

FRANQUICIA EL ANTES Y EL DESPUÉS DEL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Hilda Zulema Zárate¹ y Roxana Karina Zarate²

En el presente trabajo se aborda como tema central el contrato de franquicia en la República Argentina, pero también en ese sentido se desarrolla una breve reseña de los antecedentes de este tipo de contrato, su origen y su repercusión en la actualidad. Por último, lo que nos concierne de manera especial es precisar esta modalidad contractual en el proyecto del Nuevo Código Civil Unificado de nuestro país.

Introducción

Como muchos otros contratos, la franquicia se asimila a otros semejantes, pero tiene características peculiares que lo distinguen; es por ello que para una mejor comprensión del tema se hace necesario precisar los distintos conceptos encontrados acerca de lo que es el *Franchising* o Contrato de Franquicia.

Algunos autores hablan de una especie de simbiosis; por un lado el franquiciante que otorga una licencia a un comerciante (franquiciado) para la venta de productos o servicios de su propiedad (Farina, 1999). Otros hablan de una explotación de marcas y *know how*,³ donde el franquiciante tiene el control y la supervisión del negocio (Bescós, 1989).

¹ Abogada, profesora titular de la cátedra “B” de Derecho Comercial, I Curso de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste. Secretaria de Investigación y Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste.

² Abogada, colaboradora.

³ El *know-how* (del inglés *saber-cómo*) o conocimiento fundamental es una forma de transferencia de tecnología. Es una expresión anglosajona utilizada en los últimos tiempos en el comercio internacional para denominar los conocimientos preexistentes no siempre académicos, que incluyen técnicas, información secreta, teorías e incluso datos privados (como clientes o proveedores). http://es.wikipedia.org/wiki/Know_how.

Señala Vítolo que el

“contrato de franquicia es un convenio consensual, escrito, bilateral en el cual el otorgante 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 este, al amparo de una marca, nombre comercial o enseña, propiedad del otorgante de conformidad con un método, sistema o plan preestablecido por este contra el pago de un canon y otras prestaciones adicionales”.⁴

Marzorati, define al *Franchising* como un

“contrato celebrado por escrito en el cual el otorgante ofrece individualmente a muchostomadores, que forman un sistema de distribución de su producción, vender, distribuir bienes o prestar servicios en forma exclusiva, creando una relación de asistencia del otorgante con carácter y de conformidad con un método, sistema o plan preestablecido por este contra el pago de un pago y otras prestaciones adicionales”.⁵

Antecedentes del *Franchising* o Franquicia Comercial

Dentro del estudio del tema, se hace necesario realizar una breve síntesis de los antecedentes.

El concepto de franquicias se origina en siglo XII, cuando el rey otorgaba ciertos privilegios, como permisos para cazar, pescar, etc., a sus súbditos. Así también en Francia existían algunas ciudades con cartas francas, donde contaban con algunas libertades o autonomías.

Este tipo de modalidad contractual surge concretamente en los Estados Unidos durante la década de 1850 a 1860. La *Singer Sewing Machine Company* resuelve cambiar e implementar una red de concesionarios/vendedores a los que se les cobraba una participación por el derecho a distribuir sus máquinas de coser.

⁴ Vítolo, D. *Contratos Comerciales*, Buenos Aires 1994, Pág. 725 y ss.

⁵ Marzorati, O. *Derecho de los Negocios Internacionales*. 2.^a Edición. ED. Astrea 1997. Pág. 595 y ss.

En 1898, la *General Motors* adoptó un sistema similar, ya que no contaba con los recursos para abrir nuevas sucursales. También hicieron lo mismo algunas compañías petroleras y de autopartes.

En 1899, mediante la utilización de este sistema, Coca Cola se convirtió en la primera embotelladora del mundo.

A mediados de los años 30, después de la gran depresión, en el marco del gran dinamismo empresarial que ya vivía los Estados Unidos, aparecieron en el mercado las franquicias de los hoteles y los restaurantes *Howard Johnson*.

