



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

Las tesinas de Belgrano

**Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Carrera de Abogacía**

Contrato de franquicia

Nº 149

Lucía Cuervo

Tutor: Silvia Ippolito

Departamento de Investigación
Febrero 2005

INDICE:**Capítulo I:**

Sección 1:

Introducción	5
--------------------	---

Sección 2:

Tema específico (franquicia)	5
Planteo del problema	6
Idea directriz/ hipótesis	7
Planteo Teórico	7

Capítulo II: Franchising

Sección 1:

El contrato de franquicia- Concepto	8
Naturaleza Jurídica del Franchising	8
Surgimiento y evolución	9

Sección 2:

Características típicas	10
Formas contractuales del franchising	12
Modalidades del franchising	12
Estructura del contrato de franquicia	14
Elementos	14
Derechos y Obligaciones de las partes (franquiciante y franquiciado)	15
Ventajas y Desventajas del franchising	15

Sección 3:

Extinción del contrato	16
Modelo de contrato de franquicia	18

Capítulo III:

«El Sistema del Franchising, la tutela de los Consumidores en el Derecho Argentino»	19
Caracterización básica del «Sistema del Franchising»	19
1 - Responsabilidad ante los consumidores y usuarios por daños derivados de productos elaborados defectuosos	21
2 - Responsabilidad ante los usuarios derivada de la prestación de servicios defectuosos	24
3 - Responsabilidad ante los consumidores y usuarios por eventuales daños derivados de los riesgos del desarrollo	25
Franchising y consumidores	27
Responsabilidad del franquiciante por hechos del franquiciado	28

Capítulo IV:

Sección 1:

El concepto de franchising en el derecho comparado	28
«Franchising» en el derecho comparado y en la practica argentina actual	29
La experiencia en el derecho comparado	29
La franquicia comercial en Canadá	29
La franquicia comercial en los Estados Unidos	30
Franchising en América Latina	30
Franchising en el derecho Europeo (Alemania, Francia, Inglaterra, España, Bélgica)	30
Argentina y el franchising	33
Leyes laborales. Calificación del franquiciado como empleado... ..	33
La cláusula de no competencia y el régimen de la competencia desleal	34
Concepto de «Franchising» en la práctica mercantil de los Estados Unidos	35
Legislación en el derecho comparado	35
El código deontológico	36

Capítulo V:

Contratos Atípicos	39
Caracteres del franchising	39
Definición de los contratos innominados y aplicación	40
Antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios	40

Capítulo VI:

Sección I:

Instituciones reguladoras de la franquicia en el mundo	41
Proyecto de Código Civil de 1998	41

Sección 2:

Proyecto de ley sobre el contrato de franquicia	42
Principios Generales (según proyecto)	42
Publicidad (según el proyecto-ley)	42
El precontrato (según el proyecto)	42
Elección de los franquiciados (según proyecto-ley)	43
El contrato de franquicia (según el proyecto-ley)	43
De la responsabilidad de las partes (según el proyecto)	43
Disposiciones varias	44

Sección 3:

Conclusión final/opinión	44
Definiciones Terminológicas	46

Capítulo I: Sección I: Introducción:

Estamos inmersos en un mundo de permanente cambio, cultural, social, político y económico, en el que las exigencias del mercado son cada vez mayores; la competencia por la atracción de consumidores es despiadada y aparecen nuevos empresarios con novedosas propuestas que representan una salida diferente a las formas de ventas tradicionales. Por tales motivos surge en Estados Unidos el sistema de franquicias como un desarrollado método de comercialización que en la actualidad representa en este país más de un tercio (1/3) del total del comercio minorista, y su sed de expansión hizo que la década del 90'se vea caracterizada por la internacionalización del negocio.

En nuestro país, si bien aun no ha sido muy explotado como en otros países más adelantados, el sistema de franquicias ha sido adoptado por los empresarios argentinos y tiende a incorporar cada día más adeptos y producir así una expansión lenta pero sostenida.

Cabe decir, que el sistema del franchising, es un fenómeno que viene operando exitosamente en el comercio mundial minorista.

Según una investigación realizada por el Instituto de Altos Estudios (I.A.E) de la Asociación Argentina de Franchising la facturación del negocio de franquicias viene creciendo a un promedio anual del 33,8 % con ventas por 2200 millones de pesos en 1998. En el mismo año había 4.750 locales franquiciados en nuestro país lo que representa un 31% respecto de 1997, y que cada día del año 1998 abrieron sus puertas 2,6 locales franquiciados. En 1999 la recesión hizo que el crecimiento perdiera velocidad, sin embargo me atrevo a creer que el franchising representa una especie de salvavidas para combatir la recesión vinculada con el desempleo.

En este momento se produjo una explosión del franchising en la Argentina. Hoy en día, a la gente que posee un pequeño capital no le conviene refugiarse en el sistema financiero y el franchising aparece como la alternativa más seductora, porque uno empieza con una marca conocida; uno se suma a un esquema de éxito probado.

Tan marcado interés se explica fácilmente: el franchising permite que una compañía crezca y se expanda con una inversión mucho menor que la que requiere una sucursal.

En mi opinión, conviene la regulación específica del contrato de franchising en la Argentina, porque en caso de que se genere conflicto entre las partes, (o de lagunas en el contrato), y estas no hubiesen previsto la solución o el modo en que corresponde actuar, existiría una solución, sea la que brinde el código, o por que no una ley. Ésta última prevería también la responsabilidad de las partes del contrato frente a terceros (consumidores y usuarios). Lo dicho sin olvidar que el artículo 1197 del Código Civil expresa que el contrato es ley para las partes intervinientes.

La franquicia facilita al consumidor el acceso a productos reconocidos a precios accesibles, con el respaldo de la imagen y calidad del franquiciante. En Argentina, este sistema de alianzas estratégicas posibilita la entrada al negocio a empresas con poca experiencia, y representa una real alternativa de desarrollo para PyMES principalmente del sector agroalimentario.

Creo que si bien hoy puede parecer innecesario lo que propongo, viendo como viene creciendo el franchising, en un mañana no tan lejano estimo resultará algo casi imprescindible.

Si se observa la cuna del franchising (EEUU, Inglaterra), y también se observa Francia, entre otros países, veremos que este tipo de contratación los invade, que el crecimiento es más veloz que aquí, y lo bueno de esto es que tanto franquiciantes, franquiciados y terceros se sienten seguros al momento de contratar porque tienen una legislación a la cual deben adecuarse y la cual respalda sus derechos. Entiendo que si bien en nuestro país este tipo de contratación está presente, no alcanza aún a los países anteriormente mencionados, y esto lo adjudico justamente a la falta de regulación del mismo.

Me pregunto ¿Por qué suelen frustrarse los contratos de franquicia? o ¿Por qué suelen rescindirse unilateralmente? o ¿Por qué a veces no llegan a concretarse?, y las respuestas que encuentro giran en torno a que una de las partes se encuentra más favorecida que la otra, o que el franquiciante se desliga totalmente de responsabilidad y el franquiciado debe cargar con los riesgos él solo. Si tengo que buscar una solución lógica creo haberla encontrado, y es la que ya adelanté unos párrafos ut-supra: la **tipificación** del contrato por medio de una ley que contenga las pautas necesarias, así como también a quien tiene derecho a reclamar el consumidor ante un daño que pueda sufrir, la responsabilidad del franquiciado y del franquiciante tanto entre sí como con relación a terceros, entre otras cosas.

Sección 2: Tema específico: contrato *de franchising / franquicia*:

«Es indudable que, en los próximos años, determinadas empresas internacionales o transnacionales establecerán como estrategia el desarrollo hacia áreas latinoamericanas y nuestro país es proclive a este

tipo de contratación, especialmente en el ámbito de alimentos, no solo por el modelo económico asumido, sino también porque la población viaja constantemente al exterior conociendo de esta manera determinados bienes, prestaciones y marcas, y por último, porque la publicidad transnacional tiene especial penetración, pues el solo hecho de prometer un bien importado o un servicio muy especial y excepcional de probada eficacia en Estados Unidos, implica un señuelo importante.»¹

Señala Vítolo que «el contrato de franquicia es un convenio consensual, escrito, bilateral en el cual el otorgante ofrece individualmente a muchos tomadores, que forman un sistema de distribución o comercialización de su producción, vender o distribuir bienes y servicios en forma exclusiva y bajo el control de éste, al amparo de una marca, nombre comercial o enseña, propiedad del otorgante y de conformidad con un método, sistema o plan preestablecido por éste contra el pago de un canon y otras prestaciones adicionales.»²

Es mas claro el concepto de franquicia que otorga el Tratado de la Comunidad Económica Europea, según el cual por él debe entenderse el contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciante, cede a otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados productos o servicios.

Hoy en día el contrato de franchising se manifiesta en distintos rubros. Puedo mencionar, a modo ejemplificativo, los siguientes: fast food (MC Donald's, Burger king), vestimenta (Pierre Cardin, Christian Dior), indumentaria (Benetton, Adidas).

La idea central es que el dueño de la marca, método organizativo o know how, llamado franquiciante, genera un entorno de éxito por eficiencia, calidad y renombre en consideración a determinado producto o servicio que comercializa.

El tomador del negocio, denominado franquiciado, invierte sin tener que realizar estrategias de marketing o penetración de mercado, pues lanza el servicio con la experiencia empresarial ya probada por el franquiciante. De esta forma, el negocio implica un relativo grado de seguridad y de beneficios.

Por esta metodología se realiza una colaboración empresarial entre franquiciante y franquiciado, tanto en el campo económico como tecnológico, manteniendo ambos independencia jurídica. Mediante esta colaboración se produce un acelerado crecimiento de ambas empresas, con ahorro de capitales y estrategias de globalización en la obtención de nuevos mercados.

Una de las cuestiones de mayor trascendencia para el franchising es la intensidad y excelencia del desarrollo tecnológico, que lo distingue de la manifestación con que se opera en bienes y servicios, que solo poseen las empresas transnacionales, ya que se trata de una costosa inversión o métodos de investigación científica con protección de patentes, como lo hacen Estados Unidos, Japón, y el Mercado Común Europeo.

Esto supone la homogeneización de los bienes y servicios que se ofrecen según técnicas científicas y comerciales ya experimentadas y controladas en los países de origen.

El franquiciado relega la investigación científica, lo que supone un ahorro en inversión educacional, y el franquiciante, que realiza la inversión, multiplica las posibilidades de venta o locación de los servicios.

Los derechos de los franquiciados se debilitan con el correr del tiempo, pues se profundiza la dependencia.

La comercialización de esta nueva metodología de expansión y penetración en las economías subdesarrolladas se puede realizar mediante distintas modalidades como la integración, con cierta independencia funcional para el franquiciado, y mediante la asociación entre ambos.³

Importante es saber que el contrato de franchising no se encuentra regulado en el Código Civil argentino.

Planteo del problema:

Importante es destacar que uno de los temas de estudio más importantes para la época actual es el relativo al franchising. También lo es en materia de bienes y servicios, dadas las características del plan económico implementado en el denominado «ajuste estructural de la economía», iniciado en el año 1990.

Es indudable que, en los próximos años, determinadas empresas internacionales o transnacionales establecerán como estrategia el desarrollo hacia áreas latinoamericanas y nuestro país es proclive a este tipo de contratación, especialmente en el ámbito de alimentos, no solo por el modelo económico asumido, sino también porque la población (especialmente de clase media, media alta y sectores de estratos superiores) viaja constantemente al exterior conociendo de esta manera determinados bienes, prestaciones y marcas,

1. Ghersi Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales, tomo II, editorial Astrea, año 2002, Pág. 50

2. Vítolo Daniel Roque. Contratos Comerciales, Buenos Aires 1994, Pág. 725 y SS.

3. Ghersi Carlos A. Contratos civiles y comerciales, T II, 5ª edición, ED. Astrea, año 2002, Pág. 51.

y por último, porque la publicidad transnacional tiene especial penetración, pues el solo hecho de prometer un bien importado o un servicio muy especial y excepcional de probada eficacia en EEUU, implica un señuelo importante.

Hoy en día el contrato mencionado se manifiesta en distintos rubros, desde alimentos, vestimenta, artículos de tocador, hasta indumentaria, heladerías, peluquerías (Roberto Giordano), y muchos otros más.⁴

Pero también es importante destacar, que si bien el contrato de franchising/franquicia fue creciendo en gran medida en Argentina (desde el año 1990 hasta nuestros días), el mismo no tiene regulación en nuestro país, es decir, es un contrato atípico. Cuando las partes contratan lo hacen teniendo en cuenta otras instituciones o bien utilizan una reglamentación extranjera, o utilizan la autonomía de la voluntad que legisla el Código Civil. Por esto es muy común que surjan diferentes conflictos entre partes (temas derivados generalmente del ámbito de la responsabilidad, rescisión del contrato, etc.).

Idea directriz / hipótesis:

Las características propias del contrato de franquicia son las siguientes:

Es consensual, ya se confecciona con el consentimiento de las partes. Es bilateral porque surgen obligaciones para ambas partes, también es oneroso y comutativo. Es de tracto sucesivo, es decir, que la relación se prolonga en el tiempo a través de un proceso sostenido del desarrollo de una actividad conducente al fin del contrato. Es un contrato de empresa, pues se realiza entre empresarios o comerciantes, generalmente escrito.

Lo relevante es que entre sus características se encuentra *su atipicidad*, es atípico, pues no tiene regulación específica en nuestra legislación, de esta manera solo queda determinado al régimen de la libertad contractual. Aunque posee cierta tipicidad social, en la medida de que ciertos elementos característicos deben presentarse para que el contrato pueda ser calificado como de franquicia. Igualmente el hecho de ser atípico ha traído más de una vez diferentes conflictos entre las partes del contrato.⁵

Por todos estos motivos es que propongo como una de las soluciones posibles un proyecto de ley en materia de contrato de franquicia, que conste de un cuerpo de artículos donde se establezcan las soluciones a posibles conflictos que puedan derivar del mismo, entre otras cosas.

Planteo teórico:

El doctrinario Daniel Roque Vitolo, plantea uno de los tantos problemas que se suscitan cuando estamos en presencia de un contrato de franquicia, y es nada más y nada menos que la «disolución contractual».

Generalmente, a falta de legislación expresa sobre el tema, se aplican las disposiciones generales en materia de contratos, y especialmente, los referentes a los contratos atípicos e innominados. Sin embargo, en la práctica, los contratantes tienen la necesidad de incluir cláusulas especiales que contemplan situaciones particulares que pueden presentarse entre ellos, tales como eventuales y recíprocos resarcimientos por daños y perjuicios o por resolución intempestiva del contrato.

Se llega a la conclusión entonces de que este tipo de contratos se extingue o finaliza de acuerdo al modo normal en que se extinguen todos los contratos (vencimiento del plazo, cumplimiento del objeto, por mutuo acuerdo, por cumplimiento de la resolución)

Pero a su vez el tema no es sencillo, por la razón de que no en todos los casos los contratantes han previsto cada uno de los puntos en que se pueda generar un conflicto entre ellos. Un caso, y muy frecuente por cierto es aquél en que no se ha previsto plazo de duración y tampoco se previó la posibilidad de rescindir el contrato unilateralmente por voluntad exclusiva de uno solo de los contratantes. Y una pregunta interesante que se hace el doctrinario Vitolo es: ¿la rescisión unilateral importa, necesariamente, el reconocimiento de una indemnización a favor de la otra parte?⁶

Lo mencionado en el párrafo precedente es el gran interrogante de los contratos atípicos (especialmente el franchising) y la mayoría de los casos relacionados con el tema que llegan a la justicia versan sobre los mismos temas.

4. Contratos civiles y comerciales sobre citado Pág. 50 y SS.

5. Farina Juan. Contratos comerciales modernos, segunda edición, ED. Astrea, año 2000, Pág. 477 y ss.

6. Vitolo Daniel Roque. Contratos Comerciales, Buenos Aires 1994 Pág. 736 y SS.

Estas cuestiones tienen íntima relación con el tema de las responsabilidades que surgen de los distintos contratos de franchising, así Kemelmajer de Carlucci señaló que frente al consumidor, debe aparejar la responsabilidad tanto del franquiciante como del franquiciado. El fundamento radica en que «tratándose de daños a la salud el consumidor puede dirigirse contra quien aparece a sus ojos como el que lanzó el producto al mercado y esa identificación proviene de la marca; en otros términos, es la marca la que señala al responsable».⁷

Pero es dable aclarar que en la práctica los franquiciantes buscan por todos los medios posibles de desligarse de responder, y más de una vez lo logran por tener éstos un poder económico superior al franquiciado. Existen varios conflictos que, considero, se deben principalmente a la falta de regulación, y justamente esto es lo que propongo.

Capítulo II: «Franchising/ Franquicia»

Sección 1: Contrato de franquicia: Concepto:

A nivel doctrinario, no existe un consenso sobre su conceptualización, siendo en aproximación un contrato por el cual, un comerciante (franquiciante), otorga a otro (franquiciado), la licencia, para que venda productos o servicios de su titularidad. Generalmente, se paga un canon por este privilegio, mas una regalía (royalty) sobre grandes ventas. Para otros, es un sistema de distribución comercial llevado a cabo por empresas independientes y con una organización piramidal basada en una relación contractual, la que engloba, la transmisión de un know how, la licencia y usos de una marca, asistencia técnica y contable bajo control del otorgante y de conformidad con un método preestablecido por él, en contraprestación de lo cual se paga un canon y otras prestaciones adicionales. Otros entienden, que este contrato, es una forma de la Concesión (Guyenot), postura a la que se adhiere el Dr. José Ignacio Romero, para la comercialización de un producto, siendo un contrato en virtud del cual, un comerciante otorga la concesión para la comercialización de un producto determinado, pero además, con el aditamento de la transferencia de los signos distintivos, las técnicas de comercialización y el savoir faire comercial, asegurando, una forma de explotación rentable ya probada.⁸

También se lo define como un moderno sistema de distribución comercial, como una eficiente técnica de marketing o como un eficaz generador de mini-empresarios exitosos.

Desde el punto de vista técnico intervienen dos partes:

- * La poseedora de la marca y de un gerenciamiento prefijado: el franquiciante;
- * La interesada en comprarlos: el franquiciado.

Pueden diferenciarse dos tipos de franchising: la franquicia de marca comercial y producto y la franquicia empresaria.

La primera consiste en la cesión del franquiciante al franquiciado el derecho de usar su marca comercial o nombre comercial y vender su producto.

La franquicia empresaria es aquella en la que el franquiciante concede al franquiciado el derecho de usar su marca o nombre comercial, de distribuir el producto o brindar el servicio y asistirlo en todos aspectos inherentes al negocio (programas de asistencia y de entrenamiento, le suministre un manual de operaciones estándares y niveles de calidad, etc.)⁹

En nuestro país, Marzorati define al *franchising* como un «contrato celebrado por escrito en el cual el otorgante ofrece individualmente a muchos tomadores, que forman un sistema de distribución de su producción, vender o distribuir bienes o prestar servicios en forma exclusiva, creando una relación de asistencia del otorgante con carácter permanente, bajo el control de éste, al amparo de una marca, nombre comercial o enseña, propiedad del otorgante y de conformidad con un método, sistema o plan preestablecido por éste contra el pago de un canon y otras prestaciones adicionales»¹⁰

Este último concepto es, a mi modo de ver, el más claro y preciso.

Naturaleza Jurídica del franchising:

No existe en la argentina -como es notorio- ninguna legislación que haga referencia al Franchising. La realidad mundial es semejante, a excepción de algunas normas de la Comunidad Económica Europea. Por tanto ha sido la doctrina y la jurisprudencia, que en un caso ha investigado y en el otro ha debido interpretar la ley para resolver temas puntuales.

7. Ghersi Carlos A. Contratos civiles y comerciales, T II, 5° edición, ED. Astrea, año 2002. Pág. 57.

8. Argañaraz José Ignacio. www.gestiopolis.com.

9. www.franquiciasweb.com.ar, por Flores Natalia.

10. Marzorati Osvaldo. Derecho de los Negocios Internacionales. 2° edición, ED: Astrea 1997, Pág. 595 y SS

La doctrina en Francia sostiene que el Franchising es una modalidad de la concesión, para los franceses estaríamos ante un tipo de contrato de concesión, que se ha dado en llamar de una manera diversa, pero que en los hechos, estamos ante una concesión.

Estos autores creen que estamos ante una técnica de agrupamiento de concesionarios, distinguiéndose de la concesión clásica, que en este caso el concesionario debe pagar un precio por entrar al agrupamiento y luego regalías, aspectos que nunca aparecen en la concesión tradicional.

Caracterizan al Franchising como a la licencia comercial, se trataría de una concesión de marca, en la que el concedente también se obliga a facilitar al concesionario junto al derecho al uso de la marca, todos los elementos complementarios para comercializar el bien o servicio.

Estimo insuficiente la figura de la concesión para abarcar, el contrato de Franchising. Por tanto, para desterrar su asimilación a la concesión digamos que, el otorgar el uso de la marca y símbolos, a cambio del pago de una suma de dinero, y luego abonar regalías al otorgante o titular, quien además se obliga a traspasar todo el know how de su negocio, a transferirle todos los elementos necesarios para que el franquiciado reproduzca el negocio del franquiciante. Los hace muy distintos. Puede advertirse fácilmente que se trata de dos contratos completamente diversos en múltiples aspectos básicos.

Otros autores han pretendido identificar el Franchising con el contrato de suministro, especialmente algunos autores italianos, en virtud de que en aquel país el Código Civil regula el denominado contrato de suministro, como «el contrato por el cual una parte se obliga mediante compensación de un precio, a ejecutar en favor de otra, prestaciones periódicas o continuadas de cosas.

La función principal para el suministrante es la certeza en la colocación conocida previamente de una cantidad de productos; y para el suministrado, la seguridad de que será abastecido en forma continua y asegurada en sus necesidades del referido producto.

El contrato de suministro clásico es el ejemplo de suministro de energía eléctrica, o de gas; y para el caso de empresas, es la necesidad de asegurarse la limpieza de los locales, la reparación de máquinas, o materias primas, que son las prestaciones que constituyen el objeto del contrato de suministro.

También se descarta la asimilación del Franchising con este contrato, por cuanto el suministrador no otorga al suministrado, el uso de la marca, no transfiere un método de producción o para la prestación de un servicio, no hay supervisión del franquiciante, ni un especial interés en el producto o servicio que el franquiciado obtiene para comercializar.

Obviamente estamos ante dos formas contractuales muy diferentes. De todas maneras se debe concluir que al no estar expresamente legislado, estamos ante un contrato atípico e innominado, en función de que su existencia, forma, contenido y efectos no han sido previstos por el legislador. En la óptica del Código Civil estamos ante un convenio conmutativo, consensual, bilateral, oneroso, de ejecución continuada. Las disposiciones aplicables son aquellas relativas a los principios generales que rigen a los contratos y a las disposiciones que las partes acuerdan en la convención dentro de los límites de la autonomía de la voluntad.

Surgimiento y Evolución:

«Fundamentalmente el Franchising o Franquicia Comercial es un sistema para facilitar la comercialización de bienes y servicios.

