

Polotto, Ernesto R. B.; Marín Henríquez, Cristina

Franquicia

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Polotto, E. R. B., Marín Henríquez, C. (2012). Franquicia [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en:

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/franquicia-polotto-marin-henriquez.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

FRANQUICIA

ERNESTO R. B. POLOTTO Y CRISTINA MARÍN HENRÍQUEZ

I. Introducción. Generalidades. Naturaleza.

El Proyecto de Código Civil Unificado regula la franquicia comercial en los arts.1512 a 1524 (Cap. 20). El ordenamiento que se propone encuentra sus antecedentes en el régimen español, que continúa considerándola como negocio atípico, tiene fuentes normativas (Reg. CCE 4087/88) a partir del Real Decreto 2485/1998; art. 62 de la ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista y crea el Registro de Franquiciadores.

Comprendida, hasta hoy, dentro de los contratos llamados atípicos; por su uso frecuente en la praxis, cuenta con una tipicidad “social”.¹

La regulación legal proyectada resulta minuciosa ante el fluir natural del mundo empresario y constituir un brete para su futuro desenvolvimiento. Un esquema legal, aun meramente dispositivo como en este caso, delinea un elenco de obligaciones y derechos, que adquieren relevancia al momento de la integración e interpretación. Ergo, es preferible, una saludable parquedad que permita la operatividad de la autonomía de la voluntad, la doctrina y la jurisprudencia². El Proyecto va más allá de las regulaciones internacionales, que desaconsejan adoptar un estereotipo legal debido a la multiplicidad de modalidades que reconoce la práctica y su permanente estado de evolución³

El “franchising”, como se lo conoce en los negocios internacionales, proviene de las prácticas norteamericanas, primero, y europeas después. Constituye un sistema de comercialización de bienes o servicios bajo el nombre, emblema o marca comercial del franquiciante, poseedor los conocimientos técnicos y supone la prestación continua de asistencia técnica y comercial⁴.

1. Cosentino, Víctor Sergio y López Raffo, Francisco M. en Tratado de Derecho Comercial, bajo la dirección de Ernesto E. Martorell, Contratos Comerciales Modernos, Buenos Aires 2010, tomo IV, págs. 437 y ss.; Lorenzetti, Ricardo L., Tratado de los Contratos, Rubinzal-Culzoni, tomo 1, pág. 665; Etcheverry, Raúl A. Contratos, parte especial, Astrea, t. I, pág. 389; Marzorati, Osvaldo J. “Derecho de los negocios internacionales”, Buenos Aires, Astrea, 3ra. ed. actualizada y ampliada, 2003, 2, págs. 91 y ss.).

2. Desde algunos años atrás Unidroit quiso perfilar sus datos básicos, y arribó a la conclusión que no era necesario elaborar un modelo-tipo. A comienzos del 2002 se dio a publicidad un modelo de ley sobre datos mínimos que el franquiciante debe suministrar al franquiciado, Marzorati, op. cit. en nota 1, pág.93).

3. Cámara de Comercio internacional, cit. por Marzorati, op. cit. en nota 1. pág.93 y mejor aún id. “Sistemas de distribución comercial”, Astrea, 1990, pág. 191, id. con variaciones la Asociación Internacional de Franchising, Asociación Alemana de Franchising.

4. Art. 1512 del Proyecto. La contraprestación del franquiciado, que el proyecto denomina “directa o indirecta” usualmente es un canon, a menudo articulado con los ingresos o utilidades. Suele pagarse al franquiciante una suma de dinero al iniciarse la relación(de entrada o ingreso al sistema) más regalías periódicas por los servicios, pagos por el entrenamiento del franquiciado y suplementarias por otros servicios, inspecciones, auditorias, consultas, etc.).

La contraprestación del franquiciado, para el Proyecto, “directa” o “indirecta”, usualmente consiste en un canon, a menudo articulado con los ingresos o las utilidades. Suele pagarse al titular del negocio una suma de dinero al iniciarse la relación (de entrada o ingreso al sistema) más regalías periódicas omnicomprendivas de los servicios, por el entrenamiento del receptor y su personal y suplementarios (inspecciones, auditorías, consultas etc.).