De especial interés en la historia de las franquicias es el caso de *McDonald's*.

Naturaleza jurídica

Con respecto a la naturaleza jurídica de este tipo de contrato, nos encontramos ante la falta de legislación no solo en nuestro país, sino también a nivel mundial. Es así como la doctrina y la jurisprudencia son las que han tenido que determinar y solucionar temas puntuales.

Los doctrinarios franceses califican a la franquicia como un contrato de concesión, manifestando que son de aplicación las normas reguladoras de la misma y agregando las normas relativas a la transferencia de marcas, designaciones comerciales y tecnología.

Algunos autores italianos lo asimilan con un contrato de suministro.

En ambos casos podemos considerar que son dos tipos de contratos absolutamente diferentes que el de franquicia; el contrato de concesión no implica el uso de la marca y símbolo, ni el traspaso de *know how* por el pago de una suma de dinero. En el contrato de suministro, el suministrado no otorga el uso de la marca, ni la transmisión del método de producción, etc.

Desde el punto de vista del Código Civil vigente, opinan los autores que se trata de un contrato atípico, innominado, conmutativo, no formal, bilateral, oneroso de ejecución continuada, siéndole de aplicación los principios generales de los contratos y la convención entre las partes.⁶

⁶ Cuervo L. Las Tesinas de Belgrano "Contrato de Franquicia". (2005) www.ub.edu.ar.

Los caracteres principales

Para el derecho argentino es un contrato atípico, o sea, no legislado, pero tiene ciertos caracteres generales:

- Es bilateral, se pueden distinguir dos partes que se obligan mutuamente (conf. Art. 1138 Cód. Civil);
- Es oneroso, debido a que la prestación que le otorga una de las partes es una derivación de lo ofrecido por la otra (conf. Art. 1139 Cód. Civil);
- de tracto sucesivo, ya que las prestaciones a cargo de las partes deben ser continuadas y deben plasmarse dentro de los períodos establecidos contractualmente;
- *intuitu personae*, pues ambas partes tendrán en cuenta determinadas características respecto de la persona;
- colaboración, ambas partes tienen un objeto común.

Clases

Franquicia de servicio: proporciona un servicio, como técnico (por ejemplo, servicios de coche, asesoramiento fiscal, inmobiliario y otros, enseñanza, hotelería, tintorería, alquiler de vehículos, mantenimiento corporal, etc.).

Franquicia de distribución: a los productos que provee el franquiciante les aporta una marca o símbolo de la cadena de comercialización y servicios de organización y venta (por ejemplo, venta de productos de alimentación, textiles, etc.).

Dentro de estas clases podemos determinar dos categorías:

- De producto y marca registrada (de venta): cuando únicamente se limita a la distribución y venta de productos con marca registrada.
- Negocio llave en mano o paquete: cuando la franquicia consiste en la habilitación de una unidad completa de comercialización y explotación.

Estructura del contrato de franquicia

Manifiestos.

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

Marca y símbolo: franquiciante que faculta al franquiciado a desplegar un negocio que procura ser igual a aquel. Otorga al franquiciado el derecho a usar una marca y símbolos propiedad de aquel.

Transferencia de experiencia, tecnología y *modus operandi*, etc.: en este punto se transfiere el *know how*, o sea, que se trasladan por parte del franquiciante todos sus conocimientos y experiencia en el proceso de la empresa al franquiciado.

Se debe hacer saber al franquiciado todo lo concerniente a detalles, montaje, entrenamiento, asistencia, puesta en marcha del negocio, para obtener el mismo y exitoso resultado. En este contrato se formulará punto por punto todo lo concerniente a los elementos para transferir, como maquinaria, instrumentos, etc., así también todo lo atinente al método operativo del negocio.

