Citar ABELEDO PERROT Nº: AP/DOC/852/2015

CONTRATOS DE COMERCIALIZACIÓN ~ Distribución

Autores: Gregorini Clusellas, Eduardo L.; Gregorini, Leonardo Rafael
Título: Contratos de distribución en el nuevo Código Civil y Comercial: agencia, concesión comercial y franquicia
Fecha: 2015-09-23
Publicado: SJA 2015/09/23-3 ; JA 2015-III

I. ANTECEDENTES. CONSIDERACIONES GENERALES. LA DISTRIBUCIÓN

La regulación sobre las formas de distribución comercial carece de antecedentes normativos en el derecho autóctono. No obstante, los antecedentes doctrinales y jurisprudenciales fueron conformando una regulación pretoriana que, sumada a los igualmente valiosos antecedentes de los proyectos previos de unificación del derecho privado, desembocan en su recepción por la ley 26.994. Dicha ley sanciona el Código Civil y Comercial de la Nación, que comenzó a regir el 1º de agosto de 2015 y en cuyos Fundamentos del Anteproyecto, con referencia a los contratos de "Agencia, concesión y franquicia" se expresa: "Para la regulación de estos contratos con finalidad distributiva se ha seguido el Proyecto de 1998, con modificaciones para adoptarlo a nuevas modalidades que se han desarrollado en los últimos años, así como la experiencia que aporta el derecho comparado con nuevas leyes, y la labor de Unidroit"(1). La regulación reconoce tres formas de distribución comercial, que si bien tienen afinidades entre sí, en particular las de concesión y franquicia, también muestran características que las diferencian claramente. Las relaciones reguladas parten del supuesto de un productor de bienes o servicios generalmente relevante en el mercado en que opera, al que sujetos independientes se comprometen mediante un contrato de duración (art. 1011), de tiempo variable, según los casos, a promover negocios por su cuenta (agencia) o bien comercializar con su organización empresaria de acuerdo con las condiciones acordadas, los bienes y servicios del productor (concesión y franquicia). En la franquicia, la subordinación al esquema de negocios del productor será más intensa y casuista que en la concesión y la ley contempla supuestos específicos de esta última figura (art. 1513). La autonomía empresaria entre las partes se proclama como supuesto, más allá de la estrecha relación de integración vertical que se establece. Fruto de esa autonomía resultará el consecuente deslinde de las responsabilidades de una y otra parte frente a terceros que se resalta, así como la necesaria duración mínima del contrato, que procura limitar las estipulaciones abusivas que desconozcan el tiempo necesario para recuperar la inversión. El plazo obligatorio se complementa con el imperativo preaviso de finalización de la relación sin plazo, para mitigar daños, que, en caso de omisión o ruptura intempestiva, darán lugar a una indemnización tabulada, que antes de la regulación la jurisprudencia evaluaba las circunstancias para aplicar. En síntesis, el cuidado armonioso y recíproco de los intereses de las partes es la característica destacada como objetivo de estos contratos, una finalidad que el marco regulatorio establecido procura preservar.

Históricamente, la doctrina cubría estos contratos bajo el rótulo general de distribución comercial, comprendiendo dentro de él las formas de agencia, distribución propiamente dicha, concesión y franquicia o franchising. La distribución propiamente dicha no aparece tipificada en el Código, pero se la menciona tangencialmente en el art. 1511, inc. b, disponiendo a su respecto la aplicación de las normas referentes a la concesión. Como características distintivas entre la distribución y la concesión se señala que el concesionario goza de exclusividad zonal y de productos y tiene a su cargo los servicios y la garantía de los productos que comercializa, que son obligaciones que el distribuidor generalmente no asume y el concesionario debe cumplir.

Las características comunes a todos estos contratos de distribución son:

a) Existencia de dos empresas u organizaciones autónomas.

b) El vínculo de cooperación para un objetivo común de comercialización y penetración en el mercado.

c) La permanencia o duración de la relación.

d) Relación contractual bilateral, onerosa y conmutativa.

e) Comercialización de la producción de bienes y servicios de una de las empresas por la otra mediante una integración vertical que se establece.

f) En general, se celebran por adhesión a las condiciones establecidas o prerredactadas por la parte cuyos bienes

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

o servicios se comercializan (2).

II. CONTRATO DE AGENCIA

Se define estableciendo que hay contrato de agencia cuando una parte denominada agente se obliga a promover negocios por cuenta de otra denominada preponente o empresario de manera estable, continuada e independiente, sin que medie relación laboral alguna, mediante una retribución, sin asumir el riesgo de los negocios ni la representación del preponente (art. 1479). La relación que se regula es de índole comercial, ajena al derecho laboral, como sería el caso de los viajantes de comercio (sobre la relación con el derecho laboral, ver IX, "Conclusiones"). Por ello puede afirmarse que el agente es un promotor de negocios, un intermediario independiente que no representa, en principio, al preponente ni asume el riesgo de los negocios que promueve (3).

a) Características

Las características del contrato son las de ser: a) bilateral: las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra (art. 966); b) oneroso: las ventajas que se procuran a una de las partes les son concedidas por prestaciones que se obliga a hacer a la otra (art. 967 y 1486); c) conmutativo: pues las ventajas para los contratantes son ciertas (art. 968); d) formal: debe instrumentarse por escrito (art. 1479, parte final); e) Nominado y típico: a partir de la sanción del Código (art. 970). Antes se consideraba nominado por los usos y costumbres; f) de duración sin plazo legal determinado: la relación entre partes independientes entre sí debe ser estable y continuada e implícitamente duradera (art. 1479), pero, excepto pacto en contrario, se entiende establecida por tiempo indeterminado (4) (art. 1491). Si se hubiese convenido plazo, producido el vencimiento de él, el contrato se torna de plazo indeterminado (art. 1491). La estabilidad del agente como valor entendido se preserva a través de la exigencia de preaviso para el finiquito contractual en los contratos por tiempo indeterminado, obligación que se impone a cualquiera de las partes y no sólo a favor del agente. Se busca así mitigar los daños de la ruptura y posibilitar al agente la continuidad de su actividad con otras preponentes. Dispone al respecto el art. 1492 que "El plazo de preaviso debe ser de un mes por cada año de vigencia del contrato. El final del plazo de preaviso debe coincidir con el final del mes calendario en el que aquél opera. Las disposiciones establecidas se aplican a los contratos de duración limitada transformados en contratos de duración ilimitada, a cuyo fin en el cálculo del plazo de preaviso debe computarse la duración limitada que le precede. Las partes pueden prever los plazos de preaviso superiores a los establecidos en la ley". A "contrario sensu" se está disponiendo que no podrán ser inferiores, pues, de establecerse, serán nulos. La omisión del preaviso otorga a la otra parte derecho a la indemnización por las ganancias dejadas de percibir en el período en que debió preavisar (art. 1493) (5); g) "intuitu personae". El agente se considera designado por sus condiciones especiales, por ello no puede instituir subagentes, salvo consentimiento expreso del empresario. En caso de autorizarse su intervención, el agente responderá solidariamente por la actuación del subagente, que no tendrá vínculo directo con el empresario (art. 1500). Las relaciones entre agente y subagente serán regidas por las normas establecidas para la relación entre agente y preponente (art. 1500); h) generalmente se celebra por adhesión a las cláusulas generales predispuestas por el preponente o empresario (art. 984).

b) Obligaciones del agente y del empresario

1.— Del agente

a) Velar por los intereses del empresario y actuar de buena fe en el ejercicio de sus actividades (art. 1483, inc. a). La referencia a la buena fe, aunque sea inobjetable, parece redundante, en cuanto se exige para el ejercicio de todos los derechos (art. 90) y en particular para los contratos en general (art. 961), correspondiendo su cumplimiento a ambas partes.

b) Ocuparse con la diligencia del buen hombre de negocios de la promoción y, en su caso, de la correcta conclusión de los actos u operaciones que le encomendaron (art. 1483, inc. b). Resulta obvio que la referencia al buen hombre de negocios apunta a la comparación específica con el profesional agente dedicado y cumplidor y no cualquier hombre de negocios.

c) Cumplir su cometido de conformidad con las instrucciones recibidas del empresario y transmitir a éste toda la información de la que disponga relativa a su gestión (art. 1483, inc. c). El deber de cumplir las instrucciones no modifica su condición de empresario independiente. Se impone una colaboración activa tanto en la ejecución de las instrucciones como en el reporte informativo. Una conducta negligente en el cumplimiento de estas obligaciones puede hacer pasible de responsabilidad por incumplimiento del agente (art. 1084), además de ser causal de resolución contractual.