Cumple una función económica clave, dentro de los actuales sistemas de distribución integrada. Permite al propietario incrementar su negocio sin arriesgar su capital, evitando asumir la propia expansión por medio de sucursales o filiales. Impone a la contraparte sus directrices, en orden al futuro desarrollo del negocio, por lo que cabe la inserción de reglas de tutela de la parte débil y en ese sentido, el Proyecto contiene una normativa que parece tibia, en principio, o por lo menos que no significa un avance respecto al sistema actual, dado que la noción de consumidor no ampara, aun al pequeño empresario. El Proyecto genera dudas que seguramente —en caso de sancionarse—serán superadas por la jurisprudencia y la doctrina.

El sistema supone redes de distribución, en la que los consumidores identificaran los productos fabricados o distribuidos, con el franquiciante, como si se tratara de un único empresario y produciéndose un efecto de homogenización de la empresa y establecimiento del franquiciado con los del franquiciador⁵. La regulación de responsabilidades en las redes integradas — no parece debidamente tratado por el Proyecto, sobre todo frente a las reglas del orden público laboral.

II. Naturaleza jurídica. Control societario. Propiedad intelectual: requisitos de cesión

De ejecución continuada, constituye una modalidad del contrato de concesión mercantil y de colaboración empresarial, con licencia de marca, transferencia de tecnología venta de mercaderías, de cesión de un “hacer práctico”, con su asistencia técnica⁶. Indiscutible, en una de sus formas primeras y más extendida, denominada “de distribución”, donde el concesionario únicamente ofrece a su clientela los productos del principal y usando los signos distintivos de este; mientras que el receptor desarrolla el modelo de empresa que le otorga el franquiciante. No parece equivocado relacionar este contrato con la concesión que el Proyecto trata en el capítulo precedente (Cap. 18, arts.1.502 y ss.), como tampoco con las reglas de la distribución, con las que se encuentra íntimamente relacionado.

El Proyecto exige, primero, que el franquiciante sea el titular “exclusivo” del conjunto de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás comprendidos en el “sistema”, lo que parece exagerado y poco conciliable con la práctica. Luego el apartado 2do del artículo 1512, “in fine” dispone: o, en su caso, tener derecho a su utilización y transmisión, supuesto que se acerca mejor a lo usos actuales.

El franquiciante tiene vedado la participación accionaria de control, directa o indirectamente, en el negocio del franquiciado. Se trata de dos empresarios independientes, aunque no en relación de igualdad. Esto merece una doble reflexión. La limitación a la participación “accionaria” parece un mero error de redacción, porque el negocio esta abierto a todos los tipos societarios. Cuando se refiere a participación de “control”, implica la tenencia en manos de un grupo de socios del capital social o detentar “particulares vínculos” necesarios para la formación de la voluntad societaria, en los términos del art. 33 de la ley de sociedades. Salvado dicho extremo, el franquiciante podría ser socio del franquiciado.

5. De la Cuesta Rute, José María –Valpuesta Gastaminza, Eduardo “Contratos Mercantiles”, Bosch, Barcelona, 2001, tomo I, pág. 372.

6. Marzorati, op. cit. en l, pág. 95. Como submodalidad de la concesión, según el autor es la posición de Guyenot.

III. Plazo

Para el art. 1512 cit., “in fine”, no puede ser inferior a dos años. En los contratos de “empresa” de distribución integrada, el plazo mínimo es esencial, porque se relaciona con la aptitud de recupero de la inversión y el razonable comienzo a percibir ganancias. Así el plazo del contrato de agencia es indeterminado (art. 1491), el de concesión no puede ser inferior a 4 años (art. 1506). El art. 1516 vuelve nuevamente sobre el tema al establecer que se aplica el art. 1506 primer párrafo: no puede ser inferior a cuatro años. De existir un error de redacción lo razonable parece que prevalezca este último. Pactado un tiempo menor, o indeterminado, se entiende convenido por dicho plazo. Solo admite un plazo menor en situaciones especiales: asistencias a ferias o congresos, actividades desarrolladas en predios o tengan prevista una duración inferior o similares. Se prevé una prórroga tácita por plazos sucesivos de un año, salvo expresa denuncia de las parte antes de cada vencimiento, con 30 días de preaviso. A la segunda renovación se transforma en contrato por tiempo indeterminado Debería suprimirse el párrafo final de art. 1512.

