NEUQUEN, 4 de abril del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"ALIMENTOS ARTESANALES DE LA PATAGONIA S.R.L. C/ KONFEDERAK DAMIAN ANGEL Y ALVAREZ ANGEL ALBERTO S.H. Y OTROS S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES"**, (**JNQCI2 EXP** Nº **507022/2015**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. José I. **NOACCO dijo:**

I.- Se dicta sentencia haciendo lugar a la demanda, decisión que es apelada por la actora, quien se agravia por la interpretación efectuada acerca de los derechos de comercialización y uso de la marca "Abuela Goye", como así también por los montos de condena.

En esa senda señala que, pese a reconocer a su parte la titularidad para comercializar la marca "Abuela Goye", luego se efectúa un límite temporal a esa autorización que no se compadece con la prueba aportada.

Transcribe los párrafos de la sentencia que se ocupan de caracterizar el contrato de franquicia y los relaciona con la prueba documental que acredita que, efectivamente, las partes celebraron ese contrato.

Sin embargo, disiente con el lapso que le reconoce a su parte el derecho a comercializar la marca, pues señala que el Sr. Tissera en el año 2014 transmite a Sudtirol S.A el 100 % de los derechos marcarios, habiéndose previsto que éstos continuaban el mantenimiento de la representación que le cabía a Alimentos Artesanales para comercializar la marca.

Destaca que el acuerdo por el cual su parte continuó con la comercialización de la franquicia no fue impugnado por los demandados y que la jueza, a partir de una suposición que no tiene base en las constancias acreditadas en autos, concluye que la transferencia implicó automáticamente el cese de los derechos de aquella representación.

Expresa que la decisión resulta “extra petita” pues se introduce en una controversia que no fue planteada por la contraparte e insiste en que solo se basa en una suposición, avanzando en ese orden de ideas al señalar que en caso de haber mediado un cuestionamiento respecto a la continuidad o no de los derechos de representación, luego de la cesión marcaria, es un aspecto que debió ser planteado por la demandada y probado por aquella, cuestión que no ocurrió.

Subraya que la sentencia concluyó que la cesión de los derechos marcarios implicaba el automático cese de los derechos de representación de “Alimentos Artesanales” limitándose a considerar la respuesta del oficio del INPI, desoyendo el resto de la prueba, sin que mediara desconocimiento al respecto por parte de la demandada ni que tampoco ésta hubiera requerido información sumaria luego de aquella respuesta o la Jueza hubiera requerido una medida para mejor proveer dentro de las facultades instructorias que le caben.

Este agravio también hace referencia a lo que entiende ha sido una calificación arbitraria del material probatorio, pues la jueza afirma que el e-mails remitido por una clienta quejándose por la calidad de unos productos no fue peritado por el experto convocado.

En ese sentido, expresa que el perito efectuó un muestreo sobre algunos atento al gran caudal que había, y que ante las observaciones que planteara su parte a fin de que el

perito se expida sobre todos los e-mailss, éste contesta que la prueba se realizó sobre todos los que ofreció Alimentos Artesanales pero no sobre los de la demandada pues ésta no facilitó los accesos requeridos.

En segundo lugar se agravia por el monto que prospera la demanda, señalando en primer término el rechazo del rubro daño a la imagen comercial, expresando que la jueza ignoró el contexto en el que se desenvuelve la marca y el caudaloso material probatorio.

Señala así el desconocimiento de los demandados en cuanto a la aplicación del Manual de Operaciones y el incumplimiento del contrato de franquicia todo lo cual está acreditado.

De lo dicho concluye que no se le brindó a la marca el cuidado comercial que le corresponde de conformidad a los términos del contrato, subrayando el hecho que durante el uso de la marca comercial vendía productos de terceros, habiendo pretendido ampararse en esa cuestión para no reconocer la franquicia que los unía.

Expresa que a diferencia del local de Bariloche que permanece abierto desde el año 1981, la vigencia de solo dos años de la marca en el local de los demandados, puede hacer suponer al colectivo del consumidor que le fue mal o que no vendía.

Afirma que la cuestión fue introducida por su parte al demandar de modo que recaía sobre la demandada la obligación de demostrar que no hubo deterioro de la imagen, ya que resultaría de aplicación la teoría de la carga dinámica de la prueba, pues la realidad fáctica ubica a los demandados en posición de demostrar los extremos cuestionados.

Subraya que la presencia de una marca notoria como la que comercializa su parte merece una protección

especial, y hace que la presunción del daño resulte más evidente.

Cita doctrina que manifiesta que desde el momento que se vende una marca en infracción, se produce un daño pues se priva al titular del ingreso del dinero que le hubiera correspondido por la comercialización del previsto en la franquicia.

Invoca jurisprudencia que entiende resulta respaldatoria de que en estos casos es procedente hacer nacer la presunción del daño, y agrega que tampoco la demandada ha probado haber obrado con diligencia en el cuidado de la marca, cuestión que podría haber probado, aunque sea en forma indiciaria.

Abunda en argumentos relacionados con la teoría de las cargas dinámicas probatorias y concluye que el solo hecho de desconocer la existencia de la franquicia, hizo que su parte perdiera el control del cumplimiento de los procedimientos del Manual de Operaciones, de modo tal que al haber sido la demandada quien conoció el uso y cuidado que se le daba a la marca durante ese lapso, es quien se encontraba en mejores condiciones de probar.

A continuación se agravia por el modo que se liquidara el rubro lucro cesante, bajo el cual su parte reclamó las regalías no percibidas.

Destaca el modo en que se pactó en el contrato la forma de liquidación, lo contrapone con el informe del perito y efectúa la operación que entiende correcta tomando el total bruto de la facturación, calculando un 2 % y luego adicionando el 21 % en concepto de IVA, con lo que alcanza la suma de $ 355.761,79.

Teniendo en cuenta que la jueza lo calcula sobre el importe neto y no sobre el bruto, sin efectuar aclaración

de porque adopta esa modalidad, la apelante destaca que los demandados no llevaban sus libros en legal forma, de forma tal que solicita que se revoque el rechazo que efectúa la sentencia en relación a la falta de pago de facturas debidamente registradas por su parte frente a la ausencia de todo registro por parte de la demandada.

Luego se agravia por el rechazo de las facturas reclamadas en concepto de bienes vendidos a la demandada.

Se agravia que la sentencia haya presumido que los bienes facturados debían haber sido entregados a titulo gratuito de comodato a la demandada, conclusión que no se compadece con los términos del contrato y el contexto probatorio.

Señala que las facturas se refieren a bienes vendidos a los demandados en el marco del equipamiento y la decoración del local de conformidad a lo pactado en las cláusulas 4.7 y 4.9.

En relación a las facturas, destaca nuevamente que las mismas se encuentran debidamente registradas en sus libros contables, los cuales como ya señalara eran llevados en legal forma.

Destaca el párrafo de la sentencia que expresa: *“El hecho que este contrato sea utilizado para la puesta en marcha de operaciones comerciales, no puede entenderse como el derecho del franquiciante de cobrarlos, salvo estipulación expresa en contrario”*, señalando que, justamente la estipulación en contrario es la mentada cláusula 4 del contrato.

Agrega que luego de que los demandados le cambiaran el nombre al local, continuaron utilizando el mobiliario, circunstancia que estima se encuentra debidamente

acreditada con el acta de constatación que se acompañara como prueba.

Se agravia asimismo por lo que entiende ha sido la falta de valoración de las pericias contables, y también la ausencia de valoración de la presunción en contra de la demandada que surge del hecho que sus libros no fueron exhibidos al perito ni se encontraban llevados en legal forma.

Sin perjuicio de que en ese marco y habiéndose presentado una pericia sobre sus libros, se agravia que la jueza se aparte de las constancias que informa el experto y haga prevalecer sus propias presunciones.

También se agravia que se haya rechazado la actualización del valor del mobiliario que sí fue dado en comodato, y que sólo fuera reintegrado a su parte una vez iniciada la demanda.

Destaca que justamente la demandada al devolver lo entregado en comodato y no devolver los inmuebles que sí le fueron vendidos, y nunca abonados, exterioriza su voluntad de reconocer que existía una diferencia entre ambas cuestiones.

Expresa que si bien la sentencia hace lugar al valor de reposición del mobiliario, al rechazar el porcentaje de amortización atenta contra el derecho a una indemnización integral que le asiste a su parte.

Señala, por último, que la amortización de un bien de uso no requiere prueba pues el solo uso del mismo y el paso del tiempo, a lo que agrega el proceso inflacionario resultan prueba suficiente para acceder a su acogimiento.

A fs. 2214/2217 contesta los agravios la parte demandada, señalando en primer lugar que las expresiones de la actora no pasen de ser una mera disconformidad, teñida de

apreciaciones subjetivas que no alcanzan para configurar agravios cuyo tratamiento pueda habilitar esta instancia.

Subsidiariamente expresa que la actora no pudo acreditar sus afirmaciones respecto a las posibles cesiones de derechos de uso y comercialización que refiere, aludiendo a que las relaciones entre Tissera, la marca Abuela Goye, los productos y las sociedades intermedias resultan poco claras y desorientaron a su parte respecto a quien estaba habilitado para la comercialización.

Desataca que tampoco la actora acreditó en concreto cual es el posible daño que su parte le pudo ocasionar al producto Abuela Goye, al margen de la inexistencia de un contrato con pautas claras para la comercialización.

Expresa que la inexistencia de un contrato que regule las relaciones de las partes, otorgó cierto grado de libertad en la ejecución de las conductas, habiendo su parte desarrollado las mismas con absoluta responsabilidad.

Califica de incomprensible que la actora sostenga que su parte pudo haber ejecutado alguna acción tendiente a desprestigiar a la marca ya que la comercialización de la misma era fuente de utilidades para su parte.

Expresa que la falta de claridad respecto a la intervención de una persona física y dos aparentes sociedades, con facultades poco claras en relación al uso de la marca, tiñeron de desconfianza el vínculo e imposibilitaron la firma definitiva del contrato.

Reprocha maniobras engañosas por parte de la actora inclusive frente a la decisión consensuada de cambiar el nombre comercial a fin de que el Sr. Tissera mantuviera la comercialización directa de los productos Abuela Goye, para

luego de un tiempo discontinuar con el abastecimiento lo que culminó en el cierre del establecimiento.

Entiende que resulta confusa la postura de la actora por cuanto por un lado pregona la existencia de un contrato de franquicia para reclamar daños, pero en realidad de la documentación que acompaña surge que su parte cumplió con las obligaciones que le asistían.

Defiende la sentencia de grado en cuanto rechazara los daños a la imagen de la actora pues ello no ha podido ser demostrado, destacando que no existió contrato de franquicia no obstante los esfuerzos que realizó su parte para formalizarlo.

Señala no estar de acuerdo con el lucro cesante dispuesto en la sentencia, y que la falta de recurso obedeció a una omisión involuntaria, pues en realidad la relación comercial se reducía al suministro de mercaderías que su parte comercializaba sin que existiera contrato de franquicia.

Expresa que lo sentenciado resultaría un enriquecimiento sin causa a favor de la actora pues toda la mercadería fue abonada, lo que incluye también los bienes que debió adquirir con la insignia Abuela Goye para el funcionamiento del local, salvo los provistos por la actora y que se encuentran recibidos por aquella de plena conformidad.

A fs. 2159/2161 el Cdor. ..., apela sus honorarios, expresando que de conformidad a la relevancia de su tarea y el reflejo de la misma en la sentencia, la suma dispuesta resulta baja.

Argumenta con antecedentes de este Cuerpo que le otorgan razón a su pedido, y solicita que se tenga en cuenta que la base regulatoria para la determinación de sus honorarios debe incluir capital e intereses de condena.

II.- Cabe ingresar en primer lugar en el agravio relativo a la fecha por la cual la sentencia reconoce legitimación a la actora para comercializar la marca “Abuela Goye” y por consiguiente la posibilidad de reclamar los daños que pudieran haberse derivado de las contingencias contractuales que rodearon la vinculación entre las partes.

En ese sentido, es importante destacar que viene firme a esta instancia el rechazo de la defensa de falta de legitimación activa interpuesta por la accionada, defensa que se fundaba en desconocerle a la actora la legitimación para reclamar el cese del uso de la marca “Abuela Goye” como así también los daños y perjuicios relacionados con aquello, pues –señalaba la demandada- el titular de la marca era el Sr. Tissera.

Así, al contestar la demanda los accionados esgrimen entre sus defensas que *“la sociedad **no era titular ningún derecho marcario** (la autorización para el uso del nombre jamás fue esgrimida por la sociedad –pese a ser insuficiente para la firma de un contrato de franquicia- recién fue presentada con esta demanda, y en el borrador del contrato afirma ser titular registral e la marca)”*, sin embargo el hecho de no resultar titular registral de la marca no es óbice a su legitimación para comercializarla, en este caso a través de la figura del contrato de franquicia y fue en ese sentido que resolvió la Jueza de grado al analizar la cuestión.

Lorenzetti, caracterizando la figura del contrato de franquicia y su vinculación con la marca, señala: *“Dentro del contrato de franquicia encontramos elementos muy diversos como la licencia de marca y símbolos representativos, el suministro, el régimen de pagos e inversiones, el control, la asistencia técnica, la comunidad de interés y la finalidad del negocio. La franquicia encuentra sentido justamente en la*

relación de esta variedad de elementos, que otros contratos no presentan en tal intensidad. Por ello, podemos definir al contrato diciendo: Que es un acto jurídico bilateral celebrado entre sujetos autónomos; mediante el cual se autoriza al tomador a ofrecer a terceros productos o servicios de propiedad o controlados por el dador, con exclusividad en una zona determinada (finalidad distributiva); a través de la reventa de un producto terminado o la elaboración del mismo (actos distributivos); permitiéndose la utilización de la marca, signos distintivos, procedimientos reproducibles, existiendo un suministro continuo de bienes estandarizados, y asistencia técnica; sometiéndose el tomador al control del dador y cediendo derecho a la planificación; produciéndose un grado de integración tal que identifica a ambas partes frente a terceros; contra una inversión sustancial y el pago de un precio, y con una finalidad de colaboración duradera" ("Tratado de los Contratos"-Tomo I-Rubinzal Culzoni Editores-pag. 665).

Pues bien, no obstante ello, al momento de resolver en relación a los daños, la sentencia considera: *"…ningún perjuicio puede causar a quien ya no era titular de la marca, así como que tampoco se ha acreditado el perjuicio. Es decir que a la fecha que la demandada comercializó con otra marca (27/4/2015) la actora carecía de derechos sobre la marca".*

Del análisis de la causa, como así también la abundante prueba acompañada, entiendo que le asiste razón al quejoso en cuanto a que su parte no invocó la titularidad de la marca, ya que en todo momento el reclamo se basó en su carácter de autorizada para su comercialización, a diferencia de lo que sostuviera la jueza de grado, por lo que, en la medida que dicha autorización no aparezca revocada, tengo para

mí que continúa con los derechos otorgados por el titular original.

En ese sentido, es que le cabía a la demandada la demostración de que la autorización había sido revocada y lo probado fue el cambio de titularidad de la marca, cuestión que resulta si bien relacionada, es ajena a la relación de Alimentos Artesanales SRL y los demandados, pues respecto al modo que los titulares de la marca eligen como comercializarla, los accionados son terceros.

No obstante esa cuestión, la documentación obrante a lo largo de todo el proceso, como así también las testimoniales y la prueba pericial informática y contable, dan muestras de que efectivamente la sociedad actora es quien comercializa la marca, tanto al momento de la vinculación con los demandados como al momento de promoverse el proceso, repito, sin perjuicio de que el titular de la marca resulte Sudtirol S.A y no Tissera.

Adviértase en primer lugar que las facturas tienen el logo identificatorio con la marca escrita en el margen superior derecho “Abuela Goye” y en el mismo recuadro la denominación “Alimentos Artesanales de la Patagonia S.R.L”.

A lo anterior cabe agregar que la pericia contable que al punto de pericia formulado por la actora –fs. 1066-: *“Si de los libros y documentación respaldatoria surgen relaciones comerciales con terceros que no se encuentren amparadas en el marco de contratos de franquicia. Asimismo, indique cuantas franquicias tiene otorgada la actora a terceros”* el perito contador contesta: *“De la compulsa de los archivos de la actora he podido verificar los contratos de franquicia con franquiciados que operan en distintos puntos del país. La actora no vende mercadería de su marca a una persona física o jurídica que no sea un franquiciado, de hecho*

de la compulsa que he realizado en los libros y documentación respaldatoria surge lo aquí afirmado".

La pericia brinda información de lo expuesto por lo menos hasta el mes de septiembre de 2014, pues a esa fecha figura el cierre de balance que informa a fs. 1067 vta.

Luego, el concepto de comercialización incluye el derecho a resguardar y reclamar por el daño que el uso indebido de la marca pueda provocar, pues justamente uno de los elementos económicos más importante de una marca es el uso que de la misma se haga, en lo que se comprende la idea que el público tiene de la calidad de los productos y los servicios es lo que genera la fidelidad de los consumidores.

Así analiza Lorenzetti, en la obra citada, al momento de efectuar el análisis económico del contrato, y señalar como uno de los principales intereses del franquiciante –en nuestro caso: "Alimentos Artesanales SRL"-: *"Imagen frente al cliente: permite obtener una identificación tal que el cliente cree que está frente al dador de la franquicia, lo cual aumenta la confiabilidad, y por lo tanto, la venta. Se refuerza la notoriedad de imagen de la marca de la cadena y se consigue la fidelidad de la clientela. Permite la búsqueda de una identificación frente al cliente, brindándole un servicio de alta calidad y personalizado".*

Pues bien, señalado lo que antecede y aún reconociendo que le asiste razón en cuanto a reclamar los derechos de la comercialización de la marca, independientemente de quien resulte su titular, es preciso ingresar en el estudio concreto de los daños reclamados y sobre lo que también giran sus agravios.

En cuanto al uso concreto de la marca que hicieran los demandados, y sin perjuicio de las consideraciones que anteceden entiendo que la actora acreditó

que el uso de la marca se extendió **hasta junio de 2014**, pues en el acta de constatación obrante a fs. 2131/2135 es posible leer: *"**A los doce días del mes de Junio del año dos mil catorce,** ante mí… Acto seguido, y siendo las 11:30 horas del día de la fecha me constituyo en compañía del requirente en el local comercial N° ... ubicado en avenida A.A. N° ... de esta ciudad, donde constato que en el lugar **no hay evidencia visible que en dicho comercio se comercialicen los productos de la marca "Abuela Goye", ni la figura de fibra de vidrio de la Abuela Goye**, marcas y enseñas comerciales, y demás elementos distintivos de la marca comercial, **a excepción de pocillos de café y platos que de los que surge la frase "Abuela Goye"**, de lo que se sacan fotos …"*

Luego y con respecto a la modificación del contrato de locación, si bien el mismo se suscribe entre los demandados y el Paseo de la Patagonia, con fecha 27 de abril de 2015, en el artículo primero se señala: *"ARTICULO PRIMERO: Las partes dejan expresamente aclarado que todas las modificaciones al Contrato de Locación instrumentadas mediante el presente convenio producirán sus efectos a partir del día 15 de Septiembre de 2014"* y en el *"ARTICULO SEGUNDO: Las Partes convienen modificar el apartado 2 del Articulo Segundo del Contrato de Locación, el cual quedará redactado de la siguiente manera: Denominación Comercial: Es condición para el otorgamiento de este Contrato, que el Locatario destine el uso del mismo para el desarrollo de un comercio de venta de CHOCOLATES, HELADOS, DULCES, BEBIDAS, CAFETERIA, SANDWICHES, AHUMADOS Y PRODUCTOS REGIONALES bajo la denominación o designación comercial de **"COCOA"** que el Locatario deberá tener debidamente registrada y/o autorizada para su uso".*

Luego, el Anexo VIII de la prueba de la actora –fs. 1933/1939- contiene una nueva acta de constatación, mediante la cual se dejó acreditado en el mes de febrero de

2015, el requerimiento del abogado de la actora: *"… me requiere que me constituya en su estudio … para que desde su computadora que tiene conexión a internet a través del servidor Speedy compruebe la publicación de las imágenes referidas a la Marca Abuela Goye, que el requirente me indicará…."*

Allí, la escribana refiere diversas publicaciones de la red social "Facebook" en las que aparece la marca "Abuela Goye" con fotos relacionadas con el local oportunamente instalado por los demandados, en lo que se denomina "Sitio Oficial del Paseo de la Patagonia Shopping Center", también se expresa: *"Luego el requirente procede a cerrar la imagen y … procede a repetir el mecanismo…. Y en sus partes pertinentes transcribo a continuación: a)"Fotos de Paseo de la Patagonia Shopping Center –Sitio oficial … en el Shopping-Paseo de la Patagonia Shopping Center-Sitio Oficial – 9 de enero de 2013 … " es copia fiel de sus partes pertinentes, doy fe. Asimismo, se observa que dicha foto reproduce la imagen de una estatua de una abuela con lentes que sostiene un cuenco y que viste un delantal que en la parte superior puede leerse "Abuela Goye", b) "Paseo de la Patagonia Shopping Center –Sitio Oficial- 9 de enero de 2013- Abuela Goye"*

De las constancias transcriptas, se advierte que si bien la imagen figuraba en el sitio del Shopping, las publicaciones datan de la fecha en que la vinculación entre las partes aún estaba vigente, de modo tal que aunque la constatación se efectuó en el mes de febrero del 2015, las publicaciones son anteriores a esa fecha, pudiendo efectuarse una consideración similar respecto a la publicación en la página web de la "Guia Cores".

Lo dicho respecto a la publicación en la página del sitio del Paseo de la Patagonia se ve asimismo corroborado

por la contestación al oficio librado a la empresa que comercializa el Shopping.

A fs. 888 señala: *"En relación a las fotografías que acompañan el Acta Notarial adjunta al oficio que nos ocupa, manifestamos que las mismas se corresponden con el Local 3006, y fueron publicadas los días 9 y 24 de enero de 2013 en el sitio Facebook administrado por mi mandante ("Paseo de la Patagonia Shopping Center – Sitio Oficial")*

En consecuencia, es posible determinar la fecha de inicio de uso de la marca y de vigencia del contrato de franquicia a partir de noviembre de 2011 con la factura 4480, -fs. 1309 y fs. 1015 de la pericia contable- mediante la cual se cobra el denominado "fee de inicio", plazo que continúa vigente hasta el mes de junio del 2014, fecha en que al hacerse la constatación notarial ya no se comercializaban los productos, ni estaban los carteles identificatorios, permaneciendo únicamente algunos pocillos y platos con el nombre "Abuela Goye", no revistiendo esos únicos elementos la relevancia suficiente como para afirmar que continuaba el uso de la marca o la vigencia del contrato de franquicia.

Esta cuestión, también es reconocida en la demanda pues a fs. 680 del relato de la actora puede leerse: *"Nótese que recién en junio de 2014 y como consecuencia de las intimaciones cursadas en el citado intercambio epistolar es que los demandados se dignan a retirar la muñeca Abuela Goye tamaño natural y el cartel del local que rezaba "Abuela Goye", pese a que, sin embargo, continúan utilizando la vajilla identificatoria de la marca…"*

De esta manera, y aún considerando los fundamentos del apelante, no encuentro posible reconocer la obligación de regalías por la franquicia más allá del mes de **junio de 2014**.

Sin embargo y no obstante las consideraciones precedentes, en relación a las regalías impagas he de retomar los períodos que reconociera la sentencia, esto es hasta el mes de agosto de 2014, pues en función del principio de la "reformatio in pejus", el actor no podría, en esta instancia, verse privado de los períodos reconocidos en la instancia de grado y que no fueran impugnados por los demandados.

Así: *"El principio que prohíbe la reformatio in peius, prescribe que la sentencia de segunda instancia no puede empeorar la situación del apelante en los casos en que no ha mediado recurso del adversario. Por lo tanto, sólo es posible reformar la decisión apelada en perjuicio del apelante si ha mediado también un recurso de apelación de la parte contraria sobre el mismo aspecto de la decisión que se pretende revisar y que el mismo hubiera resultado exitoso. Es decir, a falta de recurso de la contraparte,* ***no se puede privar al recurrente de lo otorgado o reconocido en el fallo anterior, o condenarlo por lo que no se admitió y fue rechazado en él."***

"Es que, como lo señala Fernández, quien recurre una decisión que le causa agravio, lo hace para lograr estar en una mejor situación que aquella en la que fue colocado por la decisión cuestionada; por ende, recurre para mejorar su posición no para empeorarla. La finalidad de la doble instancia radica en corregir o enmendar los agravios que al apelante le causa una sentencia errónea o injusta, más no beneficiar a quien o quienes se han manifestado conformes con la primera sentencia, Por ello, el tribunal de segunda instancia no puede reformar en perjuicio del apelante si su contraria ha consentido el pronunciamiento, pues tal proceder lesiona la equidad a la vez que prescinde del valor de la cosa juzgada."

"La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado arbitraria la sentencia de segunda instancia que incurre en violación de reformatio in peius y colocó a los únicos apelantes en peor situación que la resultante de la sentencia recurrida, lo que constituye una violación en forma directa e inmediata a las garantías de defensa en juicio y de propiedad." (Roberto G. Loutayf Ranea y Ernesto Solá "La sentencia de Segunda Instancia en "Tratado de los Recursos. Libro en homenaje al Prof. Adolfo A. Rivas", Director Marcelo Sebastián Midón, Coordinadores María Valeria Di Bernardo y Alejandro Francisco Luna, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2013, tomo II, págs. 217 y ss.)

Lo que no habrá de prosperar es la pretensión del apelante de que la base de cálculo se extienda hasta diciembre de 2015, pues si bien la sociedad de hecho demandada continuó con sus actividades comerciales hasta esa fecha –según da cuenta la pericia contable- de conformidad a lo analizado precedentemente, ya desde junio de 2014 no lo hacía en vinculación con el contrato de franquicia de la marca "Abuela Goye".

En lo que sí asiste razón a la actora es en la omisión de incluir el IVA pues al haber tenido por existente el contrato de franquicia, y estando firme también esa cuestión, la cláusula citada por la jueza incluye dicho concepto, en consecuencia y teniendo en cuenta los datos que arroja la pericia contable a fs. 1013, **la facturación bruta desde el mes de noviembre de 2012 hasta el mes de agosto de 2014 arroja la suma de $ 6.154.942,62**, suma sobre la cual el **2 % de regalías arroja $ 123.098,85**, más el 21 % en concepto de **IVA** $ **25.850,75** alcanza la suma de **$ 148.949,60**, importe que entiendo cabe reconocer en concepto del rubro "regalías impagas", calculándose los intereses desde la fecha de notificación de la demanda, esto es mayo de 2015, en tanto el

rubro regalías no fue reclamado puntualmente en las cartas documentos.

Luego y en cuanto al reclamo relativo al daño a la imagen comercial, es cierto que parte de la jurisprudencia admite una presunción de daño para los casos de infracciones maliciosas a la marca del producto sobre la base de suponer que quien incurre en ello, se enriquece de manera indebida partir de la confusión que genera en el público acerca del origen de los productos.

No obstante en el caso en particular, no se advierte que la finalización de la vinculación haya obedecido a un manejo inadecuado de la marca por parte de los demandados, sino fundamentalmente a cuestiones relacionadas con la mora en el pago de regalías y facturas, como así también en la alegada omisión de suscribir y entregar el contrato.

La actora señala que los demandados habrían utilizado ilícitamente el nombre de la marca que ella comercializa, sin embargo hasta el momento en que la vinculación terminara, el hecho de que la actora le vendiera los productos, avienta cualquier imputación de ilicitud en el uso.

La actora también refiere un e-mail en el que habría recibido quejas de una consumidora acerca de los productos que vendían los demandados.

En cuanto a dicho e-mail el perito informático, a fs. 1010, efectúa una aclaración y expresa que aquellos que pudo certificar se corresponden a las direcciones de envío y al contenido, explicando: *"…Se realizó la pericia en la totalidad de los correos ofrecidos por la parte, no pudiéndose realizar la misma sobre los correos ofrecidos por la actora en carácter de recibidos; toda vez que la demandada no facilitó*

los accesos oportunamente solicitados. Que para la realización de la verificación de la totalidad de los correos electrónicos remitidos y/o recibidos por la demandada se debe tener acceso a todas las cuentas intervinientes, las mismas fueron solicitados estos accesos en la nota del 23 de noviembre de 2015".

De lo expuesto es posible concluir que para certificar la veracidad del e-mail se debía tener acceso a la dirección desde donde fue enviado, cuestión que, tal como señala el perito no ocurrió.

En ese sentido encuentro pertinente señalar que aun cuando lo que surge del e-mail podría resultar un indicio acerca de lo sostenido por la actora, para ello se requiere la posibilidad de apoyar dicha circunstancia en algún otro medio de prueba, cuestión que luce ausente en autos.

Tampoco puedo pasar por alto que la actora era proveedora de la mercadería de la demandada y que a la fecha que figura el e-mail las partes ya estaban acentuando sus diferencias comerciales.

Adviértase que el e-mail obrante a fs. 536, remitido por la actora con fecha 7 de julio de 2014, es posible leer: *"Con respecto a la mercadería que devolvieron en mal estado, no vamos a tomarla como tal, por que consideramos que fue por negligencia del funcionamiento en la rotación de la misma a cargo del personal de la Franquicia, ya que se enviaron varios pedidos de esos mismos productos antes de que ustedes devuelvan estos con lotes más antiguos. Por lo cual no realizaremos ninguna nota de crédito en relación al tema".*

Por último, la falta de arraigo de la marca en esta ciudad puede deberse a muy diversas circunstancias, tales como presencia de otras con más tiempo en la zona, el gusto y los modos de consumo del mercado local, el cual no

necesariamente tiene que tener las mismas características que el de Bariloche, localidad donde la marca puede tener el predicamento que señala la actora.

En consecuencia, entiendo que cabe rechazar el agravio expresado en relación al rechazo del rubro.

Por último, y en cuanto al mobiliario, el reclamo de la actora se refería a dos cuestiones, por un lado: *"dos exhibidores para chocolate de hierro y vidrio"* que habrían sido entregados en calidad de comodato, reclamado el valor de los mismos y un porcentaje de amortización pues señalaban al demandar que de todo el conjunto de bienes entregados en ese carácter, esos dos exhibidores no le habían sido devueltos y por otro lado: bienes que, habiendo sido adquiridos por los demandados, nunca se habían abonado.

Los demandados al contestar niegan ambas cuestiones, tanto haber retenido los exhibidores, como también adeudar las facturas.

La jueza reconoce el valor de los dos exhibidores pero rechaza el rubro amortización.

En cuanto a la amortización reclamada en relación a los bienes entregados en comodato, entiendo que el propio concepto de préstamo gratuito excluye la posibilidad de reclamar un rubro tal como "amortización" si no está expresamente establecido.

Así, la necesidad de reconocer la amortización de un bien está dada por la depreciación que sufre ese bien a raíz de su uso, representando ello un gasto para su propietario.

De esta manera si el comodato no previó como cláusula que el comodante debía ser responsable frente a ese gasto, no cabe reclamárselo en este estado.

Además, y en el marco del contrato de franquicia que aquí se reconoce, la provisión del mobiliario en cuyo concepto se reclama la amortización, forma parte del conjunto integrante del objeto del contrato, de modo que no corresponde la controversia que plantea la actora luego del cese de la relación.

Distinta conclusión cabe efectuar respecto a las facturas reclamadas en concepto de venta de mobiliario, heladeras y vajilla, pues de conformidad a las actas de constatación y fotografías que integrara la contestación efectuada en junio de 2014, se advierte que efectivamente los demandados contaban con esos elementos en el local, como así también existen e-mails que se refieren a estas cuestiones y documentación que se refiere al envío.

Ahora bien, al momento de establecer el monto la parte actora reclama los importes de tres facturas, la 5544 por un importe de $ 59.215,80; la 5572 por $ 58.565 y la 5731 por $ 58.565.

La pericia contable efectuada sobre los libros de los demandados da cuenta del registro de la factura 5544 pero no de las otras dos; la realizada sobre los libros de la actora acredita la existencia de la contabilización de las tres facturas.

Ahora bien, al momento de establecer si las facturas se encuentran pagas encuentro que ninguna de las dos pericias refiere pagos con imputaciones concretas a una factura pues –y en esto ambas pericias coinciden- el modo de vinculación entre las partes fue con la modalidad de cuenta corriente.

