

**EL CONTRATO DE FRANQUICIA: CONCEPTUALIZACIÓN,
ANTECEDENTES Y REVISIÓN DE ALGUNAS PRÁCTICAS ABUSIVAS.**

The franchise contract: conceptualization, background and review of some abusive practices

Milton Hernán K.*

Universidad Nacional del Comahue (Argentina)

ABSTRACT

The franchise agreement offers a unique opportunity to market and internationalize goods and services and expand the area of influence of certain businesses. In turn, as it is a proven business of success, it allows investors to reduce their risks with a venture and a brand that is already rooted. Still, there are many problems that arise between franchisor and franchisee, especially when the franchisor authorizes new competitors or franchises that burst into the franchisee's area of influence and fracture the economic-financial equation of the contract or altering projected financial flows (EBITDA) or oversaturating the franchisee from stock. In the present we will analyze some of these situations.

Keywords: contract, franchise, pacts, EBITDA, canon, competition

RESUMEN

El contrato de franquicia ofrece una oportunidad única de comercializar e internacionalizar bienes y servicios y expandir la zona de influencia de determinados negocios. A su vez, en cuanto es un negocio probado de éxito, permite que los inversores minoren sus riesgos con un emprendimiento y una marca que ya tiene arraigo. Aun así, no son pocos los problemas que se suscitan entre franquiciante y franquiciado, sobre todo

*Correspondencia: Milton Hernán Kees. Universidad Nacional del Comahue (Argentina)

E-mail: milton.kees@fade.uncoma.edu.ar

Fecha de recepción: 07 de noviembre de 2018

Fecha de aceptación: 12 de diciembre de 2018

cuando el franquiciante autoriza nuevos competidores o franquicias que irrumpen en la zona de influencia del franquiciado y fracturan la ecuación económico financiera del contrato sea alterando flujos financieros proyectados (EBITDA) o sobresaturando de stock al franquiciado. En el presente analizaremos algunas de estas situaciones.

Palabras clave: contrato, franquicia, pactos, EBITDA, canon, competencia

ANTECEDENTES

Aproximación conceptual

El origen de la palabra franquicia, o franchising, como se la conoce en el derecho comparado, se remonta a la edad media. Según algunos autores, en esa época;

El soberano otorgaba o concedía un privilegio a sus súbditos, (“cartas francas”) quienes en virtud del mismo podían realizar en determinadas zonas del reino actividades tales como la pesca y la caza. Estas autorizaciones o privilegios se designaban utilizando el término ‘franc’. (Morejon Grillo, 2009, p.9).

Gherzi (2008), por su parte, también ubica a estos antecedentes en la edad media, aunque señala que fue la Iglesia Católica la que “otorgaba franquicias a los recaudadores de impuestos (medioevo)” (p.409), aunque esto aplica solo a la cuestión etimológica de la palabra “franquicia” pues el fenómeno que subyace bajo esta figura, como sistema de comercialización de bienes o servicios tal cual la conocemos hoy, poco y nada tiene que ver con estos antecedentes; encuentra su origen en EE.UU.

El contrato de franquicia moderno puede rastrearse en el otorgamiento a particulares, por vía legislativa, de permisos para la explotación de algunos servicios públicos o “public utilities” como fue el caso de los ferrocarriles y los bancos, luego en la década de 1850 a 1860 la Singer Sewing Machine Company para dar solución a los problemas que afrontaba con la distribución de sus máquinas cambió la estructura básica de su funcionamiento y con ello, sembró las bases del actual sistema de franquicias , habiendo sido ésta, una Franquicia de Producto y Marca (Gherzi, 2008, p.409).

También, en períodos posteriores empresas estadounidenses como Coca Cola, General Motors, Hertz o Rent a Car comenzaron a usar este formato, al igual que en Francia lo hacía la fábrica de lanas La Lainiere de Roubaix. En la actualidad, el contrato de franquicia, pensado originariamente como un contrato de distribución ha evolucionado hacia una franquicia con una impronta comercial o *business format franchising*.

El contrato de franquicia: conceptualización, antecedentes y revisión de algunas prácticas abusivas

Romero Vivas (2015) señala determinadas características que diferencian a nuestro contrato de otros contratos de distribución: “Es un contrato con 1. Partes independientes: traducida en que “el franquiciado hace la inversión necesaria para el negocio, es independiente y no está subordinado al franquiciador” (Peña, 2012), actuando en “su propio nombre y a su propio riesgo” (Marzorati, 2001, p. 21); 2. Obligación de asistencia de parte del franquiciante: garante de un interés continuo del franquiciante en el Know-how² y el entrenamiento y soporte al sistema; 3. Ejercicio de control de parte del franquiciante: este tendrá un ejercicio de control acentuado, en aras de recrear un negocio exitoso en una jurisdicción diferente, previniendo actos disidencia del franquiciado cuando no se apega a lo que la estrategia de negocios manda” (p.5).

Mencionados estos antecedentes, y como primera aproximación conceptual podemos decir que la franquicia se trata de un acuerdo por el que una persona permite a otra la reproducción idéntica de su negocio (o una parte de éste) sobre la base del uso de los derechos de propiedad intelectual de los que es titular, de la asistencia técnica y la supervisión constante, a cambio de una contraprestación llamada canon o *royalty*. Aunque también puede incluir el pago de un *fee* inicial o de un fondo de publicidad, según el caso.