En la actualidad, debido a la globalización de la economía, a la mundialización de los flujos comerciales, en virtud de la conjunción de avances científicos y tecnológicos, aplicados a la producción y comercialización, han tomado prestigio universal ciertos productos y servicios, que son reconocidos por todos tanto por su marca como por su símbolo.

Concretamente se trata de un contrato en el que intervienen por una parte el franquiciante que otorga a la otra parte en el convenio —el franquiciado— la posibilidad de producir, elaborar, comercializar un producto o servicios con marca y símbolo de su propiedad. Como contrapartida el franquiciado pagará un precio, llamado regalía o derecho de ingreso o porcentaje al franquiciante.

El elemento definitorio del Franchising radica en que el franquiciado obtendrá la posibilidad de reproducir en su emprendimiento un método, formato y experiencia, que ya ha sido ensayado exitosamente por el franquiciante.

«Franquicia», es definida como exención, e históricamente se le otorga el significado de un privilegio. En el privilegio de las ciudades medievales que tenían cartas francas, que le otorgaban a la ciudad autonomía, libre circulación y fundamentalmente estaban exentas de pagar tributos.

Hoy por hoy, el Franchising es un sistema muy conocido y todos podemos visualizarlo en grandes marcas y símbolos instalados en todo el mundo, como Hertz Rent-a-Car o quizás el ejemplo más conocido es sin duda MC Donald's, que en 1954 empezó a adoptar este sistema para comercializar sus comidas rápidas y que actualmente tiene más de 11.000 franquiciados.

Ya a mediados del siglo pasado, Singer Sewing Machine Company, franquició a comerciantes indepen-

dientes en diversos territorios, a quienes autorizó la comercialización de sus productos y el uso de su marca —Singer—.

En la década del 90 del siglo pasado, General Motors utilizó el Franchising para promover y aumentar la colocación de sus automóviles; y Coca Cola otorgó franquicias para embotellar y comercializar su conocido producto.

En las primeras décadas de este siglo XX, las empresas más importantes comenzaron a percibir las ventajas de utilizar el Franchising para ampliar la comercialización de sus productos y de sus servicios. Otros fabricantes de automóviles adoptaron rápidamente el sistema que había ensayado General Motors. Luego siguieron cadenas de supermercados, o de establecimientos de comidas rápidas.

También ya antes de la segunda Guerra Mundial, las compañías petroleras que comercializaban combustibles y lubricantes —fundamentalmente— al público, crearon grandes redes de franquiciados, que generaron grandes redes de estaciones de servicio —ahora servicentros— que perduran hoy día.

Fue luego de la gran conflagración mundial que el Franchising tomó un auge fenomenal. La Asociación Internacional de Franchising define a la franquicia comercial como un método para la comercialización de productos o servicios, es una relación contractual entre un franquiciante y un franquiciado en la cual aquel ofrece mantener un interés continuo en el negocio del franquiciado que funciona bajo una denominación común, se identifica con los símbolos de aquel, utilizando técnicas y métodos que le son transferidos a su propia organización empresarial, que funciona bajo su responsabilidad y riesgo, pero que es permanentemente supervisada por el franquiciante».¹¹

Sección 2: Características típicas del franchising:

Los componentes típicos o básicos en el contrato de franchising son para la mayoría de la doctrina, los que menciono a continuación, adelantando que le dan originalidad y lo distinguen de otros contratos:

- ✎ **Marca y símbolo:** existe entre el franquiciante y el franquiciado una relación que autoriza a este último a desarrollar un negocio que pretende ser la copia fiel de aquel. Por lo tanto es necesario que haya un titular de la marca, que otorga al franquiciado el derecho a usar en su propio emprendimiento una marca propiedad de aquel y sus símbolos. El franquiciado identificará su empresa con la marca y los símbolos cuya licencia se le ha otorgado.
- ✎ **Transferencia de experiencia, tecnología y modus operandi:** este segundo elemento es lo que se llama cesión por parte del franquiciante del «know how» del negocio. Ello implica que debe transferirle todos sus conocimientos y experiencia en el desarrollo de la empresa. Está en la obligación de hacer conocer al franquiciado todos los detalles del negocio, entrenarlo para el montaje y puesta en marcha de la empresa y asistirle en forma continua para que este nuevo emprendimiento sea idéntico al del franquiciante y se llegue al mismo y exitoso resultado.
El contrato que se viene analizando, expresará, no solo los elementos que deberá transferir el franquiciante, en términos de máquinas o instrumentos, sino fundamentalmente la asistencia referida el manejo operativo del negocio, al entrenamiento de los recursos humanos en sus diversas especialidades, detalles para las características de los locales, su amoblamiento y decoración, criterios para la adquisición de insumos, sistemas para la administración, contabilidad, evaluación de calidad de calidad de los productos o servicios. El franquiciante transfiere todo el método operativo del negocio, se trata de repetir con éxito la experiencia del titular.
- ✎ **El franquiciado:** si bien parecería innecesario detallar, en el franchising, un contrato intuitu personae, las cualidades del franquiciado son esenciales; aunque sea una persona o una pluralidad de éstos nucleados en una sociedad. El fallecimiento de franquiciado o su incapacidad, o la disolución de la sociedad, son causa para la rescisión del contrato, en función de que sus sucesores pueden carecer de las cualidades que hacían al franquiciado la persona adecuada para conducir la franquicia.
- ✎ **Zona de exclusividad:** el elemento territorial, es también un componente básico del franchising, que puede ser determinante en el éxito del emprendimiento; el franquiciante otorga al franquiciado exclusividad en un territorio.
- ✎ **Contraprestación:** el componente básico de un contrato oneroso como el de franchising, es el relativo a las sumas que debe abonar franquiciado y que se ha denominado regalías. Las modalidades de retribución por parte del franquiciado pueden ser diversas. Comúnmente el franquiciante exige una suma de dinero por el ingreso a la red, y luego el pago de sumas periódicas. En cada caso se establecen en forma específica por lo que no se puede señalar una modalidad única.

También cabe hacer mención de los componentes **Eventuales** Del Franchising. Bajo este rótulo se enumeran algunos elementos que habitualmente están contemplados en el contrato de Franchising, pero

11. Mascheroni Lemes Jorge Ismael. www.gestiopolis.com

que la doctrina ha considerado que no son esenciales, vale decir que no son los elementos que definen este contrato, y que pueden no estar presentes. Comenzare por las cláusulas que prohíben la competencia. En este sentido el franquiciante intenta evitar a través de una cláusula inserta en el convenio, que el franquiciado, participe de negocios competitivos durante el tiempo de la franquicia y por un tiempo posterior al cese de esta.

Otro componente eventual es la cláusula de reserva o confidencialidad. Esta disposición inhibe al franquiciado de divulgar el know how del negocio. O sea que deberá guardar reserva de las enseñanzas, técnicas, experiencias que le ha transferido el franquiciante. Igual que en el caso anterior el deber de reserva permanece vigente aun luego de concluido el contrato.

También puede estar presente la cláusula de suministros, que traduce la preocupación del titular de que la red de franquiciados presente un nivel homogéneo de apariencia y calidad de los productos o servicios comercializados. El franquiciante tiene el deber y el interés especialísimo de cuidar la forma de presentación del negocio, por tanto establecerá al franquiciado, determinadas condiciones en los materiales utilizados, las características del personal que emplee en la empresa que llevará a cabo la franquicia, sus uniformes, el comportamiento y rutinas, etc... Es elemental para el franquiciado cuidar que todos los suministros utilizados en la red aseguren la uniformidad y calidad de los productos o servicios comercializados.

También es eventual, aunque bastante habitual, la estipulación de criterios referidos a la publicidad.

Por razones obvias el marketing del producto o servicio objeto del franchising estará bajo la dirección del titular o franquiciante, que tiene interés en mantener una imagen uniforme. Actualmente el valor de la marca depende en forma sustancial de la imagen de la misma y de su presencia en los medios, por lo que el franquiciante establecerá una cláusula —eventualmente— que establecerá cuales son los parámetros dentro de los cuales se manejarán las acciones publicitarias que serán responsabilidad exclusiva suyas y cuales serán de cargo del franquiciado.

Existen cláusulas de opción, para el franquiciado, tales como la opción de nuevo territorio. Por este acuerdo el franquiciante reserva durante cierto tiempo un territorio que permita al franquiciado, si realiza la opción, a ampliar su territorio. En general se pacta que si el franquiciado hace uso de su «derecho de opción», se celebrará contrato en las mismas condiciones que el que los vincula.

Una variante de esta cláusula es aquella de «Reserva de zona post-siniestro del franquiciado»; para situaciones que por caso fortuito o fuerza mayor, el franquiciado estuviera imposibilitado de utilizar sus instalaciones para la ejecución del negocio franquiciado, se establece un plazo para que luego del cese de la imposibilidad, este los habilite y reinicie el negocio. Pasado ese plazo existe una causa legítima de rescisión que autoriza al franquiciante a procurar otro franquiciado.

Se puede establecer una cláusula de «Prohibición de almacenar cosas extrañas a la franquicia». El franquiciante asume la obligación de destinar todas las instalaciones, destinadas al desarrollo de la franquicia, solo para el cumplimiento de esta, y por tanto no podrá ingresar a sus depósitos, o a los locales, otros elementos que no sean necesarios para el desenvolvimiento del negocio.

También puede convenirse la cláusula de «Selección de personal por consultora predeterminada». Aquí el personal que tenga que contratar el franquiciado para el cumplimiento de la franquicia, será seleccionado por la empresa que define el franquiciante. Otras veces solo se establece el perfil específico del personal y el franquiciado, debe seleccionar al personal según estas especificaciones.

Puede establecerse la facultad de subfranquiciar. Esto implica que en este caso el franquiciado ocupará en ese territorio la posición del franquiciante, y tendrá para con los subfranquiciados las mismas obligaciones que tiene el titular con él. Naturalmente se establecen límites a esta facultad y se acuerda la responsabilidad del —ahora franquiciado principal—, respecto de los actos de los subfranquiciados, especialmente aquellos que pueden perjudicar al franquiciante.

Otra cláusula eventual es la llamada, obligación de actuar pro-franquicia penalizando actos contrarios. Se conviene que los actos del franquiciado, efectuados en relación a la franquicia, ya sea en su relación con proveedores o clientes, o cualquier tercero, los deberá ejecutar diligentemente, y con el objetivo de prestigiar el negocio. Para el caso de que el franquiciado, perjudicara de alguna forma el prestigio del negocio por acción u omisión deberá pagar en carácter de pena, una determinada suma de dinero.

Hay que tener en cuenta en el estudio del Franchising, que tiene en su modalidad e instrumentación, un peso muy importante las consideraciones que las partes, -franquiciante-franquiciado- hagan en relación a los aspectos legales y tributarios de las diferentes zonas. Esto conduce a que puedan insertarse cláusulas tales como:

«La obligación de constituir persona jurídica, para explotar franquicia», por lo que se establece que el franquiciado por ejemplo se constituirá en una sociedad de determinadas características (S.R.L.; S.A.; etc.).

Que el Directorio de la sociedad deberá conformarse con determinada integración, por ejemplo que sus

integrantes tengan determinada cantidad de participación en la empresa. Que los locales donde se instalan las diversas unidades de la red, sean de propiedad de la sociedad.

Otras veces se convienen cláusulas vinculadas a la Tributación, por ejemplo el franquiciado, denuncia sus números de inscripción en los organismos de fiscalización tributaria o de seguridad social, constancias periódicas que tales inscripciones se encuentran vigentes y que se está al día con los pagos, etc.

La cláusula de «Uso de factura conformada para documentar suministros del franquiciante», es también de posible inserción en el franchising, y es el establecimiento del uso de sistema de factura conformada en los elementos que le suministra el franquiciante al franquiciado. Los instrumentos que documentan (factura) las obligaciones contraídas por parte del receptor (franquiciado), se autentican y dejan constancia mediante firma autógrafa. Luego de conformado, el documento es remitido al franquiciante con la constancia de mercadería recibida de conformidad. Esta cláusula tiene importancia en países como Uruguay o Argentina donde por expresas disposiciones legales las facturas debidamente conformadas son títulos ejecutivos.

Finalmente como ejemplo de cláusulas contractuales señalo aquellas que establecen prohibiciones de cualquier tipo de vínculo que pueda implicar responsabilidades solidarias para el franquiciante, sean fiscales, laborales o comerciales.

Se acuerda puntualmente que ni el franquiciante institucionalmente, ni sus dependientes, podrán tener vínculos en la actividad del franquiciado o su personal; el derecho de supervisión del franquiciante está acotado a controlar el fiel cumplimiento de los términos convenidos en la franquicia.

El franquiciante no puede ejercer la dirección de las acciones del franquiciado, que es un empresario independiente y autónomo, que lleva adelante un emprendimiento propio bajo su responsabilidad y riesgo.

Se establece específicamente que las partes declaran que no se realizará ningún tipo de subcontratación entre franquiciante y franquiciado, para complementar el contrato de Franchising. Se desecha todo tipo de unidad técnica de ejecución entre los contratantes, o vínculos que puedan suponer una unidad económica.

Se pretende aquí eliminar todo tipo de solidaridad ante los organismos de fiscalización tributaria o por reclamaciones laborales.¹²

Formas Contractuales del Franchising:

«La comercialización de esta nueva metodología de expansión y penetración en las economías subdesarrolladas se puede realizar mediante distintas modalidades como la integración, con cierta independencia funcional para el franquiciado, y mediante la asociación entre ambos.

La primera modalidad, de *integración* empresarial, se desarrolla a través de la creación de sucursales o filiales. De esta forma el franquiciante conserva el poder y control absoluto, manteniendo un grado de dependencia en el franquiciado que lo convierte en un simple representante de aquel. Esta modalidad es de suma importancia porque el usuario posee su contrato de servicios o adquisición del bien con el franquiciante, quien es el que asume las obligaciones y soporta las responsabilidades, lo cual en la práctica se desvanece porque estas filiales asumen el carácter de sociedades independientes y limitan así su responsabilidad. Hoy esta modalidad está en extinción, era el modelo de las empresas estadounidenses.

El segundo modelo es el de la independencia estructural entre franquiciante y franquiciado, pues este realiza una locación o compra de la franquicia y desarrolla su propia empresa. Esta independencia es condicionada, y abarca desde la publicidad, forma de instalación y organización hasta el modo de comercialización de bienes y servicios. Esta situación significa una estandarización de la política comercial en forma vertical, e implica control de precios, calificación de servicios, etc. Es la metodología más usada y la que, desde el usuario, trae más problemas para el encuadre de la responsabilidad.

Por último, la topología asociativa puede revestir a su vez dos metodologías de integración: la conformación de un nuevo tipo societario, o, simplemente, la unión transitoria de empresas o un joint venture. La posibilidad de combinación de los contratos de franchising y de joint venture podría darse mediante el aporte a cargo del franquiciante, consistente únicamente en brindar tecnología, saber hacer métodos organizativos, etc.»¹³

Modalidades del Franchising:

«La doctrina que ha estudiado el Franchising, en su desarrollo contemporáneo ha distinguido diversas modalidades de Franchising, y ha ensayado distintas calificaciones. Hay que tener en cuenta que este contrato ha sido adoptado por las empresas para aumentar su red de distribución o de comercialización de productos o servicios, por tanto, el desarrollo de este tipo de emprendimientos empresariales, traspasan los

12. Mascheroni Lemes Jorge Ismael. Introducción al Franchising. www.gestiopolis.com

13. Ghersi Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales. T II, 5ª edición, ED. Astrea 2002, Pág. 52

límites territoriales de un país y se instala en diversas partes del mundo. Dependerá de la inflexión y el acento que el otorgante haga, en los diversos aspectos instrumentales de la puesta en marcha del acuerdo, lo que planteará diversas cuestiones de índole legal, financiera, tributaria, operativa, etc..

En primer término encontramos lo que se ha llamado **Franchising Directo o internacional**. Es el caso de un titular que pretende desarrollar su negocio en otros países, diferentes al de su residencia, o donde ha desarrollado su empresa, pero sin instalarse a través de sucursales. Para evitar gastos y maximizar sus beneficios, el titular —futuro franquiciante— otorgará en esos países en los que pretende comercializar sus bienes o servicios, una franquicia comercial a quienes deseen desarrollar el negocio bajo su responsabilidad y riesgo. El franquiciante acuerda los términos de la franquicia comercial, con el franquiciado local al que facilita todos los elementos necesarios para el desarrollo del emprendimiento, y recibirá como pago —generalmente— una suma por el ingreso del franquiciado a la red, y luego las denominadas regalías.

Dentro de la modalidad de **Franchising Directo**, que hemos descrito, se distingue a su vez, a) **Franquicia de Desarrollo** y b) **Franquicia Principal o «Master Franchise»**;

a) Franquicia de Desarrollo:

En esta modalidad el titular otorga la franquicia, con la nota de exclusividad sobre determinada zona geográfica que puede ser un país por ejemplo. Pero este franquiciado está obligado a instalar en ese territorio, un número determinado de unidades para el desarrollo del negocio, pero estas deben ser suyas, debe instalar todas y cada una de las unidades bajo su riesgo y responsabilidad.

El franquiciante percibe del franquiciado una suma por cada sucursal por ejemplo, —combinado— con un precio diferencial según el ritmo de habilitación de unidades a iniciar, etc.. Otras veces el pago que deberá realizar el franquiciado será un porcentaje de las ventas ya sea por unidad o por el total, aquí puede haber también una gama muy diversa por cuanto puede acordarse también que el porcentaje para el pago, puede ser menor en la medida que aumenta o traspasa ciertos niveles.

Puede existir también una combinación de pago de sumas fijas y un porcentaje». ¹⁴

Esta modalidad suma al contrato de franchising, el derecho de desarrollo tecnológico del franquiciado; se utiliza únicamente entre los países desarrollados (por ejemplo EEUU con Inglaterra). Facilita el acceso del franquiciado a la obtención de tecnología propia. ¹⁵

b) Franquicia principal o Master:

Es la modalidad más recurrida para los casos de franquicia comercial internacional. En esta modalidad el titular, le otorga al franquiciado, el privilegio exclusivo, de subfranquiciar e instalar unidades propias, dentro de un determinado territorio. ¹⁶

«También denominado contrato de franchising piloto, se establece una empresa intermedia que realiza la selección de posibles franquiciados en un determinado país o región y que actúa a modo de administradora del sistema (de ahí que se hable de contratos de subfranquicias). De esta forma el franquiciante delega en la empresa master todo el cometido, recibiendo de ésta los pagos correspondientes. A veces se trata simplemente de una filial del franquiciante.

Vale decir que aquí el franquiciado, a diferencia de la franquicia de desarrollo, puede habilitar unidades propias para explotar la franquicia, pero puede además otorgar otras subfranquicias. Como puede verse el franquiciado principal en la zona establecida adquiere la posición del franquiciante; en consecuencia asume todas las obligaciones de este ante sus subfranquiciados, en primer término deberá establecer en su territorio una red de franquiciados a quienes tendrá que transmitir el Know -How del negocio, entrenarlos, supervisarlos permanentemente, etc.

Las fórmulas que se pueden utilizar para el pago al titular o al franquiciado principal, merece las mismas consideraciones que el caso anterior. Pero hay que recordar que en todos los casos jugará un papel decisivo la legislación tributaria de cada país». ¹⁷

En segundo término se encuentra la **Franquicia subsidiaria**:

En esta modalidad el titular instala una franquicia subsidiaria fuera del país de su residencia o fundacional, del negocio primario, con la finalidad de que este otorgue franquicias en ese territorio. Con este mecanismo se obtiene la ventaja —respecto a la franquicia directa— de que el titular está presente en el territorio franquiciado, con lo que puede tener un mayor control del desarrollo del emprendimiento y un mayor grado de intervención en la red, prestando servicios a las nuevas unidades, o proveer de insumos en forma idéntica a las locales, etc..

14. Mascheroni Lemes Jorge Ismael. Introducción al Franchising, sobre citado.

15. Ghersi Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales, T II, 5° edición, Ed. Astrea 2002, Pág. 55

16. Mascheroni Lemes J, I. Introducción al Franchising, sobre citado

17. Contratos civiles y comerciales sobre citado, Pág. 54.

Otra modalidad para instrumentar el Franchising es el Joint Venture. Se entiende por Joint Venture, la asociación de varias personas para impulsar una empresa comercial en forma conjunta, con la finalidad de obtener utilidades.

A veces puede ser de mayor atractivo para el titular, realizar un convenio de Joint Venture con un residente. A este Joint Venture se le otorga un «Master Franchise», se le designa Franquiciante Principal, y esta nueva entidad toma a su cargo el desarrollo del negocio dentro del territorio, instrumentando la creación de la red de franquiciados (en realidad serán subfranquiciados).

Será también decisivo para adoptar esta modalidad, la legislación local relativa a este tipo de organizaciones.¹⁸

Estructura del contrato de franquicia:

- Establecimiento de la independencia empresarial de las partes.
- Ubicación física de la franquicia.
- Duración y condiciones de renovación.
- Determinación de la zona de exclusividad territorial
- Condiciones de aprovisionamientos
- Contenido del Saber Hacer.
- Confidencialidad.
- Cláusulas de no competencia.
- Obligaciones financieras: Canon y royalties.
- Obligaciones del franquiciante.
- Obligaciones del franquiciado.
- Limitaciones de responsabilidad.
- Condiciones de cesión y transferencia.
- Término y resolución del contrato.

Elementos:

Los elementos que hacen a la esencia del contrato de franquicia comercial, coinciden los autores, siempre presentes tanto en el ámbito nacional cuanto internacional, son los siguientes:

Licencia de Marca: Hace a la esencia del contrato de franquicia comercial, que el franquiciante sea titular de una marca sobre un producto o servicio, ya que la clientela es atraída por el renombre y prestigio de la misma, y que el franquiciado además de utilizar su marca, utilice también sus signos y símbolos distintivos, juntamente con una serie de normas con relación a la forma de actuar del franquiciado, en cuanto a la actividad y administración a desarrollar.

Transferencia de un know how: El franquiciante tiene la obligación de poner en práctica al franquiciado con respecto a la conducción, estructura y organización del negocio y este último, debe seguir las instrucciones al pie de la letra, logrando una uniformidad en el producto y en la presentación del mismo. (Esto puede incluir desde la decoración del local, cuanto el listado de proveedores y entidades financieras).

Regalías o Canon: Se debe fijar alguna forma de retribución del franquiciado al franquiciante, ya que estamos frente a un contrato oneroso, como contraprestación a los servicios, asistencia, marca, etc. Durante la vigencia del contrato.

Territorio: Se trata de la delimitación de un ámbito territorial a favor del franquiciado en donde desarrollará el contrato, el territorio puede ser elemento esencial para el éxito de la operación comercial.

Asistencia del franquiciante al franquiciado: la misma puede estar suministrada en un manual operativo, dependiendo el grado de los términos del acuerdo pudiendo crearse un centro de asistencia y servicio mínimo para los franquiciados que componen la cadena, donde se brinda información de mercado, técnica o solo de compras.

