

## La Autonomía de la Voluntad y la Rescisión Unilateral en los Contratos de Franquicia Comercial sus Consecuencias

Por Octavio Billi

### **I. Introducción - La Autonomía de la Voluntad y la Rescisión Unilateral en los Contratos de Franquicia Comercial sus Consecuencias** [arriba]

Con el objeto de efectuar la presentación de la Tesina correspondiente a la finalización de la Maestría en Derecho Empresario de la Universidad Austral, surge la necesidad de elaborar el presente trabajo, abordando en esta oportunidad el tema de la autonomía de la voluntad y la rescisión unilateral del contrato de franquicia comercial y sus efectos entre partes y frente a terceros; abarcando temas de suma importancia como son, entre otros, la autonomía de la voluntad y las indemnizaciones debidas por los daños causados y su cuantificación.

La elección del tema responde, entre otras motivaciones, a la cercanía de la actividad profesional desarrollada por quien suscribe y la elaboración de algunos contratos de franquicia comercial para una empresa que, teniendo una marca relativamente reconocida y un *know how* probado y eficiente; se encuentra dando sus primeros pasos para iniciarse en el campo del *Franchising*, optando por este sistema como una puerta abierta hacia la expansión comercial a nivel nacional e internacional, liberándose de ciertos riesgos y responsabilidades propios de los emprendimientos a gran escala.

El *Franchising*, ante la falta de legislación que lo regule en nuestro país, se presenta como un verdadero desafío, que obliga a aquellos operadores del derecho que se introducen en estos campos a elaborar piezas contractuales sumamente complejas y específicas, de modo tal que, estos contratos no queden librados, en cuanto a la interpretación, aplicación y efectos de sus normas, o al menos en forma mas acotada, a la opinión de árbitros o jueces.

Estos últimos han jugado un papel sumamente importante en la gestación de corrientes jurisprudenciales y doctrinales que por medio de sus fallos han marcado algunos caminos a seguir y que han arrojado un poco de luz sobre esta zona oscura de nuestra legislación.

La facultad de rescindir el contrato unilateralmente y sin aviso es reconocida en todas las relaciones contractuales permanentes en general. Sin embargo, en el contrato de franquicia comercial se presentan diferentes matices quedando, en muchas oportunidades, sujeto a ciertos efectos que variarán dependiendo de los plazos por los cuales se haya celebrado el contrato, o bien si el contrato no posee un plazo determinado.

En una parte del desarrollo del presente trabajo se hará mención a distintos fallos, publicaciones y doctrinas que, si bien hacen referencia al contrato de concesión, agencia o distribución, sus criterios son plenamente aplicables para el contrato de Franquicia.

También serán dadas algunas nociones básicas de los caracteres del contrato de franquicia comercial, puesto que la idea principal es entrar plenamente en el tema de la resolución unilateral de contrato, partiendo de la base que, la relación contractual se ha desarrollado durante un cierto tiempo de vida y suponiendo que, quien ha elegido contratar por este medio, sabe perfectamente en la empresa que se ha embarcado.

Una vez dadas las nociones básicas, se abordará uno de los temas principales del trabajo, comenzando por las diferentes formas o medios de culminación del contrato, para luego entrar a tratar el tema de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes y la validez de ciertas cláusulas predisuestas que atribuyen el derecho indiscutible de rescindir estos contratos a las empresas franquiciantes por sobre las empresas o personas franquiciadas; la autonomía de la voluntad contractual y sus abusos, con algunas críticas a diferentes opiniones doctrinales y jurisprudenciales.

El estudio de los diferentes aspectos de las relaciones que surgen entre franquiciante y franquiciados, permitirá esclarecer algunos conceptos y principios a tener en cuenta al momento de analizar la juridicidad de la rescisión unilateral del vínculo por parte del franquiciante, así como también los diferentes efectos que conlleva la ruptura de la relación contractual.

Resulta necesario tratar los diferentes efectos producidos por la ruptura intempestiva, por lo que se analizarán los daños causados y las correspondientes indemnizaciones debidas por las partes, así como las posibles conductas a seguir por las mismas. Asimismo, es importante el tratamiento de los distintos rubros indemnizatorios, atento la conexión entre estos, y su procedencia o no de acuerdo a las circunstancias y caracteres particulares del contrato de franquicia comercial.

Por último, se harán algunas apreciaciones finales acerca del desarrollo del trabajo y de las distintas opiniones doctrinales y jurisprudenciales citadas y vertidas, para elaborar una serie de consideraciones.

## **II. Capítulo Primero - Nociones Generales del Contrato de Franquicia Comercial** [\[arriba\]](#)

### ***I.- Aproximación a la franquicia comercial***

En nuestra literatura jurídica actual, se alude a la distribución en sentido amplio para referirse a los distintos modos de comercialización a que recurre un productor o empresa productora de bienes o servicios, encomendando a otra persona o empresa que los coloque en el mercado, ya sea por medio de terceros, o bien vendiendo directamente a los consumidores los productos o servicios de la empresa, utilizando tecnología, *know how*, patentes y marcas de esta. Esto es lo que comúnmente se denomina comercialización por terceros[1].

El vertiginoso crecimiento de la industria, el comercio y el consumo masivo que se ha desencadenado en estas últimas décadas, ha generado en el mundo de la disciplina jurídica una expansión abrupta del derecho mercantil que ha tenido que adaptarse a los nuevos negocios y a sus realidades[2].

De esta manera, surgen los sistemas de distribución comercial como medios de actuación privada, que permiten una mayor rentabilidad a los comerciantes a través de la delegación de la fase final del proceso productivo. Esto es, dejando en mano de terceros dispuestos a invertir recursos en esa fase productiva final, que además permite al franquiciante reducir notablemente los riesgos del negocio durante la etapa de colocación para el consumo.

El contrato de franquicia comercial, ha sido considerado como uno de esos modos de comercialización a los cuales se recurre, presentando como una característica propia entre otras tantas, que el franquiciado se encuentra fuertemente ligado al franquiciante y a las decisiones que este último toma en beneficio del sistema por él creado.

En el *Franchising*, si bien las partes contratantes son independientes, parecería ser que existe un control dominante contractual externo, de una sobre otra, asumiendo el franquiciante un rol trascendente para la efectividad de la fórmula objeto del contrato. Es decir que, el negocio debe ser rentable para su dueño; si la fórmula funcionó para quien lo creó, debe también funcionar para el que lo adquiere. El franquiciado que emprende una actividad, asume una empresa, por ende toma a su cargo la totalidad de los riesgos de la misma, pero también gozará de los beneficios que, en cierta forma, le han sido garantizados.

A su vez, estos contratos forman parte de una categoría más amplia denominada como “contratos de colaboración” o “de coordinación empresarial”[3], también denominados en otros casos como contratos de “dominación”. Si bien en un comienzo se puede observar algunos elementos de subordinación técnica y económica que influirán y marcarán un entorno importante al momento de interpretar, aplicar y terminar estos contratos, la expresión “contrato de dominación” no resulta beneficiosa y es por demás peyorativa, puesto que desde el comienzo se estaría condenando la figura contractual sin haber entrado en su análisis previo[4].

Parece más adecuado, como se explicará más adelante, encuadrar estos contratos como “contratos de colaboración”, por cuanto el franquiciado y el franquiciante se encuentran fuertemente ligados por una necesidad de mantenimiento y crecimiento sostenido de la franquicia, de toda la cadena en sí misma y del negocio en su integridad que opera como un conjunto, para que de esa manera se pueda asegurar el beneficio de ambos.

El *franchising* no constituye un simple contrato de suministro periódico de productos ni es la permanente asistencia para lanzar un producto, ya que existe una permanente interacción entre franquiciado y franquiciante; un interés común que significa un éxito tanto para el franquiciado que logra expansión comercial y financiera, y que indirectamente beneficia al franquiciante.

Un problema que preocupa a los autores es el de la normativa aplicable a esta categoría de contratos frente al vacío legislativo. La doctrina en general, opina que, respecto de los contratos atípicos, son aplicables las normas generales de carácter imperativo contenidas en el Código Civil, la autorregulación de los intereses pactada por las partes y, finalmente, los usos y costumbres comerciales, la jurisprudencia y la analogía[5].

## **II.- Caracteres Principales**

Resulta necesario remarcar el hecho de que, salvo excepcionales casos de derecho comparado, y a pesar que llevan más de dos décadas siendo aplicado en el mundo occidental, el contrato objeto de este trabajo no se encuentra reglado normativamente y no han sido tipificados por los ordenamientos jurídicos de derecho continental europeo[6].

Por otra parte, la jurisprudencia específica sobre franquicias es bastante escasa, lo que ha posibilitado de alguna manera que encontremos una gran elasticidad en cuanto a la adaptación de estos contratos a las diferentes características, situaciones y momentos de los mismos, así como también respecto de las partes contratantes y sus caracteres personales, haciendo de cada contrato una pieza singular. Todo ello sin perjuicio del marco normativo general que contiene nuestra legislación de fondo, la jurisprudencia y los usos y costumbres que van marcando las conductas de las partes[7].

Sin duda, los caracteres mencionados en el párrafo anterior, obligan a las partes a confeccionar contratos sumamente complejos y muy detallados, aceptando una necesaria elasticidad en ellos, y su adaptación a situaciones coyunturales conformadas por la personalidad de las partes, el

objeto del negocio, la situación de mercado en la que se intentará desarrollar, a los compromisos asumidos por las partes y a todas las circunstancias y contingencias que pudieran suscitarse a lo largo de la celebración, ejecución y finalización del contrato[8].

El *Franchising*, caracterizado como un medio que suelen utilizar empresas multinacionales para expandir sus negocios, consiste en la actuación de una empresa o persona como franquiciada, que se inserta en una organización que comercializa productos o servicios que son reconocidos e identificados por una marca, nombre y por un sistema de comercialización de cierta eficacia en el mercado. Como contrapartida, el franquiciado debe adaptarse a las reglas y métodos que le impone el franquiciante, mediante los cuales éste último se asegura que el servicio o producto será prestado con idénticas características, calidad y eficiencia, en todos los locales de la cadena[9].

A cambio de ese sometimiento a las reglas impuestas por el franquiciante, el franquiciado se asegura cierto éxito en su negocio, evitando tener que transitar el pesado y difícil camino de la investigación, desarrollo y testeo de productos, así como también la publicidad e inserción en el mercado. Es decir que, adquiere un negocio armado y probado por quien ya ha obtenido experiencia en el campo del negocio y ha logrado tener cierto éxito.

Podemos entonces sintetizar algunos caracteres principales del contrato de franquicia comercial, a saber:

- a) El franquiciante es dueño o titular de una marca, *know how*, sistema o producto, que gozan de cierto éxito y eficacia ya probados en el mercado.
- b) El franquiciante transfiere la licencia del uso de esa marca y *know how* al franquiciado a cambio de un *fee* de ingreso y un *fee* mensual. El franquiciado se ve beneficiado en cuanto a la experiencia, publicidad, investigación y desarrollo de productos y servicios.
- c) El franquiciado se somete a las reglas establecidas por el franquiciante en aras de mantener la uniformidad y homogeneidad en la prestación del servicio, la elaboración del producto, etc. en toda la cadena. Para ello los contratos de franquicia se hacen sobre disposiciones preestablecidas por el franquiciante, con cláusulas predispuestas[10]; y el franquiciado recibe un Manual de Operativo que le indica en forma precisa todos los pasos a seguir para lograr un correcto funcionamiento del sistema de franquicia.
- d) Ambas partes conservan su personalidad e independencia jurídica y financiera, convirtiéndose el franquiciado en un verdadero empresario; asumiendo los riesgos y gozando de los beneficios del negocio.
- e) Se otorga exclusividad por parte del franquiciante al franquiciado, respecto de una zona determinada y por un tiempo determinado para explotar la franquicia; a cambio, el franquiciado se compromete a no desarrollar actividades en competencia con la franquicia. En muchos de los casos, ese compromiso de no competencia se extiende durante un lapso de tiempo posterior a la finalización del contrato.
- f) Existe entre franquiciado y franquiciante un estrecho vínculo de cooperación, que lo diferencia del contrato de distribución, ya que no solo el franquiciado deberá seguir estrictamente lo reglamentado por el franquiciante, sino que también este último deberá proteger al franquiciado, asistiéndolo tanto técnica como económicamente, pues también depende de los franquiciados y su actuación, la continuidad del éxito y renombre de la cadena.

g) Estos contratos están destinados a perdurar por un lapso de tiempo, sea determinado o indeterminado. La continuidad resulta una nota importante en este tipo de contratos toda vez que, las prestaciones de ambas partes resultan ser de carácter continuo y el franquiciado, generalmente, necesita de cierto tiempo de trabajo para garantizar el recupero de la inversión inicial puesta en el negocio. La proyección a futuro resulta ser propicia para el incentivo a la inversión, pues lo normal en este tipo de negocios es que en una primera etapa se generen grandes erogaciones para el franquiciado, para luego invertir la situación en favor de éste. Esta duración establecida, será uno de los elementos esenciales al momento de ponderar el monto resarcitorio por la ruptura de la relación[11].

### **III.- Breve referencia a su Naturaleza. Distintas Tesis.**

La doctrina mayoritariamente coincide en afirmar que el contrato de franquicia comercial es un contrato *sui generis* y que al no encontrarse legislado también es innominado.

Sin embargo, en opinión de Marzorati, el esquema de *Franchising*, muestra algunas conductas que, tomadas en forma aislada de su contexto, hacen recordar al contrato de distribución, pues el resultado final del franchising consiste en llevar a un mayor número de clientes, en mayor cantidad y en un territorio mas amplio, los productos o servicios del franquiciante[12].

#### **1) Franquicia como concesión comercial**

En la doctrina francesa, Guyénot sostiene que la franquicia es, en esencia, un tipo dentro de los contratos de concesión; que es una mutación en el objeto de los contratos de concesión comercial. Entonces concibe al contrato de franquicia como un modo de colaboración inter empresaria muy cercano a las agrupaciones de concesionarios[13].

Es verdad que hoy resulta difícil concebir una gran empresa que no posea un adecuado sistema de colocación de los productos o servicios en un ámbito territorial amplio e importante. Resulta determinante en el éxito de un negocio la llegada de los productos a los consumidores. Es así que las franquicias aparecen como un mecanismo distributivo sumamente eficaz para introducirse en mercados y penetrar en territorios que, de intentar alcanzar por medios propios, resultarían ser extremadamente costosos y de alto riesgo económico.

#### **2) Tesis de los contratos relacionales**

En referencia a lo sostenido por el autor francés citado, surge otra teoría en el derecho anglosajón, que es la teoría de los contratos relacionales[14], que se refiere a dos fenómenos simultáneos: los vínculos de larga duración y las redes contractuales. Esta teoría, a diferencia de la teoría clásica que toma a los contratos como algo aislado que solo plasma al momento de su celebración la voluntad de las partes a futuro; encuadra al contrato como de objeto flexible, toda vez que la partes no solo pactan operaciones, sino también procedimientos, conductas y otros tantos aspectos que se irán definiendo y modificando a lo largo de la relación. Por ende, el objeto no se convierte en algo determinado sino determinable.

#### **3) Tesis del contrato marco con carácter asociativo**

Otra teoría, un tanto más avanzada, encara el análisis de los contratos desde el ángulo de los contratos como marcos regulatorios, naturaleza asociativa y la noción de interés común[15]. En las redes contractuales existe un contrato marco que tiene como objeto alcanzar los fines individuales y comunes; pero a su vez existe una interrelación entre todos los miembros de la

franquicia, pues todos son concientes de que es la red la que les otorga ventajas y beneficios que se ven reflejados directamente sobre cada uno de los integrantes sin necesidad de que pasen primero por un fondo común o un control de franquiciante, para luego ser repartidos.

Ahora bien, cabe hacer la distinción en cuanto a que este contrato marco, que regula el aspecto común de la red, tiene un carácter asociativo pero de ninguna manera es una sociedad, pues existen una serie de compañías independientes entre sí y no existen beneficios a repartir entre ellas.

#### **4) Contrato de adhesión**

Por lo general el franquiciante, que goza de cierta reputación, tiene la posibilidad de elegir a sus franquiciados e imponer determinadas condiciones al momento de contratar, y esto lo materializa a través de cláusulas predispuestas. La denominación “contrato de adhesión” resulta de la situación en que el franquiciado adherirá a la convención sin poder modificar el contrato tipo que le presenta el franquiciante, salvo en las áreas que este lo permita[16].

Esta característica que le adjudican varios autores al contrato de franquicia, tiene sus bemoles y se analizarán más detenidamente en el capítulo tercero.

#### **5) Contrato de dominación**

Se utiliza la expresión “contratos de dominación” para aludir a aquellos contratos en que una de las partes se encuentra en relación de dependencia o subordinación con respecto a la otra, que se ubicaría en una posición de superioridad. Esta posición sería determinante en cuanto a la configuración del contenido del contrato, así como en la etapa de ejecución contractual. La posición dominante, en este caso del franquiciante por sobre el franquiciado, podría traducirse en la facultad de dar órdenes o instrucciones, dirigir, controlar, vigilar o intervenir en las conductas del franquiciado[17]. De la misma manera en que la doctrina expuesta en el punto anterior, la tesis del contrato de dominación será analizada más profundamente en el capítulo tercero.

Sin embargo se puede adelantar que el presente trabajo no comparte esta tesis de la dominación, siempre que sea la voluntad de las partes la que le da forma y contenido al contrato, entonces ese contrato seguirá siendo una expresión de la libertad que poseen las partes para obligarse. Si bien existen rigurosas reglas a las que una de las partes debe someterse sin posibilidad, en la mayoría de los casos, de negociar o amoldar esas cláusulas a sus requerimientos; los hace con pleno conocimiento y voluntad, aceptando los efectos que el alejamiento de esas reglas puede acarrear, pero también siendo conciente de los beneficios que su apego conlleva.

### **III. Capítulo Segundo - La culminación del Contrato de Franquicia [arriba]**

#### ***1.- Causas de culminación del contrato***

La culminación del contrato de franquicia, ya sea por modo normal o anormal, no debería diferir de la culminación del resto de los contratos comerciales. Sin embargo, esta clase de contratos posee una serie de características particulares que necesitan ser tratadas y tenidas en cuenta en esta instancia.

El primer distingo que es preciso efectuar, es el que hace referencia a si la franquicia es nacional o internacional, ya sea que el franquiciante es extranjero y el franquiciado nacional o

viceversa[18], pues los contratos de franquicia internacional suelen ser de largo plazo. Estos contratos están pensados en orden a crear una relación de cooperación que perdure en el tiempo. En tal caso y durante ese período, las normas y leyes aplicables pueden variar, entre otras, las relativas a la prórroga de jurisdicción y normas de conflicto, lo que deriva en una eventual imposibilidad para las partes de aplicar la legislación pactada en el contrato.

La culminación del contrato de franquicia puede acontecer por dos diferentes causas generales: a) causas normales y b) causas anormales. Dentro de las últimas encontramos la resolución por incumplimiento, resolución anticipada y la resolución por cuestiones sobrevinientes[19].

### **1) Causas normales: El cumplimiento del plazo**

Al cumplirse el plazo previsto en el contrato, y ante la ausencia de una opción de renovación o extensión de ese plazo, naturalmente sobreviene la conclusión del contrato y se extingue la vinculación que unía a las partes. Una vez ocurrido el vencimiento del plazo de duración del contrato, no se producen efectos fuera de los estipulados en él, procediendo las partes a cumplir con los pasos pactados y que siguen a la culminación.

#### **a) Duración: Contratos con plazo determinado y sin plazo determinado**

En los contratos de franquicia, en virtud de la autonomía de la voluntad de la que gozan los contratantes dispuesta por el artículo 1197 del Código Civil, las partes pueden libremente fijar o no un plazo de duración. Generalmente resulta conveniente para ambas partes fijar ese plazo.

Por un lado, al franquiciante lo beneficiará fijar un plazo relativamente corto, de tres años aproximadamente, que le permita evaluar la actuación del franquiciado y, en caso de disconformidad con el desempeño del franquiciado o cualquier otro supuesto, pueda recuperar el punto de franquicia por no cumplir con las expectativas. Por otro lado el franquiciado necesitará un plazo razonable, teniendo en cuenta las inversiones puestas en la franquicia y la posibilidad de recuperarlas con la explotación de la misma. Es decir que, ambas partes están interesadas en que el contrato prevea un plazo que sea beneficioso para ambos, en el sentido que cada uno logre sus objetivos en ese lapso de tiempo[20].

En general no es conveniente estipular plazos de muy prolongados, inclusive en numerosos casos, se trata de adecuar esos plazos a los periodos por los cuales se celebran las locaciones comerciales de los inmuebles donde se instalan las unidades de franquicia.

#### **b) Renovación del contrato**

El problema que se presenta en los contratos celebrados por plazos muy prolongados, resulta de la dificultad que esto crea para implementar cambios no previstos y que, en oportunidades, resultan indispensables para el desarrollo de la franquicia. Por ello, en la mayoría de los contratos los plazos se reducen y aparecen las cláusulas de renovación del contrato como un remedio a esa necesidad del franquiciado de gozar de cierta estabilidad y a la búsqueda de control por parte del franquiciante.

Puede suceder que al cumplimiento del plazo del contrato, el franquiciado continúe explotando la franquicia y el franquiciante lo permita, inclusive prestando las mismas asistencias a las que estaba obligado originariamente, pero sin que exista un acuerdo expreso para ello. Sin embargo este supuesto no significa que nos encontremos frente a un caso en que las partes quedan ligadas a perpetuidad[21], es decir sin plazo determinado. Nuestra normativa general aplicable al caso, teniendo en cuenta la falta de legislación específica, parecería afirmar que estamos

ante una renovación por tiempo indeterminado, atento a la inexistencia de una manifestación contraria a esta situación.

Sin embargo, aparece como una opción más razonable, entender que esa renovación se hace por el mismo lapso de tiempo que se pactó originariamente en el contrato, pues podría entenderse que el franquiciante no tiene objeciones en cuanto a la conducta del franquiciado y este se siente cómodo con el modo en que se ha desarrollado la relación contractual[22].

Existen numerosos casos en los que se pacta una renovación automática anual del contrato, y que la misma se viene produciendo por un lapso prolongado de tiempo. Esta fue la plataforma fáctica del fallo “Marquinez y Perrota c/ Esso SAPA”. En este caso se trataba de un contrato de concesión que se firmó en 1971 y en el cual se pactó una duración anual. Luego de una prolongada relación contractual que se prorrogó en numerosas oportunidades, la concedente decidió no renovar el contrato, reclamando la restitución de la boca de expendio[23].

El reclamo impetrado en esta demanda da origen a una discusión acerca de los rubros que corresponden indemnizar, y genera una discusión en la cual no se va a entrar a analizar en este capítulo, sino que será tratado mas adelante.

### **c) La no renovación del contrato**

Según lo expresa Lorenzetti, el problema de la no renovación del contrato puede presentarse desde dos perspectivas diferentes: i.- contractual: entre las partes existen varios contratos sucesivos, por lo que existen varias relaciones jurídicas de fuente contractual y autónoma; ii.- negocial: donde existe una relación negocial continuada con varios contratos, creando de esta manera una unidad[24].

El problema aparece cuando existen renovaciones anuales reiteradas durante un lapso prolongado de tiempo, en contratos en los que se ha fijado un plazo anual. El principio general sería que, atento que el cumplimiento del plazo opera en forma extintiva y no habiendo tácita reconducción, no habría obligación de celebrar otro contrato. En tal sentido, la jurisprudencia francesa ha resuelto que, el rechazo de contratar, es un aspecto esencial de la libertad individual; el concesionario es un comerciante individual e independiente que acepta, con conocimiento de causa, el riesgo de la no renovación cuando acepta un contrato de breve plazo[25].

Puede agregarse a lo expuesto, que resulta conveniente para ambas partes que en cada renovación del contrato de franquicia, se firme un nuevo contrato que refleje o recepte los cambios o *aggiornamentos* de tecnología, métodos, legislación, etc., que el franquiciante implemente al sistema.

## **2) Causas anormales**

Pueden presentarse algunas causas que se las denominan como causas anormales de terminación del contrato de franquicia comercial y que se analizan a continuación:

### **a) Por Mutuo Acuerdo**

Esta es la forma consensuada de finalizar el contrato de franquicia, la misma está prevista por el artículo 1200 del Código Civil y puede además presentar dos variantes:



i.- Las partes acuerdan en cualquier momento de la relación terminar el contrato, retractándose mediante un nuevo contrato, que deja sin efecto el anterior. La particularidad de este modo de finalización radica en que no posee efectos retroactivos, sino que tiene efectos *ex nunc*[26].

ii.- Ambas partes establecen en el contrato de franquicia, la posibilidad de rescindir el contrato para cualquiera de ellas, previendo el otorgamiento de un preaviso suficiente y, en algunos casos, una indemnización para la parte que sufre la rescisión.

#### **b) Por incumplimiento**

Para el caso de incumplimiento por una de las partes, de las obligaciones estipuladas en el contrato de franquicia, queda abierta la posibilidad para la otra parte de exigir su cumplimiento; o en su caso, hacerlo ejecutar por un tercero con cargo a la parte que se encuentra en falta; y por último, quedaría latente la posibilidad de resolver el contrato con una justa causa, basada en dicho incumplimiento[27].

La facultad terminar el contrato, que posee la parte perjudicada por el incumplimiento, podrá ser ejercida de acuerdo al grado e importancia del incumplimiento dentro del contrato de franquicia, siendo la resolución del contrato, a entender de quien suscribe, la sanción mas grave y el último recurso para salvaguardar sus derechos.

#### **c) Cuestiones sobrevinientes**

i.- Muerte o incapacidad del franquiciado: en los casos en que la franquicia es concedida a personas físicas, cuyas cualidades personales fueron determinantes para el otorgamiento del contrato, éste queda configurado como un contrato *intuitu personae*, por lo que el mismo deberá considerarse concluido ante la muerte o incapacidad del franquiciado. Sin embargo, es de uso incluir en estos contratos la posibilidad de continuación de la franquicia por los herederos, es decir, la incorporación de estos al negocio siguiendo algunas reglas y condiciones, generalmente impuestas por el franquiciante, quien será en última instancia el que se reserva el derecho de aceptar o no a los continuadores del contrato[28].

En la franquicia comercial no es común que se tengan en cuenta las características personales de los franquiciados, por lo que la inclusión de una norma que permita a los herederos ingresar al contrato de franquicia, suele ser una solución eficaz a este problema, evitando de esta manera la conclusión imprevista del mismo.

Para los casos en que el franquiciado ha optado por recurrir a la figura societaria para firmar el contrato, el concepto de fallecimiento resulta claramente inaplicable, pero sí es plenamente aplicable el concepto de disolución de la sociedad, lo que conllevará indefectiblemente a la resolución del contrato[29].

ii.- Muerte o incapacidad del franquiciante: en este acápite cabe hacer una distinción entre las posibles situaciones que pueden presentarse, teniendo en cuenta que el franquiciante pueda ser una persona física o una persona jurídica.

En este último caso, aparece claro que este supuesto no se aplicará, en tanto que el contrato está celebrado con la persona jurídica, no con sus socios o accionistas. En cambio, en el caso que el franquiciante sea una persona física, empieza a jugar el hecho de, si para el control y asistencia de la franquicia se requiriera de un conocimiento especial que solo tenía o conocía el franquiciante, en este caso el contrato debería resolverse por fuerza mayor.

Pero salvo este caso en particular, los derechos y obligaciones del contrato deberían transmitirse en forma perfecta a los sucesores o a quienes éste haya designado para continuar con la franquicia.

iii.- Concurso o quiebra en el sistema de franquicia[30]: En este caso también debe diferenciarse la quiebra o concurso del franquiciante y del franquiciado. Estos supuestos se encuentran, por lo general, reglados en el contrato.

En el primer supuesto, si bien es muy difícil que el franquiciante caiga en concurso o quiebra, ya que partimos de la premisa que el negocio que se ofrece a los franquiciados es exitoso y está probado su funcionamiento, esto no le da una carta de indemnidad ni le asegura su permanencia en el mercado[31].

En opinión de Marzorati, la quiebra del franquiciante pone definitivamente fin al contrato puesto que ningún síndico o liquidador puede cumplir el rol de franquiciante[32]. Una razón importante para respaldar esta opinión, es el debate que finca en qué condiciones un Síndico, que es designado por sorteo, sin los conocimientos específicos del tema, puede desarrollar la actividad tan delicada como la franquicia, con éxito como para decidir su continuación. Además, se están poniendo en juego secretos del franquiciante como suelen ser los *know how*, controles, procedimientos, etc.[33].

En el segundo supuesto, cuando el franquiciado cae en quiebra, también se resuelve el contrato. Sin embargo, el autor citado en el párrafo anterior, hace la salvedad que en ciertas jurisdicciones, como en la Argentina, el juez de la quiebra puede decidir, a pedido del síndico, la continuación del contrato si la quiebra dispusiera de los medios necesarios para afrontar las obligaciones del franquiciado. Ello como resultado del compromiso de asistencia que normalmente incluyen los contratos, que asume el franquiciante[34].

Asimismo, en opinión de cierta doctrina, debe ponderarse si la calidad de *intuitu personae* del contrato se encontrara presente, estando estos caracteres presentes en todo los contratos de franquicia celebrados, y la franquicia fuera la única actividad del fallido, entonces el contrato quedará resuelto *de jure*, atento que la actividad será imposible de continuar[35].

Ahora bien, si el sistema de franquicia y la red entera no tuvieran en cuenta la calidad de *intuitu personae* de los contratos y la posibilidad que generalmente tienen los franquiciantes de continuar la explotación en forma directa, entonces resulta viable la continuación de la actividad empresaria.

#### **IV. Capítulo Tercero - La Rescisión Unilateral del Contrato** [arriba]

##### ***I.- La autonomía de la voluntad***

Se hace necesario referirse a la autonomía de la voluntad de las partes al momento de la celebración de un contrato de franquicia comercial teniendo en cuenta lo que se tratará posteriormente respecto al caso de la cláusula de rescisión unilateral. Esta referencia consiste en determinar cuales son las cláusulas que pueden ser pasibles de negociación por parte del franquiciado, con miras a mejorar su posición ante el franquiciante.

##### **1) La autonomía de voluntad y la rescisión unilateral del contrato**

Previamente, López de Zavalía[36] expresa que la autonomía de la voluntad presenta un atractivo particular del cual cuesta desprenderse. Establece algunas consecuencias:

- Libertad de contratar o no.
- Nulidad donde no exista la libertad, es decir los vicios del consentimiento.
- Libertad de configuración, de determinar los contenidos del contrato.
- Elección de la ley aplicable (para el caso de los contratos internacionales).
- Intangibilidad del contrato.
- La fuerza normativa que adquiere el contrato, al cual las partes deben respetar como a la ley misma.
- Interpretación conforme la voluntad real de las partes por sobre la voluntad declarada.

Tal como se explicara al principio de este trabajo, el contrato de franquicia comercial no posee modelos preestablecidos ni regulación legal que lo guíe, debiendo ser redactado especialmente para cada negocio o actividad económica en particular. Es de esta manera que, algunas cláusulas son siempre necesarias y obligatorias para delimitar el funcionamiento y caracteres especiales del *franchising*.

Algunos ejemplos son las cláusulas referidas a la limitación del territorio, tasas y regalías de la franquicia, procedimientos, contratación de proveedores, transferencia de la franquicia, etc.; y es aquí donde se plantea la duda acerca de si corresponde o no, incluir la cláusula de rescisión o terminación del contrato[37].

Como principio, surge del sistema jurídico argentino que no se admite la rescindibilidad unilateral del contrato. En su lugar, el artículo 1200 del Código Civil[38] solo admite este medio de extinción “por mutuo consentimiento”. Sin embargo, en determinadas situaciones, la ley habilita la rescisión unilateral. Esto se da en casos puntuales como en la locación de cosas (arts. 1602 y 1604 del Cód. Civil), la locación de obra (art. 1638 Cód. Civil), la sociedad civil (art. 1767 Cód. Civil), o cuando se da el caso de la excesiva onerosidad sobreviniente (art. 1198 del Cód. Civil)[39].

Conforme se mencionara en el comienzo de este punto, las partes tienen el derecho de introducir las cláusulas accidentales que consideren necesarias en virtud de lo dispuesto por el artículo 1197 del Código Civil[40]. En consecuencia, las partes quedarían habilitadas para acordar que en cualquier momento, cualquiera de ellas por su sola voluntad, considere rescindido el contrato.

#### **a) La obligación del franquiciante de informar**

A diferencia de lo que ocurre en Francia con la Ley Doubin de 1989[41], en la Argentina esta obligación que recae sobre el franquiciante, de informar y entregar al franquiciado todos los datos necesarios para una más efectiva toma de decisión al momento de firmar el contrato de franquicia, no se encuentra reglamentada y solo depende de la voluntad del franquiciante y el grado de interés del franquiciado al momento de investigar el negocio en el que está por incursionar.

Según lo dispuesto por la norma de referencia en su artículo primero, el franquiciante debe suministrar al franquiciado cierta cantidad de informaciones auténticas y verdaderas dentro de un plazo determinado, a fin de que este último tenga un conocimiento acabado de los beneficios, desventajas y factibilidades del contrato que está por celebrar[42].

En el caso de la ley Doubin, en el año 1991 se dictó el decreto reglamentario que regula cual debe ser el contenido del documento de información precontractual que debe ser entregado al franquiciado con cierta antelación a la fecha de la firma del contrato. Algunos de los elementos indispensables que se mencionan son: las perspectivas de desarrollo del mercado, la presentación de la red de comerciantes con la lista de empresas, domicilios, otros franquiciados, presencia de la marca en las diferentes zonas de exclusividad, e inclusive las cláusulas que podrían resultar mas controversiales, etc.[43]

En el caso francés, esta reglamentación ha permitido mejorar la información a los candidatos, que en muchas ocasiones eran engañados por los franquiciantes que, en su afán de conseguir franquiciados para su red, hacían parecer el negocio mucho mas rentable, y por ende, mas tentador de lo que en realidad era[44].

Sin embargo, como bien menciona Kahn en su obra, “la obligación del franquiciante de brindar información termina donde comienza la obligación de informarse del candidato-franquiciado”[45]; esta aseveración es plenamente aplicable al caso argentino de franquicia, pues consecuentemente con lo que se ha expuesto en el punto anterior y como se tratará mas adelante en este trabajo, el franquiciado debe poner toda la diligencia de un buen hombre de negocios al contratar y, en cada caso, buscar el adecuado asesoramiento profesional para que lo ayude a decidir.

### **c) Interpretación de las cláusulas**

La interpretación de las cláusulas de rescisión unilateral adquiere gran importancia partiendo de la premisa que los contratos de franquicia comercial son contratos atípicos y que no poseen una regulación específica, por lo que sería la esfera de la autonomía privada la que rige estos contratos.

En las “XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, al tratar la interpretación de los contratos atípicos en las comisiones, se resolvió que la autonomía privada rige, en tanto no esté modificada por reglas imperativas, y que respecto a lo no previsto específicamente en el contrato, se debe recurrir a los principios generales de las obligaciones, de los contratos y de los hechos y actos jurídicos; y subsidiariamente al régimen de los contratos análogos[46].

Este criterio mencionado en el párrafo anterior, fue cambiado radicalmente en las “III Jornadas de Derecho Civil y Comercial”, donde se recomendó que, ante la falta de regulación por las partes, se consideran los contratos atípicos sujetos a las normas de los contratos típicos afines, con prevalencia sobre las reglas generales[47].

Entonces, tomando lo recomendado por estas dos Jornadas de Derecho Civil, puede resumirse que en principio regiría la autonomía de la voluntad. En subsidio de ella, debe recurrirse a las reglas generales de las obligaciones y de los contratos o las correspondientes a los contratos típicos afines. Pero a estas recomendaciones de las Jornadas, se hace necesario adicionar otra recomendación anterior que consiste en que, las reglas generales solo serían aplicables toda vez que las mismas sean “compatibles con la finalidad y la economía del contrato”[48].

Es decir que, no habrá que perder de vista las necesidades que el negocio y las partes tuvieron en miras al momento de celebrar el contrato; pues nadie se obliga o contrata sin tener en cuenta una finalidad o un objetivo.

La opinión corriente en materia de interpretación, en los contratos de colaboración empresarial más precisamente, la cláusula de rescisión unilateral, solo tendrá validez cuando ésta haya sido incluida expresamente en el contrato. Al ser ésta una cláusula accidental, y por ende, anormal y excepcional, la misma debe ser interpretada bajo una hermenéutica particular, esto es, en forma restrictiva. Siempre deberá tenerse en cuenta la redacción de los contratos en cuanto a la existencia de cláusulas generales y especiales o cláusulas preexistentes e incorporadas, y la prevalencia de las segundas sobre las primeras[49].

Las cláusulas de rescisión unilateral aparecen como una manera de recuperar la libertad cuando se quiera, es decir, de desligarse de las restricciones que se han asumido. La otra parte, en definitiva, al aceptar esta cláusula está renunciando a la posibilidad de reclamar la ejecución de un contrato de duración determinada o no, más allá de la decisión del co contratante de desligarse de la relación, sin perjuicio de las eventuales reparaciones que se deban o no[50].

#### **d) Abuso de derecho. Límites.**

En ciertos casos, no es suficiente tener en cuenta lo que las partes han plasmado en el papel del contrato, sino que se hace necesario profundizar el análisis y llegar a entender lo que las partes entendieron al contratar; captar entonces los móviles o motivos jurídicamente relevantes que, aunque no se encuentren claramente expuestos en el contrato, llevan a una comprensión de qué ha sido lo que realmente las partes verosímelmente esperaban al momento de contratar[51].

Sobre todo en los contratos con contenido predispuesto en los que, a primera vista, la voluntad de la parte que ingresa a la cadena de franquicias, se encuentra expresada en menor grado, por lo que deberá ponerse mayor atención a la economía y finalidad del contrato, y en base a ello determinar si la inserción de una cláusula rescisoria resulta abusiva o no[52].

Ahora bien, algunos autores consideran que debe hacerse una distinción al momento de determinar si existe abuso de derecho al finalizar un contrato[53]. Se expone que, a diferencia de lo que ocurre con el ejercicio del pacto comisorio, que se entiende que su ejercicio en sí mismo no puede ser considerado como abusivo, la rescisión unilateral no tiene una valoración uniforme o neutra. Esto ocurre toda vez que, en el caso de pacto comisorio, quien ejerce la facultad de resolver el contrato, esgrime un incumplimiento que justifica su proceder. Es decir que, el incumplimiento de la otra parte da lugar a un resarcimiento en mayor o menor grado, o eventualmente no habrá reparación alguna. En cambio, en el caso de la rescisión unilateral, no se podría pasar por alto la modalidad bajo la cual se ha celebrado el contrato y la libertad o voluntad negocial que ha intervenido en la celebración del mismo.

Otra opinión doctrinaria mas extrema, admite la plena legitimidad de la cláusula, inclusive en los contratos celebrados bajo la modalidad de “adhesión”, considerando que el abuso resulta ser como un límite interno al ejercicio de la facultad[54]. En consecuencia, tomando como base esta opinión, deberá tenerse en cuenta e investigar cuales son los criterios que servirán como rectores, al momento de determinar si existe un ejercicio abusivo o no de la cláusula rescisoria.

#### **e) Criterios para la calificación**

Lorenzetti elabora una clasificación de los diferentes criterios para determinar el ejercicio de un derecho como abusivo y que se analizarán a continuación:

**i.- Ejercicio doloso:** Partiendo de la regla general de que el ejercicio de los derechos es lícito, la primera limitación se encuentra en la intención de dañar. Es decir que, la parte que rescinde pierde de vista el beneficio y la satisfacción de los fines propios, para reemplazarlos por la intención de dañar a la contraparte, intención que constituye el dolo. Pero la falencia quizá de este criterio, es que deja de lado la objetividad y se adentra en el campo de la subjetividad, haciendo necesario probar acabadamente la intención de la parte co contratante de dañar a la otra[55].

**ii.- Ejercicio culposo:** Este criterio prescinde del dolo y admite la culpa. El titular del derecho no tiene la intención de dañar al co contratante, pero actúa en forma descuidada y omite las diligencias y cuidados que un buen hombre de negocios debería tener en cuenta. Este uso desaprensivo o culposo del derecho, haría que el mismo se convirtiera en ilícito[56].

**iii.- Ejercicio sin interés:** Se amplía el panorama en el momento que se deja de lado la apreciación del dolo y la culpa, y en su lugar se intenta probar la falta de interés. La desnaturalización del derecho que se ejerce, vendría dada por la ausencia de interés que se intenta satisfacer por medio del otorgamiento de ese derecho[57].

**iv.- Ejercicio antisocial:** expresa Josseland que, en contraposición a la concepción de los “derechos individuales”, aparece la teoría de la relatividad, en la cual los derechos derivan en su origen de la comunidad y de ella reciben su espíritu y finalidad. Según esto, los derechos estarían hechos para la sociedad y no a la inversa; por lo tanto, su finalidad estaría por fuera y por encima de ellos mismos. No serían absolutos sino relativos, pues deben ejercerse en el plano de la institución con arreglo a su espíritu y la finalidad que cumplen dentro de la sociedad, y el titular que abusara de ellos vería comprometida su responsabilidad para con la víctima[58].

**v.- Ejercicio regular:** este criterio surge de la sumatoria de los criterios anteriores. Surge como un concepto legal *standard* amplio, que logra reunir los distintos tipos de ejercicios mencionados en los puntos anteriores. Surge de la interpretación de principios como el de la buena fe, la moral y las buenas costumbres[59].

En el caso de la legislación argentina, el artículo 1071 del Código Civil[60], al disponer que: no puede considerarse como ilícito “el ejercicio regular de un derecho” permitiría hacer una interpretación a *contrario sensu*, que arrojaría como resultado la ilicitud del ejercicio irregular. Por otra parte, analizando el segundo párrafo del artículo, el legislador impone la regla que establece que, aquél ejercicio que pierda de vista los fines ya sean económicos o sociales tenidos en cuenta por la ley, lo torna ilícito. Por último, introduce los parámetros de la buena fe, la moral y las buenas costumbres, para terminar de darle forma a este criterio.

En resumidas cuentas, habiendo analizado los distintos criterios y realizando una puesta en común, podría concluirse que, el límite a la autonomía de la voluntad de las partes, estaría dado por la buena fe contractual; pues ella incide, sin duda, ayudando a recomponer el contenido contractual, cumpliendo una función modificatoria y jugando un papel relevante al momento de analizar si con el ejercicio de la cláusula de rescisión unilateral, se está desatendiendo la causa fin del contrato y su finalidad económica, en sus aspectos tanto objetivos como subjetivos.

## 2) ¿Contrato predisuesto, sujeto a condiciones generales o por adhesión?

En los vínculos de larga duración se presenta el problema de determinar si la cláusula de rescisión unilateral es válida cuando media un vínculo celebrado por adhesión a condiciones generales y, si lo es, determinar en que casos se configura un ejercicio abusivo de la misma. Se

diferenciarán las clases de contratos según su forma de celebración a fin de resolver en cual de ellas se incluiría al contrato de franquicia comercial, teniendo en cuenta sus caracteres especiales.

- Contratos Predispuestos: Como contraposición a los denominados contratos discrecionales[61] se encuentran los contratos predispuestos, que son aquellos en los que sus cláusulas han sido determinadas unilateralmente por una de las partes. Esta modalidad de contrato se da en los casos en que la oferta de contratación es emitida con un contenido rígido e inamovible. No existe posibilidad de una contraoferta o la posibilidad de modelar el contrato a conveniencia de la otra parte, es una modalidad de “tómalo o déjalo”. En estos supuestos la libertad contractual queda limitada a la autodecisión de contratar o no, facultad que, como se verá mas adelante, ni siquiera subsiste en los contratos de adhesión.

La generalidad de estos contratos, es que están redactados en formularios suministrados por la parte predisponente que, inclusive, no están redactados de manera tal que el predisponente haga una oferta, sino que es el destinatario quien por medio de ese formulario inicia un la formación del contrato haciendo una oferta[62].

- Contratos sujetos a condiciones generales: Por otro lado, se encuentran los contratos sujetos a condiciones generales; éstas últimas son aquellas cláusulas predispuestas por una de las partes, con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos particulares, ya sea que se incorporen en el cuerpo del contrato o por separado[63]. Las condiciones generales, pueden ser predispuestas para una serie de contratos, para una rama de actividad económica, para operaciones de conclusión rápida, etc. Es común encontrar esta clase, en los contratos de empresa (contratación en masa). Pero puede darse de igual manera en contratos individuales.

Algunos requisitos para la admisibilidad de estas cláusulas son su completividad y claridad, conocibilidad de su texto, aceptación expresa del contratante y la indisponibilidad de la legislación imperativa[64].

- Contratos celebrados por adhesión: Por último, están los contratos celebrados por adhesión, que resulta ser el contrato en el cual la parte predisponente ha estado precisada de declarar su aceptación. No debe confundirse con la pre-redacción o la sujeción a cláusulas predispuestas, pues la adhesión concierne al tema de la voluntad del aceptante y no al contenido mismo del contrato, por lo que es un tema de carácter subjetivo y no objetivo.

Se puede decir entonces que, en los contratos por adhesión una de las partes fija todas las cláusulas, mientras que la otra solo se limita a contratar o no contratar. Sin embargo, esta libertad contractual (aunque reducida a su mínimo exponente) desaparece completamente en aquellos casos en los que la contratación se produce en términos monopólicos respecto de bienes imprescindibles que se ofrecen en el mercado por medio de contratos de adhesión[65].

Algunas de las razones que pueden invocarse para celebrar los contratos de franquicia bajo esta modalidad, surgen de la necesidad de producir una integración vertical de empresas, para lo que indefectiblemente se hace indispensable un control por parte del franquiciante, actuando como una unidad centralizada de decisiones, y que se manifiesta a través de las cláusulas predispuestas. Otra razón valedera, radica en la protección de los bienes que el franquiciante otorga a los franquiciados como el *know how*, marcas, imagen, etc.[66]

Ahora bien, luego de repasar los caracteres y diferencias de las clases de contratos desde el punto de vista de la voluntad contractual de las partes, en relación al contrato de franquicia

comercial propiamente dicho, el mismo presenta algunas notas características que deben ser consideradas.

Algunos autores citados a lo largo del presente trabajo, dan tratamiento al contrato de *franchising* como “contrato de adhesión” o como “contrato de adhesión a cláusulas predispuestas”. Sin embargo, y luego de lo expuesto, encuentro que en los contratos de franquicia, si bien la mayoría de las cláusulas son de contenido predispuesto, existen numerosos ítems en los que varían las condiciones contractuales de un franquiciado a otro, haciendo en algunos casos, de cada uno de ellos una pieza contractual distinta a las demás.

Otros autores, en cambio, han expresado que si bien suelen ser contratos de condiciones contractuales predispuestas celebrados por adhesión, ello no significa que de por sí, el solo hecho de la predisposición de las cláusulas lleve a su invalidez[67]; pues el consentimiento contractual prestado por adhesión no invalidaría lo que las partes han previsto. El adherente tiene, sin dudas, la posibilidad de negarse a contratar bajo ciertas condiciones, y lo que es más, puede discutir y solicitar la adecuación de ciertas cláusulas al caso concreto.

Entonces, como expresa Manago, no estaríamos frente a un contrato de adhesión, sino frente a un contrato con “contenido predispuesto”; y la validez de estos contratos solo se hallaría comprometida cuando las condiciones predispuestas no integraran la propuesta ni formaran parte de un instrumento separado que el franquiciante declarara conocer; así como los casos en que las condiciones generales pudieren calificarse como “sorpresivas”, entonces no integrarían el contrato[68].

Un ejemplo recurrente suele darse en aquellos casos en los que el franquiciante se encuentra en la etapa de iniciación en la actividad y utiliza la celebración de contratos de franquicia con comerciantes ya experimentados en el ramo y que en algunos casos ya poseen clientelas y ubicaciones estratégicas. Es en estos supuestos en los que el franquiciante, si bien aporta en mayor parte, la marca, los diseños, las mercaderías, facilidades económicas para el aprovisionamiento; por otro lado el franquiciado resulta ser una fuente de datos e ideas que colaboran al crecimiento de la cadena evitando para el franquiciante tener que alcanzar algunos objetivos que ya se encuentran cubiertos. Es aquí donde el franquiciado logra tomar una posición que, si bien no es la mas fuerte en la relación, le permite discutir y amoldar algunas cláusulas del contrato a sus conveniencias.

### **3) La franquicia comercial como contrato de dominación**

Tal como se adelantara en el capítulo primero, algunos autores han catalogado el contrato de franquicia comercial como un contrato de dominación, en atención a la supremacía ejercida por el franquiciante sobre el franquiciado a la hora de celebrar y ejecutar el contrato. Ahora bien, cuando se habla de “dominación” se alude a una parte dominante y a una dominada, situación que en principio no sería asimilable con el esquema elaborado por Vélez Sarfield en el artículo 1137 del Código Civil, puesto que un “dominado” no podría contratar libremente.

Es así que, los nuevos contratos elaborados en el presente siglo, han permitido mejorar en la jurisprudencia la interpretación de la normativa que aún sigue vigente. Ello es reflejo de la elasticidad del sistema legal para adaptarse a las nuevas circunstancias. La creciente intervención del estado y la aparición de nuevos tipos contractuales propios de la producción y comercialización en masa o en serie, exigen la adaptación del sistema legal y la formulación de nuevas interpretaciones ajustadas a esta fenomenología actual[69].



Mientras la autonomía contractual se vea restringida solo por la voluntad de las partes, entonces el contrato seguiría siendo una expresión de la libertad de obligarse. Sin embargo no resultaría posible aceptar que el contrato admita un desequilibrio psicológico frustrante por una situación de subordinación, dependencia o dominación que una parte deba soportar de la otra, pues en tal caso, no sería ya una expresión de libertad individual, dando por tierra con el concepto básico legal del instituto[70]. Por ello, en el caso del autor citado, prefiere ubicar al contrato de franquicia comercial en la categoría de contratos de “colaboración o cooperación empresaria”, categoría determinada por la función económica del vehículo contrato, apropiado y adaptable a los métodos de distribución de la producción de la empresa moderna.

Puede caracterizarse estos contratos conforme las peculiaridades que presentan y que suelen ser: constituyen contratos de cambio o negocios parciales; de duración; se perfeccionan entre empresas; dominación económica de una de las partes; independencia jurídica entre los sujetos; hay integración atenta la actividad y proceso desarrollado; son de adhesión[71]. Asimismo, Martorell enumera cuales son las características de instrumentación de los contratos de dominación y menciona lo siguiente[72]:

- a) El pacto de exclusividad, ya sea territorial, temporal o de actividad; que genera una subordinación económica en favor del franquiciante.
- b) Subordinación técnica, que se traduce en la imposición de sistemas contables, auditorías, controles de stock, inventarios, contratación de determinados seguros con determinadas compañías, pautas de administración, políticas de venta y de precios, etc.
- c) Retribución determinada contractualmente sobre la base de porcentajes de los volúmenes de venta o producción.
- d) La resolución anticipada unilateral y arbitraria por parte de la supuesta parte dominante, según Martorell, en la mayoría de los casos no es incluida porque su manifiesta antijuridicidad invalidaría el instrumento.

Asimismo, otros autores tampoco comparten en absoluto la idea de encuadrar la franquicia como un contrato de “colaboración” sino que consideran que es mas honesto admitir la innegable posición dominante en que se encuentra el franquiciante. Es así que, Holand expresa en forma terminante que “el contrato de *franchising* involucra control”[73]. En estos casos el control se encontraría situado en la posición hegemónica de una de las partes, que se encuentra delicadamente encubierta detrás de un contrato de cooperación o de complementación. Este estado de dominación debe ser encuadrado dentro de la esfera del control “externo” o “contractual” efectivizado mediante la llamada influencia dominante.

A entender de Holand, el *franchising* se consideraría como contrato de dominación, toda vez que, “a partir de la suscripción del contrato entre entes perfectamente independientes entre sí, una parte impone a la otra una dominación técnica, la implementación de un sistema de comercialización de un producto, la obligatoriedad de asumir diversos sistemas contables especiales, auditorías, revisiones paulatinas, carga de apoyarse en determinadas instituciones bancarias, financieras, de seguros, la utilización de un determinado tipo de locales, ropaje para el personal, criterios de selección y adoctrinamiento del mismo, política de ventas, publicidad, precios, etc.”[74].

Otro autor que se enrola en esta posición es Böhmer, quien considera que el hecho de que el franquiciado desempeñe sus funciones con autonomía no implica que no deba existir dependencia jurídica. Del mero hecho de la independencia no surge ninguna solución normativa,

ya que puede haber autonomía en los hechos y dependencia en las normas y esto no implicaría contradicción alguna[75].

Por su parte, E. E. Martorell, en un sólido apoyo a Böhmer, y en abierta oposición a las postulaciones de Marzorati[76] en cuanto al tema de dominación, considera que las afirmaciones de que las partes son independientes, poseen autonomía y libertad para contratar, no son más que medios para mantener indemnes a los franquiciantes, ocultando la verdadera razón u objetivo, que según el autor no es otro que proteger y fomentar el desarrollo de un mecanismo formidable de distribución comercial[77].

Todas las razones y opiniones expuestas acerca de esta supuesta dominación parecen ser contundentes, sin embargo a la hora de pregonar la defensa de aquellos pequeños comerciantes que, sin tener una actividad ni rubro definido, no manejan un arte o especialidad, se sirven de la experiencia, conocimiento y *know how* de quienes sí los tienen; deben ser sopesadas con todos los beneficios y facilidades a las que acceden sin necesidad de ser grandes emprendedores o gente de negocios; beneficios y facilidades que le son aseguradas, en cierto modo, por el franquiciante, a cambio de algunas concesiones que deben hacer en aras a proteger el proyecto, la idea y el desarrollo que permite la expansión de la cadena, los derechos de su creador y de los demás integrantes de la red.

### ***I.- Relaciones postcontractuales***

Se aborda este punto partiendo de la premisa que el contrato de *franchising* ha concluido, ya sea por vencimiento del plazo, por mutuo acuerdo o por cualquiera de las causales analizadas en el capítulo anterior. En esta etapa, surgen para las partes y en algunos casos para terceros, una serie de derechos y obligaciones cuyo análisis servirá como introducción para el tema específico que se tratará en el capítulo cuarto, puesto que esos derechos adquiridos y obligaciones asumidas, harán variar los alcances de las eventuales reparaciones que correspondan.

#### **1) En general**

Cabe mencionar que una parte de la doctrina considera que, una vez terminado o concluido un contrato, las obligaciones postcontractuales que nacen de la rescisión o resolución, pierden el carácter de contractuales debido a que dicho contrato ya no existe[78].

Siguiendo esta línea de pensamiento, el conflicto en particular se produce al momento de analizar, por ejemplo, el caso de la obligación establecida a perpetuidad para el franquiciado, como es el supuesto de no divulgar los secretos propios del *franchising*. En este caso, el incumplimiento de esta obligación debería ser considerado como la comisión de un ilícito, para que de esta manera entrara en el campo de la responsabilidad extracontractual[79].

En contraposición a la doctrina citada en el párrafo anterior, surge otra línea doctrinaria que considera que la determinación del régimen de responsabilidad aplicable se define por la fuente de la que nacen las obligaciones incumplidas, independientemente a estos efectos si ese contrato-fuente ha concluido o no, permitiendo reclamar el cumplimiento de conductas obligadas y no solo pretender resarcimientos tardíos por incumplimientos dañosos[80].

Adoptando como principio rector la segunda tesis propuesta, se consideraría que las obligaciones postcontractuales han sido convenidas por las partes con vistas a perdurar más allá de la vigencia del contrato que les dio origen; por ello, no puede haber dudas acerca de cual es el

régimen de responsabilidad que les compete. La naturaleza jurídica de las obligaciones, su fuente, es contractual, por lo tanto el régimen de responsabilidad aplicable, sería contractual.

## 2) En particular

Algunas de las obligaciones que perduran luego de la finalización del contrato de franquicia pueden ser:

a) En relación a las mercaderías, uniformes, provisiones, mobiliarios y todos los demás elementos que adquiere el franquiciado en ocasión de contratar la franquicia. En algunos casos, tras la finalización del contrato, se da la opción al franquiciado de que venda la mercadería remanente hasta liquidar su stock; o bien puede ser readquirida por el franquiciante para su nueva reubicación en la red[81].

La primera opción se presenta como la más improbable, debido a que a esa altura de las circunstancias, la relación contractual ha finalizado y por lo general el franquiciante pretende que el franquiciado cese inmediatamente las actividades. Por otra parte, los restantes elementos, que no son mercaderías, que conforman la franquicia y que se encuentran en poder del franquiciado, forman parte de un todo, que se denomina “Unidad de Franquicia”, y que generalmente poseen características peculiares, distintivas y a la vez comunes a todas las demás Unidades de la cadena de franquicia[82].

Por lo tanto, la opción que se muestra como más viable, es la referida a la readquisición de las mercaderías y demás elementos, pues el franquiciado no estará interesado en que los muebles, uniformes, etc. sean utilizadas en otras explotaciones fuera de la cadena.

A fin de disminuir los riesgos, resulta útil implementar la figura del comodato en lo que respecta a los elementos y accesorios de la franquicia, que permita al franquiciante recuperar en forma inmediata todos los elementos distintivos de la misma, que durante el desarrollo de la franquicia continúan siendo de propiedad de éste.

b) En relación a las máquinas e inmuebles locados al franquiciado. El problema que se presenta es similar al anterior pero referido a los locales en los que se ubica la Unidad de Franquicia, ya que en la mayoría de los casos, esos locales son alquilados.

En los supuestos en que el contrato de locación es celebrado por el franquiciado, al momento de finalizar el contrato, el franquiciante se encuentra con que debe retirar todos los elementos y accesorios, con el riesgo que en el mismo lugar se instale posteriormente un negocio de similares características. Entonces, es conveniente que en el contrato de franquicia se incorpore una cláusula por la cual el contrato de locación del inmueble deba ser celebrado por el franquiciante o en su defecto, por ambos.

Aparece como una alternativa viable, el considerar la implementación de una cláusula de resolución simultánea de ambos contratos para evitar los problemas descriptos.

En los casos de las grandes cadenas o sistemas de franquicias comerciales, el negocio podría no constituir solamente un negocio de franquicias, sino que también puede convertirse en un negocio inmobiliario. Puede no ser común que las cadenas desarrollen este negocio inmobiliario conexo, puesto que resulta difícil encontrar casos en los que el franquiciante sea propietario de los inmuebles donde funcionan las unidades de franquicia. Esta circunstancia haría que la inversión se incrementaría de manera desmesurada, haciendo más difícil la obtención de rentabilidad inmediata del negocio.

c) En relación a marcas, nombres, licencias, etc. Una vez concluido el contrato de franquicia comercial, el franquiciado deberá cesar inmediatamente en el uso de las marcas, nombres, insignias y todo otro elemento afectado a la explotación de la franquicia, haciendo efectiva devolución de todo ello al franquiciante[83].

Párrafo aparte merece lo referido a los procedimientos o *know how*; atento que la obligación de guardar el secreto perdura perpetuamente. Es decir que, si el franquiciado los divulgara, sería responsable por los daños y perjuicios que esto pudiera ocasionar[84].

d) En cuanto a la competencia o concurrencia. Surge esta obligación de los pactos recíprocos de exclusividad que las partes convienen. Por un lado, el franquiciado se obliga a no otorgar otra franquicia a un tercero y a no desarrollar una actividad de similares características en la misma zona en que actúa el franquiciado, ya sea esta bajo cualquier forma que la hiciera: explotación directa o indirecta, afiliación, etc. Por otro lado, el franquiciado se compromete a no explotar actividades con otros productos o proveedores en la misma actividad económica[85].

Estas cláusulas de no competencia o no concurrencia postcontractuales son muy comunes en los contratos, y las mismas no solo responden a las causas que se exponen en el párrafo anterior, sino que por su intermedio también se intenta evitar que el franquiciado aproveche en forma gratuita los beneficios residuales de la clientela, zona, secretos, marcas, etc., que a su vez producen un perjuicio al franquiciante[86].

## **II.- Rescisión unilateral**

En los contratos de franquicia comercial, como ya fue explicado en el capítulo primero, punto II; las partes, al contratar, tienen especialmente en cuenta la vinculación estable de la relación. Es decir que, las partes ponen especial atención en la continuidad del desarrollo del contrato con un sentido de permanencia. Ello en vistas a contar con un lapso de tiempo razonable para el desarrollo de la actividad y el recupero de las inversiones puestas en el negocio.

Como resultado de lo dispuesto por el artículo 1197 del Código Civil, las partes tienen la facultad de estipular cláusulas referentes a la facultad de que una de ellas por su sola voluntad pueda rescindir el contrato, y estos es común en la práctica mercantil.

### **1) Mecanismos de terminación.**

Se hace necesario, previo a tratar el tema de la rescisión unilateral, el análisis de los conceptos de resolución y rescisión, su diferenciación en cuanto a su operatividad y los efectos que tienen cada una.

#### **a) Resolución y rescisión de contrato. Distinción.**

En determinadas oportunidades una de las partes, aun con la oposición de la otra, puede producir la extinción del contrato. En otros casos, existe la posibilidad de que tal extinción se produzca por una causa ajena a la voluntad de las partes contratantes.

Los vocablos “rescisión”, “resolución” y “revocación”, aparecen en el uso frecuente sin una exacta precisión terminológica a pesar de tener significados distintos. Todos son coincidentes en la posibilidad que otorgan de extinguir un contrato nacido validamente antes de su cumplimiento, impidiendo de esa manera que produzca los efectos naturales[87].

La particularidad de la rescisión frente a la resolución y la revocación, radica en que la rescisión actúa como causa de extinción de los contratos, deshaciendo el vínculo contractual existente y válido, por decisión de ambas partes, o de una de ellas en los casos en que la ley lo permita, en razón de la voluntad expresada por las partes en tal sentido, nacida con posterioridad al contrato[88].

Por su parte, la resolución requiere siempre de un acontecimiento sobreviniente, previsto por las partes o por la ley, como condición para que puedan operarse sus efectos. La rescisión, en cambio, no depende de ningún acontecimiento sobreviniente, sino de la sola declaración de voluntad de ambas partes o de una sola de ellas cuando la ley lo permita[89]. La resolución entonces actúa de modo que, la vida del contrato se encuentra sujeta desde el comienzo al acaecimiento previsto como una causa de extinción.

En virtud de los artículos 216 del Código de Comercio y 1204 del Código Civil, la cláusula resolutoria tácita ha sido incluida por ministerio de la ley de los contratos con prestaciones recíprocas. Su operatividad depende del otorgamiento de un plazo de gracia, a fin de que la otra parte cumpla con la obligación[90].

La rescindibilidad del contrato, en cambio, no se encuentra autorizada por el sistema jurídico, sino que el artículo 1200 del Código Civil prevé ese modo de extinción por “mutuo consentimiento”, o distracto.

Se advierte que, mientras la extinción del contrato por incumplimiento de una de las partes integra un “clima legal” del contrato, como cláusula natural proveniente de la norma supletoria; su extinción por la sola voluntad de una de las partes es ajena a ese clima. La cláusula resolutoria tácita se da normalmente, la cláusula de rescisión unilateral no[91].

Lavalle Cobo resume que, la rescisión es la facultad que tienen las partes de poner fin unilateralmente y por su sola voluntad al vínculo contractual, sin necesidad de expresar causa. Cuando en el contrato se hubiere previsto un plazo de duración de la relación, entonces la rescisión trae aparejado un deber de reparar los daños que la disolución del contrato provoque al otro contratante[92].

## **b) Efectos**

Puede observarse que, si bien las relaciones contractuales concluyen al cumplirse el plazo del contrato, puede ocurrir que el mismo finalice antes de su vencimiento. Resulta necesario tener en cuenta los distintos efectos que pueden ocurrirse en cada hipótesis[93].

La rescisión produce la extinción de las obligaciones y de los derechos que el contrato rescindido había hecho nacer, pero no retroactivamente sino solo para el futuro, es decir *ex nunc* (expresión latina que significa desde ahora, de hoy en más, de hoy en adelante, desde este día). Por lo tanto, en los supuestos de contratos de ejecución continuada o periódica, la rescisión no perjudica lo que ya se ha ejecutado.

En general, la condición resolutoria tiene efecto retroactivo, en el sentido que, una vez ocurrido el evento las partes retoman la situación jurídica y económica que poseían antes de la celebración del contrato que se deja sin efecto. Entonces, la principal consecuencia de la resolución contractual es que las partes quedan obligadas a restituirse todo cuanto hayan recibido con motivo de dicho contrato y todos sus accesorios. Es decir que, la resolución opera *ex tunc* (en latín significa desde entonces)[94].

## 2) Rescisión unilateral del contrato con plazo determinado e indeterminado

Como se dijera en el punto II de este capítulo, las partes celebran el negocio de franquicia con una vocación de estabilidad que generalmente se pacta, aunque no siempre. En este último caso es donde se plantea una problemática, pues cierta jurisprudencia considera que su legitimidad varía según exista un plazo determinado o no.

Así las cosas, en aquellos contratos con plazos indeterminados el vínculo perduraría hasta tanto se le ponga fin, pero ello sin llegar a pensar que las partes se han comprometido eternamente. Por ello, parecería ser que en estos casos la cláusula de rescisión unilateral resulta natural y lícita ante la falta de fijación de un plazo. En el caso de los contratos celebrados entre empresas, se plantea la mayor discusión doctrinaria y jurisprudencial, teniendo en cuenta que se considera que la mayoría de ellos son celebrados por adhesión a condiciones generales o predispuestas.

i.- Contrato con plazo determinado. En este supuesto el plazo actúa como condición resolutoria del mismo, por lo que la introducción de una cláusula de rescisión unilateral, con la consiguiente facultad para una de las partes de ejercerla con anterioridad al vencimiento, aparentemente desnaturalizaría el plazo[95].

En opinión del autor de referencia, esta regla sería legítima, siempre y cuando no exista un plazo establecido por la ley en favor de una de las partes, y la facultad de extinguir el contrato quede en cabeza de la otra parte, pues desnaturalizaría las obligaciones asumidas por las partes.

ii.- Contrato sin plazo determinado. Aquí, siguiendo el criterio de la Corte, si en los contratos de plazo indeterminado las partes contratantes no estipularon expresamente la cláusula rescisoria, debe considerársela tácitamente incluida, pues no puede pretenderse que las partes sigan unidas a perpetuidad[96].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo de “Automóviles Saavedra c/ Fiat Argentina S.A.” del 04/08/1988, como ya se hiciera mención en el capítulo segundo, haciendo referencia a la validez de la cláusula rescisoria en los contratos sin plazo determinado, resolvió que: “... Al no haber pactado las partes un plazo de duración para la contratación, la posibilidad de denuncia en cualquier tiempo por cualquiera de las partes no solo no es abusiva, ni contraria a las reglas morales, sino que se muestra como la consecuencia lógica de esta especie de negocio jurídico, máxime cuando dicha posibilidad fue expresamente prevista por los contratantes...”[97].

## V. Capítulo Cuarto - Efectos de la culminación anticipada [arriba]

Habiendo tratado en el capítulo anterior todo lo referido a la autonomía de la voluntad de las partes al momento de celebrar un contrato de franquicia, traducida ésta en la posibilidad o no de negociar ciertas condiciones, la sujeción a ciertas normas de carácter general o de contenido predispuesto y, por último, la posibilidad para cualquiera de las partes de rescindir el contrato en forma anticipada o intempestiva; entonces, para continuar con el desarrollo del presente trabajo se hace necesario analizar los diferentes efectos que produce esa extinción anticipada o intempestiva del contrato. Para ello, resulta oportuno que se clasifiquen estos efectos, según tengan lugar entre las partes contratantes o bien se produzcan respecto de terceros ajenos a la relación bilateral del contrato de franquicia.

### I.- Entre las partes

## 1) La presupuesta desigualdad de las partes

Luego de ver en el capítulo anterior la teoría de los contratos de dominación juntamente con la voluntad negocial de las partes, parece imperativo analizar las circunstancias y contexto en la vida comercial de las partes para entrar en el tratamiento del tema de la igualdad o desigualdad de los contratantes al momento de celebrar y ejecutar el contrato de franquicia comercial y como esta situación puede influir en la vida y fin del contrato.

En la mayoría de las sentencias en las que se ha admitido la rescisión anticipada por una de las partes, el argumento esgrimido para justificar tal fallo, ha sido que la rescisión es un derecho que poseen ambas partes, partiendo de la suposición que las dos partes se encuentran en igualdad de condiciones y sumado a ello la teoría de la autonomía de la voluntad[98].

Ahora bien, algunos autores como Farina, parecen estar muy molestos y contrariados por esta “falacia de tratar como iguales a quienes están en situaciones desiguales”; y expresan que en este tipo de contratos, el franquiciante siempre es la parte poderosa, que obliga al franquiciado a contratar bajo determinadas condiciones y sin posibilidad de cuestionar cláusula alguna. Es así que, podría considerarse la frase “cualquiera de las partes” como un juego perfecto de palabras, que no tiene otro objetivo que hacer sentir a las partes en igualdad de condiciones, pero que finalmente pretende eliminar del Código Civil el artículo 1200; pues las partes en el contrato de franquicia no pueden ser tratadas de igual manera[99].

En el fallo de la Cámara Comercial, “Marquínez y Perrotta c/ ESSO S.A.P.A.”[100], la Sala B calificó el contrato de concesión como un contrato de adhesión, con clara subordinación económica propias de la concentración vertical de empresas. El fallo asumió que la superioridad económica de una de las partes, se traducía en un claro poder de dirección y de control, que indefectiblemente influía en los distintos poderes negociadores de las partes a la hora de la celebración del contrato.

Sin embargo, no debe perderse de vista que, no siempre el franquiciante es la parte fuerte o dominante, tal como da por cierto Farina en la obra citada, sino que en otros casos, quizás menos comunes, las condiciones en que contratan las partes pueden cambiar. Para tal caso, me permitiré -a fin de dar un ejemplo un tanto más claro- sustituir por un momento el contrato de franquicia por un contrato de distribución comercial. Es así que, es dable imaginar una bodega que se inicia en el negocio de la exportación de vinos de alta calidad al extranjero. Para poder tener éxito en su empresa, deberá contratar con un distribuidor en el país de destino, que será el encargado de la colocación de los productos en los diferentes puntos estratégicos.

Cabe preguntarse de qué manera jugarían los roles de supuestos dominante y dominado, para el caso de que este distribuidor extranjero fuera una gran compañía distribuidora de numerosas bodegas del mundo u otros productos semejantes; y que posee un sistema de distribución y colocación de productos de éxito comprobado, con una presencia fuerte en el mercado y que, a su vez, es quien da los lineamientos, condiciones y el marco normativo dentro del cual se desarrollará la relación contractual.

En este caso pueden verse un tanto diluidas todas las premisas que se habían elaborado pensando solo en el típico caso de las hamburguesas en Argentina o las concesionarias de automotrices multinacionales, donde quien contrata con el franquiciante o concedente, recibe todo el paquete sin posibilidad de cuestionar o modificar cláusula alguna.

Haciendo referencia a la facultad rescisoria de ambas partes, y a pesar de las opiniones doctrinarias en contrario, en reciente fallo de la Sala B de la Cámara Nacional en lo Comercial, “Contreras, Pablo c/ Pepsico Snack Argentina S.A.”, el voto de la Dra. Ana Piaggi expresó que, aún no estando estipulada en el contrato la facultad de rescindir unilateralmente el contrato, ello no sería óbice para que se ejerza esa facultad, puesto que pensar lo contrario significaría consagrar un principio de perpetuidad[101].

## 2) Efectos de la culminación de la relación contractual

### a) Preaviso

Si bien en principio el preaviso no podría considerarse como un efecto proveniente de la rescisión intempestiva del contrato, pues como lo dice su nombre es un “pre” “aviso” que anticipa o vaticina la rescisión contractual por una de las partes; será tratado en este punto, atento que la mayoría de la doctrina ya citada, por una cuestión estructural, ha optado por tratarlo juntamente con los efectos derivados de la culminación de los contratos celebrados sin plazo determinado[102] o bien, como una parte necesaria dentro del proceso de rescisión unilateral. Ello quizás, porque la falta de otorgamiento o el otorgamiento insuficiente del mismo, da origen a algunos de los efectos y rubros que se verán más adelante.

En el caso de los contratos de franquicia celebrados por un tiempo determinado, para que se produjera la culminación normal no sería necesario dar razón alguna que lo justifique, sino que bastará con el solo cumplimiento del plazo previsto; o en caso de que exista una cláusula de renovación automática, un aviso temporáneo notificando la voluntad de no renovar el mismo[103].

Diferente es lo que ocurre en los contratos celebrados sin un tiempo determinado, donde el preaviso ha sido ideado con la finalidad de minimizar el posible daño que pudiera sufrir, en este caso el franquiciado, como consecuencia de la culminación del contrato[104]. El preaviso puede estar o no estipulado en el contrato de franquicia. Si está estipulado, entonces no hay dudas acerca de su exigibilidad por la otra parte. Pero si no se encontrara prevista expresamente en el contrato ¿resulta exigible?

Según la opinión de Farina, el preaviso condenaría el contrato de franquicia, cuyo plazo quedaría fijado en una fecha cierta, quedando imposibilitado el franquiciado para proponer una fecha distinta de la determinada por el franquiciante[105].

La opinión preponderante es que el desistimiento contractual no debe ser intempestivo ni de mala fe, pues solo esta circunstancia, y no la falta de causa, es la generadora de hechos dañosos que obligarán a la parte que rescinde a indemnizar[106]. Por ello nuestra jurisprudencia ha considerado necesario que exista un preaviso, especialmente cuando la ruptura unilateral viene por parte del franquiciante, pues ha de tenerse en cuenta que franquiciado se organizó con el único objeto de realizar esa actividad y explotar ciertos productos[107]. Esto no solo en los contratos a plazo indeterminado, sino también en los contrato por plazo definido. En un fallo reciente la Sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial, sostuvo que “la facultad de resolver el contrato de franquicia comercial sin expresión de causa es legítima y no corresponde anularla en la medida que no sea ejercida abusivamente”[108].

La misma sala C había sostenido anteriormente que, “mas allá que los contratos en cuestión no fueran a plazo indeterminado, pues contenían una fecha de expiración cierta (dos años), la facultad resolutoria acordada a los convenios particulares es legítima en la medida en que no sea



ejercida abusivamente, esto es con un preaviso razonable que permita a la parte afectada reorganizar los factores que dedicó al emprendimiento frustrado”[109].

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional, ha entendido que en el caso de contratos de duración indeterminada, su conclusión por mera voluntad del franquiciante exige dos requisitos, por un lado una estipulación contractual y por otro, un preaviso razonable o una indemnización adecuada[110].

Entonces, el principio general insaturado por la jurisprudencia sería que, en los contratos mercantiles de colaboración, quien resuelve sin justa causa debe otorgar un plazo de preaviso razonable y que la falta de otorgamiento del mismo generaría incumplimiento de la prestación de colaboración, motivando así la génesis del deber de reparar el daño que pudiera originar al otro contratante tal incumplimiento[111].

En opinión de Marzorati, el período de preaviso requerido usualmente es de tres a seis meses, y se justifica como el tiempo que necesita la otra parte para minimizar el daño que resulta de la terminación. La falta de preaviso, derivaría en la indemnización por daños y perjuicios. Lo normal sería que los contratos de franquicia prevean en forma minuciosa todos estos supuestos[112].

Sin embargo, sería válido también, con aplicación por analogía de las normas relativas a la distribución, contemplar o prever en los contratos de franquicia comercial, ciertas circunstancias que, sin ser razones importantes, pueden dañar el buen funcionamiento del sistema y que por lo tanto, permitirían la terminación con preavisos más cortos.

En el fallo citado en el punto anterior de este trabajo, la sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial, sostuvo la aceptación de la resolución del contrato de franquicia comercial efectuada por el dador de la franquicia, no importa renunciar al preaviso por parte del franquiciado, toda vez que es justamente el tiempo que requiere la parte perjudicada para reorganizar sus factores de producción a fin de emplearlos en otra actividad lucrativa, o bien resolver su enajenación.[113]

En cuanto a la Jurisprudencia, en el fallo de “Automotores Saavedra S.A. c/ Fiat Argentina S.A.” la Corte Suprema, dejó sentado que, “es exacto que la demandada no cumplió con el preaviso establecido en el reglamento, de ello no puede seguirse como conclusión que el ejercicio del derecho sea abusivo”[114]. Asimismo en el fallo “Cherr Hasso c/ The Seven Up”[115] se marcó la tendencia en cuanto a que en los contratos con prestaciones periódicas, tanto el plazo de duración del contrato como el plazo de preaviso, existe una fuerte vinculación en cuanto a sus proporciones[116]. Es decir que a mayor tiempo de contrato mayor debe ser el plazo de preaviso que se otorgue.

Debe tenerse en cuenta que, en una relación comercial ideal, luego del preaviso las partes deben continuar la relación hasta el momento de la culminación definitiva, pues quien lo otorga debe intentar minimizar los posibles daños y quien lo recibe deberá aprovechar ese lapso para reencauzar sus negocios. Debe predominar la buena fe. Esa buena fe debe traducirse en la posibilidad que le da el franquiciante al franquiciado, mediante el preaviso, de acomodarse en sus actividades[117].

De acuerdo a lo que se ha visto podría resumirse que, el preaviso y su extensión irá de la mano con el tiempo de duración del contrato y las posibilidades que tuvo el franquiciado de recuperar la inversión que oportunamente realizara en el tiempo transcurrido de contrato[118].

## **b) Elementos inherentes a la franquicia**

A partir de la comunicación de la voluntad de rescindir el contrato, tanto por parte del franquiciado como del franquiciante, el franquiciado deja de pertenecer a la red o sistema de franquicia, debiendo en primer término cesar automáticamente en la explotación de la unidad de franquicia, haciendo posteriormente entrega de todos aquellos elementos que le fueron entregados, insignias, documentación relativa a la licencia del *know how* y todo otro elemento material o soporte papel y magnético que contenga información necesaria para el desarrollo de la actividad. Ello así porque, al dejar la red el franquiciado, no puede seguir aprovechando los beneficios que le fueran oportunamente entregados[119].

Por otro lado, el franquiciado se encuentra ante la imposibilidad de dar a conocer el *know how* que se le proporcionó, es decir, la no divulgación de aquellas técnicas o conocimientos que fueran objeto del contrato. Esta prohibición, como se expresó en el capítulo tercero punto 2, puede ser convenida por las partes para que perdure durante el desarrollo de la franquicia y para que inclusive continúe durante cierto lapso de tiempo posterior a la culminación del contrato. Lo mismo ocurre con las actividades en competencia que pudiera realizar el franquiciado o ex-franquiciado. Pero esa limitación ha encontrado coto, esto es que la jurisprudencia la ha limitado tanto en el ámbito temporal como el ámbito territorial y en cuanto al objeto de esa actividad[120].

Por último, en aras a evitar cualquier tipo de confusiones respecto de los franquiciados que en la actualidad pertenecen a la red y los que dejaron de serlo, el franquiciante tiene la posibilidad de recurrir a publicidades o avisos, que tengan por objeto aclarar que unidades de franquicia pertenecen a la red y que unidad ha dejado de serlo[121].

## **c) Clientela**

El interrogante acerca de qué es lo que ocurre con la clientela y a quien pertenece una vez culminado el contrato de franquicia comercial, ha encontrado una respuesta prácticamente unívoca y podría decirse que las aguas de la doctrina se encuentran calmas en este aspecto[122].

Esto en virtud de que en la franquicia comercial, la clientela sigue a una marca y un prestigio reconocido, puesto que quien adquiere un producto o servicio determinado, no tiene presente al momento de la adquisición el prestigio o trayectoria del franquiciado, sino que se guía por la marca, el emblema o insignia; que justamente son aquellos elementos de propiedad del franquiciante y que le son concedidos al franquiciado dentro del sistema. Es decir que, el cliente encuentra los mismos productos y calidad que en cualquiera de las unidades de la red de franquicia[123].

De esta manera, considerar que la clientela pertenece al franquiciado no parece ser la solución más justa, pues esta es una de las claves de este tipo de contratos; ayudando al franquiciado inexperto en el tema, a que cuente con todos los elementos necesarios para un negocio exitoso desde el momento en que abre sus puertas[124].

Por su parte, la jurisprudencia francesa ha negado a los franquiciados el rubro indemnizatorio de clientela, aún en los casos de ser responsable por la culminación del contrato el franquiciante. Champaud y Guyénot fundamentan esa negativa en que el franquiciado es un comerciante independiente que no aporta su clientela sino que esta queda con él. El primer autor citado manifiesta que la clientela del franquiciado pertenece a la marca y si en caso contrario la clientela fuera del franquiciado, entonces nada ha perdido y su reclamo carece de sustento[125]. El segundo autor citado afirma directamente que la clientela no le pertenece al

franquiciado ni al franquiciante, negando la posibilidad de una indemnización en tal concepto[126].

Ahora bien, puede ocurrir que el sistema de franquicia se encuentre dando sus primeros pasos y que los franquiciados a lo que se recurre, sean comerciantes con años en el negocio y con una clientela preexistente que cambiará de marca por seguir al franquiciado. Puede ocurrir también que el franquiciado realice grandes esfuerzos para incrementar ostensiblemente la clientela y lo logre, dando un resultado positivo a todas luces en favor de la red, pues redundaría en un beneficio para la marca.

En estos casos, algunos autores, opinan que el franquiciante debe reconocer ese esfuerzo o aptitud para captar clientes y debe otorgarle un *plus* para la indemnización[127]. Sin embargo, bien expresa Kleidermacher, resulta un tanto complicado probar que el caudal de clientes se debe a la ingerencia del franquiciado y en caso de que pudiera probarse se presenta el desafío de resolver cómo podría calcularse la cuantía económica de esa indemnización[128].

#### **d) Destino del stock**

Otro de los ítems a tener en cuenta al momento de la culminación del contrato es qué ocurre con el stock de mercaderías o productos de la marca del franquiciante y su red, a la cual ya no pertenece; siempre partiendo del supuesto de que no exista una cláusula que prevea esta situación[129] y que se trata de una rescisión unilateral por parte del franquiciante[130]. El problema se presenta por el hecho que la rescisión del contrato implica, en la mayoría de los casos, el cese inmediato del uso de la marca, insignia y en numerosos casos la prohibición de continuar con una actividad en competencia con la franquicia por un período de tiempo determinado. Es así que el franquiciado se encuentra con una cantidad de productos que no puede comercializar[131].

En estas circunstancias, Kleidermacher entiende que los posibles caminos serían: por una parte, que el franquiciante otorgue al franquiciado un lapso de tiempo posterior a la vigencia del contrato para que éste venda los productos que le quedaron; o bien que el franquiciante recupere la mercadería o en su defecto abone una indemnización de stock equivalente al valor de los productos que no puede vender[132].

Sin embargo, el autor citado hace mención a que el precio de readquisición por el franquiciado de ese stock de mercadería o productos no vendidos, se haría a “precios corrientes de mercado”[133]. Pero si la idea es que el precio corriente de mercado sea el precio de venta, la solución, aparece, a simple vista, como poco probable y a la vez inconveniente; considerando que, si lo que se intenta es evitar que el franquiciado sufra un daño, ello se lograría simplemente con que el franquiciado recupere el dinero que gastó para adquirir esa mercadería, pero de ninguna manera podría obtener una ganancia a costa del franquiciante. Sobre todo cuando el franquiciante tendría la posibilidad de adquirir o elaborar los productos a un precio de costo, sin tener que pagar un sobreprecio por ellos.

En cambio, resulta acertada la opinión del autor citado acerca de la inviabilidad de otorgar un plazo post contractual para vender los productos, lo que significaría mantener viva una relación que, internamente, ha muerto desde el momento de la notificación de la rescisión; que también implicaría arriesgarse a dejar en manos de un sujeto que ha perdido todo interés en el correcto funcionamiento de la red y que podría causar daños o perjuicios, no solo al franquiciante sino también a los demás franquiciados de la red.

#### **e) Indemnización. Cuantificación**

Llegado este punto y partiendo del supuesto de una rescisión contractual por parte del franquiciante, sin invocación de causa alguna y sin haber otorgado un preaviso adecuado conforme lo expresado al comienzo de este capítulo; entonces corresponde analizar las consecuencias que acarrea esta decisión y de que manera se cuantificará esa indemnización eventualmente debida al franquiciado.

**i.- Daño Emergente:** este rubro puede definirse como “el perjuicio económico, aquellas pérdidas sufridas efectivamente por el franquiciado por la extinción intempestiva del contrato de franquicia o por los desembolsos dinerarios que debieron hacerse en virtud del perjuicio ocasionado. Este ítem resarcitorio estará configurado principalmente por las inversiones efectuadas por el franquiciado que no han sido recuperadas durante la vida del *franchising*”[134].

Este rubro indemnizatorio procedería en aquellos casos en los cuales la rescisión unilateral por parte del franquiciante se produce apenas iniciada la relación y habiendo el franquiciado hecho las inversiones necesarias, o en algunos casos, exigidas por el franquiciante para iniciar el negocio, por lo cual el corto lapso no permite recuperar esas inversiones y gastos[135].

Molina Sandoval[136] es uno de los pocos autores que trata este tema y lo limita a tres aspectos:

**La compra de inmuebles:** para los casos en que el franquiciado, a exigencia del franquiciante, haya adquirido un inmueble para instalar la unidad de franquicia. Sin embargo la cuantificación del daño no se fijará sobre el valor de adquisición del bien, puesto que este sigue en el patrimonio del franquiciado, por lo que no se verifica una pérdida. Sin embargo, sí podría reclamar en caso de perjuicio ocasionado entre el valor de compra y el de venta de ese inmueble.

**Alquileres de bienes:** podrían reclamarse los costos de rescisión de los contratos de alquiler celebrados con terceras personas, para lo que deberá tenerse en cuenta el estado del contrato al momento de la rescisión.

**Compra de bienes muebles:** el franquiciado debería ser indemnizado por la compra de todos aquellos elementos relacionados con la franquicia y que no puedan ser vendidos, por ser los mismos específicos para una actividad en particular. El autor citado considera en este punto que la indemnización debería ser por el valor total de estos bienes, pues es más fácil para el franquiciante poner nuevamente esos bienes en el mercado o bien destinarlos a nuevas unidades de franquicia, evitando que el franquiciado pierda tiempo y dinero.

**ii.- Lucro Cesante:** definido por Kleidermacher como “las ganancias estimadas por explotación normal y habitual de la franquicia, por el plazo contractual no cumplido, menos las regalías que eventualmente correspondieren por el mismo periodo”[137]. Es decir que, constituye el valor de la utilidad que ha dejado de percibir el franquiciado por la ruptura intempestiva del contrato, que es sin duda uno de los rubros más complicados al momento de cuantificar la eventual indemnización. Esto puede deberse a que es un rubro un tanto “intangibles”[138], pues ya no se trata de un perjuicio concreto al franquiciado, sino que se trata de “la no incorporación al activo del franquiciado de las sumas de dinero que habría cobrado si no se le hubiera rescindido el contrato por parte del franquiciante”[139].

Este rubro se encuentra íntimamente ligado al plazo de preaviso que corresponde otorgar, pues como se verá, teniendo en cuenta el plazo de preaviso y los últimos ingresos obtenidos por el franquiciado se dilucidará la cuantificación que deba abonarse al damnificado. Para ello habrá

que analizar entonces dos aspectos: por un lado el plazo de preaviso que se otorgó y el que debió otorgarse; y por otro lado el elemento económico, sobre el cual se fundará la indemnización sustitutiva del preaviso[140].

El primero de los elementos ha sido tratado ampliamente al comienzo de este capítulo donde se ha señalado las diferentes posturas jurisprudenciales y doctrinarias respecto al plazo de preaviso que debe otorgarse al franquiciado. Queda entonces definir el segundo elemento, que es el que presenta mayores problemas, pues es susceptible de variar de un caso a otro, y en cada uno, los jueces deben atender a diferentes situaciones para calcular el monto teniendo en cuenta el plazo de preaviso[141].

En Argentina, tratándose de un contrato atípico, no existen normas positivas que regulen la forma en que debe calcularse el lucro cesante. Es por ello que todo lo atinente a la indemnización en estos casos, surge de la elaboración jurisprudencial[142].

También puede ocurrir que el franquiciante haya otorgado un preaviso que resulte insuficiente, teniendo en cuenta las pautas dadas *supra* para su determinación. En tales casos, la jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas oportunidades ampliando ese plazo, calculando de esa manera el lucro cesante sobre los meses que faltarían para completar el plazo total estimado por el juez para dar el preaviso[143].

Cabe aclarar que en estos casos, si durante el preaviso otorgado por el franquiciante la actividad comercial continuó normalmente -es decir que el franquiciado siguió percibiendo utilidades- y posteriormente un tribunal considera que ese plazo fue insuficiente, el lucro cesante debería prosperar solo por los meses adicionales otorgados por el tribunal. Ello sería así toda vez que, el lucro cesante actuaría como una indemnización sustitutiva de preaviso, por ende no se verificaría daño en los meses en los cuales se preavisó y la actividad de desarrollo normalmente.

Resumiendo un poco lo expuesto, el lucro cesante se calcularía en base a las utilidades o ganancias que hubiera obtenido el franquiciado durante el plazo de preaviso otorgado por el franquiciante, tomando para ello las utilidades promedio de un plazo semejante inmediatamente anterior. Para ello, deberá tenerse en cuenta como base de cálculo, que el preaviso deberá ser un lapso de tiempo suficiente para que el franquiciado reorganice su actividad o negocio.

**iii.- Costos Laborales:** son los costos derivados de las indemnizaciones laborales que el franquiciado debe abonar a los empleados de los cuales prescinde a causa de la rescisión intempestiva del contrato por parte del franquiciante[144].

Si bien la doctrina ha tratado este rubro como parte integrante del daño emergente que sufriría el franquiciado -siempre que se haya probado fehacientemente que los despidos se produjeron-, el mismo merece ser tratado en ítem separado y analizando las posibles situaciones que deberán tenerse en cuenta al momento de resolver acerca de su procedencia[145]:

**Despidos realizados efectivamente:** es decir que, primeramente habrá que verificar que los despidos se hayan producido y no que los empleados hayan sido reubicados en otros establecimientos o bien hayan renunciado por propia voluntad, pues en este caso no existiría despido alguno y por ende no se debería abonar indemnización.

En este caso, la Cámara Nacional Comercial, Sala B, en el fallo “Marquínez y Perrota c/ Esso SAPA” determinó que habiendo sido el contrato rescindido por decisión del concedente, entonces debían indemnizarse los gastos correspondientes a los despidos realizados por el

concesionario. Sin embargo, ocurrió en el caso en examen que el concesionario continuó operando una vez rescindido el contrato, por lo que los despidos no fueron reales al momento de la rescisión, y por tanto se compensarían los rubros con las ganancias obtenidas durante ese lapso que continuó operando[146].

Contrato de plazo determinado o indeterminado: este será el segundo dato a tener en cuenta, puesto que si el contrato ha previsto una fecha expresa de finalización, entonces el destino de ese contrato está sellado. Pero si el franquiciante rescinde intempestivamente el contrato antes de la fecha fijada, entonces -de manera similar a lo que ocurre en los contratos de la ley 20.744- solo respondería por los rubros procedentes con la ruptura culpable, es decir la indemnización por falta de preaviso, la integración del mes de despido, etc. Ello es así porque estos rubros, de alguna manera, se diferencian de aquellos rubros que hubieran procedido indefectiblemente al momento de finalizar el contrato a plazo.

En cuanto a los contratos de plazo indefinido, Molina Sandoval expresa que deberá estarse a la conducta de las partes, y que en caso de que el franquiciante con su actitud y conducta diera a entender al franquiciado que la relación goza de cierta estabilidad, llevando al franquiciado a la contratación de nuevo personal, e inmediata e inesperadamente, éste rescindiera el contrato, entonces sí debería responder por las indemnizaciones abonadas a los trabajadores[147].

Ahora bien, lo expuesto acerca de los contratos de plazo cierto parece tener cierta lógica a diferencia de lo que ocurre con los de plazo indeterminado, pues el franquiciado debió prever o al menos suponer que -teniendo un plazo determinado de contrato- las relaciones laborales que entablara con motivo de la franquicia, en esa fecha determinada finalizarían. En consecuencia, estas indemnizaciones, entrarían dentro de los cálculos y previsiones que un “buen hombre de negocios” debió hacer al emprender cualquier empresa (las comillas me pertenecen).

En los contratos de plazo indeterminado, pretender hacer responsable al franquiciante por las indemnizaciones debidas por el franquiciado, es pretender hacerlos socios cuando definitivamente no lo son. Con el fundamento de la culpa del franquiciante y el daño que causa con la rescisión, entonces también debería ser responsable aquel deudor del comerciante que no paga sus obligaciones o deudas y conmina al comerciante a cerrar el negocio por falta de fondos para financiarse.

- Amortización de las inversiones: éstas deberán tenerse en cuenta de modo tal que, al momento de la rescisión, el contrato se haya desarrollado un tiempo prudencial para que las inversiones hechas por el franquiciado se hayan recuperado. De manera tal que, si las inversiones han sido recuperadas, no se generaría ninguna indemnización; y por el contrario, si la ruptura fuera prematura, entonces sí debería el franquiciante resarcir los daños ocasionados por las indemnizaciones laborales[148].

Es decir que, si el franquiciado contrató un grupo de gente, habiendo calculado una ganancia mínima durante un período de tiempo y el franquiciante rescinde intempestivamente el contrato antes de esa fecha aproximada calculada, debería hacer frente a las pérdidas del franquiciado por este rubro[149].

La jurisprudencia argentina no ha sido uniforme en este aspecto y se ha expedido de diferentes maneras en algunos casos acerca de la procedencia de estos rubros. Tal es así que, en un fallo de la sala D de la Cámara Nacional Comercial, la sala entendió que no podría considerarse que la rescisión intempestiva por parte del distribuido -la falta de preaviso- hubiera sido la causa de los despidos que tuvo que realizar el distribuidor; puesto que, aún mediando preaviso, el

distribuidor igualmente tendría que haber despedido al personal[150]. Entonces, aún cuando se considerara que existió una actuación ilícita, esta no era la causa directa de los despidos.

**iv.- Daño Moral:** entendido como aquél que se inflige a los sentimientos, a la integridad física o espiritual, o a las afecciones legítimas, en suma, el daño que se causa a bienes ideales y que, en materia contractual, lo que resulta por lo general afectado no es otra cosa que el interés económico, siendo el agravio moral una excepción[151].

Corresponde aclarar que la jurisprudencia argentina ha seguido una corriente de aplicación restrictiva en una gran mayoría de los fallos, mostrando una cierta reticencia a conceder reparación por daño moral cuando la parte que reclama es una persona jurídica de carácter ideal, o mas claramente una sociedad.

Surge cierta controversia a partir de que la reparación por daño moral se encuentra contemplada en el artículo 522 del Código Civil[152], por el cual procede de acuerdo a los principios generales de la materia de manera restrictiva y limitativa; esto es siempre y cuando se produzca un dolor o daño a las afecciones legítimas; exista malicia en la intempestividad de la rescisión; y por último el carácter de las personas de existencia ideal o visible, siendo de carácter mas restrictivo y limitativo aún para las primeras[153].

En el artículo 522 del Cód. Civil, se ha criticado en su redacción la utilización de la palabra “podrá”, puesto que es una obligación del juez, si están todas las condiciones dadas, reparar el daño causado. Entonces el artículo debería haber dicho “deberá”.

Si quien pretende una indemnización por daño moral es una persona jurídica, no resultan suficientes las meras molestias invocadas por el damnificado, ni los reclamos extrajudiciales ni la necesidad de accionar judicialmente para obtener el cumplimiento del contrato o la reparación por el incumplimiento del mismo; sino que deberá probar “razonablemente la modificación disvaliosa de los sentimientos o el espíritu del damnificado”. La reparación del daño moral que autoriza el artículo 522 del Código Civil en materia de compensación contractual está sujeta a tres estrictas exigencias[154]:

- es de interpretación restrictiva y limitativa;

- para que proceda, no es suficiente la mera invocación de perjuicio, sino que quien lo invoca tiene a su cargo la prueba concreta de su existencia y la relación directa de causalidad entre el daño causado y, en este caso particular, la rescisión intempestiva del contrato;

- es preciso que la afección íntima trascienda la órbita de las posibles alternativas o incertidumbres propias del mundo de los negocios.

## ***II.- Efectos respecto de Terceros***

### **1) Contratos y obligaciones asumidas por el franquiciado**

Una vez operada la rescisión unilateral del contrato por parte del franquiciante, puede ocurrir que existan obligaciones asumidas por el franquiciado frente a proveedores, clientes u otras terceras personas, que se encuentren pendientes de ejecución o cumplimiento. Esas obligaciones o contratos de alguna manera se verán afectados por la culminación del contrato de franquicia y deberá determinarse que grado de responsabilidad pudiera llegar a tener el franquiciante ante esta situación.

Como se vio en el capítulo tercero (ver punto III.- 3.), existe alguna corriente doctrinaria que considera la existencia de una profunda dependencia económica y técnica por parte del franquiciado respecto del franquiciante y que *a priori*, se visualiza un claro control externo que no puede dejarse de lado[155]. Además, sostiene que a través de los esquemas publicitarios o de promoción, el consumidor no tiene la posibilidad, o se le dificulta, diferenciar entre franquiciante y franquiciado, por lo que el último responsable en la cadena sería el franquiciante. Esta teoría responde a una fuerte corriente que protege los derechos del consumidor.

Pero no obstante lo expuesto anteriormente, se parte de la suposición de que el tercero contratante no es un simple particular o consumidor, sino que se trata de otro comerciante que puede ser un proveedor, técnico, locador, etc., quienes necesariamente tienen conocimiento que, con quien contratan, es un franquiciado y no el franquiciante, pues en los respectivos contratos abarcarán parcialmente -una o más franquicias- a la red de franquicia, pero no en su totalidad[156].

Los contratos de distribución en general, no importan representación que los faculte a atribuir responsabilidades a los distribuidos, concedentes o franquiciantes por los hechos de los distribuidores, concesionarios o franquiciados. Sin embargo, una corriente sostiene la declaración de la responsabilidad del principal por los hechos de su subordinado técnica y económicamente, con especial referencia al contrato de franquicia[157]. Se ha postulado la existencia de una concertación vertical de empresas y que el concedente o franquiciante ejercen sobre los concesionarios o franquiciados un control permanente de su contabilidad, balances, previsiones financieras, contratos celebrados, fijación de precios, etc., en razón de los vínculos contractuales y reglamentos que los unen, por lo que no parecería descabellado creer en la responsabilidad del franquiciante ante los incumplimientos contractuales del franquiciado[158].

En este sentido, también se ha pronunciado Kemelmajer de Carlucci, quien ha señalado que “el control externo del *franchisor* crea generalmente una relación de subordinación técnica muy cercana a la dependencia que justificaría la responsabilidad vicaria”[159] y no respondería si no hubiera tenido posibilidad alguna de ejercer cierto control, transformándose este último elemento y la dependencia en los presupuestos para la imputación de la responsabilidad.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente en el punto sobre la indemnización del daño emergente, y partiendo de la base de la existencia de una rescisión unilateral por parte del franquiciante, estará a cargo del franquiciado acreditar en forma inequívoca, que esa rescisión fue la causa, de alguna manera, de los incumplimientos contractuales; y además la existencia de un daño cierto como consecuencia.

Como se expresara anteriormente, el caso de los alquileres de bienes -quizás el ejemplo más recurrente- podrían reclamarse los costos de rescisión de los contratos de alquiler celebrados, para lo que deberá tenerse en cuenta el estado del contrato al momento de la rescisión y la posibilidad de rescindirlo y con que costo.

Por ello, Kahn considera que resulta apropiado para el franquiciante estar en conocimiento de los contratos en curso al momento de la rescisión, que fueron celebrados por el franquiciado y terceros y es conveniente que las posibles soluciones se encuentren previstas en el contrato a fin de evitar los riesgos de posibles conflictos postcontractuales y propone dos soluciones posibles[160]:



La primera, consistiría en otorgar al franquiciado un plazo para que concluya con todos los contratos en curso. Esto significaría no solo tener en cuenta todos los contratos con prestaciones pendientes, sino que también influiría en el plazo de preaviso que debería otorgar. Sin embargo, en muchas oportunidades, si se otorga un preaviso prolongado a la espera de que concluyan todos los contratos en ejecución, la relación debe continuar pero bajo una situación sumamente delicada, puesto que el franquiciante deberá vigilar de cerca al franquiciado para que este actúe conforme lo reglado por el contrato y no desvíe su actuar a causa de la proximidad de la conclusión de la relación.

La segunda posibilidad, consiste en prever en el contrato de franquicia la posibilidad de sustitución del franquiciado por el franquiciante en todos los contratos que se encuentren en curso de ejecución[161].

Finalmente, no solo debe tenerse en cuenta como terceros afectados por una rescisión contractual a aquellas personas que han contratado con el franquiciado, sino que también debe considerarse la posible afectación de otros franquiciados que pertenecen a la red. En este caso puede ocurrir que, el cierre intempestivo de un local del *franchising* o los reiterados incumplimientos contractuales por parte de esa unidad de franquicia, repercuta en forma negativa sobre el prestigio de los demás; por lo que en la mayoría de los casos se prevé en los contratos de franquicia la entrada provisoria a la explotación del local al franquiciante, quien luego puede incorporar un nuevo franquiciado en lugar del saliente.

## **2) La readquisición de la unidad de franquicia por el franquiciante;**

### **¿Transferencia de fondo de comercio?**

Si bien el tema de la transferencia del fondo de comercio ha sido tratado por gran número de autores en diferentes trabajos y publicaciones, en lo que respecta a su aplicación específica en los contratos de franquicia comercial, no se encuentran autores que lo analicen, ni casos jurisprudenciales concretos.

Se plantea el interrogante acerca de si esa transferencia a la que se hizo referencia en la última parte del punto anterior -esto es, la transmisión que se sucede del franquiciado saliente al franquiciante-, constituye o no una transferencia de fondo de comercio, y por ende, si resulta aplicable la legislación vigente al respecto, es decir la ley nacional N° 11.867. Para ello, como primera medida, se deberá analizar la finalidad tenida en cuenta por el legislador al sancionar la norma en cuestión.

Para entender las características de la ley 11.687, se dejará de lado por un instante el hecho que la unidad de franquicia sea tal, con sus caracteres particulares; y se tratará en forma generalizada, como un fondo de comercio cualquiera.

Los requisitos previstos por la ley para la transferencia del fondo de comercio son los siguientes:

- Publicación de la operación de venta en el Diario de publicaciones legales y periódico del lugar (art. 2).
- Entrega por parte del enajenante de un detalle de deudas y montos al adquirente (art. 3).
- Plazo de espera de diez días luego de la última publicación, para la firma definitiva del documento de venta (art. 4).

- Retención por parte del comprador de las sumas denunciadas como acreencias para la eventual traba de embargo por parte de los acreedores (art. 5).
- Inscripción del instrumento de venta en el Registro Público de Comercio (art. 7).
- Prohibición de fijar el precio de venta por debajo de la suma que arrojen la totalidad de los créditos declarados y los reclamados oportunamente (art. 8).
- Presunción *iure et de jure* de las sumas entregadas en concepto de seña o a cuenta, a efectos de computar el monto total de la operación (art. 9).

Finalidad de la norma: Como bien se sabe, se ha producido un notable el incremento en el valor de los bienes muebles y de algunos derechos, como resultado de la incidencia de éstos en la vida moderna. Estos bienes y derechos cumplen en la explotación una función garantizadora, constituyendo para los eventuales acreedores un respaldo para el cobro de sus acreencias[162].

No obstante, antes de la sanción de la ley, era muy sencillo tornar ilusoria esa garantía para el cobro mediante una transferencia expedita de los bienes, dejando al acreedor imposibilitado de accionar contra el adquirente de esos bienes, a menos que éste último se hiciera cargo expresamente de las deudas del enajenante. Luego de la sanción de la ley 11.867, los intereses de los acreedores y de los terceros en general, se vieron protegidos mediante la imposición de requisitos de tipo obligatorios previos para dar validez a la transferencia de un fondo de comercio[163].

Obligatoriedad: en esta instancia debe atenderse a tres aspectos: la posibilidad de que las partes obvien el procedimiento; cuándo debe aplicarse ese procedimiento y que ocurre en el caso de la transferencia parcial del establecimiento.

Respecto al primer aspecto, la ley 11.867 no afecta la relación entre las partes, pues entre ellas el contrato se concluye con el acuerdo de voluntades. Mientras que el mismo no sería oponible a terceros y por ende a todos los acreedores del vendedor, quien podrá actuar sobre la totalidad del fondo, sin perjuicio de que se encuentre ya en manos del adquirente, sin que éste pueda invocar a su favor la adquisición de los bienes en calidad poseedor de buena fe de una cosa mueble (art. 2412 del Código Civil)[164].

Ahora bien, puede ocurrir que el incumplimiento de los requisitos sea parcial; sin embargo el solo hecho de omitir las publicaciones, ya hace que el contrato sea inoponible a terceros y aunque la operación sigue siendo completamente válida, la ley sanciona esa inobservancia de los requisitos con la responsabilidad solidaria del comprador y/o los intermediarios juntamente con el enajenante por esos créditos impagos (art. 11 ley 11.867)[165].

En conclusión, podría decirse que las partes son completamente libres de omitir el procedimiento establecido por ley para la enajenación del establecimiento; sin embargo, en caso de omitirlo deberán afrontar las consecuencias respecto a la responsabilidad y oponibilidad de dicha operación. Pero la transferencia no es nula, lo que de alguna manera insinúa que la ley no es de orden público y su violación solo puede ser alegada por quien efectivamente sufre un perjuicio[166].

Obligatoriedad de la aplicación de la ley según la modalidad de transferencia: Aquí es donde se plantea el interrogante central de este punto, pues el artículo 1 de la ley 11.867 hace referencia a los elementos de un establecimiento comercial "...a los efectos de su transmisión por cualquier título..."[167]. Esta fórmula tan amplia, permite suponer que el régimen es aplicable a todas las

modalidades de transmisión del fondo. Sin embargo, el resto del articulado de la ley solo hace mención a la compraventa, pues es uniforme la referencia a los términos “vendedor”, “comprador” y “precio”, elementos estos que son propios de la compraventa[168].

Es por ello que, lo primero que habrá que tener en cuenta para resolver la aplicación de la ley 11.867 a un acto jurídico en particular será dilucidar si ese acto constituye efectivamente una transferencia del establecimiento comercial[169].

Aplicación de la ley al caso concreto de la franquicia comercial: Hasta esta instancia se ha tratado la transferencia del establecimiento de manera general a efectos de comprender el espíritu de la ley y la posibilidad de extender su aplicación al caso concreto de la transferencia de la unidad de franquicia; y más precisamente al caso de la readquisición de la unidad por parte del franquiciante.

Como se dijo al comienzo de este punto, si bien la doctrina ni la jurisprudencia han tratado el tema específicamente referido a la franquicia, Satanowsky, entre otros, trata la aplicabilidad de la ley a los casos de transferencia de las sucursales como la transferencia de “algunos de los elementos de la hacienda mercantil”[170]. De esta manera, aunque no se trate de la misma figura, el ejemplo puede servir para entender un poco más el caso de la franquicia.

Conforme lo expresado anteriormente, la teoría de Satanowsky considera que existe transferencia del establecimiento comercial, solo cuando se transfieren algunos elementos que implican la cesión del giro y la clientela del negocio, es decir la funcionalidad del mismo; por lo que para este autor la sucursal no es “un elemento del establecimiento” sino una unidad funcional que deberá ser regida por la normativa relativa a la transferencia[171].

Ahora bien, de acuerdo a los caracteres propios del contrato de franquicia mencionados en capítulo primero de este trabajo, en el caso del *franchising*, generalmente el franquiciante transfiere al franquiciado una serie de elementos que son de propiedad de aquél como las licencias de marcas, *know how*, clientela, nombre, la ubicación, etc. Elementos estos que se ceden o transfieren en forma temporaria, es decir, mientras tenga vigencia el contrato celebrado. Por ello estos elementos esenciales, que hacen al giro y la funcionalidad de la unidad, son transferidos en forma temporal, siendo el verdadero propietario el franquiciante. Es decir que, esos elementos nunca entraron al patrimonio del franquiciado, sino que simplemente fueron utilizados por éste para operar la franquicia.

En el caso de estos elementos esenciales en la franquicia, la única semejanza o analogía que podría mencionarse sería con la locación o usufructo de los mismos, pues en estos casos no se transfiere la nuda propiedad sino solamente el uso y goce[172]. De esta manera, los elementos transferidos nunca saldrían del patrimonio del franquiciante y por ende nunca entrarían al patrimonio del franquiciado, por lo que no parecería afectar de manera alguna las garantías de los eventuales acreedores de las partes.

Cabe en esta instancia hacer una diferenciación acerca de los elementos tangibles e intangibles que se transfieren, aunque sea temporalmente, pues el espíritu protector de la ley no solo recae sobre los elementos tangibles como garantía de los acreedores, sino también sobre el producido que generan todos los elementos pertenecientes al fondo de comercio. De esta manera la cesión de una unidad resta ingresos al cedente y de alguna manera merma las garantías. Más específicamente podría hablarse del caso que se da respecto de la clientela, el prestigio, la llave; que en el simple fondo de comercio constituyen elementos intangibles pero que poseen valor por el aporte que realizan al producido final, que en numerosos casos es el referente para el crédito[173]. Sin embargo no debe olvidarse que en el caso del *franchising* estos elementos

intangibles son la base más importante del contrato, pues se habla de un negocio exitoso, probado y una marca que por sí sola posee clientela y prestigio suficiente, independientemente de quien la utilice[174].

La realidad del caso es que en nuestra legislación no existe una referencia clara en cuanto a la factibilidad de aplicar la normativa vigente a este tipo de contratos, por lo que, como se expresó anteriormente, la única analogía que podría utilizarse para comprender este fenómeno es el de la locación o usufructo del fondo de comercio. En base a esta semejanza entre la franquicia y la locación o usufructo, surgen diferentes opiniones:

- Una primera opinión, teniendo en cuenta que las deudas del nudo propietario no se transmiten al usufructuario o franquiciado, y la no aplicación de la ley 11.867, surge que el régimen común de la tutela de los derechos de los acreedores -961 y 962 del Código Civil- resultaría suficiente[175].

- Una segunda opinión sostiene que ante la posibilidad de locar o usufructuar un fondo de comercio, indudablemente frente a terceros se requiere la publicidad; por ende estos tendrían la facultad de manifestar su oposición en caso de no ser debidamente desinteresados[176].

Para concluir, se analizarán los elementos característicos de la franquicia comercial, pues esto nos dará la pauta acerca de la posibilidad de aplicar o no la ley 11.867.

Como primera medida, debe analizarse el caso concreto de la creación de una unidad de franquicia nueva que comenzará a explotar el franquiciado. En este ejemplo parece simple el razonamiento, pues teniendo en cuenta que la unidad de franquicia no existía con anterioridad a la entrada del franquiciado, no se constituye una verdadera transferencia, sino que es un establecimiento sin un propietario anterior. Los únicos elementos que se ceden, de manera no exclusiva, son el nombre, la marca, el *know how*, clientela, etc.; mientras que algunos elementos como maquinarias, materias primas, mercaderías, etc. son vendidos o entregados a cambio del *fee* de ingreso, al franquiciado para que inicie la actividad.

Es por ello que, los primeros elementos mencionados nunca salen de la propiedad del franquiciante, por ende no hay transferencia alguna. Los segundos elementos mencionados, de manera alguna podrían constituir por sí solos la transferencia de un establecimiento, por lo que la aplicación de la ley 11.867 tampoco aparece como viable.

En resumidas cuentas, la primera entrega de una unidad de franquicia no podría constituir una transferencia de fondo de comercio, ya que no existe un traspaso de la nuda propiedad de los elementos primordiales del establecimiento.

La misma postura debería adoptarse para el caso de una unidad de franquicia que fuera iniciada y explotada por el mismo franquiciante durante un tiempo, para luego transferirla, ya en marcha, a un franquiciado, puesto que en tal caso y como se dijo anteriormente, los elementos esenciales de la franquicia no salen del patrimonio del franquiciante y por otro lado, los acreedores del franquiciante verán respaldados sus créditos por los ingresos que el *fee* o *royalty* de la cesión de esa unidad, generen en su patrimonio.

Por último y respondiendo al interrogante planteado en el título de este acápite, corresponde analizar el caso de la readquisición o recuperación de una unidad de franquicia por parte del franquiciante.

En este caso, y coherentemente con lo que se expresara anteriormente, los elementos esenciales de la franquicia -nombre, marca, *know how*, clientela, etc.- sólo fueron cedidos en forma temporaria por el franquiciante al franquiciado y los mismos continúan siendo propiedad de aquél. Es decir, nunca fueron parte del patrimonio del franquiciado y por ende nunca fueron prenda común de sus acreedores. La recuperación de la unidad de franquicia, ya sea por rescisión contractual o por finalización del plazo estipulado, no es más que eso: un recupero de lo propio por parte del franquiciante.

No debe perderse de vista que, como ya se expresara anteriormente en el punto II.- 1) de este capítulo, el franquiciante debería estar en conocimiento de los contratos en curso que haya celebrado el franquiciado, pues deberá hacerse cargo de ellos o en su defecto indemnizar al franquiciado por los eventuales gastos de rescisión que ellos irroguen.

Respecto a los bienes, mercaderías, maquinarias que hubieran sido compradas por el franquiciado, conforme lo que se manifestara en el punto 2) d) de éste capítulo, el franquiciado podrá readquirir estos elementos pagando por ellos su valor real con la finalidad de no perjudicar al franquiciado, quien ya no posee la autorización ni la estructura para su utilización y/o comercialización.

Es por todo lo expuesto que, surge como inviable la aplicación de la legislación referente a la transferencia de fondos de comercio, pues no se reúnen los requisitos que expresa e implícitamente exige la ley. Pero no solo resulta inaplicable por incompatibilidad de los caracteres formales entre la ley y el contrato de franquicia, sino que en la práctica, sujetar las unidades de franquicia a este régimen sería contraproducente por la complejidad del procedimiento, debiendo buscarse caminos alternativos que no entorpezcan el desarrollo de la red.

## **VI. Capítulo Quinto - Consideraciones** [arriba]

### ***I.- Apreciaciones Finales***

Habiendo analizado los contratos de franquicia comercial desde la óptica negocial, puede decirse que estos contratos han sido un mecanismo sumamente eficaz para los grandes emprendimientos comerciales de carácter nacional e internacional. Han brindado una solución a aquellos empresarios que no expandían sus negocios o proyectos, por temor a perder el control de la actividad que desarrollaran las diferentes sucursales, lo que indefectiblemente derivaría en problemas de tipos laborales, económicos, de prestación de servicios, financieros, de calidad final de los productos, etc.

Las franquicias comerciales han permitido a los empresarios emprendedores, por una parte, dar a conocer sus marcas, sus productos, sus técnicas y conocimientos, resguardándolos de los riesgos propios de los emprendimientos comerciales, obteniendo financiación proveniente de terceros franquiciados para esa expansión del negocio, siendo estos últimos quienes se hacen cargo de sus propios empleados y se responsabilizan por su accionar ante los diferentes organismos estatales o privados y terceros.

Por otra parte, los franquiciados se han asegurado -al menos por un período determinado de tiempo- estar al frente de un negocio que efectivamente funciona; para el cual no han tenido que correr los riesgos que el franquiciante ya afrontó, siendo ellos mismos los responsables directos, pero a la vez recibiendo un respaldo técnico y financiero que les otorga seguridad para actuar.

Esta relación que se genera entre franquiciante y franquiciado está entablada con la intención de perdurar en el tiempo, y goza de una marcada colaboración entre las partes, que harán del contrato una pieza dinámica y en constante cambio. Es decir que, tanto una parte como la otra, podrán mejorar aspectos del contrato a medida que se desarrolle la relación y surjan actualizaciones o mejoras del sistema, creándose de esa manera un fuerte vínculo de cooperación entre ellas.

Sería incoherente pensar que el franquiciante, aun cuando el contrato posea un plazo determinado de duración (v.gr. 3 años), fija ese plazo teniendo en mente su pronta finalización. Obrando de buena fe, la idea de fijar un plazo corto, es la de no perder el control de ese contrato para que, en caso de no funcionar el franquiciado o no quedar conforme con el sistema, no se genere un problema de plazo indefinido que mantenga a las partes atadas. Lo que en el fondo pretende el franquiciante es que el franquiciado obtenga los mejores resultados posibles durante el mayor lapso de tiempo, pues eso es lo que en definitiva beneficiará al franquiciante y a la red entera.

En cuanto a la naturaleza jurídica que revisten estos contratos, y de acuerdo a lo que se vio en el trabajo, resulta compleja su definición, pues la ya conocida falta de legislación que los ha caracterizado como contratos innominados, hace que predomine la voluntad de las partes plasmada en el contrato y que a su vez, sean aplicados los principios generales del derecho civil y comercial, la jurisprudencia y los usos y costumbres del comercio, sin olvidar por supuesto, el principio de la buena fe contractual.

El contrato de franquicia comercial es sin dudas uno de los contratos mas complejos que encontramos en el comercio, ya que incluye en sí mismo, otros contratos como el de licencia de marca, de transferencia de *know how*, de locación, de aprovisionamiento, etc., que hacen posible el desarrollo íntegro de la actividad.

Debido a los caracteres que posee el contrato, surge la necesidad de elaborar piezas complejas y extensas que abarquen la mayor cantidad de situaciones posibles para las partes. El franquiciante debe asegurarse que el franquiciado respetará al pie de la letra las condiciones impuestas, pero no por el solo placer de controlar la actividad, sino porque debe proteger a los demás franquiciados de la red, ante las eventuales contingencias que pudiera sufrir el *Franchising*.

Sin duda, la manera más práctica de alcanzar esa seguridad que se menciona, se encuentra en la redacción de contratos con cláusulas predispuestas, de tipo general, las cuales no suelen ser discutidas. Estas cláusulas predispuestas son las que en definitiva crean un patrón de comportamiento entre los miembros de la red.

Es de uso que, el franquiciante elabore el contrato en dos partes: primero, un cuerpo con las condiciones generales -rígidas e indiscutibles- que protegen a la red y sus restantes miembros; segundo, un cuerpo o anexos con condiciones particulares, donde suele plasmarse otros aspectos propios de cada unidad de franquicia como la exclusividad, la zona, el tipo de mercaderías a comercializar, etc.

En virtud de lo expresado anteriormente, resulta ilógico que se tilde al contrato de franquicia como un contrato de adhesión o, peor aún, como un contrato de dominación. Para encontrar las diferencias entre estos contratos y uno sujeto a condiciones generales, bastaría solo comparar un contrato de franquicia con un contrato de tarjeta de crédito; entonces se entendería la

enorme diferencia entre un contrato con cláusulas generales predispuestas y un contrato de adhesión.

El contrato en general, debe ser considerado como un instrumento jurídico mediante el cual, las partes intervinientes sacrifican parte de su libertad en aras a poder prever las futuras conductas de la otra parte. Es el justo precio que se paga por la seguridad de que el co-contratante actuará de la manera en que se acordó[177].

No existe tal dominación por parte del franquiciante, sino que se trata de una obligación que asume éste frente al resto de los franquiciados que participan de la red y a los cuales debe asegurarles un funcionamiento exacto y sin contratiempos que afecten el negocio exitoso que se les entregó a cambio del acatamiento de normas estrictas. ¿Cómo reaccionaría un franquiciado que ve frustrado su negocio porque otro miembro del sistema cometió un ilícito? Por ejemplo, un ilícito tributario por el cual clausuraron uno de los locales, generando una publicidad negativa para todos los miembros. Seguramente exigirá al franquiciante que extreme los controles a los miembros de la red y aplique las sanciones a quienes corresponda.

Las teorías que han sostenido que, en los contratos de franquicia comercial hay una parte fuerte y una parte débil, predeterminadas, resultan una verdadera falacia. En numerosas oportunidades, los franquiciados son empresas o personas físicas, con experiencia en los negocios, o al menos con un asesoramiento adecuado, por lo que, resulta dudoso que puedan alegar desconocimiento de las cláusulas del contrato y se consideren a sí mismos en una posición inferior.

Véase lo siguiente, en la mayoría de los casos, ingresar en un sistema de franquicia comercial, si bien ahorra tiempo y asegura éxito, los costos que asume el franquiciado no son menores. Un *fee* o retribución de ingreso a una cadena exitosa y probada puede rondar holgadamente sumas de cinco dígitos o mayores. Entonces es dable pensar que, quien va a realizar una inversión de una considerable suma de dinero, previamente -actuando diligentemente y como un buen hombre de negocios-, destinará parte de esa inversión a solicitar los servicios de un profesional que lo asesore correctamente, advirtiéndolo e informándolo al franquiciado acerca de las cláusulas y condiciones impuestas en el contrato y la posibilidad de negociarlas o no. No se trata de un contrato de tarjeta de crédito o de TV por cable, que normalmente se firmarían sin prestar demasiada atención al contenido, sino de un negocio que marca el futuro de quien lo emprende y merece que se le preste cuidadosa atención.

Habiendo fijado posición acerca de la existencia de partes fuerte o débiles en el tema, la autonomía de la voluntad de las partes antes y durante la celebración del contrato juega un papel sumamente importante, pues es uno de los puntos de los que suelen valerse aquellos autores que pretenden enarbolar como estandarte, la falta de voluntad del “débil franquiciado” que, aparentemente, se ve envuelto por los tentáculos de la red del *franchisor*.

Como mencionara anteriormente, el contrato de franquicia reúne las condiciones necesarias para ser un contrato justo y conforme las reglas y principios del derecho comercial, toda vez que en él existe libertad de contratar o no, libertad de configurar el contenido del contrato y la fuerza normativa que adquiere el contrato, al cual las partes deben atenerse como a la ley misma.

Entonces, la inclusión de una cláusula de rescisión unilateral que faculte a ambas partes a culminar el contrato antes de la fecha de vencimiento, o en caso de contratos sin plazo determinado, en cualquier momento, es perfectamente lícita y la misma adquiere validez legal para las partes[178].

Sin embargo, ha quedado claro que estas cláusulas son de carácter accidental y excepcional, por lo que su interpretación y aplicación deberá ser restrictiva, teniendo en cuenta siempre las reglas generales de los contratos, sin perder de vista los caracteres especiales del negocio y la finalidad y objetivo que las partes tuvieron en miras al contratar. En la práctica se ha implementado como uso, que el franquiciante firme especialmente junto a la cláusula de rescisión unilateral a efectos de que manifieste expresamente haber leído y haber comprendido dicha cláusula.

Aceptando la licitud y validez de estas cláusulas en el contrato, queda determinar si el ejercicio de esa facultad rescisoria se torna abusiva o no. De acuerdo a los criterios que se expusieron en el capítulo tercero, el límite a la autonomía de la voluntad de las partes, estaría dado por la buena fe contractual; pues ello implica actuar sin dolo o culpa, con un interés legítimo y que ese actuar implique el ejercicio regular de un derecho; tal y como lo prevé nuestro Código Civil en el artículo 1071.

En este momento surge un interrogante que algunos autores, al parecer, prefieren no preguntarse. ¿Podría ocurrir que un franquiciado, luego de un tiempo razonable dentro del sistema de *franchising*, que le haya permitido recuperar sus inversiones, considere que está aburrido del trabajo o que no obtiene todas las ganancias que esperaba o simplemente surja un mejor negocio para él y entonces decida rescindir el contrato en virtud de esa tan cuestionada cláusula? En tal caso, ¿que ocurre con el franquiciante que se ve con una unidad de franquicia que debe cubrir con un nuevo franquiciado o sostenerla hasta tanto consiga otro?

Las situaciones que pueden darse son muchas, por eso es que cuesta entender por qué siempre se encara este tema aludiendo a partes débiles y fuertes. Quizás sería más justo hablar de partes bien asesoradas o no a la hora de ingresar a un sistema de franquicia. Sin dudas, como surge de la jurisprudencia citada, los casos presentados corresponden a rescisiones ejercidas por franquiciantes, concedentes o distribuidos, y no por franquiciados o concesionarios. Pero para seguir con la línea argumental del trabajo, continúo con la hipótesis de la rescisión por parte del franquiciante.

Entonces, teniendo en cuenta la finalidad del contrato de franquicia y la necesidad de que el ejercicio de la cláusula rescisoria no se torne abusivo -y en esto la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia coinciden- la rescisión deberá ejercerse una vez transcurrido un lapso de tiempo, tras el cual la finalidad económica del contrato se haya cumplido, es decir, cuando el franquiciado haya alcanzado las expectativas comerciales o al menos haya recuperado las inversiones realizadas.

Es a partir de esta etapa, donde entra en juego el preaviso que las partes deben otorgarse para poder ejercer la facultad rescisoria sin que la misma se torne abusiva. El lapso de preaviso deberá tener en cuenta el tiempo por el cual se ha desarrollado la franquicia y lo que le llevará al franquiciado reestructurar su hacienda, encaminar nuevamente sus fuerzas productivas.

Es por ello que, existiendo un preaviso razonable, no podría presumirse que la rescisión unilateral se torna por si misma como dañosa, puesto que su ejercicio no deviene en ilícito o abusivo, toda vez que se trata del ejercicio regular de un derecho.

La procedencia o no de una indemnización para el franquiciado por parte del franquiciante, ante una rescisión unilateral del contrato sin el otorgamiento del debido preaviso y la cuantificación de la misma, ha sido el eje central de la discusión jurisprudencial y doctrinal en nuestro país.



El rubro compuesto por la clientela, no ha encontrado mayores problemas al momento de ser tratado, a excepción de algún autor que pretende encuadrar la clientela como un bien susceptible de valor, que pertenece al fondo de comercio y no a una marca[179]. Sin embargo, el resto de la doctrina y la jurisprudencia concuerdan en que la clientela sigue a un producto y su marca. El cliente busca encontrar bajo una insignia la misma calidad y servicio en cualquier lugar que se encuentre, sin importar quien se encuentra detrás de esa imagen.

En consecuencia, no procede la indemnización por clientela, puesto que ella resulta ser uno de los elementos que el franquiciante le entrega al franquiciado dentro del conjunto de beneficios que éste adquiere al ingresar a la red y que, como ya se dijo, debe reintegrar al salir de ella.

Por su parte, todas aquellas mercaderías, así como los muebles y elementos que son propios de la franquicia, que al momento de la finalización del contrato quedan en poder del franquiciado, aparece como una solución razonable que el franquiciante los readquiera al precio de costo. Esto evitaría que el franquiciado sufra pérdidas a causa de la imposibilidad de continuar comercializando productos sobre los cuales ya no tiene licencia.

Resultará más fácil para el franquiciante reubicar ese stock, muebles o maquinarias, en otras unidades de franquicia. Pero por sobre todas las cosas, esta solución, haría honor a la categorización del contrato de franquicia comercial como un contrato de colaboración entre las partes.

Finalmente, las consecuencias que acarrea la culminación intempestiva del contrato de franquicia comercial, pueden resumirse en una indemnización compuesta por diferentes rubros que procederán según las características que presente cada caso concreto.

El primer rubro a indemnizar sería aquellos perjuicios económicos que efectivamente ha sufrido el franquiciado a causa de la rescisión. Es decir, aquellos desembolsos de dinero o inversiones que el franquiciado debió hacer y que, debido al plazo por el cual se desarrolló la relación, no alcanzaron a recuperarse conforme a las previsiones que se hubieren hecho al comienzo del contrato.

Esos daños, como bien se dijo, deben ser efectivos y probados, puesto que hay casos en los que ciertos bienes, o cierta maquinaria o muebles, pueden ser perfectamente utilizados por el franquiciado para otro propósito o bien no han perdido valor de reventa.

Otro rubro será aquel que se compone de utilidades o ganancias que el franquiciado ha dejado de percibir durante el lapso contractual no cumplido, es decir, el lucro cesante. Esas ganancias o utilidades, podrían calcularse según las ganancias promedio del último año que tuvo el franquiciado respecto al plazo de contrato que resta cumplir.

Pero en el caso de los contratos sin plazo determinado, si bien la base de cálculo de las ganancias sería el mismo, el plazo por el cual deberá calcularse, será por el plazo de preaviso que el franquiciante debió otorgar conforme lo dicho anteriormente respecto de este tema; esto es, de acuerdo al tiempo que llevaba el contrato y el lapso necesario para que el franquiciado reestructure su empresa.

Pero si el franquiciante otorgó el preaviso adecuado, entonces el lucro cesante no existirá, puesto que el franquiciado continuó en la actividad durante el plazo, y por ende siguió percibiendo las ganancias que había previsto. Por último, si el preaviso fuera insuficiente, entonces el franquiciante deberá abonar el lucro cesante equivalente al plazo de preaviso que faltó otorgar, tal y como lo ha resuelto la jurisprudencia de cámara recientemente[180].

En cuanto a los costos derivados de los despidos de personal que debió realizar el franquiciado, bajo ningún punto de vista resultaría posible compartir la teoría esgrimida por algunos autores de que el franquiciante deba hacerse cargo de dichas indemnizaciones.

Respecto a los contratos de plazo determinado, el franquiciado debió tener en cuenta esta circunstancia y tomar los recaudos pertinentes para el caso de no renovación del contrato y por ende no extender los contratos más allá del plazo del contrato o bien prever una posible desvinculación.

Y con respecto a los contratos por plazo indeterminado, no puede pretenderse que el franquiciante asuma el riesgo empresario juntamente con el franquiciado, pues la idea central de la franquicia es que las partes sean independientes jurídica y económicamente.

Sin embargo, si resulta lógico que el franquiciante, en caso de no haber otorgado el preaviso correspondiente, se haga cargo de las indemnizaciones por los preavisos que el franquiciado no pudo otorgar al personal, a causa de la intempestividad de la rescisión.

Por último, el daño moral, entendido como la afección de los sentimientos o de la integridad espiritual de una persona, ha encontrado una postura uniforme y restrictiva para su otorgamiento y esto es, que cuando se trata de una persona jurídica, no procedería la reparación en tal concepto. De todos modos, en caso de que el franquiciado fuera una persona física, deberá probar en forma clara y cierta la existencia del daño y además, que esa afección vaya más allá de los riesgos e incertidumbre propios de la actividad comercial.

Conforme todo lo expuesto, se puede sintetizar que, el contrato de franquicia comercial se ha expandido en el mundo de los negocios y cada día se hace más común entre los empresarios producen tanto bienes como servicios. Quienes quieren expandir sus negocios y aquellos que quieren entrar en el mundo del comercio pero sin arriesgar del todo sus recursos. Para ello es necesario someterse a reglas claras, precisas y que protejan a todos los franquiciados de una misma red. Para ello es necesario que tanto franquiciados como franquiciantes se sometan a reglas claras.

El *Franchising* es un aparato complejo, compuesto de muchos engranajes que deben funcionar a la perfección, con una prolija sincronización. El mal funcionamiento de una sola unidad de franquicia, puede poner en riesgo la funcionalidad de toda la red.

El franquiciante es quien se obliga frente a sus franquiciados a que ese mecanismo funcione a la perfección, y para asegurar el correcto funcionamiento en beneficio de toda la red, debe ser rígido en la aplicación de las normas del contrato. Y para ello, necesita gozar de cierta seguridad jurídica que le permita actuar en forma rápida y efectiva.

La facultad de rescindir unilateralmente el contrato, ejercida por el franquiciante, no es más que una herramienta que se le otorga en salvaguarda de los derechos de los restantes franquiciados, una forma de asegurar el correcto funcionamiento y de proteger las inversiones. Esa facultad de rescindir, se complementa con la posibilidad del franquiciante de recuperar las unidades de franquicia defectuosas mediante procedimientos expeditos y sin necesidad de pasar a través de las normas relativas a la transferencia de establecimientos comerciales.

En un mundo comercial globalizado y en permanente desarrollo, no se puede seguir sosteniendo la teoría que sostiene que una de las partes en el contrato es una parte débil y que no tiene recursos para hacer valer sus derechos. Por el contrario, goza de la libertad contractual en su

máxima expresión, la de contratar o no hacerlo; más aún, de asesorarse o no. El franquiciado es completamente conciente de los parámetros a los cuales se somete y también de los beneficios que le son otorgados a cambio.

Tiene la posibilidad de asesorarse previamente, haciendo que el derecho cumpla con una de las funciones más importantes de estos tiempos, que no es otra que la de prevenir. Hacer previsible todas las probables contingencias y permitir actuar a las partes en consecuencia.

Por lo tanto, condenar en forma automática a los franquiciantes a responder por todos los rubros pretendidos que se han visto a lo largo de esta tesina, significaría convertir a las partes de este tipo de contrato, en socios de una sociedad que de hecho y de derecho, no existe. Esto, terminará condenando a las redes de franquicia a su extinción, pues es esa independencia jurídica y económica, y el desligamiento de riesgos empresarios, lo que alienta a estas redes a expandirse por el mundo.

## **Bibliografía** [arriba]

Alterini, Atilio Aníbal, *“Contratos civiles - comerciales - de consumo. Teoría General”*, Buenos Aires, Ed. Abeledo - Perrot, 1era. Edición, 1era. Reimpresión, 1999.

Alterini, Atilio A. y López Cabana, Roberto M., *“La rescindibilidad unilateral en los contratos de colaboración empresarial”*, en Revista del Foro de Cuyo N° 2, Ediciones Dike, Mendoza, 1991. Págs. 7/19.

Caivano, Roque J., *“La ruptura intempestiva del contrato de distribución y la obligación de indemnizar”*, en La Ley, Tomo 1994-D, págs. 111/117.

Farina, Juan M., *“Contratos comerciales modernos”*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1993.

Farina, Juan M., *“Resolución del contrato en los sistemas de distribución”*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2004.

Farina, Juan M., *“Rescisión y resolución de contratos”*, Rosario, Editorial Orbir, 1965.

Genesio, Diego M., *“Daños y perjuicios en la rescisión unilateral del contrato de distribución”*, en La Ley Tomo 2005-C, págs. 822/828.

Gherzi, Carlos A., *“Contratos Civiles y Comerciales”*, Tomos I y II, 4ª edición actualizada y ampliada, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1999.

Gregorini Clusellas, Eduardo L. *“Contratos de distribución. La reparación por su ruptura intempestiva y la intempestividad de la ruptura”*, en La Ley, Tomo 1995-B. Págs. 168/182.

Kahn, Michel, *“Franchising y partenariat”*, traducción de la Tercera edición francesa, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1998.

Kleidermacher, Jaime L., *“Franchising: aspectos económicos y jurídicos”*, Buenos Aires, Ed. Abeledo - Perrot, 1993.

Lavalle Cobo, Jorge E. y Lavalle Cobo, Dolores, “*El contrato de distribución y su rescisión unilateral*”, en La Ley, Tomo 1992-E, págs. 107/113.

Lavalle Cobo, Dolores, “*El contrato de distribución: deberes de las partes durante el plazo de preaviso de rescisión*”, en La Ley, Tomo 1996-B, págs. 337/345.

Lorenzetti, Ricardo Luis, “*Abuso del derecho, contratos de duración y distribución de bienes*” en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 16, “Abuso de Derecho”, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 1998.

Lorenzetti, Ricardo Luis, “*Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad*” en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 17 “Responsabilidad Contractual”, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 1998.

Manago, José Antonio, “*Franchising y defensa de la competencia*”, en La Ley, Tomo 1993-C, págs. 651/659.

Martorell, Ernesto E., “*Tratado de los Contratos de Empresa*” Tomos I y III, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis - Depalma, 2da. Edición, 2000.

Martorell, Jorge E., “*La posibilidad de abuso de la posición dominante en la contratación entre empresas*”, en El Derecho 1997, Tomo 173. Págs. 378/384.

Marzorati, Osvaldo J., “*Derecho de los negocios internacionales*” Tomo 2, Buenos Aires, Ed. Astrea, 3ª edición actualizada y ampliada, 2003.

Marzorati, Osvaldo J., “*Franchising*”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001.

Marzorati, Osvaldo J., “*Sistemas de distribución comercial*”, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1992.

Marzorati, Osvaldo J., “*Las dificultades para determinar la existencia de una relación de distribución*”, en El Derecho 2004, Tomo 206. Págs. 311/316.

Miquel, Juan M., “*¿Contratos de dominación?*”, en Revista de Doctrina Societaria y Concursal N° 45, Buenos Aires, Ed. Errepar, 1991.

Molina Sandoval, Carlos A., “*Contrato de distribución comercial: la cuestión indemnizatoria por ruptura intempestiva*” en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Tomo 2001, La Ley. Págs. 530/541.

Molina Sandoval, Carlos A., “*El derecho de daños en el negocio de franquicia*” en Revista de Derecho de Daños 2001, Tomo 3 “Daños en la actividad Comercial”, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, 2001.

Mosset Iturraspe, Jorge, “*Contratos de colaboración empresarial*” en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 3 “*Contratos Modernos*”, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, 1993.

Núñez, Eliana A. y Tanzi, Silvia Y., “*Contrato de Franquicia*”, en López Cabana, Roberto M., “*Contratos especiales en el Siglo XXI*”, Buenos Aires, Ed. Abeledo - Perrot, 1999.

Parellada, Carlos, *“Cláusulas limitativas de la responsabilidad y de rescisión unilateral y derecho de los consumidores”* en *“Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. Homenaje al Profesor Roberto López Cabana”*, Buenos Aires, Ed. Abeledo - Perrot, 2001.

Ramírez, Jorge A., *“El contrato de franquicia comercial”*, en Revista del Colegio de Abogados de La Plata - Año XXXVI N° 57, Ed. Universitaria de La Plata, 1997. Págs. 107/128.

Rivera, Julio Cesar, *“Cuestiones vinculadas a los contratos de distribución”* en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 3 *“Contratos Modernos”*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, 1993.

Romero, Miguel Alvaro, *“Sistemas de distribución comercial. Indemnización de los daños por la rescisión unilateral del concedente o fabricante”*, en La Ley, Tomo 1998-E, págs. 1049/1055.

Venini, Juan C. y Venini, Guillermina, *“La resolución por incumplimiento, la rescisión unilateral, y los estándares de buena fe y abuso de derecho”*, en Jurisprudencia Argentina Tomo 1991 - II. Págs. 802/806.

Weingarten, Celia, *“Efectos jurídicos de las sucesivas renovaciones de un contrato de concesión de plazo cierto y determinado”*, en La Ley, Tomo 1995-D, págs. 632/638.

Zaldivar, Enrique, *“Acotaciones sobre el contrato de franquicia”*, en La Ley, Tomo 1992-B, págs. 1141/1145.

Zunino, Jorge Osvaldo, *“Fondo de Comercio. Régimen legal para su transferencia”*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2000.

#### **Apéndice de Jurisprudencia** [arriba]

C.S.J.N., *“Automóviles Saavedra S.A. c/Fiat Argentina S.A.”*, 04/08/1988, en La Ley 1989 Tomo B, pág. 1, con nota de Antonio Boggiano.

C.S.J.N., *“Cherr-Hasso, Waldemar P. y otro c/The Seven Up Co. Y otro”*, en El Derecho Tomo 145, págs. 745/765.

Cam. Nac. Com., sala B, 11/04/1995, *“Marquinez y Perrota c/Esso SAPA”*, en La Ley 1995 Tomo D, pág. 634, con nota de Celia Weingarten.

Cam. Nac. Com., sala B, 08/05/1987, *“Automóviles Saavedra S.A. c/Fiat Argentina S.A.”*, en La Ley 1987, Tomo D, págs. 416/450.

Cam. Nac. Com., sala D, 20/04/2001, *“Herrera, Norberto c/Nestlé Argentina S.A.”*, en La Ley 2001 Tomo D, pág. 719/724.

Cam. Nac. Com., sala C, 22/06/1995, *“Barral S.A., Ernesto M. c/Bahco Sudamericana S.A.”*, en La Ley 1996 Tomo B, págs. 337/345, con nota de Dolores Lavallo Cobo y Jorge Lavallo Cobo.

Cam. Nac. Com., sala C, 06/06/1994, *“Guimasol S.A. c/Lever y Asociados S.A.”*, en La Ley 1995 Tomo B, págs. 168/181, con nota de Eduardo L. Gregorini Clusellas.

Cam. Nac. Com., sala E, 24/03/2003, “Laiño, Nestor c/Nestlé Argentina S.A. s/ ordinario” en El Derecho 2004, Tomo 206, págs. 304/310, con nota de Osvaldo J. Marzorati.

Cam. Nac. Com., sala C, 30/06/1993, “Giorgetti, Héctor R. c/Gergalos Hnos. S.A.”, en La Ley 1994 Tomo D, págs. 111/127, con nota de Roque J. Caivano.

Cam. Nac. Com., sala B, 24/02/2005, “Contreras, Pablo c/Pepsico Snack Argentina S.A.” en La Ley, Tomo 2005-B, págs. 421/428, con nota de Diego M. Genesisio.

Cam. Nac. Com., sala D, 22/05/2001, “José Morandeira S.A. c/Nobleza Piccardo S.A.”, en Rev. de Responsabilidad Civil y Seguros La Ley, Tomo 2001, págs. 530/557 con nota de Carlos A. Molina Sandoval.

Cam. Nac. Com., sala C, 14/10/2005, “Cordis Corporation c/Sistemas Médicos S.A.”, en Jurisprudencia Argentina Tomo 2006-I, págs. 303/310.

---

[1]Farina, Juan M., “Contratos comerciales modernos”, Ed. Astrea, 1993, pág. 377.

[2]Romero, Miguel Alvaro, “Sistemas de distribución comercial. Indemnización de los daños por la rescisión unilateral del concedente o fabricante”, La Ley 1998-E, pág. 1049.

[3]Rivera, Julio Cesar, “Cuestiones vinculadas a los contratos de distribución”, en Rev. de Derecho Privado y Comunitario N° 3, Rubinzal - Culzoni Editores, pág. 152.

[4]Rivera, Julio Cesar, *Ibid.*

[5]Ramírez, Jorge A., “El contrato de franquicia comercial”, en Rev. del Colegio de Abogados de La Plata - Año XXXVI N° 57, Ed. Universitaria de La Plata, pág. 113.

[6] Existen en Bélgica, Brasil y Estados Unidos legislaciones un tanto específicas al respecto, pero estas se ocupan mayormente de los contratos de concesión comercial; lo que resulta, en muchas facetas, aplicable a los contratos de franquicia.

[7]Zaldivar, Enrique, “Acotaciones sobre el contrato de franquicia”, La Ley 1992-B, pág. 1142.

[8]Zaldivar, Enrique, *Ibid.*

[9]Farina, Juan M., “Resolución del contrato en los sistemas de distribución”, Ed. Astrea, pág. 12.

[10]Ramírez, Jorge A., *Ob. Cit.*, pág. 111.

[11]Molina Sandoval, Carlos A., “El derecho de daños en el negocio de franquicia” Rev. de Derecho de Daños 2001- T. 3, Rubinzal - Culzoni Editores, pág. 118/119.

[12]Marzorati, Osvaldo J., “Derecho de los negocios internacionales” T. 2, Ed. Astrea, pág. 95.

[13] Guyénot, Jean, “Les contrats de concession commerciale. Droit français et communautaire de la concurrence”, Paris, Sirey, 1968 citado por Marzorati, Osvaldo J. en “Derecho de los negocios internacionales” T. 2, Ed. Astrea, pág. 95.

[14]Macneil, Ian, “The new social contract. An inquiry into modern contractual relations”, Yale Univ., New Heaven, 1980 citado por Lorenzetti, Ricardo Luis, en “Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad”, pág. 215.

[15] Echebarría Sáenz, Joseba A., “El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas”, Madrid 1995, pág. 161 citado por Lorenzetti, Ricardo Luis, en “Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad” pág. 216.

[16]Ramírez, Jorge A., *Ob. Cit.*, pág. 114.

[17]Miquel, Juan M., “¿Contratos de dominación?”, en Rev. de Doctrina Societaria y Concursal N° 45, Ed. Errepar, 1991, pág. 148.

[18]Marzorati, Osvaldo J., “Franchising”, Ed. Astrea, pág. 97. El autor citado considera que una franquicia otorgada por un residente local a favor de un franquiciado extranjero, se impone una serie de consideraciones especiales, que no siempre influyen en la resolución de una franquicia puramente local

[19] Clasificación elaborada por Kleidermacher, Jaime L., “Franchising: aspectos económicos y jurídicos”, Ed. Abeledo - Perrot, pág. 165.

[20]Marzorati, Osvaldo J., *Ob. Cit.*, pág. 41.

[21] La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos “Automóviles Saavedra c/ Fiat Argentina S.A.” del 04/08/1988 publicado en L.L. 1989 Tomo B, pág. 1, aunque este refiere al contrato de concesión y no a la franquicia propiamente, ha señalado que: “...En el caso de falta de plazo expreso convenido para la ejecución del contrato, la

*buena fe como regla de interpretación no debe conducir a pensar en la duración indefinida, sino que dicho principio impone que las obligaciones deban cumplirse y el contrato concluir en el plazo que las partes razonablemente pudieron entender obrando con cuidado y previsión...*

[22] Kleidermacher, Jaime L., *Ob. Cit.*, pág. 166.

[23] C.N.Com., sala B, "*Marquinez y Perrota c/ Esso SAPA*", 11/04/1995, en L.L. 1995-D, con nota de Celia Weintgarten, pág. 634 citado por Molina Sandoval, Carlos A., "*El derecho de daños en el negocio de franquicia*" en Rev. de Derecho de Daños 2001, T3, Rubinzal - Culzoni, 2001, pág. 134.

[24] Lorenzetti, Ricardo Luis, "*Abuso del derecho, contratos de duración y distribución de bienes*" en Rev. de Derecho Privado y Comunitario N° 16, Rubinzal - Culzoni, 1998, pág. 111.

[25] Cour d'Appel de París, 28-06-58, G.P. 1958-2-253, citado por Rivera, Julio Cesar, "*Cuestiones vinculadas a los contratos de distribución*", pág. 167.

[26] Farina, Juan M., "*Rescisión y resolución de contratos*", Ed. Orbir, Rosario, 1965, pág. 242.

[27] Kleidermacher, Jaime L., *Ob. Cit.*, pág. 170.

[28] Es de uso, en las franquicias nacionales, la implementación de la figura del franquiciado sustituto; que suele ser una opción para el franquiciado, quien ante la inminente imposibilidad de continuar con el contrato y en aras a su preservación, presenta al franquiciante un candidato para continuar con la explotación. En estos casos, también es usual que el franquiciante se reserve la facultad de exigir ciertas condiciones de admisibilidad tales como solvencia, experiencia en el campo en que se desarrolla la actividad, garantías, etc. De esta manera el franquiciado evita llegar al concurso o a la quiebra.

[29] Marzorati, Osvaldo J., *Ob. Cit.*, pág. 99.

[30] El tema del concurso o la quiebra de una de las partes en el contrato de franquicia, resulta ser un tema suficientemente amplio y controvertido como para realizar todo un trabajo dedicado a ello. En el presente, nos limitaremos a tratar relativamente el asunto, prescindiendo del ordenamiento concursal, sin entrar en profundidad y detalles, por escapar los mismos al tema principal de la tesina.

[31] Mendelsohn, Martin, "*A guide to franchising*", pág. 2 citado por Kleidermacher, Jaime L., *Ob. Cit.*, pág. 172.

Siempre debe tenerse en cuenta, con especial referencia a la Argentina, que las variables económicas y de mercado pueden tomar giros inesperados o imprevisibles, colocando súbitamente al franquiciante en una posición económica y financiera desventajosa en relación a la situación inicial, lo que daría por tierra con la suposición de éxito del negocio de franquicia.

[32] Marzorati, Osvaldo J., *Ob. Cit.*, pág. 100.

[33] Ramírez, Jorge A., *Ob. Cit.*, pág. 120.

[34] En los casos de quiebra o concurso del franquiciado, resulta poco común que la relación continúe. Es usual que en estos casos se resuelva el contrato y el franquiciante tome inmediata posesión de la unidad afectada a la quiebra o concurso, explotándola en forma propia. Esto responde a la necesidad imperiosa de mantener indemne la marca y la buena reputación de la red, evitando la publicidad negativa que produciría el cierre de un local. En otro caso, el franquiciado puede recurrir a la figura del franquiciado sustituto, como se mencionara antes, para evitar llegar al extremo.

[35] Kleidermacher, Jaime L., *Ob. Cit.*, pág. 175.

[36] López de Zavalía, "*Teoría de los contratos. Parte General*", pág. 276, citado por Farina, Juan M., "*Resolución del contrato en los sistemas de distribución*", Ed. Astrea, págs. 75-76.

[37] Ramírez, Jorge A., *Ob. Cit.*, pág. 116.

[38] Código Civil, art. 1200: "*Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos, y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza*".

[39] Alterini, Atilio A. y López Cabana, Roberto M., "*La rescindibilidad unilateral en los contratos de colaboración empresarial*" en Revista del Foro de Cuyo N° 2, Mendoza, Ediciones Dike, 1991, pág. 8.

[40] Código Civil, art. 1197: "*Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma*".

[41] Ley 89-1008 del 31 de Diciembre de 2006.

[42] Kahn, Michel, "*Franchising y partenariat*", Ed. Astrea, 1998, pág. 38. Artículo 1 Ley 89-1008: "*Toda persona que pone a disposición de otra un nombre comercial, una marca o una insignia, exigiendo de ella un compromiso de exclusividad o cuasi exclusividad para el ejercicio de su actividad, debe, previo a la firma de todo contrato realizado en el interés común de ambas partes, entregar a la otra parte un documento con informaciones veraces que le permiten comprometerse con conocimiento de causa...*"

[43] Decreto 91-337 del 4 de abril de 1991, artículo 1°.

[44] Kahn, Michel, *Ob. Cit.* pág. 40.

[45] Burst, Jean-Jacques citado por Kahn, Michel, *Ob. Cit.* pág. 40.

[46] XII Jornadas de Derecho Civil, San Carlos de Bariloche 1989, Recomendación 4 de la Comisión N° 3, citado por Alterini, Atilio A. y López Cabana, Roberto M., *Ob. Cit.* pág. 9.

[47] III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de La Pampa, Santa Rosa - La Pampa 1991, Recomendación 3 de la Comisión N° 3, citado por Alterini, Atilio A. y López Cabana, Roberto M., *Ob. Cit.* pág. 9.

[48] XII Jornadas de Derecho Civil, San Carlos de Bariloche 1989, Recomendación 7 - 2° párrafo, de la Comisión N° 3, citado por Alterini, Atilio A. y López Cabana, Roberto M., *Ob. Cit.* pág. 9.

[49] Alterini, Atilio A. y López Cabana, Roberto M., *Ob. Cit.* págs. 10/11.

