

# Contrato de Agencia

Germán Melni

[german@inpaco.com](mailto:german@inpaco.com)

Cuando un empresario desea extender su actividad, de manera constante, en una determinada zona, puede acudir a dos formas de colaboración: crear una sucursal o delegación propia, o bien, nombrar a un agente quien, con su propia empresa, con forma jurídica y económica independiente, se dedica profesionalmente a captar clientela para el referido empresario.

Puede, en suma, definirse el contrato de agencia como aquel en virtud del que una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos y operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.

Ejemplo: la fabrica de alfombras Koltorian (proponente) que vendía únicamente en Bs. As realiza un contrato de agencia con X (agente de comercio) para que se encargue de conseguir clientes en todo el país. Cuando X consigue un cliente nuevo lo contacta con Koltorian para que lleve a cabo la transacción,, actuando el agente como simple intermediador. (Agente sin representación).

Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el cargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo. La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente. Salvo pacto en contrario, el empresario no podrá servirse de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos.

En el contrato de agencia comercial podrá pactarse la prohibición para el agente de promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores.

El contrato de agencia contendrá la especificación de los poderes o facultades del agente, el ramo sobre que versen sus actividades, el tiempo de duración de las mismas y el territorio en que se desarrollen, y será inscrito en el registro mercantil.

El agente cumplirá el encargo que se le ha confiado al tenor de las instrucciones recibidas, y rendirá al empresario las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada, y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio.

El agente tendrá derecho a su remuneración aunque el negocio no se lleve a efecto por causas imputables al empresario, o cuando este lo efectuó directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente, o cuando dicho empresario se ponga de acuerdo con la otra parte para no concluir el negocio.

Salvo estipulación en contrario, el empresario no estará obligado a rembolsar al agente los gastos de agencia, pero estos serán deducibles como expensas generales del negocio, cuando la remuneración del agente sea un tanto por ciento de las utilidades del mismo.

Así, los rasgos de este tipo contractual son:

- Independencia del agente.
- El agente deberá realizar, por sí mismo o por medio de sus dependientes, la promoción y conclusión de los actos encomendados.
- El agente está facultado para promover los actos objeto del contrato de agencia pero sólo podrá concluirlos en nombre del empresario cuando tenga concedida esta facultad.

## Partes

Proponente: generalmente se trata de una empresa. Es quien encomienda el trabajo

**Obligaciones:**

- Perfeccionar el contrato gestionado por el agente, ya que si el agente cobra comisiones no podrá cobrarlas hasta entonces;
- Pago de comisiones;

Indemnización por rescisión intempestiva de contrato por parte del proponente.

Agente de comercio: salvo pacto en contrario de representación, actúa como simple intermediador.

**Principales características del Agente de Comercio:**

- a) Es un comerciante
- b) Estabilidad en la relación con el proponente (contrato de duración)
- c) Autonomía: no es un subordinado del proponente: realiza la actividad encomendada con autonomía
- d) Generalmente se le atribuye una zona y en esa zona, la exclusividad
- e) Puede estar provisto o no de representación, si así fuere entonces puede celebrar directamente el contrato en nombre de su proponente. Si no actuara como simple intermediador entre el proponente y el cliente
- f) Retribución: puede consistir en una cantidad fija, en una comisión por contrato que haya concertado, o en una combinación de ambas.

**Obligaciones:**

- Actuar siempre en interés del proponente
- Informar al proponente sobre la situación del mercado
- No atender dentro de la misma zona a otra empresa competidora
- Rendir cuentas de las operaciones

**Normativa aplicable**

En nuestro país la actividad del agente comercial no está legislada. En algunos casos suele haber normas específicas que regulan la actividad de determinados agentes: agentes de bolsa (ley 17811); de seguros (ley 20091 y 22400); de viajes (ley 18829 y dec. 2254/70);etc. Según la doctrina, por analogía deberían aplicarse las relativas al mandato y la comisión.

**Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio**

Aunque en nuestro país la actividad del agente comercial no está legislada, el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio, en cambio, hace referencia al mismo en su Art. 1361 el que lo define de la siguiente manera: *En el contrato de agencia una parte, denominada agente, se obliga a promover negocios por cuenta de otra, denominada proponente, de manera continuada, mediante una retribución.*

*El agente es un intermediario independiente. Salvo pacto en contrario, no asume el riesgo de las operaciones ni representa al proponente.*

**Extinción**

Existen dos maneras en que puede extinguirse el contrato de agencia:

- Por cumplimiento del tiempo pactado
- Por denuncia: preaviso de un mes

Una vez finalizado el contrato de agencia el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor. Además cuando el empresario revoque o de por

terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, fijada por peritos, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario. Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato.

Si es el agente el que da lugar a la terminación unilateral del contrato por justa causa comprobada, no tendrá derecho a indemnización o pago alguno por este concepto

No obstante lo anterior, el contrato de agencia establecido por un tiempo determinado, si continuaran las prestaciones objeto del mismo una vez finalizado el plazo establecido se entenderá transformado en contrato de duración indefinida.

## Modelo de contrato de agencia

Entre \_\_\_\_\_, con domicilio en \_\_\_\_\_, en su carácter de \_\_\_\_\_ de LA EMPRESA \_\_\_\_\_, según \_\_\_\_\_ (poder, mandato, estatuto, etc.), cuya fotocopia se adjunta al presente, en adelante "LA EMPRESA", y \_\_\_\_\_, con domicilio en \_\_\_\_\_, en adelante "EL AGENTE", se conviene celebrar el presente contrato de AGENCIA, sujeto a las siguientes cláusulas y condiciones:

**PRIMERA:** LA EMPRESA concede a EL AGENTE por este acto, la zona ubicada en la localidad de \_\_\_\_\_, provincia de \_\_\_\_\_, y delimitada por \_\_\_\_\_ (la zona puede ser interprovincial, e incluso en el ámbito nacional o internacional) para que en tal radio EL AGENTE promueva y proporcione los artículos que la misma produce (o es titular de licencias), y que se detallan en lista por separado formando parte del presente contrato.

**SEGUNDA:** Por su parte, EL AGENTE se obliga a realizar con los productos, y en la zona premencionada, las siguientes actividades: **1)** publicar los productos por todos los medios que crea conveniente, siendo tal actividad a su exclusivo cargo; **2)** promover todo tipo de negocios para LA EMPRESA relativos a la actividad de la misma o no, pero sin la facultad de concluir ninguno sin la expresa conformidad de ella; **3)** organizar la distribución y venta de los productos que por este acto se otorgan, o que sucesivamente LA EMPRESA le confiera (siendo el contrato de agencia amplio en su objeto, los apartados aquí mencionados pueden pactarse todos o algunos, o incluirse los que sean necesarios y compatibles).

**TERCERA:** La retribución de EL AGENTE se pacta en \_\_\_\_\_.

**CUARTA:** En relación con lo expresado en el apartado 2) de la cláusula Segunda, y como norma general para todo el contrato, se pacta expresamente que la representación de LA EMPRESA por EL AGENTE se ejercerá solamente en cada caso particular que la misma le indique y previa aceptación por escrito. El incumplimiento de esta condición esencial es suficiente causal de rescisión de contrato, sin necesidad de ningún tipo de interpelación previa, y sin perjuicio del ejercicio de las acciones legales pertinentes.

**QUINTA:** La duración de este contrato es de \_\_\_\_\_ (meses, años), o sea que finaliza el \_\_\_\_\_ de 20 \_\_\_\_\_.

**SEXTA:** Con respecto a la rendición de cuentas se pacta lo siguiente: \_\_\_\_\_.

**SÉPTIMA:** LA EMPRESA no puede celebrar contrato similar al presente con personas ajenas a los aquí firmantes, dentro de la zona premencionada en la cláusula Primera. A su vez EL AGENTE no puede celebrar contrato similar al presente para promover, vender, publicar, etc., productos de la misma naturaleza de los aquí enunciados, fabricados por terceros ajenos a esta relación contractual. El incumplimiento de lo aquí pactado da lugar a la resolución del contrato y a una indemnización por daños y perjuicios (teniendo en cuenta que EL AGENTE generalmente atiende los negocios de varias empresas, y que muchas de ellas pueden tener objeto similar, esta cláusula no es fija y puede adaptarse a cada situación en particular).

**OCTAVA:** Se deja perfectamente establecido, que el presente contrato no implica intención societaria alguna, ni refleja ningún tipo de relación laboral.

**NOVENA:** La rescisión sin causa del presente contrato, es procedente mediante notificación por \_\_\_\_\_ (escrito, telegrama, etc.) con una antelación de \_\_\_\_\_ días hábiles.

**DÉCIMA:** Las partes de común acuerdo se someten a los Tribunales Ordinarios del Departamento Judicial de \_\_\_\_\_ renunciando expresamente a cualquier otro fuero o jurisdicción que pudiere corresponderles y constituyen domicilios especiales y legales: LA EMPRESA en la ciudad de \_\_\_\_\_; provincia de \_\_\_\_\_; calle \_\_\_\_\_ n° \_\_\_\_\_; y EL AGENTE en la ciudad de \_\_\_\_\_; provincia de \_\_\_\_\_; calle \_\_\_\_\_ n° \_\_\_\_\_, donde se tendrán por válidas todas las notificaciones y/o citaciones a que hubiere lugar.

De conformidad, las partes firman el presente contrato en dos ejemplares a un mismo tenor y a un solo efecto en la ciudad de \_\_\_\_\_ a los \_\_\_\_\_ días del mes de \_\_\_\_\_ de 20-\_\_\_\_.

### **Contrato de Franquicia**

Hoy en día, a la gente que posee un pequeño capital no le conviene refugiarse en el sistema financiero, y el franchising aparece como la alternativa más seductora, porque uno empieza con una marca conocida, un esquema de éxito probado. La razón fundamental del éxito del contrato de franquicia es que resulta el vínculo ideal entre los grandes capitales y las pequeñas y medianas empresas, además de ser estrategia de diversificación y marketing extraordinaria, como sistema de comercialización de un

producto o servicio; ya que permite por un lado la expansión geográfica y la conquista de mercados desconocidos, ocupar zonas, controlar la distribución de los productos en dichas zonas y por sobre todo valorizar la marca. Un ejemplo de esto es la red multinacional de franquicias **COCA-COLA**, la que se expandió por diferentes países del mundo con un éxito sin precedentes, tampoco hay que olvidar cadenas como **MC'DONALDS** que se encuentran en casi todos los países del mundo utilizando este sistema de distribución y venta, agregando cada vez un mayor valor a la marca en cuestión.

En definitiva, podemos definir al contrato de franquicia como aquel por el cual, una parte (franquiciante) propietaria de un nombre comercial, emblema identificatorio, patente industrial o marca registrada, con tecnología que la caracteriza e identifica (know how) y organización, instalaciones, estructuras, productos y una forma particular de prestar servicios, le cede a la otra parte (franquiciado) una licencia para la explotación o venta de esos productos o servicios y aprovechamiento de su tecnología de fabricación (know how), organización, sistemas de comercialización y campañas publicitarias, a cambio de una contraprestación periódica mas una especie de regalía denominada royalty que se va a aplicar sobre ventas de gran magnitud.

Ejemplos de franchising son: Mc Donalds; Blockbuster; Shell; Esso; Burger King; Hoyts Cinema, etc

Sin embargo, a nivel doctrinario no existe un consenso sobre su conceptualización, por lo que existen varias definiciones.