La no competencia y/o las posibilidades de subfranquiciar: Impidiendo de forma expresa la posibilidad de que el franquiciado realice negocios competitivos y prohibiendo o no la posibilidad de subcontratar.

Confidencialidad: Consiste en la obligación de secreto, ya que, el franquiciado tiene acceso a información confidencial del franquiciante, prolongándose aun por un plazo prudencial posterior a la conclusión del contrato.

Plazo de duración del Contrato: Por lo general las partes tienden a establecer un plazo lo suficientemente largo para recuperar la inversión inicial hecha por el franquiciante. En nuestro derecho y en virtud de la autonomía de la voluntad, las partes pueden rescindir sin causa y en cualquier tiempo. Lo aconsejable en definitiva, es un término de entre dos a cinco años con opción a renovarlo.¹⁹

18. Mascheroni Lemes, J, Introducción al Franchising.

19. Argañaras José Ignacio. www.gestiopolis.com

Derechos y obligaciones de las partes:**Del Franquiciante:**

- Adjudicar el derecho de explotar una unidad comercial u operativa en franquicia.
- Suministrarle al franquiciado el know-how, las técnicas e instrucciones y el sistema para operar.
- Otorgarle al franquiciado exclusividad territorial o zonal.
- Otorgarle al franquiciado licencia para la utilización de nombres, marcas, emblemas, etc.
- Proporcionarle los manuales que contengan un detalle de los sistemas y procedimientos de operaciones de la franquicia de que se trate.
- Proporcionarle especificaciones de relaciones con terceros, clientes, publicidad, promoción, diseño y equipamiento del local o locales, pautas contables, cursos de capacitación del personal, seguro de los bienes, atención al público.
- Suministrarle productos y servicios.
- Limitar o vetar la elección de los locales.
- Actos de fiscalización o control del cumplimiento de las condiciones pactadas en el contrato de franquicia.
- Establecer condiciones para la revocación o extinción del contrato y sus causales.

Del Franquiciado:

- Pagarle al franquiciante una tasa inicial por entrar a la cadena, adquiriendo el derecho de utilización de la franquicia.
 - Pagarle al franquiciante una regalía periódica, calculada en función de la venta bruta del negocio franquiciado.
 - Ajustarse a todas las instrucciones de comercialización y técnicas del franquiciante.
 - Adquirir la licencia de utilización de nombre, marca, etc.
 - Dar cumplimiento al programa de entrenamiento dictado por el franquiciante.
 - Guardar la debida reserva, secreto, de toda la información suministrada por el franquiciante.
 - Satisfacer los aportes porcentuales oportunamente convenidos para las campañas publicitarias.
 - Dar intervención al franquiciante en la elección de local o locales en donde se va a establecer la franquicia.
 - Aportes para la elección y puesta en marcha del local.
 - Ajustar el sistema informático y contable al los requerimientos del franquiciante.
 - Dar cumplimiento a la normativa vigente que regule los distintos aspectos que hacen a la operatividad de la franquicia.
 - Mantener el esquema de atención al público.
 - No ceder ni subfranquiciar.
 - Abstenerse de seguir utilizando el nombre y /o la marca una vez concluida la relación contractual.
- Ventajas y Desventajas del franchising:

Ventajas: los negocios integrantes de la cadena poseen un mayor poder de compra que los negocios independientes, por lo que pueden ofrecer precios más competitivos. También cuentan con la posibilidad de realizar más publicidad y hacer, de esta forma, mas conocida la marca.

Para el franquiciante:

- Puede expandir su negocio rápidamente, con solo una fracción del capital que necesitaría para abrir sucursales;
- No asume el riesgo empresario inherente a cada local de su cadena, porque es característica del sistema de franquicias que el franquiciado explota «su» local por su propia cuenta y riesgo;
- Permite aumentar rápidamente la presencia en el mercado, a través de una imagen «corporativa». Esto redundará directamente en un beneficio para la marca, porque provoca una sensación de crecimiento que se traduce en mayor confianza en los consumidores;
- Facilita la obtención de información para la planificación de políticas globales y regionales de la empresa, base de una expansión comercial segura.
- Cada nueva boca de la franquicia funciona como publicidad adicional y gratuita de la marca, logrando llegar a los consumidores con la mejor vidriera: el propio local de la franquicia.
- Además, el franquiciante no pierde el control de su negocio, como ocurriría si vendiera la licencia.

Para el franquiciado:

- Comercializa una marca reconocida, sin la necesidad de crear por sí mismo un nombre en el mercado;

- Recibe una capacitación que lo incorpora a un negocio uniforme y de equipo.
- Entra al negocio por cuenta propia pero no solo ya que tiene detrás el apoyo de un franquiciante experimentado, el que ya posee un negocio probado.
- Inicia una operatoria comercial mas previsible, porque cuenta con la experiencia del franquiciante (tanto la directa ganada por él mismo como la indirecta, proveniente de la relación con anteriores franquiciados de la cadena). De esta manera se reduce la posibilidad de error y se disminuyen los costos de instalación y de operación, lo que redundará en una mayor rentabilidad con menor tiempo de recupero de la inversión inicial.
- Se beneficia con la imagen cooperativa de la cadena, ya que, desde el punto de vista del consumidor, todos los locales de la misma marca constituyen la misma «empresa», contando con la confianza «a priori» de los clientes.
- Logra un mayor poder de compra ya que, habitualmente, se une a los demás franquiciados y al franquiciante para la adquisición de productos de uso común.

También el consumidor obtiene beneficios con este sistema, ya que se asegura productos uniformes y de calidad a través de locales adecuadamente abastecidos y correctamente atendidos a precios estandarizados y competitivos.

Desventajas: este sistema presenta algunas características que pueden ser tomadas como desventajas para las partes involucradas.

- ✗ El franquiciante tiene que compartir su negocio con un grupo de comerciantes autónomos, los que además, a través de malas actitudes pueden afectar a la marca.
- ✗ Las empresas franquiciantes provenientes del exterior prefieren desarrollarse en países vecinos, al obtener comparativamente con nuestro país ciertas ventajas impositivas como la ausencia del impuesto a los ingresos brutos que incide gravemente en el desarrollo del franchising local.
- ✗ Los franquiciados pierden buena parte de su independencia comercial, son sometidos a determinados controles y muchas veces deben abonar, en concepto de regalías, sumas difíciles de recuperar.²⁰

Sección 3: Extinción del contrato de franchising:

En cuanto a las formas de extinción del contrato de franchising podemos encontrar dos formas:

- A) La normal, que es el cumplimiento del plazo.
- B) Las anormales, que son:
 - ✗ Resolución por incumplimiento;
 - ✗ Mutuo acuerdo;
 - ✗ Resolución por cuestiones sobrevinientes;
 - ✗ Por muerte o incapacidad del franquiciante;
 - ✗ Por declaración de quiebra.

A) Cumplimiento del plazo

Esta es la causa normal de terminación del contrato de franchising. Cuando el plazo pactado en el contrato expira, y si no hay previsión alguna sobre su extensión, sobreviene la terminación de la relación contractual. Esta situación no genera inconvenientes, pues generalmente los términos de dicha terminación normalmente han sido estipulados en el contrato mismo.

Con respecto al plazo de duración de la franquicia, éste se establece en función de diversos parámetros, por ejemplo, el tipo de franquicia: una franquicia industrial debería concederse por lo general en períodos de mayor duración que los de la franquicia de servicios, etc. Por lo general en las relaciones de franquicia se recurre a la tácita reconducción, es decir que si ninguna de las partes renuncia al contrato dentro del plazo de preaviso establecido, se renueva el mismo por un período igual al inicial.

La mayoría de los contratos de franquicia contienen una cláusula de renovación la cual posibilita al franquiciado y al franquiciante renovar el contrato en el momento de su terminación.

Otro caso se refiere a los contratos sin plazo fijo. Los contratos de franquicia sin plazo generalmente prevén la posibilidad de que el franquiciante resuelva unilateralmente el acuerdo en cualquier momento, sin expresión de causa y sin obligación de reparar daños y perjuicios. Sin embargo, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia a nivel internacional ha entendido que en estos casos se exige que dicha potestad se haya establecido contractualmente y que se de al franquiciado un plazo razonable o en su defecto, una indemnización adecuada.

20. Argañaras José Ignacio. www.gestiopolis.com

B) Resolución por incumplimiento:

Las circunstancias más comunes que pueden resultar en la resolución del contrato de franquicia son:

- Competencia desleal: es normal que los contratos de franquicia comercial contemplen la prohibición de utilizar o transmitir a un tercero el know how que recibió del franquiciante, por lo que se establece dentro del mismo contrato que se prohíbe al franquiciado, ya sea antes o después del contrato, abrir un establecimiento que tenga un objeto idéntico o similar al negocio objeto de la franquicia en determinada zona.
- Incumplimiento o alteración del know how: el franquiciado ha obtenido un procedimiento probado y exitoso y se ha comprometido a seguirlo. Un incumplimiento a este compromiso puede resultar en la resolución del contrato ya que se estaría poniendo en juego la imagen y el prestigio de la marca o servicio y por tanto la red.
- Falsificación de Información: este punto está relacionado con la información de índole financiera que el franquiciado le debe suministrar al franquiciante, con el fin de calcular las regalías periódicas a pagar. Si se comprueba que esta información ha sido falsificada, se puede pedir la resolución del contrato.
- Prestación de servicios no autorizados: todo contrato de franquicia debe especificar cuáles son los productos y servicios que debe brindar el franquiciado. Un cambio no autorizado puede resultar en la resolución del contrato.
- Cesión no autorizada de la franquicia a un tercero: la prohibición de ceder, gravar, y de cualquier forma traspasar los derechos de la franquicia a un tercero, debe ser contemplada expresamente dentro del contrato.
- Utilización ilegal de las marcas o derechos del sistema de franquicia: el franquiciado sólo puede usar las marcas para lograr el objetivo propuesto en el contrato. En caso contrario se afectaría el objeto mismo de la franquicia.

Si el incumplimiento se diera por parte del franquiciante, el franquiciado tendría el derecho a cobrar el lucro cesante que se refiere a las ganancias estimadas por explotación normal y habitual de la franquicia, durante el plazo contractual no cumplido, reduciendo las regalías que eventualmente se hubieran tenido que pagar por ese mismo período, también tendría derecho al daño moral, el cual debe ser comprobado, además sólo se aplica para personas físicas y no jurídicas.

Si el incumplimiento se da por parte del franquiciado, el daño del franquiciante se compone del daño emergente que consta de las prestaciones adeudadas por el franquiciado, daño a la imagen y prestigio de la cadena de franquicia debido al cierre fraudulento, también podría cobrar el lucro cesante compuesto por las regalías u otras prestaciones aún no recibidas, así como el daño moral que al igual que el franquiciado debe ser comprobado y además sólo se aplica para personas físicas.

3. El mutuo acuerdo:

Es el primer motivo de terminación anormal del contrato de franquicia. Esta se puede dar de dos formas: la primera es que en cualquier momento de la ejecución del contrato las partes pueden convenir la terminación de la franquicia, según las especificaciones que se pacten en ese momento. Esto produce la extinción de las obligaciones asumidas por las partes pero no en forma retroactiva, sino solamente hacia el futuro. La segunda forma en que se puede manifestar la terminación por mutuo acuerdo es cuando las partes prevén en el contrato la posibilidad de que, mediante el pago de una indemnización predeterminada o preaviso, cualquiera de ellas pueda dar por concluida la relación.

4. Resolución del contrato por imposibilidad sobreviviente:

Durante la ejecución del contrato pueden surgir circunstancias que imposibiliten la continuación de dicha relación. Una de estas circunstancias puede ser la muerte o la incapacidad del franquiciado, cuyos efectos dependerán de si la franquicia fue concedida a una persona física en razón de alguna calidad especial de la misma o si no se tomó en cuenta ninguna característica específica del tomador de la franquicia a la hora de contratar.

En el primer caso resultaría *intuitu personae* y por lo tanto deberá considerarse concluido al producirse la muerte o incapacidad del franquiciado. En el segundo supuesto, la muerte del franquiciado da lugar a las consecuencias normales del proceso sucesorio, para lo que se debe designar al administrador judicial, quien será representante y estará a cargo de la franquicia.

5. Resolución del contrato por la muerte o incapacidad del franquiciante:

Si el franquiciante es una persona física y se da la muerte o incapacidad la doctrina considera que los derechos de la franquicia deben pasar a los sucesores quienes la deben administrar. Si el control y administración de la franquicia requiere un conocimiento especial del fallecido o incapaz, los contratos de franquicia deben considerarse resueltos por fuerza mayor.

6. Resolución del contrato por declaración de quiebra:

En el caso de la quiebra del franquiciante, del franquiciado o de ambos, la opinión predominante es que el contrato debe de perecer, ya que las partes se ven imposibilitadas para continuar con las prestaciones contraídas.

Con la quiebra del franquiciante, ya sean por fallas en el plan comercial, mala selección de los franquiciados, cambios en el mercado, etc., los franquiciados se deben apersonar al proceso de quiebra en forma organizada para ofrecer la solución de continuación del negocio y para hacerse cargo del mismo. Es importante recordar que el franquiciado y el franquiciante son independientes jurídica y económicamente, por lo que la quiebra de uno no acarrea necesariamente la quiebra del otro.

Con la quiebra del franquiciado, el franquiciante también debe apersonarse dentro del proceso de quiebra como acreedor.²¹

MODELO DE CONTRATO DE FRANQUICIA

«REUNIDOS

Don ..., gerente de la empresa ...en lo sucesivo empresa, constituida en escritura pública otorgada ante Don ..., Notario de ..., e inscrita en el Registro Mercantil con fecha de ... de ... de ..., libro ..., tomo ..., folio ..., con CIF núm. ..., y con domicilio social en ..., calle ..., con poderes de representación conforme a escritura pública autorizada por Don ..., Notario de ... con fecha de ... de ... de ..., en lo sucesivo franquiciadora, de una parte;

Don ..., de profesión ..., con DNI núm. ... y domicilio en ..., calle ...,en lo sucesivo franquiciado, de otra parte;

ACUERDAN

Celebrar el presente CONTRATO DE FRANQUICIA, de acuerdo con las siguientes,

ESTIPULACIONES

- I. Por el presente contrato la empresa ... franquiciadora se obliga a permitir al franquiciado el uso de sus signos distintivos, consistentes en ..., para su actividad comercial (especificar).
- II. Don ..., franquiciado, se obliga al pago de la cantidad de ... euros iniciales, que abona el día de hoy, y al pago mensual de un porcentaje del ... % de los ingresos obtenidos cada mes, en los cinco primeros días del mes siguiente.
- III. Don ... se obliga por el presente contrato a la aplicación de los sistemas de comercialización del franquiciador conforme a las siguientes instrucciones
- IV. La empresa ... se obliga a prestar al franquiciado la asistencia técnica necesaria para que utilice su sistema de comercialización, consistente en
- V. Don ... se obliga a mantener un stock de productos adecuado para el perfecto desempeño de su actividad comercial, así como los medios necesarios para ello.
- VI. La empresa ... suministrará mensualmente, en los cinco primeros días de cada mes, los productos siguientes al franquiciador.
- VII. El franquiciado se obliga a observar las instrucciones del franquiciador conforme a la cláusula tercera del presente contrato.
- VIII. La empresa ... se reserva el derecho de supervisar y controlar la actividad del franquiciado en su actividad comercial para cuidar de que se mantenga el nivel de calidad habido hasta el día de hoy.
- IX. El franquiciado se obliga a informar a la empresa ... sobre la marcha de su actividad mensual con la periodicidad que la empresa estime conveniente.
- X. Para resolver cualquier cuestión derivada del presente contrato las partes se someten expresamente a los Tribunales de ..., con renuncia del fuero propio.

Dando fe, firman el presente contrato de franquicia Don ..., como gerente de la empresa ..., y Don ..., en ... a ... de

NOTA:

Los contratos mercantiles pueden ser intervenidos por Agente Mediador Colegiado conforme al art.93 del Código de Comercio, el cual establece que « Los Agentes Colegiados tendrán el carácter de Notarios en cuanto se refiera a la contratación de efectos públicos, valores industriales y mercantiles, mercaderías y demás actos de comercio comprendidos en su oficio, en la plaza respectiva.

21. www.protectora.com/boletines/legales/julio20003htm .Por Chervin de Katz Marta, ¿Que es el franchising?, ED. Abeledo Perrot, 1995

Llevarán un libro-registro con arreglo a lo que determina el artículo 27, asentando en él por su orden, separada y diariamente, todas las operaciones en que hubiesen intervenido, pudiendo, además, llevar otros libros con las mismas solemnidades.

Los libros y pólizas de los Agentes colegiados harán fe en juicio».

Además hay que atender al art.517.2.5º de la LEC que establece como título ejecutivo «las pólizas de contratos mercantiles, firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la Póliza con los asientos de su Libro-Registro y la fecha de éstos».

Si interviniese Agente Mediador en el presente contrato, se ha de incluir la cláusula siguiente:

Este contrato ha sido formalizado con la intervención de Don ..., Agente Mediador Oficial, a todos los efectos legales oportunos, incluyendo los señalados en la LEC en su artículo 517.2.5º, así como en los arts.58 y 93 del Código de Comercio, y demás legislación aplicable.

Y en prueba de su conformidad las partes otorgan y firman el presente contrato por triplicado y a un solo efecto, de lo que yo el Agente doy fe, hechas las advertencias legales, así como de la capacidad legal para contratar e identidad de los contratantes y de la legitimidad de sus firmas y de todo lo dispuesto en el presente contrato, que firmo y sello en ... a ... de».²²

Capitulo III: «El sistema de franchising, la tutela de los consumidores en el derecho argentino»

Caracterización básica del «Sistema del Franchising»:

El franchising se trata de un contrato, o, por mejor decir, de una Forma Moderna de Contratación.

En su génesis misma el franchising es un «concepto de hacer negocios», un Sistema de distribución y expansión comercial el mas obsesivamente elaborado y perfeccionado de todos, una suerte de «marketing de la idea» al decir de algunos, que permite la creación de «una imagen de distribución» en cadena, sea de productos, servicios, o derechos de casi cualquier índole, que orquestadamente posibilita impactar en prácticamente todo tipo de mercados a potenciales consumidores o usuarios.

El contrato de franquicia individual será en todo caso una de las herramientas o instrumento final del cual se valdrán formalmente quienes legítimamente aspiren el referido negocio mercantil.

Puede pensarse que lo anterior es predicable de casi toda figura contractual, y se estará probablemente en lo cierto. Pero en muy pocos casos como en el del franchising el Derecho Contractual strictu sensu se ve «excedido» por el fenómeno económico; de ahí que comprenderlo así sea determinante para poder «aprehenderlo» jurídicamente de modo de no desnaturalizarlo por un lado, y adecuarlo a las exigencias y estándares sociales por el otro.

Consecuencia de su éxito comercial, el Franchising «constituye uno de los acontecimientos económicos mas significativos del siglo XX», lo cual ha posibilitado a quienes se dedicaron a este emprendimiento -franquiantes, principalmente, y también franquiciados- el conseguir una también significativa acumulación y reproducción del capital originariamente invertido.

La doctrina que en el ámbito del derecho ha elaborado el fenómeno del Franchising se ha ocupado de intentar sistematizar, y no siempre en forma coincidente, las distintas clases del Franchising. Básicamente puede enunciarse como posibles variantes el Franchising de producto, el Franchising de servicio, el Franchising de marca registrada, el Franchising master y el franchising de empresa o business format franchising. Este último es precisamente la «franquicia en sentido propio», y constituye la forma mas evolucionada, perfeccionada y abarcadora del Franchising, comprensiva de elementos tales como la licencia de uso de marcas, la transmisión del know how to do it *saber como hacer*, asistencia técnica del franquiciado, plan de publicidad, régimen de pago de derechos y regalías, etc., y ella será la que principalmente constituya el análisis de este capítulo, de los distintos tipos de responsabilidades de franquiciante y franquiciados en relación a consumidores y usuarios.

Una de las notas esenciales del contrato de franquicia es el carácter fiduciario o de confianza que presenta el contrato en sí. Es que dada la estrechez de múltiples relaciones que vincularan a las partes o centros de interés económica y jurídicamente, de no existir tal confianza no se involucrarían al grado que deben hacerlo para aspirar al éxito en el emprendimiento común. Y esta nota tendrá relevancia inclusive en la etapa postcontractual, una vez extinguidos los efectos principales de la relación convencional vinculante -ejemplo: no develación por parte del franquiciado del know how al que hipotéticamente haya tenido acceso-.

22. www.todaleley.com (página española)

El rasgo fiduciario va conectado irrevocablemente a las personas del caso; de ahí que ello, junto con otras cualidades requeridas de las mismas, determine que la franquicia es «inherente a las personas» recíprocamente escogidas, o intuitu personae. Al franquiciante le interesará un determinado perfil de franquiciado para integrar y prestigiar a su red o cadena, y al franquiciado potencial le interesará una determinada «manera de hacer negocios» y no otro ergo, le interesará un franquiciante y no otro. Las obligaciones emergentes del perfeccionamiento del contrato deberán ser particularmente cumplidas, y de un modo determinado y esperado, por ciertos sujetos de derecho y no por otros. Lo dicho se encuentra receptado normativamente en los artículos 498, 626, 730, 1195 y 1196 del código civil, entre otros, y si bien mayormente el carácter indicado es aplicado a las obligaciones de hacer no fungibles, también hay inherencia a la persona en cuanto a las obligaciones de no hacer especificadas en la franquicia individual, toda vez que quien debe abstenerse, por ejemplo, de divulgar secretos integrantes del know how y eventualmente de competir con el franquiciante, es el franquiciado en cuestión y no otra persona física o jurídica distinta de él.

Otra característica típica de la Franquicia individual es la de conformarse a través de un contrato estándar o uniforme, de aplicación para todos los potenciales adherentes a la red, cuyo contenido son cláusulas predispuestas por el franquiciante, las que dada su inmodificabilidad asumen el rol de condiciones generales de contratación o condiciones negociales generales, lo que determina que cada franquicia otorgada constituya un contrato de adhesión, en el cual la clásica «libertad de contratación», carecería de uno de uno de sus componentes, esto es la posibilidad de convenir paritariamente el contenido contractual. La finalidad misma del franchising impone lo descrito, en orden a preservar el estilo negocial propuesto, y a su turno impuesto por el franquiciante; en definitiva es la uniformidad la que posibilita consolidar una «imagen de distribución» determinante del éxito de las partes vinculadas convencionalmente, susceptible de ser lograda solo a través de la adhesión. Desde ya que lo descrito es extensible al Manual de Operaciones, al cual necesariamente remitirá el contrato de franquicia individual, y en donde estarán minuciosamente detallados todos los aspectos operativos del negocio en sí.