El dueño de la marca, método organizativo o *know how* es llamado franquiciante o franquiciador mientras que quien adquiere a ese bien es llamado franquiciado. Nosotros a lo largo de este trabajo utilizaremos el nombre de franquiciante para referirnos al dueño de la marca o empresa concesionada pues este vocablo es el más difundido en la América Hispana. De la misma manera preferimos el nombre de franquicia, pues sería un anglicismo innecesario hablar de *franchising* cuando esta denominación tiene una traducción en la lengua española (franquicia).

En cuanto a la definición y en virtud de que se trata de un contrato que en la mayoría de las legislaciones es atípico, encontramos tantas definiciones como autores se expiden sobre el tema.

Marzorati (2001) define a este contrato como:

Aquel contrato celebrado por escrito en el cual el otorgante, por lo general denominado franquiciante, ofrece individualmente a muchos tomadores, que forman un sistema de distribución de su producción para vender o distribuir bienes o prestar servicios de manera exclusiva, un sistema para desarrollar un negocio, con lo cual crean una relación de asistencia del otorgante al franquicia con carácter permanente, al amparo de una marca, nombre comercial o enseña, bajo control del

franquiciante y de conformidad con un método, sistema o plan preestablecido por este, contra el pago de un canon y otras prestaciones adicionales. (p.5).

La ley del estado de California de (Estados Unidos) lo define como un 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 o 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 nombre comercial o una marca de servicio, logotipo, publicidad u otro símbolo comercial, designando al otorgante o a su afiliada y;
- c) el franquiciado debe pagar un derecho de franquicia directa o indirectamente.

Por su parte, la Asociación Internacional de Franchising (IFA) define a la operación de franquicia como una relación contractual entre un franquiciante y un franquiciado, en el cual 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 nombre comercial común y de acuerdo con un procedimiento o patrón establecido o controlado por el franquiciante, haciendo una inversión financiera sustancial con sus propios recursos y en su propio negocio.

El reciente Código Civil y Comercial de la República Argentina tipificó por primera vez este contrato en el derecho argentino y define al mismo en su artículo 1512: Hay franquicia comercial cuando una parte, denominada franquiciante, otorga a otra, llamada franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o la marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta del franquiciado.

En su esencia, se trata de una autorización o del otorgamiento de un derecho para utilizar un sistema “probado” de comercialización de bienes o servicios de carácter inmaterial o intangible que identifica al franquiciante. De esta forma, el franquiciado minorra sus riesgos pues no debe invertir para insertar su marca o producto en el mercado ni debe efectuar estrategias de marketing o mercadotecnia, “(...)lanza un servicio con la

El contrato de franquicia: conceptualización, antecedentes y revisión de algunas prácticas abusivas

experiencia empresarial ya probada por el franquiciante” (Ghsersi, 2008, p.403). Por su parte, visto el negocio desde la óptica del franquiciante, este sistema de comercialización bajo forma de franquicias permite la expansión y multiplicación de un negocio exitoso y la penetración de nuevos mercados.

Sin perjuicio de que existe muchas formas de franquicias y de que estas varían según la regulación que reciban, en general un rasgo común a todas ellas es que no se trata simplemente de la venta de un producto o servicio, sino que se traslada todo un *know-how* o sistema de venta y se garantiza la asistencia del negocio por el dueño de la marca. Se suele trasladar una serie de conocimientos técnicos que puede incluir una diversidad de situaciones, suelen incluir el uso de una determinada vestimenta, o de una determinada maquinaria o método para producir un bien o servicios, uso de un logo, isotipo o marca, la provisión de asistencia técnica y comercial permanente y de elementos de publicidad, entre otras.

La empresa que otorga la franquicia puede proveer materias primas, maquinaria, mobiliario o insumos o simplemente, conceder a otra empresa, el derecho a utilizar un sistema probado y destinado a industrializar o comercializar bienes o servicios bajo la marca del dueño de la franquicia, como lo veremos seguidamente, existe una multiplicidad de modalidades bajo las cuales puede operar este contrato.

El contrato de franquicia, debe fijar las responsabilidades, obligaciones, limitaciones y derechos de las partes, pero, además, lleva incito la transmisión de *ese know how* del que hablábamos y una transferencia de uso de licencia de marcas, patentes y nombre comercial del franquiciante, la obligación de asesoría técnica y distribución o suministro de productos. En determinadas franquicias (las industriales, por ejemplo) puede incluirse también un contrato de ingeniería y un contrato de transferencia de tecnología vinculado a una patente.

Como contracara a esas facultades y derechos que confiere el franquiciante, el franquiciado debe pagar una contraprestación, que recibe el nombre de regalía, *royalty* o simplemente canon.

La experiencia tribunalicia nos muestra que muchos son los problemas que se derivan de este contrato. No solo los que se generan por las relaciones entre las partes sino también por eventuales reclamos de terceros o empleados: la posible solidaridad

entre los miembros que intervienen la cadena de consumo (productor, importador, transportista, almacenador, comercializador etc.) que fijan las normas que tutelan los derechos del consumidor por daños a los consumidores o la solidaridad laboral que podría plantearse entre los empleados del franquiciado y el franquiciante son algunos de los temas involucrados en la problemática de este contrato.

Otro tanto puede acontecer con aquellas leyes que, como la Argentina, periten extender la quiebra de la sociedad fallida a la sociedad controlante cuando existe un desvío indebido del interés social de la controlada.

Nosotros, en este trabajo, además de reseñar rápidamente algunos antecedentes históricos y regulatorios, nos concentraremos en una problemática específica: la rescisión incausada del contrato por el franquiciado.