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

d) Informar al empresario, sin retraso, de todos los negocios tratados o concluidos y, en particular, lo relativo a la solvencia de los terceros con los que se proponen o se concluyen operaciones (art. 1483, inc. d), esto último como parte de las prestaciones a su cargo.

e) Recibir en nombre del empresario las reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos o de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque él no las haya concluido, y transmitírselas de inmediato (art. 1483, inc. e). Si bien el agente no representa, en principio, al preponente (art. 1485), sólo a los fines de ser receptor de los reclamos, la ley lo habilita expresamente.

f) Asentar en su contabilidad en forma independiente para individualizar las cuentas, los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe (art. 1483, inc. f). La individualización de cuentas se impone entre agente y preponentes, así como respecto de cada preponente individualmente.

g) Debe asumir los gastos de su actividad. Salvo pacto en contrario, no tiene derecho al reembolso de las erogaciones que origine el ejercicio de su actividad (art. 1490). Ellas forman parte del riesgo empresario a su cargo y su condición de empresario independiente.

h) Debe abstenerse de promover negocios que compitan con los del empresario. Si bien puede contratar sus servicios con varios empresarios, no puede aceptar operaciones del mismo ramo de negocios o que resulten en competencia con las de uno de sus preponentes, salvo autorización expresa (art. 1481). Asimismo, "las partes pueden pactar cláusulas de no competencia del agente para después de la finalización del contrato, si éste prevé la exclusividad del agente en el ramo de negocios del empresario. Son válidas en tanto no excedan de un año y se apliquen a un territorio o grupo de personas que resulten razonables, habida cuenta de las circunstancias" (art. 1499). Similar previsión se contempla respecto del franquiciado (art. 1522, "in fine"). La pauta de validez de la cláusula limitativa será su razonabilidad y el hecho de no configurar abuso de posición dominante.

i) Riesgo de las operaciones y garantía limitada del agente. El agente no asume el riesgo de las operaciones que promueve. Tampoco puede constituirse en garante de la cobranza al cliente presentado al empresario, sino hasta el límite del importe de la comisión que se le hubiese adelantado o hubiese cobrado en virtud de la operación concluida por el principal (arts. 1479 y 1482). Esta disposición establece un límite infranqueable a la garantía que puede asumir el agente sobre el negocio que promueve e implica una revisión respecto del Proyecto de 1998, que en su art. 1363 la permitía, mediante pacto escrito y una retribución adicional para el agente, pero establecía que se podía reducir judicialmente la garantía pactada según las circunstancias y en la medida en que fuese desproporcionada con la retribución.

Carencia de representación

En su relación con el empresario, el agente no lo representa a los fines de la conclusión y ejecución de los contratos que promueve, salvo para recibir las reclamaciones de terceros (art. 1483, inc. e), "para cobrar los créditos resultantes de su gestión necesita poder especial, pero en ningún caso puede conceder quitas o esperas ni consentir acuerdos, desistimientos o avenimientos concursales, sin facultades expresas, de carácter especial, en las que conste en forma específica el monto de la quita o el plazo de la espera. Se prohíbe al agente desistir de la cobranza de un crédito del empresario en forma total o parcial" (art. 1485). Si bien la redacción del artículo parece encerrar una incongruencia, la interpretación lógica debiera ser que la única forma en que puede conceder una quita total o parcial o espera es con poder especial que determine la facultad, indicando el monto de la quita o el plazo de la espera.

2.— Del empresario

Debe:

a) Actuar de buena fe, y hacer todo aquello que le incumbe, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, para permitir al agente el ejercicio normal de su actividad. Valen al respecto las mismas consideraciones efectuadas respecto de la exigencia de buena fe del agente (art. 1484, a) pues la fidelidad debe ser recíproca.

b) Poner a disposición del agente con suficiente antelación y en la cantidad apropiada, muestras, catálogos, tarifas y demás elementos de que se disponga y sean necesarios para el desarrollo de las actividades del agente (art. 1484, b).

c) Pagar la remuneración pactada (art. 1484, inc. c), en los términos y condiciones convenidos y establecidos legalmente (arts. 1486/1489).

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

Respecto de la remuneración, si no hay pacto expreso, que, salvo abuso, será exigible, el agente debe percibir una comisión variable según el volumen o el valor de los actos y contratos promovidos o, en su caso, concluidos por el agente, conforme con los usos y prácticas del lugar de actuación del agente (art. 1486).

La base para el cálculo se regula disponiendo: "Cualquiera sea la forma de la retribución pactada, el agente tiene derecho a percibirla por las operaciones concluidas con su intervención, durante la vigencia del contrato de agencia y siempre que el precio sea cobrado por el empresario. En las mismas condiciones también tiene derecho: a) si existen operaciones concluidas con posterioridad a la finalización del contrato de agencia; b) si el contrato concluye con un cliente que el agente presentara anteriormente para un negocio análogo, siempre que no haya otro agente con derecho a remuneración; c) si el agente tiene exclusividad para una zona geográfica o para un grupo determinado de personas, cuando el contrato se concluye con una persona perteneciente a dicha zona o grupo, aunque el agente no lo promueva, excepto pacto especial o expreso en contrario" (art. 1487). Los supuestos a) y b) son presunciones legales de intervención del agente en la promoción del negocio y la hipótesis; c) es consecuencia directa de la exclusividad temporal, geográfica o de personas que, salvo pacto en contrario, hace propios del agente los negocios comprendidos por la exclusividad, con prescindencia de su intervención efectiva en ellos.

Devengamiento de la comisión

Al respecto se dispone: "El derecho a la comisión surge al momento de la conclusión del contrato con el tercero y del pago del precio al empresario. La comisión debe ser liquidada al agente dentro de los veinte días hábiles contados a partir del pago total o parcial del precio al empresario. Cuando la actuación del agente se limita a la promoción del contrato, la orden transmitida al empresario se presume aceptada a los fines del derecho a percibir en el futuro la remuneración, excepto rechazo o reserva formulada por éste en el término de uso o, en su defecto, de quince días previsto en el art. 1484, inc. d)" (art. 1488).

Se admite establecer la remuneración sujeta a la ejecución del contrato y la disposición a respectiva es válida, si es expresamente pactada (art. 1489).

d) Comunicar al agente dentro del plazo de uso o, en su defecto, dentro de los quince días hábiles de su conocimiento, la aceptación o rechazo de la propuesta que le haya sido transmitida.

e) Comunicar al agente, dentro del plazo de uso o, en su defecto, dentro de los quince días hábiles de la recepción de la orden, la ejecución parcial o la falta de ejecución del negocio propuesto.

f) Respetar la exclusividad del agente. El agente tiene derecho a la exclusividad en el ramo de los negocios, en la zona geográfica o respecto del grupo de personas, expresamente determinados en el contrato (art. 1480).

g) Reconocer al agente, cuando corresponda, la compensación por clientela.

