

Responsabilidad civil, laboral y concursal en la franquicia en la República Argentina

Civil, employment and bankruptcy liability in the franchise in Argentina

por

MAURICIO BORETTO*

RESUMEN: Analizadas las diversas posturas en materia de responsabilidad civil, laboral y concursal en la franquicia, podemos concluir que lo que debe imperar en las soluciones a las que se arrije en los distintos ámbitos es alcanzar un delicado equilibrio que concilie dos aspectos: 1) Por un lado, no convierta al «franquiciante» en el causante de todos los males, que termine por desalentar la celebración de este negocio tan importante para la economía de nuestro país, y 2) Por el otro, no deje sin la debida reparación o satisfacción de sus créditos a los terceros perjudicados por la actuación del franquiciado cuando el franquiciante ha tenido suficiente influencia causal en la misma, que lo convierta en autor del daño injustamente sufrido por aquellos.

ABSTRACT: After analyzing the various positions in the field of civil, employment and bankruptcy liability in the franchise, it can be concluded that the possible solutions at which one arrives in the different areas should achieve

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina). Miembro del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia de Ciencias Jurídicas y Sociales de Buenos Aires (República Argentina). Miembro pleno del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

a delicate balance that reconciles the following two aspects: 1) On the one hand, the franchisor should not be considered responsible of all the problems because it might discourage the holding of franchising agreements, which are very important for the economy of our country y 2). On the other hand, do not leave without the adequate compensation or accomplishment of the agreements to third parties harmed by the action of the franchisee when the franchisor has had influence on those actions, being the autor of the damages caused to third parties.

PALABRAS CLAVES: Contratos de distribución. Control. Contrato de franquicia. Responsabilidad. Presupuestos.

KEY WORDS: *Distribution contracts. Control. Franchise contract. Liability. Requirements.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA COMERCIALIZACIÓN POR TERCEROS.—III. CONTRATO DE *FRANCHISING*: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES. 3. FALTA DE REGULACIÓN LEGAL. LA PREOCUPACIÓN DE LA DOCTRINA. 4. CONCEPTO. 5. OTRAS CARACTERÍSTICAS ECONÓMICO-JURÍDICAS. 6. CLÁUSULAS USUALES. 7. OBLIGACIONES DEL FRANQUICIADO (*FRANCHISEE*). 8. OBLIGACIONES DEL FRANQUICIANTE.—IV. LA FRANQUICIA EN EL PROYECTO DE REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL (DECRETO 191/2011).—V. RESPONSABILIDAD CIVIL, CONCURSAL Y LABORAL EN LA FRANQUICIA: 1. RESPONSABILIDAD CIVIL: ¿DEBE RESPONDER EL FRANQUICIANTE POR LOS DAÑOS EXTRA CONTRACTUALES CAUSADOS O POR LOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES EN QUE HA INCURRIDO EL FRANQUICIADO ANTE TERCEROS (CONSUMIDORES O NO)? 2. RESPONSABILIDAD LABORAL: ¿EL FRANQUICIANTE DEBE RESPONDER POR LAS DEUDAS LABORALES DEL FRANQUICIADO? 3. RESPONSABILIDAD CONCURSAL DEL FRANQUICIANTE POR LA INSOLVENCIA DEL FRANQUICIADO: A) *Introducción*. B) *Clases de control*. C) *Un precedente*. D) *Las teorías*.

I. INTRODUCCIÓN

A partir del fenómeno de la globalización, el mundo de los contratos ha tenido profundos cambios ante la necesidad de adaptarse a la nueva realidad a través de diferentes figuras negociales, superando los moldes clásicos.

Uno de los problemas de toda empresa, en una economía de mercado, es la necesidad de llegar al público con sus productos o servicios, concretamente, a los consumidores como destinatarios finales; generalizándose, de esta manera, la aparición de grandes centros comerciales y otros modos de comercialización.

Desde una perspectiva, el productor puede llegar al público sin recurrir a una red integrada por terceros por medio de bocas de expendio directa, oficinas de venta, sucursales, *stands*, locales de venta en *shopping centers*, o mediante el llamado *factory*.

Estos acuerdos forman una red de comercialización entre productores y distribuidores de naturaleza contractual en la cual se integran diversas alternativas de venta de productos. Así, se ha dicho¹ que en lugar de ejercer directamente el comercio al por menor en nombre propio, el productor instituye redes de venta directa, constituida por los centros de venta o hipermercados funcionalizados en los cuales se reúnen productos similares o por sectores de mercaderías afines.

De tal modo, el productor puede crear una integración vertical para llegar al público y acrecentar su propia competitividad, a cuyo fin se articula con otras sociedades u organizaciones empresarias que permiten, no solo la distribución de los productos, sino también la configuración de la red de servicios de postventa.

En esta línea se pueden citar como ejemplos desde las sucursales o filiales de la propia casa matriz, como así también los denominados *shopping centers*, *factory* e hipermercados.

II. LA COMERCIALIZACIÓN POR TERCEROS

Los sistemas de fabricación, distribución y comercialización se han modificado muy fuertemente en los últimos tiempos. De un sistema concentrado en un mismo y único sujeto se ha pasado a sistemas de desconcentración, donde participan dos o más sujetos independientes entre sí.

El fabricante siempre necesitó contar con la ayuda de otros sujetos, pero esa colaboración ha ido modificándose a medida que las sociedades se industrializaron y fueron haciéndose más complejas. Primero contó con factores y dependientes; posteriormente con viajantes, comisionistas y despachantes de aduana; hoy, con la colaboración de diversos sujetos con quienes se relaciona a través de nuevas formas contractuales.

El fabricante que comercializa sus productos, que cubre todo el proceso productivo, desde la fabricación a la venta al destinatario final es hoy casi un recuerdo que solo encuentra similitud, a veces, con el artesano que compra la materia prima, produce, distribuye y vende lo que él mismo ha fabricado.

La noción tradicional de comerciante individual ha sido sustituida por la noción de empresa; estas empresas o sociedades (si es que adoptan un determinado ropaje jurídico) contratan en forma masiva, para amplios mercados, con el objeto de satisfacer las mayores necesidades de la moderna sociedad de consumo.

A su vez, las empresas se agrupan entre sí. Esta agrupación de empresas independientes puede lograrse por métodos *verticales* u *horizontales*.

Los métodos *horizontales* comprenden los convenios que celebran las empresas con el propósito de coordinar sus actividades. Cada empresa mantiene su estructura jurídica propia, sin subordinarse a la otra. Así, la Ley 22.903, modificatoria de la Ley 19.550, regula los contratos de colaboración empresarial: agrupaciones de colaboración (art. 367 y sigs.) y las uniones transitorias de empresa (art. 377 y sigs.). En el nuevo Proyecto de Código Civil Unificado estas modalidades están reguladas como contratos asociativos: agrupaciones de colaboración (arts. 1453 a 1462) y uniones transitorias (arts. 1463 a 1469).

Los métodos *verticales*, en cambio, «pueden» implicar una suerte de «posición dominante» de una empresa sobre la otra. Esta posición puede lograrse ejerciendo *control interno* (por ejemplo, una sociedad tiene acciones de otra en número suficiente para asegurar la mayoría en la toma de decisiones); o ejerciendo un *control externo* a través de vinculaciones interempresariales que generalmente terminan por establecer dependencia económica. Esta dependencia puede manifestarse por restricciones contractuales impuestas por una sociedad a otra respecto de la distribución de ganancias, el otorgamiento de préstamos, de garantías comerciales, de asistencia técnica, etc.

Los contratos de agencia, concesión, distribución y *franchising* son fruto de estos nuevos fenómenos de comercialización, normalmente —aunque no siempre— en situaciones de fuerte control ejercido por el dador de la franquicia o el concedente que, en ocasiones, pueden degenerar en una verdadera situación de «dominación». Tienen en común ser instrumentos aptos para permitir la fabricación, comercialización y distribución de los productos contando con la colaboración o cooperación de comerciantes independientes jurídicamente que se vinculan al quehacer económico del productor o fabricante formando una red o cadena.

El nuevo Proyecto de Código Civil Unificado regula esta serie de contratos entre empresas en los que existe una concentración vertical —como señalamos— que implican la prevalencia de una de las partes que impone las condiciones de comercialización a la otra, generalmente, a través de un contrato de adhesión (agencia, concesión y franquicia).

III. CONTRATO DE *FRANCHISING*

1. INTRODUCCIÓN

Este tipo de contratos se utiliza para los más diversos negocios: hostelería, restaurantes, estaciones de servicios, productos alimenticios, institutos de belleza o de adelgazamiento, etc. Son ejemplos, McDonald's, Burger King, Pumper Nic, Pizza Hut, Delicity; las cadenas de hoteles Hyatt, Milton, Sheraton; artículos de perfumería como Martha Harft. Tal vez, la primera franquicia argentina fue Bonafide.

