"), aprobado por nuestro país mediante la ley 24.425, en cuanto permite a cada nación disponer en su legislación interna que no se considere que los derechos de propiedad intelectual (marcas, patentes, etc.) se agotan por su introducción (importación y comercialización) en un país, pudiendo por consecuencia su titular bloquear "importaciones paralelas" [\(152\)](#).

C) Cláusula que prohíba "...reunirse o establecer vínculos no económicos con otros franquiciados..." (art. 1519, inc. "c").

Mediante este contenido contractual legalmente vedado, se habilita a los franquiciados de una misma red a suscribir entre sí, por ejemplo, un contrato de agrupación de colaboración (art. 1453 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación).

XIII. Régimen de responsabilidad

a) Independencia jurídica

Las partes del contrato son independientes, dice el art. 1520, primera oración, del Código Civil y Comercial de la Nación. Y, por consecuencia de ello, la última parte del mismo precepto establece que "...El franquiciado debe indicar claramente su calidad de persona independiente en sus facturas, contratos y demás documentos comerciales...", aclarando que, no obstante, dicha obligación no debe interferir en la identidad común de la red franquiciada, en particular en sus nombres o rótulos comunes y en la presentación uniforme de sus locales, mercaderías o medios de transporte.

En otras palabras, como ya lo hemos señalado al tratar el elemento subjetivo del contrato, tanto el franquiciador como el franquiciado forman empresas autónomas, jurídicamente independientes, no pudiendo estar unidos por lazos de dependencia o subordinación jurídica alguna; y aunque frente a terceros surge una apariencia de dependencia funcional, lo cierto es que ambos tienen su propia personalidad, asumiendo cada uno los riesgos derivados de la actividad propia, y teniendo cada cual su nombre individual o una denominación o razón social distinta.

Ni siquiera la integración empresarial que pudiera juzgarse existente entre franquiciante y franquiciado, borra la apuntada independencia. Es decir, existe una "independencia en la interdependencia"⁽¹⁵³⁾. Franquiciador y franquiciado no son responsables por las acciones u omisiones del otro. De ahí que, como regla, el Código prescriba que "...el franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado, excepto disposición legal expresa en contrario..." (art. 1520, inc. "a").

Y para asegurar todo ello dispone el art. 1512, tercer párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación que "...El franquiciante no puede tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado...", con lo cual se elimina la actuación de la regla contenida en el art. 144 del mismo cuerpo legal atinente a la responsabilidad del controlante societario por los actos del sujeto controlado.

A todo evento, como se dijo, el franquiciante solamente respondería de las acciones u omisiones del franquiciado si hubiera disposición legal expresa que así lo dispusiera, vgr. en la situación prevista por el art. 40 de la ley 24.240, según se verá más adelante.

Tampoco existe relación laboral entre franquiciado y franquiciante, tal como lo declara enfáticamente el citado art. 1520, primera oración.

b) Responsabilidad contractual.

Las obligaciones asumidas por el franquiciado o por el franquiciante pueden ser incumplidas, pudiendo calificarse los incumplimientos como relativos o absolutos, según que, respectivamente, la prestación tenga o no ocasión ya de ser ejecutada.

Definir cuándo hay incumplimiento, cuál es su naturaleza y efectos, es cuestión fundamentalmente de hecho y susceptible de apreciación, especialmente porque en el contrato de franquicia pueden convivir obligaciones de medio (vrg. provisión de asistencia técnica) y de resultado (vgr. la necesidad de lograr una facturación mínima se ello se ha pactado), lo cual influye en lo atinente al tipo de responsabilidad implicada, ya que en el primer caso juegan factores subjetivos de atribución (arts. 1724 y 1725 del Código Civil y Comercial de la Nación), y en el segundo una responsabilidad objetiva (art. 1723 del mismo cuerpo legal). Cabe acotar que las obligaciones incumplidas pueden ser de hacer, de dar o de no hacer (vgr. obligación de no competir —art. 1518, inc. "b"-), debiendo sus inejecuciones ser ponderadas in concreto.

En su caso, para dar concreción a situaciones suele pactarse en los contratos de franquicia cláusulas que describen supuestos específicos de incumplimiento y que determinan sus consecuencias tal como lo entienden las partes en uso de la autonomía de la voluntad (art. 1709, inc. "b", del Código Civil y Comercial de la Nación).

Asimismo, aparte de estipulaciones específicas sobre incumplimientos, normalmente los contratos de franquicia presentan una "cláusula general" en virtud de la cual se cubren aquellos que no han sido debidamente detallados de modo particular.

En el mismo marco, pueden pactarse cláusulas que otorgan plazos a una o a la otra parte para subsanar incumplimientos propios, las que se explican en la mutua confianza de las partes o en el interés de ambas de flexibilizar, en alguna medida, la ejecución del contrato.

Ahora bien, frente al incumplimiento definitivo se abre, desde ya, la alternativa de la extinción del contrato, sea por cláusula resolutoria expresa o implícita (arts. 1086, 1087 y conc. del Código Civil y Comercial de la Nación).

Se deben considerar supuestos de incumplimiento definitivo: I) la falta de puesta a disposición del franquiciado del conjunto de elementos patrimoniales, materiales e inmateriales, que componen la franquicia, en su totalidad; II) la falta de entrega de mercadería en los casos de aprovisionamiento exclusivo por el franquiciante; III) la falta de renovación por el franquiciante de los registros de las marcas licenciadas; IV) cuando el franquiciado falta a su deber de explotación de la franquicia; etc.

Pueden considerarse incumplimientos relativos: I) la entrega por el franquiciante de mercadería defectuosa susceptible de reemplazo; II) cuando hay defectos del "know-how" transmitido que resultan subsanables; III) cuando la asistencia técnica dada por el franquiciante no es completamente adecuada; etc.

Dos reglas particulares atinentes a la responsabilidad contractual fueron previstas por el Código Civil y Comercial de la Nación.

La primera: que "...el franquiciante no responde ante el franquiciado por la rentabilidad del sistema otorgado en franquicia..." (art. 1520, inc. "c"), lo que es consecuencia de la ya señalada independencia de cada uno y, particularmente, del hecho de que el franquiciado asume el riesgo empresarial de su propia actividad.

La segunda: que "...El franquiciante responde por los defectos de diseño del sistema, que causan daños probados al franquiciado, no ocasionados por la negligencia grave o el dolo del franquiciado..." (art. 1521). Es que las obligaciones asumidas por el franquiciante no se agotan con la sola entrega de base patrimonial y organizada que ha de constituir la futura empresa franquiciada, sino que, además, ha de proporcionar al franquiciado el derecho sobre ese conjunto organizado de bienes, de suerte que responde por los vicios o defectos que afecten a la organización del conjunto patrimonial transmitido y que impidan el que pueda alcanzar la finalidad económica perseguida por el franquiciado al contratar. Queda a salvo, como causales que eximen de responsabilidad al franquiciante, el caso de la negligencia grave y del dolo del franquiciado (154), según lo expresa la norma antes transcrita haciendo una aplicación de lo dispuesto genéricamente por el art. 1729 del Código.

c) Responsabilidad laboral.

El franquiciante no responde por las obligaciones laborales del franquiciado, como regla.

Así lo determina el art. 1520, inc. "b", del Código Civil y Comercial de la Nación, al prescribir que "...los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral...".

Es la solución que había aprobado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Rodríguez, Juan Ramón c/ Cía. Embotelladora Argentina S.A. y otro" (sentencia del 15/4/93) (155), y que el propio Alto Tribunal pareció abandonar en el caso "Benítez, Horacio Osvaldo c/ Plataforma Cero S.A. y otros" ((sentencia del 22/12/2009) (156). En efecto, en el apuntado precedente "Rodríguez" la Corte declaró que "...el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo, que reglamenta la responsabilidad de los empresarios en los casos de subcontratación y delegación frente a los dependientes de los contratistas, no es aplicable cuando un empresario suministra a otro un producto determinado, desligándose expresamente de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución..." y que "...En los contratos de distribución, concesión, franquicia y otros, la actividad normal del fabricante o concedente excluye las etapas realizadas por el distribuidor o concesionario, por lo que no existe contratación de servicios en los términos del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo...". De tal suerte, se descartó la responsabilidad solidaria del franquiciador por las deudas laborales del franquiciado.

Con tal respuesta legislativa se pone un quietus a la cuestión (157), que en la doctrina y la jurisprudencia de grado había generado respuestas contrapuestas (158).

Queda a salvo, desde luego, el caso del fraude laboral, esto es, cuando por aplicación del principio de primacía de la realidad propio del Derecho del Trabajo, se juzgue existente una relación laboral dependiente directa entre el franquiciante y quien desde el punto de vista formal figura como empleado del franquiciado, de acuerdo a los arts. 14, 29 y concordantes de la Ley de Contrato de Trabajo (159).

d) Responsabilidad civil frente a terceros.

Con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación era cuestión discutida si la responsabilidad del franquiciado podía trasladarse (imputarse) al franquiciante, frente a reclamos de terceros. Algunos autores brindaban una respuesta negativa (160), y otros positiva (161).

El art. 1520, inc. "a", del Código Civil y Comercial de la Nación, superó esa discusión estableciendo que "...el franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado, excepto disposición legal expresa en contrario...".

La regla es, pues, la de la imposibilidad de imputar al franquiciante las responsabilidades originadas en la actuación del franquiciado, sea por el vicio o riesgo de las cosas que emplea o los servicios que presta, o por cualquier otra razón que provoque daño a un tercero.

La ratio legis de la apuntada regla viene dada porque: I) no existe relación contractual entre el franquiciante y el tercero; II) el franquiciante y el franquiciado son dos personas jurídicas diferentes e independientes entre sí; III) no se le puede achacar culpa in vigilando al franquiciante porque la misma podría representar un factor de atribución excesivo, especialmente en los casos de franquicias internacionales en los que el control del franquiciante sobre la actividad del franquiciado es naturalmente dificultoso.

Pero el propio art. 1520, inc. "a", excepciona la regla al advertir que la responsabilidad del franquiciante podría surgir en caso de disposición legal expresa en contrario.

Particularmente, la excepción remite a la Ley de Defensa del Consumidor.

En efecto, el franquiciante y el franquiciado son responsables frente al consumidor en los términos del art. 40 de la ley 24.240, en cuanto establece que "... Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio (...) La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena..."(162).

XIV. Extinción del contrato

El contrato de franquicia concluye por variadas causales, algunas reguladas por el Código Civil y Comercial de la Nación, otras no.

El elenco de tales causales -y las particularidades de cada una- es el siguiente.

a) Muerte o incapacidad de cualquiera de las partes.

Ha pensado el legislador de 2014 en un franquiciante o en un franquiciado que es persona humana y, desde tal perspectiva, declara que el contrato de franquicia se extingue por su muerte o incapacidad (art. 1522, inc. a).

La extinción de la franquicia por causa de muerte implica que los herederos del franquiciado o franquiciante no pueden considerarse continuadores del contrato respectivo. El deceso ha implicado la pérdida del intuitu personae propio del contrato, y por ello no puede ser continuado por quienes carecen de él. Pero pasan a los herederos las deudas o créditos que, con motivo de la franquicia, estaban en cabeza del causante al tiempo de su muerte, así como las acciones de cobro pertinentes (art. 2280 del Código Civil y Comercial de la Nación).

¿Puede pactarse que el contrato se continúe con los herederos?. En el derecho comparado se ha dado una respuesta afirmativa (163). Sin embargo, no parece permitirlo la letra del Código que, como se dijo, determina la extinción como consecuencia del deceso del causante. A todo evento, nada impide que se suscriba un nuevo contrato con los herederos.

Ante la sobrevenida pérdida de la "capacidad de ejercicio" (art. 23), sea del franquiciante o del franquiciado, el contrato se extingue desde que judicialmente es declarada la incapacidad (art. 32, 38 y conc. del Código Civil y Comercial de la Nación). El contrato no puede ser continuado por el curador, pues la ley determina su extinción. La extinción se funda en la imposibilidad sobrevenida de realizar las prestaciones prometidas por la persona cuya cualidad y confianza fue tenida en mira al contratar.

b) Conclusión del proceso liquidatorio tras la disolución de la persona jurídica.

Cuando el franquiciante o el franquiciado es persona jurídica, el contrato se extingue una vez que concluye el proceso de liquidación que sigue a la disolución (164).

c) Contrato de plazo menor a tres años justificado por razones especiales.

Como ya se ha examinado, el contrato de franquicia no puede tener una duración inferior a cuatro años. Es lo que resulta del art. 1516, primera oración, y su remisión al art. 1506, primer párrafo, del Código.

Excepcionalmente, sin embargo, el citado art. 1516 autoriza pactos especiales de duración en caso de ferias, congresos, actividades dentro de predios o similares. Para tales hipótesis el Código no impone ningún plazo mínimo, pudiendo las partes ajustarlo a la duración del evento en el que actuará la franquicia, vgr., días o meses (art. 6º del Código Civil y Comercial de la Nación).

Es, pues, con especial vinculación a esto último, que el art. 1522, inc. "c", determina que al vencimiento del plazo fijado en el pacto especial, el contrato de franquicia queda extinguido de pleno derecho. La solución es lógica ya que, como regla, el plazo de ha pactado relacionado a la duración de la feria, el congreso, la actividad o evento, agotado el cual la franquicia no tiene por qué subsistir en tanto ha cumplido su objeto.

d) Extinción unilateral "con" justa causa.

Prescribe el art. 1522, inc. "b", del Código Civil y Comercial de la Nación que "...el contrato no puede ser extinguido sin justa causa dentro del plazo de su vigencia original pactado entre las partes. Se aplican los artículos 1084 y siguiente...".

Quiere decir, a contrario sensu, que la franquicia sí puede ser extinguida unilateralmente cuando hay justa causa para hacerlo.

Y, en tal sentido, habrá desde luego justa causa para extinguir el contrato por una de las partes cuando la otra hubiese incumplido sus obligaciones (art. 1083, 1084 y conc.), cuando se hubiera frustrado la finalidad del contrato (art. 1090), o cuando el negocio fuese afectado por imprevisión (art. 1091).

Independientemente de lo anterior, aunque no lo diga el Código, las partes pueden pactar causas de extinción que, obviamente, se consideren "justas" para ellas. Presente la causal convencional que fuese, su invocación para lograr el efecto extintivo puede pactarse como se ejercicio unilateral bajo modalidades específicas, vgr. en cuanto al plazo para hacerla valer, la forma, etc.

e) Extinción unilateral "sin" justa causa.

Puede llegarse a la extinción del contrato de franquicia por voluntad unilateral y sin expresión de justa causa en dos supuestos diferenciados, según que el contrato sea o no por tiempo determinado.

e.1) Contratos por tiempo determinado.

Dos normas regulan la cuestión, de modo complementario.

De un lado, en clara referencia a los contratos de franquicia de plazo determinado, el art. 1516 dispone que "...Al vencimiento del plazo, el contrato se entiende prorrogado tácitamente por plazos sucesivos de un año, excepto expresa denuncia de una de las partes antes de cada vencimiento con treinta días de antelación. A la

segunda renovación, se transforma en contrato por tiempo indeterminado...".