Producida la extinción del contrato, sea este por tiempo determinado o indeterminado, el agente que mediante su labor ha incrementado significativamente el giro de operaciones del empresario tiene derecho a una compensación por clientela, si dicha actividad anterior puede continuar generando ventajas sustanciales al empresario. La compensación corresponderá a los herederos del agente, si hubiese fallecido. No habiendo acuerdo para fijar el monto, la determinación se hará judicialmente y no podrá exceder del equivalente a un año de remuneraciones libre de gastos, promediándose para establecerlas el valor de las percepciones de los últimos cinco años o del tiempo de duración del contrato, si fuese inferior. Esta compensación no obsta para que el agente reclame por los daños derivados de la ruptura por culpa del empresario (art. 1497) ni de la indemnización por falta de preaviso (art. 1493). La compensación por clientela no procederá si: a) el empresario hubiese puesto fin al contrato por incumplimiento del agente (art. 1494 inc. e); b) el agente pone fin al contrato, a menos que la terminación sea por incumplimiento del empresario, o por la edad, invalidez o enfermedad del agente, que no permitan exigir razonablemente la continuidad de sus actividades (art. 1498).

c) Resolución del contrato

Son causales legales del resolución (art. 1494): a) muerte o incapacidad del agente deriva del carácter "intuitu personae" de la relación, la resolución opera de pleno derecho (art. 1495); b) disolución de la persona jurídica que celebra el contrato, que no deriva de fusión o escisión, la resolución opera de pleno derecho (art. 1495); c) quiebra firme de cualquiera de las partes (art. 147, ley 24.522) (6), la resolución opera de pleno derecho (art. 1495); d) vencimiento del plazo, la resolución opera de pleno derecho (art. 1495); e) incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones de una de las partes, de forma de poner razonablemente en duda la posibilidad o la

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

intención del incumplidor de atender con exactitud las obligaciones sucesivas; f) disminución significativa del volumen de negocios del agente (7); g) la fusión o escisión del empresario es también causal de resolución y se dispone que el contrato se resuelve si la persona jurídica que ha celebrado el contrato como empresario se fusiona o escinde y cualquiera de estas circunstancias causa un detrimento sustancial en la posición negocial del agente. En este caso se deberán reconocer las indemnizaciones compensatorias de clientela y, en su caso, por omisión de preaviso (art. 1496). Cabe consignar que en los casos de fusión o escisión la causal fundante será que ellas determinen "un detrimento sustancial en la posición negocial del agente y no la fusión o escisión "per se".

d) Casos excluidos

La ley considera excluidos de la normativa sobre contrato de agencia a "los agentes de bolsa o de mercados de valores, de futuros y opciones o derivados; a los productores o agentes de seguros; a los agentes financieros, o cambiarios, a los agentes marítimos o aeronáuticos y a los demás grupos regidos por leyes especiales en cuanto a las operaciones que efectúen" (art. 1501).

III. CONTRATO DE CONCESIÓN COMERCIAL

Bajo el título de concesión se comprenden figuras diversas, como las de la concesión administrativa para la prestación de servicios públicos, la concesión privada en que un sujeto de tal carácter concede a otro la prestación temporal de servicios a terceros bajo control y condiciones estipulados por el primero y la concesión comercial como especie de la distribución comercial, a la que concretamente nos referimos.

El contrato de concesión es otra de las formas de distribución comercial reguladas por el nuevo Código, que se celebra entre concedente y concesionario y supone una relación de recíproca exclusividad, excepto pacto en contrario. La ley define este contrato estableciendo que se verifica "cuando el concesionario, que actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros, se obliga mediante una retribución a disponer de su organización empresaria para comercializar mercaderías provistas por el concedente, prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según haya sido convenido" (art. 1502). La exclusividad que la ley establece y admite estipulación en contrario está sujeta a las siguientes condiciones: a) es obligatoria para ambas partes en el territorio o zona de influencia determinados. El concedente no puede autorizar otra concesión en el mismo territorio o zona, y el concesionario no puede, por sí o por interpósita persona, ejecutar actos propios de la concesión fuera de esos límites o actuar en actividades competitivas; b) la concesión comprende todas las mercaderías fabricadas o provistas por el concedente, incluso los nuevos modelos (art. 1503).

a) Características

Es un contrato: a) bilateral, celebrado entre concedente y concesionario (art. 966); b) oneroso (arts. 967, 1502 y 1507); c) conmutativo (art. 968); d) no formal (art. 1015). La ley, a diferencia del contrato de agencia, no exige forma alguna para su celebración, no obstante lo cual las características de la relación hacen aconsejable estipular las condiciones por escrito; e) de duración con plazo mínimo determinado de cuatro años, que puede reducirse a uno menor, no inferior a dos años, si el concedente provee al concesionario el uso de las instalaciones suficientes para su desempeño. Si la relación continúa luego de vencido el plazo contractual o legal sin especificarse el nuevo plazo, se transforma en un contrato por tiempo indeterminado (art. 1506). Para rescindir un contrato por tiempo indeterminado aplican las normas sobre preaviso e indemnización por omisión de él, dispuestas para el contrato de agencia por los arts. 1492 y 1493. En el caso de la concesión, el concedente debe readquirir los productos y repuestos nuevos que el concesionario haya adquirido conforme con las obligaciones pactadas en el contrato y que tenga en existencia al fin del período de preaviso. Deberán hacerlo a los precios ordinarios de venta a los concesionarios al tiempo de pago (art. 1508, inc. b); f) "intuitu personae". Excepto pacto en contrario, el concesionario no puede designar subconcesionarios, agentes o intermediarios de venta, ni cualquiera de las partes puede ceder el contrato (art. 1510). La selección individualizada y cuidadosa propia de estos contratos resulta incompatible con la libre transmisión de la posición contractual; g) generalmente celebrado por adhesión a condiciones prerredactadas por el concedente (art. 984).

b) Obligaciones del concedente y del concesionario

1.— Obligaciones del concedente

La ley enuncia las siguientes:

a) Proveer al concesionario de una cantidad mínima de mercaderías que le permita atender adecuadamente las expectativas de venta en su territorio o zona, de acuerdo con las pautas de pago, de financiación y garantías

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

previstas en el contrato. En armonía con ello, el contrato puede prever la determinación de objetivos de ventas, los que deben ser fijados y comunicados al concesionario de acuerdo con lo convenido (art. 1504, a). Éstos pueden ser razonablemente modificados en forma unilateral, si así se conviene, y siempre que no se haga en forma abusiva o lesiva para los derechos de la otra parte.

b) Respetar el territorio o zona de influencia asignado en exclusividad al concesionario. Son válidos los pactos que, no obstante la exclusividad, reservan para el concedente cierto tipo de ventas directas o modalidades de ventas especiales (art. 1504, b). Valen al respecto las mismas consideraciones que para el punto precedente.

c) Proveer al concesionario la información técnica y, en su caso, los manuales y la capacitación de personal necesarios para la explotación de la concesión (art. 1504, c). Es parte del deber de colaboración para viabilizar el objetivo común.

d) Proveer durante un período razonable, en su caso, repuestos para los productos comercializados (art. 1504, d).

e) Permitir el uso de la marca, enseñas comerciales y demás elementos distintivos, en la medida necesaria para la explotación de la concesión y para la publicidad del concesionario, dentro de su territorio o zona de influencia (art. 1504, c).

f) Asegurar la retribución al concesionario. Éste tiene derecho a ella, que puede consistir en una comisión o margen sobre el precio de las unidades vendidas a terceros o adquiridas al concedente. También puede establecerse en cantidades fijas u otras formas convenidas entre las partes. Los gastos operativos serán a cargo del concesionario, salvo los servicios de preentrega o de garantía gratuita a la clientela que el concedente debe reembolsar al concesionario en la medida de lo convenido (art. 1507).

g) Respetar los plazos mínimos de vigencia del contrato y preavisar la extinción en caso de plazo indeterminado.

Debe tenerse presente que el plazo mínimo de vigencia será de cuatro años, salvo que el concedente provea el uso de instalaciones suficientes para el funcionamiento, en que podrá ser inferior, pero nunca menor de dos años (art. 1506). Respecto del preaviso, sus plazos y condiciones, así como la indemnización sustitutiva, el art. 1508 remite a las normas respectivas sobre contrato de agencia (arts. 1492/1493). Consideramos que las disposiciones sobre plazos mínimos deben entenderse de orden público y, más allá de las críticas de que ellas pueden ser objeto, son normas vigentes que no admiten otras excepciones que la causa legal expresada de la previsión de instalaciones para funcionar por el concedente (8).