Se trata, esencialmente, de un sistema de comercialización. Implica la reproducción de un negocio exitoso; una suerte de «clonación» de un negocio ya probado. Para ampliar las ventas en el mercado, uno de los modos tradicionales utilizado por las empresas era, por ejemplo, establecer una sucursal; el nuevo método implica la transferencia del *know how*, del cómo hacer del negocio, de modo de repetir el éxito ya conocido a una empresa independiente. La empresa productora tiene ventajas, desde que no debe hacer inversiones; la franquiciada también, pues no corre el riesgo de que el negocio sea o no aceptado por el público.

El objetivo inmediato del contrato es mejorar la inserción de las partes en el mercado; el mediano, es obtener una mayor porción del mercado.

El tipo de comercialización se ha descrito como un sistema de distribución utilizado por empresas legalmente independientes y con una organización vertical, basado en una relación contractual permanente. Esta organización aparece en el mercado con un formato uniforme, y se caracteriza por un programa que divide las tareas entre las diferentes partes, así como también por un sistema de instrucciones y de controles que aseguren el cumplimiento del sistema del franquiciado.

2. ANTECEDENTES

El *franchising* como modelo análogo al hoy existente comenzó en los Estados Unidos en 1850, con Singer Sewing Machine, luego de la guerra civil norteamericana, con una empresa que creó una cadena de distribución y venta de máquinas de coser. La expansión llegó recién en 1930, con la cadena hotelera Howard Johnson, y el llamado *boom* del *franchising* apareció en 1960. También se señala la finalización de la Segunda Guerra Mundial como hito importante en el desarrollo del contrato: muchos excombatientes volvieron a casa y recibieron una suma aproximada de 20.000 dólares (cantidad cuyo valor adquisitivo era superior al actual) por sus servicios bélicos. Sin grandes posibilidades de reinsertarse laboral o socialmente, muchos de ellos avizoraron en el *franchising* la posibilidad de convertirse en un *self made man*, paradigma del espíritu norteamericano. Se suele citar como ejemplo a Ray Kroc, un vendedor de batidoras, que en 1954 se dirigió a California y se contactó con Dick y McDonald; allí advirtió que era más prometedor dedicarse a pulir y expandir el negocio de las comidas rápidas que dedicarse a la venta de batidoras. Apareció así la franquicia McDonald's, a la que siguieron luego Burger King, Sheraton, etc.

3. FALTA DE REGULACIÓN LEGAL. LA PREOCUPACIÓN DE LA DOCTRINA

La Argentina carece de legislación específica que regule este contrato, pero el *franchising* ha sido objeto de estudio por la doctrina en numerosos congresos y jornadas.

La regulación del contrato ha quedado esencialmente emplazada en el artículo 1197 del Código Civil. Sin embargo, dadas las características de este tipo de comercialización, existe todo un conjunto de normas que deben ser tenidas en cuenta, tales como las relativas a transmisión de tecnología, derechos intelectuales, marcas o patentes, locaciones comerciales, giros de divisas de moneda extranjera, formas societarias, propiedad para extranjeros, legislación fiscal y laboral, responsabilidad por productos defectuosos, quiebra, etc.

4. CONCEPTO

El contrato de *franchising* o franquicia comercial ha sido conceptualizado como la «concesión de una marca o productos o de servicios, a la cual se agrega la concesión de un conjunto de métodos y medios propios que permiten a la empresa concesionaria asegurar la explotación racional de la concesión y administrar el fondo de comercio que la soporta, en las mejores condiciones de rentabilidad para él mismo y para el concedente²».

Otros lo definen como el contrato por el cual «una persona denominada *franchisé* o franquiciado, es autorizada para comercializar productos o servicios bajo la marca, según el *know how* (*savoir faire*) y las directivas del *franchiseur* (franquiciante o concedente) con el objeto de reiterar el éxito comercial de este último».

Aparecen, pues, dos sujetos: (I) el franquiciante (*franchiseur*) y (II) el franquiciado (*franchisé*, en francés, *franchisee*, en inglés).

La jurisprudencia francesa enseña que en este tipo de contratos, el *know how* que el franquiciante transmite debe ser práctico y probado, original, en desarrollo constante, y fácilmente transmisible.

El franquiciado debe seguir estrictamente las instrucciones del franquiciante sobre la producción, comercialización y administración del producto o servicio. Él sacrifica su independencia económica y técnica, pero en aras de la seguridad económica que le proporciona reeditar un negocio conocido y suficientemente probado.

Aunque el franquiciado asume a su exclusivo costo y riesgo la instalación y puesta en marcha del negocio, y en este sentido es independiente, normalmente, existe una fuerte posición de control del franquiciante sobre el franquiciado; para algunos autores esa situación de control (a veces rayana con la posición de «dominación») produce subordinación jurídica indirecta, pues el franquiciante

dirige la actividad del franquiciado a través de controles previstos en el contrato de franquicia. En la mayoría de los casos hay subordinación técnica (manuales de operaciones, previsiones expresas, patentes, etc.) y económica (disparidad patrimonial evidente y diferencia esencial en el poder negociador de las partes).

5. OTRAS CARACTERÍSTICAS ECONÓMICO-JURÍDICAS

- * Independencia de las partes. No hay acuerdo sobre esta característica desde que, como se ha señalado, este contrato puede producir subordinación jurídica indirecta, técnica y económica.

En efecto, en la franquicia el dador cede un procedimiento exitoso, una marca, imagen, autorizando al tomador a actuar como si fuera él mismo. Por su parte, el tomador cede su derecho a planificar un negocio, puesto que el dador toma las decisiones principales en materia de planificación estratégica y táctica del negocio. Por ello, es lógico que quien deja que otro actúe como si fuera él mismo pretenda un fuerte control sobre la actividad del autorizado; de allí que la franquicia presenta un manual operativo muy detallado sobre la conducta a seguir y un control muy fuerte sobre toda la actividad del tomador³, quien ve severamente recortada su autonomía. Por ejemplo, el control se exterioriza en varios aspectos tales como autorizar la apertura de un establecimiento, el diseño del local, fijación de horarios comerciales, utilización de técnicas de producción o comercialización, las prácticas y sistemas contables, la política de personal, el libre acceso a la contabilidad. La fiscalización también puede alcanzar al cumplimiento de obligaciones fiscales, laborales, normas de calidad, equilibrio económico y financiero por parte del franquiciado.

Más aún, se ha dicho que el control en la franquicia es un elemento caracterizante de la figura, constituyendo «un concepto jurídico indeterminado y de concreción tópica, y que implica necesariamente la existencia de una dirección técnica comercial, e incluso la posible incursión en auténticas funciones de administración o dirección empresarial en sentido propio, al admitir su extensión a aspectos como la política financiera, de personal o el derecho de establecimiento de la empresa franquiciada y ello es un elemento decisivo para conseguir un elevado nivel de integración entre las partes»⁴.

- * Inversión mínima para el franquiciante.
- * La clientela es atraída por la notoriedad de la marca con prestigio entre el público. Tienen un formato uniforme porque el franquiciante transmite colores, logotipos, formatos, ubicaciones, etc. No obstante, la uniformidad presenta algunas excepciones cuando se intenta adecuar la cadena a la idiosincrasia de cada país; así, McDonald's ha incorporado postres

y helados con dulce de leche, empanadas, elementos típicos en nuestro país, pero totalmente desconocidos en otros.

- * Asistencia permanente entre franquiciante y franquiciado. El franquiciante asesora al franquiciado para elegir el lugar de explotación de la franquicia, le puede prestar asistencia financiera para comprar o para remodelar el local (sistema utilizado especialmente para franquicias de estaciones de servicio), etc. A su vez, el franquiciado presta otro tipo de información; por ejemplo, originariamente, McDonald's no servía desayunos, pero por consejo de los franquiciados comenzaron a brindarlos.
- * Poder negociador a favor de los franquiciados frente a proveedores y entidades financieras. En los comienzos de la difusión de las franquicias en nuestro país, muchos franquiciados preferían ser considerados gerentes de una marca conocida y no dueños de una empresa desde que ser seleccionado como franquiciado de determinadas franquicias otorga un grado de seguridad de solvencia.

6. CLÁUSULAS USUALES

Generalmente, estos contratos contienen cláusulas relativas a:

- * Exclusividad territorial dentro de una determinada zona.
- * Posibilidad o no de subfranquicias.
- * Duración del contrato.
- * Mínimo de ventas.
- * Fijación de los precios.
- * Capacitación del franquiciado, y provisión de los manuales respectivos, etc.
- * Provisión de sistemas computarizados de mantenimiento y seguimiento de *stocks* e inventarios.

7. OBLIGACIONES DEL FRANQUICIADO (*FRANCHISEE*)

El franquiciado suele asumir las siguientes obligaciones:

- * Pagar una regalía periódica (*royalty*), además de una tasa inicial por el derecho a utilizar la franquicia.
- * Aceptar el sistema contable del franquiciante; esta obligación deviene de que él paga un porcentaje sobre ventas, por lo que debe permitir el control.
- * Cumplir con todo lo exigido en los respectivos manuales y con las disposiciones municipales y reglamentarias.
- * Aceptar las instrucciones dadas sobre el modo de manejar la clientela, la publicidad, el flujo de información del mercado, los cambios tecnológicos, etc.