IV. Definición. Clasificaciones

Se discute si la técnica legislativa correcta implica incorporar al texto legal definiciones, o dejar este menester a la tarea de la doctrina. Los redactores del proyecto han efectuado la primera opción, la más discutible. Puede constatarse en la doctrina, un variado elenco de clasificaciones. Se las ha clasificado como industrial, de distribución, de servicios, hotelera, de capitalización. Otros, las dividen en propias (de empresas, los hoteles: constituyen la duplicación o desarrollo de un negocio) e impropias (asimilables a la distribución comercial y a la concesión mercantil.⁷ El art. 1513, establece que, a los efectos de su interpretación, se entiende por franquicia:

a) mayorista: el franquiciante otorga el uso de marcas y sistema de franquicias a una persona física o jurídica, en un territorio o ámbito de actuación nacional, regional o provincial, con derecho a nombrar subfranquiciados, a cambio de contraprestaciones específicas.

b) de desarrollo: el franquiciante otorga a un desarrollador el derecho a abrir múltiples negocios, bajo el sistema, método y marcas de aquel, en una región a país, por un término no menor de cinco años. Todos los negocios o locales dependen o están controlados por el desarrollador, aunque no tiene derecho a ceder su posición o subfranquiciar sin el consentimiento del franquiciante.

c) Sistema de negocios: constituye su objeto. Descripto como el conjunto de conocimientos prácticos y experiencia acumulada por el franquiciante. No patentado, aunque debidamente probado, secreto, sustancial y transmisible. El Proyecto continúa con nociones dispensables: secreto, cuando en su conjunto o en la configuración de sus componentes, no es generalmente conocida o fácilmente accesible. Sustancial, cuando la información que contiene es relevante para la venta o prestación de servicios y permite al receptor prestar sus servicios o vender los productos conforme al sistema de negocios. Transmisible, cuando su descripción es suficiente para permitir al este desarrollar su negocio de conformidad a las pautas creadas o desarrolladas por el principal.

Se incorpora como ingrediente necesario la noción del ámbito: territorio nacional o provincial, región o país etc. Este dato no es necesariamente esencial, ni en la práctica, ni en la doctrina, nacional o extranjera y se prefiere poner el acento en la asistencia permanente al negocio a través del know how y la utilización de sus métodos y marcas.⁸

7. Marzorati, *op. cit.* en nota 1, pág. 10.

8.: Cosentino y López Raffo en *not. cit.* en nota 1, pág. 440 y ss.

El artículo 1.524, final, extiende sus disposiciones, en cuanto sean compatibles a las franquicias industriales y a las relaciones entre franquiciante y franquiciado y a las de este con cada uno de sus subfranquiados. Las “industriales” constituyen, en realidad, licencias de fabricación basadas en patentes o *know how* técnico acompañadas de licencias de marcas; cuya inclusión dentro del régimen general es discutida.⁹

V. Obligaciones del franquiciante

El art. 1514 establece conforme las modernas reglas de la buena fe objetiva en los “iter” precontractuales, el deber de: informar sobre las condiciones económico financieras del negocio; primordialmente, la evolución de los dos años anteriores de unidades similares a la ofrecida y que hayan operado un tiempo suficiente, sea en el país o en el extranjero(inc. a).