2.— Obligaciones del concesionario

a) Comprar exclusivamente al concedente las mercaderías y, en su caso, los repuestos objeto de la concesión, y mantener en stock la existencia convenida de ellos o, en defecto de convenio, la cantidad suficiente para asegurar la continuidad de los negocios y la atención del público consumidor (art. 1505, a). No obstante lo dispuesto precedentemente, el concesionario puede vender mercaderías del mismo ramo que le hayan sido entregadas en parte de pago de las que comercialice por causa de la concesión, así como financiar unas y otras y vender, exponer o promocionar otras mercaderías o servicios que se autoricen por el contrato, aunque no sean accesorios de las mercaderías objeto de la concesión ni estén destinados a ella.

b) Respetar los límites geográficos de actuación y abstenerse de comercializar mercaderías fuera de ellos, directa o indirectamente por interpósita persona (art. 1505, b). Son derivaciones de la exclusividad que se establece como derecho e impone obligaciones recíprocas a las partes.

c) Disponer de los locales y demás instalaciones y equipos que resulten necesarios para el adecuado cumplimiento de su actividad (art. 1505, c).

d) Prestar los servicios de preentrega y mantenimiento de las mercaderías, en caso de haberlo así convenido (art. 1505, d). Si se establece, convendrá pactar la forma de satisfacer los costos respectivos.

e) Adoptar el sistema de ventas, de publicidad y de contabilidad que fije el concedente (art. 1505, e).

f) Capacitar a su personal de conformidad con las normas del concedente (art. 1505).

En general, se enuncian condiciones que tradicionalmente se establecen en forma más o menos detallada en el contrato entre las partes.

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

c) Resolución del contrato

Aplican al caso las mismas causales que para el contrato de agencia (art. 1509 que remite al art. 1494).

d) Rescisión y resolución de los contratos

Aquéllos con plazo deberán sujetarse a los de carácter legal o convencional establecidos. Los primeros tendrán el carácter de plazos mínimos indisponibles. Si el contrato es por tiempo indeterminado, aplican al caso de rescisión las normas establecidas para el contrato de agencia respecto del preaviso y sus exigencias (art. 1492, por remisión del art. 1508, inc. a) y asimismo la indemnización sustitutiva establecida para el caso de omisión del preaviso (art. 1393, por remisión del art. 1508). Al rescindirse el contrato de concesión de plazo indeterminado, pesa sobre el concedente la obligación de readquirir al concesionario los productos y repuestos nuevos que tenga en existencia al fin del período de preaviso, en los términos del art. 1508.

Sobre resolución de los contratos de concesión aplican las normas referentes al contrato de agencia (art. 1494, por remisión del art. 1509).

e) Aplicación extensiva a otros contratos

Las normas sobre concesión se aplican a: a) los contratos por los que se concede la venta o comercialización de software o de procedimientos similares y b) los contratos de distribución en cuanto sean pertinentes (art. 1511). Es ésta la única referencia a los contratos de distribución que registramos.

IV. CONTRATO DE FRANQUICIA

La franquicia es la versión local del anglosajón franchising, que si bien carecía de regulación legal en nuestro medio, tenía tipificación social y elaboración doctrinal y jurisprudencial que lo fueron conformando. Su antecedente directo, aunque no exclusivo, es el Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio del año 1998 (9), según se expresa en los Fundamentos del Proyecto, que sirvió de antecedente al cuerpo legal sancionado por la ley 26994. En él se introdujeron algunas modificaciones consideradas necesarias para adaptarlo a las modalidades y normativas existentes. Las definiciones normativas siguieron el modelo de Unidroit.

Como concepto de franquicia se establece que "Hay franquicia comercial cuando una parte, denominada franquiciante, otorga a otra, llamada franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o marca del franquiciantes, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos y la prestación continua de asistencia técnica o comercial contra una prestación directa o indirecta del franquiciado. El franquiciante debe ser titular exclusivo del conjunto de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás comprendidos en el sistema bajo franquicia; o, en su caso, tener derecho a su utilización y transmisión al franquiciado en los términos del contrato. El franquiciante no puede tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado" (art. 1512).

a) Características

Es un contrato: a) bilateral (art. 966); b) oneroso (arts. 967 y 1515, inc. e); c) conmutativo (art. 968); d) consensual; e) formal: debe celebrarse por escrito (art. 1514, inc. a) y referencias en general que hace la norma al texto del contrato y sus cláusulas; f) nominado y típico (art. 970): a partir de la sanción del nuevo código; g) de duración con plazo legal determinado (arts. 1512, final, 1510, inc. b, y 1516); h) "intuitu personae", salvo pacto en contrario (art. 1518); i) celebrado entre partes autónomas. Las partes del contrato son independientes y se establece expresamente que no existe relación laboral entre ellas (art. 1520); j) de colaboración: la autonomía entre las partes se complementa con la colaboración recíproca que por esencia recíprocamente se deben. Dicha colaboración encuadra en el común interés del franquiciante y franquiciado en el éxito del negocio; k) celebrado generalmente por adhesión a cláusulas prerredactadas impuestas por el franquiciante (art. 984).

b) Exigencias para el franquiciante

1) Que el franquiciantes sea titular exclusivo del conjunto de derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás comprendidos en el sistema bajo franquicia o, en su defecto, tenga derecho a su utilización y transmisión en los términos del contrato (art. 1512, párrafo 2º).

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

2) El franquiciante no puede tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado (art. 1512, párrafo final).

Esta norma se refiere al denominado control interno del franquiciado, pues el control externo es de práctica normal en el negocio. Sin embargo, corresponde destacar que ese control que se prohíbe al franquiciante, se permite expresamente al desarrollador en la franquicia de desarrollo respecto del sub franquiciado, según el art. 1513, inc. b). Corresponde hacer, además, las siguientes consideraciones adicionales: a) el art. 33 de la Ley de Sociedades Comerciales veda el control externo de hecho, con lo cual podría plantearse la duda respecto de si ella estaría también prohibida, pero debemos recordar que la norma especial sobre franquicia, que no establece dicha prohibición, prevalece sobre la norma general, y b) que la prohibición de control interno que se establece no parece justificada sino para cuando se utilice el control para abusar de una posición dominante del franquiciante respecto de otros franquiciados no controlados, situación que la ley contempla de todos modos para toda relación y que no requeriría de esta prohibición.

c) Definiciones legales

A fin de interpretar el contrato, según se expresa la ley, define los conceptos de franquicia mayorista, franquicia de desarrollo y sistema de negocios, haciéndolo en los siguientes términos:

1.— Franquicia mayorista

Es aquélla en virtud de la cual el franquiciante otorga a una persona física o jurídica un territorio o ámbito de actuación nacional o regional o provincial, con derecho de nombrar subfranquiciados, al uso de sus marcas y el sistema de franquicias bajo contraprestaciones específicas (art. 1513, inc. a).

2.— Franquicia de desarrollo

Es aquélla en virtud de la cual el franquiciante otorga a un franquiciado denominado desarrollador el derecho a abrir múltiples negocios franquiciados bajo el sistema, método y marca del franquiciante, en una región o en el país durante un término prolongado no menor a cinco años, y en el que todos los locales o negocios que se abren dependen o están controlados, en caso de que se constituyan como sociedades por el desarrollador, sin que éste tenga el derecho de ceder su posición como tal o subfranquiciar sin el consentimiento del franquiciante (art. 1513, inc. b).