8. OBLIGACIONES DEL FRANQUICIANTE.

Pesan sobre el franquiciante, entre otros, los siguientes deberes:

- * Otorgar al franquiciado el uso de la propiedad industrial.
- * Proporcionarle entrenamiento.
- * Mantener una conducta activa, de modo de seguir desarrollando el sistema constantemente.

IV. LA FRANQUICIA EN EL PROYECTO DE REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL (DECRETO 191/2011)

Como hemos visto, el *contrato de franquicia* ha tenido una amplia difusión en la práctica y ha sido regulado por el Proyecto de reformas (Decreto número 191/2012).

El Derecho Comparado, especialmente las leyes estatales⁵ en Estados Unidos de América⁶ y los reglamentos de la ex Comunidad Económica Europea (CEE 4087/88, 556/89 y 2349/84, en lo pertinente), son antecedentes de relevante importancia para el tratamiento legislativo del tema en nuestro país.

Merece destacarse también la Ley Modelo sobre la divulgación de la información en materia de franquicia de UNIDROIT (Roma, 2007) y una propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución elaborada por la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia de España en diciembre de 2005 y publicada en el Boletín número 2006 del Ministerio de Justicia en febrero de 2006.

En la regulación particular del contrato se destaca la vinculación de la franquicia con un sistema probado bajo un nombre comercial o marca del franquiciante, que es el centro de la razón económica del contrato.

Siguiendo la jurisprudencia argentina⁷, parte de la doctrina nacional y el derecho foráneo, se consagra la independencia de ambas partes y, consecuentemente, la no transmisión al franquiciante de las obligaciones del franquiciado ni la relación con sus dependientes; haciendo, sí, responsable al franquiciante por los defectos o vicios del diseño del sistema.

La regulación propuesta por la Comisión de reformas es, en lo sustancial, la siguiente.

Se define el contrato como aquel en el cual 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 técnicos⁸ y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta⁹ del franquiciado (art. 1512).

Se aclara, a todo evento, que el franquiciante:

- (i) 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.
- (ii) No puede tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado¹⁰.

Son obligaciones del franquiciante (art. 1514):

- 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 este 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 ello:
 - 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.
 - 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 esta lo permita.

Se consagran también las obligaciones del franquiciado (art. 1515):

- 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 integra o de los derechos mencionados en el artículo 1512, segundo párrafo 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.

En cuanto al plazo de duración del contrato, el artículo 1516 dice que es aplicable el artículo 1506, primer párrafo (cuatro años). Evidentemente, incurre en una contradicción con el artículo 1512 (dos años) que debiera solucionarse por el Congreso de la Nación¹¹.

Continúa diciendo el artículo 1516 que, sin embargo, un plazo inferior puede ser pactado si se corresponde con situaciones especiales como ferias o congresos, actividades desarrolladas dentro de predios o emprendimientos que tienen prevista una duración inferior, o similares. Al vencimiento del plazo, el contrato se entiende prorrogado tácitamente por plazos sucesivos de un año, excepto expresa denuncia de una de las partes antes de cada vencimiento con treinta días de antelación. A la segunda renovación se transforma en contrato por tiempo indeterminado.

Se aclara también que las franquicias son exclusivas para ambas partes (art. 1517). De esta manera, el franquiciante no puede autorizar otra unidad de franquicia en el mismo territorio, excepto con el consentimiento del franquiciado. El franquiciado debe desempeñarse en los locales indicados, dentro del territorio concedido o, en su defecto, en su zona de influencia, y no puede operar por sí o por interpósita persona unidades de franquicia o actividades que sean competitivas. Las partes pueden limitar o excluir la exclusividad.

Asimismo, excepto pacto en contrario (art. 1518):

- a) El franquiciado no puede ceder su posición contractual ni los derechos que emergen del contrato mientras está vigente, excepto los de

contenido dinerario. Esta disposición no se aplica en los contratos de franquicia mayorista¹² destinados a que el franquiciado otorgue, a su vez, subfranquicias, a esos efectos. En tales supuestos, debe contar con la autorización previa del franquiciante para otorgar subfranquicias en las condiciones que pacten entre el franquiciante y el franquiciado principal.

- b) El franquiciante no puede comercializar directamente con los terceros, mercaderías o servicios comprendidos en la franquicia dentro del territorio o zona de influencia del franquiciado.
- c) El derecho a la clientela corresponde al franquiciante. El franquiciado no puede mudar la ubicación de sus locales de atención o fabricación.

Por su parte, se declaran nulas (art. 1519) las cláusulas que prohíban al franquiciado:

- a) Cuestionar justificadamente los derechos del franquiciante mencionado en el artículo 1512, segundo párrafo.
- b) Adquirir mercaderías comprendidas en la franquicia de otros franquiciados dentro del país, siempre que estos respondan a las calidades y características contractuales.
- c) Reunirse o establecer vínculos no económicos con otros franquiciados.

Respecto a la responsabilidad del franquiciante por los hechos del franquiciado, se aclara (art. 1520) que las partes del contrato son independientes y no existe relación laboral entre ellas.

En consecuencia:

- a) El franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado, excepto disposición legal expresa en contrario.
- b) Los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral.
- c) El franquiciante no responde ante el franquiciado por la rentabilidad del sistema otorgado en franquicia.

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

Sin embargo, el franquiciante sí responde por los defectos de diseño del sistema, que causan daños probados al franquiciado, no ocasionados por la negligencia grave o el dolo de este último (art. 1521).

Finalmente, el artículo 1522 regula la extinción del contrato de franquicia que se rige por las siguientes reglas:

- a) El contrato se extingue por la muerte o incapacidad de cualquiera de las partes.
- b) El contrato no puede ser extinguido sin justa causa dentro del plazo de su vigencia original, pactado entre las partes. Se aplican los artículos 1084 y siguientes¹³.
- c) Los contratos con un plazo menor de tres años, justificado por razones especiales según el artículo 1516, quedan extinguidos de pleno derecho al vencimiento del plazo; o va de suyo que esta disposición deberá adaptarse a los cambios que se introduzcan por el Congreso de la Nación al coordinar los artículos 1512 y 1516 que hemos descrito.
- d) Cualquiera sea el plazo de vigencia del contrato, la parte que desea concluirlo a la expiración del plazo original o de cualquiera de sus prórrogas, debe preavisar a la otra con una anticipación no menor de un mes por cada año de duración, hasta un máximo de seis meses, contados desde su inicio hasta el vencimiento del plazo pertinente. En los contratos que se pactan por tiempo indeterminado, el preaviso debe darse de manera que la rescisión se produzca, cuando menos, al cumplirse el tercer año desde su concertación. En ningún caso se requiere invocación de justa causa. La falta de preaviso hace aplicable el artículo 1493.

Asimismo, se precisa que en caso de que las partes hayan pactado una cláusula que impida la competencia del franquiciado con la comercialización de productos o servicios propios o de terceros después de extinguido el contrato por cualquier causa, es válida hasta el plazo máximo de un año y dentro de un territorio razonable habida cuenta de las circunstancias.

Finalmente, se aclara (art. 1523) que el contrato de franquicia, por sí mismo, no debe ser considerado un pacto que limite, restrinja o distorsione la competencia. En este sentido, se lee en los fundamentos del Proyecto de reformas que esta norma está prevista «(...) *por cuanto la franquicia es en la Argentina un negocio que beneficia a los pequeños inversores y no se han verificado estas situaciones. De todos modos, en el Título Preliminar está contemplado el abuso de posición dominante (...)*».

V. RESPONSABILIDAD CIVIL, CONCURSAL Y LABORAL EN LA FRANQUICIA

De acuerdo a los conceptos precedentemente vertidos, dada la situación de control que detenta el dador de la franquicia respecto del tomador, en función

de la normativa proyectada que unifica el Código Civil con el Código de Comercio (Decreto 191/2011) y también de acuerdo a la normativa vigente, cabe formular los siguientes interrogantes:

- (i) Desde la óptica civil:
 - a) ¿Debe responder el franquiciante por los daños extracontractuales causados o por los incumplimientos contractuales¹⁴ en que ha incurrido el franquiciado ante terceros (consumidores o no)?
- (ii) Desde la óptica laboral:
 - a) ¿Debe responder el franquiciante por las deudas laborales y de la seguridad social del franquiciado?
- (iii) Desde la óptica concursal:
 - a) ¿En caso de quiebra del franquiciado, se extiende la quiebra al franquiciante?
 - b) ¿En caso de quiebra del franquiciado, debe responder el franquiciante ante los acreedores del franquiciado, por haber provocado o facilitado o agravado la insolvencia del tomador de la franquicia?

Debemos ser muy cuidadosos al contestar estos interrogantes pues, según la solución a la cual arribemos, podemos desalentar la utilización de este contrato (y también la concesión, agencia y distribución) por las implicancias que puede tener para el franquiciante (o concedente o comitente o distribuido) el hecho de juzgar su conducta con gran severidad.