De este modo de la suma de las tres facturas se obtiene $ 176.345,80.

La actora en sus agravios señala que la sentencia no valora en forma adecuada el hecho de que los demandados no llevaran sus libros en legal forma, sin embargo a fs. 1020 el perito expresa: *"Del examen realizado desde el punto de vista formal y extrínseco, no surgen observaciones que formular en relación a la registración de los comprobantes, tanto de compras, gastos y/o ventas del KONFEDERAK A. Y ALVAREZ … vinculados con la actividad comercial desarrollada y cumplen con las exigencias, formalidades, requisitos y demás condiciones establecidas por las normas legales dictadas al efecto por el Fisco Nacional".*

No obstante ello, el perito informa un par de cuestiones que resultaran útiles para alcanzar una conclusión en este aspecto, pues al punto de pericia: *"En caso de resultar impagas, indicar montos de fechas de vencimiento, moneda de pago, total deuda…"* expresa: *"La condición de venta que figura en la factura N° 0001-00005544 es "Cuenta Corriente" y los valores están expresados en moneda de curso legal. No se han identificado ni aportado constancias documentales ni registrales que acrediten el pago de dichas facturas".*

Luego, a fs. 1021 a los puntos de pericia de la demandada el perito, a la primera pregunta: *"Informe que facturas emitidas por Alimentos Artesanales SRL se encuentran contabilizadas, indicando fecha, número y monto"* expresa: *"Estese a la información volcada en el Anexo II que integra el presente dictamen pericial. Se ha identificado en cada comprobante los folios de los libros de IVA Compras en los que se han registrado"*, el mencionado Anexo indica un monto total de compras a la actora de **$ 1.615.810.**

A la pregunta *"Cuanto dinero abonó a lo largo de la relación comercial la demandada conforme constancias documentadas"* el perito contesta: *"Estese a la información*

volcada en el Anexo III que integra el presente dictamen pericial. Se ha preparado en base a los comprobantes de recibos de cobranzas exhibidos por la demandada al experto”, y el mencionado Anexo –elaborado sobre los recibos entregados por la actora- señala: **$ 1.176.274**.

De este modo, de los propios libros de comercio ofrecidos por la demandada, y en respuesta a sus puntos de pericia, se advierte que existen saldos en relación a los cuales no existen constancias –ni propias ni de la actora- de pago, saldo que ascendería a $ 439.536.

Sin embargo, de la pericia efectuada en los libros de la actora, se advierte que el saldo pendiente es mucho menor –fs. 1063- $ 158.952 de modo tal que, teniendo en cuenta que las partes se relacionaron a través de la modalidad de cuenta corriente y habiéndose tenido por acreditada la venta y entrega del mobiliario y la vajilla, corresponde reconocer el rubro en examen por la suma de $ 158.952, con más los intereses devengados desde que se intimara el pago en dicho concepto, esto es 28/5/2014 fecha de la carta documento de fs. 1318.

Respecto a la apelación de honorarios efectuada por el perito contador, le asiste razón en lo concerniente a la base regulatoria, pues de conformidad al criterio de esta Cámara la regulación ha de incluir los intereses liquidados sobre el capital.

También he de proponer el aumento del porcentaje de la retribución, pues entiendo también le asiste razón en cuanto a la importancia e incidencia de su tarea, tanto en la instancia de grado como en la presente, proponiendo así elevar sus honorarios al 4 % que resulte de aplicar sobre la base antedicha.

III.- Por todo lo expuesto, he de proponer hacer lugar parcialmente al recurso de la actora y, en consecuencia, elevar el monto de condena a la suma de $ 315.161,60 imponiéndose las costas a los demandados vencidos.

Asimismo, hacer lugar al recurso de apelación del Cr. ...., debiéndose tomar como base para la regulación de sus honorarios el monto de capital e intereses, elevándose al 4 % sobre dicha base.

La Dra. Patricia **CLERICI dijo:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, **esta Sala II**

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 2144/2157, condenando a la parte demandada a abonar la suma de $ 315.161,60, más los intereses determinados en los considerandos; y elevando al 4 % el porcentual para la regulación de los honorarios del Cr....., que habrá de calcularse sobre la misma base que la de los letrados.

II.- Imponer las costas de esta instancia, a los demandados en su condición de vencidos (arts. 68 y 279 del C.P.C.C.).

III.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia, a los letrados de la actora, en el 6,3 % de la suma de condena que, de conformidad a los agravios fuera elevada en esta instancia, y los de los letrados de las demandadas en el 3,90% de igual suma (art.15, LA).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

DRA. PATRICIA M. CLERICI - DR. JOSE I. NOACCO
Dra. MICAELA S. ROSALES - Secretaria