La regulación de la franquicia en América Latina

A pesar de la fecunda receptividad de esta figura en la totalidad de los países de Latinoamérica, donde es un tipo de negocio en permanente crecimiento, son pocos estados que regulan este contrato; entre ellos podemos mencionar a México, que lo regula mediante la Ley de la Propiedad Industrial[†]. Brasil en el año 1994 dictó la Ley Especial sobre Franquicias (Ley Nro. N° 8955/94) y en el año 1997 el Instituto Brasileño de Propiedad Industrial emitió la disposición 135/97 que estableció normas para la aprobación de un acuerdo de franquicia (Marzorati, 2001, p.164). En Argentina recién en el año 2015, con la unificación del código civil y comercial fue tipificado este contrato.

En otros países, si bien sigue siendo un contrato atípico, se han regulado algunos aspectos de las franquicias tales como los límites permitidos y las políticas aplicables a estos contratos o la registración de las marcas o su incidencia con leyes que defienden la competencia y el mercado. Tal es el caso de Perú que designó un ente encargado de regular y registrar las Franquicias Extranjeras (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI) o el de Cuba, que mediante una resolución ministerial N° 30, del 16 de febrero del 2006, estableció la política de desarrollo de las franquicias turísticas cubanas y las indicaciones

[†] Existirá franquicia, cuando con la licencia de uso de una marca, otorgada por escrito, se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue.”

El contrato de franquicia: conceptualización, antecedentes y revisión de algunas prácticas abusivas

generales para las negociaciones, firma y control de los contratos de franquicias en las entidades subordinadas al Ministerio del Turismo.

En sentido similar Venezuela, mediante una resolución emitida en el año 2000 por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Procompetencia), estableció los “Lineamientos de Evaluación de los Contratos de Franquicia”, allí se define su concepto y se expone la reflexión oficial acerca de los límites permitidos en esta materia (Morejon Grillo, 2009, p.49).

Fuera de estos aspectos, la mayoría de los países han regulado las cuestiones relacionadas con la tributación, pago de sellos o timbrados y remesas de regalías.

La regulación internacional de la franquicia en el *soft law* (UNIDROIT)

Debido a la falta de uniformidad regulatoria de este contrato, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (en adelante UNIDROIT) en el año 2002 aprobó la Ley Modelo sobre la Divulgación de la información en la materia de franquicia, o simplemente “ley modelo”[‡].

El UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado) fundado en 1926 y auspiciado, en ese entonces, por la Liga de la Naciones, es una organización intergubernamental independiente con sede en la Villa Aldobrandini (Roma) y está integrada por cincuenta y cinco países (Perú y Argentina entre ellos).

Su objetivo es estudiar las necesidades y los métodos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho privado, particularmente el derecho comercial, entre Estados y grupos de Estados. Por ello no crea normas o instrumentos de vinculantes para las partes, sino que los Principios de UNIDROIT es el prototípico ejemplo de lo que en derecho Internacional Privado se suele definir como *soft law*; instrumentos cuasi-legales que por sí mismos no tienen ningún carácter vinculante a nivel jurídico ya que carecen de la imperatividad propia de las normas internas o de los tratados internacionales adoptados por los países pero son poderosas normas en cuanto a su influencia en los países o normas de referencias en relaciones privadas.

Se trata de meras recomendaciones, declaraciones, principios, códigos de conducta o simplemente lineamientos propuestos para que sean tomados como modelos

[‡] De cualquier forma debemos apuntar que antes de esa fecha había dictado una “Guía para los Acuerdos Principales de Franquicia Internacional” (1998) y en forma posterior dictó los “ Principios para los Contratos Comerciales Internacionales” (2010)

por los países miembros. Igualmente, como lo apuntábamos, la falta de imperatividad no debe opacar la trascendental importancia que los mismos adquieren: la creciente y permanente utilización en la práctica legal internacional (particularmente del contrato bajo estudio) les ha dado una enorme trascendencia pues no solo es una fuente de inspiración para los países, sino que, además, la adopción de leyes modelo facilita las relaciones entre los estados e incluso posibilita que en las convenciones privadas las partes puedan regir sus relaciones contractuales por estos principios (siempre que esta aplicación no contravenga el derecho interno o normas imperativas o el orden público de un país).

De esta forma, y volviendo al tema que nos convoca, el UNIDROIT propone la siguiente definición de franquicia:

... operación contractual entre un franquiciante y un franquiciado, en la cual el franquiciante ofrece o es obligado a mantener un interés permanente en el negocio del franquiciado, en aspectos tales como el know how y la asistencia técnica. El franquiciado opera bajo un nombre comercial conocido, un método y un procedimiento que pertenece o es controlado por el franquiciante, en el cual franquiciado ha hecho o hará una inversión sustancial en su propio negocio con sus propios recursos (Lopez, 2008, p.120).

Tipos de franquicias:

El contrato de franquicia admite diversas variables y se diferencia según sea la actividad del franquiciante. La falta de regulación a la que hacíamos mención produce cierta dificultad a la hora de clasificar los tipos de franquicia, aun así doctrinariamente hay cierto consenso doctrinario en la forma de clasificar a las franquicias según el objeto de la franquicia, la relación entre las partes y a la ubicación de la misma.