Como dijo la Corte Suprema de Justicia de nuestro país en el precedente «Rodríguez, Juan c/ Compañía Embotelladora Argentina, S. A. y otro»¹⁵: (...) *la finalidad económica de la franquicia comercial se frustraría si el derecho aplicable responsabilizara sin más a los concedentes por las deudas laborales de la concesionaria, con perjuicio para la economía nacional por las indudables repercusiones que ello tendría en las inversiones, en contratos de este tipo. Esta Corte no puede omitir la consideración de estas circunstancias, pues como reiteradamente ha juzgado no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo, toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma (fallos 302:1284) (...)*».

Más aún, proponemos un análisis «económico» de la responsabilidad del franquiciante en los diversos aspectos por cuanto, creemos, que con este particular tipo de análisis los operadores jurídicos pueden repensar las funciones de las instituciones jurídicas desde la realidad, apreciando especialmente cuáles son

las consecuencias que una norma o decisión judicial producen en la sociedad y sus individuos.

1. RESPONSABILIDAD CIVIL: ¿DEBE RESPONDER EL FRANQUICIANTE POR LOS DAÑOS EXTRACONTRACTUALES CAUSADOS O POR LOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES EN QUE HA INCURRIDO EL FRANQUICIADO ANTE TERCEROS (CONSUMIDORES O NO)?

En principio, la relación jurídica —contractual o extracontractual— entre el franquiciado y los terceros es ajena a la que se establece entre dador y tomador de la franquicia.

En efecto, el franquiciado actúa en nombre propio y no es mandatario ni representante del franquiciante. Por lo tanto, las vicisitudes de las relaciones jurídicas entre franquiciado y terceros, especialmente las de carácter convencional, son *res inter alios acta* para el franquiciante; quien se erige en un «tercero ajeno» que no puede ser alcanzado por las consecuencias derivadas de aquellas.

Así las cosas, como regla, el franquiciante no responde por los incumplimientos contractuales del franquiciado (art. 1195 CC y arts. 1021 y 1022, Proyecto de reformas 191/2011) respecto de terceros co-contratantes de este y que no sean *consumidores*.

Por ejemplo, el franquiciado compró carne —para preparar las hamburguesas que vende en su negocio— al establecimiento comercial que le indicó el franquiciante (según el manual operativo) y no paga el precio correspondiente a dicha compra de mercadería. Como dijimos, el co-contratante que le vendió la carne solo podrá demandar al franquiciado con quien entabló la relación contractual mercantil y no podrá hacerlo contra el franquiciante, quien no es parte de dicho contrato comercial.

Por ello es importante que el franquiciado indique claramente su calidad de persona independiente en sus facturas, contratos y demás documentos comerciales (art. 1520, Proyecto de reformas 191/2011)

En cambio, ¿qué pasará si quien resulta lesionado por la conducta del franquiciado es un cliente del restaurante que termina intoxicado con la comida que injirió en el mismo?

En este caso, la solución cambia, pues estamos en presencia de un contrato de consumo celebrado entre franquiciado y cliente (art. 1, Ley 24.240 y art. 1093, Proyecto de reformas 191/2011). Consecuentemente, se activa el artículo 40 de la Ley 24.240 y, además de responder el «franquiciado-vendedor» del producto en mal estado, lo hará el franquiciante en tanto «puso su marca en la cosa o servicio» cuyo vicio o riesgo causaron el daño.

El dador de la franquicia, si bien no es parte del contrato de consumo, sí lo es de la relación de consumo, noción más amplia acorde con nuestra Constitución Nacional (art. 42); ostentando el franquiciante la calidad de «proveedor»,

según el artículo 2 de la citada ley de consumo¹⁶, creando a su vez una situación de «apariencia jurídica» o de «identidad común» junto con el tomador de la franquicia dentro de la red franquiciada.

Finalmente, podemos plantear —quizás con carácter de excepción— un supuesto poco frecuente pero no imposible.

Que ocurrirá si el franquiciado de la red de franquicia titular de la marca «A» incurre en actos que desprestigian la imagen y/o la marca de otra franquicia titular de la marca «B», con la cual compite en el mercado. El titular de la marca de la franquicia «B» afectado —que en este caso no es un consumidor— sin duda podrá reclamar el cese de tal conducta y el resarcimiento de los daños respectivos contra el franquiciado autor de la conducta ilícita.

Este no es el enigma a develar. La cuestión a saber es si el franquiciante de la marca «B» afectado: ¿Podrá dirigirse también contra el *franquiciante* de la marca «A» *por los hechos de su franquiciado*?

Para dilucidar si el franquiciante debe responder por los hechos del franquiciado, se han ensayado —en general— diversas teorías que pueden ayudarnos a contestar nuestro interrogante.

Creemos importante citarlas por cuanto la responsabilidad del franquiciante por los hechos de su franquiciado es explicada desde la óptica de la normativa civil, al no ser aplicable la Ley 24.240 en tanto y en cuanto —como ocurre en nuestro ejemplo— el afectado no es un consumidor.

Tesis de la irresponsabilidad

Se ha explicado en tal sentido que la autonomía es esencial al contrato de franquicia. Si hay franquicia hay independencia. El franquiciado actúa a su propio nombre y riesgo: consecuentemente asume todos los riesgos frente a terceros¹⁷.

*Tesis de la dependencia civil*¹⁸

Desde esta óptica se ha dicho que el control externo ejercido por el franquiciante crea generalmente una relación de subordinación técnica muy cercana a la dependencia que justificaría la responsabilidad vicaria¹⁹; destacándose, sin embargo, que el dador de la franquicia *no responde si no ha tenido ninguna posibilidad de controlar*²⁰.

Tesis de la apariencia jurídica

Hay quienes entienden que el fundamento de la responsabilidad radica en la apariencia jurídica creada frente a los terceros, de quien pone la marca en un producto y crea una expectativa. Este aserto va complementado con el argumento según el cual el riesgo provecho que obtiene quien generó esa apariencia también actúa como fundamento mediato de la imputación²¹.

Conclusión

Conforme los argumentos expuestos por cada una de estas teorías y, según nos enrolemos en cualesquiera de ellas, podremos hallar una respuesta a nuestro interrogante que nos permita concluir si el franquiciante responde (o no) por los hechos de su franquiciado en el contexto que hemos desarrollado en el último interrogante planteado.

2. RESPONSABILIDAD LABORAL: ¿EL FRANQUICIANTE DEBE RESPONDER POR LAS DEUDAS LABORALES DEL FRANQUICIADO?

Con anterioridad al Proyecto de reformas al Código Civil 191/2011, la Corte Federal se pronunció sobre el tema en el precedente «Rodríguez, Juan c/ Compañía Embotelladora Argentina, S. A. y otro»²². Estableció como regla que el artículo 30 LCT²³ —que reglamenta la responsabilidad de los empresarios en los casos de subcontratación y delegación frente a los dependientes de los contratistas— no es aplicable, *«toda vez que un empresario suministre a otro un producto determinado, desligándose expresamente de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución. Este efecto se logra en la práctica comercial por los contratos de concesión, distribución, franquicia y otros que permiten a los fabricantes o, en su caso, a los concedentes de una franquicia comercial, vincularse exclusivamente con una empresa determinada sin contraer riesgo crediticio alguno por las actividades de esta última, que actúa en nombre propio y a su riesgo (...) en los contratos de concesión, distribución y los demás mencionados, la actividad normal del fabricante o concedente excluye las etapas realizadas por el distribuidor o concesionario, por lo que no existe contratación de servicios en los términos de la LCT, artículo 30»*.

Coherente con esta solución, el Proyecto de reforma resuelve que las partes del contrato son independientes y no existe relación laboral entre ellas (art. 1520). En consecuencia (...) *los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral*.

De esta manera, queda claro que el contrato de franquicia no se encuentra comprendido en el artículo 30 LCT (Ley de Contrato de Trabajo).

En efecto, «(...) El franquiciante no contrata un *trabajo o servicio correspondiente a la actividad de su establecimiento*, ya que la actividad del franquiciado se desarrollará en *otro* establecimiento, con autonomía. Son sujetos (partes) independientes. El *franchisor* solamente le proporciona su marca, sus técnicas de producción, su *know-how*, en una palabra, su «plan negocial», y el franquiciado contratará los trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica del establecimiento. Justamente, el franquiciante celebra un contrato de *franchising*, y no otro contrato, para que el propio franquiciado contrate los trabajos o servicios que correspondan a la actividad de su propio establecimiento. De otro modo, le sería más conveniente contratar —como empleador— directamente el personal que desarrollará tareas en el establecimiento del franquiciado, pues tendría un control más directo sobre todas las obligaciones emergentes del contrato de trabajo. Solución incompatible con la franquicia»²⁴.

Obviamente, quedan a salvo aquellos casos donde existe fraude laboral en los cuales no habrá fragmentación de la responsabilidad y el franquiciante deberá hacerse cargo del pasivo laboral del franquiciado. Así, si un empleador hiciera figurar a sus empleados como empleados de una empresa franquiciada insolvente, estaríamos en presencia de un resultado análogo al prohibido por la ley, ya que sería un caso de interposición simulada puesto que el verdadero empleador es el que está oculto bajo la figura del franquiciante, mientras que el franquiciado no es más que un prestanombre; adquiriendo el contrato carácter instrumental dentro de la maniobra fraudulenta²⁵.

3. RESPONSABILIDAD CONCURSAL DEL FRANQUICIANTE POR LA INSOLVENCIA DEL FRANQUICIADO

A) *Introducción*

Desde esta óptica cabe formular los siguientes interrogantes:

- (i) ¿En caso de quiebra del franquiciado, se extiende la quiebra al franquiciante?
- (ii) ¿En caso de quiebra del franquiciado, debe responder el franquiciante ante los acreedores del franquiciado, por haber provocado o facilitado o agravado la insolvencia del tomador de la franquicia?

Básicamente, la discusión se plantea en torno a los artículos 161, inciso 1.²⁶ y 173, segundo párrafo²⁷, de la Ley 24.522 de concursos y quiebras (LCQ).

En efecto, hay quienes han sostenido que puede existir un «control externo» entre entes societarios vinculados a través del contrato de franquicia, motivando el siguiente interrogante:

¿No habiendo dudas que el inciso 2.^o²⁸ del artículo 161 LCQ contempla exclusivamente el caso de control interno (art. 33, inciso 1.^o e inciso 2.^o, primera parte²⁹, Ley 19.550), constatada la existencia de una relación de control externo (art. 33, inciso 2.^o, segunda parte³⁰, Ley 19.550 de sociedades comerciales), permite subsumir la conducta de la «controlante» en el inciso 1.^o del artículo 161 LCQ, cumplimentados los restantes recaudos de dicha normativa?

En otros términos, *¿Se puede extender la quiebra del franquiciado al franquiciante en caso de que este ejerza un «control externo» sobre aquel?*

En caso afirmativo, *¿Con qué fundamento jurídico?*

En caso negativo, *¿Cómo exigir al franquiciante que responda patrimonialmente por el pasivo que le generó al franquiciado?*

B) *Clases de control*

Esencialmente, y desde el punto de vista societario, podemos describir las relaciones de control de la siguiente manera:

(i) El «control interno»

Es el desarrollado desde adentro de la sociedad —por las participaciones sociales (acciones, cuotas o partes de interés) que se detentan— a través de la formación de las mayorías necesarias en las reuniones sociales (art. 33, inc. 1.^o e inc. 2.^o, primera parte de la Ley 19550). Existen tres vías para consolidar esta especie de control:

- a) Porque se posee la «mayoría» de los votos. En este caso, los socios reúnen la mayoría estatutaria o, lo que es lo mismo, una cantidad de votos igual o mayor a los que exige el estatuto para aprobar resoluciones en las reuniones sociales (conf. art. 33, inc 1.^o, Ley 19.550). Es el *control interno mayoritario*.
- b) Porque aunque el controlante no posee la mayoría de los votos, detenta los «suficientes» para adoptar las decisiones en las reuniones o asambleas ordinarias del ente social controlado. Esta forma de control interno es común en aquellas sociedades en las cuales existe una gran dispersión de los socios (v.gr.: sociedades anónimas «abiertas») lo que, sumado al desinterés de muchos de ellos por el gobierno de la entidad

(v.gr.: que se traduce en reiteradas inasistencias en las asambleas, etc.), permite que un grupo reducido de socios que detentan un número no mayoritario de participaciones sociales pueda controlar la formación de la voluntad social. En otros términos, la controlante ejerce una influencia dominante (control interno minoritario), el cual se caracteriza por que el o los socios —sin tener la mayoría estatutaria— se impone/n habitualmente en las reuniones sociales (conf. art. 33, inc 2.º, primera parte de Ley 19.550). Es el *control interno minoritario*.

- c) Cuando los socios a través de pactos, acuerdan una forma de votar en las reuniones o asambleas ordinarias de la sociedad controlada, que permite formar la voluntad social. Estos pactos o convenios pueden adoptar —en las sociedades anónimas— la forma de «sindicación de acciones». Aunque cuestionado, pues atentaría contra el principio deliberativo que es inherente y esencial al órgano de gobierno³¹ de la sociedad, se trata de un acto jurídico contractual de naturaleza «parasocietaria» a través del cual determinados socios convienen votar en las asambleas en un mismo e idéntico sentido, inhibiéndose de disponer sus títulos por un determinado periodo, a los fines de dar mayor coherencia a la política de gestión o de oposición que pretendan llevar a cabo en la sociedad³².
- d) Asimismo, la doctrina distingue dentro del control interno en «control interno de hecho» y «control interno de derecho». El primero —regulado en el art. 33, inc. 2.º LSC, primera parte— se verifica cuando la controlante no posee la mayoría del capital o de los votos, pero sí una participación suficiente para que, en los hechos, prevalezca en las decisiones; ejerciendo una *influencia dominante*. El segundo —regulado en el art. 33, inc. 1.º LSC, se verifica cuando la controlante sí posee la mayoría del capital o de los votos que permite que predominen sus decisiones.

(ii) El «control externo»

Es el que proviene desde afuera de la sociedad (art. 33, inc 2.º, segunda parte de la Ley 19550) con motivo de obligaciones que asumió en contratos celebrados con otros sujetos de derecho que ejercen una influencia dominante (v.gr.: contrato de agencia, concesión, franquicia, etc.) generándose, básicamente, un situación de poderío económico capaz de imponer determinada conducta a la controlada.

Sin embargo, no debemos creer que la sola existencia de la relación contractual configura un «abuso» o se constituye en un «hecho ilícito *per se*». Es necesario que se produzca un *desvío de los fines propios del contrato que sirve de base a la relación de control*; provocando una situación de dominación.

En suma, el control no depende de vínculos accionarios, sino del influjo de otras relaciones económicas que determinan a la sociedad a tomar decisiones en el sentido que lo desea la sociedad o la persona dominante, que no ejerce por sí ese dominio mediante los votos en las decisiones sociales³³.

Por ejemplo, la situación de proveedor o comprador monopólico por parte del controlante (v.gr.: único suministrador de insumos, materias primas, etc.); o también, la relación de dependencia que puede generarse en el marco de los contratos de «distribución» (agencia, distribución, concesión y franquicia).

Con suma claridad, DOBSON nos proporciona otros ejemplos tales como³⁴:

- la titularidad de patentes de inventos industriales que permite utilizar a terceros la prestación de tecnologías de avanzada, procedimientos industriales que colocan a terceros que los utilizan en una situación de verdadera dependencia respecto de su titular; o
- el caso de un acreedor importante que puede ejercer el control de su deudor de la manera más efectiva, mediante la amenaza de la ejecución por la vía individual o colectiva puede fácilmente lograr la imposición de políticas empresarias determinadas; ejerciendo así una dominación que puede ser utilizada en su propio beneficio. Así, a los fines de la renovación de créditos, podrán imponerse determinadas condiciones de ejercicio de la actividad futura, estableciéndose los ramos de actividad a perseguir, y también cuáles han de ser abandonados. Se pueden establecer reorganizaciones administrativas de la empresa en el futuro, con despidos del personal, y contratación de otros que se estimen más idóneos, cambios en la dirección —sustituyendo directores que se estiman inhábiles y reemplazándolos por otros que se considera de mayor aptitud—. Se puede diseñar la política financiera futura de la empresa, determinándose el grado de endeudamiento en que se ha de incurrir en forma específica, generalmente con una relación respecto del activo físico. Se pueden imponer directivos específicos nombrados por los acreedores a fin de asegurar que las políticas establecidas se cumplan efectivamente. También es usual nombrar —por los mismos acreedores— servicios de auditoría con el deber de informar sobre la evolución de los negocios y el efectivo cumplimiento de las pautas adoptadas, a los acreedores.

C) *Un precedente*

Como punto de partida, a los efectos de abrir el debate, traemos a colación un precedente interesante que generó una profunda discusión en la doctrina; nos referimos al caso «Macrini Hnos.», resuelto por la CCiv. y Com., Sala 4.^a, de Rosario (el 19-5-1993)³⁵.

En este supuesto, «Macrini Hnos., S. R. L.» integraba una red de agentes oficiales que comercializaban planes de ahorro de productos electrodomésticos en la que Círculos Integrados, S. A., administraba los planes de ahorro y Electrodomésticos Aurora, S. A., se dedicaba a la fabricación y comercialización de artículos para el hogar, como así también proveía a Círculos Integrados, S. A., los productos necesarios para que esta los entregara a los suscriptores de los planes de ahorro que administraba, no existiendo vinculación contractual alguna entre Macrini Hnos., S. R. L. y Electrodomésticos Aurora, S. A. Se decreta la quiebra de la S. R. L. y la sindicatura promueve la extensión de la quiebra —con fundamento en el art. 165, inc. 1.º, Ley 19.551³⁶— a los otros dos entes sociales, solución que es acogida por el juez de primera instancia y *revocada* por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala 4.ª, quien concluye que es improcedente la extensión de la quiebra si las empresas se hallaban vinculadas por un contrato de agencia.