En el lenguaje natural la franquicia significa " libertad y exención que se concede a una persona para no pagar derechos por las mercaderías que introduce o extrae, o por el aprovechamiento de algún servicio público"

Desde el punto de vista económico es un método o sistema de comercialización de un producto o servicio. Es un contrato entre dos partes, por el cual el franquiciante permite al franquiciado comercializar cierto producto o servicio bajo su marca o símbolo, contra el pago de un derecho de entrada o de regalías, o de ambas cosas.

### **Origen y evolución**

Originariamente, la palabra franquicia, es sinónimo de privilegio. Surge como franquicia comercial, en los Estados Unidos de Norteamérica, en el año 1850 aproximadamente, cuando la compañía Singer & Co. o Singer Sewing Machine Company , crea una novedosa forma de distribución y venta, que continua hasta nuestros días, para sus maquinas de coser, producto base de dicha empresa.

En las primeras décadas de este siglo xx, las empresas más importantes comenzaron a percibir las ventajas de utilizar el franchising para ampliar la comercialización de sus productos y de sus servicios. otros fabricantes de automóviles adoptaron rápidamente el sistema que había ensayado General Motors. Luego siguieron cadenas de supermercados, o de establecimientos de comidas rápidas.

Es importante recalcar que la legislación específica sobre la materia surge recién en la década del setenta en California.

En América Latina, se ha receptado bajo diversas denominaciones, sin que se hayan concretado norma específica alguna.

En la actualidad, debido a la globalización de la economía, a la mundialización de los flujos comerciales, en virtud de la conjunción de avances científicos y tecnológicos, aplicados a la producción y comercialización, han tomado prestigio universal ciertos productos y servicios, que son reconocidos por todos tanto por su marca como por su símbolo.

## **Naturaleza Jurídica**

Se trata de un contrato atípico, por la carencia de un régimen legal especial al respecto, y de colaboración empresarial ya que ambas partes se complementan para lograr el emprendimiento ( aunque en la realidad es el franquiciante el que impone pautas al franquiciado, quien debe obedecer).

## **Legislación Argentina**

Este contrato todavía no está regulado, por lo tanto, es atípico.

Sin embargo, es importante tener en cuenta algunos conceptos de la ley 25156 de Defensa de la Competencia (B.O. 20/9/99) que podrían llegar a ser aplicados a la conducta de un franquiciante.

Por ejemplo, el art. 1 dice que están prohibidos y serán sancionados los actos o conductas que tengan relación con el intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o acceso al mercado, perjudicando el interés económico general.

El art. 2 enumera conductas que pueden llegar a ser restrictivas de la competencia: manipular el precio de venta o de compra de bienes o servicios; establecer obligaciones de producir, distribuir, comprar o comercializar solo una cantidad limitada de bienes o (prestación de servicios); impedir a terceros que entren o permanezcan en el negocio; imponer condiciones discriminatorias para comprar o vender bienes o servicios sin razón fundada; enajenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo para desplazar a la competencia; etc. Por último, el art. 46 de la ley enumera las distintas sanciones a aplicar.

Cabe destacar, que el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial tipifica este contrato (Arts 1392: definición de franquicia, estableciendo que es aquel en el cual, el franquiciante otorga al franquiciado el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial o la marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos (know how) 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."; 1393 y 1394: obligaciones del franquiciante y del franquiciado, 1395: plazo mínimo del contrato de 4 años, 1396 a 1398: cláusulas de exclusividad, inválidas, etc, 1399 y 1400, responsabilidades y extinción del contrato).

## **Caracteres del contrato**

1.- Consensual. – Porque los efectos propios del contrato se producen y perfeccionan desde que las partes expresan su consentimiento. (art. 1140, Cód. Civil.)

2.- Bilateral o sinalagmático. – Lo es porque genera obligaciones recíprocas: para el otorgante o franchisor, entregar una cosa o bien de su propiedad, y para el tomador o franchisee, pagar lo pactado, ambos bajo condiciones determinadas (art. 1138, Cód. Civil).

3.- Oneroso. – La prestación de una de las partes lo es como consecuencia de la prestación prometida por la otra parte (art. 1139, Cód. Civil).

4.- "Intuitu personae" – Tanto el otorgante, Franchisor o franquiciante, como el tomador, franchisee o franquiciado, toman en cuenta la calidad de su contratante en los aspectos económicos, técnicos, financieros, administrativos, etc.

5.- Innominado. – Lo es dado que la ley no lo designa bajo una denominación especial (art. 1143, Cód. Civil), si bien es socialmente reconocido con el nombre inglés de "franchising".

6.- Principal. – Porque no necesita de otro contrato para tener vigencia jurídica y producir efectos.

7.- De cooperación. – En cuanto requiere estrecha colaboración entre las partes.

8.- De adhesión. – Es un contrato uniforme con cláusulas tipo.

9.- De tracto sucesivo. – Porque las prestaciones a cargo de cada una de las partes son de carácter continuo en el tiempo que contractualmente ha sido fijado.

10.- No Formal. - no se exige ninguna forma específica en que deba ser instrumentado.

## **Elementos del contrato**

### **Partes o Sujetos del contrato de franquicia**

- Franquiciante o dador: que es la empresa titular de una marca, del know-how;
- Franquiciado o tomador: que es quien realiza la inversión inicial y paga el canon periódico para poder desarrollar el negocio exitoso.

### **Características**

Todo el tema de instalación inicial ( ej.: carteles, mostradores, heladeras, mesas, etc) el franquiciado debe comprárselo a quienes diga el franquiciante.

También la mercadería hay que comprársela al franquiciante o a las empresas que el diga ( ej.: yo pongo franquicia de Mc Donalds, tengo que comprar las papas de marca Mc Cain, las hamburguesas Good Mark, etc, no puedo comprarle al que yo quiera). A veces, puede resultar conveniente, porque como el franquiciante compra en gran magnitud, los precios pueden ser ventajosos.

- Los locales no son propiedad del franquiciante, sino que se ponen por cuenta y cargo del franquiciado.
- Las partes son independientes financiera y jurídicamente una de la otra.
- Hay reglas muy estrictas que se le imponen al franquiciado: capacitación rigurosa de los empleados; vender a los precios que fije el franquiciante; realizar un mínimo de ventas en determinados plazos; prestar el servicio exactamente como establece el franquiciante ( este controlara el cumplimiento de estas condiciones y el del contrato en general, pudiendo rescindirlo sin indemnización si el franquiciado no cumple con el mismo).
- Plazo de duración: normalmente esta establecido en el contrato, pero puede no haber plazo.

## **Elementos esenciales del contrato de franquicia**

### **1. La licencia de marca**

El otorgante de la franquicia es normalmente titular de una marca o designación. Mediante este contrato autoriza al franquiciado a vender bienes o servicios individualizados con ella. En la definición de franquicia del Proyecto de Unificación Civil y Comercial se determina, de manera expresa, que el franquiciante debe ser "titular exclusivo del conjunto de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás comprendidos en el sistema bajo franquicia; o, en su caso, tener derecho a su utilización y transmisión al franquiciado en los términos del contrato."

El franquiciado debe, además de usar la marca del franquiciante, usar sus signos distintivos y seguir sus instrucciones.

Señala Fernández Novoa que "así como en la licencia de marca el licenciante ejerce un control pasivo, el franchisor ejercita, en cambio, un control activo sobre la explotación empresarial del franchisee"

En este contrato, el titular de la marca no se conforma con la registración, sino que avanza en un control sobre el uso que se da a los mencionados bienes.

### **2. Transferencia del Know-how**

El denominado Know-how es un elemento tipificante del contrato y lo distingue de otras modalidades distributivas.

El franquiciante debe proveer, asistir y entrenar al franquiciado de modo permanente.

El Know-how (elipsis de know how to do it) ha sido definido como el "conocimiento técnico, procedimiento, conjunto de informaciones necesarias para la reproducción industrial, que proceden de la experiencia en el proceso de producción, y que su autor desea guardar en secreto, sea para su uso personal, sea para transferirlos confidencialmente a un tercero".

La jurisprudencia francesa entiende que el know-how debe ser práctico y probable, original, específico, en desarrollo constante y ser fácilmente transmisible.

Se trata de un conocimiento práctico, probadamente exitoso y reproducible.

Como conocimiento debe ser original, de modo que una de las partes esté dispuesta a pagar por su utilización. Este elemento hace que el procedimiento sea confidencial, y justifique una cláusula de secreto durante el contrato y con posterioridad a su extinción.

Debe ser práctico en el sentido de que no es un conocimiento teórico sino aplicable y comercializable.

La calidad de probablemente exitoso exige que exista una experiencia previa, generalmente realizada por el dador o franquiciante, y que le ha dado un éxito comercial que otros quieren seguir o utilizar en provecho propio.

La utilización supone que sea reproducible, de modo que otros puedan hacer lo mismo. En la práctica contractual se traduce en un manual operativo que describe minuciosamente el procedimiento.

En cuanto al contenido material del Know-how consiste en; descripción de un sistema de elaboración de productos, de comercialización, de servicios, de atención al cliente, de presentación de locales, publicidad, signos distintivos, normas de seguridad, limpieza y niveles de calidad de los productos.

Una de las características de este conocimiento reproducible es que puede ser actualizado y modificado, conforme a las innovaciones que sugiere el franquiciante o las demandas del mercado.

El training o formación del personal, es considerado por muchos franquiciados como el elemento más importante de las obligaciones del franquiciante.

El asesoramiento o asistencia alcanza a veces a otros aspectos, como elegir el lugar donde se instalará el establecimiento, el modo de llevar la contabilidad, etc.

Los medios a suministrar comprenden el engineering (estudio previo a la creación y transformación del negocio y todo lo vinculado a la faz arquitectónica relacionada a la puesta a punto de las instalaciones) y el marketing (provisión de las técnicas y métodos de comercialización conocidas después de estudios realizados en el mercado).

El Proyecto de Unificación Civil y Comercial establece al tratar las obligaciones del franquiciante en el artículo 1368, la transferencia del conjunto de conocimientos técnicos aunque no se hallen patentados, la entrega de un manual de operaciones, asistencia técnica, información económica y financiera, asegurar la provisión de bienes o servicios a precios razonables y cantidades adecuadas, y defender y proteger el uso por el franquiciado de los derechos que indica.

### **3. El Suministro**

En muchos contratos de franquicias hay un suministro, puesto que el dador entrega insumos para la fabricación de los productos, o bien indica dónde adquirirlos. No es imprescindible que haya un contrato de suministro, ya que puede no existir ninguno como en la franquicia de servicios.



Existen en cambio obligaciones de duración y prestaciones fluidas que consisten en bienes (insumos) o servicios (asistencia técnica permanente), que obligan al dador a una serie de prestaciones continuas, pero que no constituyen un contrato de suministro, sino obligaciones accesorias del contrato de franquicia celebrado.

Los servicios son relevantes y constituyen una obligación de asistencia, que incluye la instrumentación de programas de formación del personal, servicios posventa, entrega de sistemas de contabilidad, de gestión, management y asesoramiento general.

#### **4. El control**

El franquiciante cede el procedimiento exitoso, la marca, su imagen, bienes materiales e incluso delega la elaboración de productos o la prestación de servicios, todo lo cual importa que los actos del tomador tienen un impacto decisivo sobre la imagen del dador. Por ello, y como contrapartida, ejerce un control estricto, cuyo fin es el cuidado de esos bienes.

El control significativo sobre el método operativo ha sido considerado el elemento central de tipificación.