Por otra parte, refiriéndose a contratos de franquicia de igual tipo (por tiempo determinado), el art. 1522, inc. d, prescribe que "...Cualquiera sea el plazo de vigencia del contrato, la parte que desee concluirlo a la expiración del plazo original o de cualquiera de sus prórrogas, debe preavisar a la otra con una anticipación no menor a un mes por cada año de duración, hasta un máximo de seis meses, contados desde su inicio hasta el vencimiento del plazo pertinente...".

En otras palabras, sin necesidad de invocar una justa causa de conclusión del contrato de franquicia, las partes pueden provocar su extinción: a) denunciándolo expresamente antes de su vencimiento original, a fin de evitar que tenga lugar la prórroga tácita prevista por el art. 1516; b) denunciándolo expresamente antes de que opere cualquiera de sus prórrogas. En ambos casos, la denuncia debe tener lugar 30 días antes del vencimiento de que se trate (del plazo original o de la prórroga que fuese) y darse un preaviso apto para que la extinción de la franquicia tenga efectivamente lugar no antes del tiempo necesario para que la otra parte pueda ordenar su salida del negocio; preaviso que el art. 1522, inc. d, determina en un mes por cada año de duración que hubiera tenido el contrato, hasta un máximo de seis meses, debiendo tenerse en cuenta al efecto, obviamente, la duración total de ejecución de la franquicia desde su inicio (plazo original más prórrogas si las hubo). La falta de preaviso otorga a la otra parte derecho a la indemnización por las ganancias dejadas de percibir en el periodo (art. 1522, inc. d, in fine, y su remisión al art. 1493).

e.2) Contrato por tiempo indeterminado.

En este caso el Código autoriza la extinción unilateral, sin expresión de causa, dando preaviso, pero para que se haga efectiva no antes del tercer año de su concertación (art. 1522, inc. "d", segunda oración).

La solución normativa responde al criterio aceptado, ya sin discusión, a partir del precedente "Automotores Saavedra" resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (165), según el cual en los contratos de comercialización "sin" plazo de vencimiento o por tiempo indeterminado, no puede negarse el ejercicio de la facultad resolutoria por cualquiera de las partes, apta para poner fin al contrato, sin necesidad de expresar causa.

Lo ha hecho el Alto Tribunal, empero, sujetando tal facultad rescisoria "incausada" a su ejercicio en tiempo propio, o sea, después de que el contrato ha cumplido su finalidad económica, lo que normalmente acontece cuando el empresario amortizó sus inversiones y obtuvo un lucro, extremo que el legislador ha estimado se concreta, en la especie, en tres años a partir de la firma del contrato de franquicia.

Para cumplir con la regla de la buena fe, se impone la obligación de preavisar la finalización del contrato a fin de darle al empresario ocasión para reordenar su negocio. A ese efecto, se requiere que exista una adecuada proporción entre el plazo del preaviso y el de vigencia o ejecución del contrato, siendo aplicable en la hipótesis examinada la misma solución que se consagra para el caso de contratos con plazo de vigencia, o sea, debe darse cuanto menos un preaviso no menor de un mes por cada año de duración, hasta un máximo de seis meses, contados desde su inicio hasta el vencimiento del plazo pertinente (166).

La extinción unilateral, sin causa y preavisando, del contrato de tiempo indeterminado, no se considera incumplimiento contractual; y se trata del ejercicio de una declaración unilateral de voluntad de carácter recepticio que, en caso de que en el contrato se exija determinada forma, necesariamente se habrá de llenar ella para que el acto resulte eficaz, sin que sea necesaria la aceptación expresa de la otra parte, bastando que llegue a su conocimiento (167).

La falta de preaviso tiene las consecuencias previstas por el art. 1493 del Código (art. 1522, inc. "d", in fine).

f) La finalización de los contratos que prevén cláusulas de prórrogas o renovación y el caso de las extinciones "ante tempus".

Pueden las partes pactar un contrato de franquicia por tiempo determinado, sin o con cláusula de renovación. En el primer caso, opera la solución supletoria del art. 1516 ya explicada, y la continuación del contrato tendrá lugar bajo las mismas condiciones contractuales originariamente pactadas. En el segundo, rige la previsión contractual específica que exija una declaración bilateral de renovación, la que podrá ser bajo las mismas o distintas condiciones contractuales vigentes hasta entonces.

La cuestión, empero, requiere de algunas otras precisiones.

En efecto, cuando el contrato es "con" plazo determinado y pacto especial que habilita, a pesar de la llegada del término final, a una prolongación por periodos de tiempo (de igual o distinta duración al primero) a través de sucesivas "prórrogas" expresas o tácitas (lo que equivale a una simple modificación de un elemento del contrato, cual es el plazo, prolongando el primitivamente acordado, y permaneciendo inalterado el resto del contenido contractual), o bien a una "renovación" del contrato (lo que implica convenir un nuevo contrato, con obligaciones modificadas o no), se pueden presentar situaciones genéricas diferenciales, no excluyentes de otras más específicas, en lo referente a hipótesis de extinción del contrato.

La primera de tales situaciones genéricas diferenciales se da cuando franquiciante (lo mismo vale para un concedente, distribuido, etc.), decide no renovar o prorrogar el contrato. En este caso, debe advertirse que

semejante decisión tiene por base el ejercicio de un derecho, pues la renovación o la prórroga, aunque esté pactada como alternativa, no es nunca una imposición sino una posibilidad que tienen las partes de convenir o no (168). Tal derecho a negar una prórroga o renovación tiene como límite, empero, el que no sea ejercido abusivamente de suerte que, si tal fuera el caso, la negativa podría dar lugar a consecuencias indemnizatorias. En otras palabras, la negativa a renovar o prorrogar un contrato que como posibilidad futura resulta de lo previamente acordado en tal sentido por las partes, tiene que obedecer a un motivo legítimo o justa causa, vgr. incumplimientos previos del franquiciado (o concesionario, distribuidor, etc.). Existiendo tal *good cause* se justifica la decisión de no renovar o prorrogar el contrato, pese a la existencia de cláusula que lo prevea como alternativa (169). Por el contrario, la negativa no es tolerable cuando ha habido cumplimiento fiel y diligente de las obligaciones, teniendo por tanto el franquiciado (o concesionario, distribuidor, etc.) expectativas suficientes y plena confianza en que la renovación o prórroga tendría lugar (máxime si ya hubo renovaciones o prórrogas pretéritas), pues en tal caso la *good cause* desaparece y, consiguientemente, a la extinción del contrato, sin deber de indemnización alguno, solamente podría llegarse dándose un preaviso temporalmente suficiente para que su destinatario amortice las inversiones realizadas y tome las medidas necesarias para paliar el perjuicio que la cesación del convenio le pueda reportar (170). La obligación resarcitoria aparecería, en su caso, solamente si no hubo preaviso o si fue insuficiente (171), y también genéricamente cuando el franquiciante (o concedente, distribuido, etc.) hubiera ejercido abusivamente su derecho de no renovar o prorrogar el contrato, defraudando la confianza suscitada en la otra parte acerca de una continuación del vínculo (172).

La segunda de tales situaciones diferenciales se da, en cambio, cuando se decide rescindir el contrato de comercialización "ante tempus", es decir, antes de que hubiera llegado el término final pactado.

En este último caso, si no hay previsión contractual que autorice lo propio, no es dudoso que el ejercicio del derecho de rescindir anticipadamente al vencimiento del plazo de duración del contrato se puede convertir en un verdadero y propio incumplimiento contractual por parte de quien lo ejerce, ya que lo único que exime del respeto al plazo previsto es el acaecimiento de un motivo que lo justifique (vgr. incumplimiento de la otra parte) hasta el punto que, de no existir este y, a pesar de ello pretender dar por finalizado el contrato con extemporánea revocación del mismo, se habrán de derivar necesariamente consecuencias indemnizatorias (173).

Por el contrario, la rescisión "ante tempus" autorizada expresamente por cláusula contractual no determina, como regla, la necesidad de indemnización alguna, pudiendo darse dos situaciones:

a) Que, según lo convenido, la rescisión pueda ser "incausada", habiéndose entendido que la misma es legítima en la medida que se brinde un preaviso suficiente que posibilite reorganizar los factores de producción a fin de emplearlos en otra actividad lucrativa, o bien resolver su enajenación (174).

b) Que, según lo convenido, la rescisión deba ser "causada" (vgr. morosidad en los pagos; el bajo nivel de ventas; la violación a la exclusividad; circunstancias que afecten el *intuitu personae*; etc.), cabiendo estar a la prueba de la respectiva *in iuria* para descartar un ejercicio abusivo de la facultad contractual disolvente (175).

g) Quiebra de las partes.

g.1) Sobre la posibilidad de la quiebra del franquiciante o del franquiciado. Apunta Kleidermacher que resulta difícil concebir la quiebra de un franquiciante, y más difícil todavía que un franquiciado se vea sumergido en un estado de cesación de pagos. No obstante, destaca que ni lo uno ni lo otro es imposible, y que la quiebra puede darse provocada en cada caso por distintos motivos. Así, observa que el franquiciante puede llegar a una situación falencial por: a) falla del plan negocial en su concepción; b) puesta fuera del comercio del objeto de la franquicia por razón de cambios legislativos; c) incorrecta elección de los sujetos franquiciados, convirtiéndolo en un negocio inviable por la mala actuación de aquellos; d) alteración de variables del mercado que dejan al franquiciante en un ahogo financiero; etcétera. Por su lado, el franquiciado puede caer en insolvencia y quebrar por conducto de dos fuentes distintas: a) por fallas derivadas del franquiciante, vgr. plan negocial inviable desde su concepción; objeto de la franquicia que queda fuera del comercio por disposiciones legales sobrevinientes; mala prestación de la asistencia técnica para el desarrollo de la franquicia; etcétera; y b) por fallas propias del franquiciado, vgr. error en el seguimiento del plan negocial; sufrimiento por parte del franquiciado de circunstancias graves sobrevinientes, como ser accidentes, robos o pérdidas, sin adecuada cobertura de seguros; grave alteración de las circunstancias del mercado, que pueden ser diversas del central franchising, en caso de franchising internacionales; etcétera (176).

g.2) La resolución del contrato de franquicia por causa de quiebra.- El art. 147 de la ley 24.522 sobre Concursos y Quiebras (en adelante LCQ), no menciona al contrato de franquicia como uno de aquellos que se resuelve por la declaración de quiebra de alguna de las partes. No obstante, siendo que los negocios citados por la parte final de esa norma no constituyen un *numerus clausus* (177), la doctrina nacional no ha dudado en considerar que el precepto igualmente se aplica al contrato de franquicia (178). Lo mismo ha expresado la jurisprudencia (179).

La resolución se produce por la quiebra de cualquiera de las partes, conectado ello con el carácter *intuitus personae* que tiene la franquicia tanto desde el punto de vista del franquiciante, como del franquiciado.

En el caso del franquiciante, ese *intuitus personae* está dado porque, como lo señala Marzorati, al tomador

de la franquicia le interesa actuar en vinculación con una entidad seria y responsable, que le franquicie un negocio probado y por ende rentable (180).

En cambio, en el caso del franquiciado, el intuitus está vinculado al propósito del franquiciante de que aquél le garantice el prestigio de la marca o nombre comercial cuya licencia de uso comprende la franquicia; la preservación del secreto industrial del predisponente, en todo aquello que se vincule con el know how; la explotación correcta de su negocio; etcétera.

El rasgo intuitus personae, que preside tanto la celebración del negocio, como su posterior ejecución, se vincula asimismo con la estabilidad de la relación y la certidumbre respecto de su mantenimiento por todo el tiempo en que las partes pactaron o pudieron entender que duraría la relación.

De ahí que, además, la resolución del contrato por causa de quiebra de alguna de tales partes, no sólo venga justificada por desaparecer el elemento fiduciario propio de la franquicia, sino también por su condición de negocio de ejecución continuada. Con relación a esto último, Maffía hace una interpretación extrema, igualmente atendible: La quiebra, dice, torna imposible las más de las veces la conducta fundadamente esperada sobre la base del factor confianza, pero desde el ángulo del enfoque iuspositivo el franchising se resuelve por ser un contrato de ejecución continuada, y ocurriría aun cuando la consideración recíproca entre franquiciante y franquiciado se mantuviese incólume (181).

En cambio, discutido -tal como se ha visto- su carácter de contrato normativo, no parece que esta presunta característica pueda ser también considerada para concluir en la resolución de la franquicia según lo previsto por el art. 147, LCQ.

Basta, pues, considerar el carácter intuitus personae del negocio, y su condición de contrato de ejecución continuada a los fines de definir su resolución en caso de quiebra de alguna de las partes.

En este punto, el derecho italiano muestra un panorama semejante al argentino.

En efecto, la "legge fallimentare" de 1942 ignora el contrato de franquicia, y sólo recurriendo a su carácter intuitu personae y a su asimilación a un mandato de empresa, la doctrina mayoritaria ha podido concluir que se resuelve por la quiebra de cualquiera de las partes, aplicándose por analogía lo concordemente previsto por el art. 78 de la citada ley en relación a los contratos de cuenta corriente, mandato y comisión (182).

Es de interés destacar que los proyectos legislativos nacionales que atañen a la regulación del contrato de franquicia, brindaron soluciones que se apartaban de la prevista por el art. 147, LCQ. Sobre el particular, el proyecto de reformas al Código Civil de 1993 estableció que al contrato de franquicia se le aplicaban las disposiciones pertinentes del contrato de concesión (art. 1341), las cuales en materia de extinción remitían, a su vez, a las del contrato de agencia (art. 1340). Estas últimas, por su lado, determinaban que la caída en quiebra de una de las partes, daba derecho a la otra a resolver en cualquier momento el contrato de duración indeterminada, sin obligación de preaviso. Es decir, según este proyecto, la quiebra de una de las partes del contrato de franquicia no causaba su automática resolución, sino que daba lugar al nacimiento de una causal de resolución contractual invocable por el contratante in bonis.

Por su lado, el proyecto de Código Civil unificado de 1998, estableció que el contrato de franquicia se extinguía por la quiebra de cualquiera de las partes, salvo pacto en contrario (art. 1400, inc. "a"). Dicho con otras palabras, la resolución no operaba desvinculada de la voluntad de las partes como sucede con el art. 147, LCQ, sino que los contratantes podían evitarla si así lo deseaban, aunque quedaba la duda de si el pacto debía ser anterior o podía ser posterior a la declaración de quiebra, pareciendo lógico suponer que solamente podría tenerse en consideración el pacto anterior a la falencia, pues con ulterioridad el franquiciado o franquiciante fallido carecería de facultades para pactar algo así en virtud del desapoderamiento (art. 107, LCQ).

Es de observar que el Código Civil y Comercial de la Nación de 2014, siguiendo al Proyecto de 2012, nada dispuso acerca de si la quiebra causaba la extinción del contrato de franquicia, pero es obvio que ella se produce en los términos del citado art. 147, LCQ.

g.3) Posibilidad de continuar con la ejecución del contrato de franquicia en el marco de la continuación de la explotación de la empresa en la quiebra.- Tanto en la doctrina italiana, como entre los autores argentinos, se ha discutido sobre si es posible o no que el juez decida la falta de resolución del contrato de franquicia y autorice la continuación de su ejecución en los casos en que la explotación empresarial siga adelante a cargo del síndico.