3.— Sistema de negocios

Es el conjunto de conocimientos prácticos y la experiencia acumulada por el franquiciante, no patentado, que ha sido debidamente probado, secreto, sustancial y transmisible. Es secreto cuando en su conjunto o la configuración de sus componentes no es generalmente conocida o fácilmente accesible (art. 1513, inc. c).

d) Obligaciones del franquiciante y del franquiciado

1.— Del franquiciante

Son obligaciones legales del franquiciante, a las que se sumarán las establecidas contractualmente:

a) Proporcionar con antelación a la firma del contrato información económica y financiera sobre la evolución de dos años de unidades similares a la ofrecida en franquicia, que hayan operado un tiempo suficiente, en el país o en el extranjero (art. 1514, inc. a).

b) Comunicar al franquiciado el conjunto de conocimientos técnicos, aun cuando no estén patentados, derivados de la experiencia del franquiciante y comprobados por éste como aptos para producir los efectos del sistema franquiciado (art. 1514, inc. b).

c) Entregar al franquiciado un manual de operaciones con las especificaciones útiles para desarrollar la actividad prevista en el contrato (art. 1514, inc. c).

d) Proveer asistencia técnica para la mejor operatividad de la franquicia durante la vigencia del contrato (art. 1514, inc. d).

e) Si la franquicia comprende la provisión de bienes o servicios a cargo del franquiciante o de terceros designados por él, asegurar esa provisión en cantidades adecuadas y a precios razonables, según usos y

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

costumbres comerciales locales o internacionales (art. 1514, inc. e).

f) Defender y proteger el uso por el franquiciado, en las condiciones del contrato, de los derechos referidos en el art. 1512, sin perjuicio de que (art. 1514, inc. f):

i) en las franquicias internacionales esa defensa será contractualmente a cargo del franquiciado, a cuyo efecto debe ser especialmente apoderado, sin perjuicio de la obligación del franquiciante de poner a disposición del franquiciado, en tiempo propio, la documentación y demás elementos necesarios para ese cometido;

ii) en cualquier caso, el franquiciado está facultado para intervenir como interesado coadyuvante en defensa de tales derechos, en las instancias administrativas o judiciales correspondientes, por las vías admitidas por la ley procesal y en la medida que ésa lo permita.

A esta referencia enunciativa que establece diversas formas específicas del deber de colaboración deberán agregarse las obligaciones que establece el art. 1504 respecto del concedente y en particular el inc. b de dicha norma, referente al deber de respetar en los términos establecidos el territorio adjudicado, teniendo además en consideración el art. 1517 sobre cláusulas de exclusividad (10).

La obligación de exclusividad es complementada por la prohibición al franquiciante de comercializar bienes o servicios comprendidos en la franquicia dentro del territorio o zona de influencia del franquiciado (art. 1518, inc. b). Debemos tener presente que en los contratos de concesión la ley dispone que, no obstante la exclusividad, son válidos los pactos que reservan para el concedente cierto tipo de ventas directas o modalidades de ventas especiales (art. 1504, inc. b). Estas estipulaciones deben también considerarse contempladas para los contratos de franquicia, en cuanto el art. 1518 comienza expresando "salvo pacto en contrario...".

2.— Del franquiciado

Son obligaciones legales del franquiciado, a las que se sumarán las establecidas contractualmente.

a) Desarrollar efectivamente la actividad comprendida en la franquicia, cumplir las especificaciones del manual de operaciones y las que el franquiciante le comunique en cumplimiento de su deber de asistencia técnica (art. 1515, inc. a).

b) Proporcionar las informaciones que razonablemente requiera el franquiciante para el conocimiento del desarrollo de la actividad y facilitar las inspecciones que se hayan pactado o que sean adecuadas al objeto de la franquicia (art. 1515, inc. b).

c) Abstenerse de actos que puedan poner en riesgo la identificación o el prestigio del sistema de franquicia que integra o de los derechos mencionados en el art. 1512, segundo párrafo, y cooperar, en su caso, en la protección de esos derechos (art. 1515, inc. c).

d) Mantener la confidencialidad de la información reservada que integra el conjunto de conocimientos técnicos transmitidos y asegurar esa confidencialidad respecto de las personas, dependientes o no, a las que deban comunicarse para el desarrollo de las actividades. Esta obligación subsiste después de la expiración del contrato (art. 1515, inc. d).

e) Cumplir con las contraprestaciones comprometidas, entre las que pueden pactarse contribuciones para el desarrollo del mercado o de las tecnologías vinculadas a la franquicia (art. 1515, inc. e).

e) Cláusulas y condiciones legales y nulas

Se establecen las siguientes cláusulas y condiciones legales:

1) Exclusividad recíproca de las partes como supuesto de las franquicias, que las partes pueden convencionalmente limitar o excluir (art. 1517), pues no involucra el orden público.

2) Prohibición al franquiciado de ceder su posición contractual ni los derechos de un contrato de franquicia mientras esté vigente, excepto los de contenido dinerario y los propios de franquicia mayorista en que el franquiciado se encuentre autorizado a otorgar subfranquicias (art. 1518, inc. b).

3) Prohibición al franquiciante de comercializar directamente con terceros bienes o servicios comprendidos en

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

la franquicia dentro del territorio o zona de influencia del franquiciado (art. 1518, inc. b).

4) El derecho a la clientela corresponde al franquiciante. Se prohíbe además al franquiciado mudar la ubicación de sus locales de atención o fabricación.

5) Se establece la invalidez y nulidad de las cláusulas que prohíban al franquiciado:

i) cuestionar justificadamente los derechos del franquiciante mencionados en el art. 1512 (párrafo 2º), que según la ley deben ser de su titularidad exclusiva o, en su defecto, tener derecho a su utilización y transmisión al franquiciado conforme lo comprometido en el contrato (art. 1519, a);

ii) adquirir de otros franquiciados dentro del país mercaderías comprendidas en la franquicia, siempre que respondan a las calidades y características contractuales (art. 1519 b);

iii) Reunirse o establecer vínculos no económicos con otros franquiciados (art. 1519, c).

V. NORMAS ESPECÍFICAS SOBRE RESPONSABILIDAD

Aplicando el principio general de que las partes son empresas autónomas independientes entre sí, pero integradas verticalmente, se establece como lógica consecuencia que no existe relación laboral entre ellas, en el marco de un vínculo de franquicia, como tampoco lo habrá en una concesión o agencia.

Respecto de las responsabilidades emergentes, se dispone:

a) el franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado, excepto disposición legal expresa en contrario (art. 1520, a);

b) los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral (art. 1520, b). Ver comentario sobre el particular en IX, "Conclusiones";

c) el franquiciante no responde ante el franquiciado por la rentabilidad del sistema otorgado en franquicia (art. 1520, c).

El franquiciado debe indicar claramente su calidad de persona independiente en sus facturas, contratos y demás documentos comerciales; esta obligación no debe interferir en la identidad común de la red franquiciada, en particular en sus nombres o rótulos comunes y en la presentación uniforme de sus locales, mercaderías o medios de transporte.

Como contrapartida por la imposición de un sistema probado de organización y comercialización que usualmente comprende casi toda la operatoria empresarial, se dispone que el franquiciante responde "por los defectos de diseño del sistema, que causan daños probados al franquiciado, no causados por la negligencia grave o el dolo del franquiciado" (art. 1521). Se establece la lógica exigencia de acreditar los vicios del sistema además del nexo causal con los daños invocados y que ellos no hubiesen derivado de los máximos niveles de imputabilidad subjetiva, o sea, el dolo o la culpa grave de quien los padece.

Corresponde destacar que estas normas en modo alguno enervan la responsabilidad que respecto de consumidores o usuarios impone la Ley de Defensa del Consumidor (24.240 y sus complementarias) por los bienes y servicios que se comercialicen bajo la figura de la franquicia y que estará regida por el art. 40 de la referida LDC (24.240 s/versión 26.361), según la referida norma.