En la franquicia es un elemento que se revela en múltiples aspectos: el derecho del dador a autorizar la apertura de un establecimiento, el diseño del local, fijación de horarios comerciales, utilización de técnicas de producción o comercialización, las prácticas y sistemas contables, la política de personal, las campañas promocionales y sus cargas financieras, el libre acceso a la contabilidad. Por otra parte, y a través del manual operativo, el dador instruye al tomador sobre el tipo de prestación que debe desempeñar, recortando severamente su autonomía.

La fiscalización también alcanza al cumplimiento de obligaciones fiscales, laborales, normas de calidad, equilibrio económico y financiero por parte del franquiciado.

El control tiene una justificación que le da sentido, y cuando hay una desviación de la finalidad (cuidado de la imagen), hay un acto abusivo.

#### **5. La colaboración**

Entre las partes hay un vínculo de larga duración basado en la colaboración. No hay una sociedad, puesto que no hay sujeto jurídico independiente, ni la distribución de ganancias comunes, ya que ambos contratantes las obtienen de distintas fuentes: el tomador las obtiene de los clientes y el dador del tomador. Tampoco hay un vínculo laboral, puesto que no hay una dependencia jurídica que permita ese encuadramiento, ya que son empresarios autónomos.

Existe, sin embargo, un interés común en la continuación y el éxito del negocio. Aunque es un contrato de cambio de prestaciones, ellas se obtienen fundamentalmente de la conducta concurrente y complementaria de las partes. Ambos dependen del éxito del negocio para el cumplimiento del contrato. De modo tal que toda conducta que conspire contra la finalidad común, entendida como el éxito del negocio, será calificada como contraria al deber de colaboración.

#### **6. Remuneración**

El Franquiciado debe una remuneración al franquiciante como contraprestación por los servicios y asistencia que recibe durante la vigencia del contrato. Consiste, ordinariamente, en el pago de una suma fija de dinero al principio y de una regalía durante su ejecución.

El primer pago que se efectúa se denomina "derecho de entrada" o "regalía inicial". Asimismo pueden incluirse pagos periódicos por servicios, por entrenamiento; o suplementarios por auditoría, inspecciones, etc.

## 7. Territorio

Se refiere a la zona de actuación del franquiciado, en la que desarrollará su negocio, cuya determinación puede ocasionar el éxito de la operación.

En el artículo 1371 del Proyecto de Unificación Civil y Comercial se establece que " las franquicias son exclusivas para ambas partes. El franquiciante no puede autorizar o conceder otra unidad de franquicia en el mismo territorio o, en su defecto, en la zona de influencia de la franquicia otorgada; el franquiciado debe desempeñarse en los locales indicados, dentro del territorio concedido o, en su defecto, en su zona de influencia, y no puede operar por sí o por interpósita persona unidades de franquicia o actividades que sean competitivas. Las partes pueden limitar o excluir la exclusividad."

### Clases de franquicia

1.- **Franquicia de servicios:** se suministra un servicio, como técnica determinada, Ej. asesoramiento inmobiliario, enseñanza, hotelería, etc.

2.- **Franquicia de Distribución:** se fijan los productos que tiene que vender con la aportación de la marca, Ej. productos alimenticios, textiles, etc.

Estos tipos están contenidos en dos categorías:

Franquicia de Producto y marca registrada: cuando únicamente se limita a la distribución y venta de productos con marca registrada.

Negocio llave en mano o paquete: cuando la franquicia consiste en la habilitación de una unidad completa de comercialización y explotación.

### Modalidades operativas del contrato de franquicia

Franchising Internacional o Directo: existe un contrato directo entre el franquiciante y el franquiciado. Se desarrolla en los países que no adoptan políticas económicas proteccionistas. Es el caso de un titular que pretende desarrollar su negocio en otros países, pero sin instalarse a través de sucursales. Para evitar gastos y maximizar sus beneficios, el titular —futuro franquiciante— otorgará en esos países una franquicia comercial a quienes deseen desarrollar el negocio bajo su responsabilidad y riesgo y recibirá como pago una suma por el ingreso del franquiciado a la red, y regalías.

Este contrato puede ser de desarrollo con exclusividad en zonas geográficas en donde el franquiciado debe instalar varias unidades y pagar regalías por cada una de ellas siendo el único responsable; y puede ser principal en donde le otorga al franquiciado el privilegio de subfranquiciar dentro de un territorio.

Franquicia subsidiaria: el franquiciante instala una subsidiaria fuera del país y esta otorga franquicias en ese territorio. La ventaja de este mecanismo —respecto a la franquicia directa— es que el titular está presente en el territorio franquiciado, con lo que puede tener un mayor control del desarrollo del emprendimiento y un mayor grado de intervención en la red.

joint venture: consiste en la asociación de varias personas para impulsar una empresa comercial en forma conjunta, con la finalidad de obtener utilidades. A este joint venture se le otorga un —"master franchise"—, se le designa un franquiciante principal, y esta nueva entidad toma a su cargo el desarrollar del negocio dentro del territorio.

## Ventajas e inconvenientes del contrato de franquicia

### Ventajas

#### **A.- Franquiciante.**

- No corre con los gastos de Inversión;
- El personal es ajeno,
- Efecto multiplicador de su marca;
- Control no tan directo por la motivación del Franquiciado;
- Facilidad de acceder a mercados extranjeros,
- Mejor planificación de las funciones de fabricación y aprovisionamiento,
- Rentabilidad de los esfuerzos de marketing.

#### **B.- Franquiciado.**

- Integración a una red comercial;
- Garantía de independencia;
- Adquisición del Know-how del titular;
- Ayuda financiera del franquiciante;
- Capacitación constante del franquiciante;
- Zona de exclusividad;

#### **Inconvenientes.**

- Costos adicionales (derecho de entrada),
- Franquiciado tendrá un margen reducido de creatividad;
- Si el negocio es exitoso el franquiciado puede no aceptar las supervisiones del titular;
- El fracaso de una unidad puede perjudicar a otras;
- Limitaciones para la venta o traspaso del negocio,
- Riesgos asociados a la gestión del titular,
- Franquiciante no ético, puede explotar un negocio carente de solidez.

#### **Efectos del contrato**

##### **Obligaciones de las partes**

##### **A.- Franquiciante:**

- Adjudicar el derecho de explotar una unidad comercial u operativa en franquicia.-
- Suministrarle al franquiciado el know-how, las técnicas e instrucciones y el sistema para operar.-

- Otorgarle al franquiciado exclusividad territorial o zonal.-
- Otorgarle al franquiciado licencia para la utilización de nombres, marcas, emblemas, etc.-
- Proporcionarle los manuales que contengan un detalle de los sistemas y procedimientos de operaciones de la franquicia de que se trate.-
- Proporcionarle especificaciones de relaciones con terceros, clientes, publicidad, promoción, diseño y equipamiento del local o locales, pautas contables, cursos de capacitación del personal, seguro de los bienes, atención al público.-
- Suministrarle productos y servicios.-
- Limitar o vetar la elección de los locales.-
- Actos de fiscalización o control del cumplimiento de las condiciones pactadas en el contrato de franquicia.-
- Establecer condiciones para la revocación o extinción del contrato y sus causales.-
- Cobrar una regalía periódica, calculada en función de la venta bruta del negocio franquiciado.-

El Proyecto de Unificación Civil y Comercial establece las obligaciones del Franquiciado en el artículo 1393:

Son obligaciones del franquiciante:

a) Proporcionar, con antelación a la firma del contrato, información económica y financiera sobre la evolución de dos (2) o más unidades similares a la ofrecida en franquicia, que hayan operado un tiempo suficiente, en el país o en el extranjero.

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

A este fin, el franquiciante debe entregar al franquiciado un manual de operaciones con las especificaciones útiles para desarrollar la actividad prevista en el contrato.

c) Proveer de asistencia técnica para la mejor operatividad de la franquicia durante la vigencia del contrato.

d) 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 de mercado.

e) Defender y proteger el uso por el franquiciado, en las condiciones del contrato, de los derechos indicados en el segundo párrafo del Artículo anterior.

#### **B.- Franquiciado:**

- Pagarle al franquiciante una tasa inicial por entrar a la cadena, adquiriendo el derecho de utilización de la franquicia.
- Pagarle al franquiciante una regalía periódica, calculada en función de la venta bruta del negocio franquiciado.
- Ajustarse a todas las instrucciones de comercialización y técnicas del franquiciante.
- Adquirir la licencia de utilización de nombre, marca, etc.
- Dar cumplimiento al programa de entrenamiento dictado por el franquiciante.
- Guardar la debida reserva, secreto, de toda la información suministrada por el franquiciante.

- Satisfacer los aportes porcentuales oportunamente convenidos para las campañas publicitarias.
- Dar intervención al franquiciante en la elección de local o locales en donde se va a establecer la franquicia.
- Aportes para la elección y puesta en marcha del local .
- Ajustar el sistema informático y contable al los requerimientos del franquiciante.
- Dar cumplimiento a la normativa vigente que regule los distintos aspectos que hacen a la operatividad de la franquicia.
- Mantener el esquema de atención al público.
- No ceder ni subfranquiciar.
- Abstenerse de seguir utilizando el nombre y /o la marca una vez concluida la relación contractual.-

En el Proyecto de Unificación Civil y Comercial estas son las obligaciones del Franquiciado según el Artículo 1394:

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

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.

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 artículo 1367, segundo párrafo y cooperar, en su caso, en la protección de esos derechos.

d) Mantener la confidencialidad de la información reservada que integre 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.

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.-

### **Competencia desleal del franquiciado para con el franquiciante**

El franquiciado no debe realizar actos que impliquen competencia desleal, ya sea:

- Durante la vida del contrato (ej: vigente el contrato no debe tener trato comercial con la competencia);
- Después de un tiempo de finalizado el mismo (ej.: no poner un negocio similar que pueda confundir a la clientela, la cual creyendo consumir la marca de la franquicia, consume otra);
- De por vida (ej: no podrá revelar jamás secretos de la empresa, su tecnología, etc, tal el caso, de la formula detallada de la Coca Cola).

### **Responsabilidad precontractual del franquiciante**

La oferta de Franquicias por medios publicitarios puede mostrar al negocio como exitoso y muy solvente. Pero tal vez no lo sea en la realidad. Para evitar sorpresas por parte del futuro franquiciado, es necesario una transparente información proporcionada por el franquiciante. Es por ello que la etapa informativa es una de las más importantes en este proceso. Debe actuarse de buena fe.

La información debe reflejar los pagos exigibles, las inversiones, las modalidades principales del manual operativo, las restricciones de venta, la solvencia, recursos y balance de resultados del franquiciador en los años precedentes.

Puede haber una omisión informativa del oferente que dé lugar a responsabilidad. La publicidad engañosa surgirá si se informan las franquicias exitosas pero ocultando los fracasos, si se informa como promedio de ganancias algo que se refiere a un período de tiempo muy breve o a un grupo muy pequeño de franquicias.

### **Responsabilidad Contractual**

La responsabilidad contractual del dador de la franquicia puede contemplarse en diferentes temas:

A.- Es manifiesta la superioridad que ostenta el dador de la franquicia en el momento de la celebración del contrato, puesto que el tomador sólo adhiere a condiciones generales predispuestas. Es claro que se trata de un contrato de adhesión. El conflicto no se produce porque la cláusula esté inserta en el contrato, sino porque se la ejercita.

El criterio más importante para juzgar si las cláusulas del contrato configuran un abuso del derecho es el cumplimiento de la finalidad de la cláusula. Por ejemplo, si el control ha sido para proteger los bienes que el dador pone en manos del tomador, no será legítimo si se ejerce para otros fines.