En Italia, al lado de quienes sostienen -como se ha visto- que la quiebra de una de las partes causa la resolución automática del contrato por aplicación del art. 78 de la "legge" de 1942, existe otro sector de autores que ha observado que tal resolución constituye una solución que puede revelarse en contra con los intereses del franquiciante y del franquiciado y, peor todavía, en contra de los intereses del concurso, particularmente en el caso de quiebra del franquiciante, sosteniéndose la necesidad de reconocer al síndico la facultad de mantener la vida del contrato, salvo los supuestos en que el intuitus personae sea relevante (183).

En esta última orientación, se ha dicho que, a todo evento, el interés del síndico por continuar la ejecución del contrato, sólo podría canalizarse a través de la renegociación de la franquicia con el franquiciante (184).

Asimismo, caracterizada doctrina italiana señala que en el supuesto de decidirse la continuación de la

ejecución del contrato de franquicia, cabría ponderar que:

a) si quiebra el franquiciante, son aplicables las normas de la "legge fallimentare" sobre los efectos de la falencia en el contrato de venta o de suministro, si es que el contrato presenta una mayor analogía con este último.

b) si quiebra el franquiciado, la forma de su continuación debe decidirla el síndico, salvo que resultaren aplicables normas de derecho internacional (185).

En relación a lo anterior, parece obvio, sin embargo, que las soluciones no pueden ser en todos los casos tan lineales, pues la posibilidad de configuración de diferentes tipos de franchising (de producción, de servicios, etc.) y la peculiaridad del objeto, puede mostrar un complejo de prestaciones propias de numerosos contratos típicos, como el suministro, la locación, etc., lo cual puede inducir a perplejidad sobre las reglas jurídicas aplicables (186).

Como se ha adelantado, entre nosotros también existen voces disonantes acerca de cuál es el tratamiento adecuado que debe brindarse en esta materia.

En efecto, algunos autores consideran que la resolución ordenada por el art. 147, LCQ, excluye toda posibilidad de continuar la ejecución del contrato, sea que se trate de la quiebra del franquiciante o del franquiciado. Así, por ejemplo, Marzorati ha opinado que tratándose de un contrato intuitu personae, el contrato de franquicia debe necesariamente perecer en todos los casos ante la imposibilidad de cualquiera de sus partes co-contratantes de continuar con las prestaciones personalísimas por cada una de ellas contraídas, lo que incluye al supuesto de quiebra (187).

No es esta última, sin embargo, una opinión aceptada por Kleidermacher para quien, tratándose de la quiebra del franquiciante, corresponde distinguir si el carácter intuitu personae está presente en la franquicia de manera evidente o surge del propio contrato, a punto tal de ser la gestión de aquél su única actividad, o si, por el contrario, se trata de una cadena de franchising no estructurada sobre la base del intuitu personae del franquiciante y que, por ende, permita su administración de otra manera, vgr. a través de un contrato de management. En el primer caso, sostiene la imposibilidad de continuación de la actividad y la resolución de jure de los contratos de franquicia; en cambio, en el segundo caso admite la posibilidad de la continuación de la actividad empresarial del franquiciante fallido. Y en cuanto al caso de quiebra del franquiciado, sostiene este autor que si la franquicia tiene algún valor económico en sí mismo, el síndico podrá intentar pugnar por la continuidad de la empresa, ya sea para pagar sus pasivos concursales, ya sea para vender la empresa en marcha (188).

Por su parte, refiriéndose a la quiebra del franquiciado, Vaiser y Di Stefano advierten que para él el contrato de franquicia puede constituir, en muchos casos, el sistema medular de su explotación empresarial. A su respecto, la resolución del contrato daría por tierra con todo intento de continuación de la actividad, ante la imposibilidad de obtener las prestaciones a cargo del franquiciante (suministro del producto, marca, licencia, método, distribución, etc.). No se trata, dicen estas autoras, de evaluar la oportunidad o conveniencia de que el concurso "asuma" el contrato, porque la empresa asienta sobre ese contrato. De modo que continuar con la explotación comercial requiere necesariamente continuar con la relación contractual fundante del negocio. En esas condiciones, la resolución contractual que ordena el art. 147, LCQ, no resulta una respuesta apropiada a las necesidades. Ello las lleva a sostener, en fin, la posibilidad de que, ante la quiebra del franquiciado, deba continuarse el contrato si el síndico pretende continuar "inmediatamente" con la explotación (art. 189, LCQ).

Por el contrario, si quien quiebra es el franquiciante, sostienen Vaiser y Di Stefano que el contrato quedaría condenado a la resolución, básica y fundamentalmente por los efectos del desapoderamiento que la quiebra conlleva, impidiendo la comercialización y suministro de productos o servicios en el sistema instaurado por la franquicia, lo que, finalmente, podría acarrear el desequilibrio económico del franquiciado, con base en un factor exógeno y desencadenar su propia quiebra (189).

Con preocupación por esta última circunstancia (proyección económica que la quiebra del franquiciante tiene en la actividad del franquiciado), se ha expedido Chomer. Para este autor, los plazos que la ley concede, primero al síndico para que informe sobre los contratos en curso de ejecución que de ben mantenerse (art. 190, inc. 5, LCQ), y después al juez para que decida lo propio (art. 191, inc. 6, LCQ), es decir, veinte y diez días, respectivamente, redundan en una incertidumbre que atenta contra la posibilidad de reanudar la explotación realizada por el franquiciado. En ese orden de ideas, afirma que la extensión del lapso que corre entre el decreto de quiebra y la decisión del juez, por la que eventualmente se pudiera decidir la continuación de la actividad empresarial del franquiciante, implica para el franquiciante el irremediable fracaso de su negocio sin posibilidad de hecho de retomar nuevamente la actividad. Así, la continuación de la empresa del franquiciante no es en beneficio de sus acreedores, sino que los perjudica a ambos, pues entretanto el juez toma decisión se deja de percibir las regalías que paga el franquiciante. Además, el cese de la explotación provoca el desprestigio de la marca explotada y eso redundará fatalmente en la reducción del precio de venta. Termina proponiendo el autor una reforma de la ley, según la cual se habilite la continuación de la explotación del franquiciado, dentro de los límites contractuales y bajo el control provisional del síndico, hasta que se decida sobre la continuación de la

explotación (190).

Refiriéndose también al caso de la quiebra del franquiciante, Grispo sostiene que el contrato se resuelve desde el mismo momento del decreto de quiebra, salvo que se decida la continuación de la empresa en marcha, lo cual acontecerá en etapa posterior. Expresamente señala que "...si el negocio individual del franquiciado es próspero, nada obsta a que éste continúe con su actividad comercial, claro está sin poder usar, desde el decreto de quiebra en adelante, el nombre comercial del franquiciante fallido, bajo cuyo "paraguas" se amparaba antes del decreto falencial..."(191).

Nuestra opinión sobre estos aspectos es la siguiente:

A) De acuerdo con el art. 147, LCQ, la resolución del contrato de franquicia se opera automáticamente, ministerio legis, sin dependencia alguna de la voluntad de las partes, en la fecha de la declaración de quiebra

B) Esa resolución aparece lo mismo si se trata de la quiebra del franquiciante, como del franquiciado, pues la ley no distingue un supuesto de otro. En el caso de quiebra del franquiciante ni siquiera podría ser invocado para evitar lo propio la circunstancia de que, en el caso concreto, el contrato no podría reputarse a su respecto intuitus personae (caso, por ejemplo, en que la franquicia no estuviera estructurada en base a una especial prestación suya), pues aun en tal hipótesis la aplicación del art. 147, LCQ, sería procedente por estar en presencia de un contrato de ejecución continuada.

C) No es dudoso que, cualquiera sea la hipótesis, puede el juez decidir sobre el mantenimiento del contrato (art. 191, inc. 6, LCQ), quedando sin efecto la resolución ordenada por el art. 147, LCQ (192).

D) La factibilidad de lo anterior dependerá, como lo hemos señalado al tratar el mismo tema respecto del contrato de franquicia, de las particulares circunstancias del caso, es decir, de las posibilidades concretas de la sindicatura de hacerse cargo eficaz y eficientemente de la continuidad de la explotación de la empresa insolvente. Reiteramos que no se trata tanto de si las prestaciones a cumplir son intuitus personae o no, ya que generalmente siempre lo son en este tipo de negocios, sino de que, aún si lo fueran, puedan ellas ser igualmente cumplidas por la administración de la quiebra, al mismo nivel de calidad que era de esperar del fallido.

E) Es verdaderamente genuina la preocupación que expresan Vaiser, Di Stefano y Chomer en relación al extenso y dramático lapso que puede correr hasta que el juez decida la continuación de la explotación y mantenimiento del contrato, con las consecuencias económicas que ellos señalan. Desde luego, lo ideal es que en estos casos el síndico proceda a la continuación inmediata de la explotación de la empresa que auspicia el art. 189, LCQ, la cual subsumirá por sí misma al franchising por la dinámica propia de este contrato (193). Mas en ausencia de lo anterior, y a fin de evitar perjuicios, la solución podría ser encontrada en el ejercicio por el juez de las facultades previstas por el art. 274, LCQ, reduciendo, por ejemplo, el plazo que tiene el síndico para expedirse sobre lo previsto por el art. 190, inc. 5, LCQ, y dictando la resolución del art. 191, LCQ, en el menor tiempo posible.

F) En fin, podrá el juez decidir que siga actuando el propio fallido, sin perjuicio de imponer nuevas modalidades, o negociar el concurso un nuevo franchising con el contratante in bonis. Este último gozará del privilegio previsto por el art. 240, LCQ (194).

g.4) Implicancia de la resolución del contrato de franquicia en relación a la licencia de marca.- Aunque toda franquicia conlleva un acuerdo de licencia de marca dentro de un territorio establecido (195), no corresponde confundir ni asimilar el franchising con el contrato de licencia de marca, con el cual -de conformidad con el principio de la transferibilidad de la marca separadamente del fondo de comercio; art. 7, ley 22.362- el licenciante (franquiciante) acuerda al licenciario (franquiciado) el derecho de utilizar la marca para identificar los productos que serán comercializados (196).

En general, la duración de los contratos de licencia de marca se determina implícitamente en función del propósito perseguido por las partes al suscribirlo. Así, por ejemplo, cuando se otorga una licencia de marca con el propósito de permitir al licenciario el suministro de cierta mercadería identificada con la marca del comprador, la licencia quedará terminada al finalizar dicho suministro (197).

Esto último es lo que, similarmente, ocurre en el caso de quiebra del franquiciante, pues al resolverse el contrato de franquicia en los términos del art. 147, LCQ, y quedar el fallido imposibilitado de continuar su ejecución, por vía de necesaria consecuencia se resuelve también la licencia de marca incluida en él.

Por su parte, si quien quiebra es el franquiciante, la solución no es distinta, teniendo en cuenta que no puede ejercer la licencia de marca independientemente del contrato de franquicia que le es inherente y al cual accede.

XV. El derecho de competencia y el contrato de franquicia.

Con relación al tema del acápite, el Código Civil y Comercial contiene dos normas de interés, pero que no lo agotan.

Estableciendo una regla general, el Código afirma que "...El contrato de franquicia, por sí mismo, no debe ser considerado un pacto que limite, restrinja o distorsione la competencia..." (art. 1523).

Independientemente de lo anterior, estableciendo soluciones particulares, el Código determina: I) la

prohibición, salvo pacto en contrario, de que el franquiciante comercialice directamente con terceros, mercaderías o servicios comprendidos en la franquicia dentro del territorio o zona de influencia del franquiciado (art. 1518, inc. "b") (198); II) la ultractividad, más allá de la extinción del contrato, y hasta un plazo máximo de un año, de la cláusula que impide al franquiciado competir mediante la comercialización de productos propios o de terceros comprendidos en la franquicia, dentro de un territorio razonable habida cuenta de las circunstancias (art. 1522, último párrafo).

La recordada regla general -contenida en el art. 1523- reconoce fuente en el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la CEE en el caso n° 161/84 "Pronuptia de París GmbH c/ Pronuptia de París Irmgard Schillgalis", sentencia del 28/1/1986 (Rec. 1986, p. 353 y ss.), en el que se consideró que un acuerdo de franquicia no entrañaba en sí mismo un obstáculo para la competencia, pudiendo no entrar dentro del ámbito de aplicación del art. 85.1 del Tratado constitutivo de la CEE, beneficiándose entonces con la exención prevista en el apartado 3 de ese mismo artículo (199).

De su lado, la solución particular establecida en el art. 1518, inc. b, implica la fijación de una obligación de no hacer o negativa en cabeza del franquiciante. En efecto, una vez operada la entrega de la franquicia el franquiciante o franquiciador debe, durante toda la vida del contrato y salvo pacto en contrario, abstenerse de competir con el franquiciado, lo cual implica una derogación parcial del principio general de la libertad de acceso al mercado y de libertad de concurrencia empresarial. Se exige del franquiciante que no realice actividades que entren en competencia con las propias del franquiciado y en una zona geográfica determinada, absteniéndose de realizar actos que perturben o impidan la demanda de los clientes en dicha zona. Tal obligación de no hacer o negativa puede, según el caso, complementarse con prestaciones positivas y así, por ejemplo, debe el franquiciante adoptar las cautelas necesarias para que la prohibición sea también tomada en cuenta por otros franquiciados de la misma red, vgr., poniendo en conocimiento de ellos la existencia de la exclusividad territorial asignada. En cuanto a su contenido, la prohibición de competencia del art. 1518, inc. b, tiene un alcance que se extiende a todo acto directo (ingerencia directa en la zona concedida por parte del franquiciante o de otros franquiciados) o indirecto (por ejemplo, publicidad engañosa o desleal) que de cualquier manera pueda desviar la clientela que objetivamente pertenece al ámbito de actuación del franquiciado. Es de observar especialmente, que la prohibición de concurrencia de que se trata queda limitada al "territorio o zona de influencia del franquiciado". Tal es la denominada "zona de responsabilidad", fuera de la cual juega con amplitud el principio de la libre empresa. Por tanto, el límite espacial es consustancial a la exclusividad en el sentido de que, pactada esta última, ha de quedar circunscripta a un territorio determinado (200).

Mientras que el art. 1518, inc. b, mira al franquiciante durante la vigencia del contrato, el art. 1522, último párrafo, mira al franquiciado después de su vigencia, declarando, como ya se dijo, la ultraactividad de la cláusula que impone a este último la obligación de no competir o no concurrir, después de extinguido el contrato, con la comercialización de productos o servicios propios o de terceros otrora comprendidos en la franquicia.

Al respecto, interesa precisar que la libre competencia, que deriva del principio constitucional de la libertad de trabajar, comerciar y ejercer cualquier industria lícita, puede estar sujeta no solo a reglamentaciones de origen legal (201), sino también a restricciones de fuente convencional a fin de proteger la propia actividad (202), pudiendo distinguirse, según un criterio posible, básicamente dos especies: las cláusulas impeditivas de la instalación de una empresa concurrente, y las cláusulas enderezadas a reglar las condiciones comunes en las que puede funcionar una empresa concurrente, es decir, relativas al ejercicio del comercio (203).