VI. PLAZO DE VIGENCIA. PREAVISO PARA CONCLUIR LA RELACIÓN. EXTINCIÓN DEL CONTRATO

El plazo mínimo del contrato es de cuatro años, al igual que para la concesión (art. 1526 y su remisión al art. 1506), admitiéndose pactar plazos menores únicamente si corresponden a situaciones especiales, como el caso de "ferias o congresos", o de "actividades desarrolladas dentro de predios o emprendimientos que tiene prevista una duración inferior o similares". En el caso de las franquicias de desarrollo, el plazo mínimo para tipificar la figura se extiende a cinco años (art. 1513, inc. b). Al vencimiento del plazo el contrato se entiende prorrogado por plazos sucesivos de un año, excepto expresa denuncia de una de las partes antes de cada vencimiento formulada con treinta días de antelación. A la segunda renovación se transforma el contrato en uno de tiempo indeterminado (art. 1516). Esta referencia a la segunda renovación y sus efectos es exclusiva de la franquicia y

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

no aplica a la concesión, que por el vencimiento del plazo determinado se convierte sin más en contrato de plazo indeterminado (art. 1506). El plazo general mínimo de vigencia (cuatro años) y también el de renovación (un año) es inderogable, pues entendemos que involucra el orden público, con más razón cuando el art. 1506 aplicable por remisión dispone que "si se pacta un plazo menor o si el tiempo es indeterminado se entiendo convenido por cuatro años" (párrafo 1º). La excepción al plazo menor exige justificación fundada, aunque la referencia que hace la norma del art. 1516 a ferias o congresos y a actividades en predios o emprendimientos parece, además de ambigua, de poco probable verificación para desarrollar una franquicia. De todos modos, como excepción a la regla general, deberán ser acreditadas fehacientemente las circunstancias cuando sean invocadas como causal de plazo especial.

a) Preaviso para concluir la relación (art. 1522, inc. d)

Cualquiera sea el plazo de vigencia del contrato, la parte que desee concluirlo a la expiración del plazo original o de cualquiera de sus prórrogas debe preavisar a la otra con una anticipación no menor de un mes por cada año de duración, hasta un máximo de seis meses, contados desde su inicio hasta el vencimiento del plazo pertinente. En los contratos que se pactan por tiempo indeterminado, el preaviso debe darse de manera que la rescisión se produzca, cuando menos, al cumplirse el tercer año desde su concertación. En ningún caso se requiere invocación de justa causa. La falta de preaviso hace aplicable el derecho a reclamar a la otra parte la indemnización por las ganancias dejadas de percibir en el período legal (art. 1493). La disposición referente al preaviso en el contrato de plazo indeterminado contenida en el art. 1522, inc. d), que exige respetar una duración contractual mínima de tres años, parece incongruente con la norma del art. 1516, que, remitiéndose al art. 1506, dispone el plazo de cuatro años como mínimo de vigencia en los contratos de plazo indeterminado. La interpretación armoniosa de ambas normas lleva a la conclusión de que, para la franquicia de plazo indeterminado, mediante el preaviso el contrato puede extinguirse a los tres años, plazo que debe extenderse a cuatro años habiendo plazo determinado.

El preaviso y los plazos mínimos de vigencia y renovación contractual obedecen al propósito de tutelar la amortización de inversiones y el reacomodamiento empresario, mitigando daños ante la extinción de la relación que, obviamente, no puede ser eterna (11). Esta regulación establecida se ajusta, en general, a pautas del derecho comparado, doctrinales y jurisprudenciales estableciendo con criterio general plazos que antes de la sanción del nuevo Código los jueces determinaban según la antigüedad de la relación y ponderando circunstancias del caso. Dichos plazos pueden ampliarse contractualmente, pero no reducirse.

b) Extinción del contrato

Son causales de extinción del contrato:

a) La muerte o incapacidad de cualquiera de las partes (art. 1522, inc. a).

b) La extinción de su plazo contractual de vigencia original, siempre que se respeten los términos legales. Dentro de los plazos de vigencia original y sus renovaciones, el contrato no puede ser extinguido sin justa causa (art. 1522, inc. b). Esta disposición es coherente con la imperatividad de los plazos mínimos.

c) Los contratos con un plazo menor de tres años justificado por razones especiales, según el art. 1516, se extinguen de pleno derecho al vencimiento del referido plazo especial (art. 1522, inc. c).

d) El vencimiento de los plazos de preaviso de un mes por año de antigüedad de la relación hasta un máximo de seis meses, según los términos establecidos precedentemente (art. 1522, inc. d).

VII. DERECHO DE LA COMPETENCIA

Se establece que a través de la franquicia y su regulación deben observarse las normas sobre defensa de la competencia (art. 1523). La disposición parece superflua, pues el principio aplicaría igual, sin necesidad de esta disposición. El derecho a la competencia y su tutela tienen rango constitucional (art. 42, CN).

Respecto de las cláusulas o condiciones que impidan al franquiciado competir mediante la comercialización de productos o servicios propios o de terceros después de extinguido el contrato por cualquier causa, se establece que son válidos hasta el plazo máximo de un año y respecto de un territorio razonable de acuerdo con las circunstancias. El plazo máximo de un año y las pautas de razonabilidad en cuanto a su alcance territorial son las condiciones de validez de estas cláusulas. La calificación de abusivo es un límite.

VIII. OTRAS RELACIONES COMPRENDIDAS POR LA NORMATIVA

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

La ley dispone que "en cuanto sean compatibles" (art. 1524) serán aplicables las normas sobre franquicia a las: a) franquicias industriales. Entiéndese por tales los casos en que el franquiciante otorga al franquiciado el derecho a fabricar y comercializar determinados productos propios utilizando su marca, técnicas y procedimientos propios; b) subfranquicias: La prohibición de ceder la posición contractual sólo admite como excepción los pactos expresos en contrario que resultan implícitos en los casos de franquicia mayorista, cuya característica reside en que el franquiciado otorgue subfranquicias para llevarla a cabo (arts. 1524 y 1518, inc. a). En estos casos las relaciones entre el subfranquiciante y el subfranquiciado deben establecerse en el contrato principal entre franquiciante y franquiciado y se regirán, además, por las normas generales sobre franquicias (arts. 1512/1524).

IX. CONCLUSIONES

Corresponden algunas consideraciones finales respecto de los que son, a nuestro entender, los tres aspectos potencialmente más conflictivos que presentan estos contratos de distribución comercial:

a) La atribución de responsabilidad por daños causados por bienes y servicios a consumidores o usuarios

Al respecto, será de plena aplicación el art. 40 de la ley 24240 s/ley 24999, mediante el cual: "Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de regreso que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena". Esta norma específica tiene el soporte del art. 42 de la CN y resulta plenamente aplicable, rigiendo además el principio "in dubio pro consumidor" (arts. 3º y 37, LDC, y 1095 del CCiv.yCom.). La independencia y autonomía recíproca de las partes no obsta para que ambas respondan frente a consumidores o usuarios por los daños y perjuicios que causen los bienes y servicios que comercialicen. La limitación de responsabilidad del franquiciante respecto de obligaciones del franquiciado que establece el art. 1520, inc. a), del Código alcanza a obligaciones hacia terceros como las derivadas de la locación de un inmueble o contratos de obra, por ejemplo, pero en modo alguno comprende a la responsabilidad por bienes y servicios frente a consumidores o usuarios que, además, según la LDC, son también obligaciones propias del franquiciante.

b) Responsabilidades laborales. Solidaridad

El Código tiene en su articulado varias disposiciones que impactan sobre la normativa laboral. En lo que refiere en particular a los distintos contratos de distribución, encontramos disposiciones que, al igual que respecto de otras, deberán ser interpretadas en concordancia con la legislación específica del trabajo y las disposiciones sobre solidaridad laboral.

Solidaridad laboral

Si tenemos en cuenta los contratos de distribución, agencia, concesión y franquicia dentro de la actividad empresarial, conforme los regula el nuevo Código, se reconoce una autonomía de las partes, relación continua, cláusulas de adhesión impuestas por el productor de bienes y servicios y un grado de control que puede variar según tipo de comercialización y condiciones particulares de la relación.

