

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



EL CONTRATO DE FRANQUICIA COMERCIAL (FRANCHISING)

LA REGULACIÓN DE LAS FRANQUICIAS COMERCIALES (FRANCHISING) EN EUROPA Y SU POSIBLE INCIDENCIA EN AMÉRICA LATINA¹

DR. VÍCTOR PÉREZ VARGAS

Hace más de 100 años una empresa norteamericana productora de máquinas de coser (la conocida Singer Sewing Machine Company de Stamford, Connecticut), decidió ampliar su mercado hacia el oeste.

La Singer comenzó a usar un contrato por el cual una persona podía ostentar su marca y ofrecer sus servicios bajo el nombre de la empresa, asumiendo su propio riesgo.

También en el siglo pasado, la Coca Cola, desde 1899 otorgaba franquicias para el embotellamiento de su producto.

En la década de los 30 del siglo veinte se desarrolla el *franchising* en los productos del petróleo, particularmente en lo que se refiere a gasolineras.

En 1954 irrumpe Mc Donald's en el mercado (hoy tiene más de 10.000 franquicias, según su propio reporte de 1989).

En los últimos años la imagen comercial de muchas calles y carreteras del mundo ha cambiado visiblemente con la aparición de rótulos y emblemas que tienen la característica de aparecer iguales, en cualquier parte donde aparezcan.²

Los negocios de producción y venta de alimentos, como pollos fritos,³ hamburguesas,⁴ pizza⁵ y diversos alimentos "rápidos"⁶ destacan, pero abundan también los ejemplos en materia de servicios como *courier*,⁷ lavandería de ropa,⁸ alquiler de vehículos⁹ y hotelería.¹⁰ A veces se da una mezcla entre franquicia de servicios y

1. En esta investigación colaboró el licenciado Carlos Fernández Vélez. A él nuestro agradecimiento.

2. Entre los más antiguos ejemplos recordamos: Singer, General Motors y Coca Cola.

3. Kentucky Fried Chicken.

4. Burger King, Mac Donald's, Wendy's, Wimpy, Roy Rogers'.

5. Pizza Hut, Dominoes Pizza.

6. Taco Bell.

7. Emery, UPS, Federal Express.

8. Martinizing.

9. Avis, Hertz, General.

10. Holiday Inn.

de distribución de productos como ocurre en el caso de las lavanderías automáticas de vehículos,¹¹ que distribuyen ceras, anticorrosivos y otros productos de una marca determinada, lo que también mediante *franchising* hacen otros.¹² Junto a estas formas especiales son innumerables las modalidades que se han venido desarrollando bajo esta nueva forma contractual que se llama usualmente *franchising* (o "franquicia comercial") que parece no tener límites en cuanto a su objeto, ya que prácticamente cualquier producto o servicio puede ser "franquiciado".

En el país tenemos franquicias comerciales en la comercialización de tortillas, junto a los ejemplos citados.

Importancia creciente de este contrato.

"La necesidad de atender a las exigencias del moderno tráfico mercantil conduce al abandono de las figuras contractuales clásicas en beneficio de nuevas fórmulas comerciales, nacidas al hilo mismo de la praxis comercial."¹³

El fenómeno es universal. Algunos¹⁴ han hecho notar la importancia creciente de los acuerdos de Franquicia en Europa y otros¹⁵ han destacado las nuevas cuestiones jurídicas que la figura presenta, como las relacionadas con la misma libertad contractual y "la necesidad de superar el distanciamiento entre previsión legislativa y realidad del tráfico a través de nuevos instrumentos técnicos, que canalicen la actividad de los operadores económicos..." Se ha hablado hasta de parálisis legislativa grave y de laguna de Ordenamiento.¹⁶

Se trata de un contrato atípico:¹⁷ no regulado en nuestros Ordenamientos, en el que al

franquiciado (*franchisee*) se concede una licencia para el uso de una marca u otro símbolo comercial o el derecho de actuar en la oferta, venta o distribución de los productos o servicios conexos a la marca u otro símbolo comercial del *franchisor*; opera con base en un plano o sistema de *marketing* establecido en gran parte por el *franchisor*. Debe pagar, directa o indirectamente, una *franchise fee*. Debe promover la venta (o los servicios) de los productos del *franchisor*, a través de una unidad de imagen y permitir los controles del caso, todo dentro del plan de acción del concedente.

Es claro que debido al gran auge de esta forma de contratación es importante que nuestros países americanos cuenten con una ley (ojalá una ley uniforme, o al menos una ley modelo americana) que lo regule; mientras esto no ocurra, sin embargo, debe buscarse el fundamento normativo en diversas fuentes, por lo que no es adecuado recurrir unilateralmente, únicamente, a una sola de ellas.

Diferencia con otros contratos.

Debemos tener conciencia, en primer término, de que estamos frente a un nuevo contrato. La expresión franquicia, de acuerdo con las más recientes definiciones de Naciones Unidas debe usarse acompañada del adjetivo "comercial"; resulta admisible entonces la traducción de la expresión (universalmente reconocida) de *franchising* por "franquicia comercial".

No basta remitirse a los esquemas contractuales tradicionales. No debe confundirse con otros contratos típicos. Veamos algunas diferencias:

11. Hanna Lavacar, Shermann.

12. Napa.

13. GALLEGO, *op. cit.*, p. 37.

14. PÉREZ BUSTAMANTE, Jaime; DE MINGO, María, *Un estatuto europeo para la franquicia*. Análisis del reglamento número 2.087/88 de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 85.3 TCEE a ciertas categorías de franquicia, en relación con la sentencia Pronuptia y con las decisiones individuales de la Comisión. *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, Nº 191, enero-marzo 1989, GALLEGO, *op. cit.*, p. 67.

15. GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, *La franquicia*, Grefol, Madrid, 1991, GALLEGO, *op. cit.*, p. 13.

16. Sobre lagunas en esta materia GALLEGO, *op. cit.*, p. 13.

17. Sobre la atipicidad del contrato. Véase FIGUEROA, Dora, *Clasificaciones de los contratos*, tesis de grado, Universidad de Costa Rica.

Diferencia entre franquicia y contrato de distribución.

El contrato de distribución no implica servicio de posventa y su función se agota en la colocación del producto. Tampoco el distribuidor se sujeta a un esquema de contratación tan rígido; tampoco trabaja siempre bajo el sistema de exclusiva (que es prácticamente esencial en la franquicia comercial).¹⁸

Diferencia entre franquicia comercial y mandato.

La diferencia se encuentra en que el mandatario gestiona negocios ajenos, mientras que el franquiciado los propios. Además el mandato puede ser "con representación"; en la franquicia nunca hay representación.¹⁹

Diferencia entre franquicia y comisión.

En la Comisión no se da el control y la subordinación que existe en la franquicia comercial, siendo además delegable y agotándose con la conclusión del negocio. La franquicia es personal y se extingue con su plazo.²⁰ Es claro que la comisión se refiere a negocios ajenos, mientras que en la franquicia el franquiciado opera sus propios intereses.

Diferencia entre franquicia y corretaje.

En el corretaje la función primordial del corredor es aproximar intereses ajenos; en él no existe una obligación de poner a disposición de otro distintivos y propiedad industrial de una empresa mercantil; tampoco existe en el corretaje la fiscalización que hay en la franquicia comercial.²¹

Diferencia entre franquicia y concesión.

Algunos autores consideran que concesión comercial y *franchising* es lo mismo.²²

Sin embargo, en la concesión no hay manual operativo, control, derecho de entrada, *royalties*, etc.²³

En las concesiones de venta, a diferencia de lo que ocurre en el *franchising*:

- no existe el incisivo control del concedente que hay en el *franchising*.
- no hay obligación de mostrar los signos distintivos del concedente. En el *franchising* este símbolo gráfico es igual para todos los concesionarios y corresponde al otorgante determinar el punto en que deberá ser emplazado.²⁴
- no hay normalmente una transferencia de *know how*.
- el concesionario no está obligado a un determinado *modus operandi*.
- el concesionario puede usar sus propios distintivos; además de que en la concesión de venta normalmente no hay licencia de marca o de símbolos.
- en la concesión, el concesionario no paga *royalties* (obtiene sus ventajas de los descuentos sobre el precio de lista).

Diferencia entre franquicia y licencia de marca.

En la franquicia hay un control activo que no se da necesariamente en la licencia de marca, tampoco en esta se forma la llamada "cadena".²⁵

18. DIFERNAN, Bonifacio, *Curso de Derecho Civil Panameño*, tomo VI, Editorial La Antigua, Panamá, 1989, p. 705.

19. DIFERNAN, *op. cit.*, p. 706.

20. DIFERNAN, *op. cit.*, p. 706.

21. DIFERNAN, *op. cit.*, p. 707.

22. V. MONGE-OREAMUNO, p. 42.

23. GALLEGO, *op. cit.*, p. 72.

24. Comité belga, p. 11.

25. GALLEGO, *op. cit.*, p. 76.

Las licencias de marca o patente por sí mismas no bastan para configurar el *franchising*.

El licenciatario no entra a formar parte de la cadena del licenciante, sino que se limita a poner la marca ajena sobre los bienes que produce.

Diferencia entre franquicia y know how.

La franquicia comercial es, entre otras cosas, un contrato de transferencia de tecnología, de transferencia de *know how*.

Es usual en estos contratos la existencia de cláusulas relativas a la prohibición para el concesionario de divulgación de información, así como otras sobre competencia desleal.

Sin embargo, el *know how* es sólo uno de los componentes de la franquicia comercial.²⁶

Aunque el *Franchising* puede implicar transferencia de *know how* su función va más allá.

Monge y Oreamuno toman en cuenta este elemento, al considerar que el *Franchising* es un contrato, donde se concede el derecho a disfrutar de fórmulas o secretos comerciales.²⁷

Diferencia entre franquicia y agencia.

La diferencia se encuentra en la actuación en nombre y por cuenta propia que se da en la franquicia comercial y no en la agencia necesariamente.²⁸

El agente puede ostentar la legítima representación del principal, mientras que en la franquicia comercial el concesionario jamás representa al concedente;²⁹ además, en la agencia, la relación obligatoria se produce entre el principal y el cliente, mientras que en la franquicia comercial quien vende es el concesionario.

Distinción entre franquicia y sociedad.

Aunque algunos consideran la franquicia un contrato asociativo, la verdad es que con él no se forma una persona jurídica nueva. Ha sido considerado convenio paraasociativo.³⁰

La franquicia como contrato complejo.

Se trata de un contrato atípico, sui generis.³¹

Detrás de este fenómeno se encuentra un nuevo concepto económico: el de "grupos de empresas".³²

Lagunas legislativas e intentos de regulación.

Escasean las normas jurídicas relativas a este novedoso contrato, cuya existencia nos es recordada constantemente por los distintivos que encontramos en nuestras ciudades y carreteras.

Se trata de una figura contractual atípica, dotada, sin embargo, de tipicidad social.

Sin embargo, son muy pocos los Ordenamientos que han dado el paso de dar definición legal típica a este contrato tan novedoso.

Podemos recordar entre los que de alguna forma, por lo menos en general, lo regulan:

- En Francia un decreto define este contrato.³³
- Reforma al Código de Comercio alemán, Ley de 6 de agosto de 1953 (artículos 85 a 102).
- Código Civil italiano. Arts. 1742 al 1753.
- Ley de Bélgica de 27 de julio de 1961, que regula el contrato de distribución.
- Regulación de la Comisión Federal de los Estados Unidos. Declaraciones y prohibi-

26. GALLEG0, *op. cit.*, p. 77.

27. MONGE-OREAMUNO, p. 45. V. STUMPF, H.

28. GALLEG0, *op. cit.*, p. 96.

29. V. DIFERNAN, *op. cit.*, p. 705.

30. GALLEG0, *op. cit.*, p. 97.

31. GALLEG0, *op. cit.*, p. 79.

32. Sobre las nuevas nociones de "grupos de empresas" GALLEG0, *op. cit.*, p. 17.

33. GALLEG0, *op. cit.*, p. 40.

ciones relacionadas con la franquicia comercial y los *business opportunity Venture*.

- Ley española 16 de 1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.
- Ley española 26 de 1984 de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios.
- Ley española 32 de 1988 de 10 de noviembre. Marcas.
- Convenio Centroamericano para la protección de la Propiedad Industrial. Decreto N° 45 de 25 de abril de 1983.
- Ley de patentes de invención, dibujos y modelos industriales y de utilidad. Ley N° 6867 de 25 de abril de 1983.
- Reglamento de patentes de invención, dibujos y modelos industriales y de utilidad. D. 15222 de 12 de diciembre de 1983.

Desarrollo en Europa.

En Europa el ascenso ha sido rápido: en un principio actuaron bajo esta modalidad contractual solamente algunas pocas empresas de USA (como Hertz, Holiday Inn, Avis, etc.).

En una segunda fase encontramos empresas europeas (impulsadas por las mismas necesidades del comercio). Se ha hablado de una franquicia a la europea, para distinguirla de la franquicia "a la americana" (por su diverso sentido funcional y psicológico).³⁴

Europa. Distribución Interna.

Francia representa más del 50 por ciento de la franquicia comunitaria.³⁵

"En los últimos meses se han desarrollado considerablemente en la Comunidad los acuerdos de franquicia como nueva forma de distribución".³⁶

La CEE.

Ya en los datos positivos del Derecho Comunitario Europeo vigente encontramos definido el concepto:

En diversos casos se reconoció la existencia de la laguna:

Se habló de la "necesidad de completar el marco jurídico de esta singular figura mediante una reglamentación de carácter europeo".³⁷

La jurisprudencia comunitaria.

En diversos casos se cuestionó si determinadas cláusulas contractuales de las franquicias comerciales tenían relevancia comunitaria, al afectar el comercio entre los Estados miembros.

Esta fue la razón por la que los órganos europeos se ocuparon de la figura, pero los alcances de éste superan el tema del Derecho de la Competencia.

Ya en la jurisprudencia de la CEE, desde 1986 se hablaba claramente de acuerdos de franquicia:

Ha sido célebre la Sentencia Pronuptia (1986)... que aplicó por primera vez el artículo 85 del TCEE a un acuerdo de franquicia... impulsó a la Comisión a adoptar un reglamento de exención por categorías (Reglamento 4.087/88 de 30 de noviembre de 1988).³⁸

Los reglamentos comunitarios.

Dentro de las principales regulaciones que han permitido el desarrollo doctrinal, jurisprudencial y legislativo en Europa podemos mencionar:

- El Reglamento (CEE) N° 2349/84 de la Comisión de 24 de julio de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del Tratado a

34. GALLEGOS, *op. cit.*, p. 21.

35. GALLEGOS, *op. cit.*, p. 22.

36. CEE, *La política de competencia en el mercado único. Objetivo 92*. Documentación europea. 1989, p. 40.

37. PÉREZ BUSTAMANTE, Jaime y DE MINGO, María, *Un estatuto europeo para la franquicia*, y GALLEGOS, *op. cit.*, p. 68.

38. PÉREZ BUSTAMANTE, Jaime y DE MINGO, María, *Un estatuto europeo para la franquicia*, GALLEGOS, *op. cit.*, p. 68. El Reglamento 4087/88 sigue en esencia las indicaciones del Tribunal... GALLEGOS, *op. cit.*, p. 18.

determinadas categorías de acuerdos de patentes.

- El Reglamento (CEE) N° 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a la categoría de los acuerdos de franquicia.

"Se trata de un reglamento de exención por categorías en el campo de los acuerdos de franquicia (Reglamento N° 4087/88 DOL 359 de 1988 de la Comisión). Este Reglamento se basa en el principio de que la exención debe aplicarse a todos los sectores económicos, incluidos aquellos para los cuales ya se han adoptado exenciones por categorías específicas (vehículos de motor, cerveza, estaciones de servicio), ya que se considera que los acuerdos de franquicia son de naturaleza distinta a los de distribución y compra exclusivas... La exención por categorías cubre las franquicias de distribución y servicios, pero no las de fabricación que normalmente consisten en licencia de patente, *know how* o marcas comerciales".³⁹

El Reglamento 4087/88 sigue en esencia las indicaciones del Tribunal.

- El Reglamento (CEE) N° 556/89 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de *know how*.

La doctrina europea y sus tres principales temas.

A la luz de la experiencia norteamericana la doctrina europea se ha cuestionado los mismos problemas, que se resumen en tres categorías:⁴⁰

a) La salvaguardia del orden económico.

Sabemos que las regulaciones llamadas *anti-trust* tienden a salvaguardar un modelo económico, determinando los controles sobre la libertad.

b) La tutela de los contratantes débiles.

Sobre este tema, recordemos que en 1970 el Procurador General del Estado de Nueva York publicó un reporte en el cual se indicaban los abusos más frecuentes —entre ellos—: sociedades que tratan de entrar en posesión de las propias franquicias de mayor éxito, mediante la imposición de irrazonables cláusulas contractuales o mediante arbitrarios rompimientos de contratos.⁴¹

c) La tutela de los ahorrantes.

Mediante adecuadas normas relativas a la información, la comunicación y la publicidad.

Delimitación conceptual.

LA FRANQUICIA COMERCIAL PUEDE VERSE COMO CONTRATO O COMO PARTE DE UNA RED; TAMBIÉN COMO CONJUNTO DE DERECHOS SOBRE BIENES INMATERIALES (propiedad industrial).

Como contrato: (Visión Individual).

Puede analizarse como convenio aislado.⁴²

Visto como contrato se enfatiza a veces su carácter de contrato especial de comercialización; en otras ocasiones se insiste en su carácter de contrato relativo a la propiedad industrial del franquiciador: una marca, licencia, signos distintivos, *know how* (manual operativo) nota

39. CEE, *op. cit.*, p. 41.

40. FRIGNANI, Aldo, *Il controllo del "franchising" nella sua fase di sviluppo; esperienza statunitense e strumenti giuridici utilizzabili in Italia*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè-ed., Milano, marzo de 1976, anno XXX, N° 1, p. 239 y 246.

41. FRIGNANI, *op. cit.*, p. 243.

42. Sobre el franchising como convenio aislado GALLEGÓ, *op. cit.*, p. 17.

común a toda modalidad de Franquicia según la Sentencia Pronuptia (TJCEEE).⁴³

a) Para algunos con énfasis en la comercialización.

"...la franquicia aparece como un convenio entre un productor/mayorista —franquiciador— y un distribuidor —franquiciado—, en virtud del cual el primero transmite a este último sus productos o servicios; así como un complejo relativo a bienes de la propiedad industrial —licencias de patente, marcas y demás signos distintivos y *know how*— asegurando la asistencia y la prestación de servicios necesaria para llevar a cabo la explotación de su empresa".⁴⁴ "Como contraprestación, el franquiciado asume toda una serie de obligaciones correlativas, entre las que se destaca el pago a aquél de una suma fija al inicio del contrato —derecho de entrada— (o *entry fee*) y/o cánones periódicos sobre la cifra de negocios durante la vida del mismo".⁴⁵

b) Para otros con énfasis en la propiedad intelectual.

"Consisten esencialmente en la *licencia de derechos de propiedad industrial o intelectual* (marcas o nombres comerciales o *know how*), que se explotan con la finalidad de vender artículos o prestar servicios a los usuarios finales en instalaciones de aspecto uniforme y con los mismos métodos comerciales".⁴⁶

Cláusulas del convenio.⁴⁷

Visto como contrato es usual que contenga las siguientes cláusulas:

1. Sobre el área de actividad.
2. s/la propiedad industrial.
3. s/el local.
4. s/los productos.
 - aprovisionamiento exclusiva.
 - *stock* mínimo obligatorio y cuota de reventa.
 - precio de reventa.
 - *stock* sobrante.
5. Cláusulas relativas a la asistencia técnica y comercial.
 - modalidades operativas. Selección y formación personal del franquiciado.
 - Cláusulas relativas a la acción publicitaria y promocional.
6. Cláusulas relativas a la asistencia de gestión contable, administrativa y financiera.
7. Cláusulas relativas al derecho de entrada y *royalties*.
8. Cláusulas relativas a la duración-terminación.
9. Cláusula de exclusiva.
 - exclusiva de aprovisionamiento.
 - exclusiva territorial.
10. Pacto de no competencia.
11. Cláusulas relativas al control.

Como red: Visión global.

Puede verse también como red integrada de colaboración⁴⁸ pues "instaura entre los dos empresarios una relación de colaboración, entendida como relación instrumental respecto a un interés común" para un fin común: la comercialización,⁴⁹ bajo una dirección central.⁵⁰

43. GALLEGO, *op. cit.*, p. 63.

44. GALLEGO, *op. cit.*, p. 24.

45. GALLEGO, *op. cit.*, p. 24.

46. C.E.E., *op. cit.*, p. 40.

47. GALLEGO, *op. cit.*, p. 44 y ss.

48. Sobre el franchising como una red integrada de distribución GALLEGO, *op. cit.*, p. 17.

49. GALLEGO, *op. cit.*, p. 25.

50. "El franquiciador dirige todo el entramado estableciendo modos de venta, administrando su propio nombre y signos, la política de precios, el *marketing*... y lo impone a sus adheridos" GALLEGO, *op. cit.*, p. 17.

"...podemos afirmar que el *franchising* o franquicia comercial es un contrato de colaboración empresarial por el cual el franquiciante autoriza el uso de su marca o *know how*, asistiendo y controlando al franquiciado en la producción de bienes o servicios, a cambio de una prestación dineraria".⁵¹

Se trata de un sistema de colaboración entre productor (o revendedor) de bienes u oferente de servicios (*franchisor*) y un distribuidor (*franchisee*), jurídica y económicamente independientes uno del otro, pero vinculados por un contrato, en virtud del cual el primero concede al segundo la facultad de entrar a formar parte de la propia cadena de distribución, con el derecho de disfrutar, bajo determinadas condiciones y a cambio del pago de una suma de dinero, de patentes, marcas, nombre, símbolos e inclusive simples fórmulas o secretos comerciales; además el primero se obliga a cierto aprovisionamiento de bienes o servicios, mientras que el segundo se obliga a conformarse a una serie de comportamientos prefijados. Así, algunos ponen el acento sobre el derecho a disfrutar de los bienes inmateriales referibles a la empresa concedente (signos distintivos —nombre, marca— patentes o a aquellas fórmulas o secretos comerciales a los que se alude en la literatura jurídica de hace algún tiempo, con la expresión sintética *know how*).⁵²

Globalmente: es un sistema organizado de distribución, sin modificar el estatuto jurídico de la empresa (dados los inconvenientes del recurso a las técnicas societarias).

Hay comunión de intereses en la comercialización de los bienes o servicios. Se habla de "una red de empresas satélites, autónomas como entidades jurídicas, pero ligadas contractualmente a la empresa promotora, a los fines de exigir de ella la producción o la venta de los propios productos o servicios, con organización

descentralizada y capilar a la cual todas las empresas agregadas participan con iniciativa, gestión y riesgo propios e independientes".⁵³

Análisis del reglamento.

Acuerdo de franquicia es, para el artículo 1.3n del Reglamento Comunitario Europeo, "el contrato, en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de franquicia para comercializar determinados productos y/o servicios y que comprende, por lo menos: —el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o los medios de transporte objeto del contrato, —la comunicación por el franquiciador de un *know how*, —la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del contrato".

Know how.

"Por *know how* se entiende un conjunto de conocimientos prácticos no patentables, derivados de la experiencia del franquiciador y verificados por éste, que es secreto, substancia e identificado".⁵⁴

Exclusividad.

El franquiciante (o franquiciador) tiene entre sus obligaciones, en el territorio contractual (arts. 1 y 2 del Reglamento):

- no conceder el derecho de explotar la franquicia o parte de ella a terceros.
- no explotar por sí mismo la franquicia, no comercializar por sí mismo los productos o servicios objeto de la franquicia, con arreglo a una fórmula similar.

51. Roy-13: Concepto de RIVERA, Carlos, p. 185.

52. BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, p. 643.

53. BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, p. 643.

54. PÉREZ BUSTAMANTE, Jaime y DE MINGO, María, *Un estatuto europeo para la franquicia*, GALLEGO, op. cit., p. cit., GALLEGO, op. cit., p. 72.

- no suministrar por sí mismo a terceros los productos del franquiciado.

Esta cláusula *consagra el principio de exclusividad territorial reconocido al franquiciado*, principio que lo protege frente al establecimiento de otro franquiciado, o del propio franquiciador en el territorio contractual.⁵⁵

Europa: Insuficiencia de la regulación.

En primer lugar, la regulación europea es parcial, dado que se admite como *franchising* solamente el de distribución o el de servicios.

El énfasis ha sido puesto en el Derecho de la Competencia, dejándose de lado el Derecho Contractual.

Se afirma la inaplicabilidad del Reglamento 4087/88 a los contratos de franquicia industrial (porque se dice que para ellos hay exenciones sobre patentes y *know how*).⁵⁶

En Europa no tiene la franquicia siquiera un régimen mínimo.⁵⁷ "No existen... preceptos legales que, de forma directa fijen el complejo de derechos y obligaciones implicados en un contrato de franquicia..."⁵⁸ El único Convenio Internacional que se cita es el Tratado de Roma de 1980 sobre ley aplicable a relaciones contractuales.⁵⁹ Tampoco la existencia de los Códigos deontológicos de las Federaciones de Franquicia contribuyen a resolver el vacío.

"su utilidad se ve limitada por la ausencia de carácter vinculante".⁶⁰

El Código Deontológico Europeo de la Franquicia: (elaborado por la Federación Europea de la Franquicia en concierto con los servicios de la Comisión C.E.E.) "centrándose en el aspecto de la competencia, olvida otros tan importantes como el contractual, conclusión y renovación, el de la paridad de los contratantes, o el de la oferta cierta al público..."⁶¹

A falta de una mejor regulación en Europa, la Franquicia comercial ...puede convertirse en una fuente de riesgos para el franquiciado, como parte contractual económicamente más débil.

Gran parte de estos peligros... se deben al comportamiento anormal y a la actitud engañosa del franquiciador, que en ocasiones, explota la falta de experiencia empresarial de los franquiciados.⁶²

Quedan muchos temas pendientes de regulación a nivel comunitario en Europa, como:

- la ruptura en período contractual o la no renovación a la llegada del término.
- la responsabilidad.

Indemnizaciones complementarias:

- el *stock*.⁶³
- indemnización de clientela.⁶⁴

"La clientela que él ha incrementado, si no creado, quedará normalmente vinculada al producto y a la marca del franquiciador más que a su propio establecimiento comercial".⁶⁵

55. PÉREZ BUSTAMANTE, Jaime y DE MINGO, María, *Un estatuto europeo para la franquicia*, GALLEGO, op. cit., p. 24.

56. GALLEGO, op. cit., p. 68.

57. GALLEGO, op. cit., p. 40.

58. GALLEGO, op. cit., p. 37.

59. GALLEGO, op. cit., p. 40.

60. GALLEGO, op. cit., p. 59.

61. GALLEGO, op. cit., p. 60.

62. GALLEGO, op. cit., pp. 27 y 28.

63. GALLEGO, op. cit., p. 110.

64. GALLEGO, op. cit., p. 111.

65. GALLEGO, op. cit., p. 17.

- justificación.⁶⁶
- incremento de clientela.⁶⁷
- clientela desarrollada.⁶⁸
- por inversiones: la extinción del convenio le impedirá amortizar las inversiones que, en la mayoría de los casos le han sido impuestas en sede contractual.⁶⁹

"La Comisión, en sus decisiones individuales, no ha dudado en conceder el beneficio de la exención a los acuerdos de exclusividad suscritos por el franquiciador en favor del franquiciado, al considerar que la inversión realizada por el franquiciado, justifica plenamente la necesidad de otorgarle una cierta protección contra la competencia, ya sea del franquiciador o de cualquier otro franquiciado, en el territorio contractual."⁷⁰

- Indemnizaciones por despido de personal.⁷¹
- El stock sobrante.⁷²
- Una disciplina preventiva que obliga al franquiciador a informar al candidato a franquiciado. Como en USA en particular la *Full disclosure act (franchising and business opportunity ventures trade regulations Rule)* que regula la conducta anterior al contrato. *Disclosure (USA)*⁷³ (*Full disclosure rule; misrepresentation*).

En Europa no hay algo parecido; tenemos aquí otra laguna.⁷⁴

- Disciplina en el momento de la conclusión del contrato reglas de los contratos de adhesión.⁷⁵
- Disciplina durante la vida del contrato: relación duradera.⁷⁶
- Disciplina para la conclusión del contrato.⁷⁷

Otros temas que exigen regulación adecuada son:

- **Franquicia de duración determinada.**⁷⁸
 - La llegada del término.
 - Denuncia y preaviso.
 - Derecho eventual a la prórroga.
 - Resolución anticipada.
- **Franquicia de duración indeterminada.**⁷⁹
 - Denuncia y preaviso.
 - Resolución.
 - Ruptura unilateral.

Nuevas tendencias en Europa: El trabajo de UNIDROIT.

"En su 67 período de sesiones, el Consejo de Administración, pidió a la Secretaría que recogiera información sobre el tema de la franquicia comercial (*franchising*) especialmente en lo que respecta al contenido de este tipo de contrato en los distintos países. En su 68 período de sesiones celebrado en abril de 1989, el Consejo de Administración consideró los resul-

66. GALLEGO, *op. cit.*, p. 112.

67. GALLEGO, *op. cit.*, p. 113.

68. GALLEGO, *op. cit.*, p. 115.

69. GALLEGO, *op. cit.*, p. 17.

70. PÉREZ BUSTAMANTE, Jaime y DE MINGO, María, *Un estatuto europeo para la franquicia*, GALLEGO, *op. cit.*, p. 75.

71. GALLEGO, *op. cit.*, p. 118.

72. GALLEGO, *op. cit.*, p. 118 (recompa).

73. GALLEGO, *op. cit.*, p. 86.

74. GALLEGO, *op. cit.*, p. 86.

75. GALLEGO, *op. cit.*, pp. 80, 92.

76. GALLEGO, *op. cit.*, p. 95.

77. GALLEGO, *op. cit.*, p. 99.

78. GALLEGO, *op. cit.*, p. 102.

79. GALLEGO, *op. cit.*, pp. 105 a 109.

tados de un examen de contratos de franquicia comercial de 12 países y el texto de la disposición recientemente adoptada por la CEE que exime a determinadas categorías de acuerdos de franquicia comercial de la aplicación del artículo 85.3 del Tratado de Roma.

El Consejo de Administración decidió que el tema de la franquicia comercial debía seguir figurando en el programa de trabajo".⁸⁰

El futuro: La franquicia y el derecho de la competencia.

Los posibles efectos del reconocimiento de esta figura en Europa se darán necesariamente en diversos niveles:

- nivel jurídico doctrinal.
- nivel jurisprudencial.
- nivel económico.
- nivel político.

El Derecho de la competencia se articula en dos sectores:

- competencia desleal.
- libre competencia.

Es claro que el *franchising* afecta fundamentalmente al Derecho protector de la libre competencia...⁸¹ afecta a la competencia *intra-brand* (dentro de una misma marca), tiene un efecto altamente positivo sobre la *interbrand* (entre diversas marcas).⁸²

Se ha dicho que como instrumento de integración empresarial la franquicia suprime la concurrencia a nivel de detallistas para instaurarla entre productores. La integración deja subsistir la autonomía patrimonial, pero suprime la independencia económica.

Uno de los méritos de la regulación europea es el de haber delimitado las cláusulas no restrictivas de la competencia:

- prohibición de divulgar en *know how*.
- prohibición de utilizar el *know how* para otros fines.
- cláusula de retorno de conocimientos.⁸³

Estas cláusulas son necesarias al mantenimiento de la identidad común y la reputación de la red de franquicia:

- derecho de selección de los franquiciados, cláusula de local.
- cláusula sobre la acción publicitaria; obligación de vender los productos objeto de la franquicia sólo a los usuarios finales; obligación de indicar su calidad de comerciante independiente.
- cláusulas de aprovisionamiento exclusivo.
- cláusulas de protección territorial frente al franquiciador⁸⁴ y frente a los otros franquiciados.⁸⁵
- prohibición de explotar la franquicia fuera de los locales objeto del contrato.⁸⁶
- prohibición de concluir acuerdos fuera del territorio.

También en Europa se han delimitado las cláusulas restrictivas de la competencia no cubiertas por la exención.⁸⁷

- Cláusulas relativas a los productos.
- Cláusulas relativas a los derechos de propiedad industrial.
- Cláusula de protección territorial absoluta.
- Cláusula relativa a imposición de precios.

80. CNUDMI, A/CM.9/ 331 de 23 de abril de 1989.

81. GALLEGU, *op. cit.*, p. 18.

82. GALLEGU, *op. cit.*, p. 18.

83. GALLEGU, *op. cit.*, pp. 143 y ss.

84. GALLEGU, *op. cit.*, p. 166.

85. GALLEGU, *op. cit.*, p. 166.

86. GALLEGU, *op. cit.*, p. 167.

87. GALLEGU, *op. cit.*, pp. 169 a 175.

CONCLUSIÓN

La juiciosa regulación de la legislación norteamericana, que parece insistir demasiado en la Licencia de Marca para caracterizar el fenómeno⁸⁸ no parece haberse reflejado mucho a nivel legislativo en Latinoamérica.

El ejemplo de Europa al admitir normativamente esta figura contribuirá, sin duda, a su esclarecimiento en América y, particularmente, en América Latina, donde suele confundirse con otros contratos de mera distribución, de producción o de representación, para los cuales existen algunas regulaciones.

De ahí la importancia de los procesos que en este momento se están dando en Europa, en relación con el *franchising*, con los cuales, puede decirse definitivamente consolidado el concepto en el plano legislativo (supralegislativo, realmente) y nada menos que para todos los países europeos, miembros de la Comunidad.

"...esta nueva reglamentación comunitaria favorecerá, sin duda, la negociación de una legislación internacional en el seno del GATT, con el fin de eliminar ciertas barreras creadas por determinados países que constituyen un obstáculo importante para la plena liberación del comercio internacional."⁸⁹

"El estudio del *franchising* presupone el análisis de contenidos variables y complejos que puede asumir cada concesión... Sin embargo, el fenómeno se caracteriza por algunas constantes ya señaladas en la experiencia norteamericana, con amplia difusión en Europa.

Tales características, reducidas al mínimo, pueden resumirse así: acuerdo de cooperación y de agregación entre empresas económica y

jurídicamente independientes; concesiones a título oneroso de algunas facultades y privilegios en la utilización de bienes inmateriales de la empresa concedente (las formas de contraprestación son variables y se definen como *royalties*)."⁹⁰

El principal mérito de las nuevas regulaciones europeas es que en ellas se define un mínimo contenido de la franquicia:⁹¹

- a. El uso de una denominación o rótulo común.
- b. Una presentación uniforme de locales.
- c. La comunicación de un *know how* (secreto, substancial e identificado).

"Los acuerdos de franquicia tienen, por lo general, un efecto positivo sobre la competencia. Mejoran la distribución, puesto que dan al cedente de la franquicia la posibilidad de establecer una red de distribución uniforme sin necesidad de grandes inversiones, lo que puede facilitar la entrada en el mercado de nuevos competidores, particularmente en el caso de empresas medianas y pequeñas, lo cual incrementa la competencia entre marcas."⁹²

"Permiten asimismo a los comerciantes independientes establecer puntos de venta más rápidamente y con mayores posibilidades de éxito que si tuvieran que hacerlo sin la experiencia y la ayuda del cedente de la franquicia. En consecuencia, tienen la posibilidad de competir eficazmente con grandes empresas de distribución."⁹³

"Por último, permiten a los consumidores y otros usuarios finales compartir una parte de los beneficios resultantes, puesto que combinan la ventaja de una red de distribución uniforme con la existencia de comerciantes interesados personalmente en la buena marcha de su negocio."⁹⁴

88. En USA lo principal es la licencia de marca.

89. PÉREZ BUSTAMANTE, Jaime y DE MINGO, María, *Un estatuto europeo para la franquicia*, GALLEGOS, op. cit., p. 69.

90. BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto Civile*, p. 642.

91. GALLEGOS, op. cit., pp. 130, 131.

92. CEE, op. cit., p. 40.

93. CEE, p. 40.

94. CEE, p. 41.

Dada la atipicidad de este contrato no basta remitirse a las formas existentes en la ley.

La doctrina nacional ha dado la alarma en relación con el riesgo de aplicar leyes que no fueron específicamente diseñadas para esta nueva forma contractual y se han mostrado los cuidados que se deben tener para evitar que con la aplicación de la Ley "se desvirtúe el contenido mismo del contrato".⁹⁵

También en la doctrina extranjera hay análogas consideraciones: Se ha hablado de la necesidad de evitar alterar la sustancia de la relación, teniendo cuidado con los riesgos de "la sugestión de situaciones donde es muy dudosa la analogía".⁹⁶

Deben evitarse las analogías forzadas; debe tenerse en cuenta que estamos ante una forma contractual que no tiene regulación realmente específica dentro de nuestro Derecho.

Por lo pronto: Frente a la ausencia de norma, estando dentro del mundo de la autonomía privada, el intérprete debe referirse a lo que las partes hayan contratado, en primer término y, seguidamente a los principios fundamentales del Derecho Privado, entre los cuales destacan la buena fe (no sólo en la formación del contrato, sino también en su fase de ejecución), los deberes de comunicación y ayuda, el verdadero daño causado con las actitudes unilaterales de una parte, así como la falta de justificación de su conducta.

Ya la doctrina europea de autores como Guyenot, Frignani, Busnelli y Gallego ha permeado nuestro pensamiento. Corresponde ahora la tarea a la legislación.

Es de esperar que pronto surjan reformas legislativas para incorporar esta figura contractual en los distintos Ordenamientos Latinoamericanos, que usualmente encuentran su faro en Europa.

Sin embargo, la verdadera respuesta que los juristas debemos dar a esta figura de carácter transnacional debe ser internacional. Es importante pensar en una convención internacional, una ley uniforme, o por lo menos una ley modelo (como lo ha hecho UNCITRAL en materia de arbitraje), para la regulación del *franchising* en América.

Las ventajas son innumerables y saltan a la vista.

"Considerando que la franquicia ha contribuido a disminuir en los países industriales los índices de desempleo, parecen evidentes las ventajas que puede reportar... donde escasea la inversión y donde las empresas rehúyen el riesgo de ampliación."⁹⁷ Ella es "...un instrumento eficaz para elevar la calidad de los servicios".⁹⁸

Una clara comprensión de las reglas de juego de la franquicia comercial y una regulación adecuada de esta figura sería, sin duda, un estímulo importante para la inversión, pues tanto franquiciante como franquiciado tendrán seguridad jurídica en sus relaciones contractuales.

95. Monge-Oreamuno: p. 238.

96. BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, p. 646.

97. GALLEGOS, *op. cit.*, p. 36.

98. GALLEGOS, *op. cit.*, p. 37.

Por lo tanto:

Se somete a la consideración de la
XXIX CONFERENCIA INTERAMERICAN BAR ASSOCIATION

Las siguientes bases generales de trabajo para una Convención Interamericana o Ley Modelo que regule los 3 grandes temas del *franchising*:

El texto deberá tratar los siguientes grandes temas:

a) la salvaguardia del orden económico.

Deberá determinarse el marco de la libertad de iniciativa económica privada, regulándose la libre competencia y la admisibilidad de las limitaciones establecidas contractualmente.

b) la tutela de los contratantes débiles.

Este tema presenta aristas de especial relieve que deben regularse, como las relativas a la interrupción unilateral de la relación antes del plazo pactado.⁹⁹

Otro aspecto que tiene que ver con la tutela de los contratantes débiles, que merece consideración, es el relativo a los contratos tipo o de adhesión y su interpretación.

c) la tutela de los ahorrantes.

Se ha observado que los abusos más frecuentes se dan en relación con la falta de información y de buena fe (*full disclosure*, en la legislación norteamericana) entre los contratantes y con abusos en la publicidad.¹⁰⁰

Se tratará entonces de exigir una amplia comunicación de datos y hechos en la venta de las franquicias.¹⁰¹

Sobre estos principios será posible algún día en América favorecer la inversión y ocupación laboral que genera esta novedosa forma contractual, dentro de marcos legales donde se tutele el libre mercado, la parte débil y el inversionista.

NOTA: Esta ponencia fue aprobada por la Comisión de Derecho Civil, de la *XXIX Conferencia Interamerican Bar Association*, San José, Costa Rica, 22 a 26 de noviembre 1991.

BIBLIOGRAFÍA

BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto Civile, Obbligazioni e contratti*, 3, UTET, Torino, 1989, p. 642.

CEE, *La política de competencia en el mercado único. Objetivo 92*. Documentación europea, 1989.

CNUDMI, A/CN.9/ 331 de 23 de abril de 1989.

COMITÉ BELGA DE DISTRIBUCIÓN. *Franchising. Una revolución comercial*. Barcelona, Editorial Hispano Europea, 1973.

CHAVANNE, Albert, *El contrato de know how*, *Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística*, México D.F., año VI, enero-junio de 1968, N° 11.

99. FRIGNANI, p. 243.

100. FRIGNANI, p. 243.

101. Tal fue el fin del senador Williams cuando presentó en USA el correspondiente proyecto. S. 3844, 91^a Congress, 1^a session (1970).

- DIFERNAN, Bonifacio, *Curso de Derecho Civil Panameño*, tomo VI, Editorial La Antigua, Panamá, 1989.
- ESCOBAR SANIN, Gabriel, *Negocios civiles y comerciales. Negocios de sustitución... Mandato y agencia comercial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1987.
- FOLSOM, Ralph, *International Business Transactions*, St. Paul. Minn, West Publishing Co., 1986.
- FRIGNANI, Aldo, *Il controllo del "franchising" nella sua fase di sviluppo; esperienza statunitense e strumenti giuridici utilizzabili in Italia*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè-ed., Milano, marzo de 1976, anno XXX, Nº 1.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, *La franquicia*, Grefol, Madrid, 1991.
- GILL REUSCHLEIN, Harold y GREGORY, Williams, *Agency and Partnership*, West Publishing Co. St. Paul, Minn. 1979-1981.
- GUYENOT, Jean, *¿Qué es el franchising?*, Ediciones Jurídicas América-Europa, Buenos Aires, 1977.
- LADAS, P. Stephen, *Protección jurídica del know how*, *Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística*, México D.F., año I, julio-diciembre de 1963, Nº 2.
- MARZORATI, Osvaldo, *Sistemas de distribución comercial*, Astrea, Buenos Aires, 1990.
- MONGE RODRÍGUEZ, Gonzalo; OREAMUNO, Carlos, *El contrato de franchising*, tesis, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1989.
- PELLA, Ramón, *Los contratos de licencia de explotación de patentes y los royalties*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1972.
- PÉREZ BUSTAMANTE, Jaime; DE MINGO, María, *Un estatuto europeo para la franquicia*. Análisis del reglamento número 2.087/88 de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 85.3 TCEE a ciertas categorías de franquicia, en relación con la Sentencia Pronuptia y con las decisiones individuales de la Comisión. *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, Nº 191, enero-marzo.
- STUMPF, Herbert, *El contrato de know how*, Temis, Bogotá, 1984.