Y así como es válida la cláusula que se pacte a fin de restringir la competencia futura que pudiera asumir un ex socio con motivo de su separación de la sociedad, es decir, para asegurar la abstención de que concurra con la empresa a la que perteneció (204), así también es lícito pactar que, fenecido el contrato de franquicia, el franquiciado no ejerza directa o indirectamente actividad empresarial alguna que pueda ser idéntica o similar, es decir, que resulte competidora, a la que desarrolló al amparo del contrato extinguido, y menos utilizando los bienes material e inmateriales de la franquicia que ha de haber restituido al franquiciante con motivo de la liquidación del negocio (205).

A todo evento, el problema del pacto de no concurrencia no es tanto el de su genérica aceptación sino, como lo advierte Mario Rotondi, el relativo a establecer su validez en función de los límites y condiciones dadas a la restricción de la concurrencia en cuanto al objeto, al tiempo o al espacio (206). Así, en legislaciones como la italiana donde el problema no es resuelto especialmente, una cláusula sin restricción temporal como la indicada daría lugar, según algunos, a su nulidad por aplicación del principio favor debitoris (207), y según otros a una conversión ope legis del negocio jurídico con el efecto de limitar la restricción a una determinada cantidad de años (208). El Código Civil y Comercial de 2014, empero, ha resuelto la cuestión expresamente, al menos en lo que concierne al contrato de franquicia, prescribiendo: a) que la ultractividad de la cláusula restrictiva de la competencia no puede ir más allá de un año, contado a partir de la extinción del contrato (209); y b) que ella es eficaz dentro de un territorio razonable habida cuenta de las circunstancias (210).

En un afín pero distinto orden de ideas, interesa precisar que la violación a la cláusula de no concurrencia de

que se trata no da lugar al ejercicio de una acción deducida de competencia desleal, sino de competencia ilícita o, más específicamente, de competencia anti-contractual. En efecto, la violación de los límites convencionales o legales de la concurrencia constituyen concurrencia ilícita y no concurrencia desleal. La abstención de la concurrencia en tales casos es una obligación surgente del contrato o de la ley, y el cumplimiento de un acto de concurrencia constituye de por sí al acto en ilícito (211). La competencia desleal no es la que deriva de una prohibición legal o la que aparece cuando se viola una cláusula contractual. La competencia desleal, se ha dicho, no es un acto contra un derecho, sino un abuso de derecho (212). Y tal distinción es sustancial pues cuando el reclamo se funda en la violación de una cláusula convencional de no concurrencia, la cuestión es simplemente de indemnización de daños y perjuicios aneja al incumplimiento del contrato, dando lugar a una cuestión de competencia ilícita o de competencia anti-contractual, donde basta el incumplimiento voluntario culpable, no requiriéndose dolo (213). Sostener que casos como el presente están aprehendidos por lo que se conoce como concurrencia desleal, significa -como lo enseña Paul Roubier- ampliar de una manera excesiva el campo de las acciones por concurrencia desleal, confundiéndolas con las acciones sobre responsabilidad contractual ordinaria (214).

(1) En este sentido conviene recordar que el Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado (UNIDROIT) aprobó en Roma, año 1998, la "Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional"

(2) Los Fundamentos del Proyecto de 1998 no citan cuáles han sido los antecedentes norteamericanos especialmente tenidos en cuenta. Sin embargo, puede pensarse que se ha considerado la "Trade Regulation Rule: Franchising and business opportunity ventures" (1978), con entrada en vigencia a partir del 21/10/79. Asimismo, puede pensarse que se han tenido en cuenta las múltiples legislaciones estatales de los EE.UU. sobre franchising enumeradas por KLEIDERMACHER, Jaime L., "Franchising — Aspectos económicos y jurídicos", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 238. Para más detalles sobre el derecho norteamericano, con el agregado de un breve examen del derecho canadiense y de algunos países de Europa y Latinoamérica, véase: MARZORATI, Osvaldo J., "El contrato de "franchising" en el derecho comparado y en la práctica argentina actual", ED, t. 167, p. 798.

(3) Aunque el Reglamento (CEE) 4087/1988 fue sustituido, desde el 1/1/2000, por el Reglamento (CE) 2790/1999, aquél siguió conservando un considerable valor de referencia en orden al concepto de contrato de franquicia, ignorado por el reglamento de sustitución; conf. LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio J., "El contrato de franquicia (aspectos básicos)", Universidad de Murcia, Anales de Derecho, n° 18, año 2000, p. 95, nota n° 11.

(4) VÉLAZ NEGUERUELA, José L., "Las redes comerciales — tipología, eficiencia e indemnización de los canales de distribución", Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999, p. 84.

(5) BREUER MORENO, Pedro C., "El nombre comercial en la legislación argentina", Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1929, ps. 32/33., n° 2, explica que la ley 3975, reguló en su art. 42 el nombre comercial pero no lo definió, siguiendo la tendencia generalizada del derecho comparado. Sobre el tema, en general, con referencia a la ley 3975, véase también: RIVAROLA, Mario A., "Curso de Legislación Industrial Argentina", Librería La Facultad, Buenos Aires, 1917, t. I, p. 106, n° 39 y ss.; DI GUGLIELMO, Pascual, "Tratado de Derecho Industrial", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1948, t. I, p. 113, n° 119 y ss.

(6) Es un error del Código Civil y Comercial de la Nación aludir al "nombre comercial" pues debió referirse a la "Designación de Actividades". Sobre el régimen vigente, véase: NUÑEZ, Javier, "El nombre comercial como activo intangible", JA 2002-I, p. 1249.

(7) BERTONE, Luis E. y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., "Derecho de Marcas", Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1989, t. II, p. 559, n° 42 y ss.

(8) BERTONE, Luis E. y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., ob. cit., t. II, ps. 547, n° 35 y ss. y p. 564, n° 43 y ss.

(9) Sobre el régimen de la ley 22.362 en esta materia véase, además de los autores citados en nota anterior, el exhaustivo trabajo de OTAMENDI, Jorge, "Derecho de Marcas", Abeledo Perrot, 1989.

(10) ORTUÑO BAEZA, María T., "La licencia de marca", Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000; RONCERO SÁNCHEZ, A., "Contrato de licencia de marca", Civitas, Madrid, 1999; FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, "Derecho de Marcas", Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1990, ps. 227/235, n° 5.04.

(11) KLEIDERMACHER, Jaime L., ob. cit., ps. 107/108.

(12) FERRIER, Didier, "Droit de la distribution", Lexis Nexis S.A., Paris, 2012, p. 352, n° 690.

(13) OTAMENDI, Jorge, ob. cit., p. 31.

(14) Arts. 37 a 40 de la ley 24.481; conf. CORREA, Carlos (coordinador), "Derecho de Patentes", Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1986, ps. 127/128.

(15) Arts. 53 y ss., ley 24.481. La posibilidad de licencias de modelos de utilidad está abierta en función de la remisión que el art. 58 de la ley 24.481 autoriza a los art. 37 a 40 de la misma ley.

(16) Decreto-Ley 6673/63. El carácter transferible del derecho sobre un modelo o diseño industrial se deriva de su condición de derecho esencialmente patrimonial, como lo han destacado KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, "Registro de Modelos y diseños industriales", rev. Derechos Intelectuales, Astrea, Buenos Aires, 1988, t. 3, p. 147, esp. p. 160, cap. IV, n° 4.

(17) Ley 11.723.

(18) DE MIGUEL ASECIO, Pedro E., "Contratos internacionales sobre propiedad industrial", Civitas, Madrid, 2000, p. 86, n° 29.

(19) LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio J., ob. cit., ps. 104/105.

(20) FERRIER, Didier, ob. cit., p. 351, n° 688.

(21) FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, "Dos cuestiones candentes del derecho de marcas", La Ley España, t. 1985-4, ps. 294/301.

(22) DE MIGUEL ASECIO, Pedro E., ob. cit., p. 87, n° 29.

(23) FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, "Dos cuestiones...", cit., p. 301.

(24) STUMPF, Herbert, "El contrato de know how", Temis, Bogotá, 1984, ps. 5/6 (traducción del alemán de Tomás A. Banzhaf).

(25) Más ampliamente, véase: ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos J., "Derecho de la Empresa", Depalma, Buenos Aires, 1971, p. 326, n° 191; LE PERA, Sergio, "Cuestiones de Derecho Comercial Moderno", Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 283 y ss.; ARGERI, Saúl, "Contrato de know-how", LL 1981-C, p. 1224; FARINA, Juan M., "Contratos Comerciales Modernos", Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 672, n° 494 y ss., esp. ap. "d"; MARZORATI, Osvaldo J., "Sistemas de distribución comercial", Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 213, n° 52.

(26) CNCom. Sala A, 8/11/2007, "Prensiplast S.A. c/ Petri S.A. s/ ordinario", LL 2008-C, p. 386, con nota de CALDERÓN VICO DELLA SAVIA, Luisa M., "Cláusula de exclusividad en la comercialización"

(27) BIANCHI, A., "Tutela de los conocimientos técnicos no patentados. Contratos de know-how y obligación de no comunicación a terceros", Revista de Derecho Industrial, Depalma, Buenos Aires, mayo-agosto 1981, año 3, n° 8, ps. 351/352.

(28) HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, "El contrato de franquicia de empresa", Civitas, Madrid, 2000, p. 237; FERRIER, Didier, ob. cit., ps. 352/353, n° 691.

(29) HERNANDO GIMÉNEZ, A., ob. cit., p. 242. La distinción puede verse también en BIANCA, C. Massimo, PATTI, Guido y PATTI, Salvatore, "Lessico di Diritto Civile", Giuffrè Editore, 2001, p. 420.

(30) LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio J., ob. cit., p. 105.

(31) HERNANDO GIMÉNEZ, A., ob. cit., p. 244.

(32) UNIDROIT, "Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional", cap. 11-A.

(33) HERNANDO GIMENEZ, Aurora, ob. cit., p. 238.

(34) LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio J., ob. cit., p. 105.

(35) FERRIER, Didier, ob. cit., p. 356, n° 697.

(36) FERRIER, Didier, ob. cit., p. 365, n° 718.

(37) HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., ps. 163/164.

(38) FERRIER, Didier, ob. cit., p. 360, n° 709; KLEIDERMACHER, A., ob. cit., p. 146; ROUILLÓN, Adolfo y ALONSO, Daniel, Código de Comercio comentado y anotado, La Ley, Buenos Aires, 2005, t. II, p. 798.

(39) Su cálculo, pues, no tiene por base los bienes individualmente transmitidos, sino el conjunto de ellos como un todo.

(40) HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., p. 286.

(41) CNCom. Sala D, 15/7/2014, "Díaz, Ángel Damián y otro c/ International S.R.L. s/ ordinario"; MARZORATI, Osvaldo J., Sistemas de..., p. 262, ROUILLÓN, A. y ALONSO, D., ob. cit., t. II, p. 798.

(42) FERRIER, Didier, ob. cit., p. 360, n° 709.

(43) CNCom. Sala A, 13/2/2008, "Karamalikis, Juan c/ Cash Converters Sudamerica s/ ordinario" y sus citas.

(44) HERNANDO GIMENEZ; Aurora, ob. cit., ps. 150/151.

(45) La cuestión del control societario en las dos formas indicadas ha sido exhaustivamente analizado por la doctrina nacional; véase entre muchos otros: MANOVIL, Rafael, "Grupos de Sociedades en el derecho comparado", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 267/268, 305, 325, 336 y 355; OTAEGUI, Julio, "Concentración Societaria", Ábaco, Buenos Aires, 1984, ps. 425/429, n° 260 y 261; ALEGRIA, Héctor, "Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante, sociedad controlada y situación de control", RDCO, 1978, p. 301; ESCUTI, Ignacio, "Sociedades", Astrea, Buenos Aires, 2006, ps. 414/415, n° 201; MARTORELL, Ernesto E., "Los grupos económicos y de sociedades", Ad-Hoc, Buenos Aires, 1991, ps. 241/255.

(46) KONDER COMPARATO, Fábio y SALOMÃO FILHO, Calixto, "O poder de control na sociedade anônima", Gen-Forense, Río de Janeiro, 2014, p. 43, n° 10.

(47) HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., ps. 517/520.

(48) La ausencia de esa titularidad hace al franquiciante responsable de los daños que sufra el franquiciado, por ejemplo derivados de la imposibilidad de desarrollar la franquicia; véase en este sentido: CNCom. Sala B, 26/2/2008, "Lami S.A. c/ Mangiante, Maria s/ ordinario"

(49) Sobre la coautoría en materia de derechos intelectuales, véase: LIPSZYC, Delia, "Derecho de autor y derechos conexos", Zavalía, Buenos Aires, 1993, p. 129 y ss.

(50) Sobre la copropiedad de marcas, véase BERTONE, Luis E. y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, ob. cit., t. II, ps. 106/110, n° 22; MARTINEZ MEDRANO, Gabriel y SOUCASSE, Gabriela M., "Las marcas de fábrica (la regulación del condominio sobre una marca de fábrica, industria o comercio en el derecho argentino)", LL 2002-B, p. 1094; FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, "Derecho de Marcas", cit., ps. 214/221, n° 5.02.

(51) Sobre la copropiedad de patentes de invención, siguen vigentes las viejas enseñanzas de POUILLET, Eugene, "Traité théorique et pratique des brevets d'invention et des secrets de fabrique", Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Marchal et Billard, Paris, 1915, ps. 371/378, n° 298 a 303.

(52) arg. art. 9, ley 22.362.

(53) KLEIDERMACHER, Jaime, ob. cit., ps. 71/74.

(54) La sola condición de ser un contrato de adhesión, con cláusulas predisuestas por el franquiciante, no afecta su validez. Como ha sido expuesto en un fallo "...No corresponde tener por inválido a un contrato de franquicia, acusando a éste de abusivo, toda vez que, si bien la demandada franquiciante tenía mayor poder, y que el contrato contaba con cláusulas predisuestas que solo dejaron a la actora la posibilidad de adherir o rechazar la oferta, no corresponde eximir a la actora de las consecuencias producidas en el marco de una relación que debió haber ponderado en forma técnica y profesional...", conf. CNCom. Sala C, 10/10/13, "Grupo Rox SA C/ Dia Argentina SA."

(55) VÉLAZ NEGUERUELA, José L., ob. cit., p. 86.

(56) CNCom. Sala A, 13/2/2008, "Karamalikis, Juan c/ Cash Converters Sudamerica s/ ordinario" y sus citas.

(57) El art. 1512 habla de un sistema "probado" y el art. 1513, inc. "c" repite que el sistema debe estar "debidamente probado" y contar con "experiencia acumulada por el franquiciante".

(58) VÉLAZ NEGUERUELA, José L., ob. cit., p. 87.