B.- En el curso de la relación contractual esta superioridad puede ejercerse indebidamente, imponiendo al tomador algunas cargas que son propias del negocio del dador. Se trata de un ejercicio abusivo de sus derechos.

Un derecho de base contractual reconocido para el equilibrio del vínculo no puede ser usado para trasladar riesgos o costos a la otra parte.-

C.- El dador puede incumplir con sus obligaciones de diferentes modos, como por ejemplo, el abandono a la obsolescencia del método operativo, la no realización de esfuerzos dinámicos de adaptación a las circunstancias del mercado.

Un ejemplo de esto sería aquel en que el dador deja caer la marca y la imagen en la consideración del público, o bien no actualiza el know-how.

### **Responsabilidad del franquiciante por hechos del franquiciado**

En este tema hay que tener presente que los clientes no son del franquiciado, sino que son del franquiciante, de la marca y que confían en el prestigio de ella.

Si el cliente está mal atendido o se intoxica al consumir un producto de esa marca, la mayoría de la doctrina considera que hay responsabilidad del franquiciante, porque este debe controlar, y si no lo hizo, no cumplió su parte.

Igualmente le cabe al franquiciante la posibilidad de ir luego contra el franquiciado y hasta de revocarle la franquicia por incumplimiento. (Es importante tener en cuenta la ley 24240 de defensa del consumidor).

### **Ley de defensa del consumidor**

En lo que respecta al ámbito general de aplicación, sujeta a quienes "en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios" (art. 2°).

La norma legal incluye expresamente a la prestación de servicios y éstos deben ser prestados conforme han sido "ofrecidos, publicitados o convenidos"(art. 19°). Pone a cargo del proveedor el deber de información adecuada privilegiando su estricto cumplimiento. Tal información debe ser suministrada "en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales" (art. 4°).

El art. 5° exige que los productos y servicios sean suministrados de modo que, utilizados en condiciones previsibles de uso, no presenten peligro para la salud o integridad física del consumidor, de allí que debe aprovisionar todas las instrucciones para todas aquellas cosas o servicios cuya utilización implique o suponga un riesgo para la salud o integridad física de quienes lo consumen.

Por su parte, el art. 10bis determina que el incumplimiento de la oferta o del contrato por parte del proveedor da derecho al consumidor para exigir el cumplimiento forzado de la obligación, si es posible; aceptar otro producto o servicio equivalente; extinguir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integralidad del contrato y ejercer las acciones de daños que correspondan.

Con respecto al tema del seguro, la mayoría de los contratos de franquicia tipo obligan al franquiciado a tomar a su cargo un seguro contra terceros que cubra los daños sufridos en la persona o los bienes de éstos.

## **Responsabilidad frente a terceros**

La responsabilidad del franquiciante es independiente de la del franquiciado, cuando el producto dañado es defectuoso por error de diseño, por haber seguido rigurosamente la técnica transmitida, o por haber utilizado la maquinaria entregada. Igual solución corresponde en caso de falta de información al público, pues compete al franquiciante poner el producto en el mercado con las advertencias necesarias.

Con respecto a esta responsabilidad el art. 1399 del Proyecto establece lo siguiente:

Responsabilidad. Las partes del contrato son independientes. En consecuencia:

a) El franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado, salvo disposición legal.

b) Los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica con el franquiciante.

c) El franquiciante no responde ante el franquiciado por la rentabilidad del sistema otorgado en franquicia.

No obstante, el franquiciante responde por defectos de diseño del sistema.

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.

## **cláusulas abusivas**

La Cláusula de exclusividad es en principio legítima, pero se presta a abusos. Por ello se requiere, en general, que sea recíproca, es decir, pactada para ambas partes, ya que de lo contrario el dador podría tener al tomador sometido a la permanente amenaza de autorizar la presencia de un competidor en la misma zona.

Con respecto a esta cláusula el Proyecto de Unificación Civil y Comercial establece lo siguiente en el artículo 1396.- Cláusulas de exclusividad. Las franquicias son exclusivas para ambas partes. El franquiciante no puede autorizar o conceder otra unidad de franquicia en el mismo territorio o, en su defecto, en la zona de influencia de la franquicia otorgada; el franquiciado debe desempeñarse en los locales indicados, dentro del territorio concedido o, en su defecto, en su zona de influencia, y no puede operar por sí o por interpósita persona unidades de franquicia o actividades que sean competitivas. Las partes pueden limitar o excluir la exclusividad.

También serán ilícitas las cláusulas que restringen la competencia, y en especial, aquellas que limitan la libertad de contratar del franquiciado. Por ejemplo, es abusiva la cláusula que prohíbe al franquiciado adquirir mercaderías a otros Franquiciados.

El Proyecto establece cuales son las cláusulas abusivas que no pueden establecerse en el contrato, ellas son:

Artículo 1397.- Otras cláusulas. Salvo pacto en contrario:

a) El franquiciado no puede ceder su posición contractual ni los derechos que emergen del contrato mientras esté vigente, salvo los de contenido dinerario. Esta disposición no se aplica en los contratos de franquicia principal, destinados a que el franquiciado otorgue a su vez otras franquicias, a estos efectos.

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.

Artículo 1398.- Cláusulas inválidas. No son válidas las cláusulas:

a) Que prohíben al franquiciado cuestionar la validez de los derechos del franquiciante mencionados en el artículo 1392 segundo párrafo.

b) Que prohíben al franquiciado adquirir mercaderías comprendidas en la franquicia de otros franquiciados dentro del país, siempre que éstos respondan a las calidades y características contractuales.

c) Que prohíben al franquiciado reunirse o establecer vínculos no económicos con otros franquiciados.

## **Plazo y extinción del contrato**

Se puede establecer o no un plazo fijo de duración del contrato. Como no resulta posible que las partes queden vinculadas a perpetuidad, si el contrato no estipula cuándo concluirá, cualquiera de ellas puede rescindirle en cualquier momento.

El Proyecto de Código único aplica el plazo establecido para los contratos de concesión, que no puede ser inferior a cuatro años. No obstante determina que el plazo inferior puede pactarse en tanto haya una justificación específica por situaciones especiales tales como ferias, congresos, actividades desarrolladas dentro de predios o emprendimientos que tienen prevista una duración inferior, o similares.

El artículo 1400 del Proyecto de Unificación establece las siguientes reglas:

"a) Salvo pacto en contrario, el contrato de franquicia se extingue por la muerte o incapacidad, disolución o quiebra de cualquiera de las partes.

b) El contrato no puede ser rescindido sin justa causa dentro del plazo. Se aplican los artículos 1048 y siguientes.

c) Los contratos con un plazo menor a cuatro (4) años, que se justifique por razones especiales, según el artículo 1395, quedan extinguidos de pleno derecho al vencimiento del plazo....."

También el art. regula el comportamiento que deben seguir las partes para concluir el contrato a la expiración del plazo original o de cualquiera de sus prórrogas. Así "debe preavisar a la otra con una anticipación no menor a 1 (un) mes por cada año de duración, contado desde su inicio hasta el vencimiento del plazo pertinente". Si se hubiere pactado duración indeterminada el preaviso "debe darse de manera que la rescisión se produzca, cuando menos, al cumplirse el tercer año desde su concertación. Fija estrictamente que en ningún caso se requiere invocación de justa causa."

En el caso de que se omitiere el preaviso, nace en cabeza de la otra parte el derecho a ser reparada por las ganancias dejadas de percibir en el período, aplicando el mismo régimen que para los contratos de agencia"

Si se produce la extinción del contrato de franquicia pero el franquiciado asumió la obligación de "no competencia", el franquiciante deberá readquirir los productos que aquél adquirió o elaboró para atender a la franquicia "en las cantidades que fueren razonables, atento el desarrollo ordinario del negocio y a los precios de adquisición o producción con más sus gastos directos".

Y además:

- Por caso fortuito o fuerza mayor
- Por excesiva onerosidad sobreviniente (teoría de la imprevisión);
- Por pacto comisorio (para el caso de incumplimiento de alguna de las partes).



## Modelo de contrato de franquicia

Don \_\_\_\_\_, con D.N.I. número \_\_\_\_\_, gerente de la empresa \_\_\_\_\_, constituida en escritura pública otorgada ante Don \_\_\_\_\_, Notario de \_\_\_\_\_, e inscrita en el Registro \_\_\_\_\_ con fecha de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_, libro \_\_\_\_\_, tomo \_\_\_\_\_, folio \_\_\_\_\_, y con domicilio social en \_\_\_\_\_, de la ciudad de \_\_\_\_\_ provincia de \_\_\_\_\_, con poderes de representación conforme a escritura pública autorizada por Don \_\_\_\_\_, Notario de \_\_\_\_\_ con fecha de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_, de una parte, en adelante "LA FRANQUICIANTE"; y Don \_\_\_\_\_, de profesión \_\_\_\_\_, con D.N.I. número \_\_\_\_\_ y domicilio en \_\_\_\_\_ ciudad de \_\_\_\_\_, provincia de \_\_\_\_\_, de otra parte, en adelante "EL FRANQUICIADO"; celebran el presente contrato de FRANQUICIA sujeto a las siguientes cláusulas y condiciones:

**PRIMERA:** Por el presente contrato LA FRANQUICIANTE se obliga a permitir a EL FRANQUICIADO el uso de sus signos distintivos, consistentes en \_\_\_\_\_ (detallar), para su actividad comercial.

**SEGUNDA:** EL FRANQUICIADO, se obliga al pago de la cantidad de \$ \_\_\_\_\_ (pesos \_\_\_\_\_) iniciales, que abona el día de hoy, y al pago mensual de un porcentaje del \_\_\_\_\_ % de los ingresos obtenidos cada mes, en los cinco primeros días del mes siguiente.

**TERCERA:** EL FRANQUICIADO se obliga por el presente contrato a la aplicación de los sistemas de comercialización de LA FRANQUICIANTE conforme a las siguientes instrucciones \_\_\_\_\_ (detallar).

**CUARTA:** LA FRANQUICIANTE se obliga a prestar a EL FRANQUICIADO la asistencia técnica necesaria para que utilice su sistema de comercialización, consistente en \_\_\_\_\_ (detallar).

**QUINTA:** EL FRANQUICIADO se obliga a mantener un stock de productos adecuado para el perfecto desempeño de su actividad comercial, así como los medios necesarios para ello.

**SEXTA:** LA FRANQUICIANTE suministrará mensualmente, en los cinco primeros días de cada mes, los productos siguientes a EL FRANQUICIADO.

**SÉPTIMA:** EL FRANQUICIADO se obliga a observar las instrucciones de LA FRANQUICIANTE conforme a la cláusula tercera del presente contrato.

**OCTAVA:** LA FRANQUICIANTE se reserva el derecho de supervisar y controlar la actividad de EL FRANQUICIADO en su actividad comercial para cuidar de que se mantenga el nivel de calidad habido hasta el día de hoy.

**NOVENA:** EL FRANQUICIADO se obliga a informar a LA FRANQUICIANTE sobre la marcha de su actividad mensual con la periodicidad que LA FRANQUICIANTE estime conveniente.

**DÉCIMA:** Las partes de común acuerdo se someten a los Tribunales Ordinarios del Departamento Judicial de \_\_\_\_\_ renunciando expresamente a cualquier otro fuero o jurisdicción que pudiere corresponderles y constituyen domicilios especiales y legales: LA FRANQUICIANTE en la ciudad de \_\_\_\_\_; provincia de \_\_\_\_\_; calle \_\_\_\_\_ n° \_\_\_\_\_; y EL FRANQUICIADO en la ciudad de \_\_\_\_\_; provincia de \_\_\_\_\_; calle \_\_\_\_\_ n° \_\_\_\_\_, donde se tendrán por válidas todas las notificaciones y/o citaciones a que hubiere lugar.