En su inc. b reitera la noción del objeto del contrato: la comunicación del “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. Aquí parece repetirse la noción del inciso c) del art. 1513. El apartado 2do del art. 1512 requiere que el franquiciante sea el “titular exclusivo” o tener derecho a su utilización o transmisión. La expresión “titular”, utilizada a mediados del siglo pasado para explicar la naturaleza del derecho sobre la empresa carece de significación jurídica. Existen elementos de la empresa donde se tienen derecho a “non domino” y a menudo se asumen compromisos de futuros suministros y avances tecnológicos usualmente propiedad de terceras empresas vinculadas dentro de la compleja trama de los acuerdos de colaboración empresaria. En resumen, lo único que constituye un ingrediente relevante es que el franquiciante tenga derechos de uso y transmisión sobre la universalidad que quiere ceder a título oneroso.

De los incisos c) a f) se especifican obligaciones secundarias que no son sino consecuencia de la prestación esencial y objeto del contrato. Como lo que el principal transmite constituye una “praxis”, deberá entregar al receptor un “manual de operaciones” (inc. c) y proveer asistencia técnica (inc. d). Usualmente la franquicia puede comprender la provisión de bienes o servicios –a cargo del franquiciante o de un tercero, designado por este–. Deben asegurar la provisión de estos a cantidades adecuadas y precios razonables, según usos y costumbres nacionales o internacionales (inc. e).

El receptor no pueda ser perturbado en el “uso” de los derechos descriptos en el art. 1512 del Proyecto, cit. supra. Tiene el franquiciante la obligación defender y protegerlo (inc. f); con dos salvedades: en las franquicias internacionales esa defensa esta contractualmente a cargo del franquiciado¹⁰ y siempre, este está facultado para intervenir como interesado coadyuvante en las instancias administrativas o judiciales.

VI. Obligaciones del franquiciado

El Proyecto establece una serie de obligaciones que califica como “mínimas” en su art. 1.515. Debe desarrollar efectivamente la actividad objeto de la franquicia, ajustada al manual operativo y a las comunicaciones del franquiciante emitidas en cumplimiento de su deber de asistencia técnica (inc. a); y cumplir con las contraprestaciones prometidas (inc. e)¹¹. Usualmente, se trata de un canon vinculado con porcentajes sobre las entradas brutas o las utilidades.

9. De la Cuesta Rute, *op. cit.*, pág. 373.

10. Inc. f, punto i y sin perjuicio de la obligación del franquiciante de ponerle a disposición en tiempo, la documentación y demás elementos.

11. El inciso *in fine* entre las que pueden pactarse contribuciones para el desarrollo del mercado o de las tecnologías vinculadas.

Nuevamente en lo que parece un exceso de reglamentación los intermedios incisos b) a d) generan una serie de obligaciones secundarias, obligatorias –a nuestro juicio– aunque no se pacten expresamente por disposición de la ley y la naturaleza de las cosas: a) informar razonablemente a la contraparte; b) facilitar las inspecciones, sea que se hayan pactado o que sean adecuadas al objeto; c) abstenerse de realizar actos que puedan poner en riesgo la identificación o el prestigio del sistema o los derechos comprendidos en el art. 1.512, segundo párrafo; y cooperar en su caso en la protección de los mismos; d) de asegurar la confidencialidad de la información reservada. Esta exigencia corre no solo respecto a los dependientes, sino también para los terceros a los que deban comunicarse para el desarrollo de las actividades. El Proyecto dispone que la obligación de confidencialidad subsiste después de la expiración del contrato, aunque no señala plazo.

VII. Exclusividad y otras cláusulas Subfranquicias. Invalidez

El Proyecto establece la exclusividad recíproca, aunque limitable o excluible por acuerdo de las partes (art. 1517). Primero, un ingrediente territorial y luego se dispone que el franquiciante no puede operar, por sí o por interpósita persona, de unidades de franquicia o actividades que sean competitivas. Previamente se le prohíbe autorizar otra unidad de franquicia en el mismo territorio, sin la venia de aquel. Cabe la duda si la regla es suficiente. (ver inc. b, cit. “infra”)

El receptor no puede ceder su posición, ni los derechos que emergen del contrato, mientras está vigente, excepto los de contenido dinerario. (art. 1518, inc. a). No se advierte la “ratio” de la inclusión de la referencia a la vigencia del contrato, ni tampoco si esta si vincula con el apartado segundo del mismo inciso, al sentar que el ap. 1ro no se aplica a la franquicia mayorista destinada al otorgamiento de subfranquicias.