(59) El tema ha sido examinado ampliamente por la doctrina: LORENZETTI, Ricardo L., "El deber de información y su influencia en la relaciones jurídicas", LL 1990-B, p. 996; STIGLITZ, Rubén S., "Deber de información precontractual y contractual", LL 2009-B, p. 1085; WAISMAN, Agustín, "El deber contractual de información", LL 2004-D, p. 1403. No cabe, por cierto, incurrir en excesos interpretativos en esta materia, reprochando incumplimiento a la obligación de informar cuando, de su lado, pesaba sobre la otra parte la carga de informarse debidamente en razón de condiciones especiales. Como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación "...Conviene recordar al respecto que, si bien es cierto que en las últimas décadas se ha morigerado el adagio aceptado en el derecho inglés *emtor debet esse curiosus* (el comprador debe ser curioso), puesto que se admite como principio genérico el deber de informar al cocontratante, esto es así siempre y cuando no se trate de un profesional cuya competencia le permita conocer las características de la cosa vendida (Philippe Malaurie - Laurent Aynès, "Cours de Droit Civil", Tome VI, Les Obligations, Éditions Cujas, París, 1997, págs. 363 y 364)..."; conf. CSJN, 10/12/1998, *Frigorífico Avícola S.A. c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía Secretaría de Comercio Interior s/ ordinario*" (Fallos 321:3345).

(60) HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., p. 91.

(61) MONSALVE CABALLERO, Vladimir, "Responsabilidad precontractual", Ibañez, Bogotá, 2010, ps. 151/166.

(62) LORENZETTI, R., "Tratado de los Contratos — Parte General", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 320.

(63) STIGLITZ, R., La obligación precontractual y contractual de información. El deber de consejo, JA 1997-II, p. 764, espec. p. 768, texto y nota n° 17.

(64) HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., ps. 130/131; Código Civil y Comercial de la Nación, arts. 391 y 991.

(65) "...Procede admitir la acción por cobro de indemnización por incumplimiento de un contrato de franquicia -uso de un sistema de depilación definitivo- toda vez que según constancias aportadas a la causa, el sistema objeto del contrato no alcanzo el 100% de efectividad prometido y publicitado por la concedente de la franquicia, quien debió cerciorarse de los alcances del procedimiento y darlos a conocer a su contraparte y a terceros en su exacta magnitud de acuerdo al estado actual de los conocimientos científicos sobre el particular, no bastando con la indicación de algunas "contraindicaciones y resguardos" ya que ello no resulta equiparable a una advertencia exacta e idónea del resultado concreto del método; ello así deberá la concedente reintegrar la suma pagada en concepto de canon y "royalties", más una indemnización por lucro cesante, desestimándose los restantes rubros reclamados -alquileres y expensas, instalaciones, sistemas, vestuarios, muebles y útiles, productos adquiridos, publicidad y salarios-, por no haber sido acreditadas tales erogaciones...", conf. CNCom. Sala C, 22/2/2002, *L'Donna S.R.L. c/ Saint Denis S.R.L. s/ ordinario*.

(66) FERRIER, Didier, ob. cit., p. 352, n° 689.

(67) HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., p. 104.

(68) Ampliamente, sobre el tema: MONSALVE CABALLERO, Vladimir, ob. cit., ps. 175/180.

(69) Sobre el tema, con extensión, véase: CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, PALAZZI, Pablo, SÁNCHEZ HERRERO, Andrés y SEREBRINSKY, Diego H., "Derecho de la competencia desleal", Heliasta, Buenos Aires, 2014, ps. 521/524 y 542/544.

(70) HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., ps. 240/241.

(71) BERTONE, Luis E. y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., ob. cit., t. II, ps. 367 y 388.

(72) HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., p. 187.

(73) FERRIER, Didier, ob. cit., p. 359, n° 706; HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., p. 273.

(74) Casi es innecesario destacar la importancia que en el derecho mercantil tienen los usos y costumbres. El Código de Comercio derogado refería a ellos en disposiciones fundamentales (art. I-II y V del Título Preliminar y arts. 217, 218 inc. 6, 219 y 220) y es verdad entendida que el valor de los usos y costumbres en el derecho mercantil se reconoce desde su origen y con razón de los considera como su primera y principal fuente. En este sentido, se ha dicho que la contribución de los usos y costumbres al desarrollo de las instituciones del comercio es múltiple e inestimable, aun cuando el progresivo avance de la codificación le haya restado alguna gravitación, ya que la ley no puede ni podrá recoger por sí misma todas las manifestaciones del derecho vigente, producto de una elaboración incesante del fenómeno económico del cambio; de modo que los usos y costumbres

tienen siempre una función supletoria de las lagunas legales (conf. ANAYA, Jaime L. y PODETTI, Humberto, "Código de Comercio y leyes complementarias, comentados y concordados", Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1965, t. I, ps. 160/161, n° 6. El Código Civil y Comercial de la Nación establece, de modo general, el carácter vinculante de los usos y costumbres en la aplicación del derecho (art. 1°). El precepto es correcto pero puede ser insuficiente para responder a las exigencias del tráfico mercantil actual, especialmente del internacional sujeto a pautas particulares; máxime ponderando que el propio Código remite, en dos preceptos, específicamente a los usos, prácticas y costumbres comerciales (arts. 1514, inc. e, y 2651). Por ello, una regla interpretativa complementaria podría hallarse en el art. 1.8 de los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional, que dice así: "...Las partes están obligadas por cualquier uso en cuya aplicación hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el tráfico mercantil de que se trate por sujetos participantes en dicho tráfico, a menos que la aplicación de dicho uso no sea razonable...". Cabe observar que el antecedente inmediato de este último precepto es el art. 9 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercadería, norma esta que se ha juzgado satisfactoria puesto que, a diferencia de la técnica normativa tradicional del Derecho Internacional Privado -la regla de conflicto- los usos mercantiles han proporcionado la celeridad y certidumbre, la rapidez y seguridad jurídica que el comercio internacional -tráfico jurídico de masa- reclama y que la otra técnica normativa -la de atribución- no le puede proporcionar (conf. DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, "La compraventa internacional de mercaderías — Comentario a la Convención de Viena", Civitas, Madrid, 1998, p. 133). Del modo indicado se atendería particularmente a la práctica de la "contratación informal", habitual en el ámbito de las contrataciones internacionales, en las que la experiencia de las partes, la celeridad de la operación y la buena fe que preside las relaciones comerciales exige frecuentemente la remisión, expresa o no, a los usos para la concreción de todos los extremos del contrato, y el mantenimiento y el respeto a las prácticas establecidas entre comerciantes habituales (conf. ALVARADO HERRERA, Lucía y otros, Comentarios a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 80).

(75) HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., 269.

(76) LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio J., p. 110.

(77) FERRIER, Didier, ob. cit., p. 357, n° 700, texto y jurisprud. cit. en nota n° 65; LORENZETTI, Ricardo, "Tratado de los Contratos — Parte Especial", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. I, p. 703.

(78) HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., ps. 269/270.

(79) KLEIDERMACHER, Jaime, ob. cit., ps. 151/152; HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., ps. 269/270.

(80) doctrina de la CNCom. Sala D, 15/7/2014, "Díaz, Ángel Damián y otro c/ MAF International S.R.L. s/ ordinario".

(81) MARTORELL, Ernesto E., "Tratado de Derecho Comercial", La Ley, Buenos Aires, 2010, t. IV, p. 471.

(82) SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, "Derecho Comercial", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, t. IV, ps. 85/86.

(83) GALGANO, Francesco, "Diritto Commerciale — Il imprenditore", Zanichelli, Bologna, 1986, p. 251. CNCom, Sala A, 29/3/2001, "Comercial Argentina Chilena de Espectáculos y Serv. Ltda. c/ Toning Center S.A. s/ ordinario".

(84) NAPOLILLO, Ernesto, "I nuovi contratti", Casa Editrice La Tribuna, Piacenza, 2002, p. 554, n° 4.

(85) BERTONE, Luis E. y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., ob. cit., t. II, ps. 405/406, n° 41.

(86) PALACIO, Lino E., "Derecho Procesal Civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, t. III, p. 237, n° 267; RIVAS, Adolfo A., "Tratado de las tercerías — El proceso complejo", Ábaco, Buenos Aires, 1993, t. II, p. 182 y ss.

(87) FERRIER, Didier, ob. cit., p. 358, n° 705.

(88) ZANELLI, E., "Il contratto di franchising", en "Trattato di Diritto Privato" (dirigido por Resigno), UTET, Torino, 1989, vol. 11, ps. 56/57.

(89) "Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional" de UNIDROIT, capítulo 4-B, 1.

(90) OTAMENDI, Jorge, ob. cit., ps. 205/206.

- (91) BERTONE, Luis E. y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., ob. cit., t. II, p. 414, n° 48.
- (92) HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., p. 293.
- (93) VERÓN, Alberto V., "Estados contables y libros de comercio", Ábaco, Buenos Aires, 1978, p. 44, n° 42.
- (94) BLANCO CAMPAÑA, J., "Régimen jurídico de la contabilidad de los empresarios", Madrid, 1980, p. 245; HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., ps. 282/283.
- (95) La veracidad, la autenticidad, el decoro y el buen gusto son principios generales de la publicidad comercial, conf. TALLON GARCÍA, José, "Curso de Derecho Publicitario", Editorial INSADE S.R.L., Valladolid, 1972, ps. 76 y 78/81. Véase también: ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos J., "Publicidad Comercial — su régimen legal", Depalma, Buenos Aires, 1947.
- (96) Refiriéndose a una acción de cobro deducida por una agencia de publicidad, se ha resuelto que "...teniendo en cuenta que en el contrato de franquicia cada parte es independiente jurídica y financieramente, una de la otra, quien pretende cobrar al franquiciado el importe de facturas expedidas en virtud de ciertos servicios publicitarios a favor de un franquiciante, debe probar específicamente esa contratación, máxime ponderando las múltiples variantes que puede presentar la realidad, ya que en las franquicias la publicidad puede estar, según contrato, a cargo del franquiciado, del franquiciante o de ambos, lo que da lugar a distintas soluciones...", conf. CNCom. Sala D, 4/6/2007, "Creatividad y Arte Publicitario S.R.L. c/ Araneta, Edgardo s/sumario".
- (97) GÓMEZ SEGADE, J., "En torno al concepto de know-how", en Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues, Madrid, 1971, t. II, p. 419, espec. p. 426, nota n° 66.
- (98) HERNANDO GIMENEZ, Aurora, ob. cit., ps. 245/246, texto y nota n° 114.
- (99) Esta definición deja claro que el secreto absoluto de la información no es necesario, ya que es suficiente para la información no ser fácilmente accesible a quienes normalmente tratan con la información en cuestión.
- (100) La información afectada es por lo tanto sólo información cuyo valor comercial es un resultado directo de su secreto, con la consecuencia de que si la información fuese a ser hecha pública, su valor podría perderse.
- (101) En muchas jurisdicciones los tribunales han aplicado la llamada "prueba de racionalidad" a las medidas de protección adoptadas para fijar qué información debería ser considerada "secreta". La filosofía subyacente a este examen consiste en que no sea posible reclamar protección contra las violaciones de la información "secreta" si el comportamiento del propietario o de la persona que controla la información no es compatible con la intención de mantenerla secreta.
- (102) La obligación de adoptar medidas razonables es así impuesta no sólo al propietario de la información, sino también a prácticos no patentados, derivados de la experiencia del franquiciador y verificados por éste, que es secreto, substancial e identificado, quienquiera esté legítimamente en su poder. En el caso de la franquicia, por tanto, no sólo al franquiciador, sino también al franquiciado y a los sub-franquiciados se les exige que adopten las medidas necesarias para proteger la información.
- (103) HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., ps. 288/291.
- (104) FERRIER, Didier, ob. cit., ps. 362/363, n° 715.
- (105) Un ejemplo de ello puede verse en el fallo de la CNCom. Sala A, 3/12/2009, "Monedal S.R.L. c Bonafide S.A. s/ ordinario".
- (106) Sobre el tema, véase: TRIGO REPRESAS, Félix y LOPEZ MESA, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil", La Ley, 2004, t. II, ps. 889/894.
- (107) CAPITULO XIII. Postcontrato. Art. 1063.- Deber de buena fe. Con ulterioridad al cumplimiento de las obligaciones principales propias del contrato las partes deben continuar actuando de buena fe. Este deber regula: a) La determinación de la existencia y de los alcances de las obligaciones accesorias que subsisten, por estipulación de partes, o por estar virtualmente comprendidas en el contrato; b) La restitución y la reparación de daños, en cuanto correspondan una vez producida la extinción del contrato según lo previsto en el Capítulo XII de este Título; c) La interpretación y el cumplimiento de tales obligaciones.
- (108) Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional" de UNIDROIT, capítulo 11-H.

- (109) Es decir, por manifestación clara e idónea, adecuadamente comunicada a la otra parte.
- (110) La declaración podría ser unilateral, vgr. por manifestación del franquiciado, entendiéndose en tal caso que el franquiciante la dado anticipadamente al aceptar semejante modalidad.
- (111) Como se verá más adelante, el régimen de la "denuncia" para lograr la extinción del contrato que regula el art. 1516 se contrapone, además, al régimen aprobado por el art. 1522, inc. "d".
- (112) Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia: Artículo 24. Extinción del contrato por tiempo determinado. 1. El contrato de agencia convenido por tiempo determinado, se extinguirá por cumplimiento del término pactado. 2. No obstante lo dispuesto en el número anterior, los contratos de agencia por tiempo determinado que continúen siendo ejecutados por ambas partes después de transcurrido el plazo inicialmente previsto, se considerarán transformados en contratos de duración indefinida.
- (113) HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., ps. 398/399.
- (114) CNCom. Sala D, 9/12/08, "Full Motors S.A. c/ General Motors de Argentina S.R.L. s/ ordinario.
- (115) LORENZETTI, Ricardo, "Tratado de los Contratos — Parte General", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 575.
- (116) BUSSO, Eduardo, "Código Civil Anotado", Ediar, Buenos Aires, 1955, t. V, p. 236, n° 35.
- (117) Audiencia Provincial de Girona, Sección 2da., 5/11/2004, "Garage Andreu S.A. Sociedad Unipersonal c/ Comercial Auto Náutica S.A.", sentencia 360/2004, fundamento de derecho segundo.
- (118) Tribunal Supremo de España, Sala Civil, 21/12/1992, "Automóviles Guadalajara S.A. c/ Land Rover Santana S.A.", sentencia 1192/1992, fundamento de derecho segundo.
- (119) HOCSMAN, Heriberto S., "Contrato de concesión comercial", Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1994, p. 239, n° 5.
- (120) DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, "Instituciones de Derecho Civil", Tecnos, Madrid, 1998, t. I/2, p. 120.
- (121) Audiencia Provincial de Madrid, 23/10/2007, "Autocasmár S.L. c/ Comercial Mercedes Benz S.A.", sentencia 534/2007, fundamento de derecho segundo.
- (122) Audiencia Provincial Barcelona, 19/1/1998, "Taller Mecánico Burgos S.C.P. c/ Mistral S.A. y Seat S.A.", fundamento de derecho tercero.
- (123) Audiencia Provincial de Girona, Sección 2da., 5/11/2004, "Garage Andreu S.A. Sociedad Unipersonal c/ Comercial Auto Náutica S.A.", sentencia 360/2004, fundamento de derecho segundo.
- (124) MÁRQUEZ, J. y CALDERÓN, M., "Contrato de distribución", en Marzoratti, O. y Molina Sandoval, C. (directores), "Contratos de distribución", Buenos Aires, 2010, p. 13, espec. p. 32; VÉLAZ NEGUERUELA, J., ob. cit., p. 61; Audiencia Provincial de Sevilla, 26/3/1998, "Rafael Cerretero Ortega e Hijos S.C. c/ Itálíca Car S.A.", sentencia 374/1998, fundamento de derecho segundo.
- (125) LLOBERA, H., "Contrato de concesión comercial", Buenos Aires, 2006, ps. 274/275.
- (126) Audiencia Provincial de Girona, Sección 2da., 5/11/2004, "Garage Andreu S.A. Sociedad Unipersonal c/ Comercial Auto Náutica S.A.
- (127) Audiencia Provincial de Madrid, 23/10/2007, "Autocasmár S.L. c/ Comercial Mercedes Benz S.A.", sentencia 534/2007, fundamento de derecho cuarto.
- (128) GUYÉNOT, Jean, "Les contrats de concession commerciale — droits française et communautaire de la concurrente", Librairie Sirey, Paris, 1968, p. 390, n° 391, texto y jurisprudencia citada en nota n° 5 de la Corte de Casación Comercial del 9/7/1952 y de la Cámara de Apelaciones de París del 14/6/1961.
- (129) FERRIER, Didier, ob. cit., p. 367, n° 723.
- (130) PUENTE MUÑOZ, T., "El contrato de concesión mercantil", Editorial Montecorvo, Madrid, 1976, 167; ARCE GARGOLLO, J., "Contratos mercantiles atípicos", Editorial Porrúa, México 2009, ps. 381/382.
- (131) Tribunal Supremo España, Sala Civil, 13/2/2009, "Race.Car S.A. c/ Hyundai España Distribución de Automóviles S.A.", resolución n° 56/2009, fundamento de derecho quinto.