De conformidad, las partes firman el presente contrato en dos ejemplares a un mismo tenor y a un solo efecto en la ciudad de \_\_\_\_\_ a los \_\_\_\_\_ días del mes de \_\_\_\_\_ de 20-\_\_\_\_.

## **Contrato de Distribución Comercial**

Se ha definido al contrato de distribución como “ un contrato atípico, de naturaleza mercantil, en virtud del cual, en nombre propio, se promueve la introducción en el mercado de una demarcación territorial, de un determinado producto manufacturado por otro, mediante un sistema de reventas o cesiones en uso, previamente planificadas en cuanto a la unidad de precio, tiempo determinado, y con exclusión de la competencia a cargo de uno solo de los contratantes o de ambos”.

En un sentido genérico podemos conceptualizar a esta figura diciendo que es aquel contrato en virtud del cual una de las partes denominada distribuidor, se obliga a adquirir de la otra parte, denominada distribuido, mercaderías generalmente de consumo masivo ( bienes de bajo valor o baja tecnología), para su posterior colocación en el mercado, por cuenta y riesgo propio, estipulándose como contraprestación de la intermediación un beneficio o margen de reventa.

### **Partes**

- Productor, fabricante o distribuido: aquel que fabrica o produce los bienes y servicios, proveyéndolos con carácter estable y duradero al distribuidor. Puede tratarse también de un importador.
- Distribuidor o intermediario: Actuando en su propio nombre e interés, es quien adquiere los bienes o servicios que le provee la otra parte contratante, para su comercialización en el mercado.

### **Naturaleza jurídica**

Es un contrato atípico. Dado sus características propias es imposible ubicarlo dentro de algún tipo legal. Esta figura ha agrupado o combinado distintos elementos de contratos tradicionales, y a raíz de ello algunos autores, considerando individualmente esos elementos lo identifican con contratos similares, como la compra venta mercantil, el suministro, la consignación de mercaderías o inclusive sucesivas compra ventas independientes, que hacen hincapié en la conjunción de elementos definitorios de otras modalidades contractuales que se incluyen genéricamente en la practica de este negocio.

Se ha dicho que es sustancialmente una compra venta mercantil, porque de ambas figuras surge la obligación de transmitir definitivamente el dominio. Pero aun cuando esto sea cierto, es evidente que la finalidad tenida en cuenta al formalizar el acuerdo de voluntades no es precisamente aquella. La causa fin de este contrato reside en la intermediación, que este adquirente debe llevar a cabo para distribuir los productos entregados por el fabricante o importador.

Tal asimilación simplifica demasiado el análisis de este nuevo instituto trayendo aparejadas consecuencias impropias. En efecto, tomar como base la efectiva transmisión del dominio desvirtúa el hecho fundamental de que la compra realizada por la distribuidora responde a la necesidad del distribuido de colocar sus productos en el mercado. Si admitiéramos tal identidad, cabría preguntarse cual seria la solución dada al supuesto en que el distribuidor comprara toda o gran parte de la producción y no la pusiese en circulación. Aplicar las normas de la compraventa conduce a afirmar que quien compra tendría derecho a hacer lo que quisiese con lo adquirido, imposibilitándose así la venta al publico.

### **Regulación legal**

Esta figura carece de regulación legal en nuestro país por la sencilla razón de haber nacido y haber adquirido importancia con posterioridad a la redacción de los códigos. Ante la ausencia de un tipo que la reglamente, según nuestra jurisprudencia y conforme el Art. 1143 del Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial, es normada fundamentalmente a través de:

1. Lo pactado por las partes para cada caso en concreto, en virtud del principio de autonomía de la voluntad (Art. 1197 CCD. Civil)
2. La costumbre mercantil
3. Normas análogas a que deba recurrirse
4. Disposiciones de carácter general relativas a los contratos, contenidas en el Código Civil o en el Código de Comercio
5. Los principios generales del derecho, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso.

En algunas oportunidades, en razón de celebrarse el contrato verbalmente, y a consecuencia de la falta de su regulación específica, surgen severas dificultades en sede judicial para resolver los conflictos que pudiesen derivarse de él. La falta de caracterización legal, no es óbice para una configuración generada en el tráfico.

### **Caracteres**

- Consensual: Nuestros jueces han entendido que es un contrato consensual que otorga el derecho a vender en un sector determinado por lo que recibe una remuneración. Este contrato se perfecciona con el consentimiento de las partes.
- Bilateral: Desde el momento de su celebración surgen obligaciones para ambas partes.
- Oneroso: Dado de que de él se derivan ventajas recíprocas. La obligación de entregar las mercaderías a cargo del distribuidor, tiene su razón de ser en la contraprestación del distribuidor de pagar su precio.
- Conmutativo: Desde el momento de celebración del contrato las partes conocen la ventajas y los sacrificios que el negocio comportara, además las prestaciones correspondientes a cada una de ellas se presumen equivalentes.
- Nominado: Goza de un nomen iuris. Sin embargo su denominación no es título suficiente para encuadrarlo dentro de alguna de las categorías típicas previstas por las normas mercantiles o civiles.
- Atípico: Se trata de un contrato que no está caracterizado legalmente.
- No formal: Como consecuencia del carácter anterior, no hay ley que imponga el cumplimiento de solemnidades específicas.
- De adhesión: Sin embargo, dada la particular situación de las partes puede prestarse a la negociación individual. Esto sucederá cuando distribuidor y distribuidor dispongan el mismo poder técnico y económico.
- Normativo: Porque por medio de él las partes regulan las modalidades de futuras negociaciones, para el caso y el momento que se produzcan ellas.
- "Intuitu personae": Las aptitudes de las partes son tenidas en cuenta cuando se selecciona al cocontratante. Esta particularidad traera efectos en cuanto al error en la persona y la posibilidad de cesión del contrato.
- De tracto sucesivo: Las obligaciones que han asumido las partes van a repetirse en el tiempo. Es un contrato de duración, y esa duración se impone como una necesidad para alcanzar la causa motivo de la vinculación contractual. En la práctica suelen pactarse plazos de un año, sin tacita reconducción, y la razón de esta limitación temporal reside en la mutua conveniencia de las partes, de poderse liberar de un contrato que no responde a los fines perseguidos.

### **Elementos del contrato**

Los elementos del contrato pueden agruparse en dos grandes categorías:

#### **Generales:**

1. Consentimiento: La formación del consentimiento en el contrato de distribución puede asumir la modalidad de la contratación por adhesión, en razón de encontrarnos, en determinados casos, frente a un fabricante o productor que predispone las condiciones de la contratación y a un distribuidor que ve limitado su poder de negociación, y solo puede aceptar o rechazar las cláusulas incluidas en formularios tipo previamente impresos.
2. Objeto: El objeto del contrato varía según el tipo de distribución que se trate. Puede referirse tanto a la venta de productos manufacturados que el distribuidor adquiere del productor o importador para su reventa, o a la distribución del mero uso, como sucede cuando se distribuyen películas cinematográficas para su exhibición. Tratándose de un contrato de distribución, la jurisprudencia entiende que también integra su objeto la obligación del distribuidor de incentivar el producto y obtener la mayor colocación, siendo este deber un elemento esencial de esta figura, que lo diferencia de otros contratos.
3. Causa: Si entendemos a este elemento como el fin inmediato y concreto que impulsa a las partes a contratar, vemos que en este caso se identifica con su función económica. En efecto, la causa fin del contrato de distribución consiste en

la comercialización de productos o servicios, y en esta forma las partes podrán prever con un apreciable grado de exactitud la cantidad de unidades a cuya provisión y colocación se comprometen, su precio y condiciones de venta, las campañas publicitarias, y eventualmente servicios de reparación.

#### **Particulares:**

1. La intermediación: La colocación de los productos adquiridos por el distribuidor, constituye un elemento esencial de este contrato, que lo diferencia de la compraventa. Es consecuencia directa de la finalidad tenida en cuenta al formalizar el negocio jurídico. El distribuidor que actúa en nombre y riesgos propios, compra al productor y vende a terceros esas mercaderías, la ausencia de este elemento desnaturaliza el contrato.
2. Actuación a nombre y riesgo propios del distribuidor: Típicamente no es un representante del distribuido. Este elemento lo diferencia del contrato de agencia, con el que frecuentemente se lo confunde. Su intermediación desvincula a quien le vende los bienes de aquellos que los adquieren, salvo los derechos del consumidor.
3. Planificación comercial: La planificación comercial hace a la sustancia de este contrato, es uno de los rasgos más característicos de la distribución, y se vincula con su carácter de contrato de colaboración empresaria. Para que el contrato se tipifique se requiere la configuración de este elemento, a través de cláusulas que establecen precios unitarios, régimen de mercados, programas de publicidad, la obligatoriedad de tener establecimiento abierto, stock de un determinado número de mercaderías, etc.
4. Margen de reventa: Es la remuneración del distribuidor, consistente en la diferencia entre el precio de compra y el de venta de las mercaderías distribuidas. Este último puede ser fijado por el fabricante o importador, si así se lo previó en el instrumento contractual.
5. Exclusividad: La exclusividad puede estar o no estipulada en el contrato. Este elemento implica una limitación de la concurrencia, restringiendo la libertad económica, por lo que requiere una limitación temporal y espacial.

#### **Obligaciones de las partes**

##### **Del distribuido:**

1. Hacer entrega al distribuidor de los bienes pactados, en el tiempo, la forma y el lugar que fueron convenidos por las partes. En virtud de esta obligación de suministro que asume el distribuido, debe proveer a la otra parte contratante los bienes sobre los cuales versa la contratación, debiendo aplicarse al respecto los principios generales, en cuanto a la integridad e identidad de estos.
2. En caso de haber establecido las partes la exclusividad a favor del distribuidor, el distribuido deberá dar cumplimiento a ese compromiso, de acuerdo a las modalidades convenidas.
3. Si se fijó un plazo de duración del contrato, debe permanecer vinculado al distribuidor durante su vigencia. Ante la eventual decisión del distribuido de rescindir el acuerdo antes del vencimiento del plazo previsto, deberá indemnizar a su cocontratante por los daños y perjuicios que la ruptura extemporánea del vínculo le hubiese ocasionado.
4. En razón de ser la distribución un contrato oneroso, el distribuido asume la garantía de evicción y vicios redhibitorios, generándose una responsabilidad de tipo objetiva.
5. Cuando disponga del derecho a fijar los precios de ventas de los bienes a los consumidores, deberá hacerlo según procedimiento acordado en el contrato. La facultad de determinar el precio de venta de los consumidores, por parte del distribuido, es un elemento accidental del contrato.
6. Las partes también pueden convenir obligaciones a cargo del distribuido, relativas a la publicidad del producto, por lo que a este corresponderá dar cumplimiento a ellas.