En *primera instancia*, el juez extiende la quiebra de «Macrini Hnos., S. R. L.» —agente oficial de comercialización de planes de ahorro de productos electrodomésticos— a Círculos Integrados, S. A. —administradora de los planes de ahorro— y a Electrodomésticos Aurora, S. A. —fabricante y comercializadora de artículos para el hogar— con base en el artículo 165, inc. 1.º, Ley 19.551 (actual art. 161, inc. 1.º, Ley 24.522), argumentando la ausencia de autonomía jurídica de la quebrada respecto de los otros dos sujetos de derecho.

Esta carencia de independencia jurídica se habría verificado, supuestamente, en el caso de Círculos Integrados, S. A., en virtud del contrato de agencia celebrado con la fallida, mientras que respecto de Electrodomésticos Aurora, S. A. —y pese a no tener vínculo contractual directo con Macrini Hnos., S. R. L.— por ser la que proveía a Círculos Integrados, S. A., los productos necesarios para que esta los entregara a los suscriptores de los planes de ahorro que administraba; siendo la comercializadora de estos planes la quebrada Macrini Hnos., S. R. L.

Más allá del acierto o error de lo resuelto por el juez de primera instancia, su decisión implica tomar partido por la tesis que admite el «abuso de control externo» —con base en el art. 161, inc. 1.º LCQ como causal de extensión de la falencia al controlante.

En *segunda instancia*, por su parte, se revoca la sentencia de primera instancia por entender que la ley falimentaria no recepta el «control externo» como causal *per se* de extensión de quiebra, arguyéndose también que los supuestos de extensión constituyen un *numerus clausus* de interpretación restrictiva y el «control externo» no está comprendido. Además, se cuestiona el hecho de que realmente haya existido una relación de control (y un abuso de esta) entre los dos sujetos a quienes se pretendió extender la quiebra y la propia fallida.

En suma, si el control externo ha sido ejercido abusivamente y ha provocado la falencia de la controlada corresponde ejercer las acciones de responsabilidad

contempladas en el artículo 173 de la Ley 24.522 y no declarar la quiebra por extensión, pues la ley concursal no prevé ese efecto.

D) *Las teorías*

A continuación, citaremos diversas opiniones que han intentado dar respuesta a nuestro interrogante. Creemos relevantes mencionarlás en sus lineamientos principales, pues el fallo de primera instancia del precedente citado implica tomar partido por la idea según la cual, nuestro Derecho positivo admite la comunicación falencial en caso de verificarse una relación de control externo.

a) Improcedencia de la extensión de la quiebra en caso de control externo

El único caso de control societario en el cual se extiende la quiebra es el *control interno mayoritario*, pues la ley [art. 161, inc. 2.º, párrs. a) y b) LCQ y art. 33, inc. 1.º LSC] alude a la participación que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social.

Por el contrario, como la extensión de la quiebra es una solución excepcional, de interpretación restrictiva, que no puede ser aplicada analógicamente a situaciones no contempladas en la ley, el control externo y el control interno minoritario no autorizan a extender la falencia al controlante, y solo autorizan a atribuirle responsabilidad patrimonial en los términos del artículo 173, segundo párrafo LCQ³⁷.

Otros entienden que solo el control interno autoriza la extensión de la quiebra, aunque comprende tanto el mayoritario cuanto al minoritario, pues el control se aprecia en abstracto y no en concreto. Así puede ocurrir que, un socio posea el 30 por 100 de los votos con los cuales forma la voluntad social, en tanto y en cuanto los demás socios no asisten a las asambleas o reuniones sociales; ese control es relevante a los efectos de la extensión de la quiebra. No es viable la extensión de la quiebra en el supuesto de control externo³⁸.

4. PROCEDENCIA DE LA EXTENSIÓN DE LA QUIEBRA EN CASO DE CONTROL EXTERNO

Con fundamento en el artículo 165, Ley 19.551 (hoy 161, inc. 1.º LCQ), se sostiene que, comprobado el control externo y siempre que se verifiquen los demás recaudos establecidos en la norma de referencia, la quiebra puede extenderse también al controlante externo.

«(...) Admitiendo entonces que un ejercicio distorsionado o abusivo de la “influencia dominante” obtenida a través de las cláusulas que otorgan pre-

eminencia al partenaire privilegié en un contrato de suministro, agencia, concesión, distribución o franquicia, ha terminado por convertirlo en un verdadero “contrato de dominación” y que el dominado deja de estar in bonis y se le decreta la quiebra: ¿Podemos o no podemos intentar una extensión de la misma al dominante? (...) Entiendo que —si se demuestra que entre dos sujetos se ha dado una hipótesis de control del tipo analizado— y que, el ejercicio abusivo de los derechos brindados al controlante por las cláusulas de dominación convenidas en su momento ha tenido una incidencia directa en la cesación de pagos del sujeto, puede extenderse la quiebra al partenaire privilegié, si su conducta “calzara” en las previsiones del artículo 165, Ley 19551 (...)»³⁹.

VI. CONCLUSIÓN

Luego de analizadas las diversas posturas en materia de responsabilidad civil, laboral y concursal en la franquicia, podemos concluir que lo que debe imperar en las soluciones a las que se arrije en los distintos ámbitos es alcanzar un delicado equilibrio que concilie dos aspectos:

I. Por un lado, no convierta al «franquiciante» en el causante de todos los males, que termine por desalentar la celebración de este negocio tan importante para la economía de nuestro país.

II. Por el otro, no deje sin la debida reparación o satisfacción de sus créditos a los terceros perjudicados por la actuación del franquiciado cuando el franquiciante ha tenido suficiente influencia causal en la misma, que lo convierta en autor del daño injustamente sufrido por aquellos.

En nuestra modesta opinión, el Proyecto de reformas 191/2012 de la República Argentina ha logrado alcanzar —en lo sustancial— ese espíritu conciliador.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRÍA, Héctor (1978): «Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante, sociedad controlada y situación de control», Bs. As., *RDCO*, año 11.
- ALTERINI, Atilio (1993): «Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza», en VV.AA.: *«Derecho de daños», segunda parte, homenaje a Félix Trigo Represas*, Bs. As., ed. La Rocca.
- BERGEL, Salvador D.: *Extensión de la quiebra por abuso de los poderes del controlante (art. 165, inc. 2.º, Ley 19.551)*, L.L. 1984-D-972.
- DI LELLA, Nicolás (2010): «Extensión de quiebra por abuso de control externo —por especiales vínculos— y las llamadas cláusulas covenants en los créditos sindicados», en *Sup. CyQ* (agosto), 1, LA LEY 2010-E, 692.

- DOBSON, Juan M. (1985): *El abuso de la personalidad jurídica (en el Derecho Privado)*, Bs. As., ed. Depalma.
- ECHEBARRÍA SENZ, Joseba A. (1995): *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, Madrid, ed. McGraw-Hill.
- FARINA, Juan M. (2005): *Contratos comerciales modernos*, ed. Astrea, Bs. As., 3.^a ed.
- GUYENOT, Jean (1968): *Les contrats du concession commerciale*, París, Sirey.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (1992): *Daños causados por los dependientes*, Bs. As., ed. Hammurabi.
- LORENZETTI, Ricardo L. (1999): *Tratado de los contratos*, t. 1, Santa Fe, ed. Rubinzal Culzoni.
- MARTORELL, Ernesto: *Breves estudios sobre concursos y quiebras: ¿Procede la extensión de quiebra por abuso de control contractual?*, L.L. 1993-E-708.
- MARZORATI, Osvaldo (1992): *Sistemas de distribución comercial*, Bs. As., ed. Astrea.
- MOLINA SANDOVAL, Carlos (2012): «Franquicia», en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., ed. Abeledo Perrot.
- (2003): *Sindicación de acciones. Contornos jurídicos de los acuerdos de accionistas*, Bs. As., ed. LexisNexis.
- NISSSEN, Ricardo A. (1998): *Curso de Derecho Societario*, Bs. As., ed., Ad-Hoc, Bs. As.
- RIVERA, Julio (1997): *Instituciones de Derecho Concursal*, Santa Fe, t. 2, ed. Rubinzal Culzoni.

ÍNDICE RESOLUCIONES

- CSJN, 15-4-93, «Rodríguez, Juan R. c/ Cía. Embotelladora Argentina, S. A. y otro».
- CSJN, 2-7-93, «Luna c/ Agencia Marítima Rigal».
- CSJN, 25-6-96, «Sandoval c/ Compañía Embotelladora Argentina».
- CCiv. y Com., Sala 4.^a, de Rosario, 19-5-1993, «Macrini Hnos., S. R. L.».

NOTAS

¹ FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos* (2005), Bs. As., ed., Astrea, 3.^a ed., pág. 456.