(132) MARZORATI, O., "Sistemas de distribución comercial", Buenos Aires, 1995, ps. 143/144, n° 37; en el mismo sentido: BUERES, A. y HIGHTON, E., "Código Civil y normas complementarias — análisis doctrinal y jurisprudencial", Buenos Aires, 2003, t. 4-E, ps. 605/606 y 631/632.

(133) Audiencia Provincial de Lugo, 14/3/2012, "Zardoya Otis S.A.", res. 175/2012, fundamento de derecho primero.

(134) CNCom, Sala B, 9/10/1987, "Padilla, Ángel c/ De Rosa, Hugo", del 09/10/87; íd., 21/9/1993, "Tejidos Oke SA c/ Viscosud S.A."; íd. 3/6/1993, "SA Cía. Azucarera Tucumana s/ incid. de llamado a licitación adjudicación Ingenio Santa Rosa"; íd. 19/7/1992, "Establecimiento Frutícola Sede S.R.L. c/ Coto CICSA"; íd.30/6/2009, "Wing Guard S.A. c/ Instituto Obra Social del Ejército s/ ordinario".

(135) HERNANDO GIMÉNEZ, A., ob. cit., p. 397.

(136) "Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional" de UNIDROIT, cap. 2-C.

(137) "...Procede la acción por la que un franquiciado persigue resarcimiento pecuniario de parte del franquiciante cuando, -como en el caso-, surge que no obstante haberse pactado contractualmente que el defendido se comprometía a no operar ni por sí, ni a conceder franquicia a terceros para la instalación de un negocio igual o similar al franquiciado en el ámbito territorial del mismo, delimitándose al efecto un determinado perímetro, sin embargo, se verifica que el franquiciante instalo un local dentro del límite territorial de exclusividad pactado por las partes...", conf. CNCom. Sala B, 30/6/2003, "Aquino, Marciana c/ Dra. Beauguier S.A.", LL 2003-F, p. 624. Véase también: CNCom. Sala A, 17/5/2011, "Raduan, Guillermo Manuel c/ Inmobiliaria Bullrich S.A. s/ ordinario".

(138) KLEIDERMACHER, Jaime L., ob. cit., p. 151, texto y nota n° 146.

(139) HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., p. 189, nota n° 9; TURRIN, Daniel, "Precisiones sobre la exclusividad como elemento natural de los modernos contratos mercantiles respecto a la producción y distribución de bienes y servicios", ponencia presentada en las VI Jornadas Rioplatenses de Derecho, Punta del Este, noviembre de 1991, citada por KLEIDERMACHER, Jaime L., ob. cit., p. 150, nota n° 145.

(140) FERRIER, Didier, ob. cit., p. 361, n° 711.

(141) HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., ps. 191/194.

(142) Desde esta perspectiva, pueden ser pautas interpretativas aplicables la de los arts. 1178, 1179 y 1180 del Código Civil y Comercial de la Nación.

(143) Sobre la figura contractual indicada, véase: MUÑOZ M. PLANAS, J.M., "El contrato estimatorio", Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1963.

(144) "Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional" de UNIDROIT, cap. 13-C.

(145) op. y loc. cit. en nota anterior.

(146) La conformidad previa a la cesión es admitida por el art. 1636, segundo párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación.

(147) Las diferencias entre la cesión de la posición contractual y la subcontratación son notorias; al respecto véase por todos: GARCÍA-AMIGO, Manuel, "La cesión de contratos en el derecho español", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, ps. 84/86, n° 2.

(148) "Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional" de UNIDROIT, cap. 13.

(149) CNCom. Sala B, 18/8/99, "Ferrer Sanfiel, María c/ Deli France S.A.", LL 2000-A, p. 17.

(150) La consideración de estar en presencia de un tratamiento jurídico "indirecto", aparte de ser la aceptada por la doctrina especializada con particular relación al contrato de franquicia (conf. HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit. p. 163), es la que se ajusta a la idea de que la clientela no puede ser objeto de derecho en forma aislada. La cuestión fue examinada por la CNCom. Sala D, 27/2/2014, "First Medical S.A. s/quiebra c/ C.E.M.I.C. s/ ordinario" (voto del juez Heredia), con palabras que se transcriben a continuación: "...me parece imprescindible primero tomar partido en la antigua y prolongada discusión jurídica acerca de si la clientela, en cuanto tal, puede ser o no objeto de derecho. Al respecto, comienzo por recordar el parecer de Césare Vivante, según el cual la clientela, en tanto producto del trabajo del empresario, es una propiedad suya sobre la que ejerce una posesión legítima, de suerte que, entonces, no solo cabe su defensa por la vía de la acción reivindicatoria o la inhibitoria, sino que también puede ser objeto de derecho, vgr., de una

enajenación, a punto tal que el vendedor podría incluso responder por vicios redhibitorios cuando anteriormente se desacreditó frente a sus clientes por haberlos defraudado (conf. Vivante, C., *La proprietà commerciale della clientela*, Riv. Dir. Comm., 1928, t. XXVI, 1, p. 493 y Vivante, C., *Ancora della clientela*, Riv. Dir. Comm., 1930, t. I, p. 1, citados y transcritos por Supervielle, B., *El establecimiento comercial*, Montevideo, 1953, ps. 68/70, n° 103 a 106). Memoro también, la opinión de Greco que, apartándose de la posibilidad de ejercicio de la acción reivindicatoria o inhibitoria aceptada por Vivante, adhirió no obstante al pensamiento de este último defendiendo también la idea de que la clientela puede ser objeto de un derecho de propiedad (conf. Greco, P., *La clientela commerciale come oggetto di diritti*, en "Studi di Diritto Commerciale in Onore di Cesare Vivante", Roma, 1931, t. 1, p. 571, citado por Supervielle, B., ob. cit., ps. 71/75, n° 111 a 118). En nuestro medio, el criterio de Vivante y Greco precedentemente recordado ha sido seguido por un sector de la doctrina nacional afirmando, concordantemente, que sobre la clientela el empresario ejerce un derecho real de propiedad (conf. Zavala Rodríguez, C., *Código de Comercio y leyes complementarias, comentados y concordados*, Buenos Aires, 1966, t. II, ps. 228/229, n° 1452), similar a los de propiedad intelectual, de los cuales difiere, no obstante, por su objeto y contenido (conf. Cámara, H., *Transmisión de establecimientos comerciales e industriales*, Imprenta de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1947, ps. 20/21). La doctrina francesa también habla de la clientela como un objeto de derecho dado el valor económico que cabe reconocerle (conf. Roubier, P., *Le Droit de la Propriété Industrielle*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1952, t. I, p. 105, n° 23-I), o bien de una propiedad incorporal que, en realidad, es un derecho a ella, susceptible, por tanto, de ser cedido (conf. Ripert, G. y Roblot, R., *Droit Commercial*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1986, t. I, ps. 405/406, n° 529). Bajo la misma línea de pensamiento, en el derecho alemán se alude a la posibilidad de la transmisión de la clientela como un supuesto de cesión "real" de ese elemento de la empresa (conf. Heinsheimer, K., *Derecho Mercantil*, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1933, p. 46, n° 18). Y no falta entre nuestros autores quienes, adoptando estas ideas también refieran que, pudiendo ser la clientela objeto de un derecho de real de propiedad, con existencia autónoma e independiente de los demás factores que integran la universalidad, resulta factible someterla a relaciones jurídicas, incluso su enajenación aislada (conf. Di Guglielmo, P., *Tratado de Derecho Industrial*, Buenos Aires, 1948, t. I, ps. 54/55, n° 54 y 55; Zunino, J., *Fondo de Comercio*, Buenos Aires, 2009, p. 187, n° 111). (...) Ahora bien, lo expuesto precedentemente constituye una noción que debe entenderse superada (conf. Fontanarrosa, R., *Derecho Comercial Argentino - parte general*, Buenos Aires, 1979, p. 228), y acaso una exageración dogmática (conf. Fernández, R., *Código de Comercio comentado*, Buenos Aires, 1950, t. II, p. 39), que personalmente no comparto. Fue Francesco Carnelutti, en efecto, quien sostuvo que "...El derecho a la clientela no es un derecho a la clientela, sino una expresión del derecho sobre la hacienda, como la estimación o la fama no es el derecho sobre la estimación o la fama, sino una expresión del derecho sobre la propia persona. La mencionada clientela no es, en los hechos, sino la reputación de la hacienda frente a los clientes, y por consiguiente una, y digamos también la principal, de las cualidades de la hacienda..." (conf. Carnelutti, F., *Proprietà della clientela*, Riv. Dir. Comm., 1930, t. I, p. 330, espec. p. 333, citado por Supervielle, B., ob. cit., ps. 75/76, n° 120). A la luz de esta última perspectiva se ha dicho que la clientela, formada por la atracción sobre el público es, en realidad, una cualidad o elemento esencial del fondo, inseparable del mismo, pero no una cosa, aunque pudiera reconocérsele valor (conf. Fernández, R., ob. cit., loc. cit.). Es, pues, inviable hablar de un derecho real de propiedad sobre la clientela (conf. Satanowsky, M., *Tratado de Derecho Mercantil*, Buenos Aires, 1957, t. 3, p. 117), debiendo entenderse que ella es, antes bien, una manifestación exterior del aviamiento (conf. Seara, J., *Transferencia del fondo de comercio*, Buenos Aires, 1965, ps. 83/85), o la principal determinante del valor llave (conf. Bertora, R., *Llave del negocio*, Buenos Aires, 1956, p. 26). En otras palabras, no puede hablarse de un derecho de propiedad de la clientela, sino que esta última es una situación de hecho que es fruto o consecuencia de la actividad y de la organización impuesta por el empresario y que viene a integrar otra noción más compleja: la llave del negocio (conf. Fontanarrosa, R., *Derecho Comercial Argentino - parte general*, Buenos Aires, 1979, p. 228, n° 191). Y, por ser ello así, la doctrina mayoritaria extranjera y nacional ha terminado por concluir que la clientela no es susceptible de un tratamiento jurídico aislado, en el que pueda fundarse un derecho de propiedad, por no poder ser objeto de derecho, sino cualidad de la empresa. De donde se sigue, que la clientela no es transferible autónomamente (conf. Garrigues, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1947, t. I, vo. I, p. 254; Langle y Rubio, E., *Manual de derecho mercantil español*, Bosch, Barcelona, 1954, t. II, ps. 40 y 41; Del Valle Fuentes, E., *Sobre la llamada venta de clientela*, Revista de Derecho Privado, Madrid, enero-diciembre 1942, t. XXVI, ps. 464/475; Bracco, R., *L'impresa del sistema del diritto commerciale*, Cedam, Padova, 1960, p. 513, n° 202; Ascarelli, T., *Introducción al derecho comercial*, Buenos Aires, 1947, p. 137; Lordi, L., *Istituzioni di Diritto Commerciale*, Cedam, Padova, 1943, t. I, ps. 123/124, n° 3; Ferrara, F., *Teoría jurídica de la hacienda*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950, ps. 120/122, n° 45; Rotondi, M., *El "aviamiento" en la teoría general del fondo de comercio*, LL t. 51, p. 1127, espec. cap. VI y ss.; Cohen, A., *Traité théorique et pratique des Fonds de Commerce*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1948, t. 1, p. 24, n° 37; Supervielle, B., ob. cit., ps. 79/80, n° 126 y 127; Spota, A., *Tratado de Derecho Civil — Parte General*, Buenos Aires, 1953, t. I, vol. 3-5, ps. 237/238; Halperín, I., *Curso de Derecho Comercial*, Buenos Aires, 1973, p. 93, n° 42; Garo, F., *Derecho Comercial — Parte General*, Buenos Aires, 1955, p. 222, n° 274; Garo, F., *Tratado de las compra-ventas comerciales y marítimas*, Buenos Aires, 1945, t. II, p. 206, n° 681; Arecha, W., *La empresa comercial*, Buenos Aires, 1948, ps. 234/235, nota n° 237; Fernández, R., ob. cit., t. II, p. 39; Fernández, R. y Gómez Leo, O., *Tratado teórico-práctico de derecho*