Conforme esta pauta podemos clasificar a la franquicia de acuerdo al siguiente cuadro, reiterando la advertencia que se trata de una clasificación doctrinaria y que, depende los autores, puede variar:

El contrato de franquicia: conceptualización, antecedentes y revisión de algunas prácticas abusivas

Tabla 1

Tipos de franquicias

Tipos de franquicias		
Según su objeto	Según la relación	Según la ubicación
Franquicia industrial (o de producción)	Franquicia individual	Franquicia córner
Franquicia comercial	Franquicia múltiple	Shop in Shop
Franquicia de distribución	Franquicia regional	Franquicia online
Franquicia de servicios	Franquicia maestra	
Franquicia mixta		

Veamos a continuación algunas características de esta clasificación:

IV.a) Según su objeto

IV.a) 1. Franquicia industrial (o de producción)

La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha dado una definición de franquicia de industrial producción que resulta sumamente clara, así entiende a la misma como; (...) contrato en virtud de que el franquiciado fabrica él mismo, según las indicaciones del franquiciante, los productos que venderá bajo la marca de aquel[§].

En este tipo de franquicia el *franquiciante*, es el titular de la marca y del *know-how*, por lo que otorga franquicias para que el franquiciado produzca el mismo los productos. El franquiciante, para facilitar esta tarea cede al franquiciado el derecho de fabricación, el uso de la marca, los procedimientos administrativos y de gestión, las técnicas de venta, facilita su tecnología y en general traslada los métodos, forma y el arte para la producción y comercialización de los productos.

El franquiciado es un “comercializador” pero a su vez un “productor” de los bienes que comercializa (no necesariamente recibe insumos o productos del franquiciante), se trata de la reiteración a partir de un sistema (Hocsman, 2008, p.206) por ello no se trata del tipo de franquicia más difundido. Un Ejemplo de esta modalidad es el de los yogures *YOPLAIT* (en Europa).

[§] Sentencia del 28 de enero de 1986, citada por Hocsman (2008,p.206)

IV.a) 2. Franquicia comercial

Este se trata del clásico modelo de franquicia donde el franquiciante ofrece al franquiciado todos los elementos necesarios para vender los productos y servicios, de forma que vaya aumentando la actividad su negocio. Este es el caso de las franquicias de teléfonos celulares, restaurants, cafés, bares etc. Normalmente bajo esta modalidad se proveen los insumos o productos a comercializar, aunque ello no es definitorio a los fines de esta clasificación.

IV.a) 3. Franquicia de servicios

Este tipo de franquicias es aquella que tiene como objeto prestar un servicio al cliente final cuya fórmula original es propiedad del franquiciante. Podemos enunciar como ejemplos franquicias de escuela de idiomas, franquicias dedicadas al mantenimiento de autos, franquicias que ofrecen el servicio de traducciones, etc. Aunque no se trata solo de la transmisión de un *know how*, sino que aquí cobra especial relevancia el desarrollo tecnológico pues suelen incluir plataformas educativas y TIC que son facilitados al franquiciado para que lleve adelante el negocio.

Se trata de un tipo de franquicia muy elástico en cuanto a la inversión inicial, en este sentido pueden requerir ingentes inversiones (como las franquicias hoteleras: Hilton por ejemplo), pero esa no necesariamente es la regla, hay modalidades de este tipo de franquicias que requieren muy poca inversión, como acontece con la franquicia del rubro inmobiliario Remax o con las franquicias educativas (Kumon, Ikidz).

IV.a) 4. Franquicia de distribución

En cuanto a la franquicia de distribución, también llamada de producto, es aquella que tiene como objeto la distribución de producto o productos ya sea para el caso en el que el franquiciante es fabricante de esos bienes como así también para cuando este actúa como una central de compras. Así sucede como las franquicias de ropa, de muebles, etc. En este caso el franquiciado actúa como un distribuidor final.

Se trata de franquicias que normalmente insumen menos aporte operacional ya que el franquiciante cede al franquiciado la distribución de sus productos, junto con en derecho a utilizar su nombre comercial.

El contrato de franquicia: conceptualización, antecedentes y revisión de algunas prácticas abusivas

IV.a) 5. Franquicia mixta

Se trata de una confinación entre las mencionadas.

IV.b) Según el tipo de relación entre el franquiciado-franquiciante

IV.b) 1. Franquicia individual

Se trata de la forma más típica en la cual un empresario particular adquiere una franquicia determinada para operarla. Se le concede el manejo y operación de un solo establecimiento, en un área determinada.

IV.b) 2. Franquicia múltiple (o plurifranquicias)

En este caso el franquiciado posee varias franquicias de la misma marca. Normalmente suelen ser complementarias, es decir, franquicias que no compiten entre ellas.

IV.b) 3. Franquicia regional

También se le denomina *area developer* o "impulsor de área". De esta manera se concede el derecho de establecer una determinada cantidad de franquicias en un área geográfica determinada. Se suele dar cuando el territorio es muy amplio y resulta conveniente este tipo de administración. De esta forma se le asigna a una persona un determinado territorio para que abra una cantidad de unidades en cierto tiempo.

IV.b) 4. Franquicia maestra

En este tipo de franquicias el franquiciante otorga en forma exclusiva al franquiciado el derecho de desarrollar este mismo proceso en un área o región determinadas pero lo característico aquí es que se le confiere la posibilidad de subfranquiciar a otros emprendedores interesados. Normalmente acontece cuando se internacionaliza una franquicia y se la introduce en un determinado país por primera vez, por ello también se la suele llamar *franquicia maestra internacional*.

IV.c) Según la ubicación

Por último, también podemos clasificar a este contrato según la ubicación de las franquicias, así podemos enumerar:

IV.c) 1. Franquicia corner

Son franquicias pensadas para instalarse en un espacio reducido dentro de un tipo de negocio particular, de allí lo de "corner" (esquina), pero cuya actividad está relacionada o es complementaria al producto/servicio del franquiciado. Este tipo de

franquicias es frecuente de apreciar en los centros comerciales o grandes mercados, donde se asigna un pequeño espacio a un franquiciado.

