

“El Incumplimiento Contractual en la Franquicia dentro del ámbito de la República Argentina y sus diferencias en el derecho Internacional”

Autor: Dr. Leandro Kabakian

Abogado con Matricula Federal

Epílogo

El contrato de franquicia es una estrategia de mercado, donde el franquiciado difunde la producción de bienes y servicios producto del conocimiento del franquiciante, capital fundamental de la franquicia, siendo su deber el suministro de esa información, estadísticas y desarrollo financiero de marca, licencia y territorio, así como la provisión de aquellos materiales necesarios para la ejecución del negocio, en tanto el franquiciado deberá realizar con lealtad, de manera metódica y diligentemente el uso y goce del nombre, marca y negocio del franquiciante. El incumplimiento contractual por parte del franquiciado o franquiciante en cuanto a sus cláusulas, deber de información recíproca y diligencia establecida producirá ipso facto la frustración del resultado, producto del contrato y originará el respectivo incumplimiento contractual del convenio celebrado entre ambos, con las solidaridades y alcances que la misma pudiere establecer.

Resumen

Los elementos esenciales del contrato de franquicia se encuentran determinados por la Licencia de marca del franquiciante, la Transferencia del *know how* o saber hacer, Asistencia y formación hacia el franquiciado y su personal, zona de exclusividad, confidencialidad, la no competencia, la posibilidad de sub-franquiciar, y la contraprestación, que se traduce en canon o regalías. El Incumplimiento de algún elemento enumerado como la práctica de Competencia desleal, alteración del “Know How”, utilización ilegal de la marca, licencia o logo, la cesión del derecho de franquicia no autorizado, como así la prestación de servicios que no sean objeto producto del contrato, y la falsificación de información contable originará la resolución contractual por incumplimiento que dará derecho al Franquiciado a solicitar indemnización por lucro cesante de sus ganancias habituales, y en el caso del Franquiciante a requerir por daño emergente producto de un posible desprestigio de su marca y negocio.

Índice:

- Epilogo.....Pág 1.
 - Resumen.....Pag 1.
- 1) Regulación y Ordenamiento Jurídico Argentino:
 - Su diferencias en el Derecho Comparado y la Responsabilidad solidaria inserta en la Legislación Laboral..... Pag 3
 - 2) Incumplimientos contractuales que motivan a la rescisión del contrato de franquicia.
 - A). Competencia Desleal.....Pag. 5
 - B). Incumplimiento o alteración del Know How.....Pag. 8
 - C). Falsificación de Información.....Pag.12
 - D). Prestación de Servicios no autorizados.....Pag.14
 - E) Cesión no autorizada de la franquicia a un tercero.....Pag.14
 - F) Incumplimiento en el pago de las Regalías.....Pag. 15
 - G) Utilización ilegal de las marcas o derechos del sistema de franquicia..Pag. 17
 - H) Incumplimiento a las restricciones de Venta en Zona de Exclusividad..Pag.18
 - Las políticas prohibidas de Over-stock y finanzas operativas de empresa..Pag.20
 - Cláusula EBITDA.....Pag. 20
 - 3) Efectos Jurídicos derivados de los Precontratos de Franquicia..... Pag. 22
 - 4) Obligaciones. Origen del Incumplimiento.
 - A) Del Franquiciante Pag. 24
 - B) Del Franquiciado..... Pag. 25
 - 5) Consideraciones finales y propias del Contrato de Franquicia...Pag. 26
-
- 6) Conclusiones.....Pag. 29
 - 7) Bibliografía.....Pag. 29

1). Regulación y Ordenamiento Jurídico Argentino, diferencias

con el Derecho Comparado y la responsabilidad solidaria inserta en la legislación laboral.

En la actualidad, y hasta el momento en la República Argentina la Franquicia no se encuentra regulada denominativamente en el Código Civil, y la misma se rige por la disposición general de los contratos, dispuesta en el Libro Dos Sección, Tercera de dicho Código así también por la extensa jurisprudencia del presente contrato en materia Civil, Comercial y laboral, por lo que nos encontramos ante un contrato delimitado por los principios de la autonomía de la voluntad, bilateral, oneroso, conmutativo, de ejecución continuada y delimitado por la jurisprudencia sostenida en los fallos plenarios de las Excelentísimas Cámaras Laborales, Comerciales y Civiles, a diferencia de la Legislación Española que en su Ley 7, promulgada el 15 de Enero de 1996, en su artículo 62 define al contrato de franquicia, como un contrato mercantil, obligando al franquiciador a suministrar información documental al franquiciado y especifica el deber de información precontractual en el artículo 3 del Real Decreto 2485/1998, del 13 noviembre de 1998, así también el ordenamiento francés ubica a la Franquicia como una modalidad de concesión con licencia comercial por lo que por otra parte el Código Civil Italiano lo denomina como un contrato de Suministro de prestaciones periódicas y/o continuadas en compensación de un precio. Asimismo la Comisión Europea sustituyó su Reglamento Comunitario 2790/99 por el Reglamento de exención por categorías para determinados acuerdos verticales, puesto que el contrato de Franquicia entre otros, no se encontraba regulado por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por contener cláusulas contrarias a la libre competencia. Por otra parte La doctrina en Francia sostiene que es una modalidad de "concesión", dejando en claro que el contrato de Franchising para la aplicación francesa, reviste las mismas características que los de la concesión, ya que en los hechos propiamente dichos estamos ante una técnica de agrupamiento de concesionarios, distinguiéndose de la concesión clásica en cuanto a que en este caso el concesionario debe pagar un precio por entrar al agrupamiento y luego también deberá pagar regalías, aspectos que no son propios de la concesión tradicional. Caracterizando de esta manera a la Franquicia como "una licencia comercial", de concesión de marca, en la que el cesionario se obliga a facilitar al concesionario junto al derecho al uso de la marca, logo, y/ distinción, todos los elementos complementarios para comercializar el servicio o bienes terminados.

El sistema de Franquicia en México se encuentra regulado en la Ley Propiedad Industrial, sancionada en Junio de 1991 y reformada en Abril de 2012. En donde reza en su artículo 142 que habrá franquicia

cuando "...con la licencia de uso de una marca, otorgada por escrito, se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue..." También en Chile la encontramos regulada en la Ley de Propiedad Industrial - Ley n° 19.039, promulgada en Enero de 1991 y modificada por la ley n° 20.160 promulgada en 2007. Su aplicación está a cargo del Instituto Nacional de Propiedad Industrial (INAPI) en donde define a la Franquicia como "...Una disposición comercial por la que la reputación, información técnica y conocimientos de una parte se combinan con la inversión de otra parte con el fin de vender mercancías, o de prestar servicios directamente al consumidor. El establecimiento donde se comercializan tales productos o servicios normalmente tendrá una marca registrada..."

Asimismo es importante destacar que en el Nuevo Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de la República Argentina el Contrato de Franquicia estará regulado en el artículo 1513 de dicho código, diferenciando a la franquicia mayorista como una contraprestación específica con posibilidad de subfranquiciar, determinando un territorio o ámbito de actuación nacional, provincial o regional para el uso de marcas, en contraposición a la franquicia de desarrollo determinada como el derecho a abrir múltiples negocios prolongado plazos sin la posibilidad de subfranquiciar, sin consentimiento del franquiciante, y también al Sistema de negocios, que es el conjunto de conocimientos prácticos conjuntamente con la experiencia acumulada por el franquiciante, no patentado, que ha sido debidamente acreditado como secreto, sustancial y transmisible.

Asimismo la normativa Laboral argentina es clara en materia de responsabilidad solidaria en materia de subcontratación, concesión o franquicia desconociendo la figura en la relación laboral cuando reza en el artículo 30 de la Ley de Contratos de Trabajo, ley 25.013: *"...Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera que sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social. Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los*

trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros... El incumplimiento de alguno de los requisitos hará responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la Seguridad Social...” Es por ello que el legislador cercena absolutamente la figura de la franquicia en los contratos de trabajo haciendo responsable únicamente a su principal respecto del personal a su cargo.

2) Incumplimientos contractuales que motivan a la rescisión del contrato de franquicia.

a) Competencia Desleal:

El distinguido jurista argentino MOSSET ITURRASPE considera que *“...La deslealtad se origina con maniobras destinadas a evitar la concurrencia de rivales o competidores o bien acordando con eventuales rivales calidades y precios a fin de quitar al consumidor la posibilidad de elegir entre varios bienes o servicios...”*

El franquiciado incurrirá en Competencia Desleal con el franquiciante cuando realice una vinculación directa o indirectamente con empresas competidoras del franquiciante. Aún pactando cláusulas restrictivas a la actividad durante el contrato o posteriormente, para evitar una desviación de clientela hacia la marca competitiva u otra marca originada a partir del conocimiento del know how, esta restricción jamás podrá ser absoluta ya que deberá limitarse a un tiempo y a una zona exclusiva que se pactó contractualmente con anterioridad. Asimismo es también obligación del franquiciado guardar confidencialidad acerca del contenido del Manual de operaciones, inserto en el know how, como como secreto comercial e industrial, estableciendo la prohibición de divulgar cualquier información que esté contenida en el Manual de operaciones, en este ítem es importante resaltar que si podrá sancionado sin límite temporal ni geográfico. Asimismo y más allá de cualquier previsión contractual en cuanto a las

cláusulas inculcadas en el contrato, cualquier conducta del franquiciado que se encuentre detallado en lo ut supra detallado habilitará la correspondiente acción civil de responsabilidad contractual y los daños emergentes que originaría el mismo daño, asimismo las cláusulas contractuales podrán prever disposiciones en materia penal para evitar este tipo de prácticas por parte del franquiciado, haciendo alusión al desbaratamiento de derechos acordados establecidos en el artículo 173, inciso 11 del Código Penal Argentino.

La Ley de Defensa de la competencia Argentina, Ley 24.240, es terminante en su Artículo 41 Inc. E y sanciona conductas que apunten a "celebrar acuerdos o emprender acciones concertadas, distribuyendo o aceptando, entre competidores, zonas, mercados, clientelas o fuentes de aprovisionamiento." Es importante destacar que los franquiciados no son competidores entre sí, aunque si revisten la calidad de competidores serán los que compartan las zonas de exclusividad, pero los mismos lo realizaran con pleno conocimiento de aquellos, y sometidos bajo las condiciones señaladas en las cláusulas suscriptas y bajo las consideraciones de la ley ut supra mencionada.

En los mismos términos destacamos que en España rige el principio de la libertad donde la característica previa al contrato de franquicia es la obligación pos contractual "de no competencia" que debe respetar el franquiciante, en donde debe evitar que la persona a la cual ha capacitado compita con él en las mismas condiciones, ya que ello determinaría ventaja no comparativa a favor del franquiciado. Es por ello que la Cláusula de "No competencia" se encuentra inserta en todos los contratos suscriptos a fin de incentivar a la parte del franquiciante a desarrollar nuevas y mejores tecnologías, innovaciones y herramientas para beneficiar al franquiciado en la finalización del contrato.

Es por ello que la Ley de competencia desleal tiene estrecha relación con el contrato de franquicia; ya que la ley 25156 en el artículo 1 hace reza sobre las conductas prohibidas relacionadas con la producción o intercambio de bienes o servicios que tengan por objeto limitar, restringir, falsear, distorsionar la competencia.

Así también la Ley de Competencia española promulgada el 10 de enero de 1991 enumera los efectos jurídicos producto de la competencia desleal en la franquicia que posee dicha práctica para los consumidores: Los actos de denigración: Con el objeto de perjudicar su consideración

en el mercado. Los actos de imitación, para confundir al consumidor, los engaños al consumidor, difundiendo de manera incorrecta respecto a lo ofrecido, los Actos de Publicidad en especie, poniéndolo al consumidor en compromiso de adquirir la prestación por el solo hecho de aceptar un obsequio y los actos de venta o pérdida de venta realizado a bajo costo, eliminando competidores en el mercado desacreditándolos con información que induzca al error en el consumidor con respecto a precios, imagen, o producto, lo que la doctrina determina como dumping.

A dichos efectos también en la República Argentina fue creada la Comisión Nacional de Defensa al Consumidor con el fin de canalizar estos propósitos, con organismos especializados en la materia que instruyen acerca de los hechos que son denunciados como competencia desleal y emite dictámenes para que luego el Secretario de Comercio Interior tome finalmente la decisión en casos de posibles prácticas anticompetitivas, que son originadas por denuncias o por actuaciones de oficio, a su vez está facultada para realizar diversas investigaciones y análisis sobre los efectos y alcances de las concentraciones económicas conforme a los criterios que establece la Ley 25.156, conjuntamente con su reglamentación complementaria. Así también emite también dictámenes tendientes a la investigación y estudio de presuntas violaciones a la Ley ut supra mencionada y recomendaciones precompetitivas que aporten beneficios a la cultura de competencia entre las empresas.

También el Poder Judicial se ha expedido en una resolución del 04/04/2014 en donde la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal., Sala 2., integrada por los Dres. Graciela Medina, Dr. Ricardo Víctor Guarinoni y Dr. Alfredo Silverio Gusman, emitieron la siguiente resolución en el expediente: "*TENUTA SA contra FERRARA RUBEN OSCAR Y OTROS sobre CESE DE USO DE MARCAS. DAÑOS Y PERJUICIOS: "...TENUTA S.A. demostró, en plenitud, que los franquiciados operaron comercialmente con innumerables productos y diferentes marcas ajenas a la franquicia, realizando incluso actividades competitivas que, estaban expresamente prohibidas, es decir que no cumplieron con la obligación contractual exclusiva y delimitada que era la promoción, uso y disposición exclusiva de los productos de zapatería y accesorios de marca Lonte Diffusion. Por ello, la parte actora tuvo justa causa para la rescisión contractual, más aún cuando notificó la*

misma a los franquiciados y a los que intimó al cese del uso de su marca por el incumplimiento desleal sufrido. Es por lo expuesto que corresponde confirmar el decisorio apelado en lo que respecta a la correcta rescisión contractual por parte de TENUTA S.A....”

Es por ello, que el fallo deja a las claras luces que la operatoria de actividades competitivas prohibidas expresamente por el contrato que suscriben las partes, y luego de intimación fehaciente a la parte incumplidora, la requirente cuenta en la República Argentina plenariamente con jurisprudencia a su favor en cuanto a la posibilidad que le asiste a la rescisión contractual unilateral de la franquicia.

Por último es importante destacar el Primer Artículo de La Ley de Defensa de la Competencia en la República Argentina: “...Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general. Queda comprendida en este artículo, en tanto se den los supuestos del párrafo anterior, la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción declarada por acto administrativo o sentencia firme, de otras normas...” Haciendo mención que el día 15 de septiembre del año 2014 se firmó el Convenio de colaboración entre la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia Argentina y la Comisión Nacional de los Mercados y La Competencia de España, en donde se reconoce una regulación efectiva sobre todos los mercados y sectores productivos, donde la primera finalidad es lograr mayor eficiencia de equilibrio, una mejor asignación de los recursos productivos y un mayor bienestar al consumidor. Dicho Convenio tiene por objeto establecer las pautas de colaboración para la asistencia técnica entre ambos organismos, como así la formación de personal, establecer un criterio de jurisprudencia y doctrina existente en materia de defensa de la competencia, como su regulación, y aplicación, estableciendo de un sistema de colaboración basado en el intercambio de conocimientos acerca de las normas de competencia, su regulación en el campo del mercado y los organismos facultados para su aplicación.

b) Incumplimiento o alteración del know how

El know how - saber cómo ó saber hacer – “savoir faire” se denomina como un conjunto de conocimientos empíricos y prácticos, los cuales no pueden definirse en forma separada y de manera aislada, y al ponerse en práctica de una manera directa y en conjunto, previamente ensayada y comprobada, le permiten a la entidad que las aplique obtener resultados esperados con relación a determinado objetivo.

Este conocimiento original y dinámico, surge de una habilidad técnica y de un conocimiento especializado en un ámbito determinado de negocios, y bajo una modalidad en conjunto, que se ejerce de manera práctica, y asegura o tiende a asegurar el logro un objetivo determinado y/o específico.

Este conocimiento reviste la calidad de técnico, secreto, con un uso restringido y confidencial.

El know how debe transmitirse en forma estandarizada, del franquiciante al franquiciado.

Las formas más comunes de transmisión son:

- 1) Manuales de operación: Conocimientos en forma escrita, con estructuras organizativas, técnicas prácticas, merchandising, y Contabilidad. Los que hacen a la forma de trabajo del franquiciado.
- 2) Asistencia Técnica: Lo conforman la Publicidad, el diseño del Local, y la búsqueda del mismo.

Gran gran sector de la doctrina Argentina realiza una distinción entre - La licencia de Know How - que es subsumida por el Contrato de Franquicia, objeto del presente trabajo y el simple - contrato de Know How - al sostener que *"el contrato de know how es aquél por el cual una parte se obliga a informar a la otra, de los conocimientos, fórmulas, pericia, o especial habilidad técnica, necesarias para obtener un producto logrado como fruto de un proceso de estudio, de investigación y experiencia y que constituye un secreto. Por la licencia de know how pues, el beneficiario está facultado a utilizar de la otra parte toda la información necesaria sobre un proceso industrial específico, pero, al revés que en una patente, no puede oponer a terceros ese conocimiento privilegiado; sólo tiene derechos personales contra su contratante si éste, por ejemplo, infringió la exclusividad que le otorgó por vía contractual"* (Osvaldo Marzoratti, Franchising - El contrato de franquicia comercial. Características. Lanzamiento. Expansión internacional. Legislación extranjera. Editorial Astrea. 2001 - *página 162*)"

Las causas de resolución del contrato por incumplimiento o alteración del Know How serán:

- A partir de la desobediencias por parte del franquiciado, acerca de las cláusulas específicas sobre:
 - ❖ . Confidencialidad,
 - ❖ . Exclusividad,
 - ❖ . Publicidad,
 - ❖ . Promoción,
 - ❖ . Control,
 - ❖ . Vigilancia,
 - ❖ . Responsabilidad,
 - ❖ . Precio,
 - ❖ . Pagos,
 - ❖ . Suministro,
 - ❖ . Duración,
 - ❖ . Abastecimiento,
 - ❖ . Ventas;
- El cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales,
- El retraso en el cumplimiento de las obligaciones, si ello frustra la finalidad del negocio; y la desaparición de la base del negocio.

La terminación del contrato implica la cesación de los efectos del mismo entre los contratantes, y con ello, todos los conocimientos técnicos secretos, confidenciales y exclusivos.

A los efectos de ampliar también la responsabilidad no sólo en una de las partes, mencionamos un claro ejemplo de incumplimiento contractual por parte del franquiciante en la jurisprudencia argentina esbozó dejando en claro la posición de la Cámara Comercial dependiente del Poder Judicial Nacional con respecto al registro de la Marca y su omisión: "...PROCEDE HACER LUGAR AL RECLAMO DEL PAGO DE INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL FRANQUICIANTE -FALTA DE REGISTRO DE LA MARCA- EN UN CONTRATO DE FRANQUICIA MAESTRA -SOBRE CUYA TIPIFICACION ESTAN CONTESTES LAS PARTES-, POR EL CUAL SE HA OTORGADO AL FRANQUICIADO EL DERECHO EXCLUSIVO DE DESARROLLAR SU ACTIVIDAD BAJO EL NOMBRE DEL PRIMERO, PUES NO ES POSIBLE ENTENDER QUE NO HA ASUMIDO CORRELATIVAMENTE EL OTORGANTE DE TAL CONTRATO, LA OBLIGACION DE GARANTIZAR AL PRIMERO EL LIBRE EJERCICIO DE DICHO DERECHO EN FORMA EXCLUSIVA; POR OTRA PARTE, RESULTANDO UN RASGO ESENCIAL Y CARACTERISTICO DE TALES CONTRATOS, ENTRE OTROS, EL ACUERDO DE LICENCIA DE MARCA, ELLO IMPLICA, OBVIAMENTE, QUE EL FRANQUICIANTE DEBE TENER LA MARCA DEBIDAMENTE REGISTRADA, YA QUE ESTA ES LA QUE JUSTAMENTE ESTABLECE LA IDENTIDAD Y LA REPUTACION DEL FRANQUICIANTE, ATRAYENDO A LOS CLIENTES CON SU PRESTIGIO; POR LO QUE RESULTARIA ABSURDO PRETENDER - COMO LO HACE ESTE ULTIMO- QUE SOLO SE HABRIA DADO UN PERMISO DE USO DE NOMBRE COMERCIAL, MAS NO UNA AUTORIZACION PARA EL USO DE UNA MARCA; ADEMAS, CONSIDERANDO LA CONDUCTA DE LAS PARTES, POR SER ELLO DE OPTIMO RANGO PARA EVALUAR LA REALIDAD DE LO VERDADERAMENTE QUERIDO POR ELLAS, SI EL FRANQUICIANTE ENTENDIA QUE EL CONTRATO NO INVOLUCRABA EL USO DE LA MARCA, NO SE ENTIENDE PORQUE REALIZO INGENTES ESFUERZOS NO SOLO PARA OBTENER LA REGISTRACION, SINO QUE ADEMAS COMPRO LA MARCA DE QUIEN HABIA PRESENTADO OPOSICION A AQUELLA, LO QUE PRUEBA LA IMPORTANCIA DE TAL REGISTRACION Y SU INCUMPLIMIENTO...". Este fallo tuvo lugar en los Autos: COMERCIAL ARGENTINA CHILENA DE ESPECTACULOS Y SERV. LTDA. C/ TONING CENTER SA S/ ORDINARIO. Fallo dictaminado por la CAMARA COMERCIAL, SALA A, integrada por los Dres VIALE - MIGUEZ - PEIRANO, 29/03/01.

A nivel internacional el Acuerdo sobre los ADPIC, que entró en vigor el 1º de enero de 1995, es hasta la fecha el acuerdo multilateral más completo sobre propiedad intelectual y sobre la protección de la información no divulgada. Su artículo 39 garantiza una protección eficaz contra la competencia desleal, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 bis del Convenio de París 1967, y su Artículo 13, regula la

Violación de secretos Comerciales, Industriales y Empresariales. Considerando desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con el deber de reserva.

Por último cabe resaltar que el artículo 39.2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos

de Propiedad Intelectual concerniente a las actividades comerciales: ADPIC; establece que para que la información empresarial pueda caracterizarse como secreta y sea susceptible de protección por esta misma norma es necesario que se reúnan los requisitos siguientes:"...

1) que no sea generalmente conocida, ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; 2) que tenga un valor comercial por ser secreta; y 3) que haya sido objeto de medidas razonables, atendidas las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla..." En sentido análogo, encontramos el artículo 1.7 del Reglamento CEE núm. 556/89, de la Comisión 1988, relativa a la aplicación el apartado 85 del Tratado de acuerdos de licencia de "Know How" que establece los mismos requisitos.

c) Falsificación de Información

El franquiciando tendrá la obligación de brindar la información concerniente a la situación financiera del negocio en cuestión, con el fin de realizar el cálculo sobre las regalías periódicas que deberá pagarle el franquiciante a este último. Si el franquiciante logra comprobar que esta información ha sido falsificada, el mismo podrá solicitar la resolución del contrato.

El fallo más significativo en cuanto a este punto en la República Argentina fue en Corte en Pleno en el Expediente "VIS S.A. c/ BUOSI, JORGE O. s/ ORDINARIO" - Fallo: 98190228 - Primera Cámara Civil - Circunscripción: 1 - Mendoza - 1998/06/16" en donde se dictaminó que: "... En el contrato de franquicia, concebido como una estrategia de mercado, para la difusión de ciertos productos o servicios; resulta fundamental el cumplimiento de la obligación de informar periódicamente al sub-franquiciante de la gestión que se está llevando a cabo, suministrándole los datos estadísticos (económicos y financieros) sobre el desarrollo de su negocio, del uso y goce de la marca, nombre o diseño licenciados. Desde esa óptica, el incumplimiento de la prestación de informar y presentar balances, justificó la resolución de informar y

presentar balances, justificó la resolución contractual por parte del actor, a quien no podía imponérsele el cumplimiento parcial de ciertas prestaciones, cuando la falta de una de ellas producía la frustración del resultado esperado...”, la resolución fue dictada por los Magistrados STAIB, GARRIGOS, y BARRERA DE MAYOL.

En contraposición encontramos que por ejemplo la jurisprudencia alemana es estricta en este punto otorgándole responsabilidad al Franquiciante por el hecho solamente de pronosticar para el contrato que se suscribe un determinado resultado u objetivo financiero que finalmente no se termina materializando. En cambio la doctrina minoritaria considera que el riesgo que el riesgo es del franquiciado, para ello el franquiciante deberá establecer las “condiciones generales de riesgo para el franquiciado”, para deslindarse de las posibles responsabilidades por incumplimiento por deberes de información. Asimismo esta responsabilidad, en base a los pronósticos, la facturación y los planes de rentabilidad sólo tendrán lugar cuando éstos carezcan de fundamentos reales y fácticos.

Es por ello que entendemos que los tribunales Alemanes asimilaron al franquiciado en un primer momento como a un consumidor, otorgándole a los mismos las prerrogativas, derechos y facultades de un usuario, aún suscribiendo un contrato delimitado por los principios de la autonomía de la voluntad, bilateral, oneroso, conmutativo, y de ejecución continuada. Esta doctrina ha ido evolucionando para considerar en la actualidad al franquiciado como un profesional que realiza un contrato netamente oneroso y no reviste la calidad de parte débil frente al franquiciante. Igualmente, también sostiene la jurisprudencia que es este último que, al desarrollar el principio de buena fe, debe informar a la otra parte de manera plena la naturaleza de la franquicia y su rentabilidad en el mercado.

Así también encontramos en el Ordenamiento Jurídico Español en la Ley 7/1996, en el artículo 62, que es el que define al contrato de franquicia como un contrato mercantil, la obligación primordial y esencial del franquiciante (o franquiciador – como es tipificado en dicha Ley) de suministrar información documental al franquiciado al menos 20 días antes de cualquier compromiso, en concordancia con el Real Decreto 2485/1998 que estipula el contenido de este deber precontractual de información.

d) Prestación de servicios no autorizados :

Todos los contratos de franquicia deberán especificar cuáles serán los productos y servicios que debiera brindar el franquiciado, que son objeto común del contrato en cuestión. El franquiciado no podrá disponer discrecionalmente, salvo cláusula en contrario, de los mismos, en cuanto a su uso y disposición. Un cambio no autorizado expresamente y bajo la manifestación certificada por instrumento privado del Franquiciante, puede resultar con la resolución del contrato por culpa exclusiva del franquiciado, solicitándole el primero el cese de uso de la marca, logotipo o nombre comercial y su posterior acción por daños y perjuicios derivados del daño emergente sufrido por aquél. Aquí nuevamente podemos remitirnos al fallo ut supra mencionado "Tenuta S.A. C/ Ferrara s/ Cese de Uso de Marcas" donde los franquiciados no cumplieron con la obligación contractual exclusiva y delimitada, y no sólo realizaron actividades competitivas expresamente prohibidas en el mercado, sino que puntualmente incumplieron con la obligación contractual suscripta por las partes delimitando exclusivamente la promoción de productos de zapatería y accesorios de la Marca "Lonte", esto habilitó a la parte actora la rescisión contractual, con notificación previa al franquiciado, intimándolo del cese de su propia marca por dicho incumplimiento y posteriormente le abrió la vía para el inicio de acciones civiles por Daño emergente producto del detrimento que sufrió su Marca y su nombre comercial.

Para cerrar el presente ítem, agregamos que el Dr. Raúl Anibal Etcheverry, destacado jurista argentino del Derecho Comercial esgrime a la reglamentación de la protección del prestigio de la marca, calidad y cualidad del producto y de su mercado como elemento esencial del este contrato innominado hasta la fecha en la República Argentina, hasta tanto no entre en vigencia el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

e) Cesión no autorizada de la franquicia a un tercero:

El mismo contrato puede estipular la prohibición de ceder, gravar, o sub-franquiciar los derechos de la franquicia a un tercero, salvo que la misma sea contemplada expresamente dentro del contrato suscripto por las partes. Aquí encontramos amplia jurisprudencia en cuanto al daño que este punto puede originarle al Franquiciante, en su "imagen" causando un Daño Emergente producto del incumplimiento contractual por parte del franquiciado. Para su mejor gráfico esbozamos lo que la **CAMARA COMERCIAL de la República Argentina, Sala B, con la integración de los Dres. PIAGGI - DIAZ CORDERO – BUTTY el 18/08/1999 falló en los Autos: "FERRER SANFIEL, MARIA DEL**

PILAR C/ DELI FRANCE SA S/ ORD.” dando su opinión sobre el tema de la siguiente manera: “...EN UNA ACCION EN LA QUE SE RECLAMAN LOS DAÑOS EMERGENTES ORIGINADOS EN UN CONTRATO DE FRANQUICIACOMERCIAL, PROCEDE CONCEDER RESARCIMIENTO EN CONCEPTO DE LUCRO CESANTE, CUANDO -COMO EN EL CASO- HABIENDOSE PREVISTO CONTRACTUALMENTE QUE LA FRANQUICIANTE SE OBLIGABA A NO CELEBRAR OTRO CONTRATO POR EL CUAL OTORGARIA UNA FRANQUICIA PARA EXPLOTAR UN LOCAL BAJO DETERMINADO SISTEMA, NI PARA VENDER PRODUCTOS DE DETERMINADA MARCA, SIN EMBARGO, SURGE DE LA CAUSA UN INFORME DE UN SUPERMERCADO QUE ENUMERA LOS PRODUCTOS DE LA MARCA FRANQUICIADA QUE COMERCIALIZA. MAXIME, SI SE VERIFICA QUE: A) LA INIMPUGNADA PERICIA CONTABLE, INFORMO LOS PORCENTAJES DE REDUCCION DE VENTAS, PARANGONANDOLAS CON LAS DE OTROS MESES Y CON TRES FRANQUICIADOS DE LA ACCIONADA EN ZONAS ALEDAÑAS AL ACCIONANTE, B) QUE QUEDO ACREDITADA LA COMERCIALIZACION DE LOS PRODUCTOS ELABORADOS Y/O DISTRIBUIDOS POR LA RECLAMADA A OTRO COMERCIANTE Y LA PROXIMIDAD DE ESTE ES UN HECHO OBJETIVO QUE NO ADMITE REFUTACION...” Haciendo clara alusión en la forma de demostrar una posible celebración de un contrato no permitido según las cláusulas suscriptas por las partes mediante los informes comerciales de la empresa del franquiciado, y derivando aquél acto, en un resarcimiento por Daño Emergente al Franquiciante por incumplimiento contractual de lo convenido.

f) No pago de las Regalías:

La franquicia generalmente a l momento de la suscripción cuenta con una Cuota de apertura:

Cuota de Apertura:

Este pago inicial está denominado: Canon de entrada ó fee de franquicia (Entry Free), y es el pago que debe realizar el Franquiciado, que reviste la calidad antes de llevar ese rótulo de inversionista o emprendedor, para que luego de suscribir el convenio y abonar dicho pago pase a formar parte de la red de una franquicia, que incluye el derecho de uso de marca, y logo, el entrenamiento para comenzar a operar el negocio, entrenamiento del personal y la información concerniente a la producción de bienes o servicios de la propiedad intelectual del franquiciante. La cuota de apertura la determina el franquiciado y esta

misma variará según el sector en el que opere, el valor de su marca, su posición en el mercado y su territorio. Este pago es esencial para el comienzo del contrato.

Así también el franquiciante estipulará cuales serán las condiciones en las que el Franquiciado podrá operar en el campo, teniendo que adaptarse este a los gastos relacionados con la implementación, adaptación o remodelación de un local o locales, equipamiento, personal, operatorio, muebles, inventario inicial, libros contables, capital de trabajo disponible y medidas de seguridad. La no implementación de las condiciones estipuladas producirá un incumplimiento contractual por parte del franquiciado con respecto al franquiciante que será pasible de un resarcimiento económico por daños emergentes derivados del contrato por el desprestigio que el hecho le pueda producir a la marca propiedad del franquiciante.

Por último el pago a término de las Regalías: El mismo corresponde a la transmisión de la experiencia, los productos, el savoir faire, y demás contraprestaciones del franquiciante. El cual se debe pagar conforme el mismo contrato lo estipule, y en los términos y fechas que lo estipule. Es importante destacar que no en todos los sistemas se aplica este concepto, existiendo contratos en donde no está estipulado, dedicándose a comercializar sus propios productos y/o servicios, siendo este ítem lo que genera la ganancia principal del franquiciante.

Tipos de regalías:

- 1) Regalía fija: se paga una cantidad dineraria de acuerdo a los tiempos estipulados por el franquiciante, pudiendo ser mensual, bimestral, Semestral o Anual.
- 2) Regalía porcentual: La misma se determinará de acuerdo a cierto porcentaje de venta de cada unidad, o por cada servicio prestado por el franquiciado.

El pago de las regalías en término representa para el franquiciante el soporte y la base para el pago de la estructura, de la asistencia, de mejoras en tecnología, procesos e investigación en la marca. Es por ello, que el cobro y el pago de las regalías en el término estipulado es una obligación cuyo incumplimiento trae consigo la rescisión del contrato.

g) Utilización ilegal de las marcas o derechos del sistema de franquicia

El franquiciado sólo podrá usar las marcas para lograr el objetivo propuesto en el contrato que suscriben las partes. En caso contrario se afectaría el objeto mismo de la franquicia.

El artículo 2º de La Ley de Defensa de la Competencia Argentina (Ley 25510) reza en su inciso M: La siguiente conducta, constituye una prácticas restrictiva de la competencia: "... m) Enajenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios..."

Es importante destacar que también se deberá respetar el correcto uso de la marca o logo. Para ello incluimos la definición de Logo o Marca que realiza la Universidad de las Palmas de Gran Canarias con respecto a lo designado como Marca para la Unidad de Propiedad Industrial e Intelectual de España: "...Una marca es un signo que puede representarse gráficamente y que permite identificar y distinguir nuestros productos o servicios de los idénticos o similares de la competencia. Habitualmente la marca es una de las primeras opciones de compra para los consumidores, aquí reside el verdadero valor de una marca, una marca valorada nos permite disponer de una cartera de clientes segura..." Esto es por tanto, que al no realizar un correcto uso de la marca, caeremos en lo que reza la segunda parte del párrafo: "... Si no protegemos nuestra marca permitiremos a nuestros competidores que se aprovechen de la reputación de nuestra marca y por lo tanto podemos perder cuota de mercado e incluso verse perjudicada nuestra reputación por el uso indebido de nuestra marca por parte de los competidores. La marca registrada aporta valor a nuestros productos y servicios y pueden llegar a ser una fuente de ingresos adicionales en concepto de licencia, cesión o franquicia..."

Asimismo la jurisprudencia argentina en cuanto a la cuantificación del daño y el temperamento de la arquitectura indemnizatoria en la infracción de los derechos marcarios dentro del contrato de franquicia impuso una ideología plenaria en el fallo "DE ESTRADA MARTINA MARIA C/ SIMONETTI LANDO Y OTROS S/ CESE DE USO DE MARCAS. DAÑOS Y PERJUICIOS" de Fecha 21/09/2006 que dictaminó la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal., Sala 2., con la votación del Dr. Eduardo Vocos Conesa y el Dr. Hernán Marcó y resolvió que "... Dadas las habituales dificultades que presenta el tema indemnizatorio en esta clase de asuntos, el temperamento que mejor se adecua a una buena arquitectura del proceso lleva a aceptar

que, en este caso, la actora quede eximida del requisito de estimar en la demanda el monto de los daños materiales (daños emergentes y lucro cesante), como lo autoriza el art. 330, inc. 6°, del Código de forma. Criterio que no parece pueda afectar, realmente, derecho alguno de defensa en juicio de las codemandadas, toda vez que éstas sí conocen a ciencia cierta las franquicias que pudieron haber concedido sobre las marcas en discusión y el monto de las ventas de productos individualizados con ellas, en tanto disponen naturalmente de sus respectivas registraciones contables. Relativamente al resarcimiento demandado del "daño moral" nadie está en mejor posición que la actora para precisar su significación económica, de modo que, en este punto, no concurren las circunstancias especiales que justifican el temperamento procesal que se juzga apropiado respecto de los rubros tratados precedentemente. En consecuencia, la demandante deberá proceder a estimar el quantum de la indemnización que pretende por el daño extrapatrimonial, como lo exige el citado art. 330, inc. 6°. Del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina..." quedando a las claras luces el criterio aplicable en forma Plenaria por la jurisprudencia argentina, en cuanto a rubro indemnizatorio y estimación del monto de daños en la infracción a los derechos marcarios, y utilización ilegal de las marcas propias del franquiciante.

h). Incumplimiento a las restricciones de Venta en Zonas determinadas o incumplimiento de las cláusulas de Exclusividad:

El Contrato podrá ser rescindido por parte del Franquiciante aludiendo un Incumplimiento en la cláusula de "No vender" dentro o fuera de un determinado mercado o sector territorial.

La zona de exclusividad es una área designada por el franquiciante, en donde se le otorga al franquiciado el derecho a explotar ese negocio, objeto de la franquicia, para así poder vender esos productos o prestar tales servicios. Luego se pactarán las cláusulas que establecerán la delimitación de una zona de exclusividad o la exclusividad territorial, el franquiciante se compromete a respetar al franquiciado en su territorio, no realizando operaciones por sí mismo y tampoco autorizando ó cediendo a terceros la promoción del negocio en dicha área o territorio. Es un elemento esencial en el contrato, radica en el punto en el que le garantiza al franquiciante "la no existencia de competencia directa en su misma área" de su misma marca o de su producto. Así el franquiciado cuenta con la seguridad de poder explotar

un negocio hacia un público determinado con referencia a un lugar determinado, y con una proyección de demanda suficiente para rentabilizarlo o para cumplir sus objetivos. También este último tiene el deber de no promover en la zona otra franquicia, la actividad producto del contrato en común con el Franquiciante en detrimento de otros competidores del franquiciador. Si bien es un elemento fundamental en el sistema de la franquicia, no es un elemento obligatorio en el contrato y de hecho, algunas empresas optan por no ofrecer esta cláusula en la comercialización de su marca o logo.

Cuando nos encontramos ante un incumplimiento que vulnera los pactos de No competencia en el Contrato, se podrá instar la resolución del contrato con causa, cuando opere dicho incumplimiento por una de las partes. A estos efectos, la jurisprudencia Española entiende que: "... el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato. Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1ª, Sentencia núm. 532/2012 de 30 julio. En la misma corriente de pensamiento una Sentencia del Alto Tribunal de 21 de octubre de 2005 declaró que la característica esencial de este contrato es que " una de las partes , que es titular de una determinada marca, rotulo, patente, emblema, formula , método o técnica de fabricación o actividad industrial o comercial – franquiciador- otorga a la otra-franquiciadora- el derecho o utilizar, por un tiempo determinado y en una *zona geográfica delimitada*, bajo ciertas condiciones de control, aquello sobre lo que ostentaba la titularidad, contra la entrega de una prestación económica, que suele articularse normalmente mediante la fijación de un canon o porcentaje...". Un incumplimiento conllevaría la exigencia de daños y perjuicios hacia la parte incumplidora. En este mismo sentido la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19ª). Sentencia núm. 184/2010 de 14 abril estableció los criterios de cuantificación de daños y perjuicios por vulneración de la zona de exclusividad por parte de la persona del franquiciante, que será determinado en cada caso concreto, y dependiendo del nivel daño emergente o lucro cesante que el daño haya realizado, y sin perjuicio de que se podrán acumular otras acciones por competencia desleal, dependiendo del resto de circunstancias del incumplimiento en cuestión y de las cláusulas contractualmente pactadas.

Así tampoco podemos dejar de soslayar:

Las políticas prohibidas de de Over-stock y finanzas operativas de empresa: que es la decisión comercial y financiera de sobre-estoquear al franquiciado, colocando e imponiéndole productos por encima del nivel de ventas de la red de franquicias, que fuera pactado y objeto del contrato que se suscriba, que puede derivar en una profunda crisis financiera. Esta actitud es refractaria a la actitud de colaboración que debe impregnar a estos contratos, y es causal de rescisión anticipada del convenio celebrado entre las partes con referencia a la Franquicia.

Los Tribunales Argentinos condenaron esta actitud en el fallo Exp. 79985/1997 - "Rivas Rosa Graciela c/ Grimoldi S.A. s/ordinario" - Concerniente a la SALA C , de la Cámara Comercial el día 10/10/2003, en donde alegaron: "...Está claro que cargar a la red con inventarios en exceso de lo que ésta puede soportar no responde sólo a una maldad sino que responde a una necesaria planificación financiera del propietario de la misma quien precisa desprenderse de los inventarios y cargar todo su peso financiero del stock sobre los franquiciados... (...) La literatura financiera explica que los inventarios representan capital inmovilizado y como tal debe circular para generar flujos de caja. Poseer inventarios no es un buen negocio en épocas de estabilidad inflacionaria. Bajo esta ecuación financiera el fabricante necesita convertir sus inventarios en dinero y la mejor forma de hacerlo es enviando la producción a la red canjeando *bienes de cambio por cuentas a cobrar...* (...) La fórmula de exceso de stocks, sumado a la disminución de ventas por apertura indiscriminada de locales, más precios de lista al público sugeridos terminó devengando responsabilidad contractual del franquiciante..."

Cláusula – EBITDA ASEGURADO:

En correlación con el fallo Grimoldi, incluimos esta cláusula definiéndola como un indicador financiero: *Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization*, que en español significa: beneficio antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones, es decir, el beneficio bruto de explotación de un determinado servicio o producto calculado antes de la deducibilidad de los gastos financieros. Se calcula a partir del resultado final de explotación de una empresa, sin los gastos,

intereses o impuestos, sin disminuciones de valor por depreciaciones, inflación o amortizaciones, a los fines de demostrar así lo cual es el rendimiento puro de la empresa o de la franquicia en este caso. Por lo tanto, los elementos financieros, tributarios, externos, producto de la situación de un país, y de la recuperación de la inversión, deben quedar fuera de este estudio. El propósito del Ebitda es obtener una imagen fiel de lo que la empresa está ganando o perdiendo en su negocio, de manera bruta.

En el fallo mencionado ut supra el titular de la franquicia le aseguró al franquiciado una renta bruta suficiente para poder afrontar los costes operativos, que serían alquileres, sueldos de empleados, pago de servicios, papelería, publicidad, y todo aquello que apareje gastos externos. El contrato le aseguraba al franquiciado una renta mínima del 60% del precio venta, esto significaba que el 40% del precio sugerido al público era el precio de compra que el Franquiciado le hacía al Franquiciante. En términos contables y financieros el 40% representaba el costo de mercadería que se vendía, y o sea que el Franquiciante le aseguraba un ingreso bruto mínimo, dejando en claro que en el presente contrato este beneficio bruto representa el EBITDA del negocio. El emblemático fallo sentó jurisprudencia cuando al momento de la rescisión contractual por conductas desleales y overstock por parte del franquiciante, el franquiciado solicitó a los Tribunales una debida indemnización. La Cámara Comercial, Sala C, sentó el precedente mediante el juez Monti, en cuanto expresó en su voto, que deberá entenderse como lucro cesante a la Cláusula EBITDA FRUSTRADA. En este sentido señaló que el lucro cesante debe sólo representar la ganancia frustrada, y como tal, debe ser la *ganancia neta*. Sosteniendo la siguiente premisa: "...el cálculo del lucro cesante efectuado por la parte actora sobre la ganancia bruta asegurada no puede referirse a la facturación bruta, o sea ventas, sino, a una cifra que sea el resultado de deducir de las ventas los costes operativos..." Es por ello, que la siguiente cláusula le otorga al franquiciado un cierto Seguro al momento de la ejecución continuada del Contrato, y un reaseguro al momento de tener que solicitar un resarcimiento económico por Lucro Cesante, producto de un incumplimiento del Franquiciante, habiéndose establecido jurisprudencialmente un precedente en la República Argentina que determina al Lucro Cesante como a la Cláusula EBITDA frustrada.

3) Efectos Jurídicos derivados de los Precontratos de Franquicia:

Los Contratos Preliminares ó Precontratos son verdaderos y propios contratos. Poseen vínculos obligatorios y generar obligaciones entre las partes, ya que perfección la autonomía de la voluntad futura mediante una manifestación de Obligaciones y derechos entre las partes por ser realizados: Es por ello, que reza el Dr. Atilio Aníbal Alterini en su libro Contratos. Civiles- Comerciales – de Consumo”, Editorial Abeledo-Perrot, Bs. As., 1999, en la página 337 lo siguiente “... no resulta inusual que las partes, en lugar de perfeccionar directamente el contrato definitivo de franquicia, decidan celebrar un precontrato relativo al definitivo establecimiento de esa relación, como aconteció en la especie. El precontrato constituye un contrato preliminar –pactum de contrahendo o compromiso- cuando se trata de un contrato común que obliga a celebrar un contrato definitivo, por lo que las obligaciones de las partes serán de hacer...”. Para cerrar la idea el Dr. Rezzónico en su Manual de Contratos Página 228, alega que (...) Ello no impide, sin embargo, que, en dicho instrumento, puedan acordarse ciertas modalidades a las que las partes habrán de sujetar su conducta hasta que se formalice el contrato definitivo pues, si bien las razones que pueden justificar la celebración de un contrato preliminar en preparación del futuro negocio definitivo pueden ser diversas, ello no obsta a que las partes tengan interés en vincularse inmediatamente al futuro negocio...” Así también este distinguido jurista describe a cincel los efectos jurídicos de los precontratos en la franquicia: “... pese a la dependencia lógica y funcional del contrato definitivo que predisponen, los contratos preliminares o precontratos son verdaderos y propios contratos, de los que nace inmediatamente para una o las dos partes un vínculo obligatorio cuyo contenido puede limitarse a la necesidad de una determinada manifestación de voluntad futura o resultar más extenso, siendo uno de los rasgos más salientes su existencia provisional, dado que el vínculo jurídico creado desaparece con la conclusión del contrato definitivo predispuesto...” Estamos entonces ante la perfección del contrato principal, con la misma fuerza y sus mismos efectos. Generando las mismas obligaciones y los mismos derechos inherentes al contrato definitivo.

4) Obligaciones del Franquiciante y Franquiciado.

A) Del Franquiciante

Deberes de Información del Franquiciante:

El deber de información en el contrato de franquicia recae con mayor peso en cabeza del franquiciante, quien deberá exhibir los datos correspondientes al negocio, las experiencias, el saber- como "know how". Estos mismos datos podrán afectar las decisiones empresariales en la manifestación del consentimiento del franquiciado en sus maniobras comerciales. Este deber de información, deberá ser suficiente, veraz y completo, y será un deber esencial del franquiciante en la etapa precontractual que deberá aplicarse con los principios de la buena fe y la lealtad comercial e industrial que deben imperar en los negocios.

En relación al Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, que todavía no entró en vigencia, pero será de aplicación obligatoria a partir del mes de Agosto del presente año 2015, sus textos en el artículo 1514 rezan que son Obligaciones del franquiciante: "... a) proporcionar, con antelación a la firma del contrato, información económica y financiera sobre la evolución de dos años de unidades similares a la ofrecida en franquicia, que hayan operado un tiempo suficiente, en el país o en el extranjero; b) comunicar al franquiciado el conjunto de conocimientos técnicos, aun cuando no estén patentados, derivados de la experiencia del franquiciante y comprobados por éste como aptos para producir los efectos del sistema franquiciado; c) entregar al franquiciado un manual de operaciones con las especificaciones útiles para desarrollar la actividad prevista en el contrato; d) proveer asistencia técnica para la mejor operatividad de la franquicia durante la vigencia del contrato; e) si la franquicia comprende la provisión de bienes o servicios a cargo del franquiciante o de terceros designados por él, asegurar esa provisión en cantidades adecuadas y a precios razonables, según usos y costumbres comerciales locales o internacionales; f) defender y proteger el uso por el franquiciado, en las condiciones del contrato, de los derechos referidos en el artículo 1512, sin perjuicio de que: i) en las franquicias internacionales esa defensa

está contractualmente a cargo del franquiciado, a cuyo efecto debe ser especialmente apoderado sin perjuicio de la obligación del franquiciante de poner a disposición del franquiciado, en tiempo propio, la documentación y demás elementos necesarios para ese cometido; ii) en cualquier caso, el franquiciado está facultado para intervenir como interesado coadyuvante, en defensa de tales derechos, en las instancias administrativas o judiciales correspondientes, por las vías admitidas por la ley procesal, y en la medida que ésta lo permita...” Ante todo no podemos tampoco dejar de destacar que también deberá tener solvencia financiera y capacidad profesional, estar informado también de los últimos avances de la marca, en niveles técnicos y de marketing. Contar con tiendas piloto que comprueben efectivamente la rentabilidad del bien o servicio objeto de la franquicia y con la infraestructura suficiente para proporcionar el servicio o aprovisionar de bienes objeto de la necesidad del franquiciado. El franquiciado podrá solicitarle un precontrato que estipulen los gastos y obligaciones a cumplir por ambas partes, definiendo la claridad de los acuerdos y garantizando el cumplimiento de ambas partes. Deberá también comunicarle al franquiciado mediante notificación fehaciente cuando este incurra en infracción, y por último a los fines de garantizar servicios permanentes de seguimiento, comunicación, apoyo, marketing y publicidad, y en forma paralela con los principios de la buena fé deberá garantizar de que su actividad no está basada en una demanda temporal o pasajera, cuando este estipule un contrato por un tiempo determinado a sabiendas que tal necesidad lógicamente pueda ser satisfecha con mayor antelación a la finalización del contrato con el franquiciado.

B) Del Franquiciado

1) La obligación de no competencia: Es decir “las obligaciones de no competencia contractual y post-contractual”. Se las entiende como el deber de abstenerse a utilizar el establecimiento, el know-how adquirido, actividades comerciales con utilización de logo o marca del franquiciante, en las actividades empresariales diferentes del objeto del contrato de franquicia.

En cuanto a la obligación postcontractual en cuanto a la normativa comunitaria Europea es preciso aclarar que este tipo de coberturas limita al máximo la utilización exigiendo con carácter general: que dicha prohibición esté justificada en un caso concreto por razones técnicas y/o operativas, y que la prohibición esté bien delimitada geográficamente para que finalmente en cualquier caso la prohibición no supere el plazo de un año, siendo nula de pleno derecho cualquier estipulación en contrario.

2) Las obligaciones económicas: Son las obligaciones inherentes a la naturaleza onerosa propiamente dicha del contrato. Entre ellas se destacan:

- A) el canon de entrada ó entry fee, en donde se retribuye al franquiciante por la cesión de los derechos intelectuales de los cuales es el titular y de la transmisión de conocimientos y "Know How" para que el franquiciado pueda explotar el negocio;
- B) Las cuotas periódicas que son los canon, royalties: En general dependerán de la marcha concreta del negocio y del volumen de ventas.

Volviendo a la legislación Argentina, haciendo hincapié nuevamente en el Nuevo Código Civil y Comercial que entrará en vigencia el Primero de Agosto de 2015, en el Capítulo 19 de dicho ritual encontramos las obligaciones tipificadas rezando el artículo 1515 lo siguiente: Son obligaciones mínimas del franquiciado: "... a) desarrollar efectivamente la actividad comprendida en la franquicia, cumplir las especificaciones del manual de operaciones y las que el franquiciante le comunique en cumplimiento de su deber de asistencia técnica; 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 se integra, y cooperar, en su caso, en la protección de esos derechos; d) mantener la confidencialidad de la información reservada que integra el conjunto de conocimientos técnicos transmitidos y asegurar esa confidencialidad respecto de las personas, dependientes o no, a las que

deban comunicarse para el desarrollo de las actividades. Esta obligación subsiste después de la expiración del contrato; 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...” Por tanto se debe seguir estrictamente los métodos y sistemas relativos al funcionamiento del negocio establecidos por el franquiciante, según el manual de Operaciones, Así tampoco se podrán vender otros productos y/o servicios que no hayan sido proporcionados o proveídos por el franquiciante. Lógicamente se debe guardar total secreto sobre las informaciones confidenciales que se reciba del franquiciante, mientras dure el Contrato y por el tiempo y/o plazo que lo estipule el mismo luego de la resolución de la Franquicia. Se deberá utilizar los métodos de gestión indicados, y se deberá seguir un amplio contralor en cuanto a la forma de acondicionar y mantener el local o los locales de acuerdo a las normas, imagen de marca y decoración, que establezca la central franquiciante. Así también, y en el caso de que se pacte en cláusulas puntuales sobre publicidad, se deberá respetar los métodos publicitarios y promocionales que indique el dueño de la marca. De la misma manera se deberá respetar los estandartes de suministro homologados y en las condiciones en que se prestará el servicio o se venderá el bien o los bienes determinados que hayan sido pactados por las partes.

C) Consideraciones finales y propias del Contrato de Franquicia

Podemos concluir alegando que la doctrina en materia contractual sobre la franquicia se encuentra ampliamente unificada en lo que respecta al derecho comparado en cuanto a su aplicación, más allá de que podamos encontrar diferencias en cuanto a las formas de determinarla, como es el ejemplo en Alemania que fue determinada por la doctrina mayoritaria como una relación entre empresario productor - empresario consumidor, para luego equiparar los derechos y obligaciones de las partes y encontrar un punto de equilibrio en cuanto a lo que el contrato de franquicia propiamente se refiere. Por otra parte el Código Civil Italiano lo denomina como un contrato de Suministro de prestaciones periódicas y/o continuadas en compensación de un precio. Así también vemos que por ejemplo en España, la jurisprudencia y

doctrina se han concentrado más en "La no competencia" que en determinar esencialmente las características del contrato, definiéndolo de igual manera y puntualmente como el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios, y en la parte de legislación resulta aplicable la misma que los contratos mercantiles, puesto que no existen textos legales específicos que regulen su contenido en el marco de un Código de manera nominativa, por lo tanto se rigen, tanto para el franquiciador (o franquiciante) y para el franquiciado por el principio de libertad contractual que, está estipulado en el Código Civil Español, en su artículo 1.255, en tanto les permite establecer los pactos, cláusulas, salvedades, reservas y condiciones que estimen convenientes, con sus contratos accesorios. Contrario sensu vemos como la doctrina en Francia determina que es una modalidad propiamente del contrato de concesión, encasillando al franchising como una técnica de agrupamiento de concesionarios, distinguiéndose de la concesión tradicional en cuanto a que en este caso el concesionario debe pagar un precio por entrar al agrupamiento y luego también deberá pagar las regalías del mismo, aspectos que no son propios de una concesión clásica. Caracterizando de esta manera a la Franquicia como "una licencia comercial". No menos importante es resaltar que desde el primero de febrero de 1989, la Comunidad Europea concedió a la franquicia su pleno visado de legalidad, con la publicación del Reglamento 4087/88 de la Comisión Europea. A partir de entonces, la Franquicia ya no está en contradicción con las disposiciones del Tratado de Roma en cuanto a este contrato, y quedan admitidas tanto la exclusividad territorial como la protección de la marca y del "saber-hacer". Luego llegamos a la Doctrina argentina, que se encuentra en "Manos a la Obra" en cuanto a Franquicia se refiere, ya que tiene por delante la Aplicación de Un Nuevo Código Civil y Comercial que será de aplicación obligatoria a partir del mes de Agosto del presente año 2015, estableciendo que la Franquicia Comercial tendrá lugar cuando una parte, denominada franquiciante, otorga a otra, franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, Otorgando un emblema o marca del franquiciante, y provee un conjunto de conocimientos técnicos y también la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta del franquiciado, que generalmente es la retribución económica que se determina con un canon y con regalías fijas o

porcentuales. Hace saber también que el franquiciante debe ser titular exclusivo del conjunto de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, y derechos de autor y tener derecho a su utilización y transmisión al franquiciado en los términos del contrato que se suscriba, no pudiendo tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio que realice el franquiciado. También deja en claro que no existe relación laboral entre ellos, y las partes del contrato son independientes entre sí.

Por último, y siendo motivo del presente trabajo podemos destacar que cuando las obligaciones inherentes al contrato que en especial posee el franquiciante al proveer asistencia técnica, conocimientos específicos, información económica, provisión de bienes o servicios, defensa y protección del uso de la marca, en tiempo propio, como así el hecho de brindar la documentación y demás elementos contables y financieros necesarios para ese cometido son incumplidas, la jurisprudencia argentina es plenariamente avasallante en cuanto prevé que el franquiciante podrá solicitar en Sede Civil un resarcimiento por lucro cesante en cuanto a las ganancias habituales que dejará de percibir y otro resarcimiento por tanto contemple a la pérdida de su inversión económica, que hubiera sido afectada por el comportamiento del franquiciado que no sólo se ve reflejada en el aporte inicial de capital, sino en la contratación del personal, obligaciones adquiridas con este último y capital utilizado para adecuar un establecimiento o varios a cargo de este último. También veremos que el hecho de que el franquiciado no cumpla sus obligaciones en cuanto a desarrollar efectivamente la actividad comprendida en la franquicia, ó no proporcione la información que razonablemente requiera el franquiciante, como el hecho de que no se abstenga de actos que puedan poner en riesgo la identificación o el prestigio del sistema de franquicia que integra, y por último no contemple mantener la confidencialidad de la información incumpliendo con las contraprestaciones comprometidas, pueden originar en una demanda por daños y perjuicios por parte del Franquiciante en cuanto solicite al Franquiciado un resarcimiento económico por Daño Emergente, por los daños sufridos a la imagen de su marca, logo o actividad. Así también será oponible el incumplimiento por la falta del pago de las regalías, o la cesión no autorizada de la franquicia, como el ejercicio de competencia desleal en donde La Ley de Defensa de la Competencia posee gran

contralor, estableciendo duras penas aplicadas por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en conjunto con la Secretaría de Comercio de la Nación Argentina. Tampoco es posible desconocer que el Incumplimiento o alteración del Know How, la Falsificación de Información y la prestación de Servicios no autorizados como la Utilización ilegal de las marcas o derechos del sistema de franquicia, además de ser causales propias de un incumplimiento contractual en Sede Civil por los daños emergentes del contrato por parte del Franquiciado son punibles dentro del Derecho Penal en cuanto encuentra su tipificación en el artículo 173 inc. 11 del Código Penal de la Nación por desbaratamiento de derechos acordados.

Es por ello, que el contrato de Franquicia, se realiza dentro del marco del Derecho Civil, pero logra tener efectos legales a nivel Comercial, ya que la misma relación así lo prevé, por cuanto un posible incumplimiento en el pago de las regalías originaría una demanda en Sede Comercial por reclamos de suma de dinero, y es importante esgrimir que también encuentra un lugar dentro del ámbito penal, ya que el desbaratamiento de un derecho acordado en la República Argentina, si bien es resarcido dentro del ámbito Civil, también se encuentra penado por el Código Penal.

Conclusiones

Por último, y como detalle más importante cabe hacer mención al ejercicio propio de este contrato, refiriéndolo como una Actividad Comercial de ejecución continuada, mediante un Contrato que se rige con los principios del Derecho Civil y su legislación, y posee efectos jurídicos de posible aplicación en todos los ámbitos del derecho, ya que también estipula actividades laborales, e incluso cláusulas penales para las infracciones referentes a posibles incumplimientos enunciados ut supra, y en donde se prima la coexistencia de las marcas, y la competencia leal entre las empresas, siendo el franchising un modo lícito de contratación que utilizan las personas jurídicas para crecer con la inversión de otro empresario, como es el caso de la persona del

franquiciado, usando el conocimiento, las técnicas, el desarrollo y la experiencia ajena del franquiciante, con sus logos, marcas, patentes y actividades probadas empíricamente y puestas en práctica de manera continuada con obligaciones propias de un contrato oneroso, conmutativo y regido por el principio de la autonomía de la voluntad. El uso de esta práctica es de amplio ejercicio a nivel mundial, y en la República Argentina dicha actividad ha tomado la envergadura necesaria para proponerse e intentar radicarse a la vanguardia de la legislación Contractual de la presente materia, en lo que respecta al Derecho Comparado, puesto que el Poder Legislativo ha inculcado la práctica de dicha contraprestación contractual en su Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que a partir del Primer día hábil de mes de Agosto del año 2015, será de aplicación obligatoria para todos los Tribunales de la Nación Argentina.

D) Bibliografía

. Jaime L. Kleidermacher. - Franchising: aspectos económicos y jurídicos Abeledo -Perrot, 1995

. Marzorati, Osvaldo J. – Franchising - El contrato de franquicia comercial. Características. Lanzamiento. Expansión internacional. Legislación extranjera. Editorial Astrea. 2001

. Alterini, Atilio Aníbal, "Contratos. Civiles- Comerciales – de Consumo", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1999

. Hernado, Gimenez, Aurora, "El Contrato de Franquicia de Empresa": Editorial Civitas, Madrid 2000.

. Etcheverry, Raúl Aníbal, "Derecho Comercial y Económico – Contratos. Parte Especial", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, T° 1

. Etcheverry Raúl Aníbal -Derecho Comercial y Económico- Contratos parte especial, Tomo II y III

. Francisco Vicent Chuliá. - Publicación - Revista de Derecho Patrimonial *núm. 2* - Editorial Aranzadi, SA, 1999

- . De Miguel Asencio, Pedro A: Contratos Internacionales sobre Propiedad Industrial, Editorial Civitas, Madrid, 1995.**
- . ALTERINI, Atilio A., "Los principios de los contratos de UNIDROIT y las soluciones del derecho común", DJ., 1997-2.**
- . LÓPEZ CABANA, R. M, "Contratos Especiales en el siglo XXI", Abeledo Perrot. 1999.**
- . Andrés Sánchez Herrero, *Confusión de Marcas*, Editorial La Ley. Buenos Aires. 2013.**
- . LUIS C. SCHMIDT, PARTNER - REVISTA MEXICANA DEL DERECHO DE AUTOR, AÑO I, NUM. 3, JULIO SEPTIEMBRE 1990**
- . Fontanarrosa, Rodolfo A., *Derecho Comercial Argentino, Doctrina general de los contratos comerciales*. T.II.**
- . Otamendi, Jorge, *Derecho de Marcas*, 4ª Edición, Buenos aires, Lexis Nexis, 2002.**
- . FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, CAUBET, Amanda B., M. Elvira ROSON DE PLANELLS, *Manual Práctico de Contratación Laboral*, .Ed. Errepar, 1995**
- . Le Pera, Sergio, *Joint venture y sociedad (acuerdos de coparticipación empresarial)*, Astrea, Buenos Aires, 1984**
- . MASNATTA, Héctor, Los contratos de transmisión de tecnología. "How-How" y Asistencia Técnica, Astrea, Buenos Aires, 1971.**
- . Zunino, Osvaldo J, *Régimen de Sociedades Comerciales, Ley 19550*,Astrea, Buenos Aires, 2004**
- . PIAGGI, Ana I., "El arbitraje internacional y la realidad argentina", L.L., 1983-B-991.**
- . VENTURA, Gabriel B., "Algunas reflexiones en torno al registro marcario argentino", 1999, LexisNexis Depalma, RDCO 1999-833.**

- . Kaplan Blamey, Andrés Esteban - La exclusividad en los contratos internacionales de franquicia, licencia y Know-How. Chile, 2004
 - . Luis Díez-Picazo, *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, publicado por la Fundación BBV y la Editorial Civitas, Madrid, España, primera edición, 1996.
 - . CHULIÁ VICENT Y T. BELTRÁN ALANDETE. Aspectos Jurídicos de los contratos atípicos I, 4ª Ed, Barcelona 1999.
 - . Mosset Iturraspe - La extinción del contrato. Responsabilidad extracontractual derivada del contrato – Rubinzal Culzoni- 2008
 - . PARRA, F., MIQUEL, S., ALDAS J., (1997) “La Franquicia desde el Punto de Vista del Franquiciador: una Aproximación Multivariable”, en *Ponencias y Comunicaciones. XI Congreso Nacional, VII Congreso Hispano-Francés*. Lleida, Universidad, Junio, 227-232.
-