comercial, Buenos Aires, 1984, t. I, ps. 428/429; Orione, F., Fondo de Comercio, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, 1960, t. XII, p. 388, cap. V-3; Etcheverry, R., Derecho Comercial y Económico — Parte General, Buenos Aires, 1987, p. 530, n° 203; Martorell, E., Tratado de Derecho Comercial, Buenos Aires, 2010, t. I, ps. 989/990). De ahí que, por ejemplo, ni el aviamiento ni la clientela podrían ser objeto de aportes a una sociedad, ya que se trataría de una aportación ficticia (conf. Barrera Graf, J., Instituciones de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, México, 2008, p. 278, n° 7.2; Verón, A., Sociedades Comerciales — ley 19.550, comentada, anotada y concordada, Buenos Aires, 1993, t. 1, p. 358). No ignoro que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha calificado a la clientela como una "propiedad" (causa "Sociedad Auxiliar Fabril, Agrícola y Comercial c/ R. Couzier y Cía. s/ oposición al registro de una marca", sentencia del 26/2/1937, Fallos 177:91, espec. p. 96, y LL, t. 5, p. 506.). Pero esa calificación respondió al concepto constitucional de propiedad, y no al concepto civil de ella, con el cual difiere notablemente (conf. Linares Quintana, S., Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1979, t. 5, p. 30, n° 3833). Es decir, en el precedente indicado no ha dicho el Alto Tribunal que la clientela sea una propiedad en los términos del art. 2506 y conc. del Código Civil, esto es, un objeto de derecho, sino que utilizó ese vocablo para brindar protección a una clientela frente a una pretensión de apropiación de marca comercial ajena. En suma: no pudiendo ser la clientela objeto de derecho, menos de un derecho de propiedad, ya que solo es una calidad o elemento de la hacienda que no admite una transferencia aislada, lo cierto es que, aunque pudiera asignársele a ella un valor económico, su tratamiento jurídico será siempre "indirecto" (conf. Morles Hernández, A., Curso de Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1986, t. I, p. 223). ¿Y cómo es ese tratamiento "indirecto"? Lo explica Tullio Ascarelli con claridad inigualable. Según este autor, ni el aviamiento ni la clientela son cosas, y por tanto "...no pueden ser transmitidos o cedidos. Pueden ser asegurados sólo a través de sus factores: a través de la circulación del inmueble (o del derecho de arrendamiento) la clientela conexas con éste; a través de la circulación de la firma, el de la clientela atraída por aquélla; a través de la sucesión en el contrato, el de la clientela conexas a determinados contratos (...); a través de la pervivencia de licencias, cuotas, etc., la del aviamiento que pueda encontrar su origen en aquellos factores que, frente a la legislación especial, aseguren facilidades peculiares de ventas o suministros (...). Lo que se llama (especialmente en la tradición francesa) "cesión de la clientela" no constituye y no puede constituir la transferencia de una cosa porque la clientela no es una cosa. Lo que en realidad se transmite son los bienes que a su vez constituyen factores de clientela, como a través la cesión de los contratos o la asunción de obligaciones de hacer y no hacer que tienen precisamente a hacer posible que un nuevo sujeto sirva a la clientela del transmitente. Pero no es la clientela la que constituye directamente el objeto de una transferencia; no puede ser directamente tutelado el interés del nuevo sujeto a la clientela, sino solamente el derecho a la utilidad de las cosas transferidas, de las prestaciones prometidas, de las abstenciones convenidas y será solamente en cuanto las cosas transmitidas, y las prestaciones prometidas constituyan factores de clientela y en cuanto a su vez las abstenciones convenidas impidan una concurrencia, que el nuevo sujeto podrá, así indirectamente, y dentro de los límites que así resulten, disfrutar de la clientela precedente..." (conf. Ascarelli, T., Iniciación al estudio del derecho mercantil, Bosch, Barcelona, 1964, p. 305, n° 9) [el subrayado no está en el original]...".

(151) HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., p. 197.

(152) CORREA, Carlos (coordinador), ob. cit., ps. 142 y ss.

(153) HERNANDO GIMENEZ, Aurora, ob. cit., p. 504.

(154) En lo atinente a la gradación de la culpa en el Código Civil y Comercial de la Nación de 2014, conservan actualidad y son aplicables las mismas consideraciones efectuadas con relación al art. 512 del Código Civil de 1869; conf. GALDÓS, Jorge M., "La función resarcitoria, el daño y el riesgo creado", en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012 (dirigido por Julio C. Rivera y coordinado por Graciela Medina), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 891, espec. ps. 900/901, n° 4.2 y 4.3. Habrá culpa grave en los casos de máxima torpeza. En la calificación de la culpa del franquiciado como "grave" ha de jugar el criterio valorativo previsto por el art. 1725 del Código Civil y Comercial de la Nación: conf. FILIPPINI, Anibal, "Gradación de la culpa en el Proyecto de Código", LL 6/12/2013 (tomo 2013-F).

(155) CSJN, Fallos 316:713.

(156) CSJN, Fallos 332:2815.

(157) MOLINA SANDOVAL, Carlos, "Franquicias", en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012 (dirigido por Julio C. Rivera y coordinado por Graciela Medina), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 785, n° 7.1; BORETTO, Mauricio, "Responsabilidad civil, concursal y laboral en la franquicia", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires — Instituto de Derecho Empresarial, Buenos Aires, 2014, p. 1, esp. ps. 21/22.

(158) Véase las citas de DUARTE, David, "Responsabilidad solidaria laboral (concesión de servicios gastronómicos)", LL del 26/8/2014.

(159) RECALDE, Héctor P., CIAMPA, Gustavo A. y RECALDE, Leandro, "Precisiones sobre el Código Civil y Comercial y el Derecho Laboral", LL del 10/11/2014, cap. IV.

(160) MARZORATI, Osvaldo, "Sistemas de distribución comercial", Astrea, Buenos Aires, 1995, ps. 240/241, n° 61.

(161) SOBRINO, Augusto R., "La responsabilidad en el contrato de franchising", JA 1997-I, p. 836.

(162) WORFF, Germán, "Responsabilidad del franquiciante ante daños generados por productos defectuosos", Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios, IJ-LXIV-584 (5/6/2012); CUIÑAS RODRÍGUEZ, Manuel, "El sistema de franchising y la tutela de los consumidores y usuarios en el derecho argentino", ED, t. 175, p. 620. Cabe recordar que el art. 40 de la ley 24.240 consagra un sistema de responsabilidad objetiva en el cual el factor de atribución es el vicio o riesgo de la cosa (o el vicio o riesgo del servicio prestado), de manera tal que la víctima sólo debe acreditar el daño sufrido y la relación de causalidad entre este último y la cosa (o servicio) en cuestión, prescindiendo de la prueba de la culpa del legitimado pasivo (conf. ROUILLÓN, Adolfo y ALONSO, Daniel, "Código de Comercio, comentado y anotado", t. V., ps. 1200/1201, n° 2; FARINA, Juan, "Defensa del consumidor y del usuario", Buenos Aires, 2004, p. 453). En otras palabras, para hacer jugar la responsabilidad objetiva indicada, el consumidor damnificado debe probar el defecto, el daño y la conexión causal entre el defecto y el daño (conf. PIZARRO, Daniel, "Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa", Buenos Aires, 2007, t. II, ps. 381/382; ROUILLÓN, A. y ALONSO, D., ob. cit., t. V, p. 1205, n° 11). De su lado, para exonerarse de esa responsabilidad objetiva, total o parcialmente, el presunto responsable debe probar "...que la causa del daño le ha sido ajena..." (art. 40 in fine de la ley 24.240), esto es, debe acreditar la culpa de la víctima, el hecho de un tercero por quien no debe responder (no siendo terceros entre sí todos los que intervienen en la cadena de producción y comercialización), o el caso fortuito ajeno al producto o cosa que fracture la relación de causalidad (conf. CNCom. Sala C; 19/4/05, "Travetto, Oscar Horacio y otro c/ Sevel Argentina S.A.", ED del 17/10/06, con nota de SULTANI, A., "Responsabilidad objetiva del fabricante de producto"; ROUILLÓN, A. y ALONSO, D., ob. cit., t. V, p. 1206; Farina, J., ob. cit., p. 454; GHERSI, Carlos y otros, "Derechos y responsabilidades de las empresas y consumidores", Buenos Aires, 1994, ps. 126/127; PIZARRO, Daniel., ob. cit., t. II, ps. 384/385).

(163) HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., ps. 394/395.

(164) HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., p. 393

(165) CSJN, 4/8/88, "Automóviles Saavedra S.A. c/ Fiat Argentina S.A.", Fallos 311:1337 y LL 1989-B, p. 1.

(166) La necesidad de preavisar, común a la extinción de los contratos de comercialización (no solo el de franquicia), responde a criterios ampliamente aceptados por la jurisprudencia nacional (conf. CNCom. Sala D, 17/11/08, "Compibal S.R.L. c/ Roux Ocefa S.A. s/ ordinario"; íd. 13/2/09, "Donati Hnos. S.A. c/ Renault de Argentina S.A., ex CIADEA S.A. y otros"; íd. Sala D, 26/6/2009, "Editorial Ver S.A. c/ DYS S.A. s/ sumario"; íd. Sala B, 29/11/94, "Distribuidora Interplazas S.A. c/ Editorial Lisica S.A. s/ ordinario"; Sala C, 24/11/2005, "Gestido y Pastoriza S.H. c/ Nobleza Piccardo S.A."; Sala E, 7/11/08, "Cakimún S.A. c/ Procter & Gamble S.A. s/ ordinario"; entre muchos otros), y de tribunales extranjeros (conf. Tribunal Supremo de España, Sala Civil, 10/3/2010, "Vigarauto S.A. c/ Renault España Comercial S.A.", res. 104/2010, fundamento de derecho tercero; íd. Sala Civil, 30/12/2010, "Castro y Gutierrez SL y Lukemóvil SL c/ Nissan Motor España S.A.", res. 862/2010, fundamento de derecho tercero; Audiencia Provincial de Oviedo, 10/9/2009, "Asturdaí SL c/ Aytedis SL y Talleres Riera Duval S.A.", res. 299/2009, fundamento jurídico cuarto). De su lado, en la doctrina extranjera y nacional ha sido estudiado el tema llegando a similares conclusiones, siempre que se trate de contratos "sin" plazo de duración o de plazo "indeterminado" (conf. GUYÉNOT, J., ob. cit., ps. 400/407, n° 400 a 409; FERRIER, Didier, ob. cit., ps. 366/367, n° 722; DIEZ PICAZO, L., Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Civitas, Madrid, 1996, t. II, p. 324, n° 3; Hernando Giménez, A., ob. cit., ps. 413/434; HOCSMAN, H., Contrato de concesión comercial, Buenos Aires, 1994, ps. 226/232; RIVERA, J.C., Cuestiones vinculadas a los contratos de distribución, Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 3 (Contratos Modernos), p. 149; FARINA, J., Resolución del contrato en los sistemas de distribución, Buenos Aires, 2004, p. 61 y ss.; FARINA, J., Contratos comerciales modernos, Buenos Aires, 1999, p. 466; SÁNCHEZ, P., El contrato de distribución: rescisión unilateral y fijación del preaviso, ED 216-349; MARTORELL, E., Tratado de los contratos de empresa, Buenos Aires, 1997, t. III, p. 516; GHERSI, C., Contratos Civiles y Comerciales, Buenos Aires, 1994, t. 2, ps. 76/77, n° 407 "b"; ALTERINI, A. y LÓPEZ CABANA, R., La rescindibilidad unilateral en los contratos de colaboración empresarial, LL 1991-D, p. 815; DI LELLA, N., Algunas reflexiones sobre la resolución anticipada, la concesión comercial y sus consecuencias, ED del 16/2/2009).

(167) HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., ps. 417/418.

(168) LARA GONZÁLEZ, R., Las causas de extinción del contrato de agencia, Madrid, 1998, p. 103.

(169) PARDOLESSI, R., I contratti di distribuzione, Nápoli, 1979, p. 183, 351 y ss.

(170) HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., p. 412.

(171) CHAMPAUD, Claude, La concession commerciale, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, t. XVI, año 1963, p. 451, n° 34 y 35.

(172) HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., ps. 407/409; Tribunal Supremo de España, Sala Civil, 26/4/2002, "Concesionarios del Sur S.A. c/ Iveco Pegaso S.A.", caso este último que, valga señalarlo, concuerda en lo fáctico con fallado por la CNCom. Sala B, in re "Marquinez y Perotta c/ Esso S.A.", sentencia del 11/4/1995, en el que se pretendió condenar a la demandada a "renovar" el contrato (reg. en LL 1995-D, p. 636, con nota de WEINGARTEN, C., Efectos jurídicos de las sucesivas renovaciones de un contrato de concesión de plazo incierto y determinado), y también con el decidido por la CNCom. Sala C, 13/2/1998, "Tercal S.A. c/ IBM Argentina S.A.", que refirió en su considerado 5-D la existencia de convenios expresos de prórroga entre las partes (reg. en ED 181-261, con nota de CIFUENTES, S., Contrato de agencia a plazo renovado y ejercicio abusivo del derecho por la rescisión unilateral del productor — Indemnización de los daños — El daño moral).

(173) LARA GONZÁLEZ, R., ob. cit., p. 148 y ss.; HERNANDO GIMÉNEZ, A., ps. 415/416; LÁZARO SÁNCHEZ, E., El desistimiento unilateral en los contratos de distribución: análisis de jurisprudencia al respecto, La Ley España, t. 4, p. 1989, p. 1206, espec. p. 1213; GHERSI, C., ob. cit., p. 75, n° 407 "a"; ROUILLÓN, A. y ALONSO, D., Código de Comercio, comentado y anotado, Buenos Aires, 2005, t. II, ps. 732/733, pto. A-2.

(174) La validez de las cláusulas de resolución "ante tempus" en contratos de franquicia de plazo determinado ha sido admitida por la jurisprudencia, al decir que "...Cabe rechazar el planteo de nulidad de la cláusula que, en un contrato de franquicia comercial, autorizaba la resolución sin causa por parte del franquiciante con un preaviso de quince días, pues más allá de que dicho contrato no sea a plazo indeterminado -dado que contiene fecha de expiración cierta-, tal facultad resolutoria es legítima en la medida que no sea ejercida abusivamente, esto es, con un preaviso razonable que permita a la parte afectada reorganizar los factores de producción que dedicó al emprendimiento frustrado...", conf. CNCom. Sala C, 30/5/2003, "Mendez, Daniel A. c/ Manuel Tienda León S.A. s/ ordinario". La solución es incuestionable y aplicable, en general, a todo contrato de comercialización. No es irrazonable, en efecto, que un sujeto convenga en mantener una relación comercial hasta cierto tiempo, salvo que se decida por cualquiera de las partes su anticipada cesación; y, ciertamente, tampoco el derecho lo prohíbe puesto que si bien la cláusula rescisoria ante tempus amengua la fuerza vinculante del contrato, preserva la libertad de las partes en cuanto a definir el alcance de tal fuerza vinculante, y si ha sido convenida por sujetos hábiles y en beneficio de ambos, no parece que derive de ello ilicitud alguna (conf. CNCom. Sala D, 4/8/89, "Guzmán, Ramón c/ Tito González S.A.", LL 1989-E, p. 406; ROUILLÓN, A. Y ALONSO, D., "Código...", t. II, p. 731; LORENZETTI, R., "Tratado...Parte General", p. 569). Al respecto, explica Louis Jossérand que la rescisión unilateral ejercida en virtud de una cláusula contractual debe, como regla, ser respetada en sus efectos. Se considera, dice este autor, que la facultad así reconocida a las partes o a una de ellas, para dar por terminado el contrato, tiene un valor absoluto; puede ser ejercida discrecionalmente, ad nutum, sin que su titular esté obligado a explicar razones de su determinación y sin que pueda ser inquietado con motivo de ella. Así lo han querido las partes, quienes sin ninguna duda han repudiado hasta la idea de una supervisión o control en esta materia, suprimir toda discusión y prevenir todo litigio, al concederse una inmunidad total. Cesa de ser concebible el abuso -al menos, como principio- porque se trata del ejercicio de un derecho que los contratantes han destituido voluntariamente de toda finalidad y al que deliberadamente han conferido un carácter puramente abstracto, separándolo de su causa: puede decirse sin exageración, que el medio justifica entonces el fin, y más bien, que lo cubre totalmente (conf. JOSSERAND, Louis, "El espíritu de los derechos y su relatividad", Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, México, 1946, p. 162, n° 145). Con análoga comprensión se ha dicho que la rescisión unilateral o desistimiento del contrato, sea con fundamento convencional o legal, es un poder "arbitrario" que la parte puede ejercer libremente sin que sea necesario dar una justificación (conf. BIANCA, C., Diritto Civile, Giuffrè Editore, Milano, 2000, t. III, p. 765, n° 411). Pero, como lo advierte el propio Jossérand, es necesario no generalizar lo anterior, así como no aplicarlo sin distinción y reserva alguna a toda determinación unilateral de orden contractual, ya que los derechos contractuales, lo mismo que los que confiere la ley, tienen una misión que llenar, contra la cual las partes no pueden rebelarse sin comprometer, en una u otra forma, sus responsabilidades (autor cit., op. cit., p. 162, n° 146). En otras palabras, el poder de rescindir unilateralmente un contrato, provenga de la ley o de la convención, tiene el límite general de la buena fe (conf. BIANCA, C., ob. cit., p. 762, n° 409, y 765, n° 411; DIEZ PICAZO, L., Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Civitas, Madrid, 1996, p. 907). Y esto último es aplicable, sin dudas, a contratos del tipo examinado en el caso. Concretamente: la admisión de la validez de las cláusulas de rescisión unilateral ante tempus en contratos de duración "cierta o determinada", no excluye el examen de que el derecho que ella confiere sea ejercido regularmente, de buena fe y, más ampliamente, sin abuso (véase en este preciso sentido: CINOLLO, O., en la obra dirigida por MARZORATI, O. y MOLINA SANDOVAL, C., Contratos de Distribución, Editorial Helista, Buenos Aires, 2010, ps. 291/292; más