Muchas veces el atractivo que posee esta modalidad es la posibilidad de reforzar la presencia de la marca, pues le da la posibilidad de “tener presencia” a una determinada marca en los centros comerciales, por ejemplo. También se vuelve atractiva para sortear la dificultad de encontrar un inmueble en alquiler o compra a precios razonables.

IV.c) 2. Franquicia shop in shop

La traducción al castellano sería “tienda dentro de tienda”. Es una franquicia que se incluye dentro de otro comercio, camuflada y recreada con la misma decoración, aunque sea independiente de ella. En realidad, se trata de una variante de franquicia de corner, solo que en esta modalidad se recrea la decoración y el ambiente de cualquier otro establecimiento integrado en la cadena de forma que todos los establecimientos se vean iguales. No es más que un pequeño punto de venta (shop) dentro de otro más grande (in shop).

Ejemplo de esto es el llamado ‘vending’: máquinas expendedoras que se instalan en hospitales, colegios, hoteles, centros públicos, carritos de ventas, etc.

IV.c) 3. Franquicia tienda *on line*

Se trata de una modalidad de franquicia basada en el comercio electrónico y *on line*. Por ello no requiere una ubicación física ni grandes inversiones iniciales ya que solo es necesario contar con la plataforma de venta.

El crecimiento del *e-commerce* sumado a las ventajas de internet, los bajos costes que insume este modelo le están dando un auge sin precedentes.

V). Rescisión unilateral y cláusulas prohibidas

V.a) Exclusividad territorial. Introducción

En virtud de que mediante la franquicia se busca la reproducción de un negocio exitoso en una zona diferente a la del franquiciado, la exclusividad territorial suele ser un factor básico para materializar ese fin.

Normalmente las franquicias ofrecen una “receta para el éxito” no solo basada en el sistema de calidad de un producto y en la fiabilidad del sistema de ventas o la inserción y aceptación del producto en un determinado mercado, sino también por el hecho de que el franquiciante va a tratar de evitar una competencia entre sus franquiciados. A fin de cuentas, hablamos de un contrato de colaboración y proponer una competencia abierta

El contrato de franquicia: conceptualización, antecedentes y revisión de algunas prácticas abusivas

entre franquiciados puede corroer ese negocio “exitoso” del que hablábamos anteriormente.

Por eso el concepto de exclusividad territorial (en sus diversas modalidades) se erige con particular importancia en esta modalidad contractual. Con ella se busca proteger las ventas de los franquiciados maximizar las utilidades de cada establecimiento, y por consecuencia, del sistema en su conjunto.

Los territorios pueden decidirse de diversas formas: por países, regiones provincias o incluso por cantidad de población. Depende el tipo de franquicia y de zonas. El asunto es que en esa división de territorios en ocasiones se producen situaciones de fricción para las partes del contrato o para el sistema de franquicias, sea que estos problemas se generen por errores estratégicos, por decisiones reñidas con la buena fe del proveedor de la franquicia o porque se otorgan territorios demasiado grandes (en desmedro del franquiciante y de la marca) o demasiado pequeños, que afectan exclusivamente al franquiciado o, simplemente por que no se contempla el problema del territorio dentro del contrato y en su devenir se vuelve un aspecto clave para la relación.

También puede acontecer que la modificación de las condiciones del mercado haga necesaria una revisión de ese reparto territorial.

El asunto del reparto de territorios y de la exclusividad es de una importancia superlativa porque hace al éxito del negocio y es una de las cuestiones que más litigiosidad genera. Si bien no es un elemento esencial en este contrato (en el sentido de que puede no pactarse entre las partes y el contrato será igualmente válido) si es un aspecto a tener en cuenta para prevenir problemas entre las partes.

Lo importante, según lo vemos, es que los franquiciados ingresen a la red con pleno conocimiento de su integración a la red y con reglas prefijadas, de forma tal que si van a competir con otros franquiciados en la misma plaza puedan saber de antemano y en forma clara y que esas reglas se mantengan durante todo el iter contractual. Si la exclusividad está expresada en el contrato y existe un reparto de zonas más o menos claro el asunto no debería ofrecer mayor inconveniente. El problema más grande es cuando hay falta de ella y se cambian las reglas del juego cuando el contrato ya tiene principio de ejecución.

V.b) Exclusividad implícita

Antes mencionamos que este contrato se trata de un contrato de colaboración empresaria, esta tipología contractual sugiere que no son de puro interés contrapuesto, en el sentido de que no contraponen a un acreedor y deudor, sino que ambos tienen un interés común, el crecimiento de uno es el crecimiento del otro y hay una interdependencia recíproca. El éxito económico de la marca, del producto o de la red beneficia a ambas partes por igual. Aun así, el hecho de que se trate de un contrato de colaboración no significa que sea una relación equilibrada en cuanto al poder negociatorio: suele tratarse de una relación de poder desigual donde el franquiciante ejerce un rol dominante.

Esta modalidad contractual de colaboración requiere lealtad comercial y para que ello ocurra es imperativo que el franquiciado obtenga una rentabilidad tal que salirse de la marca sea a un alto costo de oportunidad (Van Thienen, Pablo A., 2011,p.4) y es en este momento donde la exclusividad territorial cobra una especial dimensión: depende el tipo de franquicia y de mercado, puede acontecer que el franquiciado necesite alguna barrera o certeza de que tendrá una burbuja en un mercado determinado donde no se permitiría la entrada de otros franquiciados para poder asegurarse su renta.