- [50] Parellada, Carlos, "Cláusulas limitativas de la responsabilidad y de rescisión unilateral y derecho de los consumidores" en "Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. Homenaje al Profesor Roberto López Cabana", Ed. Abeledo - Perrot, 2001, pág. 879.
- [51] Venini, Juan C. y Venini, Guillermina, "La resolución por incumplimiento, la rescisión unilateral, y los estándares de buena fe y abuso de derecho", en J.A. Tomo 1991 - II, pág. 802. En este trabajo los autores citan a Videla Escalada, quien considera que, si se pretende alcanzar un resultado verdaderamente eficaz y darle a la teoría de la causa el enfoque más correcto, se hace necesario agregar a ese motivo repetido siempre en todas las hipótesis de la misma figura, los demás móviles que conforman la intención de las partes.
- [52] Venini, Juan C. y Venini, Guillermina, *Ob. Cit.*, pág. 805.
- [53] Alterini, Atilio A. y López Cabana, Roberto M., *Ob. Cit.* pág. 15.
- [54] Lorenzetti, Ricardo Luis, "Abuso del derecho, contratos de duración y distribución de bienes" en Rev. de Derecho Privado y Comunitario N° 16, Rubinzal - Culzoni, pág. 115.
- [55] Este criterio surge en Prusia en 1794, con el artículo 36 de su Código, en el que se dispuso que: "El que ejerce un derecho conforme a las leyes no es responsable de los daños que resultan de ese ejercicio", y que se complementó con el art. 37 que rezaba: "Pero él debe la reparación cuando resulta claramente de las circunstancias que, entre las diversas maneras posibles de ejercer su derecho, él ha elegido, con el designio de dañar a otro, la que podía perjudicar a éste". Lorenzetti, Ricardo Luis, *Ob. Cit.*, pág. 121.
- [56] Criterio sentado por el Código polaco de 1934, art. 135: "Quien intencionalmente o por culpa, ha causado un daño a otro en ejercicio de un derecho, está obligado a repararlo si ha excedido los límites establecidos por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho le ha sido conferido".
- [57] Criterio consagrado en el Código del Distrito Federal mexicano, artículo 1912, que indica que: "cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho solo se ejerció a fin de causar daño, sin utilidad para el titular del derecho". Del análisis de este artículo surge más bien que al criterio del dolo, es decir la intención de dañar, se le agrega otro elemento, que sería la falta de beneficio en favor de quien ejerce el derecho; el dañar por el solo hecho de dañar.
- [58] Josseland, Louis, "Del abuso de los derechos y otros ensayos", Ed. Temis, Bogotá, 1982, pág. 4 citado por Lorenzetti, Ricardo Luis, *Ob. Cit.*, pág. 122.
- [59] Criterio introducido por el Código brasileño en su artículo 160: "no constituyen actos ilícitos: 1º. Los practicados en legítima defensa, o ejercicio regular de un derecho reconocido".
- [60] En este supuesto y en cuanto a la legislación argentina respecta, debe hacerse referencia a lo dispuesto por el artículo 1071 de nuestro Código Civil: "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".
- [61] Alterini, Atilio Aníbal, *Ob. Cit.* pág. 129. Se denomina contrato discrecional o paritario a aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas de común acuerdo por todas las partes. Las partes lo celebran en situación de igualdad jurídica, con poder de negociación equivalente, discuten detalladamente sus cláusulas y terminan dándose la mano a modo de conclusión del contrato.
- [62] Es el supuesto de las notas de pedidos, contratos de cobertura médica, etc.; en los que se llega a la interpretación, un tanto absurda, de que el destinatario es quien ofrece al predisponente celebrar el contrato y es éste último quien acepta la oferta.
- [63] Alterini, Atilio Aníbal, *Ob. Cit.* pág. 131.
- [64] En el caso de la ley española 7/98 sobre Condiciones Generales de la Contratación, en su art. 5.4. se ajusta a los criterios de "transparencia, claridad, concreción y sencillez", mientras en su art. 7-b descalifica a "las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles".
- [65] El ejemplo que podría tomarse como el más claro del caso de adhesión sin necesidad de expresión de voluntad, es el que se produce en la Argentina, donde luego del proceso de privatización de las empresas estatales, la mayoría de los servicios públicos son prestados por empresas en condiciones monopólicas y excluyentes, dejando de lado cualquier tipo de posibilidad de aceptar o rechazar la oferta.
- [66] Lorenzetti, Ricardo Luis, *Ob. Cit.*, pág. 98.
- [67] Lavalle Cobo, Jorge E. y Lavalle Cobo, Dolores, "El contrato de distribución y su rescisión unilateral", en L.L. 1992-E, pág. 110.
- [68] Manago, José Antonio, "Franchising y defensa de la competencia", en La Ley T 1993-C, pág. 652, citando también las Octavas Jornadas de Derecho Civil de La Plata 1981 y citando a Alterini, Atilio A. y López Cabana, Roberto M., "La autonomía de la voluntad en el contrato moderno", Ed. Abeledo-Perrot, 1989.
- [69] Miquel, Juan M., *Ob. Cit.*, pág. 149.
- [70] Miquel, Juan M., *Ibid.*
- [71] Martorell, Ernesto E., "Tratado de los Contratos de Empresa" T I, Ed. Lexis Nexis - Depalma, pág. 307.
- [72] Martorell, Ernesto E., *Ibid.*
- [73] Holand, "El esquema contractual del franchising", pág. 57 citado por Martorell, Ernesto E., "Tratado de los Contratos de Empresa" T III, Ed. Lexis Nexis - Depalma, pág. 569.
- [74] Martorell, Ernesto E., *Ibid.*
- [75] Böhmer, Martín F., "Un análisis del franchising. Una crisis metodológica" en La Ley 1992-B-1224/9 citado por Martorell, Ernesto E., "Tratado de los Contratos de Empresa" T III, pág. 575.
- [76] Ver Marzorati, Osvaldo J., "Sistemas de distribución comercial", págs. 216/248.



- [77]Martorell, Ernesto E., *“Tratado de los Contratos de Empresa”* Tomo III, Ed. Lexis Nexis - Depalma, 2000, pág. 580. Resulta de gran atractivo la discusión generada a raíz de los conceptos vertidos por Marzorati en sus diferentes obras y que tanto Martorell como Böhmer, critican acaloradamente.
- [78]Alterini, Atilio Anibal, *“Contratos civiles - comerciales - de consumo. Teoría General”*, Ed. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1999, pág. 612. El autor citado postula que, al menos en principio, tanto la actividad precontractual como la actividad postcontractual, se encuentran comprendidas entre los supuestos excluidos de la responsabilidad contractual.
- [79]Lalou, Henri, *“Traité pratique de la responsabilité civile”*, Paris, 1949, citado por Alterini, Atilio Anibal, *“Responsabilidad Civil”*, págs. 33 y 34. El autor citado sostiene que, de una manera general, las relaciones entre los contratantes son regidas por los principios de la relación delictual (aquiliana) cuando una culpa es cometida y probada antes del contrato, después del contrato o al costado del contrato.
- [80]Kleidermacher, Jaime L., *Ob. Cit.*, pág. 181.
- [81] Kleidermacher, Jaime L., *Ob. Cit.*, pág. 182.
- [82]Kleidermacher, Jaime L., *Ibid.*
- [83]Kleidermacher, Jaime L., *Ob. Cit.*, pág. 184.
- [84]Haller, Thierry de, *“Le contrat du franchise en droit suisse”*, Impremeries Populaires Lausanne, 1978, págs. 139 y 140, citado por Kleidermacher, Jaime L., en *Ob. Cit.*, pág. 184. Expresa el autor citado que, sin embargo, no todos los elementos que forman parte del *know how* pueden ser considerados como secretos, ya que algunos son de dominio público e incluso pueden ser utilizados de igual manera por otros sistemas de franchising que operan en la misma actividad económica. Es por ello que debe analizarse cada caso concreto y determinar si el proceso que divulga el ex-franquiciado puede considerarse como secreto o no.
- [85]Kleidermacher, Jaime L., *Ibid.*
- [86] Con el fin de evitar este aprovechamiento de los beneficios residuales de la franquicia, suele verse en diarios o publicaciones periódicas de amplio tiraje, avisos publicados por los franquiciantes mediante los cuales dan aviso a la clientela, que tal o cual miembro de la red ya no pertenece mas a la misma y de esa manera evitar confusiones. Un ejemplo claro es el de las estaciones de servicios en las que en numerosas oportunidades se mantienen los colores que originariamente identificaban a la red de franquicia y el público ingresa a éstas creyendo que aún es parte de esa red.
- [87]Farina, Juan M., *“Rescisión y resolución de contratos”*, Ed. Orbir, 1965, pág. 15.
- [88]Farina, Juan M., *Ob. Cit.* pág. 16.
- [89]Farina, Juan M., *Ob. Cit.*, pág. 19.
- [90]Alterini, Atilio A. y López Cabana, Roberto M., *“La rescindibilidad unilateral en los contratos de colaboración empresarial”* en Rev. del Foro de Cuyo N° 2, Ediciones Dike, 1991. pág. 7.
- [91]Alterini, Atilio A. y López Cabana, Roberto M., *Ob. Cit.* pág. 8.
- [92] Lavalle Cobo, Dolores y Lavalle Cobo, Jorge, *“Contrato de distribución: deberes de las partes durante el plazo de preaviso de rescisión”* en La Ley 1996-B-337 citado por Molina Sandoval, Carlos A., *“El derecho de daños en el negocio de franquicia”*, Rubinzal - Culzoni Editores, 2001, pág. 124.
- [93]Kahn, Michel, *“Franchising y partenariado”*, Ed. Astrea, 1998, pág. 141.
- [94]Farina, Juan M., *Ob. Cit.*, págs. 17 y 87/88.
- [95]Lorenzetti, Ricardo Luis, *Ob. Cit.*, pág. 114.
- [96]Lorenzetti, Ricardo Luis, *Ob. Cit.*, pág. 115.
- [97] C.S.J.N., *“Automóviles Saavedra S.A. c/ Fiat Argentina S.A.”*, 04/08/1988, en La Ley 1989-B-1.
- [98]Farina, Juan M., *“Resolución del contrato en los sistemas de distribución”*, Ed. Astrea, pág. 86.
- [99]Farina, Juan M., *Ob. Cit.*, pág. 87.
- [100]Weingarten, Celia, *“Efectos jurídicos de las sucesivas renovaciones de un contrato de concesión de plazo cierto y determinado”*, nota al fallo de la C.N.Com., sala B, 11/05/95 *“Marquinez y Perrotta c/ ESSO S.A.P.A.”* publicado en La Ley 1995-D-632.
- [101]C.N.Com., sala B, 24/02/2005, *“Contreras, Pablo c/ Pepsico Snack Argentina S.A.”* voto de la Dra. Piaggi, en La Ley, 2005-B, pág. 421/422.
- [102]Ver Capítulo Tercero, punto II 2) *“Rescisión unilateral del contrato con plazo determinado e indeterminado”*.
- [103]Marzorati, Osvaldo J., *“Franchising”*, Ed. Astrea, pág. 106.
- [104]Marzorati, Osvaldo J., *“Sistemas de distribución comercial”*, pág. 268.
- [105]Farina, Juan M., *Ob. Cit.* pág. 133.
- [106]Núñez, Eliana A. y Tanzi, Silvia Y., *“Contrato de Franquicia”*, en López Cabana, Roberto M., *“Contratos especiales en el Siglo XXI”*, Ed. Abeledo - Perrot, 1999. pág. 85. Las autoras citadas, consideran que para el caso en que se omitiere otorgar el preaviso estipulado, quien sufre la rescisión tendría derecho a una reparación equivalente a las ganancias que dejó de percibir en ese periodo de tiempo.
- [107]C.N.Com., sala D, 22/05/2001, *“José Morandeira S.A. c/ Nobleza Piccardo S.A.”*, en Rev. de Responsabilidad Civil y Seguros de La Ley, T-2001, con nota de Molina Sandoval, Carlos A., pág. 540. El fallo acepta parcialmente lo establecido en el art. 1373 del Proyecto de Cód. Civil Unificado de 1998, que establece que el plazo de preaviso debe ser de un mes por cada año de vigencia del contrato, hasta un máximo de seis meses. En el caso concreto, la actora llevaba 47 años de contrato y la cámara optó por considerar como plazo de preaviso el de 18 meses, pues resulta ilógico pretender un preaviso de 47 meses; ninguna empresa puede decidir 4 años antes las políticas a adoptar para con sus franquiciados.
- [108]C.N.Com., sala C, 30/05/2003 *“Méndez, Daniel c/ Manuel Tienda León S.A.”*. La Ley, T. 2003-E, 08/09/2003, pág. 5/6.
- [109]C.N.Com., sala C, 12/04/2002, *“Russo, Héctor c/ Lineas Aéreas Paraguayas s/ Ordinario”*.
- [110]Kleidermacher, Jaime L., *Ob. Cit.*, págs. 167/168.

- [111]Hocman, Heriberto y Turrin, Daniel, “*El preaviso en los contratos de colaboración de plazo indeterminado*”, ponencia en el Primer Congreso de Derecho Comercial, Buenos Aires, 1990 citado por Kleidermacher, Jaime L., *Ob. Cit.* pág. 168.
- [112]Marzorati, Osvaldo J., “*Franchising*”, Ed. Astrea, pág.107.
- [113]C.N.Com., sala C, 30/05/2003 “*Méndez, Daniel c/ Manuel Tienda León S.A.*”. La Ley T. 2003-E, 08/09/2003, pág 5/6. En el fallo citado, el contrato tenía un plazo de duración determinado de dos años, la cláusula que facultaba al franquiciante a ejercer la facultad rescisoria preveía un plazo de preaviso de quince días. Debe tenerse en cuenta que el franquiciante decidió rescindir el contrato cuando aún faltaban trece meses para la finalización del plazo estipulado. Tal circunstancia es particularmente relevante, pues cabe suponer que el franquiciado tenía la legítima expectativa de obtener las ganancias acordadas hasta la finalización del plazo convenido.
- [114] C.S.J.N., “*Automóviles Saavedra S.A. c/ Fiat Argentina S.A.*” (considerando 15), 04/08/1988, en La Ley 1989-B, pág. 16.
- [115] C.S.J.N., “*Cherr Hasso c/ The Seven Up*”, en E.D., Tomo 145, págs. 745/765.
- [116]Farina, Juan M., *Ob. Cit.* pág. 135.
- [117]Farina, Juan M., *Ob. Cit.* pág. 177. El autor citado compara y pone en un plano de igualdad el preaviso contractual comercial con el preaviso laboral. Con esto pretende poner al franquiciado en un lugar idéntico al del trabajador, haciendo referencia que al trabajador se le conceden ciertas horas de trabajo para que disponga de ellas buscando una reinserción laboral y que esto no ocurre con el franquiciado; olvidando que estamos hablando de comerciantes o empresarios, que pretenden iniciar un negocio, y de ninguna manera nos encontramos frente a “empleados” que se encuentran en relación de dependencia y que gocen de un régimen de preaviso laboral.
- [118]Lorenzetti, Ricardo Luis, “*Abuso del derecho, contratos de duración y distribución de bienes*” en Rev. de Derecho Privado y Comunitario N° 16, Rubinzal - Culzoni, 1998, págs. 118/119.
- [119]Kahn, Michel, *Ob. Cit.*, pág. 146.
- [120]Kahn, Michel, *Ob. Cit.*, pág. 147.
- [121]Kahn, Michel, *Ibid.*
- [122] Molina Sandoval, Carlos A., “*El derecho de daños en el negocio de franquicia*” en Rev. de Derecho de Daños, T. 3, Rubinzal - Culzoni, 2001, pág. 147.
- [123]Marzorati, Osvaldo J., “*Franchising*”, Ed. Astrea, pág.110.
- [124] Opina en forma contraria Farina, quien expresa que la clientela de un local comercial es una propiedad, un bien susceptible de valor vinculado a un fondo de comercio y no a una marca. Además la clientela no solo comprende al conjunto de clientes más o menos habituales sino también la aptitud o facultad del establecimiento para atraer y conservar la clientela. Farina, Juan M., *Ob. Cit.* pág. 192/193.
- [125]Guyénot, “*Les contrats de concession commerciale*”, págs. 400, 404 y 405, citado por Marzorati, Osvaldo J., “*Franchising*”, pág.111.
- [126]Champaud, “*La concession commerciale*”, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, XV-1963-447, citado por Marzorati, Osvaldo J., “*Franchising*”, pág.111.
- [127]Molina Sandoval, Carlos A., *Ob. Cit.*, págs. 149/150.
- [128]Kleidermacher, Jaime L., *Ob. Cit.*, pág. 199.
- [129]Marzorati, Osvaldo J., “*Franchising*”, Ed. Astrea, pág.108.
- [130] Cabe la aclaración, pues si se tratara de una resolución por causa de incumplimiento por parte del franquiciado o por causas normales, entonces este debería hacerse cargo del stock como parte de los riesgos que asume.
- [131]Kleidermacher, Jaime L., *Ob. Cit.*, pág. 196.
- [132]Kleidermacher, Jaime L., *Ibid.*
- [133] Haller, Thierry de, “*Le contrat du franchise en droit suisse*”, Impremeries Populaires Lausanne, 1978, págs. 137 y 138, citado por Kleidermacher, Jaime L., en *Ob. Cit.*, pág. 196.
- [134]Molina Sandoval, Carlos A., *Ob. Cit.*, pág. 143.
- [135]Molina Sandoval, Carlos A., *Ibid.*
- [136]Molina Sandoval, Carlos A., *Ob. Cit.*, pág. 144.
- [137]Kleidermacher, Jaime L., *Ob. Cit.*, pág. 199.
- [138]Genesio, Diego M., “*Daños y perjuicios en la rescisión unilateral del contrato de distribución*”, en La Ley 2005-C, págs. 822/828.
- [139]Molina Sandoval, Carlos A., *Ob. Cit.*, pág. 150.
- [140]Genesio, Diego M., *Ob. Cit.*
- [141]Caivano, Roque J., “*La ruptura intempestiva del contrato de distribución y la obligación de indemnizar*”, en La Ley, 1994-D, pág. 117.
- [142]Caivano, Roque J., *Ibid.*
- [143]C.N.Com., sala C, 14/10/2005, “*Cordis Corporation c/ Sistemas Médicos S.A.*”, en J.A. T 2006-I, pág. 303. Este es el caso mas reciente en el cual el distribuido otorgó un plazo de preaviso de seis meses y una indemnización por lucro cesante equivalente a los ingresos que hubiera obtenido el distribuidor en caso que el contrato hubiera continuado. Sin embargo, la sala C consideró que luego de una relación comercial de dos décadas, difícilmente el distribuidor podría recomponer su hacienda empresarial para un nuevo negocio, o al menos de la envergadura del que tenía. Por lo tanto, la sala consideró que el preaviso debió haber sido de un año.
- [144]El tratamiento del tema de los costos laborales es expuesto en este trabajo desde la óptica del franquiciado, sin perjuicio de la potencial solidaridad laboral del franquiciante con el franquiciado frente al trabajador y que ha sido objeto de numerosos fallos de las Cámaras Laborales en los últimos tiempos.

- [145]Molina Sandoval, Carlos A., “*Contrato de distribución comercial: la cuestión indemnizatoria por ruptura intempestiva*” en Rev. de Responsabilidad Civil y Seguros, T-2001, La Ley, Pág. 541.
- [146] C.N.Com., sala B, 11/04/1995, “*Marquinez y Perrota c/ Esso SAPA*”, La Ley 1995-D, pág. 634.
- [147]Molina Sandoval, Carlos A., “*El derecho de daños en el negocio de franquicia*” en Rev. de Derecho de Daños, T. 3, Rubinzal - Culzoni, 2001, pág. 147.
- [148]Molina Sandoval, Carlos A., *Ibid.*
- [149]Kleidermacher, Jaime L., *Ob. Cit.*, pág. 197.
- [150]C.N.Com., sala D, 22/05/2001, “*José Morandeira S.A. c/ Nobleza Piccardo S.A.*”, del voto del Dr. Cuartero; en Rev. de Responsabilidad Civil y Seguros La Ley, T-2001, pág. 554.
- [151]Cazeaux, Pedro N. - Trigo Represas, Félix A., “*Derecho de las Obligaciones*”, T.1, 2da. Ed., Editorial Platense, 1975, pág. 368 citado por Genesio, Diego M., *Ob. Cit.* nota 30.
- [152] Código Civil, artículo 522: “*En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso*”.
- [153]Gregorini Clusellas, Eduardo L. “*Contratos de distribución. La reparación por su ruptura intempestiva y la intempestividad de la ruptura*”, en La Ley, T-1995-B. Pág. 176.
- [154]C.N.Com., sala B, 24/02/2005, “*Contreras, Pablo c/ Pepsico Snack Argentina S.A.*” del voto de la Dra. Piaggi, considerando V.- g), en La Ley 2005-B, págs. 421/422.
- [155]Brown, Harold citado por Kleidermacher, Jaime L., *Ob. Cit.*, pág. 203.
- [156]Kleidermacher, Jaime L., *Ob. Cit.*, pág. 203.
- [157] II Jornadas Mendocinas de Derecho Civil, ponencia de Susana Da Dalt de Rey y Claudia Silvina Ferroni, citado por Rivera, Julio Cesar, “*Cuestiones vinculadas a los contratos de distribución*” en Rev. de Derecho Privado y Comunitario N° 3, Rubinzal - Culzoni, 1993, pág. 175.
- [158]Lorenzetti, Ricardo Luis, “*Abuso del derecho, contratos de duración y distribución de bienes*” en Rev. de Derecho Privado y Comunitario N° 16, Rubinzal - Culzoni, 1998, pág. 105.
- [159]Kemelmajer de Carlucci, Aída, “*Daños causados por los dependientes*”, Hammurabi, Buenos Aires, pág. 87 citada por Lorenzetti, Ricardo Luis, “*Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad*” en Rev. de Derecho Privado y Comunitario N° 17, Rubinzal - Culzoni, 1998, pág. 248.
- [160]Kahn, Michel, *Ob. Cit.*, pág. 148.
- [161] En estos casos, y atento que el franquiciante en muchas oportunidades tiene la facultad de revisar y aprobar los contratos que firma el franquiciado, puede preverse también en esos contratos la inmediata sustitución del franquiciado por el franquiciante.
- [162]Zunino, Jorge Osvaldo, “*Fondo de Comercio. Régimen legal para su transferencia*”, Ed. Astrea, pág. 43.
- [163]Zunino, Jorge Osvaldo, *Ob. Cit.* Pág. 44 y 46.
- [164]Zunino, Jorge Osvaldo, *Ob. Cit.* Pág. 48 y 49.
- [165]Zunino, Jorge Osvaldo, *Ob. Cit.* Pág. 49.
- [166]Zunino, Jorge Osvaldo, *Ob. Cit.* Pág. 50.
- [167] Art. 1 Ley 11.867: “*Declárase elementos constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio, a los efectos de su transmisión por cualquier título: las instalaciones, existencias en mercaderías, nombre y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística*”.
- [168]Zunino, Jorge Osvaldo, *Ob. Cit.* Pág. 51.
- [169]Zunino, Jorge Osvaldo, *Ob. Cit.* Pág. 55.
- [170]Satanowsky, Marcos, “*Tratado de derecho comercial*”, T. III, pág. 177 citado por Zunino, Jorge Osvaldo, *Ob. Cit.* Pág. 59.
- [171]Zunino, Jorge Osvaldo, *Ob. Cit.* Pág. 59.
- [172]Zunino, Jorge Osvaldo, *Ob. Cit.* Pág. 63.
- [173]Zunino, Jorge Osvaldo, *Ob. Cit.* Pág. 64.
- [174]Ver punto I.-2)c) Clientela.
- [175]Fernández, Raymundo L., “*Código de Comercio comentado*”, T. II, pág. 344 citado por Zunino, Jorge Osvaldo, *Ob. Cit.* Pág. 65.
- [176]Satanowsky, Marcos, “*Tratado de derecho comercial*”, T. III, pág. 155 citado por Zunino, Jorge Osvaldo, *Ob. Cit.* Pág. 67.
- [177] Parellada, Carlos, *Ob. Cit.*, pág. 878.
- [178]López de Zavalía, “*Teoría de los contratos. Parte General*”, pág. 276, citado por Farina, Juan M., “*Resolución del contrato en los sistemas de distribución*”, Ed. Astrea, págs. 75/76.
- [179] Véase Farina, Juan M., *Ob. Cit.* pág. 192/193.
- [180]C.N.Com., sala C, 14/10/2005, “*Cordis Corporation c/ Sistemas Médicos S.A.*”, en J.A. T 2006-I, pág. 303/310.