Desde luego que estas premisas jurídicas serán válidas siempre que las formas de tercerización bajo estudio, de gran utilización para comercializar bienes y servicios, no oculten la materialización de un fraude laboral. Allí se traza una línea divisoria que, como no puede ser de otra manera, no le permitiría al sujeto de un acto ilícito valerse de la oponibilidad de una autonomía inexistente.

Corresponde determinar qué ocurre con las verdaderas empresas que se valen de estas convenciones, ahora nominadas dentro del marco del nuevo Código y ponderando también la legislación laboral vigente, que se proyecta como particular y de orden público.

Hasta el presente, cualquier profesional que abordara la cuestión laboral vinculada a los distintos contratos de distribución y en particular la solidaridad de quien se vale de ellos para colocar sus bienes y servicios en el mercado ante los reclamos de los empleados de los agentes, franquiciados, concesionarios o distribuidores, recorría ciertas pautas de análisis.

En primer lugar, era clave revisar las actividades involucradas en el contrato particular y determinar si hacían a

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

la actividad propia del establecimiento, y así considerar si estaban sujetas a la solidaridad (art. 30, LCT). Luego, tener presente la modificación del segundo párrafo del art. 30, que contemplaba recaudos de control sobre obligaciones laborales de la contratista.

Para no perdernos en el tiempo, el fallo de la Corte Suprema "Rodríguez"(12) pareció fulminar la existencia de la solidaridad dentro de las formas de tercerización, al definir que "en los contrato de concesión, distribución y franquicia, la actividad del fabricante o concedente excluye las etapas realizadas por el distribuidor o concesionario por lo que no existe subcontratación de servicios en los términos del art. 30, LCT".

Distintos precedentes posteriores del Más Alto Tribunal, ya con una nueva composición, comenzaron a alejarse de esta posición restrictiva en la admisión de la solidaridad entre las empresas, y en reiterados casos donde una sala de la Cámara del Trabajo reconocía la existencia de solidaridad laboral de las empresas dentro la operatoria comercial bajo análisis, decidió desestimar el recurso en virtud de las facultades del art. 280 del CPCC, que motivó que muchos doctrinarios se preguntaran si se habían abandonado los postulados del fallo "Rodríguez" (13).

Cabe recordar que los precedentes jurisprudenciales que reconocían solidaridad laboral consideraban que "la aplicación del art. 30 LCT no exige la demostración de fraude y opera aunque se trate de intermediación con un contratista que cuenta con una organización autónoma y medios propios, bastando que los servicios contratados correspondan a la actividad normal y específica propia del empresario principal"(14).

El 22 de diciembre de 2009, en el fallo "Benítez H. v. Plataforma Cero S.A y otros", la Corte Suprema expresó que cabía "entender configurada la 'inconveniencia' de mantener la 'ratio decidendi' de 'Rodríguez, Juan R. v. Compañía Embotelladora Argentina S.A y otro'... para habilitar esta instancia y para asentar la exégesis de normas de derecho..., en el caso, el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo... la decisión del 'a quo', en tanto no se apoya en un criterio propio sobre la interpretación y alcances del antedicho precepto, sino que se reduce a un estricto apego a la doctrina mayoritaria de 'Rodríguez...'... debe ser dejada sin efecto con el objeto de que la cuestión litigiosa sea nuevamente resuelta en la plenitud jurisdiccional que le es propia a los jueces de la causa. Este resultado, por cierto, no abre juicio sobre la decisión definitiva que amerite el tema 'sub discussio' (artículo 16, primera parte, de la ley 48)".

En la víspera de la vigencia del nuevo Código hubo debates doctrinarios y diversos precedentes jurisprudenciales que, ponderando los elementos de los contratos de distribución de creación pretoriana, pero fundamentalmente revisando las condiciones particulares adoptadas por las partes contratantes, determinaron la existencia o no de solidaridad laboral ante el reclamo del trabajador.

Se tuvo en cuenta: la mayor injerencia o control del concedente o la premisa de que la venta de rodados y service posterior se encuentran estrechamente vinculadas e insertas en un sistema de organización interna, que hace posible el cumplimiento y consecución de los fines económicos que la concesionaria persigue (15). La mayor o menor autonomía de la empresa que coloca en el mercado los productos es destacada también por Martorell, relevando los casos de un abuso del poder contractual para configurar la responsabilidad laboral solidaria (16).

Se deslizaron críticas sobre los precedentes dictados, indicando que se había salteado el marco normativo aplicable (art. 30, LCT) y de tal modo ampliado la solidaridad a actividades que no hacen a la normal y específica del establecimiento para alcanzar a las secundarias, efectuando conclusiones que en la práctica condujeron a una solidaridad como regla, presumiendo a todas las actividades como propias. También se reprochó que el efectivo control de las obligaciones laborales, conforme el párrafo insertado por la ley 25013, no surte efecto alguno en cuanto a la limitación de la solidaridad (17).

El Código Civil y Comercial, al referirse al contrato de agencia, dispone en su art. 1479 que no hay relación laboral entre las partes contratantes, atento a que se trata de una operatoria comercial y, reforzando el concepto, en el mismo artículo se establece que "el agente es un intermediario independiente".

En el artículo 1520, dentro del capítulo que regula el contrato de franquicia, dispone sobre la responsabilidad, con expresa referencia a la solidaridad, indicando: "las partes del contrato son independientes, y no existe relación laboral entre ellas. En consecuencia: a) el franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado, excepto disposición legal expresa en contrario; b) los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral...".

Ahora, en el amanecer del plexo normativo de fondo, algunos enfoques en doctrina nos permiten vislumbrar una

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

interpretación no tan pacífica sobre la mentada solidaridad en la tercerización.

Un abordaje literal de la norma llevaría a concluir que el franquiciante no será solidario frente a los reclamos laborales dirigidos al franquiciado, salvo el caso de simulación de una relación laboral entre las partes, que configura un fraude laboral en los términos del art. 14 de la LCT. Allí deberán tenerse en cuenta también los principios de primacía de la realidad que rigen el ámbito laboral y la aplicación restrictiva de la teoría de los propios actos si sus conclusiones van en desmedro de los derechos del trabajador.

Prestigiosos especialistas en derecho laboral entienden que se establece como regla general en materia de responsabilidades, y en particular de responsabilidad solidaria del franquiciante por deudas laborales del franquiciado, que aquél no responde por las obligaciones del franquiciado excepto disposición legal expresa en contrario. Es decir que en materia de deudas en general la regla es que el franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado, pero en materia de deudas laborales deviene de estricta aplicación lo normado en el art. 30, LCT —entre muchas otras normas— que establecen la responsabilidad solidaria, en los términos previstos en la citada norma (18).

c) Los principios sobre extinción de la relación entre las partes

En los casos en que se establecen plazos mínimos de vigencia (art. 1506, aplicable a las concesiones y franquicias, art. 1516), así como los de preaviso (arts. 1492/3, 1508, inc. d), no podrán vulnerarse estableciendo pactos expresos de resolución incausada, pues en todos los casos deberán ajustarse a los plazos mínimos legales, que tienen carácter de orden público y sólo admiten su disminución aplicando en caso de verificarse las excepciones legales previstas (arts. 1506 y 1516, CCiv.yCom.). El art. 1522, en su inc. b), es terminante al respecto y se remite, además, al art. 1084 del mismo cuerpo legal, según el cual, violado el plazo, se configurará incumplimiento contractual, con las consecuencias resarcitorias consiguientes. La jurisprudencia previa, carente de normas regulatorias, se había inclinado reiteradamente por la regla del preaviso relacionado con la antigüedad de la relación, pero en algunos casos estableció plazos muy superiores a los seis meses del ahora tope legal (19).

En síntesis y como colofón, expresamos que en materia de responsabilidades frente a consumidores o usuarios la responsabilidad del concesionario y franquiciado junto con la del concedente o del franquiciante no puede ofrecer dudas y las normas de deslinde de responsabilidades no resultarán aplicables. En la figura del agente se promueven negocios comerciales entre empresas, de modo que la relación resultaría ajena, en general, a la de consumo.