También la bilateralidad es una nota tipificante de la franquicia, en el sentido de que «las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra» (Art. 1138CC). Pero si bien entonces en lo interno de la relación convencional puede postularse que franquiciante y franquiciado son partes o centros de interés en un «negocio jurídico de cambios» «dado que hay contraposición de intereses tendiente a la obtención del éxito comercial y económico de todos los integrantes de la red, lo que permite afirmar que se está en presencia, analizado ello «desde afuera» principalmente, de un contrato plurilateral o de organización.

Lo anterior se conecta con otro rasgo definitorio de la franquicia, esto es que se trata de un contrato de colaboración comercial por requerirse de la acción común de las partes para lograr juntos lo que no les resultaría posible por separado. Es relevante destacar sin embargo, que en ocasiones tras la cooperación formal se esconde una dominación sustancial, y esto es precisamente lo que se da en el franchising, dado que es el franquiciante co-operante quien dirige al franquiciado co-operado, pese a ser este último un sujeto de derecho formalmente independiente a nivel jurídico. Aquél impone las condiciones y éste se somete.

No es ocioso referir enunciativa mente alguno de los deberes que asume convencionalmente el franquiciante, los que tendrán como contrapartida _ dada la bipolaridad de la obligación en sentido técnico jurídico _ derechos en cabeza del franquiciado. Aquellos pueden ser: cesión de licencia de uso de una marca; redacción y entrega del Manual de Operaciones; entrenamiento del franquiciado y de su personal; transmisión del know how; transmisión de estándares de calidad y servicio; asistencia permanente a nivel de compras, gerenciamiento, ventas y en el plano de lo técnico y lo contable, etc.; implementación del plan de publicidad; actualización del Plan Negociad, etc.

También tendrá el franquiciante derechos específicos en relación al franquiciado, siendo alguno de los mas habituales: percepción de derechos y regalías; imposición del sistema contable; información constante de la evolución de la ejecución del Plan Negocial, y de la situación económica y financiera del franquiciado; fijación de precios indicativos u obligatorios; determinación de proveedores de insumos; elección y/o aprobación del sitio físico en donde se instalará el establecimiento mercantil; exigencia e imposición efectiva de disciplina de grupo; determinación de pautas postcontractuales en orden a no utilización de marca; no revelación del know how, no competencia, etc.; control permanente del franquiciado ejercido a través de la supervisión, dirigido a la detección de incumplimientos contractuales o fallas en la ejecución del Plan Negocial y evitar perjuicios sobrevivientes para la red en general, y para el propio franquiciante en particular; etc.

Subordinación evoca «sujeción a la orden, mando o dominio» de otro. Y si bien en el Franchising formalmente no hay subordinación jurídica directa porque el franquiciante no puede dirigir directamente la actividad del franquiciado, sino que solo puede hacerlo indirectamente a través del control – las mas de las veces externo y posibilitado por las previsiones convencionales del control de franquicia individual-, no hay duda que en la abrumadora mayoría de los casos habrá una clara subordinación técnica y económica de los franquiciados.

La subordinación técnica del franquiciado se dejará evidenciada en los contenidos del manual de Operaciones, los cuales pueden ser variados por el franquiciante en el curso de la ejecución contractual merced a previsiones expresas contempladas en el contrato de franquicia individual. Esto será más evidente en las formas más evolucionadas del franchising, pero en menor medida estará presente en casi todas las variantes contractuales del negocio – evidenciándose de modos distintos-.

La subordinación económica se configura por un lado por la disparidad patrimonial que a su favor presenta el franquiciante en relación al franquiciado las mas de las veces, lo cual hace que este aspire a compartir parte del éxito comercial y económico de aquel, mas no a igualarlo, lo cual da al franquiciante un mayor poder negociador a la hora del otorgamiento de la franquicia respectiva. Y por otro lado el negocio en si esta pensado e instrumentado ab initio para que la ganancia del franquiciante sea siempre mayor en términos absolutos que la de cada franquiciado en particular; es que el franquiciante se aprovecha del éxito de un número de franquiciados normalmente muy superior a «uno», mientras que usualmente, el franquiciado contará con el rédito económico de la o las franquicias que le sean otorgadas y que, serán habitualmente menores a los totales de la red.

Desde luego que la indirecta subordinación jurídica, y la evidente subordinación técnica y económica no son configurantes per se de un contrato de trabajo ni de una relación de trabajo en términos del derecho laboral. Ello porque el franquiciado será las mas de las veces una persona jurídica, no tendrá subordinación jurídica directa, y la actividad que desarrollara no será en el exclusiva a favor, beneficio o interés del franquiciante sino de él propio, y el resultado económico que obtenga de la actividad realizada no será «remuneración» sino «ganancia», dado el carácter asociativo no societario del contrato de franquicia individual (Art. 21, 22, ley de contrato de trabajo). Esto no será óbice para que, en determinados Franchising de conversión no se pueda considerar a los supuestos franquiciados dependientes directos del franquiciante, en caso de que sea comprobable que los contratos de franquicia tuvieron por finalidad licuar potenciales pasivos indemnizatorios provenientes de eventuales acciones laborales o imposibilitar la aplicación de las normas tuitivas propias del derecho laboral, en cuyo caso serán nulos- Art.14, ley de contrato de trabajo-, pero esto será normalmente la excepción y no la regla del norte negocial del Sistema.

Paralelamente no puede dejar de considerarse que el Franchising es un Sistema Negocial que permite, al franquiciante obtener provecho patrimonial a través de la actividad económica directa de terceros, esto es de los franquiciados; pero esta actividad económica de los franquiciados es inducida y organizada por el franquiciante. Y si bien es cierto que el sistema de economía capitalista (el nuestro) tiene como característica el traslado del riesgo económico «hacia delante», no es menos cierto que en orden a determinar eventuales «responsabilidades» debe tenerse también presente que ese mismo sistema económico posibilita mayor obtención de beneficios y acumulación de capital al franquiciante, por lo cual resulta adecuado, que quien «idea « una actividad económica y la realiza indirectamente a través de terceros, lucrando de ese modo mucho mas de lo que podría hacerlo actuando por si mismo, deba eventualmente responder ante quienes – entre otros – contraten con los franquiciados para posibilitar tal actividad.

Se ha escrito acertadamente que «quien tiene poder económico tiene responsabilidad», y que ya «puede darse a la luz el verdadero factor de atribución del final del siglo: la actividad económica en sí misma», debiéndose paulatinamente «descubrir el velo» de ella por ser un «gran factor de atribución en la acusación de daños», configurándose instrumentalmente a través de «agrupaciones económicas de control», como es el caso del franchising.²³

1-RESPONSABILIDAD ante los consumidores y usuarios por daños derivados de productos elaborados defectuosos:

El franchising, como sistema negocial de base contractual, puede tener como objeto inmediato real a cosas, entendido ello en el sentido técnico jurídico específico de « objetos materiales susceptibles de tener un valor – Art.2311C.C -. Y tales cosas , pasibles de ser comercializadas por medio de la cadena de distribución instrumentada a través de franquicias comerciales, pueden causar daños a quienes las consuman o utilicen. Por eso es importante hacer hincapié en la cuestión de productos elaborados defectuosos.

Téngase presente que, tratándose del franchising, los productos serán siempre elaborados por el franquiciado, siguiendo para ello las instrucciones dadas por el franquiciante. Esta es una de las notas distintivas del Franchising en relación a otros sistemas de distribución comercial, como ser la Agencia, la Distribución – en sentido específico -, y la Concesión privada. En estos últimos mecanismos de comercialización ni el agente, ni el distribuidor, ni tampoco el concesionario, fabrican el producto que expanden.

Pues bien, así como a comienzos del presente siglo surgió con vigorosa aspiración de autonomía el Derecho del Trabajo como capítulo del Derecho Social, estando próximo a finalizar el mismo se destaca en

23. Rodríguez Cuiñas Manuel. «El sistema de Franchising y la tutela de los Consumidores y Usuarios en el derecho Argentino». direitobancario.com.br

igual sentido el Derecho del consumidor y del usuario, que tiene por objeto de estudio a la relación consumo o uso, como categoría o correlato paralelo o equivalente de la «relación de trabajo» propia del derecho laboral.

En virtud de su trascendencia tal «relación de consumo» fue receptada normativamente en la Argentina por la Ley de Defensa del Consumidor número 24240 primero, y por la propia ley fundamental después, Art.42 de la Constitución Nacional.

Con la finalidad de colocar en el mercado de consumo los bienes producidos se induce a la adquisición masiva de los mismos a través de la publicidad comercial, la que por cierto no se distingue en la actualidad de la otra denominada propaganda, dado que más que «hacer saber» se busca «convencer».

Inducida o despertada masivamente la necesidad del consumo o del uso, se incrementa geométricamente y en un espiral ascendente la demanda de bienes y servicios. Con la finalidad de satisfacer tal demanda, aumentadora en términos reales del lucro posible del productor o prestador, se incrementa el ritmo de la producción. Y el efecto colateral no deseable, pero verificable, es el incremento proporcional de los defectos de fabricación e implementación, lo que introduce en la sociedad global mayores riesgos para los destinatarios finales de los bienes o servicios, esto es los consumidores o usuarios.

Lo expuesto aparece actualmente como un riesgo social que se acrecienta, dada la fabricación en serie de objetos de todo tipo destinados al consumo y al uso, favorecidos por una tecnología que facilita la producción en masa y que por ello, no obstante las medidas de control y seguridad que se adopten, arrojan un alto porcentaje de productos que entran al proceso de comercialización en deficientes y peligrosas condiciones.

Todos estos factores han creado una situación de vulnerabilidad del consumidor, quien se ha visto enfrentado al propio poderío económico y jurídico de los productores, lo que ha llevado a la necesidad de incluir en los ordenamientos legales, normas tendientes a proteger al consumidor frente a los daños ocasionados por productos elaborados. Naturalmente se han acelerado el proceso de búsqueda de soluciones jurídicas idóneas, los abusos registrados en la elaboración de productos de uso y consumo masivo, desde los productos comestibles en mal estado, los productos farmacéuticos, etc. Más recientemente han ocurrido episodios que han conmocionado a nuestra sociedad en casos de diversos productos comestibles en mal estado, vinos adulterados, etc., todos con dramáticas consecuencias.

Cabe decir que por «producto elaborado» se entiende toda aquella cosa que es el resultado de la transformación de otras cosas por la actividad del hombre aplicada a las mismas. Por su parte Farina propone como concepto que «un producto elaborado es toda cosa mueble, natural o industrial, destinada a la comercialización, en cuyo proceso de creación, transformación o desarrollo, así como en la preparación para su consumo o uso haya intervenido la actividad humana, sin olvidar que también cabe ubicar dentro de este concepto a los productos naturales, pues requieren de la intervención del hombre, tanto en lo relativo a su desarrollo (Ej., la aplicación de fertilizantes, etc.) como a su conservación, fraccionamiento o envase».

En otros términos, teniendo en cuenta lo normado en la Ley de Defensa del Consumidor, puede enunciarse que producto elaborado será todo bien mueble- o inmueble nuevo destinado a vivienda en caso de primera venta, Art.1 inc.c- que haya al menos sufrido previo a su ingreso al mercado de consumo o de uso, una transformación o mínimo proceso industrial o artesanal.

El producto elaborado de que se trate, para ser considerado defectuoso, debe ser portador latente de un «vicio» que determine su potencialidad dañosa para la persona o los bienes del consumidor o usuario. Vicio será todo defecto oculto – desde la óptica del consumidor o usuario- de la cosa que la haga impropia para su destino. Por ello se ha sabido definir el vicio originante de la responsabilidad aquí tratada como «toda deficiencia del producto que lo torna potencialmente dañoso, no obstante su uso o consumo adecuado». Acertado es asimismo lo que destaca Farina, en el sentido de que el elaborador o vendedor del producto «ha de responder por los daños derivados no solo del producto, sino también de una información deficiente o incorrecta en cuanto a su uso o empleo».

Especial mención merecen, dentro de las posibles consecuencias nocivas originadas por un producto elaborado defectuoso, los daños que pueden ser irrogados a la salud o seguridad del consumidor. Al respecto Adorno ha afirmado que «se trata de un capítulo de gran trascendencia en el llamado derecho de Daños y una de las cuestiones de mayor importancia dentro del campo de los derechos del consumidor». No por casualidad ello ha sido expresa y primeramente contemplado, entre otros derechos, en el Art.42 de la constitución nacional argentina reformada en 1994, donde puede leerse que «los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad...» y otros derechos mas, que a continuación de los dos señalados primeramente son enumerados a título enunciativo.

Esto último había sido receptado previamente ya en el Art.5 de la ley de Defensa del Consumidor, en donde se prescribe que «las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que,

utilizados en forma previsible o normal de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios». Y «ello es natural, por cuanto la protección de la salud y la seguridad de las personas constituye el piso mínimo de defensa de las mismas, que permite así gozar de los demás derechos», entre los cuales se encuentra, naturalmente, el de propiedad.

Menoscabada sea la salud, seguridad o patrimonio de los consumidores y usuarios, por el uso o consumo de productos elaborados defectuosos, debe acudir a mecanismos normativos que posibiliten el resarcimiento de los daños padecidos.

Pueden darse diversos supuestos generadores del daño por productos elaborados, no solo debido a un vicio intrínseco de éstos, sino también por informaciones erróneas, instrucciones deficientes sobre su modo de empleo. Tales supuestos pueden consistir, siguiendo a Farina, en: a- daños provocados por deficiencias en proyectos, planos o formulas químicas del producto, b- vicios de fabricación o de manipulación del producto, c- vicios derivados de una defectuosa conservación del producto hasta su entrega al adquirente, d- deficiente información al consumidor o usuario, e- daños derivados de una publicidad imprudente.

En orden a precisar las posibilidades normativas de reparación con que potencialmente contarían los consumidores o usuarios eventualmente dañados merced al giro propio del Sistema de Franchising, se deben distinguir básicamente dos hipótesis posibles: a) damnificado por producto defectuoso que adquirió u obtuvo el mismo en forma directa del franquiciado, y b) damnificado no propietario ni guardián del producto elaborado (efectivo consumidor final).

Así, tratándose de una relación entre el franquiciado- fabricante del producto elaborado- y el consumidor o usuario que consumió o utilizó el mismo, la base del eventual deber de resarcir del primero nombrado será ciertamente contractual. Pero dado que hay una implícita obligación de resultado o fines en cabeza del franquiciado que hace las veces de proveedor directo, consistente en una garantía de inocuidad del bien a ser consumido o utilizado y en la seguridad de que el mismo no irrogara en ningún caso daños personales o patrimoniales a quien lo adquirió, tal responsabilidad contractual será objetiva, dado que el franquiciado no podrá eximirse de responder probando su «no culpa» – de allí que en este caso no pueda predicarse ni presumirse imputabilidad subjetiva alguna en relación al mismo-. Y la plataforma normativa básica de apoyo a la pretensión resarcitoria estaría dada por los Art. 1137 y 197 del código civil en virtud del incumplimiento objetivo del «pacta sunt Servando», debiendo asimismo tenerse presente que «los contratos, de consumo o uso en la hipótesis, deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender – el producto elaborado no depararía consecuencias nocivas para la persona o bienes de quien lo utilice o consumiese – obrando con cuidado y previsión «- Art. 1198 párrafo primero, Código Civil-, obligando los actos jurídicos no solo a lo patente o evidente – verbigracia, aptitud del producto para el uso o consumo previsto – sino también a lo patente, subyacente o virtualmente abarcado por la convención – Art. 1198 par. Primero.

La extensión del resarcimiento será la determinada en los artículos 901 y SS. del código civil – con especial ponderación del 902 -, en donde se pondera la «previsibilidad en abstracto» propia de la relación de causalidad, quedando lo prescripto en los Art. 520 y 521 solo para ser aplicados al estrecho campo de la responsabilidad contractual subjetiva que atiende a la «previsibilidad en concreto», arts. 512 CC – en caso de obligaciones de medios, siendo entonces plenamente resarcibles todos los daños padecidos que tengan relación de causalidad adecuada con el incumplimiento objetivo o material – en cuanto al resultado «esperado» y «esperable» – del franquiciado franquiciante.

Las causas de exoneración de las que podrá valerse el franquiciado elaborador serán necesariamente «ajenas» y deberán atender a quebrar, desplazar o concausar la relación de causalidad – y no obstar a un factor subjetivo de atribución -, esto es caso fortuito o fuerza mayor, culpa culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder – artículos 513, 514, 1113, párrafo segundo, del código civil -.

Asimismo el consumidor o usuario dañado debe poder accionar contra el franquiciante, que es quien convencionalmente impone el modo de elaboración de los productos del caso y fija sus estándares de calidad, con base extracontractual y apoya normativo en el 1113, primer párrafo del Código Civil, dado que el organizador de la red « se sirve» de los productos –cosas- que factura el franquiciado para lucrar indirectamente y, por lo tanto, deberá responder en virtud del factor de atribución objetivo derivado del riesgo de su «actividad económica»- realizada a través del giro de los franquiciados – en caso de irrogarse, merced a tales bienes, daños a terceros. Y es bueno reparar en que el antecedente del riesgo de actividad económica como factor objetivo de imputabilidad, no es sino la aplicación posmoderna de la máxima contenida en las Institutas de Justiniano: allí donde esta el beneficio, debe estar la carga.

Las pautas de la extensión del resarcimiento y de exoneración son idénticas a las descriptas para el franquiciado.

El vendedor del producto defectuoso y su elaborador serán legitimados pasivos conjuntos y «concurrentemente» obligados por el todo del daño hacia el consumidor o usuario perjudicado.

Por un lado al presente ninguna norma positiva impone expresamente solidaridad entre los primeros nombrados en orden a la eventual reparación. Solo el segundo párrafo del 1109 del código civil permitiría implícitamente predicar responsabilidad solidaria entre el fabricante y el vendedor de esta hipótesis, pero ello no resulta tan **expreso** como sería deseable – Art.701 código civil- y asimismo sería en cierto modo óbice para ello la decimonónica valla normativa del Art. 701 –en relación al vendedor-.

Pero por otro lado es imperioso considerar que si el damnificado puede accionar contra el vendedor o contra el fabricante, en virtud de causas fuente distintas pero debido a un mismo daño padecido, teniendo la expectativa de resarcirse indistintamente de cualquiera de ellos el ciento por ciento del perjuicio por hipótesis sufrido, no hay obstáculo alguno para que accione conjunta y simultáneamente contra ambos, y que siendo ambos condenados a resarcir pueda cobrarse indistintamente de cualquiera de ellos el todo de su acreencia, o que eventualmente cada uno de los agentes causales participe en el resarcimiento conforme ellos mismos hayan acordado. Claro está que estamos en presencia de una explícita o patente « obligación concurrente de hecho» y, en consecuencia, de una implícita o latente «obligación concurrente de derecho».

En el derecho positivo argentino, en el plano de las obligaciones conjuntas, además de las obligaciones mancomunadas y solidarias perfectas, se encuentran las llamadas obligaciones indistintas, conexas, concurrentes, solidarias imperfectas o «in solium»-en ocasiones expresamente prevista y en otras virtualmente contenidas o verificables-, que determinan que cada uno de los obligados deba responder por el todo ante el damnificado, pudiéndose en el lado pasivo y en lo interno de la relación bipolar obligatoria accionarse luego recursoriamente o de regreso entre sí – franquiciante y franquiciado que son deudores concurrentes – para resarcirse a su vez de lo oblado indebidamente en exceso, hasta por el ciento por ciento de lo por hipótesis pagado (Art. 689,inc2, 716, 717, 768,inc2, 771, inc3, 1113 y 1123 del Código Civil).

Si el dañado no es dueño o guardián del producto defectuoso al tiempo en que padece el perjuicio, esta legitimado para accionar extracontractualmente contra el dueño o guardián de la cosa al momento de producirse el daño en virtud del 1113, segundo párrafo (atribución objetiva por su calidad de dueño o guardián), y contra el fabricante del bien (franquiciado) y el franquiciante, instructor de su elaboración (merced el artículo 1113 primer párrafo) – atribución objetiva por la actividad económica realizada a través de la cosa defectuosa -, teniendo la extensión de la reparación, la obligación de concurrir al pago del resarcimiento y las causales eximentes de responsabilidad, idénticas características que las que se predicen para el otro supuesto ya contemplado antecedermente. La mencionada actividad del franquiciado será directa, y la del franquiciante indirecta – a través de el o los franquiciados-.

Merece destacar, pese a ser casi una verdad de Perogrullo, que la legitimación activa del sujeto dañado viene dada por su calidad de efectivo consumidor o usuario final, que lo transformo en definitiva en damnificado.

Desde ya que así como quien devenga en perjudicado por la utilización o consumo de un producto elaborado defectuoso puede accionar contra quien lo fabricó, franquiciado, también contra quien lo ideó e instruyó para su elaboración, franquiciante, e inclusive contra quien era su dueño o guardián al momento del evento dañoso, verbigracia, un amigo de la víctima; también son potenciales legitimados pasivos de tal pretensión reparadora el transportista, el publicista y el Estado mismo, sea Nacional, Provincial o Municipal. El transportista, para el caso, verbigracia, de que hubiera interrumpido la cadena de frío o no hubiese observado la normativa técnica vigente para el traslado de los productos tendientes a evitar inmisiones nocivas o posibles contaminaciones. El publicista en el supuesto de que hubiese promocionado incorrectamente el producto, incurriendo en abuso, engaño u omisión, según el caso. Y el Estado siempre deberá responder, para la hipótesis de que se acredite relación causal adecuada entre la ausencia o deficiencia del control o ejercicio del poder de policía y el resultado lesivo generado por el producto, lo cual no es excluyente de la responsabilidad de el o los funcionarios públicos involucrados en la cuestión – arts. 33, 43, 1112, 1113, 1122 y concordantes del CC-. Esto último fue recomendado y decidido en las Primeras Jornadas de Responsabilidad Civil por Productos Farmacéuticos y Medicinales celebradas en Morón, en el año 1987. Y ello concuerda con una de las tendencias contemporáneas del Derecho de Daños, cual es la ampliación de la legitimación pasiva, de modo de brindar al damnificado mayores posibilidades de resarcimiento efectivo.²⁴

2-Responsabilidad ante los usuarios derivada de la prestación de servicios defectuosos:

Los servicios no se consumen; se utilizan. Ello porque los mismos no se extinguen o acaban con su uso, dado que no son efímeros por naturaleza, esto es no son susceptibles de ser agotados por su utilización, aunque si pueda consumirse una porción de la manifestación del servicio, como puede ser el caso del fluido gaseoso, la energía eléctrica, etc. de allí que los que reciben servicios de terceros sean propiamente usuarios, mas que consumidores. También en el caso de algunos productos elaborados no es correcto predicar

24. Rodríguez Cuiñas Manuel. «El sistema del Franchising y la Tutela de los Consumidores y Usuarios en el Derecho Argentino». direitobancario.com.br

consumo sino uso de los mismos y, consecuentemente, quien los utiliza será usuario y no consumidor- los contestadores telefónicos y las computadoras no se consumen; los productos farmacéuticos y las comidas sí.