##### **Del distribuidor:**

1. Su principal obligación será pagar el precio de las mercaderías adquiridas al distribuido.

2. Poner a disposición del logro de la finalidad contractual toda su estructura empresaria, adecuando la organización de esta, para lograr la colocación en el mercado de los bienes según lo convenido, y tendiendo a lograr el progresivo aumento de las ventas.
3. De haber asumido el distribuidor, obligación de exclusividad, este deberá respetar tal compromiso, según lo pactado, generando los siguientes deberes a su cargo, no adquirir de terceros los bienes fabricados por el distribuido, no realizar ventas o promociones fuera de su zona exclusiva, y no vender productos que se encuentren en competencia con aquellos fabricados por el distribuido
4. De haberse estipulado obligaciones a su cargo relativas a la publicidad de los productos a comercializar, debe dar cumplimiento a lo acordado, según las modalidades previstas. En caso de que nada se hubiese pactado, se desprende como consecuencia de la puesta a disposición de toda estructura, su obligación de realizar las publicidades y promociones necesarias para una óptima colocación de los productos.
5. Si se hubiere pactado, debe permitir la fiscalización y el control de su empresa de parte del distribuido. Este control se considera implícito en los contratos donde se pacta una cláusula de exclusividad a favor del productor.
6. Mantener un stock de mercaderías que le permita hacer frente a mayores e inusuales demandas por parte de los consumidores.
7. Realizar estudios de mercado, investigación de la clientela y cualquier otra actividad a su alcance, tendientes a lograr un continuo progreso en las ventas.
8. Responde por evicción y vicios redhibitorios con respecto a los terceros adquirentes de los productos distribuidos. también es responsable por los daños provocados por las cosas que introdujo en el mercado.

### **Relaciones con terceros compradores**

Consecuencia directa de que el distribuidor es un comerciante independiente y autónomo, que actúa a nombre y riesgo propios cuando coloca las mercaderías del productor, fabricante o importador, es que no se establece ninguna relación jurídica entre el último y el tercer adquirente. Precisamente el distribuido acude a este intermediario, a fin de no asumir los riesgos derivados de la comercialización directa de sus productos. A través de esta figura recurre a un distribuidor, cuyo crédito y situación económico-financiera son tenidos especialmente en cuenta al contratar.

Es así que el distribuidor también responde por la calidad de los productos distribuidos puesto que no está liberado de la obligación de verificar el estado de las cosas compradas al distribuidor exclusivo, alegando que no puede abrir los paquetes que están destinados a la reventa.

### **Extinción**

La distribución se extingue por causas ordinarias, comunes a todos los contratos, sin embargo, algunas de ellas presentan matices especiales, dadas las peculiaridades de la figura en cuestión. Existen, además, causales de extinción propias de este contrato. Pondremos, entonces, especial énfasis en estas últimas.

Al efecto, deben diferenciarse dos supuestos:

- En caso de tratarse de un contrato de plazo determinado, no pueden las partes apartarse de la relación antes de su vencimiento, salvo la configuración de una causal de resolución, que como tal hubiese sido expresamente prevista por las partes, o por incumplimiento de una prestación esencial por cualquiera de las partes que de lugar a la aplicación del Art. 216 del Cod de Comercio. Si no se estableció una cláusula de tacita reconducción, ambas partes conservan su derecho a dar por finalizado el vínculo, con la última limitación de que este no sea ejercido abusivamente.
- En caso de tratarse de un contrato de plazo indeterminado, las partes pueden denunciarlo en cualquier momento, siempre que el ejercicio de dicha facultad no sea antifuncional.

Lo habitual es que las partes acuerden causales de rescisión o resolución del contrato. En cuanto a estas, los tribunales han dicho que solo cabe poner fin al contrato en virtud de causales legítimas y serias, señalando en numerosas oportunidades cuales reúnen tales exigencias. Frecuentemente, suelen dar lugar a la resolución de estos contratos las siguientes causas:

1. La quiebra o concurso preventivo de cualquiera de las partes.
2. La muerte o pérdida de capacidad de uno de los contratantes.
3. La transmisión del fondo de comercio.
4. El cambio de actividad y, con respecto a las personas de existencia ideal, la transformación de esta, el cambio del objeto social, la reducción del capital y otras circunstancias semejantes.
5. Las condenas de naturaleza penal.
6. La no colocación de la cantidad mínima de mercadería prevista en el contrato.
7. La calidad de los productos distinta a las condiciones que fueron tenidas en cuenta como necesarias al contratar.

La rescisión unilateral del contrato, sin causa justificada o no acordada expresamente, que provoca un daño a la otra parte, da origen al derecho del contratante perjudicado de reclamar la reparación correspondiente.

La cuantía de la indemnización se determina según los daños efectivamente probados, y comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante.

## Modelo de contrato de distribución comercial

Entre el Sr. . . . . , en su carácter de . . . . . de la empresa . . . . . , con domicilio legal en . . . . . , en adelante "la empresa", y . . . . . , con domicilio en . . . . . , en adelante "la distribuidora", se conviene en celebrar el presente contrato de distribución, sujeto a las cláusulas y condiciones que le siguen:

PREMERA: La empresa concede por intermedio del presente a la distribuidora, la exclusividad para comercializar sus productos, los que se detallan en documento por separado que forma parte de este contrato, en una zona comprendida en . . . . .

SEGUNDA: Se pacta expresamente un descuento de la empresa a la distribuidora del . . . . . % sobre el valor de venta al público. (Pactar también en esta cláusula lo relativo a gastos de envío y otros gastos en general). . . . .

TERCERA: Los gastos de la distribuidora se llevarán a cabo mensualmente por medio de . . . . . documentos con vencimiento a los . . . . . y los . . . . . días a partir del último día hábil del mes que corresponda, siendo de su cuenta los gastos de sellado. En garantía del primer envío la distribuidora deposita en este acto la suma de pesos . . . . . los que le serán reintegrados en mercaderías mensualmente a razón de pesos . . . . . por mes. La falta de entrega en tiempo de la respectiva documentación y el incumplimiento de pago son causales de rescisión del contrato, sin ningún tipo de interpelación, amén de las acciones legales pertinentes por los daños y perjuicios que tales actitudes ocasionaren. . . . .

CUARTA: El presente contrato tiene una duración de . . . . . (meses/años), pudiéndose rescindir unilateralmente y sin causa, para lo cual es de estricta necesidad la notificación expresa en un plazo de . . . . . días. . . . .

QUINTA: La distribuidora no asume la representación de la empresa, por lo que los riesgos de la comercialización y venta de los productos son a su exclusiva cuenta y riesgo. . . . .

SEXTA: La empresa se compromete a mantener invariable calidad de los productos, a nivel individual y a nivel comparativo con los similares del mercado. La notoria disminución de calidad, es causal de rescisión por culpa de la empresa. . . . .

SEPTIMA: Se pacta expresamente la exclusividad de este contrato para las dos partes en lo que respecta a los productos detallados, no pudiendo la empresa comercializarlos por otra vía en la zona premencionada, y el distribuidor comercializar otros similares. El incumplimiento es causal de rescisión sin interpelación alguna, amén de las acciones por daños y perjuicios que correspondiera. . . . .

OCTAVA: La empresa se compromete a avisar con . . . . . días de anticipación toda modificación en los precios. A su vez la distribuidora deberá respetar los precios impuestos por la empresa, bajo apercibimiento de rescisión y daños y perjuicios. . . . .

NOVENA: Sobre la publicidad de los productos se pacta lo siguiente: ... . . . . .

DECIMA: Las partes se someten a la jurisdicción de los Tribunales ordinarios de . . . . . , renunciando expresamente a otro tipo de fuero y jurisdicción. . . . . En prueba de conformidad se firman dos ejemplares de un mismo tenor y a un solo efecto en . . . . . , a los . . . . . días del mes de . . . . . de 199.. .

## **Contrato de Concesión Comercial**

Estos contratos denominados también contratos de distribución exclusiva, venta exclusiva, exclusiva venta, o concesión en exclusiva, se producen por el aumento de las relaciones comerciales, ya que difícilmente una persona bien sea física o jurídica, tiene el poder y la capacidad suficiente para producir un artículo y encargarse de su distribución y venta.

Sus antecedentes se encuentran en Alemania, en la distribución y venta de cervezas. En Estados Unidos, tomaron auge en el sector de concesionarios de venta de automóviles, industria de gran expansión por los años veinte.

El contrato de concesión puede ser:

- Concesión para la venta; y
- Concesión para la prestación de servicios,

Se trate de uno u otro, es importante tener en cuenta que el concesionario actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros.

### **Concesión para la venta**

Es el contrato por el cual un fabricante (concedente) delega en una persona o empresa (concesionario) la facultad de vender sus productos con exclusividad en una zona determinada.

Este tipo de contrato genera ventajas tanto para el concedente como para el concesionario. Para el primero, porque logra colocar sus productos en el mercado; para el segundo, porque obtiene la diferencia entre lo que paga el producto y el precio al que lo vende. Además comercializa un producto ya conocido en el mercado lo cual le facilita mucho la venta.

### **Concesión para la prestación de servicios**

Es el contrato por el cual una institución (concedente) delega en una persona o empresa (concesionario) la facultad de explotar un servicio determinado dentro del establecimiento (explotación de bares, restaurantes, kioscos, librerías, etc.).

### **La concesión en el comercio actual**

La concesión desempeña una función económica de mucha importancia en el comercio actual.

Del punto de vista del concedente le posibilitará la prestación de servicios o la colocación de productos, trasladando el riesgo de ellos sobre terceros, que además toman sobre sí la organización de la prestación y su funcionamiento, pone en evidencia que al concedente le permitirá, generalmente sin mayor necesidad de inversión de capital, obtener beneficios de escala al vender en forma periódica, y a compradores obligados, su producción.

En razón de este sistema la concesión comercial es gratuita en cuanto el concesionario no debe pagar una suma de dinero por el mero hecho de ser designado concesionario, aunque ciertamente se obliga a otras prestaciones, pero éstas son posteriores a su designación. Por ello, aunque el concedente no reciba un pago por designar a un concesionario, el servicio bien prestado siempre constituirá un motivo de prestigio que puede tener influencia en otros aspectos que le reporten utilidad.

Desde el punto de vista del concesionario, la concesión le permitirá la realización de una actividad de su especialidad incluso asegurándole generalmente un mínimo de clientela, ya que la misma circunstancia de que el concedente haya autorizado el servicio, está indicando que éste será utilizado por terceros y que por ello se presta, es decir, que tiene posibles destinatarios que seguramente harán uso de él. Como quienes soliciten los servicios abonarán por ellos un precio al concesionario, allí estará su beneficio económico, que será mayor cuando el concedente le facilite bienes para su actividad, porque de esta manera no necesitará mayor inversión de capital.

### **Naturaleza jurídica**

No cabe duda de que se trata de un contrato atípico, cuyos perfiles, si bien conocidos, no están totalmente desarrollados por la práctica y la doctrina.



## Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio

Aun tratándose de un contrato atípico, el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio, lo define de la siguiente manera en su Art. 1382: *En el contrato de concesión el concesionario, que actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros, se obliga mediante una retribución a disponer de su organización empresarial para comercializar mercaderías provistas por el concedente, y prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según haya sido convenido.*

### Elementos del contrato de concesión

**a) Autorización Para Adquirir Productos del Concedente.** Este es el objeto principal del contrato de concesión: el concedente decide separar una actividad que le compete y otorga esa autorización al concesionario. Debe surgir claramente esa delegación por parte del concedente para que pueda determinarse la existencia de una concesión; de lo contrario podemos estar en presencia de contratos diferentes (locación de obra, de servicios).

El privilegio de adquirir productos del concedente es de la esencia de la concesión y ésta no puede existir sin el derecho del concesionario de comprar para revender los productos del concedente en una zona determinada, diferenciándose del suministro en que en este último existe una garantía respecto de las cantidades mínimas mensuales a proveer, que no es típica de la concesión, en la que la fábrica no adquiere compromisos al respecto, aunque sea de su conveniencia vender más productos.