² GUYENOT, Jean, *Les contrats du concession commerciale* (1968), París, Sirey.

³ LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos* (1999), Santa Fe, t. 1, ed. Rubinzal Culzoni, pág. 666.

⁴ ECHEBARRÍA SENZ, Joseba A., *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas* (1995), Madrid, ed. McGraw-Hill, pág. 28.

⁵ Es el caso, por ejemplo, de la legislación de los estados de Kentucky, Nebraska, Michigan, Utah y Texas.

⁶ Además existen dos leyes federales sobre franquicias: la *Petroleum Marketing Practices Act* (esta fue sancionada por el Congreso norteamericano en junio de 1978) y la *Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunities Ventures o Full Disclosure Rule* (esta última es obra de la Comisión Federal de Comercio y entró en vigor el 21 de octubre de 1979).

⁷ Conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina, CSJN), 15-4-93, «Rodríguez, Juan R. c/ Cía. Embotelladora Argentina, S. A. y otro», J.A. 1993-II-718; íd., 2-7-93, «Luna c/ Agencia Marítima Rigal», DT 1993-B-1407; íd., 25-6-96, «Sandoval c/ Compañía Embotelladora Argentina», J.A. 1995-IV-97.

⁸ El artículo 1513 aclara qué debe entenderse por sistema de negocios. En tal sentido, expresa que es el conjunto de conocimientos prácticos y la experiencia acumulada por el franquiciante, no patentado, que ha sido debidamente probado, secreto, sustancial y transmisible. Es secreto cuando su conjunto o la configuración de sus componentes no es generalmente conocida o fácilmente accesible. Es sustancial cuando la información que contiene es relevante para la venta o prestación de servicios y permite al franquiciado prestar sus servicios o vender los productos conforme con el sistema de negocios. Es transmisible cuando su descripción es suficiente para permitir al franquiciado desarrollar su negocio de conformidad a las pautas creadas o desarrolladas por el franquiciante.

⁹ Se ha dicho con razón: «Se alude a “prestación directa o indirecta”, pero sin brindar los alcances de la noción (lo cual sería conceptualmente razonable si se brindara tales alcances). En toda la regulación de la franquicia (y en todo el proyecto) no se alude a la noción de “prestación indirecta”, lo cual deja un amplio margen de especulación (...) Por ello no surge de manera clara si puede haber un contrato de franquicia sin prestación alguna (o si el concepto de prestación indirecta incluye tales ideas) en el que la única intención del franquiciante sea dar a conocer o promocionar su marca en otros mercados o en el que su interés derive de la ganancia de la venta de los productos mediante las actividades del franquiciado. Pese a la ausencia de prestaciones directas (o incluso indirectas), la práctica contractual de la franquicia hasta el presente claramente incluye en aquellos supuestos en los que exista un procedimiento reproducible bajo alguna marca o designación comercial común. Debe recordarse, asimismo, que el contrato de franquicia es un contrato complejo que incluye en su seno muchas estipulaciones contractuales, tales como la provisión de productos o servicios, asesoramiento técnico, contable o financiero, *pool* de publicidad, capacitación de empleados y proveedores, etc., y por ello es muy difícil establecer de manera taxativa qué se entiende por prestación indirecta» (MOLINA SANDOVAL, Carlos, «Franquicia», en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* (2012), Bs. As., ed., Abeledo Perrot, pág. 725).

¹⁰ Es decir, se prohibiría el desarrollo de la franquicia en el marco de una relación de control interno —societario— entre franquiciante y franquiciado. No estaría prohibido el control externo. Según el artículo 33 de la Ley 19.550: «Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada: 1. Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias, y 2. Ejercza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades».

¹¹ Una situación particular se plantea con la franquicia de desarrollo, que es aquella en virtud de la cual el franquiciante otorga a un franquiciado denominado desarrollador, el derecho a abrir múltiples negocios franquiciados bajo el sistema, método y marca del franquiciante en una región o en el país durante un término prolongado no menor a CINCO (5) años, y en el que todos los locales o negocios que se abren dependen o están controlados, en caso de que se constituyan como sociedades, por el desarrollador, sin que este tenga el derecho de ceder su posición como tal o subfranquiciar, sin el consentimiento del franquiciante.

¹² Franquicia mayorista es aquella en virtud de la cual el franquiciante otorga a una persona física o jurídica un territorio o ámbito de actuación nacional o regional o provincial con derecho de nombrar subfranquiciados, el uso de sus marcas y sistema de franquicias bajo contraprestaciones específicas (art. 1513).

¹³ ARTÍCULO 1084. Configuración del incumplimiento. A los fines de la resolución, el incumplimiento debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato. Se considera que es esencial cuando: a) el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato; b) el cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del man-

tenimiento del interés del acreedor; c) el incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar; d) el incumplimiento es intencional; e) el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor.

¹⁴ Esta distinción desaparece de aprobarse el Proyecto de Unificación del Código Civil con el Código de Comercio de 2012. Se lee en los Fundamentos: «En materia de reparación, y siguiendo a los proyectos anteriores, se recepta la unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual. Al respecto, existe uniforme opinión doctrinal que ha sido expresada en distintos encuentros científicos. También los proyectos anteriores se inclinan por la misma tesis. Por ejemplo, el artículo 1581 del Proyecto de 1998, dispone: “Las disposiciones de este Título son aplicables cualquiera que sea la fuente del deber jurídico de cumplir o de reparar el daño”. El texto proyectado confiere unicidad al régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual. Comparando con el Proyecto de 1998, se suprime la referencia al “deber de cumplir”, recogiendo las observaciones efectuadas acerca de que esa mención (deber de cumplir) excede el ámbito de la responsabilidad civil y es materia de las obligaciones en general. Además, por la misma razón, se suprime el inciso a) del artículo 1584. La tesis que se adopta es la unidad del fenómeno de la ilicitud, lo cual no implica la homogeneidad, ya que hay diferencias que subsisten. Con la solución que proponemos se unifican claramente los supuestos que han generado dificultades serias, como ocurre con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual (ejemplo, responsabilidad médica). En cuanto a la problemática derivada del incumplimiento, queda regulada en el campo obligacional y contractual. Frente al incumplimiento, el acreedor persigue la ejecución forzada para obtener la prestación, y, si no es posible o no lo desea, pretende una indemnización sustitutiva. Ello exige diferenciar, dentro del espectro de los daños resarcibles, el valor de la prestación originariamente pactada, de los otros perjuicios que se sufren. La primera indemnización es el equivalente de la prestación debida, también denominada *aestimatio rei*, o *id quod interest*. La naturaleza de esta pretensión ha dado lugar a dos posiciones diferentes: a) la tesis de la autonomía considera que el derecho del acreedor a obtener el valor de la prestación es una acción previa e independiente de la indemnización de los ulteriores o adicionales daños y perjuicios. Es simplemente la obligación originaria, que devino de imposible cumplimiento, que se transforma en dinero. La *aestimatio rei* es un subrogado de la prestación que devino imposible y, por tanto, una forma de cumplimiento de la obligación por equivalente. En cambio, los demás daños forman parte de una acción de responsabilidad en sentido estricto, porque surge una nueva obligación a partir del hecho ilícito (incumplimiento), ya que antes no existían esos perjuicios. b) La tesis de la unidad entiende que la ilicitud es un único fenómeno y comprende tanto la acción de cumplimiento por equivalente como la del resarcimiento de los demás daños. Cuando el acreedor se decide por la ejecución forzada, es la misma obligación la que se perpetúa (*perpetuatio obligationis*), pero, cuando se trata de indemnización, hay un cambio de objeto y ello es una mutación esencial. Se trata siempre de una nueva obligación creada a partir de un hecho antijurídico que es el incumplimiento. Este último es una calificación de la conducta del deudor, y no de su patrimonio, por lo tanto no se trata de una mera modificación del objeto de una situación patrimonial objetiva, sino un nuevo comportamiento del deudor que, en forma personal, genera un ilícito. La doctrina argentina está dividida entre ambas posiciones. Tratando de superar las discusiones teóricas, el problema tiene solución práctica si establecemos una regla general para la unificación de los ámbitos de responsabilidad y una regulación especial para el cumplimiento de la prestación comprometida mediante un contrato. En la propuesta que se hace, se distingue la problemática del incumplimiento y su ejecución, regulada en el campo de las obligaciones y contratos, de los demás aspectos, que se incluyen en la responsabilidad por daños».

¹⁵ J.A. 1993-II-718. En esta oportunidad, el máximo Tribunal de la República dejó sin efecto la sentencia que había hecho extensiva a la co-demandada —Pepsi Cola Argentina, S. A.— la responsabilidad laboral de Cía. Embotelladora Argentina, S. A. (quien se encargaba de la venta y distribución de bebidas).

¹⁶ «Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley».

¹⁷ MARZORATI, Osvaldo, *Sistemas de distribución comercial* (1992), Bs. As., ed. Astrea.

