

# **“El Incumplimiento Contractual en la Franquicia dentro del ámbito de la República Argentina”**

**Autor: Dr. Leandro Kabakian**

*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.*

**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.**

## **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 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.

A dichos efectos 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 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.

### **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.

#### **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 los 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 franquiciado 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..."

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.



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.

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.