A través del Franchising también pueden distribuirse servicios. Tal sería el caso de una cadena de hotelería, de unas rutinas de ejercicios ideadas para determinados fines anatómicos, de un modo específico de efectuar Consultaría profesional, de salones de belleza, lavaderos de automóviles, educación diferencial, sistemas de tratamiento de aguas, oficinas de empleo y contrataciones temporales, y de tantas otras posibilidades.

En cuanto a este tópico, prevalece, para la configuración de la responsabilidad del daño derivado de la hipotética prestación defectuosa de tales servicios, la figura de la subordinación que tiene el franquiciado respecto del franquiciante, resultante de la influencia dominante que se determina a través del control por el cual el franquiciante ejerce su poder sobre todo adherente a la red comercial.

Para el supuesto de que el servicio fuese dañoso en origen, esto es en la concepción misma que de él haya hecho el franquiciante, la responsabilidad de éste será palmaria, por cuanto tal servicio ideado para prestar a terceros es de su autoría. Y en caso de que la lesión a los intereses del usuario devenga de la incorrecta prestación del servicio por parte del franquiciado, el franquiciante también será responsable porque eventualmente habrá faltado al ejercicio regular y adecuado de su derecho-deber esencial, esto es el control de lo actuado por el propio franquiciado.

Así como, entre franquiciante y franquiciado habrá subordinación técnica y económica evidente, y además subordinación jurídica indirecta lograda a través del control, se dan los extremos para predicar «dependencia» del segundo respecto del primero en la órbita del Derecho Privado Patrimonial. Es que en este ámbito, «la relación de dependencia o subordinación se manifiesta a través del derecho de dar órdenes e instrucciones acerca de la manera como deben cumplirse las funciones. Ese derecho de dar órdenes es el que origina la autoridad y la subordinación. Lo tipificante es el derecho, aunque de hecho no se haya dado ninguna orden o el comitente no haya ejercido su autoridad. Es decir, hay que atenerse a la existencia de la autoridad, no al ejercicio de ella. En esta línea se ha dicho que la dependencia se traduce en la facultad de dirigir, vigilar o intervenir en la conducta de otro; se requiere dos personas ligadas por una relación jerárquica: uno con derecho a mandar y otro con deber de obedecer. Pero por sí sola la facultad de dar órdenes no es suficiente para la configuración de la relación de dependencia. Para que la subordinación haga nacer la calidad de comitente, es imprescindible que la función encomendada satisfaga el interés de quien da las ordenes».

Hay que considerar que si se tiene en cuenta que «si se entiende por dependencia el derecho de dar órdenes o instrucciones acerca de la manera como deben cumplirse las funciones; si se traduce en la facultad de dirigir, controlar, vigilar, intervenir en la conducta de otro, no hay dudas que, normalmente, estos recaudos se dan en el *Franchising*. Y por eso es que debe responder el franquiciante en forma concurrente con el franquiciado ante eventuales daños que los servicios del caso irroguen a sus usuarios.

La base normativa de lo expuesto anterior está también en la primer parte del Art. 1113 del código civil, en donde puede leerse que «la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia...», y dado que la relación del usuario dañado con el franquiciante será extracontractual, el art. 1107 del mismo cuerpo legal no será valla para la aplicación de la primera norma citada respecto del último nombrado, que tiene por «dependiente» – con los alcances expresados -, al franquiciado.

En lo que hace al franquiciado, la parte del artículo 1113 del código civil que antes transcribo será de potencial aplicación solo si el usuario padece daños encuadrables también penalmente, como sería el caso de las lesiones, Art. 1107, código civil y 94 del código penal. En los restantes supuestos, responderá con base en los arts. 1137, 1197 y 1198, primer párrafo del código civil, por haber violado la implícita obligación de resultado o fines de su debito convencional, consistente en la garantía de inocuidad del servicio a ser utilizado y en la seguridad de que el mismo no irrogará en ningún caso daños personales o patrimoniales a quien lo requirió – mas allá de que concretamente deba ser apto para su destino específico -, tal como fue analizado en el párrafo anterior para el caso de productos elaborados.²⁵

3-Responsabilidad ante los consumidores y usuarios por eventuales daños derivados de los riesgos del desarrollo:

Esta cuestión refiere a los daños que no pudieron ser previstos por el responsable – franquiciante y franquiciado – al tiempo en que la actividad fue ejercida o la cosa riesgosa o viciosa fue puesta en circula-

25. Rodríguez Cuiñas Manuel. «El sistema del Franchising y la Tutela de los Consumidores y Usuarios en el Derecho Argentino». direitobancario.com.br

ción merced a su introducción en el mercado de uso o consumo masivo, debido a que los conocimientos técnicos del momento y el estado de la ciencia impedían advertir su peligrosidad.

Y si bien el tema adquiere relevancia genérica en materia de productos elaborados, tiene trascendencia específica en cuanto a productos farmacéuticos y medicinales – los cuales pueden ser elaborados y comercializados a través del Franchising -, al punto de que los desarrollos de doctrina científica en este tópico se inician mayormente a partir de sucesos dañosos producidos en virtud de efectos perjudiciales acaecidos diferentemente en el tiempo, derivados de la ingesta de medicamentos o la utilización de especialidades farmacéuticas.

A mero título ejemplificativo, destacándose en EEUU casos como el de la droga MER-29, usada para la reducción del colesterol en sangre, que fue retirada de la venta en 1962 porque producía lesiones a la vista.

También los consumidores franceses fueron víctimas de esta especie de los riesgos del desarrollo, a través de un producto medicinal denominado Stalinon, que prescripto para combatir ciertas enfermedades de la piel desde 1953, produjo la muerte e invalidez de centenares de personas.

Se apreciará que no es de extrañar que haya sido la industria farmacéutica y la de especialidades medicinales la que casi monopolizara los desvelos de la Doctrina científica, y aún de los legisladores, en orden a brindar un marco regulatorio de la especie de riesgos del desarrollo sobre la que se viene discutiendo.

En Argentina en particular, ello fue tratado en varios eventos científicos a partir de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en La Plata en 1981, al igual que las realizadas en Morón en 1987 sobre responsabilidad por productos farmacéuticos. De gran importancia fueron las conclusiones a las que se arribó en las Jornadas Marplatenses de responsabilidad civil y seguros, que trascurrieron en Atlántica en 1989. Allí, con disidencia de Lorenzetti y Lombardo, se aprobó y recomendó, que «en los casos de lanzamiento al mercado masivo de consumo de productos cuya nocividad no era conocida al momento de su puesta en circulación, pero que nuevas comprobaciones científicas o técnicas ponen de manifiesto, cabe responsabilizar al productor, que debe garantizar a los consumidores la inocuidad de los bienes que introduce en la comunidad. El profesional de la salud será responsable cuando la nocividad del medicamento prescripto era conocida o cognoscible, e igualmente lo indicó.»

Así, la doctrina científica que comenzó dividida en la VIII Jornadas Nacionales de 1981, y se fue pronunciando en el sentido de responsabilizar al elaborador por los riesgos del desarrollo tanto en las Jornadas Rioplatenses de 1986 como en las de Morón de 1987, terminó por inclinarse mayoritariamente en tal dirección en las Jornadas Marplatense de 1989.

Si bien en materia de medicamentos en especial tanto el recobrar la salud como la seguridad en la ingesta del producto conforman lo que autorizada doctrina denomina «móviles casualizados» en la órbita de la contratación privada, y por ello están incorporados en los debitos convencionales, no es menos cierto que la relación de causalidad, que es la piedra de toque de la extensión del resarcimiento o, lo que es lo mismo, lo que determina los límites de la reparación civil – por parafrasear a Atilio Alterini-, impide que se imponga a quien debe responder objetivamente por los resultados dañosos de su actividad económica peligrosa, el resarcir las consecuencias mediatas imprevistas o imprevisibles o de tercer grado, denominadas causales en el Art.905 del código civil. Y la nocividad no conocida en virtud del estado de la Ciencia al tiempo de elaborar e introducir al mercado masivo determinado producto es de por sí algo objetivamente imprevisible para el industrial. Y lo que no ha podido preverse es configurante del casus, y fractura el nexo causal adecuado que debe existir entre el incumplimiento material y el daño provocado para que éste sea resarcible, tal como se dispone genéricamente en los Art. 513 y 514 del código civil.

Por las consideraciones vertidas ut-supra es que, pienso, ni el franquiciante ni el franquiciado deben responder por este tipo de riesgos del desarrollo ante los consumidores o usuarios que padezcan daños derivados de los mismos.

Lo descripto, sin embargo, no implica que particularmente los elaboradores de especialidades farmacéuticas o medicinales no deban seguir de cerca la evolución de los efectos colaterales o secundarios de los productos elaborados. Por el contrario, la ley de medicamentos Argentina prevé la adecuación periódica de la farmacopea de acuerdo con el progreso de la ciencia, lo que implica que los industriales del rubro tienen un debito con causa fuente legal que les impone eventualmente el deber de advertir la lesividad diferidamente detectada de determinado producto al igual que su retiro del mercado de darse el caso. Y de no cumplirse con ello, se deberá resarcir a los perjudicados por tales supuestas omisiones, dado que por otra parte, «cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos», tal como expresa el Art.90 del código civil argentino.

En el artículo 4 del decreto 1798/94, reglamentario de la Ley de Defensa del Consumidor, se establece que los proveedores de cosas o servicios están obligados a comunicar a las Autoridades competentes y a

los consumidores y usuarios a través de publicidad suficiente, toda noticia que se tenga respecto de la peligrosidad del producto o servicio de que se trate, si ello es advertido con posterioridad a la introducción de los mismos en el mercado de uso o consumo.

Lo anterior, no significa que no debe propenderse a la imposición legal de una suerte de seguro social obligatorio, que junto con fondos de garantía administrados por el Estado pero engrosados por el aporte de elaboradores y también consumidores y usuarios, permitiría eventualmente reparar las consecuencias dañosas que tuviesen por causa fuente la plataforma fáctica descripta. Es lo que calificada doctrina del Derecho de Seguros y del Consumo (con Rubén y Gabriel Stiglitz a la cabeza) viene propiciando en Argentina desde el Primer Congreso Internacional de Derecho de Daños celebrado en la sede de la facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires en 1989.

Sin embargo, en orden a desalentar la posible indolencia que generase en quien introduce riesgos en la sociedad global esta suerte de aseguramiento social que se describió, ello debe ir acompañado de medidas paralelas sancionatorias, como multas administrativas, privación de licencias, derecho de repetición o regreso de las compañías aseguradoras contra el causante del daño, etc. Es que como advierte Blankenburg en un estudio realizado en la ex Alemania Occidental hacia comienzos de 1980 referido al estado de la cuestión en aquel país, el seguro debería proteger contra los riesgos que escapan a toda previsión, pero no debería inducir a que se incurra en los mismos riesgos contra los que se concede protección.

Es que en la actualidad la Responsabilidad Civil atiende más a la justicia distributiva que a la conmutativa, por ello cuadra predicar que el problema de los riesgos y los daños no es una cuestión de responsabilidad, sino de reparación, como ya escribía Ripert, hacia mediados de siglo, quien llegó a sintetizar que la democracia exige que si no se encuentra quien pueda soportar los riesgos, la colectividad misma los tome a su cargo.²⁶

Franchising y Consumidores:

«Respecto al consumidor, es bueno adoptar un criterio amplio, incluyendo en tal condición a todos aquellos que directa o indirectamente puedan ser afectados en tanto consumidores. En un principio es posible sostener que la protección al consumidor, apuntaba a reestablecer el equilibrio entre éste y entre los proveedores y fabricantes, ubicados en nuestra sociedad de consumo en una situación predominante. Pero de toda la normativa de protección esta tomando mayor presencia y relieve el individuo, que esta permanentemente sobrepasado por la práctica del mercado donde se le imponen precios y condiciones.

Junto al desarrollo de la legislación nacional e internacional, se han desarrollado una gran cantidad de aglutinamientos de consumidores, en asociaciones y ligas de defensa del consumidor, con la finalidad de cuidar los intereses de éste y enfrentar los abusos de distribuidores e industriales.

En el concepto de contrato de franchising se establece que el franquiciante suministrara al franquiciado, el método operativo, instrumentos y técnicas para reproducir un negocio. Por lo tanto, existiendo muchas veces la obligación del franquiciado de fabricar productos de acuerdo a patentes, normas técnicas e instrucciones precisas del franquiciante, será muy importante para éste tener muy en claro cual es la legislación del país, los usos y costumbres del territorio donde se instalara la franquicia, a efectos de tener presente la adjudicación de responsabilidades. Es fácil comprender que hay una doble faz o sentido de la responsabilidad en el contrato de franchising, una relacionada con el franquiciante y el franquiciado, y otra con los terceros, consumidores y terceros que se vinculan al negocio como por ejemplo proveedores.

En este sentido lo que establezcan las leyes respecto a la responsabilidad frente a los terceros, por los productos comercializados o producidos bajo licencia del franquiciante, o por los servicios prestados con la marca y símbolos del mismo, son fundamentales para este tipo de contratos. Para el franquiciante será crucial saber si en un territorio determinado puede ser considerado responsable por los productos fabricados, comercializados, o por los servicios prestados por el franquiciado, cual es el régimen de los seguros y las garantías o disposiciones fiscales. La cuestión central a resolver es si un consumidor en caso de sufrir daños o perjuicios por las prestaciones del franquiciado, o por haber sido afectado por productos deficitarios suministrados; o por actos u omisiones del franquiciado, puede ir contra el franquiciante. Existe una apariencia de que quien presta el servicio es el titular.

En la legislación Uruguaya la relación entre franquiciante y franquiciado es contractual y allí se aplicarán las normas de la responsabilidad contractual establecidas por el código civil.

En cuanto a los consumidores la responsabilidad del franquiciado es contractual porque surge de un evento negocial de suministro de mercaderías o de prestación de servicios. La responsabilidad del franquiciante no surge tan clara a priori por cuanto puede ser responsabilidad por defecto de fabricación, vicios en el diseño, defectos en las instrucciones de uso que acompañan al producto, etc.; habrá que analizar en

26. Rodríguez Cuiñas Manuel. «El sistema del Franchising y la Tutela de los Consumidores y Usuarios en el Derecho Argentino». direitobancario.com.br

cada caso en concreto. Pero lo que hasta ahora se sabe es que el consumidor deberá hacer efectiva primeramente la responsabilidad del franquiciado que es con quien contrató. Luego podrá recurrir ante el franquiciante, o aún directamente y en primer termino pero por motivos muy puntuales como o los ejemplificados.»²⁷

Responsabilidad del franquiciante por hechos del franquiciado:

Un tema de gran interés, es la posible responsabilidad del franquiciante, frente al consumidor, por hechos del franquiciado.

Burlas y Couso, observan que frente a terceros cobra relevancia la consideración de la responsabilidad que pueda asumir el franquiciante, en aquellos supuestos en que media la provisión de un producto que no se ajuste a las condiciones de calidad y cantidad establecidas, o de un servicio que no cumpla con su finalidad. Corresponde agregar todo otro supuesto, pues el público acude confiado por el prestigio de la marca y del nombre comercial, sin que se procure en saber si el franquiciado es un empresario autónomo o no. Por esto, existe una corriente doctrinaria y legislativa cada vez más importante que considera viable la extensión de la responsabilidad del franquiciado al franquiciante, en razón de que aquél desenvuelve su actividad bajo marca y emblema o insignias del franquiciante, con ajuste a métodos operativos y sistemas tecnológicos impuestos por éste.

En aquellos países que optaron por regulaciones tuteladoras de los derechos del consumidor, estas regulaciones extienden la responsabilidad al franquiciante, colocando el acento en aspectos tales como el derecho que le asiste al consumidor a ser defendido, en atención a que los productos y servicios que se utilizan se expanden o se prestan en locales con emblemas o insignias del franquiciante, en cuyo prestigio confía el consumidor o usuario.²⁸

Capítulo IV: «El franchising en el derecho Comparado»

El Concepto en el Derecho Comparado:

«Este contrato, no legislado en nuestro derecho, ha sido objeto de variadas definiciones en el ámbito jurídico internacional.

El término «*franquicia*» o «*franchising*» se ha utilizado para aludir a la liberación de un esclavo, la concesión de una «carta franca», una autorización o una libertad.

- ✍ Manuel Ossorio define a la voz inglesa «*franchising*» como un: «contrato de concesión; en virtud del «*franchising*» el titular de una marca otorga una licencia para su uso a concesionarios, quienes deben utilizarla prestando servicios o comercializando bienes conforme a técnicas uniformemente determinadas por el titular de la marca para sus distintos concesionarios.»
- ✍ Juan Guyenot dice: « el «*franchising*» se define como la concesión de una marca de productos o de servicios a la cual se agrega la concesión del conjunto de métodos y medios de venta».
- ✍ Donald N. Thompson sostiene: «el contrato de franquicia es aquel en el cual una organización, el franquiciante, que ha desarrollado un método o una fórmula para la fabricación y/o venta de un producto o servicio, extiende a otras firmas, los franquiciados, el derecho a proseguir con tal negocio, sujeto a ciertos controles y restricciones. En casi todos los casos, el franquiciado opera bajo el nombre del franquiciante como marca o nombre comercial».
- ✍ La Ley de inversiones en franquicia del estado de California (1971) le da el siguiente contenido:
 - a) A un franquiciado le es concedido el derecho de incorporarse en el negocio de oferta, venta o distribución de mercaderías o servicios bajo un plan o sistema de comercialización preparado sustancialmente por el franquiciante.
 - b) La operación del negocio del franquiciado, de acuerdo a tal plan o sistema, está sustancialmente asociada con la marca del franquiciante, de servicios o comercial -ya sea registrada o no-, logotipos, publicidad o cualquier otro símbolo comercial que designe al franquiciante o su organización.
 - c) El franquiciado está obligado a pagar, directa o indirectamente, una cuota por la franquicia.
- ✍ La Unión Europea, en el artículo 1395 del Reglamento 4087/88, dice que: «Por acuerdo de franquicia debe entenderse el contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciador o franquiciante, cede a otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados productos o servicios y que comprende, por lo menos:

27. Mascheroni Lemes Jorge Ismael. «Introducción al Franchising». www.gestiopolis.com

28. Farina Juan. Contratos Comerciales Modernos, segunda edición. Ed. Astrea 2000, Pág. 495

- a) El uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato.
- b) La comunicación por el franquiciador o franquiciante al franquiciado de un «know-how».
- c) La prestación continua por el franquiciador o franquiciante al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo.»²⁹

No esta de más brindar otro tanto de conceptos sobre franchising en el derecho comparado:

«El Departamento de Comercio de EEUU define a la franquicia comercial como una forma de licencia, por la cual el propietario o titular (franquiciante) de un producto, servicio o método, lleva a cabo su distribución a través de revendedores afiliados (franquiciados).

De acuerdo al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), una operación de franquicia es una relación contractual entre un franquiciante y un franquiciado en la que el primero ofrece mantener un interés continuo en el negocio del segundo, respecto a áreas tales como *know how* y entrenamiento, en tanto el franquiciado opera bajo un patrón establecido o controlado por el franquiciante, haciendo aquél una inversión financiera sustancial con sus propios recursos y en su propio negocio.

Para la Asociación Alemana de Franchising, la franquicia es un sistema de distribución utilizado por empresas legalmente independientes y con una organización vertical cooperativa, basada en una relación contractual permanente. Esta organización aparece en el mercado con un formato uniforme y se caracteriza por un programa que divide las tareas entre las diferentes partes, así como también por un sistema de instrucciones y de controles que aseguran el cumplimiento del sistema por el franquiciado.

La ley del Estado de California (EEUU) dice: «contrato o acuerdo expreso entre dos o más personas en virtud del cual una persona es autorizada o le es concedido: a) el derecho de vender o distribuir bienes o servicios bajo un plan de comercialización o sistema prescrito en lo sustancial por el otorgante; b) la operación del negocio del franquiciado está básicamente asociada con una marca de comercio o un nombre comercial o una marca de servicio, logotipo, publicidad u otro símbolo comercial, designado al otorgante o a su afiliada; y c) el franquiciado debe pagar un derecho de franquicia directa o indirectamente».

La ley de Wisconsin agrega a este concepto el de comunidad de intereses, que significa el interés financiero continuo entre el concedente y el concesionario, tanto en la operación de la concesión como en la comercialización de dichos bienes o servicios.

La Corte de Apelaciones de París, en fallo del 28/04/78, dio la siguiente definición: «la franquicia es un método de colaboración entre dos o más empresas comerciales, por el cual el franquiciante, propietario de un nombre o una razón social conocido, de siglas, símbolos o marcas de fábrica o de comercio o de servicios, así como también un *savoir faire* particular, pone a disposición del franquiciado, el derecho a usar, mediante un canon o ventaja, la colección de productos o servicios, originarios o específicos, para explotarlos obligatoriamente según las técnicas comerciales experimentadas, puestas a punto y periódicamente recicladas, de una manera exclusiva, a fin de obtener un mejor impacto en el mercado y obtener un desarrollo acelerado de la actividad comercial de las empresas implicadas». »³⁰

El Contrato de Franchising en el Derecho Comparado y en la práctica actual Argentina:

Nuestra América latina también ha receptado el contrato de franchising, y su introducción, bajo diversos nombres, ha merecido la atención de estudiosos e incluso de sus legisladores, sin que hasta el presente se haya concretado en normas legislativas.

La franquicia comercial es en la actualidad objeto de controversias en el derecho comparado, ya que la labor del estudioso tiene ancho campo para su desarrollo por la inexistencia de regulación legal en la materia, a tal punto que el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) se ha abocado al estudio sobre la conveniencia de legislar internacionalmente en la materia y la Cámara de Comercio Internacional se encuentra desarrollando un modelo de contrato base en la materia. La UNIDROIT ha tomado la definición dada por la Asociación Internacional de Franquicia Comercial que acentúa los aspectos económicos de la franquicia. El concepto ya fue expresado párrafos arriba.³¹ Marzorati Osvaldo. El contrato de «Franchising» en el derecho comparado y en la practica argentina actual.

El Derecho 1996, tomo 167, Pág. 798 y SS

La Franquicia Comercial en Canadá:

Canadá no ha legislado sobre la franquicia comercial pero el Estado de Alberta ha citado una legislación de la que interesa su definición, ya que con excepción de ciertos estados americanos y esta provincia canadiense, no existe legislación específica sobre la materia.

29. Doctrina Societaria y Concursal. Tomo V, Pág. 527, y T VI, Pág. 981. Ed. Errepar, 1995

30. Tanzi Silvia y Núñez Eliana. DOCTRINA. Contrato de Franchising

31. Marzorati Osvaldo. El contrato de «Franchising» en el derecho comparado y en la practica argentina actual. **El Derecho 1996, tomo 167, Pág. 798 y SS.**

La ley de franquicia comercial de Alberta, que está a punto de ser modificada, dice que franquicia es un contrato expreso o tácito, oral o escrito, entre dos o mas personas en virtud del cual el franquiciado se obliga a pagar directa o indirectamente una regalía en razón de cualquiera de los siguientes aspectos:

- el derecho de ingresar en el negocio de ofertar, vender o distribuir bienes fabricados, procesados o distribuidos o los servicios organizados por el otorgante, o
- el derecho de ingresar en el negocio de ofertar, vender o distribuir los bienes o servicios según el plan de marketing controlado por el otorgante, o
- el derecho de entrar en un negocio en el cual el franquiciado depende del otorgante para el suministro continuo de bienes y servicios.³²

La Franquicia Comercial en los Estados Unidos:

En los Estados Unidos el Franchising de estaciones de servicios y de venta y servicios de automotores se desarrollo desde 1920, con las características de la concesión comercial, bajo el nombre de product franchising. La evolución del product franchising referido a la distribución de un producto o a la prestación de un servicio dio lugar al moderno business franchising.