En las responsabilidades laborales, si bien los textos del Código parecen retornar a los principios de deslinde de responsabilidad y exclusión de la del concedente, franquiciante o bien del preponente, el concepto amplio de fraude y las interpretaciones jurisprudenciales que las nuevas normas generen pueden relativizar el deslinde que "prima facie" se propone, frente al cual la especialidad del derecho laboral y su orden público deberían prevalecer.

Respecto de los plazos estrictos de vigencia contractual y de preaviso por finiquito, ellos parecen inconmovibles y tal vez hubiese sido conveniente un espectro mayor de discrecionalidad, al menos para la apreciación judicial, pero lamentablemente "ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus". La vigencia del nuevo Código seguramente desencadenará doctrina y jurisprudencia no siempre coincidente y así crecerá el nuevo derecho. No menos trascendente será considerar la aplicación del derecho transitorio en materia contractual y su relación con los contratos vigentes, máxime si se ponderan aquellos convenios no escritos, o bien con lagunas respecto de lo establecido por la nueva normativa. Se inicia, pues, un vasto espacio de creatividad jurídica.

(1) "Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26.994", eldial.com. Biblioteca Jurídica Online, Buenos Aires, 2014, p. 691.

(2) Etcheverry, Raúl A., "Derecho comercial y económico. Contratos, parte general I", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1991 p. 205.

(3) Desarrollamos las características de este contrato antes de su tipificación legal en Gregorini Clusellas, Eduardo L., "Contratos de distribución comercial. Agencia", en López Cabana, Roberto (coord.), "Contratos especiales en el siglo XXI", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

(4) Esta disposición omitiendo el plazo mínimo de vigencia puede solucionarse convencionalmente y difiere de lo establecido para la concesión y la franquicia, que tienen establecido plazo mínimo legal en razón de las

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

inversiones requeridas para instalarse cuya amortización se contempla (arts. 1506 y 1516, regulatorios de la concesión y franquicia, respectivamente).

(5) Estas normas aplican por remisión a la concesión (art. 1508, inc. a) y a la franquicia, con modalidades propias (art. 1522, inc. d). Debe tenerse presente que la ley habla de "ganancias dejadas de percibir", expresión que debe asociarse con las utilidades netas y no con las utilidades brutas, en cuyo caso debería referirse a los ingresos.

(6) Si bien esta disposición guarda relación con el art. 147 de la ley 24.522, tal vez habría sido más conveniente que se hubiera dejado a criterio de los jueces modificar la resolución cuando, siendo requerida y fundada, considere pertinente la continuidad de la operatoria del agente.

(7) El art. 1495, regulando la manera en que opera la resolución, dispone: "En los casos previstos en los incs. a) a d) del art. 1494, la resolución opera del pleno derecho, sin necesidad de preaviso ni declaración de la otra parte, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo para el supuesto de tiempo indeterminado". En el caso del inc. e) del art. 1494, cada parte puede resolver directamente el contrato. En el caso del inc. f) del art. 1494, se aplica el art. 1492, excepto que el agente disminuya su volumen de negocios durante dos ejercicios consecutivos, en cuyo caso el plazo de preaviso no debe exceder de dos meses, cualesquiera haya sido la duración del contrato, aun cuando el contrato sea de plazo determinado".

(8) Comentamos enfoque y jurisprudencia sobre el particular anterior a la tipificación legal de los contratos de distribución en: "Contratos de distribución comercial. La reparación por su ruptura intempestiva y la intempestividad de su ruptura", LL 1995-B-168.

(9) Proyecto de la Comisión 658/1995 de Reforma al Código Civil. Sus arts. 1392/1403.

(10) El art. 1517 sobre cláusulas de exclusividad dispone que "Excepto pacto en contrario: a) el franquiciado no puede ceder su posición contractual ni los derechos que emergen del contrario mientas está vigente, excepto los de contenido dinerario. Esta disposición no se aplica en los contratos de franquicia mayorista destinados a que el franquiciado otorgue a su vez subfranquicias, a esos efectos. En tales supuestos, debe contar con la autorización previa del franquiciante para otorgar subfranquicias en las condiciones que pacten entre el franquiciante y el franquiciado principal; b) el franquiciante no puede comercializar directamente con los terceros, mercaderías o servicios comprendidos en la franquicia dentro del territorio o zona de influencia del franquiciado; c) el derecho a la clientela corresponde al franquiciante. El franquiciado no puede mudar la ubicación de sus locales de atención o fabricación".

(11) Ver sobre el particular: Corte Sup., "Automotores Saavedra S.A v. Fiat Argentina S.A", con nota de Boggiano, Antonio, "El poder normativo del caso. Del precedente a la norma", LL 1989-B-1.

(12) Corte Sup., 15/4/1993, "Rodríguez, Juan R. v. Compañía Embotelladora Argentina S.A y otro", JA 1993-II-718; íd., "Sandoval v. Compañía Embotelladora Argentina S.A", JA 1995-IV-97.

(13) Altamira, Guillermo E. y Keselman, Sofía A., "La solidaridad en el contrato de trabajo y la doctrina de la nueva composición de la Corte Suprema", DT 2009 (junio), p. 597.

(14) C. Nac. Trab., sala 10ª, expte. nro. 24130/00, sent. 11224, 20/11/2002, "Alderetes, Alejandro v. Talk Me S.A y otro s/despido" (Sc. S.).

(15) C. Nac. Trab., sala 5ª, 11/10/2011, "Vavala, Pascual y otro v. Automotores Armando y otro", con nota de Maddaloni, Osvaldo A., DT 2012 (mayo), p. 1129.

(16) Martorell, Ernesto E., "Responsabilidad laboral por abuso de control contractual en perjuicio de la empresa empleadora".

(17) Etala, Juan J. (h.), "Extender la solidaridad", DT 2011 (noviembre), p. 2958.

(18) Recalde, Héctor P.; Ciampa, Gustavo A. y Recalde, Leandro, "Precisiones sobre el Código Civil y Comercial y el derecho laboral".

(19) C. Nac. Com., sala D, 22/5/2001, "José Morandeira S.A v. Nobleza Piccardo S.A", LL 2001-F-423; C. Nac. Com., sala E, 22/12/2009, "Automotores Valsecchi S.A.C.I v. Autolatina Argentina S.A", LL AR/JUR/64090/2009, en que se resolvió que "a partir del tiempo de duración del vínculo no puede aplicarse una

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

especie de regla de tres simple que llevaría a resultados absurdos...". Corresponde destacar que en determinadas circunstancias nuestra jurisprudencia consideró razonable un plazo de preaviso de dieciocho meses. C. Nac. Com., sala D, 22/5/2001, "José Morandeira S.A v. Nobleza Piccardo S.A" (citado previamente). En el caso, la relación había sido de 47 años. C. Nac. Com., sala D, 13/2/2009, "Donati Hnos. v. Renault Arg. S.A", LL 2009-D-583 (en el caso, la relación había sido de 40 años); C. Nac. Com., sala C, 30/6/1993, "Giogetti, Héctor v. Georgalos Hnos. S.A", LL 1994-D-113 (la relación había sido de 15 años); C. Nac. Com., sala E, 24/3/2003, "Laiño, Néstor v. Nestlé Argentina S.A", LL 2003-F-569 (la relación había sido de 10 años). En general, los plazos de preaviso fueron cambiantes según las circunstancias y no sólo considerando el plazo de antigüedad de la relación, así, por ejemplo, se consideró razonable un preaviso de 10 meses para una relación de 30 años. C. Nac. Com., sala E, 22/12/2009, "Automotores Valsecchi v. Autolatina S.A" (citado previamente) o de seis meses para una relación de 30 años, C. Nac. Com., sala B, 4/12/2003, "Pandelo Hnos. S.A v. Massalin Particulares S.A", DJ 2004-2-196.

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados