

## **Tipificación de los contratos de comercialización en el Proyecto de Código Civil y Comercial**

Por Martín Caselli. Publicado en Jurisprudencia Argentina el 1 de mayo de 2013.

**Sumario:** 1. Introducción: Ámbito y tipo de contratos contemplados – Su relación con las Relaciones de Distribución. 2. Incorporación legal del contrato de Agencia. 3. Incorporación legal del contrato de Concesión. 4. Aplicación de las normas del contrato de Concesión a los contratos de Distribución Comercial y comercialización de software; 5. Incorporación Legal del Contrato de Franquicia. 6. Conclusiones.

### **1. Introducción: Ámbito y tipo de contratos contemplados – Su vínculo con las Relaciones de Distribución**

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación remitido por el Poder Ejecutivo Nacional al Poder Legislativo Nacional mediante mensaje N° 884/2012 de fecha 7 de junio de 2012 (“Proyecto de Código Civil y Comercial”) se propone incorporar a nuestro plexo normativo cuatro figuras contractuales de fuerte vigencia en las estructuras de comercialización modernas. De ese modo, contaremos con un elenco de contratos tipificados que se desarrollarán sobre un terreno extraordinariamente fértil y rico en principios provenientes de la jurisprudencia que magistralmente ha dotado de inhabitual experiencia a las nóveles normas legales que se estrenarán.

El Proyecto de Código Civil y Comercial regula específicamente los contratos de agencia, concesión y franquicia comercial, a la vez que hace extensivas las previsiones de la concesión comercial a los contratos de distribución y a los contratos de comercialización de software o procedimientos similares.

Ahora bien, una particularidad que se presenta en la práctica de los contratos de comercialización que se instrumentan así como de las redes comerciales que se desarrollan a diario consiste en que a menudo los elementos característicos que definen a estos contratos se ven algo difuminados como consecuencia de la creatividad que el mundo comercial añade a las definiciones académicas o legales preexistentes. Es habitual que los contratos tradicionalmente conocidos y definidos desde la doctrina, a veces tomen algunos elementos de otro y queden camuflados en composiciones contractuales de diversa naturaleza, verificando el decir del

Lorenzetti en cuanto señala que “son excepcionales los casos en que un contrato de la realidad económica sigue los pasos que le indicó el código civil o de comercio.”<sup>1</sup>

En virtud de lo anterior es que consideramos que los Capítulos 17 a 19 del Proyecto de Código Civil y Comercial, explícita y específicamente aplicables a los contratos de agencia, concesión, franquicia, distribución y software seguramente sean pertinentes también para diversas composiciones contractuales que hoy alimentan a las redes de comercialización -en aquello que no sea ostensiblemente ajeno- aun cuando no se ciñan in totum a las definiciones legales.

Creemos asimismo que estas previsiones legales se aplicarán también a lo que denominamos Relaciones de Distribución en sentido amplio (cuyos elementos característicos serán explicados más abajo) a pesar de que estas relaciones de distribución no cuenten con instrumentos escritos, tal como, por ejemplo para la agencia, lo exige la proyectada norma legal en su artículo 1479.

Uno de los aportes más significativos de la jurisprudencia a los sistemas de distribución comercial ha sido el de otorgar vida articulada a situaciones que –por no haber sido convenientemente explicitadas en contratos- hubieran quedado huérfanas de la protección propio de los contratos que contaban en puridad con todos los requisitos de la definición académica. Así pues, la jurisprudencia ha sabido reconocer Relaciones de Distribución comercial en ciertas relaciones de hecho que parecían que eran no más que una sucesión de eventos negociales esporádicos. Creemos por lo tanto que las previsiones de los Capítulos 17 a 19 del Proyecto del Código Civil y Comercial también serán aplicables a estas denominadas Relaciones de Distribución.

Entendemos como Relación de Distribución a aquella donde –mediando o no instrumento contractual- existe un funcionamiento coordinado entre dos o más comerciantes, con vocación de extensión temporal y colaboración recíproca tendiente a la ubicación de productos y servicios en el mercado, que responderá a pautas, lineamientos y formas de actuación planificados y asumidos previamente.

Ya antes de la proyectada tipificación de estos contratos de comercialización, la importancia de descubrir la existencia o no de una Relación de Distribución radicaba en los derechos y obligaciones que (excediendo el limitado marco instantáneo de ciertas operaciones concretas tales como compraventas unitarias,

---

<sup>1</sup> LORENZETTI, Ricardo L., ¿Cuál es el cemento que une las redes de consumidores, de distribuidores, o de paquetes de negocios?, LL 1995-E, 1015

prestaciones de servicio, suministros, etc...) los precedentes judiciales asignan a las partes de esta relación, entre ellos facultad rescisoria incausada, deber de preaviso, indemnización de ciertos conceptos, entre otros. Ahora la importancia de la existencia de una Relación de Distribución cobra mayor vigor puesto que una serie de normas legales les serán de aplicación.

Entre otros, un fallo de la Sala B de la Cámara Nacional en lo Comercial, puso en evidencia que *“lo que distingue al contrato de distribución de la compraventa sucesiva y reiterada de mercaderías es la vocación de las partes de mantener la relación comercial a largo plazo y la existencia de pautas de comercialización unilateralmente fijadas por el dador de la distribución, siendo usual en algunas de ellas la exclusividad en la distribución dentro de una zona determinada, un plazo de duración del contrato -generalmente anual-, la exigencia de una venta mínima, la entrega de la mercadería al distribuidor con descuento, la fecha de pago de las facturas, el lugar y forma de entrega de la mercadería y acopio, los precios de venta, estipulaciones sobre publicidad, compromiso de los distribuidores de no fabricar, vender o distribuir otros artículos en competencia.”*<sup>2</sup>

La existencia de una funcionalidad coordinada, ha llevado a la jurisprudencia a reconocer Relaciones de Distribución en relaciones donde no mediaba instrumento escrito, no viéndose disminuida esa convicción ni siquiera por el postulado del artículo 1193 del Código Civil, en tanto manda a que los contratos superiores a un determinado monto deban ser hecho por escrito, vedando que puedan ser probados por testigos.

El precedente jurisprudencial que con mayor resonancia acogió este postulado se encuentra en el fallo *Distrihur S.A. c/ Industrias Cipolletti S.A.*<sup>3</sup> Allí la sala actuante reconoció como propia de la distribución comercial a la relación (no exteriorizada contractualmente y a la que la actora calificaba de distribución mientras que la demandada la calificaba de sucesión de compra ventas), donde –entre otros elementos de prueba- se detectó el pago de “comisiones”, el respeto implícito a zonas de actuación, la contabilización de “costo a distribuidores” y la indicación de que los “valores” deberían emitirse por el cliente final a nombre del productor. Las circunstancias reseñadas persuadieron a los jueces de que existía un “circuito de comercialización” administrado por la demandada/productora.

El fallo referenciado relativizó la norma citada, haciendo prevalecer los indicios de peso que surgían del análisis de la prueba emergente del proceso judicial, por

---

<sup>2</sup> C. Nac. Com., sala B, 17/02/1987, “López, Gabriel v. S.A. Bodegas y Viñedos Graffigna Ltda., AP 37000420

<sup>3</sup> C. Nac. Com., sala C, 10/05/1994, “Distrihur S.A. v. Industrias Cipoletti S.A.”, LL 1995-B, 89.

sobre las formalidades (en rigor, ausencia de tales) en atención a que la falta de instrumento que acredite por escrito el contrato no es óbice para admitir su existencia, en tanto se trata de una figura innominada y no formal.

En consecuencia, habrá relación de distribución aún en el caso en que no existiera instrumento contractual que así lo establezca siempre y cuando de la relación en concreto emerja la realidad, funcionalidad y finalidad de la relación contractual que se analice.

De hecho, el fallo también reconoce que a pesar de la vigencia de las previsiones del artículo 1193 del Código Civil, serían admisibles ciertas excepciones a su postulado cuando haya un principio de prueba por escrito; “un principio de ejecución —que exime a quien lo ejecutó del deber de presentar un instrumento convencional escrito, pues cuando alguna de las partes ha cumplido la prestación está autorizada para emplear todos los medios de prueba enumerados en el art. 1190, CCiv., ya que la prueba de la existencia de lo convenido puede resultar de la ejecución de la prestación.”

En relación con lo anterior, y especialmente en torno a la exigencia de instrumentación escrita para el contrato de agencia, impuesto por el artículo 1479 del Proyecto de Código Civil y Comercial nos referiremos en el capítulo sobre agencia comercial.

## **2. Incorporación legal del contrato de Agencia**

**Definición:** El artículo 1479 del Proyecto de Código Civil y Comercial establece que habrá un contrato de agencia:

“Cuando una parte denominada agente, se obliga a promover negocios por cuenta de otra denominada proponente o empresario, de manera estable, continuada e independiente, sin que medie relación laboral alguna, mediante una retribución.

El agente es un intermediario independiente, no asume el riesgo de las operaciones ni representa al preponente. El contrato debe instrumentarse por escrito”

La definición expuesta sigue a grandes trazos las definiciones que la doctrina, jurisprudencia y la práctica negocial venían utilizando, aunque es preciso efectuar alguna consideración en relación al requisito de instrumentación por escrito.

**Exigencia de Instrumentación Escrita:** El Proyecto de Código Civil y Comercial exige que el contrato sea instrumentado por escrito. Como dijéramos precedentemente, pueden darse situaciones en que aún sin instrumento escrito

podrá estar constituyéndose una Relación de Distribución en sentido amplio o más precisamente una relación de agencia. ¿Es el medio escrito un elemento esencial de este contrato? Ciertamente creemos que no. En la práctica podrán darse casos de verdaderos contratos de agencia entre partes que no hubieran suscripto un instrumento por escrito y donde probablemente el agente termine siendo la parte más débil. ¿Se verá perjudicada esta parte débil precisamente por no haber tenido la fortaleza negocial de obtener un instrumento contractual tangible? Creemos que ello sería inadmisibles. Los jueces harán su parte a la hora de remediar las posibles situaciones injustas que esta previsión puede acarrear.

A este respecto, entendemos que pese al expreso requerimiento del proyecto de la nueva norma, la construcción jurisprudencial reseñada en el primer capítulo de este trabajo, no cederá toda vez que sin duda se darán casos en que exista una relación contractual de agencia, más no un contrato escrito. Entendemos pues que será de muy valiosa utilidad el bagaje jurisprudencial referido, a la hora en que se presenten situaciones donde no haya instrumento escrito. Debe destacarse también que ciertas situaciones de inexistencia de instrumento podrán deberse al actuar (o a la omisión del principal). Claro está que no será admisible oponerle al agente la falta del requisito señalado para desconocer derechos en el caso en que su relación califique ciertamente como de agencia.

**Ausencia de Representación:** Asimismo, la definición legal de agente contenida en el Proyecto de Código Civil y Comercial aclara que aquel no representa al preponente. Entendemos que esta aclaración legal sirve para reafirmar la idea de que el contrato de agencia no implica per se, representación del principal. Claro está, que ello no es óbice para que continúe existiendo válidamente la figura de agencia con representación, en cuyo caso el agente deberá contar con el instrumento de representación adecuado suscripto con las formalidades de ley exigidas para el acto del que se trate. En este sentido, debemos señalar que el mismo Proyecto de Código Civil y Comercial, exige que el agente cuente con poder especial si se le encargara cobrar los créditos resultantes de su gestión, y que en caso en que pretenda conceder quitas, esperas o consentir acuerdos, desistimientos o avenimientos concursales deberá tener facultades expresas de carácter especial volcados en un poder en el que conste en forma específica el monto de la quita o el plazo de espera. Asimismo, el proyecto de norma prohíbe al agente desistir de la cobranza de un crédito del empresario en forma total o parcial. Entendemos que también esta última previsión cede ante un mandato especial y expreso otorgado por el empresario en un poder especial.

**Posibilidad de Agencias simultáneas con otros empresarios:** Otro elemento clarificador que aporta el Proyecto de Código Civil y Comercial versa sobre el reconocimiento expreso a la posibilidad de que un agente pueda contratar sus

servicios con varios empresarios de manera simultánea. Sin embargo, el proyecto exige que el agente obtenga expresa autorización del empresario del que sea agente, para concertar una operación del mismo ramo de negocios o en competencia con otro empresario del que también sea agente. Entendemos en este sentido que la autorización que otorgue el empresario podrá ser otorgada de manera particular, ante la inminencia concreta de cada operación o bien de manera genérica y anticipada, siempre que existan pautas genéricas identificadoras.

**Remuneración del Agente:** Respecto al derecho del agente a cobrar su remuneración (respecto a la cual el proyecto prevé que consista en una remuneración variable en ausencia de un pacto expreso), aquel siempre existirá cuando las operaciones hubieren sido concluidas por el agente y el empresario hubiere cobrado el precio.

Sin perjuicio de ello, el Proyecto de Código Civil y Comercial reconoce también derecho al agente a cobrar su comisión: (a) si existieren operaciones concluidas con posterioridad a la finalización del contrato de agencia, (b) si el contrato se concluye con un cliente que el agente presentara anteriormente para un negocio análogo, siempre que no haya otro agente con derecho a remuneración y (c) si el agente tiene exclusividad para una zona geográfica o para un grupo determinado de personas, cuando el contrato se concluye con una persona perteneciente a dicha zona o grupo, aunque el agente no lo promueva, excepto pacto especial y expreso en contrario.

Entendemos que la vigencia del derecho asignado en el inciso b transcripto, del Artículo 1487 del Proyecto de Código Civil y Comercial debería haber sido delimitado temporalmente por el legislador, de modo de no convertir en disvaliosos sus efectos toda vez que no podría razonablemente otorgársele a un agente un derecho sine die a cobrar una comisión, aún pasado un extenso tiempo desde la presentación del cliente o incluso desde la terminación del contrato de agencia. No obstante ello, y en consonancia análoga con la disposición de derechos que admite el inciso c del mismo artículo (en lo relativo a la renuncia a cobrar comisión en los casos en que el agente hubiere tenido asignados una zona geográfica o un grupo determinado de personas), entendemos que debería permitírsele a las partes establecer convencionalmente un razonable límite temporal. De otro modo, el sujeto que ha dejado de ser agente, se estaría convirtiendo en socio a perpetuidad del empresario por el solo hecho de haber presentado una vez un cliente para una negocio análogo.

**Terminación de la Agencia:** Respecto a la terminación del contrato de agencia, el Proyecto de Código Civil y Comercial hace suyo el adecuado criterio establecido

por la jurisprudencia de posibilitar a cualquiera de las partes de un contrato por tiempo indeterminado, poner fin al vínculo contractual, otorgando un preaviso equivalente a un mes por año de antigüedad del contrato. Sin embargo, el antedicho proyecto omitió incorporar la limitación temporal que con toda razonabilidad los jueces habían impuesto y que en la mayoría de los casos llegaba a los seis meses. Ello será, en el futuro materia de debate y de una necesaria corrección pretoriana, toda vez que sería inconcebible pensar en contratos que – por tener una antigüedad de por ejemplo veinte o treinta años- su terminación se deba preavisar con casi dos o tres años de anticipación. No habrá en esos casos, relación contractual sana que resista. Creemos también que debería admitirse esa limitación por vía convencional, aún en los casos de contratos con cláusulas predisuestas en la medida que su utilización no transgreda los límites del artículo 1071 del Código Civil. En este sentido, es un hecho verificado el opacamiento de la relación contractual que se produce en la práctica cuando una de las partes es preavisada de la terminación de su contrato. En ese caso ya no existe el incentivo de la esperanza de continuar haciendo negocios en la medida de una adecuada performance y en consecuencia el empuje empresario decae, aún si no llegue a incurrirse en causal objetiva de terminación contractual. Es por ello que consideramos imprescindible que se puedan acotar temporalmente los plazos de preaviso.

Esta consideración nos lleva por vía de hipótesis al siguiente escenario: es posible que en el futuro, siguiendo la regla del Artículo 1492 del Proyecto de Código Civil y Comercial (un mes por año de antigüedad contractual), si no fuere admisible una limitación temporal en el plazo de preaviso, nos encontraremos a plazos de preaviso que pueden insumir años. Durante ese extenso tiempo, claramente el agente podría incurrir en la causal prevista en el inciso e) del Artículo 1494 del proyecto de Modificación del Código Civil.<sup>4</sup> Ante este supuesto, el preponente podría invocar esta conducta como causal de terminación acelerada del contrato. A esta terminación, seguramente el agente esgrimirá el argumento acerca de que la probable falta o intención del agente en atender con exactitud las obligaciones sucesivas es una consecuencia directa del preaviso cursado por el cual el agente tiene certeza que su trabajo concluirá. A este respecto, traemos a colación el principio sentado por el fallo Dismar S.A. c/ Kraft Foods Argentina S.A., según el cual el principio rector establecido por el Artículo 1198 del Código Civil es de plena aplicación aún durante el período de preaviso, en consecuencia las conductas debidas por las partes continúan siendo exigibles también durante ese período<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> “El Contrato de agencia se resuelve por: ... e) incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones de una de las partes, de forma de poner razonablemente en duda la posibilidad o la intención del incumplidor de atender con exactitud las obligaciones sucesivas”

<sup>5</sup> C. Nac. Com., sala C, 17/02/2009, “Dismar S.A. v. Kraft Foods Argentina S.A”, LL 24/07/2009, 7. En virtud de este fallo, la Sala C condenó por daños y perjuicios al distribuido que durante el plazo de preaviso otorgado en

Sin perjuicio de ello, consideramos que en pos de evitar situaciones disvaliosas para las partes y el mantenimiento forzado de una situación de tensión contractual, el plazo de preaviso debería limitarse siguiendo los parámetros que razonablemente hoy ha fijado la jurisprudencia (6 meses).

El Proyecto de Código Civil y Comercial considera que la continuación de la relación con posterioridad al vencimiento de un contrato de agencia con plazo determinado, lo transforma en contrato por tiempo indeterminado y a su vez –de igual modo que lo estableció el fallo Marquínez y Perrota c/ Esso S.A.P.A.<sup>6</sup>- establece que la regla de preaviso descripta anteriormente será de aplicación también a los casos de contratos pactados inicialmente como de plazo determinado, devenidos en indeterminados.

**Novedosa causal de terminación contractual:** Un elemento novedoso y de gran valor incorporado por el Proyecto de Código Civil y Comercial, en lo relativo a las causales de resolución contractual, está constituido por el inciso e) del Artículo 1494 que prevé como causa de resolución aquellos incumplimientos que aunque no fueren graves, se hubieren reiterado de manera tal de poner razonablemente en duda la posibilidad o la intención del incumplidor de atender con exactitud las obligaciones sucesivas. Esta previsión viene a solucionar situaciones de zozobra e incertidumbre que tenían lugar, cuando el incumplimiento (aunque reiterado) carecía de entidad suficiente como para resolver per se el contrato y a ello se le sumaba el mandato del artículo 216 del Código de Comercio que exigía cursar una intimación previa –por quince días- al incumplidor dándole la posibilidad de corregir su incumplimiento. El Artículo 1495 expresamente establece que la causal descripta es de aplicación directa, sin intimación. Es de toda obviedad que esta previsión no desplaza al instituto del pacto comisorio previsto por los artículos 1204 del Código Civil y 216 del Código Comercial (e incorporado en el Proyecto de Código Civil y Comercial en su artículo 1088 inciso 3 como cláusula resolutoria implícita) cuando ellos sean aplicables, pero viene a solucionar una realidad que el pacto comisorio no solucionaba y que permitía un desgastante círculo vicioso de incumplimiento - intimación - cumplimiento posterior tardío y forzado por la intimación.

**Compensación por clientela:** El Proyecto de Código Civil y Comercial también hecha luz sobre la discusión acerca de la posibilidad de que le asista derecho al agente sobre la clientela existente al momento de la terminación. En relación con

---

virtud de la rescisión unilateral de ese vínculo comercial disminuyó la cantidad de productos entregados, modificó el régimen de bonificaciones y permitió la actuación concurrente de otro intermediario en la zona asignada al actor.

<sup>6</sup> C. Nac. Com., Sala B, 11/04/1995, “Marquínez y Perrota v. Esso S.A.P.A.”, ED T° 164, p. 42.

ello, el Artículo 1497 del Proyecto de Código Civil y Comercial otorga un derecho de compensación por clientela en el caso en que el agente hubiera incrementado significativamente el giro de las operaciones del empresario y si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales a éste, aun finalizado el contrato. Corresponde observar críticamente esta solución, no tanto por la propuesta compensatoria sino por la vaguedad a la que quedan sometidas las situaciones que se sucedan. Repárese que la norma habla de dos conceptos muy genéricos e imprecisos: “incremento significativo” y “ventajas sustanciales”, sumado a la imprecisa situación que puede darse de poder encontrar obstáculos para identificar claramente una adecuada causalidad entre la actividad anterior del agente con las “ventajas sustanciales” referidas. Asimismo, no debemos olvidar que a menudo las tareas del agente se dan en un marco, no ya de una relación única entre el preponente y el agente, sino insertas en una cadena comercial de múltiples agencias, donde puede darse que la continuidad de las “ventajas sustanciales” no se dan como consecuencia del actuar de un agente en particular (por muy correcta que hubiere resultado su gestión) sino por la inercia propia de la cadena comercial, la incidencia de la marca o aún por cuestiones de política financiera o macroeconómica que provocan un boom en determinados sectores comerciales. Muestra de ello ha sido el exponencial aumento de adquisición de equipos y servicios de telefonía móvil, que se han visto especialmente favorecidos por líneas crediticias, y un entorno macro favorable (y fomentado aún desde el estado) al consumo de bienes de mediana cuantía, financiados convenientemente y disponibles en todos los estratos sociales.

No hay derecho a compensación por clientela –según el Proyecto de Código Civil y Comercial- en los casos en que el empresario hubiere puesto fin al contrato por incumplimiento del agente o en el caso en que el agente hubiere decidido la terminación, siempre que no fuera a causa de incumplimiento empresario o de decisión del agente motivada en su edad, invalidez o enfermedad del agente que no permiten exigir razonablemente la continuidad de sus actividades.

Por último, la normativa propuesta por el Proyecto de Código Civil y Comercial incorpora la posibilidad de pactar cláusulas de no competencia, aplicables para después de finalizado el contrato. Esta inserción zanja una discusión que surgía al momento de pretender hacer valer esta cláusula. De hecho, existían opiniones y decisiones judiciales que consideraban a esta previsión como violatoria del artículo 14 de la Constitución Nacional, en cuanto –se entendía- atentaba contra el

derecho de ejercer industria lícita. Hubieron otras decisiones que, en cambio reconocieron la mentada validez.<sup>7</sup>

### 3. Incorporación legal del contrato de Concesión

**Definición Legal:** Para el Proyecto de Código Civil y Comercial, hay contrato de concesión, cuando “el concesionario, que actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros, se obliga mediante una retribución a disponer de su organización empresaria para comercializar mercaderías provistas por el concedente, prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según se haya convenido.” (Artículo 1502).

**Exclusividad:** El Proyecto de Código Civil y Comercial prevé que exista exclusividad recíproca, salvo pacto en contrario. Resulta acertada la previsión legal de permitir a la contraparte que (si así se pacta) interactúe contractualmente con un competidor de su concedente dado que ello responde a la realidad actual donde concedentes, de común acuerdo con los concesionarios, admiten que éstos tengan participación o control en otras sociedades que son concesionarias de concedentes competidores. Esta permisión, muchas veces responde a una conveniencia recíproca, dado que existen concesionarios con una marcada experiencia en ciertos rubros (por ejemplo, comercialización de automotores) que junto con una importante solvencia comercial y financiera hace que su participación en la cadena comercial del concedente tenga un apreciado valor, aún si mediante su afiliación societaria con otras sociedades, pudiera tener participación en concesiones de cadenas competidoras.

**Productos comprendidos en la Concesión. Posibilidad de exclusión:** Resulta también atinada la posibilidad que el Proyecto de Código Civil y Comercial le otorga a las partes para pactar una excepción al principio impuesto por su Artículo 1503 que establece que la concesión comprende todas las mercaderías fabricadas o provistas por el concedente, incluyendo los nuevos modelos. La posibilidad de generar la excepción aludida, responde adecuadamente a situaciones fácticas donde el concedente tiene una producción ampliamente diversificada (y los agentes puedan variar de acuerdo al producto del que se trate) o incluso aquellas situaciones donde el concedente fabrica ciertos productos destinados a una plaza distinta a la local o adaptada especialmente a las exigencias o gustos de mercados extranjeros. La posibilidad de generar esta excepción también soluciona de manera adecuada aquellas situaciones de cadenas comerciales que

---

<sup>7</sup> C. Nac. Com, sala A, 02/03/2005, “Servicio Electrónica de Pago S.A. v. Garófalo, Silvia D.”, AP 70017782. Mientras la decisión de primera instancia, no permitía la aplicación de la cláusula de no competencia, la Cámara reconoció su validez.

necesitan concentrar determinados productos en determinadas zonas, diversas (geográfica y socialmente) de otras.

**Exclusividad – Posibles exclusiones:** Es también adecuada la reserva que el Proyecto de Código Civil y Comercial permite al concedente generar la excepción a la exclusividad territorial, en el caso de ventas directas o modalidades de ventas especiales, práctica muy usual en las denominadas ventas corporativas. De este modo, por ejemplo una terminal automotriz puede proveer automóviles a una única empresa diseminada en todo el país, pactando ciertas condiciones que responden al volumen adquirido y características del comprador, sin atender a la exclusividad otorgada a diversos concesionarios en las diversas zonas asignadas.

El Proyecto de Código Civil y Comercial introduce una previsión que genera una rara excepción a la obligación de exclusividad del concesionario para la adquisición de las mercaderías al concedente y su posterior reventa. El último párrafo del Artículo 1505<sup>8</sup> permite al concesionario la venta de mercaderías del mismo ramo que le hayan sido entregadas en parte de pago de las que comercialice por causa de la concesión. Entendemos impugnable esta previsión normativa si con ella se pretendiera validar la posibilidad de que el concesionario pudiera revender productos adquiridos a terceros (distintos al concesionario, o aún competidores) por el mero hecho de provenir del pago de mercaderías vendidas a terceros en el marco de la concesión. Está claro que el concedente podría verse vulnerado en sus derechos (principalmente el de propiedad, protegido por el artículo 17 de la Constitución Nacional) si se admitiera esta ruptura en la ecuación tenida en miras al establecer el contrato de concesión y al haber estimado el caudal de ventas a ser canalizado a través de un concesionario determinado. Claro está que esa estimación no podría verse alterada por la mera circunstancia de que el concesionario hubiere recibido mercaderías de terceros en parte de pago en una permuta donde el concedente no tuvo intervención ni decisión alguna.

**Beneficio Económico del Concesionario:** Respecto al beneficio económico del concesionario como consecuencia de su actividad, el Proyecto de Código Civil y Comercial establece “El concesionario tiene derecho a una retribución, que puede consistir en una comisión o un margen sobre el precio de las unidades vendidas por él a terceros o adquiridas al concedente, o también en cantidades fijas u otras formas convenidas con el concedente. Los gastos de explotación están a cargo del concesionario, excepto los necesarios para atender los servicios de preentrega

---

<sup>8</sup> Artículo 1505 in fine: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso a), el concesionario puede vender mercaderías del mismo ramo que le hayan sido entregadas en parte de pago de las que comercialice por causa de la concesión, así como financiar unas y otras y vender, exponer o promocionar otras mercaderías o servicios que se autoricen por el contrato, aunque no sean accesorios de las mercaderías objeto de la concesión ni estén destinados a ella”.

o de garantía gratuita a la clientela, en su caso, que deben ser pagados por el concedente conforme a lo pactado.”

**Duración del Contrato de Concesión:** El Proyecto de Código Civil y Comercial establece una duración mínima de cuatro años para los contratos de concesión donde el concedente no provea al concesionario el uso de las instalaciones principales suficientes para su desempeño. En este último caso, el proyecto de norma prevé como excepción que el plazo pactado pueda ser de dos años. En el resto de los casos, pactado el plazo de manera inferior a cuatro años, o pactado por tiempo indeterminado, el contrato se entenderá convenido por cuatro años<sup>9</sup>. En caso en que una vez vencido el plazo del contrato, las partes hubieren continuado su ejecución sin haber previamente especificado la duración de esa extensión, hará que dicho contrato sea considerado como de tiempo indeterminado.

La excepción establecida en este artículo y su referencia a la “provisión del uso de las instalaciones principales suficientes para su desempeño” nos lleva a indagar si con ésta previsión, el legislador está incluyendo dentro de las normas sobre concesión (y su consecuente período mínimo de vigencia) a los contratos en shoppings y centros comerciales, los cuales hasta la fecha habían sido calificados por buena parte de la jurisprudencia como contratos de concesión, aunque cabe realizar la diferenciación con aquellos contratos de mera asignación de espacio.

**Terminación del Contrato de Concesión:** La rescisión (en los contratos por tiempo indeterminado) y la resolución del contrato de concesión en general estarán regidas por las mismas reglas aplicables al contrato de agencia, conforme lo explicado más arriba.

A este respecto, el Proyecto de Código Civil y Comercial establece que en caso de rescisión contractual de contratos por tiempo indeterminado el concedente debe readquirir los productos y repuestos nuevos que el concesionario haya adquirido y que tenga en existencia al fin del período de preaviso, a los precios ordinarios de venta a los concesionarios al tiempo del pago.

#### **4. Aplicación de las normas del contrato de Concesión a los contratos de Distribución Comercial y comercialización de software**

---

<sup>9</sup> Artículo 1506: Plazos. El plazo del contrato de concesión no puede ser inferior a CUATRO (4) años. Pactado un plazo menor o si el tiempo es indeterminado, se entiende convenido por CUATRO (4) años. Excepcionalmente, si el concedente provee al concesionario el uso de las instalaciones principales suficientes para su desempeño, puede preverse un plazo menor, no inferior a DOS (2) años. La continuación de la relación después de vencido el plazo determinado por el contrato o por la ley, sin especificarse antes el nuevo plazo, lo transforma en contrato por tiempo indeterminado.

El Proyecto de Código Civil y Comercial establece en su Artículo 1511 que las normas sobre concesión comercial son aplicables –en aquello que resulte pertinente- a los contratos de distribución, junto con la aplicación a los contratos por los que se conceda la venta o comercialización de software o de procedimientos similares. Es por ello que nos remitimos a las consideraciones efectuadas en el punto anterior. Asimismo entendemos que las previsiones sobre agencia, concesión y franquicia otorgan un parámetro de conductas (no rígido, claro está) para ser tenidas en cuenta –y en algunos casos- aplicar analógicamente sus previsiones a otras relaciones contractuales como determinados contratos de provisión, suministro o prestación de servicios.

## **5. Incorporación Legal del Contrato de Franquicia**

**Definición Legal:** El Proyecto de Código Civil y Comercial establece que hay franquicia cuando “una parte denominada franquiciante, otorga a otra, llamada franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o la marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta del franquiciado.”<sup>10</sup>

**Participación del Franquiciante en el negocio del franquiciado:** El Proyecto de Código Civil y Comercial prohíbe al franquiciante tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado. Esta prohibición –que entendemos fue motivada en el deseo de otorgar libertad al resto de los accionistas de una sociedad franquiciada para actuar libremente sin intromisiones del accionista/franquiciante- es merecedora de reproche en la medida en que se interprete que el franquiciante no puede constituir sociedades que a su vez sean franquiciadas. Esta prohibición resulta inconveniente ya que inhibe la posibilidad de que estratégicamente ciertas zonas territoriales de la franquicia –donde no exista demanda actual de franquicias- sean desarrolladas por sociedades controladas por el franquiciante de modo de generar presencia comercial uniforme en todo el territorio nacional. Es de lamentar que el proyecto de norma no admita esta posibilidad. La actuación del franquiciante controlando una sociedad franquiciada hubiera estado adecuadamente vigilada por los principios rectores de

---

<sup>10</sup> Artículo 1512. Concepto. Hay franquicia comercial cuando una parte, denominada franquiciante, otorga a otra, llamada franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o la marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta del franquiciado. El franquiciante debe ser titular exclusivo del conjunto de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás comprendidos en el sistema bajo franquicia; o, en su caso, tener derecho a su utilización y transmisión al franquiciado en los términos del contrato. El franquiciante no puede tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado. El plazo no puede ser inferior a DOS (2) años.”

la competencia leal, conforme esos principios fueron expuestos y operativizados eficazmente en el caso Donati. Recordemos que en su virtud, la concedente de una concesión comercial fue condenada por los daños y perjuicios que los jueces estimaron provocados a un concesionario por la actuación desleal llevada adelante por esa concedente efectuando un inadecuado y desleal uso de sociedades controladas que a su vez eran concesionarias.<sup>11</sup>

**Duración de la Franquicia:** Respecto al plazo de duración del contrato de franquicia, el Proyecto de Código Civil y Comercial mantiene a la fecha un error que debería ser subsanado antes de su entrada en vigencia.

Esa falencia consiste en la contradicción que se verifica entre la expresa disposición que en la definición misma de franquicia comercial fija el plazo mínimo en dos años (artículo 1512) con el plazo mínimo de cuatro años que manda el primer párrafo del artículo 1506 (aplicable también por expresa remisión del propio articulado regulatorio de la franquicia comercial (artículo 1516).

Esta contradicción de plazos no sería una cuestión sencilla de resolver: De hecho, al momento de interpretar las normas, podría decirse que la incontrovertible literalidad del artículo que –en la definición misma de franquicia comercial- fija el plazo en dos años, desplaza cualquier otra interpretación que pretenda realizarse. Ciertamente ello es así. La norma es clara y no genera dudas en sí misma.

También es cierto –sin embargo- que la remisión al artículo que establece los cuatro años, no es genérica ni subsidiaria, sino que expresa e indubitadamente fue inserta en la norma específica que el Capítulo 19 le reservó al plazo de la franquicia comercial. Más aún, no se encuentra elemento objetivo determinante que justifique el apartamiento l plazo común de cuatro años exigibles a la concesión y a la distribución comercial. Asimismo, si –en última instancia- se justificara generar una excepción al plazo común de cuatro años, en razón de las características específicas del contrato, la franquicia nunca debería ser inferior sino que a lo sumo mayor.

Sin perjuicio de lo anterior, permanece de plena e indudable aplicación el artículo 1516 que establece que pactado un plazo menor al mínimo exigido o si el tiempo es indeterminado, se entenderá pactado por 4 años. Asimismo, la proyectada norma considera que llegada la finalización del plazo inicial, se entenderá prorrogado tácitamente el mismo por plazos de un año, salvo expresa denuncia de una de las partes con una anticipación de 30 días previos al vencimiento de cada

---

<sup>11</sup> CASELLI, Martín. “Límites al aprovechamiento de recursos conexos de la concedente en las redes de distribución comercial. ¿Sinergias legítimas o competencia desleal?”, ED 233-675.

período. Por último, el proyecto comentado prevé que a la segunda renovación, el contrato se transforma en uno por tiempo indeterminado.

El plazo mínimo del contrato de franquicia comercial no será de aplicación en el marco de situaciones especiales tales como ferias o congresos, actividades desarrolladas dentro de predios o emprendimientos que tienen prevista una duración inferior, o similares. En estos casos, los contratos quedan extinguidos de pleno derecho al vencimiento del plazo.

Un elemento presente en el Proyecto de Código Civil y Comercial es la vocación de continuación de estos contratos, lo cual queda exteriorizado por el mandato legal para que la parte que no desee renovarlo, lo comuniqué expresamente. En efecto, el Proyecto de Código Civil y Comercial pretende otorgar certidumbre a las partes, convirtiendo al contrato vencido y continuado, en un contrato por tiempo indeterminado con sus efectos, sobre todo en lo relativo a preaviso. La parte que no desee continuar el contrato (con los antedichos efectos) deberá así comunicarlo.

En el caso del contrato de franquicia, cualquiera sea su plazo de vigencia, la parte que desea no continuarlo a la expiración del plazo original o de cualquiera de sus prórrogas, debe comunicárselo a la otra con un preaviso no menor de un mes por cada año de duración, hasta un máximo de seis meses, contados desde su inicio hasta el vencimiento del plazo pertinente. El Proyecto de Código Civil y Comercial también requiere que en los contratos de franquicia por tiempo indeterminado, el preaviso deba darse de manera que la rescisión se produzca no antes de cumplirse el tercer año desde su concertación. Es evidente que la finalidad del Proyecto de Código Civil y Comercial es despejar incertidumbres (sobre todo al franquiciado) respecto a los plazos de vigencia y de duración de las renovaciones. Es por ello que en virtud de las previsiones comentadas precedentemente, resultaría conveniente establecer un plazo de vigencia (cuyo mínimo es de dos años) antes que dejar indeterminado el plazo, en cuyo caso el preaviso se dará de manera tal que la rescisión se produzca cuando menos al cumplirse el tercer año.

Cláusula de No Competencia aplicable luego de la terminación del contrato:

Al igual que para la Agencia, el Proyecto de Código Civil y Comercial también contiene una norma expresa (Artículo 1522 in fine) que permite pactar una cláusula de no competencia para después de extinguido el contrato y limitado a un plazo máximo de un año y dentro de un territorio razonable. Si bien los contratos de concesión y distribución no cuentan con previsión de norma similar, entendemos que su inserción sería válida aplicándosele la misma limitación temporal señalada.

## 6. Conclusiones

De los postulados y explicaciones del presente trabajo podemos concluir que:

- 1) Las nuevas normas que por primera vez tipifican a los contratos de comercialización analizados, reconocen en la abundante jurisprudencia recorrida un terreno preparatorio, tornándose aconsejable una aplicación coordinada de normas y precedentes.
- 2) Entendemos que estas normas podrán ser aplicables no solo a los contratos expresamente mencionados en los capítulos aplicables, sino que probablemente serán procedente sus previsiones a las situaciones que se deriven de las denominadas Relaciones de Distribución y de otros contratos similares o análogos a los tipificados por el Proyecto de Código Civil y Comercial.
- 3) Existen en la mayoría de las previsiones del Proyecto de Código Civil y Comercial, contenidos mínimos de aplicación a los contratos de comercialización, que otorgan uniformidad y certidumbre, sobre todo en lo relativo a plazos, exclusividad, modalidades de beneficio económico, causales de terminación, deberes y obligaciones básicas de las partes y base para los cálculos indemnizatorios.
- 4) Existen en el Proyecto de Código Civil y Comercial, ciertas previsiones originales que merecen destacarse. Entre ellas se encuentran la posibilidad de resolver el contrato por una serie de incumplimientos menores que pongan razonablemente en duda la posibilidad o la intención del incumplidor de atender con exactitud las obligaciones sucesivas, así como el reconocimiento de cláusulas de no concurrencia para ser aplicadas con posterioridad a la terminación del contrato.
- 5) Existen algunas previsiones que merecerían algún replanteo. Entre ellas se encuentran la exigencia de instrumento escrito para el contrato de agencia (sin que el legislador haya previsto que sucedería en caso de ausencia), la imposibilidad de que el franquiciante participe de los negocios del franquiciado, la inexistencia de límite temporal al preaviso en caso de rescisión unilateral. Asimismo, resulta de importancia una corrección que ponga fin a la contradicción normativa en cuanto al plazo mínimo del contrato de franquicia, el cual (de acuerdo a la norma que se prorroga actualmente) podría variar de entre dos y cuatro años.