**b) Prestación o Explotación de la Concesión a nombre Propio.** La prestación del servicio de pre y posventa a nombre, por cuenta y a riesgo del concesionario es otra finalidad común que ambas partes tienen en mira al contratar. El concedente celebra el contrato para prestar el servicio, para asegurarlo, incluso en mejores condiciones, a los terceros. Por su parte el concesionario asume como principal obligación y adquiere también como principal derecho, la realización de la explotación concedida.

**c) Autonomía.** El concesionario desempeña sus funciones con autonomía, en el sentido de que no se encuentra vinculado por una relación de dependencia jurídica, pero sí existe una subordinación técnica y económica que pone en manos del concedente importantes decisiones, como por ejemplo zona en que el concesionario debe actuar, modo de efectuar las ventas, stock de repuestos que debe mantener, la determinación del precio sugerido de reventa y la participación del concesionario o su ganancia le es fijada por el concedente.

**d) Exclusividad.** Se trata de una exclusividad de aprovisionamiento, sin ella no hay concesión comercial: es típica y característica de este contrato. El concesionario de hecho es exclusivo en su zona. Puede también serlo por contrato, pero ello no es característico ni necesario. La exclusividad de aprovisionamiento implica también que no pueden comercializarse productos de otra marca y comporta la obligación del concedente de sólo aprovisionar a aquellos que son sus concesionarios designados y no vender directamente al consumidor, con excepción de ciertas situaciones especiales (empleados, exportaciones, ventas a ciertos consumidores).

**e) Control.** Siendo el contrato de concesión una delegación de actividad, el control de dicha actividad por el concedente es un elemento esencial, el que se manifiesta en la posibilidad de reglamentación y de vigilancia y es consecuencia de que el concedente necesita uniformar la actividad del concesionario y por tal razón se reserva la facultad de controlarlo, así como también la de modificar las condiciones en que presta la actividad en ciertos aspectos, como por ejemplo precios, descuentos, materiales o mercadería a utilizar en la prestación, utilización de los emblemas e insignias del concedente etc.

### Características del contrato de concesión

**1.- Consensual.** El contrato de concesión se perfecciona con el mero consentimiento, que crea ya las obligaciones emergentes del contrato, aun cuando se acostumbra celebrarlo por escrito.

**2.- Es preparatorio, normativo de otros negocios.**

**3.- De tracto sucesivo,** pues necesariamente se cumple en el tiempo.

**4.- Bilateral.** Pues ambas partes resultan obligadas luego de su formación, teniendo vigencia los efectos particulares de esta clase de acuerdos: el pacto comisorio, la excepción de contrato no cumplido etc.

**5.- Oneroso.** Hay ventajas recíprocas, que se otorgan la una teniendo en vista a la otra. El concesionario obtiene una ventaja económica consistente en lo que los terceros abonarán por encima del precio que el debe pagar al concedente, más una fluida demanda de un producto conocido; el

concedente recibe el precio del concesionario y a la vez los beneficios de la de la difusión de sus productos de marca por medio de la red de sus concesionarios

**6.- Conmutativo.** Ello independiente de la existencia del riesgo propio de los negocios, consistente en que ni concedente ni concesionario saben en definitiva si el negocio en cuestión será beneficioso.

**7.- Intuitio Personae.** Por tanto no cedible ni transferible; por ello termina por la ocurrencia de eventos que afecten a la persona de las partes, tales como la quiebra y el convenio que puedan afectarlas

**8.- Principal.** Pues su vigencia no depende de otros actos o contratos.

**9.- Es un contrato empresarial o también llamado de "colaboración entre empresas".** Ello porque no hay vínculo de subordinación o dependencia entre las partes celebrantes, ya que ambos son empresarios o comerciantes que realizan un negocio de mutuo beneficio, corriendo cada cual con los riesgos correspondientes.

**10.- Contrato entre Comerciantes.** La concesión se caracteriza por ser un contrato que se celebra entre comerciantes, titulares de empresas.

### **Duración**

De acuerdo con la índole de esta categoría de contratos, basados en la integración, las notas de continuidad y estabilidad temporal son vitales para el desarrollo del negocio. De la realidad contractual surgen dos modalidades respecto de la duración de tales convenciones:

- a) **Contrato de plazo determinado:** Es habitual que se pacte una duración mínima con la posibilidad de una prórroga al cabo del término. Esta modalidad (cuando el plazo es muy breve y ante la falta de renovación), genera incertidumbre en el concesionario, ya que corre el riesgo de no poder cubrir el volumen de sus inversiones de instalación e infraestructura, que solo le son de utilidad en ese ramo de actividad. O bien estipular una duración larga, en cuyo caso el concedente se guarda la facultad de rescindir el convenio en cualquier momento, en desmedro de la posición jurídica de su contraparte.
- b) **Contrato de plazo indefinido:** Consiste en pactar desde el inicio una relación sin plazo, lo cual es acompañado generalmente con el derecho de rescisión unilateral a favor de ambas partes, con un preaviso en término convenido. Esta cláusula es la que ha suscitado la mayor parte de los planteos judiciales, cuando el concedente decide poner fin a la relación a poco tiempo de comenzada esta sin necesidad de alegar una causa justificante.

Se cree que a los fines de corregir los desequilibrios señalados, se impone establecer, por vía legislativa o convencional, un plazo mínimo, durante el cual no sea posible el distracto unilateral sin causa suficiente. Una duración razonable, en el ámbito de la concesión para la venta de automotores, podría ser el de cinco años (Marzorati), y con la posibilidad de renovación, por otro tanto, o bien por un término menor o mayor. De tal modo se ven convenientemente resguardados los intereses del concesionario, mientras que no se obliga al concedente a permanecer ligado por un tiempo excesivamente prolongado.

### **Obligaciones del concesionario**

Señalado ya cuales son las finalidades de las partes al celebrar un contrato de concesión, es obvio que sus cláusulas han sido predisuestas y preparadas por el concedente a quien, a fin de uniformar las obligaciones de los miembros de su red comercial. Las cláusulas de modalidades más usuales que crean obligaciones para el concesionario son:

- Cláusula de mínimo: Se acostumbra estipular que el concesionario, en un determinado período, por ejemplo un año, deba hacer compras por un mínimo preestablecido, sea en cantidad o en valor de mercaderías.

- Obligación de mantenimiento de stocks: Estos contratos pueden imponer al concesionario la obligación de mantener un stock determinado de mercadería o de sus repuestos o accesorios, a disposición del público consumidor.

- Obligación de prestar servicios a clientes: También es usual en estos contratos que el concesionario se obligue a efectuar prestaciones de servicios a los clientes, como por ejemplo atender los reclamos de la clientela y contar con una estación de servicio para revisiones y reparaciones. Deber acotarse que el fin del pacto de estas obligaciones tiene por mira un objetivo común a los intereses de ambas partes, que pretende una mejor atención al cliente, lo que redundará

en definitiva en la conservación y aumento de la clientela. Normalmente los servicios que la concesión obliga respecto del cliente no son gratuitos. El cliente debe convenirlos y pagarlos de acuerdo a las reglas generales de derecho. Los servicios del concesionario para responder de la garantía del producto, si se le imponen al concesionario, son de cuenta y cargo del concedente.

- Obligaciones en cuanto a propaganda: Generalmente se obliga al concesionario a no hacer propaganda de los bienes materia de la concesión sin previa aprobación del concedente. Pero también se acostumbra imponer al concesionario ciertas obligaciones de propaganda y publicidad, como la consistente en emplear la marca del concedente en su establecimiento, indicando su calidad de concesionario.

Otros rubros que al concedente le interesa normar y que por tanto generarán obligaciones para el concesionario, son los siguientes:

- Aprovisionarse exclusivamente del concedente.
- Tener instalaciones adecuadas para la venta y servicio.
- Respetar el territorio de los restantes

concesionarios.

- Mantener un capital de trabajo adecuado a su giro.
- Adoptar sistemas administrativos, financieros y

contables del concedente.

No comercializar productos competitivos del concedente.

### **Derechos del concesionario**

A su vez, el concesionario tiene derecho a:

- El otorgamiento de un privilegio de reventa de los productos en una zona determinada, ella puede ser zonal o nacional.
- Comprar del concedente en condiciones más ventajosas.
- Que el concedente respete y haga respetar su monopolio de reventa en su territorio si estuviera establecido. A propósito de este derecho, la comisión antimonopolios chilena ha declarado en numerosos fallos que existe conducta contraria a la libre competencia cuando un vendedor discrimina en sus ventas respecto de su clientela. Fallos posteriores han admitido que pueda haber en estos contratos discriminación no arbitraria, que no sería violatoria de las normas que resguardan la libre competencia. Estos casos serían causales que autorizarían distintos precios a diversos compradores, como por ejemplo el volumen de la compra, la forma de pago y otras condiciones económicas de los negocios. En cuanto a la posibilidad de que el concedente pueda pactar condiciones distintas con sus diversos distribuidores, la Comisión también ha consagrado la vigencia de los mismos principios; y aun ha admitido discriminaciones entre los diversos concesionarios por operar en distintos mercados, aceptándose en ciertos casos la existencia de ellos en el mismo país o región.
- Usar gratuitamente la insignia y nombre comerciales del concedente.

Puede decirse que el concesionario asume una obligación de hacer, no promete un resultado. Se obliga a aplicar su actividad en forma permanente en interés del fabricante quien solamente se obliga a mantener una corriente de aprovisionamiento de productos o mercaderías conocidas en el mercado.

### **Obligaciones del concedente**

1.- Mantener una corriente de aprovisionamiento de productos o mercaderías. Queda a su arbitrio decidir sobre la cuota que periódicamente le asigne al concesionario, como la oportunidad del cumplimiento, de manera que por este medio puede regular la gestión comercial del concesionario

hasta llegar a convertirla en antieconómica, disminuyendo en tal medida las entregas que conduzca a una explotación no redituable. Con respecto a la cuestión de determinar hasta donde es legalmente admisible el ejercicio de la facultad de fijar unilateralmente los cupos mínimos de venta, entendemos que los criterios a utilizar, como parámetro, son la uniformidad y la proporcionalidad. Si la reducción obedece a parámetros objetivos y generales, es admisible.

2.- Liquidar las operaciones en garantía en forma oportuna.

3.- Establecer políticas de garantía, talleres de comercialización y suministro de repuestos uniformes para toda la red.

4.- Promover y publicitar los productos en forma global.

5.- Proporcionar a los concesionarios información técnica y capacitación para una mejor atención del usuario.

Lo señalado precedentemente, pone de manifiesto la existencia de una relación de confianza y de respeto mutuo entre concesionario y concedente. Las políticas de este último afectan la vida de la concesión, su rentabilidad y eficiencia. A su vez, el mal servicio del concesionario tiene un efecto nocivo sobre la red y el concedente. Sin duda, las características comentadas de esta forma de distribución comercial constituyen un contrato nuevo, proveniente del derecho administrativo, ligado a un privilegio de aprovisionamiento exclusivo de productos a favor de un comerciante independiente, en virtud del cual, el concesionario, para asegurar su lucro, debe resignar parte de su autonomía jurídica, subordinando e integrando su actividad económica a los recaudos que con carácter uniforme para la red de distribución le requiere el concedente.

### **Derechos del concedente**

1. puede rescindir la concesión cuando quiera;
2. impone un reglamento que regula las relaciones concedente-concesionario y concesionario-clientela; y puede modificarlo cuando desee.