Los autores norteamericanos son recientes en dar una definición jurídica del franchising. En cambio el legislador norteamericano ha ensayado a nivel federal y local múltiples definiciones o más bien descripciones de franquicia comercial.

Existen sendas leyes federales en los Estados Unidos sobre las franquicias: son las petroleum practices act y la franchising and business opportunities ventures trade regulations rule or full disclosure rule. A su vez 25 estados han regulado en su respectiva jurisdicción a la franquicia comercial.

Las citadas leyes permiten afirmar que estamos en presencia de la concesión de un privilegio al franquiciado, así como la atribución de un monopolio de reventa dentro de un sistema de integración vertical de empresas. El privilegio consiste en el derecho de comprar bienes o servicios al titular de la franquicia, privilegio que no tienen otros comerciantes ni tampoco el público en general, ya que la exclusividad es una característica indispensable de la franquicia comercial.

La ley norteamericana permite que las franquicias sean de plazo determinado o indeterminado, pero exige que en materia de franquicias se especifique concretamente en que condiciones ha de ser renovada a su terminación, en que condiciones no ha de ser renovada y en que condiciones se puede dar por terminada anticipadamente, tanto por parte del otorgante como del tomador.

En las franquicias de distribuidores de naftas, se requiere que exista una justa causa para dar por terminada la relación comercial.

Algunas leyes estatales prescriben que la falta de acuerdo respecto de cambios en la franquicia al momento de su renovación, que no son aceptados por el tomador son causales de cancelación anticipada con derecho a indemnización, salvo que la determinación del otorgante respecto de los cambios propuestos haya sido efectuada en el curso ordinario de los negocios y sea de buena fe.³³

Franchising en América Latina:

Salvo Brasil y Méjico, el resto de los países de América Latina no ha legislado en la materia. Brasil y Méjico han legislado estableciendo la obligación de dictar una circular uniforme de franquicia, en virtud de la cual quien intente ofrecer un sistema de franchising en dichas jurisdicciones debe revelar obligatoriamente ciertos datos económicos y antecedentes económico-comerciales que hacen a la evaluación del negocio ofrecido bajo una marca o reseña comercial, incluyendo la entrega de un bosquejo del futuro contrato.

Por otra parte ambas legislaciones establecen un plazo mínimo de espera para celebrar el contrato, de modo que el contratante no pueda verse sorprendido por un convenio largo con cláusulas predispuestas, firmado de apuro.³⁴ Marzorati Osvaldo. El contrato de «Franchising» en el derecho comparado y en la practica argentina actual. El Derecho 1996, tomo 167, Pág. 798 y SS.

El Franchising en el Derecho Europeo:

Alemania: Ni la Republica Federal ni entidades políticas que la construyen tienen aún leyes específicamente referidas a la franquicia comercial. Hasta ahora abogados y tribunales han podido solucionar todos los problemas que afectan al franchising sobre la base de leyes existentes y/o reglas de los tribunales,

32. Marzorati Osvaldo. El contrato de «Franchising» en el derecho comparado y en la practica argentina actual. El Derecho 1996, tomo 167, Pág. 798 y SS.

33. Marzorati Osvaldo. El contrato de «Franchising» en el derecho comparado y en la practica argentina actual. El Derecho 1996, tomo 167, Pág. 798 y SS.

34. Marzorati Osvaldo. El contrato de «Franchising» en el derecho comparado y en la practica argentina actual. El Derecho 1996, tomo 167, Pág. 798 y SS.

creadas para los nuevos campos comerciales o sociales donde no existían leyes particulares. Aparentemente no se contempla que el dictado de una ley sea necesario en el futuro cercano y en consecuencia no hay legislación pendiente. Los tribunales han aplicado por analogía las normas de los agentes de comercio contenidas en el código comercial de Alemania, ya que no existen reglas concernientes a los distribuidores.

Una rescisión unilateral sin aviso por «una razón importante» es reconocida para todas las relaciones contractuales permanente. Recientemente este concepto ha sido señalado nuevamente por el Tribunal Federal en el caso del contrato de franquicia de Mc Donald: «para justificar la terminación unilateral sin aviso, debe haber -independientemente de lo acordado y con respecto a las circunstancias especiales del caso y el interés de ambas partes- una falta a las obligaciones de tal grado que ponga en desequilibrio los objetivos empresarios del sistema.

Además de las reglas aplicables por ser un contrato de distribución, va de suyo que un contrato de franquicia, como todo otro contrato, debe estar de acuerdo con los principios generales de la ley y del orden público, y el artículo 224 del código civil Alemán dice que toda relación contractual debe estar de acuerdo con los principios de la «buena fe».

Los sistemas de franquicia están sujetos al control del art. 26, Párr. 2 de la ley antitrust, que prohíbe a las empresas dominantes o grupos de empresas la obstrucción desleal, directa o indirecta, de otras empresas, así como el trato diferente entre empresas similares sin una razón justificada.

De este modo, en un sistema de franquicia el franquiciante no puede discriminar entre los franquiciados individuales en lo que hace a precios o a cualquier otra razón sin una razón objetiva para tal tratamiento diferente.³⁵

Francia: La franquicia comercial comenzó a conocerse en Francia en 1950 a través del sector de la distribución con las cadenas prenatal, phildar, natalys, y desde 1960 con otras cadenas como Pronuptia, Andre Et Cimone Mahler. Sin embargo, la franquicia comercial tomo real auge en 1970, con la fundación de la federación francesa de franchising (FFF), que agrupa a varios franquiciantes importantes.

Hoy en día la franquicia supera el 8% de las ventas minoristas en Francia y hay alrededor de 500 cadenas diferentes con 20.000 franquiciados. El Ministro de Comercio ha propiciado el uso de este sistema y en junio de 1983, se formo un comité para tratar aspectos relativos a la franquicia.

Por otra parte la legislación francesa no regula la organización de franquicias, pero si ciertos aspectos de la oferta, en virtud de una circular reciente que estableció que quien quiera que ofrezca un negocio en el que se encuentra una marca involucrada debe previamente publicitarlo y hacer saber a la futura contraparte cierta información básica sobre el negocio propuesto.

En una decisión del 28 de abril de 1978, la Cámara de Apelaciones de Paris dio una definición de los contratos de franquicia que destaca los dos factores específicos contenidos en estos contratos: *Know-how*: de acuerdo con las definiciones dadas, el know-how debe ser practico, original, en constante desarrollo y fácilmente transmisible.

Asistencia y Exclusividad: el franquiciante debe, por su propio interés, dar asistencia técnica al franquiciado, lo que constituye el rasgo principal de la franquicia y condice con la transmisión del know-how. En relación con esta asistencia técnica, el franquiciante asesora y ofrece su ayuda al franquiciado, una vez que ha establecido la franquicia, para la correcta ejecución del método en el que se basa la misma. En cuanto a la exclusividad territorial, ésta es reciproca, relativa a la provisión de productos o a la oferta de servicios. La reciprocidad asegura a ambas partes una garantía de no competencia. El franquiciado se beneficia por la exclusividad territorial, en tanto lo hace la única persona que aprovecha la marca, los letreros y la asistencia dentro del territorio.³⁶

Inglaterra: No existen aun leyes en el Reino Unido referidas específicamente al tema de la franquicia comercial. No existe tampoco ningún fallo jurisprudencial que trate de disputas entre franquiciante y franquiciado, excepto uno que se refiere a la cláusula de no competencia con validez posterior a la terminación del contrato.

La Asociación Británica para el Franchising ha intentado establecer y mantener reglas de conducta para los otorgantes de la franquicia y ha establecido un esquema arbitral a ser aplicado por el Instituto de Árbitros.

La ley sobre competencia desleal del 12 de agosto de 1980 puede afectar a la franquicia en cuanto describe las practicas desleales de la siguiente manera: «una persona incurre en una practica desleal si, en el curso de un negocio, sigue un curso de conducta que, por si mismo o conjuntamente con otros cursos de conducta seguidos por personas asociadas a esa persona, tiene o intenta tener o presumiblemente tendrá

35. Marzorati Osvaldo. El contrato de «Franchising» en el derecho comparado y en la practica argentina actual. El Derecho 1996, tomo 167, Pág. 798 y SS.

36. Marzorati Osvaldo. El contrato de «Franchising» en el derecho comparado y en la practica argentina actual. El Derecho 1996, tomo 167, Pág. 798 y SS.

el efecto de restringir, distorsionar o impedir la competencia en la producción, provisión o adquisición de bienes en el Reino Unido».

De acuerdo con un conocido autor inglés, no ha habido aplicaciones concretas de la ley de práctica desleal al contrato de la franquicia comercial.

En realidad, Inglaterra desde su ingreso al mercado común ha girado toda su política legislativa sobre competencia dentro de las previsiones del **Tratado de Roma**, en el que se trata del tema de las franquicias.³⁷

España: A pesar del hecho de que el contrato de franquicia fue introducido en España mas tarde que en otros países, es también cierto que al presente su difusión se ha incrementado y su uso es comparativamente superior que en otros países de similares características.

España es el cuarto país en Europa en cuanto al número de negocios de franquicias después de Alemania, Francia y el Reino Unido. El total de las ventas llevadas a cabo a través del sistema de franchising supera los u\$s 250.000.000.

El contrato de franquicia como institución jurídica no ha sido regulado aun por la legislación española ni ha habido un caso judicial que delimitara sus características. Sin embargo, este tipo de contrato es admisible en el derecho español según la premisa básica de que las partes son libres de pactar las estipulaciones que deseen conforme al art. 1255 del código civil español.

Consecuentemente, es necesario aplicar analógicamente la legislación general para los contratos mercantiles particularmente los fallos judiciales referidos a la distribución y a la licencia.

Por otra parte, la inserción del contrato dentro de la normativa general ha generado problemas por la aplicación a los mismos de las leyes anti-trust, fiscales y laborales.

La situación ha cambiado sustancialmente como resultado de la inserción de España en el Mercado Común, por que este hecho ha obligado a España, al igual que a Inglaterra, a adaptar su legislación y la aplicación de la misma a la nueva realidad de la CEE (Comunidad Económica Europea). Consecuentemente la ley del 20 de junio de 1963, que prohíbe toda practica que surja de acuerdos, decisiones o acciones concertadas que tengan como objeto la prevención, distorsión o restricción de la competencia en el mercado, esta experimentando importantes modificaciones. La actitud española tradicionalmente tolerante en esta materia esta dando paso gradualmente a una ampliación de la ley que condice mas estrictamente con los modelos de la ley de la Comunidad.³⁸

Bélgica: Hay una indudable evolución en el concepto de la franquicia comercial. Hasta ahora era usado como un medio para el cual una compañía, deseosa de tomar posición en el mercado rápidamente, desarrollaba una formula hecha a su medida descartando las formulas de la concesión comercial que se encuentran legisladas en Bélgica desde la ley del 27 de julio de 1967.

Una decisión jurisprudencial del 5 de febrero de 1987 estableció que el franchisor, al dar el derecho de explotación de una determinada modalidad comercial y autorizado el uso de un local comercial para el cual tiene titulo (como propietario o como locatario), de hecho otorga una licencia comercial al franquiciado que no puede compararse con una locación. El derecho de ocupar un local en el marco de un contrato de franquicia no esta por lo tanto protegido por las leyes de alquileres y concluirá al mismo tiempo que el contrato de franquicia.

Ya que el juez no está obligado por la definición que las partes dieron a su posición en el contrato, ocurre a veces que contratos que son llamados de franquicia pero que contienen obligaciones muy onerosas para el franquiciado, son considerados como contratos de trabajo. Entonces el franquiciante que quiera terminar el contrato debe respetar las provisiones legales referidas a la extinción del contrato de trabajo y preaviso.

La jurisprudencia de la Corte Suprema es clara en este sentido. La idea expresada por la Corte es la siguiente: Si se prueba que el franquiciado realmente asume el riesgo comercial (los beneficios y las perdidas), entonces es un hombre de negocios independiente; si no, es un empleado y por lo tanto subordinado a la legislación laboral..

Bélgica es uno de los pocos países que tienen legislación sobre la distribución exclusiva de ventas, cuyo propósito es proteger al distribuidor de la terminación del contrato, garantizándole básicamente: adecuado preaviso de la terminación, una indemnización por clientela (si era responsable de atraer esta clientela al producto distribuido), y reembolso de las inversiones hechas por él para promocionar el producto.³⁹

37. Marzorati Osvaldo. El contrato de «Franchising» en el derecho comparado y en la practica argentina actual. El Derecho 1996, tomo 167, Pág. 798 y SS.

38. Marzorati Osvaldo. El contrato de «Franchising» en el derecho comparado y en la practica argentina actual. El Derecho 1996, tomo 167, Pág. 798 y SS.

39. Marzorati Osvaldo. El contrato de «Franchising» en el derecho comparado y en la practica argentina actual. El Derecho 1996, tomo 167, Pág. 798 y SS.

Argentina y el Franchising: La Republica Argentina es un país federal, donde predominan los regionalismos, pero existe un poder central muy fuerte, que prohibió constitucionalmente el dictado de instituciones particulares en los estados-provincias que componen la organización política del país. Por lo tanto, la legislación de cualquier institución comercial, como lo es el franchising, pertenece al Congreso Federal, pudiendo las provincias solo reglar todo lo referente a los litigios que se susciten, según las cosas o las personas caigan bajo sus respectivas jurisdicciones.

El franchising no ha sido legislado en el Republica Argentina. Esto significa, que resulta aplicable el principio de la autonomía de la libertad, que consagra el artículo 1197 de nuestro código civil, que atribuye a las convenciones hechas por los particulares el valor de la ley misma, en tanto y en cuanto dichas convenciones no sean contrarias a la moral, a las buenas costumbres y al orden publico. De aquí se sigue que todas las cláusulas de un contrato de franchising pueden ser discutidas o si han sido previamente redactadas, es decir, predispuestas, simplemente aceptadas por las partes y validadas judicialmente por los magistrados.

Igualmente el hecho de que el franchising no este legislado en la Argentina no quiere decir que no exista legislación que afecta de alguna manera el franchising. ¿a que legislación me refiero?

A la legislación sobre tecnología, sobre marcas o patentes, sobre arriendos comerciales, sobre giros de divisas, sobre moneda extranjera, sobre formas societarias, sobre propiedad intelectual, sobre la legislación fiscal y sobre legislación laboral, amén de opiniones dispares sobre responsabilidad por productos defectuosos o de quiebra y jurisprudencia conflictiva sobre responsabilidad laboral del franquiciante.

Las leyes 111 y 22.362 rigen la registracion de patentes, marcas y modelos y diseños industriales. La ley 22.362 fija requisitos que se deben cumplir para obtener la protección legal de una marca. La propiedad de una marca se obtiene con la registracion, sin que el uso de una marca no registrada otorgue derechos sobre ella y estableciéndose un periodo de 10 años de duración de la registracion renovable.

La ley actualmente en vigencia desde 1981 exige el uso de la marca para mantener los derechos sobre ella. El titular de la marca debe probar que ella fue realmente usada en cualquier producto o servicio, o como parte del nombre o designación comercial dentro de los 5 años inmediatamente anteriores.

En cuanto al tratamiento legal de las marcas notorias, la Argentina esta adherida al Convenio de Paris y por lo tanto es aplicable el art.6 bis de dicho Convenio, que protege las marcas «notoriamente conocidas», aunque desde mucho antes los Tribunales argentinos aplicaron una jurisprudencia moralizadora, sancionando con nulidad los intentos de terceros de apropiarse de marcas conocidas extranjeras.

Para la legislación Argentina, en todo contrato en el que existe utilización de elementos de propiedad industrial provenientes de personas no residentes, el Registro de Transferencia de Tecnología dependientes del Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI), esta a cargo de la inscripción de ellos. Puesto que el contrato de franquicia implica el uso de una marca, su registracion es obligatoria. La registracion es automática para los contratos entre compañías independientes; en cambio, aquellos celebrados entre sociedades vinculadas no pueden registrarse porque la ley no permite a la subsidiaria pagar al accionista principal por el uso de su marca.

La ley 22.426 de transferencia de tecnología establece la información que debe ser suministrada al INTI para el registro del contrato, la que se relaciona con el objeto de la tecnología involucrada y sus aplicaciones. Las partes también están obligadas, con fines fiscales, a estimar el volumen actual de ventas y el monto de las regalías que remitirían al exterior.⁴⁰

Leyes Laborales. Calificación del Franquiciado como empleado:

En el contrato de franquicia las partes son independientes. Pero aunque la relación entre las partes es de cooperación, no se establece sobre la base de la igualdad, ya que el franquiciante tiene una posición dominante. Esta posición dominante se hace evidente en el control que ejerce sobre la empresa del franquiciado y en particular sobre su contabilidad y publicidad. Este control es necesario para la efectividad de la formula otorgada por el franquiciante, que presupone el mayor grado de homogeneidad posible para que el nuevo negocio franquiciado opere como los ya existentes; debe haber una observancia de las previsiones relativas a la calidad de los productos, uniformidad de precios, de métodos de publicidad, de venta, de administración, de contabilidad, entrenamiento del personal, relación con clientes, etc.

Sin embargo, la existencia de ese control no afecta la independencia de las partes: el franquiciado típico toma los riesgos empresarios a su cargo y por lo tanto es un comerciante independiente.

Pero puede ocurrir que el equilibrio que debe existir entre la cooperación entre las partes y la voluntad de dirección del franquiciante se quiebre y lleve al franquiciado a una posición de subordinación. Para los tribunales siempre es posible modificar la descripción que las partes manifiestan y asumen en su momento.

40. Marzorati Osvaldo. El contrato de «Franchising» en el derecho comparado y en la practica argentina actual. El Derecho 1996, tomo 167, Pág. 798 y SS.

Si el control que ejerce el franquiciante es excesivo corre el riesgo de ser considerado un empleador del franquiciado, cuando este último es una persona física.

El problema es doble: 1) ¿es el franquiciado un empleado del franquiciante? y 2) aun cuando el franquiciado no sea un empleado del franquiciante ¿existe responsabilidad laboral entre los empleados del franquiciado y el franquiciante?

Alguna jurisprudencia extranjera, sostiene que en la franquicia existe un contrato de trabajo puesto que hay un servicio organizado y una relación de subordinación. Las autoridades locales, a fin de determinar las responsabilidades emergentes de tal calificación, deben escrutar la relación entre las partes. Entendemos que no existe relación laboral entre el franquiciante y franquiciado.

En cuanto al segundo interrogante es prioritario determinar quien fija los sueldos, quien los aumenta, quien concede las vacaciones, y da órdenes en general ya que la decisión sobre estos elementos es la que determina la existencia de una relación laboral. La respuesta normal es que la subordinación técnica y económica de los empleados solo existe con relación al franquiciado, quien no es representante o agente del franquiciante y por ende no procede la acción contra este último.⁴¹

La Cláusula de no competencia y el Régimen de la Concurrencia desleal:

La legislación sobre competencia desleal afecta claramente al contrato de franquicia. Cada país tiene su propia legislación antitrust o de competencia desleal, que pueden tener incluso efectos internacionales y que los franquiciantes deben tener en cuenta al considerar la posibilidad de ofrecer franquicias.

Por otra parte los miembros de la Comunidad Europea están sujetos a las normas de la ley de competencia de la Comunidad.

En nuestro país rige en la materia la ley 22.262 de defensa de la competencia, y sus decretos modificatorios 157/81, 787/82 y 111/86. El art. 1 de la ley de defensa de la competencia prohíbe dos categorías de actos: los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios que limitan, restrinjan o distorsionen la competencia y aquellos que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Uno de los campos complejos del derecho de la competencia y que afecta a la franquicia es el de la relación entre normas que protegen a la libre concurrencia y las que establecen derechos de propiedad industrial. El problema se encuentra en la contradicción inherente a la coexistencia de normas que protegen la propiedad industrial con las que tienden a mantener una situación de competencia en los mercados. La legislación de patentes, la de marcas y los derechos de propiedad intelectual otorgan monopolios sobre determinados inventos o signos, desde la óptica jurídica. Las principales legislaciones antimonopólicas se basan en el principio de que el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual es lícito en tanto no tienda a extender el monopolio, poder de mercado o exclusividad, derivados de tales derechos, a actividades o materias no protegidas por la legislación que da origen a tales derechos.

El principio fundamental incluido en la ley de defensa de la competencia respecto de esta materia es el art. 5, en cuanto excluye de la prohibición general ubicada en el art. 1 de la misma ley a los actos y conductas que se atengan a normas generales o particulares o disposiciones administrativas dictadas en virtud de aquellas.

El art. 41 inciso e de la ley de defensa de la competencia incluye entre las conductas punibles con las sanciones previstas en el art.42, no solo las divisiones de mercados que tienen lugar mediante acuerdos suscriptos por los propios competidores o practicas concentradas entre estos -los que se conoce como distribución horizontal de mercados-, sino también los casos en que un tercero procede a instrumentar una división de mercados suscribiendo convenios o acordando informalmente que éstos se abstendrán de operar con respecto a determinados, productos, clientes o territorios. Esto último es lo que en doctrina se llama división de mercados instrumentada por terceros, en la que un distribuidor, en este caso el franquiciado, se compromete a no vender fuera de determinado mercado territorial como condición para operar con cierto fabricante. La celebración de estos acuerdos, por si sola no es suficiente para configurar una infracción sino que se hace necesario que tenga efectos concretos en el mercado, en razón del art. 1 de la ley. Por eso se estima que la disposición del art.41 no es aplicable *per se* a la franquicia.

En nuestro derecho y tal como se expreso párrafos arriba, las divisiones de mercado impuestas o instrumentadas por un tercero encuadran en el art. 41 inciso e de la ley citada, debiendo reunir igualmente las condiciones generales previstas en su art. 1. Por ello no es difícil suponer ejemplos en que la utilización de una franquicia constituya una infracción a los términos de la ley 22.262. A igual decisión llevo por otras

41. Marzorati Osvaldo. El contrato de «Franchising» en el derecho comparado y en la practica argentina actual. El Derecho 1996, tomo 167, Pág. 798 y SS.

vías la Comunidad Económica Europea, que recientemente dicto a ese efecto la disposición 4087/88, validando la utilización de franquicias en el ámbito europeo.⁴²

Concepto de «Franchising en la práctica mercantil de los Estados Unidos:

«Según Siegel, en la práctica mercantil de los Estados Unidos de América hay tres sistemas de franquicias. Todos llevan el nombre de franquicias, pero funcionan de manera diferente: a) una clase incluye a los fabricantes que usan las franquicias como una manera de distribuir sus productos; b) otra comprende a empresas mayoritarias que venden productos a franquiciados que, a su vez, los revenden al por menor; y c) finalmente, el sistema más común de todos (al que denominaríamos franchising en sentido estricto, para diferenciarlo de la concesión propiamente dicha), donde el franchisor ofrece su nombre, una imagen y un método estandarizado de hacer negocios (por Ej. MC Donald's, Kentucky Fried Chicken, etcetera). Muchos franchisees ofrecen más servicios que productos, como por ejemplo, agencias para selección de personal, asesoramiento a cargo de expertos en tasas de impuestos, etcétera. Estos franchisees ofrecen o venden experiencia, nombres establecidos, marcas, métodos para hacer negocios. En algunos casos, como en los inmobiliarios, quien se postula para franchisee posee ya su agencia. La atracción de este negocio radica en sus avisos comerciales a nivel nacional y en la acción de servicios, también a nivel nacional.»⁴³

Legislación en el Derecho Comparado:

Importante, estimo, es destacar la legislación que se aplica -entre otras- en España respecto de la franquicia.

«La Federación Europea de la Franquicia, EFF (European Franchise Federation) se constituyó el 22 de septiembre de 1972.

Sus miembros son asociaciones o federaciones nacionales de la Franquicia establecidas en Europa.

La EFF puede admitir asimismo miembros afiliados, es decir, asociaciones o federaciones no europeas y otras personas físicas o jurídicas interesadas o afectadas por la Franquicia.

Los afiliados no tienen derecho a voto y no pueden ser administradores de la EFF.

El objeto de la EFF es, entre otros, el estudio objetivo y científico de la franquicia en todos sus aspectos, la coordinación de las acciones de sus miembros, la promoción de la franquicia en general y de los intereses de sus miembros en particular.

La EFF incluye un comité jurídico compuesto por dos juristas especializados en la franquicia designados por cada una de las asociaciones o federaciones miembros.

La EFF creó además un comité de arbitraje que se encuentra a disposición de las partes que deseen someterle sus eventuales litigios.

La evolución y la importancia cada vez mayor de la franquicia en la economía europea, así como la entrada en vigor del Reglamento de exención global aplicable a los acuerdos de franquicia el 1 de Febrero de 1989, llevaron a la EFF a revisar su Código Deontológico.

El Código Deontológico pretende ser un código de buenas costumbres y de buena conducta de los usuarios de la franquicia en Europa; no tiene intención de sustituir los derechos existentes, ya sean nacionales o europeos, ni tampoco de constituir o ser origen de relaciones jurídicas entre las partes de una relación de franquicia.

El presente Código Deontológico es el resultado de la experiencia y de los trabajos de la EFF y sus miembros de común acuerdo con la Comisión de la Comunidad Europea.

Como consecuencia de la entrada en vigor del Mercado Único, este Código Deontológico sustituye al anterior Código Deontológico Europeo de la Franquicia, así como a todos los Códigos Deontológicos nacionales y regionales existentes anteriormente en Europa.

Por el simple hecho de su adhesión a la EFF, sus miembros aceptan el Código Deontológico y se comprometen a no modificarlo ni enmendarlo de ninguna forma.

Se reconoce, sin embargo, que determinadas necesidades nacionales imponen cláusulas específicas. Estas no deberán estar en contradicción con el Código Deontológico Europeo y se unirán al mismo. Para estas cláusulas no se requiere autorización alguna de la EFF.

Por el hecho de su adhesión a la EFF, sus miembros se comprometen a hacer que los afiliados de sus asociaciones o federaciones respectivas respeten el Código Deontológico Europeo.

Este Código Deontológico entró en vigor el 1 de enero de 1991".⁴⁴

42. Marzorati Osvaldo. El contrato de «Franchising» en el derecho comparado y en la practica argentina actual. El Derecho 1996, tomo 167, Pág. 798 y SS.

43. Farina Juan. Contratos Comerciales Modernos, segunda edición, Ed. Astrea 2000, Pág. 492

44. www.mundofranquicia.com

CÓDIGO DEONTOLOGICO EUROPEO DE LA FRANQUICIA APLICABLE EN ESPAÑA:

- 1- Definición de la Franquicia
- 2- Los Principios Generales
- 3- Contratación, Publicidad y Divulgación
- 4- Selección de los franquiciados
- 5- El Contrato de Franquicia
- 6- Master Franquicia

1. Definición de la Franquicia

«La Franquicia es un sistema de comercialización de productos y/o servicios y/o tecnologías basado en una colaboración estrecha y continua entre empresas jurídica y financieramente distintas e independientes (1), el Franquiciador y sus Franquiciados, en la cual el Franquiciador otorga a sus Franquiciados el derecho, e impone la obligación de explotar una empresa de conformidad con el concepto (2) del Franquiciador.

El derecho otorgado autoriza y obliga al Franquiciado, a cambio de una contribución financiera directa o indirecta, a utilizar el distintivo y/o la marca de productos y/o de servicios, el «saber hacer» (3) y demás derechos de propiedad intelectual, sostenido por la prestación continua de asistencia comercial y/o técnica, dentro del marco y por la duración del contrato de Franquicia escrito, establecido entre las partes, a tal efecto.

2. Los Principios Generales

2.1 El Franquiciador es el iniciador de una «Red de Franquicia» constituida por el Franquiciador y sus Franquiciados y cuya perennidad desea asegurar (4).

2.2 El Franquiciador deberá:

- a.- Haber establecido y explotado con éxito un concepto comercial durante un periodo razonable y, como mínimo, en una unidad piloto antes del inicio de la Red.
- b.- Ser titular de los derechos sobre símbolos: distintivo, marca y demás símbolos característicos (6 y 7).
- c.- Impartir a sus Franquiciados una formación inicial y prestarles de manera continua una asistencia comercial y/o técnica durante toda la vigencia del contrato.

2.3 El Franquiciado deberá:

- a.- Dedicar sus máximos esfuerzos al desarrollo de la Red de Franquicia y al mantenimiento de su identidad común y de su reputación.
- b.- Proporcionar al Franquiciador los datos operativos verificables, a fin de facilitar la determinación de los resultados y los estados financieros necesarios para la dirección de una gestión eficaz. El Franquiciado autorizará al Franquiciador y/o sus delegados el acceso a sus locales y a su contabilidad en horas razonables.
- c.- No divulgar a tercero el saber hacer facilitado por Franquiciador ni durante ni después del fin del contrato (8).

2.4 Las dos partes deberán cumplir de manera continua las obligaciones siguientes:

- a.- Actuar de forma equitativa en sus relaciones mutuas. El Franquiciador comunicará por escrito al Franquiciado cualquier incumplimiento del contrato y le concederá, si procede, un plazo razonable para subsanarlo.
- b.- Resolver sus quejas y litigios con lealtad y buena voluntad, mediante la comunicación y negociación directas.

3. Contratación, Publicidad y Divulgación

3.1 La publicidad relativa a la contratación de Franquiciados deberá carecer de ambigüedad y de información engañosa.

3.2 Todo documento publicitario en el que aparezcan directa o indirectamente resultados financieros previsible del Franquiciado, deberá ser objetivo y verificable.

3.3 Para que el futuro Franquiciado pueda comprometerse con pleno conocimiento de causa, el Franquiciador le entregará una copia del presente Código Deontológico, así como una información completa y escrita, en relación con las cláusulas del contrato de Franquicia, en un plazo razonable con anterioridad a la firma del contrato.

3.4 Cuando el Franquiciador proponga la firma de un precontrato, éste respetará los principios siguientes:

- a.- Previamente a la firma de cualquier contrato deberán entregarse al futuro Franquiciado las informaciones escritas relativas al contenido del mismo, así como a los gastos que de él se derivarán para el candidato.

Si se firma el contrato de Franquicia, los gastos serán reembolsados por el Franquiciador o se considerarán a cuenta del derecho de entrada, si procede.

- b.- Deberá especificarse la duración del precontrato y deberá preverse una cláusula de indemnización mutua.
- c.- El Franquiciador podrá imponer una cláusula de no competencia y de confidencialidad a fin de impedir el desvío del «saber hacer» transmitido durante la vigencia del precontrato.

4. Selección de los Franquiciados

El Franquiciador seleccionará y aceptará únicamente a los Franquiciados que, tras una investigación razonable, reúnan las condiciones requeridas (formación, cualidades personales, capacidad financieras) para la explotación de la empresa franquiciada.

5. El Contrato de Franquicia

5.1 El contrato de Franquicia deberá ajustarse al Derecho Nacional, al Derecho Comunitario y al Código Deontológico.

El contrato reflejará los intereses de los miembros de la Red de Franquicia, protegiendo los derechos de propiedad industrial e intelectual del Franquiciador y manteniendo la identidad común y la reputación de la Red de Franquicia (9).

Todo contrato y todo acuerdo contractual por los que se rijan las relaciones entre Franquiciador y Franquiciado serán redactados o traducidos por un traductor jurado en la lengua oficial del país en el que se establece la Franquicia, y las copias del contrato firmado se remitirán inmediatamente al Franquiciado.

5.2 El contrato de Franquicia establecerá sin ambigüedades las obligaciones y responsabilidades respectivas de las partes, así como cualquier otra cláusula material de la colaboración.

5.3 Los puntos esenciales mínimos del contrato son los siguientes:

- a.- los derechos del Franquiciador.
- b.- los derechos del Franquiciado.
- c.- los bienes y/o servicios proporcionados al Franquiciado.
- d.- las obligaciones del Franquiciador.
- e.- las obligaciones del Franquiciado.
- f.- las condiciones financieras para el Franquiciado.
- g.- la duración del contrato, fijada de modo que permita al Franquiciado amortizar las inversiones específicas de la Franquicia.
- h.- las condiciones de renovación del contrato, si procede. (10)
- i.- las condiciones en que podrán efectuarse la cesión o la transferencia de los derechos derivados del contrato y las condiciones de prioridad del Franquiciador.
- j.- las condiciones de utilización por el Franquiciado de los símbolos pertenecientes al Franquiciador: distintivo, marca, marca de servicio, logotipo y todos los demás símbolos característicos.
- k.- el derecho del Franquiciador de hacer evolucionar su concepto de Franquicia.
- l.- las cláusulas de rescisión del contrato.
- m.- las cláusulas que prevean la recuperación, por el Franquiciador, de cualquier elemento material o inmaterial que le pertenezca en caso de finalización del contrato antes del plazo previsto (11).

6. Master Franquicia

Este Código Deontológico no se aplicará a las relaciones entre el Franquiciador y su Master Franquiciado.

Sin embargo, sí se aplicará entre el Master Franquiciado y sus Franquiciados.

ANEXOS:

(1) La independencia jurídica y financiera entre las partes:

El Franquiciado será responsable de los medios humanos y financieros que contrata, y será responsable ante terceros de los actos realizados en la explotación de la Franquicia.

Estará obligado a colaborar con lealtad al éxito de la Red a que se ha adherido.

(2) El concepto: será la conjunción original de tres elementos:

a.-La propiedad o el derecho de uso de símbolos: marca de fábrica, marca comercial, marca de servicios, distintivos, razón social, nombre comercial, signos y símbolos, logotipo, etc.

b.-El uso de una experiencia, de un «saber hacer».

c.-Una serie de productos, de servicios y/o de tecnologías patentadas o no, que habrá concebido, puesto a punto, concedido o adquirido.

(3) Definición del «saber hacer»:

El «saber hacer» es un conjunto de informaciones prácticas, no patentadas, resultantes de la experiencia del Franquiciador y probadas por él. Es secreto, sustancial e identificado.

«Secreto», significa que el «saber hacer», es su conjunto o en la configuración y el ajuste exacto de sus componentes, no es conocido en general, ni resulta fácilmente accesible; esto no se limita al sentido estricto de que cada componente individual del «saber hacer» deba ser totalmente desconocido o imposible de obtener fuera de las relaciones con el Franquiciador.

«Sustancial», significa que el «saber hacer» debe incluir una información importante para la venta de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales, y en particular, para la presentación de los productos para su venta, la transformación de los productos en combinación con la prestación de servicios, las relaciones con la clientela, y la gestión administrativa y financiera. El «saber hacer» debe resultar útil para el Franquiciado pudiendo mejorar la posición competitiva del mismo en la fecha de conclusión del acuerdo, especialmente mejorando sus resultados o ayudándole a introducirse en un nuevo mercado.

«Identificado», significa que el «saber hacer» debe estar descrito de forma suficientemente completa que permita verificar si reúne las condiciones de secreto y sustancialidad; la descripción del «saber hacer» puede realizarse de acuerdo con el Franquiciado, en documento separado o en cualquier otra forma apropiada.

El Franquiciador garantizará al Franquiciado el uso de este «saber hacer» que mantiene y desarrolla.

El Franquiciador lo transmitirá al Franquiciado y controlará la aplicación y el respeto del mismo mediante una información y una formación adecuadas.

El Franquiciador fomentará el incremento de la información de los Franquiciados a fin de mejorar el «saber hacer».

En el periodo precontractual, contractual y postcontractual el Franquiciador impedirá cualquier utilización y transmisión del «saber hacer» que puedan perjudicar a la Red de Franquicia, en particular, en lo que respecta a las redes competidoras.

(4) La Red de Franquicia:

La constituirá el Franquiciador y sus Franquiciados. La Red de Franquicia, por su organización y su desarrollo, contribuirá a mejorar la producción y/o la distribución de los productos y/o servicios, promoverá el progreso técnico y económico, reservando a los usuarios una parte equitativa del beneficio que de ello se derive.

La marca del Franquiciador, símbolo de la identidad y de la reputación de la Red, constituirá la garantía de calidad del servicio prestado al consumidor.

Esta garantía estará asegurada por la transferencia y el control del respeto del «saber hacer» y por la puesta a disposición del Franquiciado de una gama homogénea de productos y/o servicios y/o de tecnologías.

El Franquiciador se asegurará de que el Franquiciado, dé a conocer su naturaleza de empresario jurídicamente independiente, a través de una señalización adecuada.

(5) Obligación del Franquiciador

Le corresponderá al Franquiciador dedicar a la promoción de su marca y a la innovación los medios humanos y económicos que permitan asegurar el desarrollo y perennidad de su concepto.

(6) Los derechos sobre los signos distintivos:

Esos derechos deberán tener una duración al menos igual a la duración del contrato.

(7) La imagen de marca:

El Franquiciador garantizará al Franquiciado el uso de los símbolos puestos a su disposición. Sobre todo deberá garantizarle la validez de sus derechos sobre la marca o marcas cuyo uso se concede por cualquier concepto al Franquiciado.

El Franquiciador mantendrá y desarrollará la imagen de marca.

El Franquiciador vigilará que el Franquiciado cumpla las prescripciones de utilización de la marca y de los demás símbolos puestos contractualmente a su disposición.

Al término del contrato, el Franquiciador se asegurará de la no utilización de los símbolos por parte del antiguo Franquiciado.

En caso de exclusividad de la utilización de la marca en un territorio determinado, el Franquiciador precisará las modalidades: objeto, alcance.

El Franquiciador se asegurará, por todos los medios, de que la serie de productos y/o servicios y/o de tecnologías que se ofrecen al consumidor es totalmente conforme con la imagen de marca, mediante una cláusula de compras exclusivas para los casos que lo justifiquen y, en particular, cuando los productos lleven la marca del Franquiciador.

(8) Obligación de no divulgar el «saber hacer» por parte del Franquiciado:

A este respecto, el contrato podrá prever una cláusula de no competitividad en el curso o al término del contrato, cuya duración, alcance y objeto se determinarán teniendo en cuenta el interés de la red.

(9) Las relaciones contractuales:

El Franquiciador y los Franquiciados son conscientes de que colaboran en un sistema en el que están unidos sus intereses, tanto a corto como a más largo plazo.

La flexibilidad del sistema y el sentido de las responsabilidades de cada uno han sido la base del éxito de la Franquicia.

Las relaciones entre las partes deberán permitir, por tanto, seguir las evoluciones necesarias para mejorar el funcionamiento de la Red de Franquicia y la satisfacción del consumidor.

El Franquiciador establecerá en el contrato escrito, de forma completa y precisa, los derechos, obligaciones y responsabilidades de las partes.

El contrato deberá reflejar la estrategia de la Red de Franquicia. Indicará los medios necesarios para conseguir la realización del concepto de Franquicia.

El contrato no impondrá a las partes interesadas restricciones que no sean necesarias para alcanzar los objetivos.

El equilibrio del contrato se apreciará de forma global en función del interés de la Red de Franquicia.

(10) Las condiciones de renovación:

El Franquiciador informará al Franquiciado con un preaviso suficiente su intención de no renovar su contrato antiguo expirado o de no firmar un nuevo contrato.

(11) El cese de la relación de Franquicia:

El Franquiciador, que habrá indicado en el contrato las condiciones de retirada y/o de utilización de los materiales específicos de la Franquicia, no pretenderá, por estas condiciones, penalizar al antiguo Franquiciado, sino proteger la identidad y la reputación de la Red de Franquicia.»⁴⁴

Capítulo V: Contratos atípicos»

Caracteres del franchising:

- ✗ Bilateral;
- ✗ Oneroso;
- ✗ Consensual;
- ✗ No formal;
- ✗ Atípico;
- ✗ Principal;
- ✗ De adhesión;
- ✗ De Tracto sucesivo.

El contrato de franquicia, junto con los de agencia, distribución, concesión, licencia, etc., forma parte de un grupo que se caracteriza por la dominación y colaboración empresarial.

Este contrato tan particular, frecuente en las costumbres negativas norteamericanas, y que tiene un auge singular en nuestro país en rubros tan distintos como comidas rápidas, combustibles, hotelería, indumentaria, etc., carece de una regulación legal específica en nuestro derecho positivo.⁴⁵

«A los contratos atípicos se les aplica:

- Estipulaciones de las partes.
- Normas de los contratos en general.

45. www.franquiciasenlared.com/legalidad

- Normas sobre hechos y actos jurídicos.
- Normas generales de las obligaciones.
- Contrato con el cual guarden mayor analogía.
- Tipicidad social: -Usos y costumbres.
- Subsidiariamente principios generales del derecho.

Definición de los contratos innominados y aplicación:

Código Civil: Clasifica a los contratos en nominados e innominados. Define a los contratos nominados, sobre los innominados no dice nada.

Antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios:

Anteproyecto de Biblióni:

Art. 1292: «Las reglas del presente Título se aplican a todos los contratos, las particulares a ciertas clases, se aplican subsidiariamente a los innominados con los que tuvieran mayor analogía.»

Proyecto de 1936:

Art. 790: « Las disposiciones del presente Título se aplican a todos los contratos. Los contratos innominados se regirán por las disposiciones especiales para los contratos nominados con los que tuvieran mayor analogía.»

Anteproyecto de 1954:

Art. 1020: «La facultad de la autonomía de la voluntad de las partes se ejerce sólo en cuanto no la haya impuesto imperativamente la ley. Los contratos obligan a lo pactado conforme a derecho y sus consecuencias virtuales con arreglo a la costumbre y equidad.»

Ley de Unificación de Código Civil y Comercial:

Art. 1143: «Los contratos son típicos o atípicos según que la ley los regule especialmente o no los regule especialmente. En los contratos atípicos en subsidio de la voluntad de las partes se aplican la reglas de los contratos típicos afines que sean compatibles con la finalidad y economía del negocio y las normas generales sobre las obligaciones y los contratos.»

Teoría general de los contratos arts. 1137 a 1236:

Capacidad para Contratar:

ART. 1160 a 1166 contiene normas referidas a la capacidad para contratar.

Crítica al Art. 1160 se lo debe completar con las normas de la capacidad general.

Art. 1164; 1165 y 1166 corresponden a la capacidad. Trata de los contratos celebrados por los incapaces.

Art. 1161; 1162 y 1163 trata del contrato por tercero (sin mandato)= legitimación del contrato sobre el hecho del tercero = objeto del contrato.

La capacidad es la regla y la incapacidad la excepción.

Art. 1160: no pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta (de hecho) ni los incapaces por incapacidad relativa (de hecho y de derecho) en los casos expresamente excluidos (personas o cosas).

No pueden contratar el religioso profeso ni el fallido porque no tienen bienes para responder por las obligaciones que contrajere. El religioso profeso porque efectúa un voto de pobreza y entrega todos sus bienes a la congregación a la cual pertenece. Y el comerciante fallido porque sus bienes son administrados por un síndico.

La ley protege al menor, el límite está dado cuando el incapaz se quiere aprovechar de la protección.

El Art. 1164 otorga facultad sólo al incapaz, representante o sucesores para la nulidad relativa. Y a los terceros interesados y al ministerio en la nulidad absoluta.

Interpretando el Art. 1164 a la luz del Art. 59 el ministerio es el de menores.

Art.1165: la parte capaz es la única que no puede pedir la nulidad, ni nada de ese contrato. Salvo que redunde en manifiesto provecho para el incapaz = es el límite de la protección legal.

El Art. 1166 se refiere al menor impúber, si actúa con dolo pierde la acción.

El consentimiento del Art. 1148 es el requisito de la oferta. Está compuesto por la oferta que puede ser un acto unilateral, es autosuficiente, y recepticio (persona determinada o determinable). Y la aceptación.

La oferta en firme no es vinculante, puede ser retractada, excepto renuncia a retractarse o plazo determinado.»⁴⁶

46. Tanzi Silvia y Núñez Eliana. DOCTRINA. Contrato de Franchising.

Capítulo VI: «Proyecto de Ley»

Sección 1: Instituciones Reguladoras de la Franquicia:

- **Asociación Española de Franquiciadores (AEF):**

«El Real Decreto 2458/1998 establece las características del Registro de Franquiciadores, plenamente operativo desde el 13 de Noviembre de 1999.

La afiliación previa es obligatoria para todas aquellas personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en España la actividad de franquiciador.

La AEF se ocupa de la afiliación pero todas las personas interesadas deben dirigirse al Departamento de Comercio Interior de su Comunidad Autónoma, desde donde se trasladarán los datos al Registro, cuya principal función es informativa y desde luego de carácter público.

- **Federación Europea de la Franquicia (EFF)**

La EFF, tiene entre sus objetivos principales la promoción del desarrollo de la Franquicia en Europa y para este fin ha emprendido la tarea de autorregulación.

El código Deontológico Europeo de la Franquicia se configuró de acuerdo con la Comisión de la UE en Bruselas y las asociaciones nacionales lo han adoptado como propio.

- **Federación Iberoamericana de Franquicias (FIAF)**

Nacida hace más de un año, esta Federación está llamada a ser el portavoz de un área extraordinariamente importante por el potencial de desarrollo que tiene para el sistema de franquicias.

Entre los miembros actuales está:

- La Asociación Nacional de Brasil. Puede considerarse tercera potencia mundial
- La Asociación Nacional de México. Que cuenta con unas 500 firmas franquiciadoras
- La Asociación Nacional de Argentina
- La Asociación Nacional de Colombia
- La Asociación Nacional de Uruguay

Estas últimas cuentan entre 130 y 170 firmas franquiciadoras y con buenas expectativas de crecimiento.»⁴⁷

Proyecto de código civil 1998:

«El derecho comparado, especialmente las muy detalladas leyes estatales en Estados Unidos de América y los reglamentos de la Ex Comunidad Europea (CEE 4087/88, 556/89, y 2349/84, en lo pertinente) son antecedentes de relevante importancia para el tratamiento legislativo del tema.

Se ha optado por la denominación franquicia aún cuando figura en el diccionario de la Real Academia con sentido diverso, pero es usado por la doctrina española y latinoamericana para la denominación del instituto, lo que significa una acepción técnica particular; por lo que en el caso parece preferible a la introducción del vocablo inglés *franchising*.

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

Como temas de especial interés pueden mencionarse:

- I. La enumeración de las obligaciones de las partes, entre las que se destacan la información previa al contrato por parte del franquiciante así como la comunicación del conjunto de conocimientos técnicos en un manual de operaciones que debe ser permanentemente actualizado.
- II. En cuanto al plazo, establece un plazo mínimo ordinario de cuatro años, para permitir el desarrollo del franquiciado y la prórroga tácita anual.
- III. Establece la cláusula de exclusividad como ordinaria en el contrato y, conforme con los precedentes legales europeos, se indican casos de otras cláusulas válidas e inválidas.
- IV. Siguiendo la jurisprudencia argentina, parte de la doctrina nacional y precedentes extranjeros, se establece la independencia de ambas partes y, consecuentemente, la no transmisión al franquiciante de las obligaciones del franquiciado ni la relación con sus dependientes; sin embargo, se establece la responsabilidad del franquiciante por defectos del sistema.
- V. Una norma especial protege a los franquiciados respecto de la aplicación de la ley extranjera, cuando se trata de operaciones de pequeños volúmenes y se establece que los pactos contenidos en la franquicia no afectan el derecho de la competencia.

47. Gastaldi José Maria. www.todoelderecho.com

VI. Las reglas de este contrato se extienden, en cuanto sean compatibles, a las franquicias industriales y a las relaciones creadas por las llamadas «master franquicia»⁴⁸.

Sección 2:

✍ Proyecto de ley sobre el contrato de franquicia: (*propuesta*)

Art. 1: la franquicia es un sistema de comercialización de productos y/o servicios que se basa en una colaboración estrecha y continua entre personas _físicas o jurídicas_ jurídica y financieramente distintas e independientes, el Franquiciante y sus Franquiciados, en la cual el franquiciante otorga a sus franquiciados el derecho, e impone la obligación de explotar una empresa de conformidad con el concepto del franquiciante.

Art. 2: el derecho otorgado, mediante la franquicia, autoriza y obliga al franquiciado, a cambio de una contribución financiera directa o indirecta, a utilizar la marca de productos y/o de servicios, el «saber hacer» y demás derechos de propiedad intelectual, sostenido por la prestación continua de asistencia comercial y/o técnica, dentro del marco y por la duración del contrato de Franquicia escrito, establecido entre las partes, a tal efecto.

I - De los principios generales:

Art. 3: el Franquiciante es el que inicia una «Red de Franquicias» constituida por el Franquiciante y sus franquiciados y cuya perennidad desea asegurar.

Art. 4: el Franquiciante deberá: inc. 1) haber establecido y explotado con éxito un concepto comercial durante un periodo razonable y como mínimo, en una unidad piloto antes del inicio de la Red.

Inc 2) ser titular de los derechos sobre símbolos: distintivo, marca y demás símbolos característicos.

Inc 3) brindar a sus Franquiciados una formación inicial y prestarles de manera continua una asistencia comercial y/o técnica durante toda la vigencia del contrato.

Art. 5: el Franquiciado deberá: inc 1) dedicar sus máximos esfuerzos al desarrollo y crecimiento de la Red de Franquicia y al mantenimiento de su identidad.

inc 2) proporcionarle al Franquiciante los datos operativos verificables, a fin de facilitar la determinación de los resultados y los estados financieros necesarios para la dirección de una gestión eficaz.

inc 3) autorizar al franquiciante y/o a sus delegados el acceso a sus locales y a su contabilidad en horas razonables.

inc 4) no divulgar a terceros el saber hacer facilitado por el franquiciante durante ni después del fin del contrato.

Art. 6: las dos partes deberán cumplir de manera continua las obligaciones siguientes:

a) actuar de forma equitativa en sus relaciones mutuas. El franquiciante comunicara por escrito al franquiciado cualquier incumplimiento del contrato y le concederá, si procede, un plazo razonable para subsanarlo.

b) resolver sus quejas y litigios con lealtad y buena voluntad, mediante una comunicación fluida y negociaciones.

II- Sobre la Publicidad:

Art. 7: la publicidad referente a la contratación de los franquiciados debe ser clara y real y debe carecer de información engañosa

Art. 8: aquel documento publicitario en el que aparezcan resultados financieros previsibles del franquiciado, de modo directo o indirecto, deberá ser objetivo y verificable.

Art. 9: el franquiciante deberá entregarle al franquiciado información completa y escrita en relación con las cláusulas del contrato de franquicia, en un plazo razonable con anterioridad a la firma del contrato.

III- Precontrato:

Art. 10: si el franquiciante propone la firma de un precontrato, se deberá respetar lo siguiente:

inc 1) previo a la firma, deberán entregarse al futuro franquiciado informaciones escritas, así como los gastos que se derivarán para el candidato. Si se firma el contrato de franquicia, los gastos serán reembolsados por el franquiciante o se consideraran a cuanta del derecho de entrada.

Inc 2) deberá especificarse el tiempo de vigencia del precontrato y establecerse una cláusula de indemnización mutua.

Inc 3) el franquiciante puede imponer una cláusula de no competencia y de confidencialidad a los efectos de impedir el desvío del saber hacer que se transmite durante la vigencia del precontrato.

48. www.hispavista.com.trabajos.com

IV- Elección de los Franquiciados:

Art.11: el franquiciante seleccionara y aceptara solo a los franquiciados que reúnan las condiciones requeridas _ formación, cualidades personales, capacidad financieras _ para la explotación de la empresa franquiciada. Es un contrato intuitu personae.

V- El Contrato de Franquicia:

Art.12: el contrato de franquicia debe ajustarse a la presente ley, supletoriamente a la autonomía de la voluntad de las partes y los principios que establece el Código Civil Argentino. El contrato debe reflejar los intereses de ambas partes, protegiendo los derechos de propiedad intelectual e industrial del franquiciante y manteniendo la identidad común y la reputación de la Red de franquicia.

Art.13: el contrato debe ser escrito. El idioma en que se redactará será el elegido de común acuerdo por las partes, y en caso de desacuerdo será la lengua oficial del país en el que se establezca la franquicia. El franquiciado debe recibir de modo inmediato una copia del contrato.

Art.14: el contrato de franquicia establecerá de manera concreta y sin ambigüedades las obligaciones y responsabilidades respectivas de las partes, como cualquier otra cláusula material de la colaboración.

Art.15: los puntos esenciales mínimos del contrato son los siguientes:

- a- los derechos del franquiciante;
- b- los derechos del franquiciado;
- c- los bienes y/o servicios proporcionados al franquiciado;
- d- las obligaciones del franquiciante;
- e- las obligaciones del franquiciado;
- f- las condiciones financieras para el franquiciado;
- g- la duración del contrato, establecida de modo que permita al franquiciado amortizar las inversiones específicas de la franquicia;
- h- condiciones de renovación del contrato, si fuera procedente;
- i- condiciones en que podrán efectuarse la cesión o transferencia de los derechos derivados del contrato;
- j- las condiciones de utilización por el franquiciado de los símbolos pertenecientes al franquiciante: distintivo, marca, marca de servicio, logotipo, y todos los demás símbolos característicos;
- k- las cláusulas de rescisión del contrato;
- l- las cláusulas que prevean la recuperación, por el franquiciante, de cualquier elemento material o inmaterial que le pertenezca en caso de finalización del contrato antes del plazo previsto.

Art.16: el contrato concluirá por:

- a- cumplimiento del plazo fijado;
- b- mutuo acuerdo;
- c- incapacidad o muerte del franquiciante o del franquiciado;
- d- incumpliendo del franquiciado o del franquiciante;
- e- por causales sobrevinientes.

Si el contrato no estipula cuando concluirá, cualquiera de las partes puede rescindirlo en cualquier momento. Quien lo haga debe enviar a la otra parte un preaviso.

VI- De la Responsabilidad:

Art.17: Se aplicara supletoriamente la ley 24.999 modificatoria de la Ley de Defensa del consumidor así como ésta última también.

- La responsabilidad ante los consumidores y usuarios por daños derivados de productos defectuosos:

Art.18: el franquiciado, frente al consumidor o usuario que consumió o utilizo el producto elaborado, tiene el deber de resarcir el daño causado. (relación contractual)

Art.19: igualmente, el consumidor o usuario dañado, podrá accionar contra el franquiciante – por ser quien impone el modo de elaboración de los productos y fija los estándares de calidad – (relación extracontractual).

Art.20: el vendedor del producto defectuoso (franquiciado) y su elaborador (franquiciante) serán legitimados pasivos conjunta y concurrentemente obligados por el todo del daño hacia el consumidor o usuario perjudicado.

Art.21: son potenciales legitimados pasivos el transportista, el publicista y el Estado, sea Nacional, Provincial, o Municipal. El primero para el caso que no hubiere observado las normas técnicas para el traslado de producto. El segundo en el supuesto que hubiese promocionado incorrectamente el producto, incurrido en abuso, engaño u omisión. El Estado deberá responder, para la hipótesis que se acredite la relación causal adecuadamente la ausencia o deficiencia del control o ejercicio del poder de policía y el resultado lesivo generado por el producto.

- La responsabilidad ante los usuarios derivada de la prestación de servicios defectuosos:

Art.22: cuando el servicio deviene defectuoso en origen, esto es desde la concepción misma que de él hizo el franquiciante, existe responsabilidad por parte de éste, por ser de su autoría el servicio para prestar a terceros.

Art.23: cuando la lesión a los intereses del usuario devenga de la incorrecta prestación del servicio por parte del franquiciado, éste será responsable conjuntamente con el franquiciante -ya que este último habrá faltado al ejercicio regular de su derecho-deber esencial, esto es el control de lo actuado por el franquiciado-.

- La responsabilidad ante consumidores y usuarios por eventuales daños derivados de los riesgos del desarrollo:

Art.24: en esta sección se hace alusión a aquellos daños que no pudieron ser previstos por el responsable -franquiciante, franquiciado- al tiempo en que la actividad fue ejercida o la cosa riesgosa o defectuosa fue puesta en circulación merced a su introducción en el mercado de uso.

Art.25: la nocividad no conocida en virtud del estado de la Ciencia al tiempo de elaborar e introducir al mercado determinado producto es algo objetivamente imprevisible para el industrial. No deberán responder ni el franquiciante ni el franquiciado por este tipo de riesgos del desarrollo ante los consumidores o usuarios que padezcan daños derivados de los mismos.

VII- Disposiciones varias:

Art.26: el franquiciado será responsable ante terceros de los daños que llegaren a sufrir a causa del servicio prestado por el en la explotación de la franquicia. Sin perjuicio de poder repetir contra el franquiciante, cuando sea procedente.

Art.27: el «saber hacer» es un conjunto de informaciones prácticas, no patentadas, resultantes de la experiencia del franquiciante y probadas por el que debe transmitir al franquiciado. Es secreto, sustancial e identificado. No es conocido en general ni resulta fácilmente accesible.

Art.28: durante el periodo pre-contractual, contractual y post-contractual, el franquiciante impedirá cualquier utilización y transmisión del saber hacer que puedan perjudicarlo, en particular, en lo que respecta a las redes competidoras.

Art.29: la marca del franquiciante, símbolo de la identidad y de la reputación de la red, constituirá la garantía de calidad del servicio prestado al consumidor.

Art.30: le corresponderá al franquiciante dedicar a la promoción de su marca y a la innovación los medios humanos y económicos que permitan asegurar el desarrollo y perennidad de su concepto.

Art.31: los derechos sobre los signos distintivos deberán tener una duración al menos igual a la duración del contrato.

Art.32: el franquiciante garantizará al franquiciado el uso de símbolos puestos a su disposición. También mantendrá y desarrollará la imagen de la marca, como así vigilar que el franquiciado cumpla las prescripciones de utilización de la marca y de los demás símbolos puestos contractualmente a su disposición.

Art.33: es deber del franquiciante asegurar que la serie de productos, servicios o tecnología que se ofrecen al consumidor es totalmente conforme con la imagen de la marca, mediante una cláusula de compras exclusivas para los casos que lo justifiquen, y en particular, cuando los productos lleven la marca del franquiciante.

Art.34: el franquiciante establecerá en el contrato escrito, de forma completa y precisa, los derechos, obligaciones y responsabilidades de las partes.

Art.35: el franquiciante debe informarle al franquiciado, con un preaviso suficiente- no inferior a 6 meses-, su intención de no renovar su contrato antiguo o de no firmar un nuevo contrato.

Art.36: el franquiciante, que habrá indicado en el contrato las condiciones de retirada y/o de utilización de los materiales específicos de la franquicia no precederá, por estas condiciones, penalizar al antiguo franquiciado, sino proteger la identidad y la reputación de la Red.

Sección 3: Conclusión / opinión:

Sin duda alguna estimo que el contrato de franquicia, ubicado dentro de los contratos modernos, puede en determinado momento llegar a representar para un comerciante una herramienta fundamental para su expansión y éxito, ya que al realizar un contrato de esta naturaleza con una empresa reconocida (Ej.: McDonnals, Burger, martha harff, etc.) representa una garantía de independencia e integración en una red comercial claramente apreciada e identificada por el público consumidor y además la adquisición del know-how del franquiciante y conocimiento a priori de la rentabilidad y posibilidades del negocio que se pretende acometer.

Aun es inexistente una regulación específica sobre este tipo contractual, pero aún así, día a día ha seguido incrementándose (lentamente) dentro de las operaciones comerciales en nuestro país.

Esta falta de regulación ha traído desconfianza en el sector empresarial, considerándose que existe poco respaldo legal que permita satisfacer posibles conflictos de intereses, por lo que es mejor en mi opinión, tratar de regular el contrato de franquicia y dentro del contrato, todos aquellos detalles que parezcan importantes. Es fundamental para el franquiciado conocer previamente la solvencia y solidez de la empresa franquiciante para poder garantizar la existencia de un buen negocio, también es fundamental dejar bien en claro los temas referentes a la responsabilidad del franquiciado y del franquiciante.

El contrato de franquicia es la pieza fundamental que va a regular la relación jurídica entre franquiciante y franquiciado y no solo entre ellos sino también con relación a los terceros (consumidores y/o usuarios) que pueden resultar perjudicados a consecuencia de los bienes, productos o servicios que se comercializan a través del contrato. E aquí otro de los motivos por lo que es necesario tipificar el contrato por medio de una ley.

Coincido plenamente con Kemelmajer de Carlucci cuando refiriéndose a la responsabilidad señala que, frente al consumidor, debe aparejar la responsabilidad tanto del franquiciante como del franquiciado. El fundamento lo encuentra en que tratándose de daños a la salud el consumidor puede dirigirse contra quien aparece a sus ojos como el que lanzó el producto al mercado y esa identificación proviene de la marca; en otros términos, es la marca la que señala al responsable.

Aun sin una legislación específica en la Republica Argentina, creo que existe una responsabilidad del franquiciado (por contrato) y del franquiciante (por ser el dueño del servicio) coincidiendo con lo expuesto por el Dr. Carlos Alberto Gherzi en su libro «Contratos civiles y comerciales- Parte general y especial- Empresas, Negocios y Consumidores»

Si se me pregunta por el motivo por el cual elijo este tema (contrato de franchising), es porque a mi entender es interesante desmenuzarlo y conocerlo bien a fondo, solo de ese modo uno puede darse cuenta de su importancia y de su necesidad de tipificarlo. La razón por la que entiendo, hay que tipificarlo es sencilla, y es que no solo crecería aquí en la Argentina este Sistema de Franchising, sino que también existiría un sustento expreso en el cual las partes y los terceros podrían y deberían recurrir llegado el caso de que existieran conflictos, que por cierto es muy común que así ocurra.

Cuando digo que crecería en la Argentina este Sistema me refiero a lo siguiente: las potenciales partes de la relación contractual muchas veces no concretan el contrato porque se sienten desprotegidas, por llamarlo de alguna manera, y se sienten desprotegidas por tener este Sistema entre sus caracteres el de su **atipicidad**, es decir no se encuentra tipificado ni en el Código Civil ni en una ley específica.

Al ocurrir esto es lógico y entendible que el contrato de Franchising esté presente en nuestro país pero no del mismo modo que en otros países, como por ejemplo en ciertos estados de los Estados Unidos, con esto quiero decir que aquí el franchising crece de manera muy lenta, mientras que en EEUU crece y se expande día a día y de forma acelerada. Esto lo adjudico a que justamente el último país (en ciertos estados) regula este tipo de contratación, y de este modo las partes se sienten seguras al momento de celebrar el contrato, porque saben donde recurrir en caso de ver perjudicados sus intereses.

En España, si bien el contrato tampoco tiene una regulación propia, el problema se soluciona porque allí rige el Código Deontológico Europeo aplicable en España.

El objetivo de este trabajo, o a la conclusión que llego, está casi a la vista y es un proyecto de ley sobre el contrato de franquicia, que sea lo necesariamente completo tanto en cuanto a las relaciones entre las partes (franquiciantes-franquiciados), como en cuanto a los terceros consumidores y/o usuarios. Con esto último quiero decir que es necesario que el proyecto de ley establezca de modo preciso las **responsabilidades** del franquiciante y franquiciado cuando el sujeto perjudicado o dañado es el consumidor/usuario.

Es importante a mi modo de ver, dejar bien en claro las cuestiones relativas a la responsabilidad en el contrato de franchising y esto lo digo porque hasta el día de hoy si un tercero acciona para ser resarcido lo hace, las mas de las veces, invocando el artículo 1113 del Código Civil, es decir el que se refiere a la responsabilidad objetiva. Y esto a veces ni si quiera ocurre porque el tercero puede no saber que esto existe.

Por esto lo que yo propongo es que por medio de un proyecto de ley sobre el contrato de franquicia, se refiera directamente a la responsabilidad de las partes del franchising con respecto a los terceros, que si bien contratan con el franquiciado, también existe un relación extracontractual con el franquiciante.

El proyecto trataría: la responsabilidad ante los consumidores y usuarios por daños derivados de productos defectuosos; la responsabilidad ante los usuarios derivada de la prestación de servicios defectuosos; y la responsabilidad ante consumidores y usuarios por eventuales daños derivados de los riesgos del desarrollo. Así tendremos una regulación específica a donde dirigimos, sin tener que recurrir al artículo antes mencionado, que por cierto es muy amplio.

Además de todo, tipificando el franchising se lograría que el franquiciante deje ya de desligarse y quitarse responsabilidades como lo viene haciendo hasta ahora, adjudicándose solo al franquiciado.

Entiendo que la regulación de la franquicia sería muy conveniente para el país en varios aspectos, ya que

existirían muchas más franquicias de las hay hoy en día, por la sencilla razón que por su no legislación en la Argentina, los posibles franquiciantes se desvían hacia Estados que contemplen las relaciones jurídicas y reconozcan los derechos y acciones que resguardan tanto sus intereses como así también los de posibles franquiciados.

Por último quiero hacer mención de los sitios en que el contrato de franchising se encuentra regulado, y a su vez resguardado. Ellos son Los Estados Unidos, Cañada, Francia, Brasil y México. Con respecto a La República Argentina, solo me queda por decir que coincido con el doctrinario Osvaldo Marzorati cuando dice: «la Argentina ha visto crecer el franchising, sin necesidad, por el momento, de legislación. Creo, sin embargo, que sería útil sancionar un sistema preventivo de información, tipo disclosure, como existe en otras legislaciones».

Esto último piensese, además, que el autor mencionado lo escribió en el año 1996.

Definiciones Terminológicas:

- ✍ Contrato atípico: «el que no se ajusta a ninguno de los tipos establecidos, caso en el cual se está ante un contrato innominado, o aquel que combina las formas diversas de los existentes regulados, situación que se conoce como contrato múltiple. La especie antitética es, por supuesto el contrato atípico.»⁴⁹
- ✍ Contrato innominado: «el que la ley no designa con denominación especial ni es objeto de una reglamentación que lo individualice y distinga de los demás, contrariamente a lo que sucede con el contrato típico o nominado.»⁵⁰
- ✍ «Franchising»: «Voz inglesa, allí es un contrato de concesión; en virtud del franchising el titular de una marca otorga una licencia para su uso a concesionarios, quienes deben utilizarla prestando servicios o comercializando bienes conforme uniformemente determinadas por el titular de la marca para sus distintos concesionarios.»⁵¹
- ✍ Contrato de franquicia: Es uno de los tantos contratos atípicos o innominados; no existe en el diccionario jurídico una definición de contrato de franquicia.

Bibliografía

- † Vitolo Daniel Roque. Contratos Comerciales, Buenos Aires 1994 Pág. 736 y SS.
- † www.franquiciasweb.com.ar, por Flores Natalia.
- † Ghersi Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales, T II, 5° edición, Ed. Astrea 2002, Pág. 55
- † Argañarás José Ignacio. www.gestiopolis.com20. Argañarás José Ignacio. www.gestiopolis.com
- † www.protectora.com/boletines/legales/julio20003htm .Por Chervin de Katz Marta, ¿Que es el franchising?, ED. Abeledo Perrot, 1995
- † www.todaleley.com (página española)
- † Rodríguez Cuiñas Manuel. «El sistema del Franchising y la Tutela de los Consumidores y Usuarios en el Derecho Argentino». direitobancario.com.br
- † Mascheroni Lemes Jorge Ismael. «Introducción al Franchising». www.gestiopolis.com
- † Doctrina Societaria y Concursal. Tomo V, Pág. 527, y T VI, Pág. 981. Ed. Errepar, 1995
- † Marzorati Osvaldo. El contrato de «Franchising» en el derecho comparado y en la practica argentina actual. El Derecho 1996, tomo 167, Pág. 798 y SS.42. Marzorati Osvaldo. El contrato de «Franchising» en el derecho comparado y en la practica argentina actual. El Derecho 1996, tomo 167, Pág. 798 y SS.
- † Farina Juan. Contratos Comerciales Modernos, segunda edición, Ed. Astrea 2000, Pág. 492
- † www.mundofranquicia.com
- † www.franquiciasenlared.com/legalidad
- † Tanzi Silvia y Núñez Eliana. DOCTRINA. Contrato de Franchising.
- † Gastaldi José Maria. www.todoelderecho.com
- † www.hispavista.com.trabajos.com
- † Osorio Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 26° edición actualizada y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas.

49. www.hispavista.com.trabajos.com

50. Osorio Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 26° edición actualizada y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas.

51. Osorio Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 26° edición actualizada y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas.