ampliamente, véase: ALTERINI, A. y LÓPEZ CABANA, R., La rescindibilidad unilateral en los contratos de colaboración empresaria, LL 1991-D, p. 815; MUGUILLO, R., Contratos Comerciales: interpretación, limitación a la libertad de competir, rescisión unilateral, en <http://www.eldial.com> <http://www.eldial.com>). Ahora bien: ¿cómo juega ello en casos como el indicado? Al respecto, los parámetros que pueden tomarse en consideración para determinar si existe o no mala fe o abuso en el acto de rescindir ante tempus contratos de duración "cierta o determinada" pueden ser de diversa naturaleza. Por ejemplo, si se ha pactado un plan o cronograma de inversiones a realizarse durante la vigencia del contrato, cuya eventual realización resulta en alguna medida coincidente con el plazo de duración pactado, deberá darse prevalencia a la cláusula de plazo por sobre la que posibilita el recesso anticipado, ya que lo contrario podría constituir un abuso (conf. ROUILLÓN, A. y ALONSO, D., op. cit., t. II, p. 732). Pero quizás el ejemplo más claro de un posible ejercicio abusivo del derecho concedido por cláusulas y con relación a contratos del tipo referido esté dado por la hipótesis de una rescisión realizada en una época temprana de la vida del contrato, no respetando un período mínimo razonable para que la relación produzca los efectos que le son propios, es decir, sin conceder a la contraparte un tiempo suficiente para que pueda obtener los beneficios esperados al contratar o, cuanto menos, ver amortizadas las inversiones realizadas antes del contrato inducida por quien ejerce la rescisión (conf. HERNANDO GIMÉNEZ, A., ob. cit., ps. 422/423; LARA GONZÁLEZ, R., ob. cit., ps. 69 y 172). En tal sentido, se ha llegado a decir, en posición quizá algo extrema pero demostrativa de la preocupación que suscita la hipótesis, que si no ha existido una posibilidad, aunque sea teórica, de que se dé un retorno de inversiones al patrimonio de quien las ha hecho, el contrato habría de ser considerado nulo por ausencia de causa, ya que el carácter lucrativo del contrato integra, precisamente, la causa del negocio jurídico (conf. ECHEBARRÍA SÁENZ, J., El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas, Mc Graw-Hill e Interamericana de España S.A., Madrid, 1995, p. 478). En síntesis: aunque las partes ligadas por un contrato de duración "cierta o determinada" conciben válidamente, mediante cláusula especial, la posibilidad de una rescisión unilateral con el efecto de provocar su extinción anticipada (ante tempus), necesariamente debe interpretarse que, aun en ese escenario, la voluntad de ellas no pudo ser otra que la de mantener la vigencia del contrato por algún tiempo o, dicho con otras palabras, que entendieron que el contrato debía tener una "duración mínima razonable" apta, al menos, para posibilitar el retorno de las inversiones hechas para entrar en el contrato y poder ejecutarlo debidamente; "duración mínima razonable" dentro de la cual, naturalmente, ninguna habría de pretender la extinción anticipada del negocio sin resentir la regla de la buena fe o incurrir en abuso del derecho. Como se ve, no basta con preavisar la resolución ante tempus. Aunque también el preaviso es imprescindible en la rescisión "incausada" de contratos de plazo "determinado" a fin de posibilitar reorganizar los factores de producción con el fin de emplearlos en otra actividad lucrativa, o bien resolver su enajenación (conf. CNCom. Sala D, 9/8/12, "Full Motors S.A. c/ General Motors de Argentina S.R.L. s/ ordinario"; íd. Sala B, 21/6/2006, "Localiza Franchising International S.R.L. c/ Pérez, Marcelo", LL del 21/6/2006), surgiendo responsabilidad en caso de omisión (conf. CNCom. Sala C, 10/10/2003, "Rivas, Rosa Graciela C/ Grimoldi S.A. s/ ordinario"), resulta imperioso, además, que el ejercicio de la facultad rescisoria unilateral tenga lugar, como se ha dicho, después de que el contrato hubiera sido ejecutado con "duración mínima razonable" apta o suficiente como para posibilitar el retorno de las inversiones hechas. Sentado lo anterior: ¿cómo se define esa "duración mínima razonable" en un contrato de duración "cierta o determinada" dentro de la cual una rescisión ante tempus habría de calificarse intempestiva por no haber permitido la recuperación de las inversiones efectuadas para entrar en el negocio? La respuesta a tal interrogante no puede ser, desde luego general y abstracta, sino que debe buscarse en cada caso, atendiendo a sus propias particularidades (conf. CNCom. Sala D, 5/6/2013, "Brother Int. Corp. de Argentina S.R.L. c/ Aerocargas Argentinas S.A. y otro s/ ordinario").

(175) CNCom. Sala D, 9/12/08, "Full Motors S.A. c/ General Motors de Argentina S.R.L. s/ ordinario.

(176) KLEIDERMACHER, J. L., ob. cit., ps. 172/173 y 178/179.

(177) ROITMAN, Horacio, "Efectos jurídicos de la quiebra sobre los contratos preexistentes", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 565.

(178) MAFFÍA, O.J., "Derecho Concursal", Depalma, Buenos Aires, 1994, t. III-A, p. 349; RIVERA, J. C., ROITMAN, H. y VITOLO, D. R., "Ley de concursos y quiebras", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. II, p. 408. Para el caso de concurso preventivo se ha entendido aplicable lo dispuesto por el art. 20, LCQ; conf. CNCom. Sala F, 1/12/2011, "Gilmer S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente por Nisago Textil S.A."; Juzg. Nac. Com. n° 23, sec. n° 46, 12/6/2013, "Puerto Enzo Café S.R.L. s/ concurso preventivo", causa n° 59.995.

(179) CNCom. Sala B, 30/3/2004, "Pequeño Mundo S.R.L. s/ quiebra s/ incidente de apelación".

(180) MARZORATI, O.J., Sistemas de..., p. 218, n° 53.

(181) MAFFÍA, O.J., ob. cit., t. III-A, p. 350.

(182) PAJARDI, Piero, "Codice del fallimento", Giuffrè, Milano, 1994. P. 79, n° 10; PAJARDI, P., "Manuale di Diritto Fallimentare", Giuffrè, Milano, 1998, p. 381, n° 13; RAGUSA MAGGIORE, Giuseppe y

COSTA, Concetto, "Le procedure concorsuali - Il fallimento", Utet, Torino, 1997, t. 2, p. 291.

(183) MAFFEI ALBERTI, Alberto, "Commentario breve alla legge fallimentare", Cedam, Padova, 2000, p. 293, n° X.

(184) RAGUSA MAGGIORE, G. Y COSTA, C., ob. cit., t. 2, p. 291.

(185) RAGUSA MAGGIORE, G., "Istituzioni di Diritto Fallimentare", Cedam, Padova, 1994, p. 309, n° 18; RAGUSA MAGGIORE, G., "Il contrato di franchising e le procedure concorsuali", Riv. trim. dir. proc. civ., t. 1990, p. 15; FRIGNANI, "Fallimento del franchisor e disciplina applicabile", en Contratti, 1995, p. 597 (citado por PAJARDI, P., Manuale..., p. 381, nota n° 133), quien sostiene que en caso de quiebra del franquiciante es de aplicación la disciplina referente al contrato de suministro.

(186) RAGUSA MAGGIORE, G. y COSTA, C., ob. cit., t. 2, p. 291.

(187) La opinión de MARZORATI es citada por KLEIDERMACHER, J. L., ob. cit., p. 175.

(188) KLEIDERMACHER, J. L., ob. cit., ps. 175/176 y 179.

(189) VAISER, L. y DI STEFANO, M., "Efectos de la quiebra sobre el contrato de franchising", rev. Derecho Económico, n° 21/1992, año III, p. 253.

(190) CHOMER, H. O., El franchising y la quiebra: solución para un problema olvidado, LL t. 1998-D, p. 1115.

(191) GRISPO, J.D., Algunas consideraciones en torno a la problemática contractual frente al Derecho Concursal, ED t. 183, p. 1408, cap. 10.

(192) La admisibilidad de la continuación del contrato ha quedado reflejada en un fallo en el que se dijo que "...procede revocar la decisión que, con fundamento en lo preceptuado por los arts. 147 y 159, LCQ, declaró resueltos ciertos contratos de franquicia comercial celebrados entre una sociedad anónima in "bonis" (de la cual el fallido es accionista, y fue director en el tiempo de su constitución) y otras personas, cuyo objeto fue, básicamente, el otorgamiento por parte del citado ente de una licencia para el uso de determinada marca, en favor de los cocontratantes. Ello así, cuando se verifica que: a) la causa no revela que el fallido hubiere contraído obligación de cumplimiento personal e irremplazable mientras se hallaba "in bonis", con la referida entidad societaria y b) el material acopiado, no hace inferible que la quiebra del fallido hubiere sido extendida a la sociedad, otorgante de la licencia para el uso de la marca, en favor del licenciatario...", conf. CNCom. Sala D, 2/11/99, "Orlando, Oscar Rubén s/ quiebra s/ inc. art. 250, CPCC".

(193) MAFFÍA, O.J., ob. cit., t. III-A, ps. 350.

(194) MAFFÍA, O.J., ob. cit., t. III-A, ps. 332 y 350.

(195) MARZORATI, O.J., Sistemas de..., p. 234, n° 59; KLEIDERMACHER, J.L., ob. cit., p. 126.

(196) En el mismo sentido: RAGUSA MAGGIORE, G. y COSTA, C., ob. cit., t. 2, p. 291 y su cita de STASI, Sorte del contrato di licenza di marchio nel fallimento, rev. Il Fallimento, t. 1995, p. 893.

(197) BERTONE, L.E. y CABANELLAS de las CUEVAS, G., ob. cit., t. II, ps. 418/419.

(198) No habiendo cláusula expresa, el franquiciante tiene prohibida la comercialización con terceros de las mercaderías o servicios comprendidos en la franquicia, dentro del territorio o zona de influencia asignada al franquiciado.

(199) HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., p. 61.

(200) HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., p. 257 y ss.

(201) art. 14 de la Constitución Nacional; Fontanarrosa, Rodolfo, "Derecho Comercial Argentino", Zavalía Editor, Buenos Aires, 1979, p. 393, n° 292.

(202) Ascarelli, Tullio, "Introducción al derecho comercial", Ediar S.A., Buenos Aires, 1947, p. 129, n° 4; Ripert, G., "Aspectos jurídicos del capitalismo moderno", EJE S.A., Buenos Aires, 1950, ps. 201/202, n° 87.

(203) Ripert, Georges y ROBLOT, René, "Traité Élémentaire de Droit Commercial, L.G.D. & J., París, 1986, p. 324 y ss., n° 474 y ss.; en similar sentido: BROSETA PONT, Manuel, "Manual de Derecho Mercantil", Tecnos, Madrid, 1981, p. 116.

(204) GARRIGUES, Joaquín, "Tratado de Derecho Mercantil", Revista de Derecho Mercantil, Madrid,

1947, t. I, vol. I, p. 186, n° 153; GARCÍA MENÉNDEZ, S., "Competencia desleal — actos de desorganización del competidor", Buenos Aires, 2004, p. 127.

(205) HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., ps. 304/305; FERRIER, Didier, ob. cit., ps. 368/369, n° 727. Sobre el tema, en general: CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, PALAZZI, Pablo, SÁNCHEZ HERRERO, Andrés y SEREBRINSKY, Diego H., ob. cit., p. 774 y ss.

(206) ROTONDI, Mario, "Diritto Industriale", Cedam, Padova, 1965, p. 541, n° 34.

(207) ROTONDI, Mario, ob. cit., p. 545, n° 349.

(208) MESSINEO, Francesco, "Manual de derecho civil y comercial", EJE A S.A., Buenos Aires, 1955, t. VI, ps. 17/18, quien propone cinco años fundándose en el art. 2596 del código civil italiano.

(209) El plazo de un año previsto por el art. 1522 in fine reconoce fuente en el Reglamento de la CEE 4087/88, art. 3°, inc. "c".

(210) Por "territorio razonable" debe entenderse, como regla, el geográfico que se pactó. La cláusula de no concurrencia podría, no obstante, referirse a un territorio mayor, pero en tal caso la estipulación debe quedar sujeta a un estricto control sobre su abusividad; conf. HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, ob. cit., p. 305, nota n° 104.

(211) FERRI, Giuseppe, "Manuale di Diritto Commerciale", Utet, Torino, 1965, p. 149, n° 90.

(212) MORLES HERNÁNDEZ, A., "Curso de Derecho Mercantil", UCAB, Caracas, 1986, t. I, p. 255.

(213) GARRIGUES, J., ob. cit., t. I, vol. I, p. 287, n° 154.

(214) ROUBIER, P., Le Droit de la Propriété Industrielle, Librairie du Recueil Sirey, París, 1952, t. I, ps. 486/487, n° 104, ap. B; CNCom. Sala D, 30/7/2009, "Rodríguez, Sergio Omar R. y otro c/ Pereiro, Eduardo Enrique y otro", LL 9/12/2009, con nota de PAOLANTONIO, Martín, "Las cláusulas de no competencia".