Este reglamento, generalmente va anexado al contrato y es una especie de contrato de adhesión que contiene las obligaciones del concesionario referentes, por ejemplo, a características del local, forma de atender al público, horarios de atención, ventas mínimas, atenciones post-venta, service, etc.

### **Extinción**

El contrato de concesión concluye de modo normal por el cumplimiento del plazo, cuando se ha fijado un término fijo, sin haberse renovado.

Pero los supuestos más comunes se presentan al articularse la rescisión por una de las partes, lo cual origina diversas consecuencias. Sobre este caso, se distinguen dos hipótesis:

**Contratos de plazo determinado:** Aquí la regla es simple: el contratante que pretenda rescindir anticipadamente deberá acreditar la existencia de una justa causa. No se trata necesariamente del incumplimiento de la prestación esencial( ej. Falta de entregas), en cuyo caso la bilateralidad de la convención lo facultaría operar el pacto comisorio( Art. 1204 Cod. Civil), sino la falta a cualquier otro deber contractual, aun menor, tal como la pérdida de confianza, ausencia de cooperación, escaso incentivo productivo. En tal situación se entiende como procedente la denuncia unilateral. Pero de no mediar causal suficiente toda conducta rupturista podrá ocasionar daños al cocontratante, con derecho al resarcimiento.

**Contratos sin plazo:** Es el supuesto más complejo. Estipulada la facultad rescisoria incausada para cualquiera de las partes y en cualquier momento, parecería que podría exigirse la existencia de una causa justificante, aun en contra de la previsión contractual, puesto que no hay razones para mantener a rajatabla la perpetuidad de un negocio. De lo que se trata, es de determinar las condiciones de ejercicio de la rescisión, en especial por parte del concedente.

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el punto con un criterio un tanto errático. En una primera etapa, algunos fallos imputaron responsabilidad al concedente al cancelar la concesión sin una causa que lo justificara, considerando tal medida como arbitraria. A partir de esta idea fueron moldeándose algunas sentencias judiciales que establecieron que de otro modo se avalaría el abuso del derecho.(CNCom, Sala A, 11/9/83, "Dillon c/Ford")

Pero un trascendente fallo de la Corte Suprema ha venido a modificar dicha doctrina, el caso "Automotores Saavedra SACIF c/Fiat Argentina SA". El decisorio en cuestión revoca el pronunciamiento de segunda instancia y sienta algunos postulados como los siguientes:

- Ratifica la validez del pacto rescisorio para ser ejecutado en cualquier tiempo y sin expresión de causa, si así se ha convenido (Art. 1197, Cod Civil)
- Sostiene una aplicación restrictiva de la teoría del abuso del derecho (Art. 1071, Cod Civil)
- Entiende que la regla de la buena fe en la interpretación de los contratos (Art. 1198 Cod Civil) no debe conducir a pensar en la duración indefinida de las convenciones, máxime cuando, el concesionario tuvo la oportunidad de amortizar su inversión (Automotores Saavedra había sido concesionario de Fiat durante 10 años).

Sin embargo, un nuevo fallo de la Corte Suprema en "Cherr Hasso c/The Seven Up", viene a apartarse del criterio sentado en "Automotores Saavedra". El tema, aunque no referido propiamente a una concesión para la venta de automotores, sino a una licencia para la fabricación y distribución de gaseosas, presenta los mismos principios aplicables. Esta vez la Corte Suprema sostuvo que el mero transcurso del tiempo no constituye por si solo una presunción real amortización de las inversiones, sino que hay que indagar la realidad económica de la empresa que sufre la cancelación.

A pesar de existir criterios jurisprudenciales distintos, se podría llegar a la siguiente conclusión:

En primer lugar, es necesario reafirmar los principios informadores de todo el sistema, ya no solo en la faz vital del acuerdo, sino también en lo que atañe a la ruptura del vínculo: la buena fe contractual, los estándares de la moral y las buenas costumbres, y el ejercicio regular de los derechos.

Si bien esta claro que las fronteras precisas de lo abusivo difícilmente sean mensurables, no debemos olvidar que estamos frente a situaciones de subordinación económica y técnica de una de las partes. Aun cuando el concesionario no puede desechar el riesgo de la pérdida de la concesión, es probable que tal medida afecte seriamente su estructura. deberá el concedente probar efectivamente que la capacidad operativa del concesionario ha sido reorientada a otra actividad. Distinta será la situación del otorgante que, en el peor de los casos, contara con una boca de expendio menos.

Desde el punto de vista sustancial, bien puede ser una solución verificar si la parte más débil ha podido amortizar sus inversiones. Si bien el tiempo transcurrido de ejecución del contrato haría presumir dicha amortización, es de apreciar la existencia de inversiones sucesivas y posteriores, además de la inicial.

En cuanto a las condiciones formales, es mayoritaria la opinión sobre la exigencia de un preaviso rescisorio.

Como pauta general, vale aceptar que a mayor vigencia del convenio, mayor deberá ser el termino del preaviso. Un plazo estimativo podría ubicarse entre los noventa y noventa y cinco días.

Efectivizada la rescisión del contrato, subsisten, sin embargo, otras cuestiones pecuniarias, para el caso de que aquella fuera intempestiva o sorpresiva. Habrá que determinar cuales son los perjuicios indemnizables para el concesionario.

Uno de los perjuicios resarcibles es el derivado de las indemnizaciones por despido del personal empleado por el concesionario.

Se ha debatido también sobre la procedencia de ciertos rubros tales como la clientela, el valor llave y el daño moral, sobre los cuales no hay uniformidad de opiniones en el derecho nacional y extranjero.

Otro tema irresuelto es el destino de las unidades en stock del concesionario. Parece razonable permitir a este la realización de tales bienes, pese a haber cesado el vínculo, procurando hacer publica la disolución de la concesión.

## **Comparaciones**

### **Con la Agencia:**

- 1) El agente no excluye los negocios; solo vincula al eventual contratante con el proponente, salvo estar investigado de representación. Actúa a nombre y por cuenta de otro. El concesionario efectúa la prestación a nombre y por cuenta propias, aun cuando no existe mandato.

- 2) El agente no tiene concurrencia dentro de su zona de operatividad: cuenta con exclusividad geográfica. El concesionario puede o no tener exclusividad en un ámbito territorial determinado.
- 3) La remuneración del agente proviene de la comisión pactada con el proponente, y que consiste generalmente en un porcentaje del precio de cada artículo que se venda. El beneficio del concesionario resulta de un plus en el precio con que el bien es adquirido por el público.

**Con la franquicia:**

- 1) En cuanto al objeto, la franquicia recae sobre bienes y servicios de los más variados, mientras que la concesión se centra principalmente en la venta de bienes, como los automotores.
- 2) La franquicia puede contener, en una de sus subespecies, la obligación disciplinada de fabricación por el franquiciado. Por su parte, el concesionario se limita a revender, nunca a elaborar.
- 3) La franquicia no incluye servicios de posventa, salvo supuestos especiales. El concesionario debe prestar tales servicios accesorios, así como los de garantía.
- 4) Para acceder a la franquicia, el franquiciado debe efectuar un pago en concepto de regalías, al iniciar el negocio y periódicamente. El otorgamiento de la concesión no requiere el desembolso de suma alguna por parte del concesionario como canon, pero si se obliga a pagar el precio de los productos que le vende el concedente.
- 5) En su forma típica, la franquicia importa la cesión, el método de producción y comercialización ( licencia de know how) y el otorgamiento del uso de la marca del franquiciante ( licencia de marca). En cambio, en la concesión las pautas de comercialización son menos rígidas y no existe la cesión de licencia por parte del concedente.

**Con la distribución:**

Algunos autores ven la diferencia en el bien objeto del contrato: en distribución, el objeto es mercadería común de consumo (ej libros o diarios), mientras que en la concesión el objeto sería mercadería de mayor tecnología (ej, barcos, autos). Para otros, la diferencia está en que la concesionaria otorga una garantía (service post venta) cosa que en distribución no se da.

**Modelo de contrato de concesión comercial**

En la ciudad de . . . . ., a los . . . . . días del mes de . . . . . de 199.. , entre el Sr. . . . . (o empresa), con domicilio en . . . . ., en adelante "el concedente", y el Sr. . . . ., doc. ident. N° . . . . ., con domicilio en . . . . ., en adelante "el concesionario", se acuerda celebrar el presente contrato de concesión, según las cláusulas y condiciones que seguidamente se enumeran:

PRIMERA: El presente contrato tiene una duración de . . . . . (meses-años), durante los cuales el concedente se obliga a entregar al concesionario los productos . . . . . en un plazo no mayor de 15 días a partir de la fecha de cada pedido. -----

SEGUNDA: El concesionario se obliga por su parte, a negociar en el mercado dichos productos bajo precios y condiciones de uso. -----

TERCERA: La retribución se pacta de la siguiente manera: . . . . . ----- CUARTA: Se pacta expresamente la exclusividad para ambas partes en lo que a los productos mencionados de refiere, no pudiendo el concedente promover o dar a la venta mercaderías similares o análogas, y el concesionario vender o distribuir mercaderías similares o análogas a las concedidas.-----

QUINTA: Es obligación del conedente mantener la calidad de los productos dados en concesión, los que a su vez deben mantener siempre un alto grado de competitividad con sus similares de plaza. -----

SEXTA: Todas las operaciones y créditos realizados u otorgados por el concesionario en sus tareas de comercializacion, son de su exclusiva cuenta y en nada obligan o afectan al concedente, quien es ajeno a los riesgos emanados de los mismos. Los créditos concedidos por el concesionario por cuenta del concedente sólo obligan al mismo se éste hubiese dado consentimiento expreso. -----

SEPTIMA: La publicidad del producto corre por cuenta exclusiva del concedente; es además facultad exclusiva del mismo establecer las líneas u orientaciones de dicha publicidad. El cesionario puede promocionar el/los productos, pero dentro de su propia publicidad y como tal.-----

OCTAVA: Sin perjuicio de las acciones legales que pudieran corresponder, el incumplimiento de todas y cada una de las obligaciones emanadas del presente contrato es causal de resolución del mismo por la parte afectada, sin necesidad de interpelación alguna. -----

NOVENA: Las partes se someten a la jurisdicción de los Tribunales ordinarios de la Jurisdicción de . . . . ., para lo cual fijan su domicilio legal el concedente en . . . . . y el concesionario en . . . . .

En prueba de conformidad, se firman dos ejemplares, y cada parte recibe el suyo -----

## **Bibliografía**

- Abatti – Roca (h), 1500 Modelos de Contratos, Cláusulas e Instrumentos Comerciales – Civiles – Laborales – Agrarios.
- Prólogo Dr. Carlos J. Colombo, Ed. Abacacia – 1994 –
- Etcheverry, Raúl Aníbal, Nuevas Figuras Contractuales, Elementos de Derecho Comercial N° 10-11 – Director Edgardo Marcelo Alberti, Editorial Astrea, 1987,
- Favier Dubois, Eduardo M. (h), Doctrina Societaria, Errepar – Dse – T. VI.
- Garrido - Zago. Contratos Civiles y Comerciales. . Tomo I. Parte General. Segunda edición actualizada y aumentada. Editorial Universidad
- Ghersi, Carlos A. Modelos Contractuales.. Segunda Edición. Editorial Jurídicas Cuyo
- Guía de Estudio : Contratos, Editorial Estudio,
- López Cabana, Roberto M. Coordinador, Contratos Especiales en el Siglo XXI, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999 –
- Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, Tomo I. Rubinzal – Culzoni Editores. Capítulo XII

**Germán Melni**

[german@inpaco.com](mailto:german@inpaco.com)