¹⁸ La dependencia civil consiste en la posibilidad de dar órdenes o instrucciones acerca de la manera como deben cumplirse las funciones que se realizan en interés de quien da esas órdenes o instrucciones; se traduce en la facultad de dirigir, vigilar, intervenir en la conducta de otro; requiere dos personas ligadas por una relación jerárquica, una con derecho a mandar y otra con deber de obedecer. No es necesario que efectivamente se haya impartido alguna orden, sino que «pueda haberse hecho»; hay que atenerse a la existencia de la autoridad y no al ejercicio de ella. Mas, la facultad de dar órdenes, por sí sola, no es suficiente para la configuración de la dependencia; es necesario que la función encomendada *satisfaga el interés de quien puede darlas*; por eso, el capataz de los obreros de una cuadrilla no es comitente o principal pues las funciones no se cumplen en *su* interés sino en el del empleador; el sargento que manda a los soldados tampoco reviste tal calidad, pues imparte órdenes en el interés de la fuerza, y no en el suyo personal. La relación de «dependencia civil» no se identifica con la subordinación laboral. A los efectos de la dependencia civil es irrelevante que el trabajo sea ocasional, transitorio o permanente, y que el dependiente reciba o no remuneración. No es necesario que exista subordinación económica ni social, ni que el dependiente haya sido designado por el comitente; es indiferente que el dependiente esté vinculado al comitente por un contrato, pues es suficiente que el encargo derive de una situación de hecho (por ejemplo, un amigo, que durante la ausencia del propietario del inmueble, realiza una reparación causando daños al vecino). No impide la existencia de subordinación la circunstancia de que el cumplimiento de la función requiera en el dependiente conocimientos especiales que el comitente no posee (por ejemplo, el dueño de una clínica privada no deja de ser principal de los médicos cirujanos que prestan sus servicios en ella por la circunstancia de no saber operar).

¹⁹ KEMELMAIER DE CARLUCCI, Aída, *Daños causados por los dependientes* (1992), Bs. As., ed. Hammurabi.

²⁰ Para determinar cuándo una persona actúa como dependiente y, consecuentemente compromete la responsabilidad del principal, es uno de los problemas centrales de esta responsabilidad por el hecho de otro. Se enumeran las principales teorías, de la más restrictiva (perjudicial a la víctima), a la más extensa (beneficiosa para la víctima) y se concluye con la que se estima más justa: 1) Según una tesis antigua, prácticamente abandonada, es necesario que el hecho del dependiente haya sido cometido en ejercicio de las funciones encomendadas, es decir, el daño debe haberse producido desempeñando la labor ordenada y no otra. Por ejemplo, no existe responsabilidad del comitente si se ordenó al dependiente podar la viña y el daño se produjo porque este decidió quemar malezas y el fuego se extendió en terreno del vecino. Sí responde, en cambio, si el daño fue causado con motivo de la poda de las malezas. 2) En una visión más aperturista, además del caso anterior, hay responsabilidad para el comitente cuando los daños se han producido durante el ejercicio abusivo o aparente de la función encomendada. No es necesario acreditar que el hecho dañoso pertenezca realmente a la función; basta que se encuentre aparentemente dentro de ella. Por ejemplo, el chofer de un vehículo oficial que se desvía del recorrido para efectuar en el trayecto una gestión particular y causa un daño, compromete la responsabilidad del comitente, pues el perjuicio se ha producido cuando el subordinado abusaba de sus funciones. Aplicando esta tesis al ejemplo de la quema de malezas, existe responsabilidad del comitente, pues es una tarea que aparentemente está comprendida en las funciones del obrero rural, aunque en el caso se lo hubiese prohibido expresamente. 3) Para una tercera teoría, el principal responde por los daños causados por el dependiente con motivo de las funciones encargadas; es decir, cuando existe una relación de medio a fin entre la función y el daño, de modo que sin función no hubiese habido daño. Por ejemplo, el comitente responde de las lesiones producidas por el

conductor de un ómnibus que golpea a quien pretendía subir el coche luego de un altercado originado en la función pues de no haber sido chofer, el daño no se habría producido. Con este criterio también existe responsabilidad en los ejemplos proporcionados anteriormente, pues de no haber sido empleado del patrón, el autor no hubiera podido quemar las malezas de ese campo, ni haber utilizado el automóvil oficial para una gestión particular. 4) Para otra tesis, se extiende la responsabilidad del principal aún a aquellos daños que se causan en ocasión de las funciones; se entiende por tales aquellos en que la función ha brindado la oportunidad o ha facilitado notoriamente el acaecimiento del perjuicio, aun cuando no puede afirmarse que la función sea su causa adecuada. Por ejemplo, para esta tesis el Estado debe responder si un agente de policía, con el arma de la repartición, que tiene obligación de portar, dispara y hiere a un hombre, amante de su esposa; se afirma que en estos casos, la función ha sido una mera ocasión pues, el marido engañado hubiera matado a la víctima en cualquier otra circunstancia, y 5) Para una última postura, el comitente es responsable siempre que el hecho ilícito tenga una razonable vinculación con las tareas. La ventaja de esta postura consiste en proporcionar al juez una fórmula que no es cerrada, y que le permite dictar una resolución justa, de acuerdo con las circunstancias del caso.

²¹ Alterini, Atilio, «Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza», en VV.AA., *Derecho de daños, segunda parte, homenaje a Félix Trigo Represas* (1993), Bs. As., ed. La Rocca, pág. 539.

²² J.A. 1993-II-718.

²³ «Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitados a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera 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. 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».

²⁴ MOLINA SANDOVAL, Carlos, «Franquicia», en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* (2012), Bs. As., ed. Abeledo Perrot, pág. 733.

²⁵ Cfr. LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos* (1999), Santa Fe, t. 1, ed. Rubinzal Culzoni, pág. 535.

²⁶ «La quiebra se extiende (...) 1) A toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores».

²⁷ «Responsabilidad de terceros. Quienes de cualquier forma participen dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la declaración de quiebra, deben reintegrar los bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso».

²⁸ «La quiebra se extiende (...) 2) A toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte. A los fines de esta sección, se entiende por persona controlante: a) aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social; b) cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso». Recordemos que el Proyecto de reforma al Código Civil (art. 1512, decreto 191/2011) establece que «el franquiciante no puede tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado».

²⁹ «Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada: 1. Posea participación, por cualquier

título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias, y 2. Ejercer una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas (...).

³⁰ «Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada (...) 2. Ejercer una influencia dominante (...) por los especiales vínculos existentes entre las sociedades».

³¹ En cualquier tipo de sociedad comercial, el órgano de gobierno está constituido por la reunión de socios, que forman la voluntad social mediante resoluciones adoptadas conforme al principio general que instaura la regla de las mayorías. Estas resoluciones deben ser cumplidas por el órgano de administración y son obligatorias para todos los socios, aún para los ausentes y disidentes. Se habla de órgano de gobierno porque es competente para tomar las decisiones fundamentales que hacen a la vida de la sociedad (v.gr.: modificación de los estatutos, control de la gestión de los administradores, designación y remoción de estos, disolución de la sociedad, aumento de capital social, cambio de objeto social, fusión con otras sociedades, etc.).

³² NISSEN, Ricardo A., *Curso de Derecho Societario* (1998), Bs. As., ed. Ad-Hoc, Bs. As., pág. 425. Ver por todos la excelente obra de Carlos MOLINA SANDOVAL, *Sindicación de acciones. Contornos jurídicos de los acuerdos de accionistas* (2003), Bs. As., ed. LexisNexis.

³³ ALEGRÍA, Héctor, *Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante, sociedad controlada y situación de control* (1978), Bs. As., RDCO, año 11, 1978, pág. 304.

³⁴ DOBSON, Juan M., *El abuso de la personalidad jurídica (en el Derecho Privado)* (1985), Bs. As., ed., Depalma, pág. 365 y sigs.

³⁵ Publicado en *Colección de Análisis Jurisprudencial, Derecho Concursal*, dirigido por Julio César RIVERA y coordinado por Mauricio BORETTO, ed., La Ley, Bs. As., 2006, pág. 299.

³⁶ La quiebra se extiende: 1) a toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores.

³⁷ RIVERA, Julio, *Instituciones de Derecho Concursal* (1997), Santa Fe, t. 2, ed. Rubinzal Culzoni, págs. 299-307. Consultar también DI LELLA, Nicolás, «Extensión de quiebra por abuso de control externo —por especiales vínculos— y las llamadas cláusulas covenants en los créditos sindicados», *Sup. CyQ* 2010 (agosto), 1, LA LEY 2010-E, 692.

³⁸ BERGEL, Salvador D., *Extensión de la quiebra por abuso de los poderes del controlante* (art. 165, inc. 2.º, Ley 19.551), L.L. 1984-D-972.

³⁹ MARTORELL, Ernesto, *Breves estudios sobre concursos y quiebras: ¿Procede la extensión de quiebra por abuso de control contractual?*, L.L. 1993-E-708.

(Trabajo recibido el 7-1-2014 y aceptado
para su publicación el 20-2-2014)