Por ese motivo, no puede existir una cláusula o fórmula pétrea para ello, dependerá de las condiciones del mercado y del tipo de franquicia y, aquí la cuestión más novedosa, la jurisprudencia latinoamericana (al igual que la norteamericana) pareciera admitir la exclusividad implícita en el contrato de franquicia, particularmente para cuando en la franquicia se insertan cláusulas asegurativas de una renta bruta (EBITDA) o se insertan pactos de stock o cuotas de compra o simplemente cuando en la etapa pre contractual se proyectaron flujos de fondos, pues está fuera de discusión que es carga del titular de la franquicia velar por la salud comercial de su red.

Para ello la jurisprudencia se ha apoyado en la piedra angular de las relaciones contractuales, nos referimos al principio de buena fe contractual o negocial o a la teoría de la *good faith and fair dealing* esto es, buena fe y trato justo como se le conoce en el derecho norteamericano y mediante ella se ha desechado o declarado inoponible las cláusulas de rescisión incausada pues, como lo afirma Romero Vivas (2015) se consideró que el ejercicio de esta facultad discrecional, aunque prevista en el contrato, constituía una “acción injusta”, acción tal, que no tenía en cuenta la inversión sustancial hecha por parte del franquiciado en el negocio y su consecuente derecho a recuperarla. Lo que se busca con este principio es que ninguna de las partes tome una ventaja obscena en

El contrato de franquicia: conceptualización, antecedentes y revisión de algunas prácticas abusivas

detrimento de los intereses de la otra, sobre todo cuando se trata de lagunas o situaciones que no fueron previstas en los contratos.

V.c) Flujos de fondos proyectados y EBITDA garantizado

El EBITDA es un indicador financiero, acrónimo del inglés *earnings before interest, taxes, depreciation, and amortization* (beneficio antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones), podríamos traducirlo al español, como el beneficio bruto de explotación calculado antes de la deducibilidad de los gastos financieros (intereses, impuestos, depreciaciones, amortizaciones productivas, etc.).

EN su fórmula simplificada podríamos proyectarlo de esta forma:

EBITDA= ingresos - costes de los bienes vendidos - costes generales de administración.

Este indicador uno de los más conocidos y empleados para llevar a cabo los análisis de rentabilidad de una empresa y obtener una medida aproximada de la operatividad de la misma.

A los fines que nos interesan, si las negociaciones previas entre las partes incluyeron alguna estimación o proyección de flujo de fondos o el aseguramiento o un EBITDA, claramente podríamos interpretar que existe una cláusula de exclusividad implícita ya que la autorización de una nueva franquicia en la zona exclusiva del franquiciado podría implicar un incumplimiento contractual del franquiciante, pues está generando con esa autorización una alteración del mercado mediante la introducción de un nuevo competidor forzosamente va a alterar esa ecuación tenida en cuenta por las partes.

Esta conclusión se deduce del hecho de que este tipo de proyección no puede prescindir de un estudio del mercado donde va a operar esa franquicia. No es lo mismo instalar la franquicia en una zona con alta densidad poblacional o en una gran urbe que en un pequeño pueblo o en una zona de baja densidad. Incorporar nuevos competidores al mercado asignado al franquiciado, inevitablemente, va a afectar esas proyecciones iniciales.

Es carga del titular de la franquicia velar por la salud comercial de su red. Esto quiere decir que no puede invadir el mercado a costa de los franquiciados generando competencia artificial (Van Thienen, 2011, p.4), en ese contexto es de esperar que el franquiciado entienda, en ese marco de colaboración empresarial, que el franquiciante no

va a minar esa ecuación mediante la apertura indiscriminada de locales dentro de su zona territorial. Aunque, insistimos, esto dependerá del tipo de franquicia y de las condiciones particulares del contrato.

Es de esperar que si se asegura una renta bruta, la exclusividad aunque no esté pactada expresamente surja implícita en el contrato ya que más allá del prestigio de la marca o del sistema, el EBITDA asegurado, sumado a flujos de fondos proyectados preparado por el titular de la franquicia en un determinado territorio es de alguna manera la garantía de éxito del negocio, por ello el cambio de estos de estos elementos estructurantes del negocio alteran la ecuación económico financiera del negocio y derivan en un incumplimiento de contrato. Esta canalización comercial es, o puede ser entendida como contraria a la buena fe negocial.

V.d) El sobre – stock en la relación de franquicia

Existen contratos de franquicias que prevén políticas de estoqueamiento o de compras programadas donde el franquiciado debe absorber el capital inmovilizado de la franquicia y, con ello, no solo que se beneficia al franquiciante con el hecho de transformar su sobre stock en dinero sino que además se saca de encima los costos de almacenaje de los productos. Lo cual cobra una especial relevancia si se trata de productos perecederos o de productos que pueden pasar rápidamente de moda o incluso si se trata de producto de grandes dimensiones que insumen fuertes costos de almacenamiento.

El franquiciado carga así con los costos operativos de almacenaje y además absorbe los inventarios con cargo a pasivos comerciales. Las políticas de sobre estoqueamiento (u *overstock*) no solo son vistas como cláusulas abusivas -ya que la política de saturación de inventarios solo beneficia a una parte-, sino que además y en lo que nos interesa, cobran una especial relevancia cuando existe una cláusula de exclusividad (expresa o implícita está en juego). Autorizar un nuevo competidor en la zona del franquiciado va a incidir sobre sus ventas y, va de suyo, que puede generar por si solo una saturación o sobre estoqueamiento. Esto ha sido tenido en cuenta especialmente en un interesante fallo dictado en la Argentina conocido como el fallo *Grimoldi*** donde el Tribunal condenó esta actitud del franquiciante como u acto reñido con la buena fe negocial: habilitar a un nuevo franquiciado en la zona de referencia del

** Exp. 79985/1997 - "Rivas Rosa Graciela c/ Grimoldi S.A. s/ordinario" - CNCOM - SALA C - 10/10/2003. Arg.

El contrato de franquicia: conceptualización, antecedentes y revisión de algunas prácticas abusivas

franquiciado produce una erosión en el sinalagma del contrato y, probablemente, produzca un saturamiento de stock.

V.e) Prohibición de rescisión incausada por disposición legal o contractual: Prórroga, renovación o reconducción del contrato de franquicia

Frente a los ingentes costos que implica sostener un comercio (o costos “hundidos”) y de cara a la fuerte inversión que efectúa el franquiciado para instalar el negocio, es frecuente en este tipo de contratos que se estipule una prohibición de rescisión incausada del contrato para el franquiciante. Sobre todo, en aquellos contratos en donde el sistema de franquicias sirve para insertar una marca en el mercado o colocar un servicio. Por ello es una cláusula de buena fe que el franquiciante no pueda a su antojo dejar sin efecto el contrato una vez que, a expensas del franquiciado, ya se insertó en un mercado o la marca ha logrado fidelidad de los nuevos consumidores.

A punto tal la cuestión es de relevancia, que algunas legislaciones, como la Argentina prevén la imposibilidad de que se rescinda el contrato incausadamente durante el plazo de vigencia original.

Expresamente el nuevo Código Civil y Comercial de la Argentina prevé en el artículo 1522 inc.b) que *el contrato no puede ser extinguido sin justa causa dentro del plazo de su vigencia original, pactado entre las partes*. Solo puede ser rescindido por un incumplimiento de las partes y siempre que ese incumplimiento sea esencial.

El asunto es que, en ocasiones, luego de operada el vencimiento del contrato original las partes deciden renovarlo, y la renovación en ocasiones es difícil de diferenciar de una simple prórroga. Y en esto creemos que debe tenerse la mayor de las circunspecciones por parte de los operadores jurídicos encargados de estas operaciones.

Renovar un contrato es hacer uno nuevo, como cuando renovamos una licencia o un permiso que ha expirado. No se trata de la misma licencia, sino de una nueva que se encadena con la anterior. Como lo ha dicho la jurisprudencia se trata de *obtener un nuevo documento que reemplace al anterior, que perdió vigencia*^{††}.

En ocasiones los abogados utilizamos la palabra renovación como sinónimo de prórroga o de reconducción de un contrato, pero cuando se habla de contratos a término,

^{††} 5034/12: ETCHEVERRY, Hilda Olga C/ORTIZ ZAMORA, Félix S/DESALOJO. 14/2/2013, II CIRC. - Cámara De Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y De Minería, La Pampa (Arg.)

parece más adecuado, utilizar la palabra prórroga para el caso el caso en que la modificación del convenio se limite a su duración y la palabra renovación cuando se trata de un contrato que además de prorrogarse, fue alterado.

La cuestión no se trata de un problema semántico y tiene una relevancia superlativa; si se ha pactado la prohibición de rescisión incausada o la legislación la prohíbe durante el período de vigencia original del contrato (como vimos en el caso de Argentina) y el mismo fue renovado, esto es además de pactarse un nuevo plazo se introducen otras modificaciones contractuales, pues entonces en ese segundo tramo de la relación contractual tampoco podrá ser rescindido el contrato si es que no existe incumplimiento.

V.f) La tendencia jurisprudencial en torno al reparto de mercados y pacto de territorialidad implícito

Además de los problemas entre franquiciados y franquiciantes, el reparto de territorios puede albergar otro gran problema y es la posible afectación de leyes de defensa de la competencia (o de la libre competencia) vigentes en la mayoría de los países.

La libre competencia es una característica de las economías de libre mercado y el principio rector sobre el que se apoya la libertad de empresa y, generalmente, es vista como beneficiosa para los pueblos, pues al permitir que las empresas luchen en el mercado por captar cuotas del mismo, se favorecerá al consumidor no solo en su posibilidad de elegir y escoger entre distintos productos, sino además porque esa puja incide normalmente entre la calidad-precio del producto o servicio. Por ello la mayoría de los países establecen leyes antimonopolio, anti trust, anti oligopolios y en general sancionatorias de la concentración empresarial y de la cartelización económica.

Argentina, además de asignarle el carácter de derecho constitucional, posee una ley específica que regula la materia: Ley 27442 (derogatoria de la anterior ley Nro 25.156) y Perú también ha regulado la libre competencia en profusas leyes^{††}.

La Comunidad Europea fija y regula la política de competencia en los artículos 81 a 89 del Tratado de la Comunidad Europea (T.C.E.) prohibiendo la colusión que restringe la competencia y establece diversos reglamentos para prohibir o regular la concentración empresarial o el abuso de posición dominante.

Esta normativa, particularmente en Europa, dio lugar a diversos pronunciamientos jurisprudenciales del derecho comunitario Europeo que establecieron

^{††} En este sentido podemos citar a los Decreto Legislativo N° 1034 y sus modificatorios, Ley N° 26876, Decreto Supremo N° 017-98-ITINCI, DECRETO SUPREMO No 087-2002-EF, DECRETO SUPREMO No 087-2002-EF, DECRETO SUPREMO No 087-2002-EF, Resolución N° 027-2013/CLC-INDECOPI.

El contrato de franquicia: conceptualización, antecedentes y revisión de algunas prácticas abusivas

que el reparto de mercados en los contratos de franquicia no contravenían a las normas vinculadas con la defensa de la competencia pues, en resumidas cuentas, se entendió que las restricciones a la competencia eran apenas las indispensables para garantizar la existencia de la red de franquicias, y que por lo tanto no había una alteración de la libre competencia.

Esto es o que se decidió en los autos: Computerland, Decisión 87/407/CEE de la Comisión, de fecha 13 de julio de 1987 publicada en el DOCE No L222 de 10 de agosto de 1987, Yves Rocher, Decisión 87/14/CEE de la Comisión de 17 de diciembre de 1986 publicada en el DO No L 8 de 10 de enero de 1987 y Asunto No 161/84 Pronuptia de París GmbH con Schigallis, resuelto por sentencia de 28 de enero de 1986 del Tribunal de Luxemburgo, este último mencionado fue fallo que sentó las bases doctrinarias en la Comunidad Europea respecto de los contratos de Franquicia^{§§}.

En EEUU también existe profusa jurisprudencia vinculada al pacto de territorialidad (expreso o tácito). En este sentido y en lo que nos interesa, específicamente se recibe la teoría del pacto de territorialidad implícito en el fallo *Scheck v. Burger King Corporation*, donde la Corte del Distrito Federal de Florida declaró que el franquiciador había infringido el pacto de buena fe contractual al abrir otro local de la Franquicia a menos de 3 kilómetros del franquiciado, lo cual infringía los principios contrarios a la invasión de territorio. Además, concluyó que el acuerdo implícito de la buena fe existente en cada contrato no puede sobrepasar a los términos expresados en un contrato escriturado, pero si no hubiese sido expresado, el franquiciador no puede beneficiarse de la falta de estipulación, ya que constituiría un acto de mala fe^{***}.

Este pacto tácito recobra especial fuerza si el contrato en sus tratativas pre contractuales toma algún tipo de análisis económico, flujo de fondos proyectados o si se asegura un EBITDA, como antes vimos, o incluso si se pacta una política de sobre estoqueamiento (over stock).

^{§§} Todos citados por ARAYA RAMIREZ, (2010, .p.68 y s.s.).

^{***} Citado por ARAYA RAMIREZ, Op. Cit.

CONCLUSIONES

VI.a) El contrato de franquicia es un contrato colaborativo.

VI.b) El EBITDA asegurado o de acuerdos de stock evidencian un pacto de territorialidad implícito de forma tal que el franquiciante no podrá modificar esas ecuaciones mediante la autorización o apertura de nuevas franquicias en las zonas asignadas.

VI.c) Aunque el contrato no haya previsto flujos de fondos proyectados o una política de estoqueamiento de bienes, de acuerdo a las condiciones particulares del contrato y del tipo de franquicia, si el franquiciante cambia los elementos estructurantes del negocio de forma tal que se altera la ecuación económico financiera del negocio, esta actitud puede ser vista como un incumplimiento de contrato o cuanto menos como una actitud contraria a la buena fe negocial.

VI.d) Es aconsejable que el contrato se expida sobre el reparto de territorios.

VI.f. Debe prestarse especial atención a la rescisión incausada del contrato de franquicia pues si se efectúa la misma durante la vigencia del plazo original o en caso de renovaciones contractuales puede tratarse de una facultad prohibida o reñida con la buena fe y generar responsabilidad para quien la ejerce.

VI.g) La cláusula de territorialidad implícita, el principio implícito de la buena fe y el trato justo deben ser una herramienta de justicia contractual para solucionar casos de Invasión de zona o frente a la negativa injustificada de renovar el contrato frustrando expectativas legítimas y razonables de la franquiciada y, además, una pauta obligada a tener en cuenta frente a lagunas contractuales.

REFERENCIAS

- Araya Ramirez, M.P. (2010). El Contrato de Franquicia en el Derecho Comparado. 30/8/2017, *Repositorio académico de la Universidad de Chile*. Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/146219>
- Romero Vivas, E.F. (Julio-Dic. 2015). *El principio implícito de la buena fe y el trato justo como mecanismo modificadorio del contrato de franquicia dentro del*

El contrato de franquicia: conceptualización, antecedentes y revisión de algunas prácticas abusivas

derecho norteamericano. Revista de derecho privado. Universidad de los Andes, Colombia (54).

Frias Molina, E. (2017). El Contrato de Franquicia Internacional: Análisis Normativo y de la Práctica Comercial en Colombia- *EAFIT Journal of International Law* recuperado de: <<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil/article/view/4580>

Gherzi, C. (2008). *Contratos. Complementación de mercado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Thomson Reuters.

Lopez Guzman, F. (2008) *El contrato de franquicia internacional*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Temis.

Marzorati, O.J. (2001). *Franchising*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.

Morejón Grillo, A. (2009). El Contrato de Franquicia. *Universidad de Cienfuegos "Carlos Rafael Rodríguez"* Cuba. Recuperado de: http://www.adizesca.com/site/assets/en-el_contrato_de_franquicia-am.pdf

Van Thienen, P. A. (2011). Contrato de franquicia. Red comercial. Pacto de exclusividad territorial y competencia. Política de Over-stock y EBITDA garantizado: el caso Grimoldi. *CEDEF: Law & finance*. Recuperado de: <http://www.cedeflaw.org/pdfs/2011125123038-87.pdf>

Milton Hernán K.*