Al franquiciante le está prohibido comercializar directamente con terceros, mercaderías o servicios objeto de la franquicia en el territorio o zona de influencia del franquiciado (inc. b). De alguna manera extrapolada, el inc. c establece que el derecho a la clientela pertenece al franquiciante y que este no puede mudar la ubicación de los locales de atención o fabricación. Reglas, meramente dispositivas, admiten pacto en contrario. Rigen en el convenio sin necesidad de inclusión en su texto, sino son expresamente derogadas (conf. arts 1 y 2).

El Proyecto declara nulas o inválidas la incorporación de cláusulas que prohíban al franquiciado: a) cuestionar justificadamente los derechos del franquiciante derivados de la propiedad intelectual e industrial (art. 1.512, ap.2do); 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. Soluciones en coherencia con la tutela de la parte débil. La invalidez no hace caer la franquicia.

VIII. Responsabilidad

Las partes son independientes y no existe relación laboral entre ellas. Luego no puede surgir una relación de trabajo derivada del contrato. La autonomía de la voluntad, permite la concertación de una franquicia entre dos personas, una dependiente de la otra. Consecuencias: a) el franquiciante no responderá por las obligaciones del franquiciado, salvo disposición legal expresa en contrario; b) los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, salvo fraude laboral. c) el franquiciante no responde ante el franquiciado por la rentabilidad del sistema otorgado. El franquiciado como empresario realiza la actividad a su riesgo. Las dudas se aclararan con la interpretación jurisprudencial. La colisión con normas de orden público, sea laboral o de consumo, vinculadas con la defensa de la competencia y la lealtad comercial, hacen suponer futuras dificultades. Cabe admitir –con ciertas restricciones– la licitud de cláusulas que aseguren al receptor

determinada utilidad o un ingreso mínimo o una producción mínima, y al franquiciante, un monto mínimo de retribución.

El apartado “in fine” del citado art. 1520 establece una serie de conductas tendientes a evitar la confusión frente a terceros, evitando a su vez, la pérdida de la identidad común de la red. La violación de la directriz podría generar una responsabilidad solidaria, eventualidad no descartable.

El Proyecto (art. 1.521) regula la responsabilidad por los defectos del diseño del sistema. Pudo omitirse, considerando la exhaustiva regulación de los arts. 1.708 y ss.

VIII. Extinción

El art. 1.528 comienza estableciendo que el contrato se extingue por la muerte o incapacidad de cualquiera de las partes (inc. a). En la “praxis” empresaria actual la persona individual como factor relevante resulta prácticamente inexistente. El pacto en contrario es válido, aunque las cláusulas, v.gr. en materia societaria, que permiten la continuidad con los herederos, han generado infinidad de problemas.

La parte que desee extinguirlo al vencimiento del plazo original o prorrogado, tiene la obligación de preavisar con una anticipación mínima de un mes por cada año de duración hasta un máximo de seis meses.

En los contratos por tiempo indeterminado el preaviso debe darse de manera que la rescisión se produzca al menos al cumplirse el tercer año de su concertación. La falta de preaviso torna aplicable el art. 1.493.

La parte final del art. precitado y el subsiguiente 1.523 se refieren a temas de competencia. El primero, limita el plazo de las cláusulas de prohibición de competencia del franquiciado a un año post-extinción del contrato, dentro de un territorio y habida cuenta las circunstancias. El último, determina que la franquicia “per se” no debe ser considerada un pacto que limite, restrinja o distorsione la competencia.

El momento de la resolución de un contrato, en los sistemas integrados de distribución – todos empresarios– es clave, en vista de la continuación de los negocios, y de una ruptura usualmente transitoria y superable por intereses comunes. En aras a esos intereses, suelen los usos y prácticas establecer criterios de gestión que buscan deslindarlos del régimen general de daños y perjuicios derivados de la ruptura y evitar acciones legales futuras.(v.gr. responsabilidad objetiva, arbitraje, montos indemnizatorios tarifados).