El franquiciado. El contrato de franquicia es *intuitu personae*, o sea, se tendrán en cuenta en forma específica las cualidades personales del franquiciado.

Zona de exclusividad. El franquiciante otorga al franquiciado exclusividad en un territorio. Contraprestación. Las sumas que debe abonar el franquiciado se han denominado regalías. Hay que las modalidades de retribución por parte

del franquiciado. Usualmente se requiere una suma de dinero por el ingreso y luego en forma periódica, según lo establecido contractualmente.⁷

La franquicia en el proyecto de unificación del Código Civil Argentino

Si bien hasta aquí se han dado a conocer los aspectos más relevantes para tener en cuenta dentro de lo que es el Contrato de Franquicia, habiéndose realizado un breve extracto de lo que este contrato es en sí, estamos en condiciones de cotejar lo que se pretende incorporar con respecto a este tema en el nuevo código civil.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que si bien no está legislado, no significa que no tenga normas que seguir; a pesar de ser considerado un contrato atípico contiene una tipicidad social⁸ debido a la frecuencia de su uso; pero podríamos decir que lo substancial aquí es que la franquicia será tipificada, es decir, el nuevo código civil la tendrá prevista en su articulado, diferencia primordial con lo que se aplica en la actualidad.

Dicha regulación se incorporaría en el Libro Tercero llamado “Derechos Personales”, Título IV “Contratos en particular”, capítulo 19 “Franquicia”, y comprenderá del artículo 1512 al 1524.

El Art. 1512 establece una conceptualización del contrato, o sea, determina de manera clara lo que es en sí esta modalidad. La definición del contrato es descriptiva y permite tener una buena primera noción de él. Este artículo señala que hay *“Franquicia comercial cuando una parte, denominada franquiciante, otorga a otra, llamada franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determina-*

⁷ Mascheroni Lemes, J. (2002) www.gestiopolis.com.

⁸ Cosentino, Víctor Sergio y López Raffo, Francisco M. en Tratado de Derecho Comercial, bajo la dirección de Ernesto E. Martorell, Contratos Comerciales Modernos, Buenos Aires 2010, tomo IV, págs. 437 y ss.; Lorenzetti, Ricardo L., Tratado de los Contratos, Rubinzal-Culzoni, tomo 1, pág. 665; Etcheverry, Raúl A. Contratos, parte especial, Astrea, t. 1, pág. 389; Marzorati, Osvaldo J. “Derecho de los negocios internacionales”, Buenos Aires, Astrea, 3ra. ed. actualizada y ampliada, 2003, 2, págs. 91 y ss.), citado por Polotto, E. y Henríquez, C. Universidad Católica Argentina. Análisis del Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial 2012. Bs. As. “Franquicia” Pág. 455 y ss. Consultado el 17-01-14. <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/analisis-proyecto-nuevo-codigo-civil.pdf>.

dos 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”.

Si bien para este autor tiene algunas deficiencias este concepto, de igual manera permitirá construir un conocimiento aproximado que permitirá al operador jurídico establecer los alcances del contrato en cuestión.⁹

En el proyecto se exige que el franquiciante sea el titular exclusivo del conjunto de derechos intelectuales, marcas patentes y demás, lo que parecería exagerado y riguroso en la actualidad, pero, en el 2.º párr. del Art. 1512 “*in fine*” reza “*o en su caso tener derecho a su utilización y transmisión*”, lo que devendría más oportuno en nuestros tiempos, porque flexibilizaría esa rigidez mencionada.¹⁰

Con respecto al plazo de duración del contrato de franquicia, el Art. 1512, *in fine*, señala que no puede ser inferior a dos años, pero asimismo el Art. 1516, nos remite al Art. 1506 (Régimen del Contrato de Concesión), primer párrafo, que dice: “*El plazo del contrato de concesión no puede ser inferior a cuatro años. Pactado un plazo menor o si el tiempo es indeterminado, se entiende convenido por cuatro años*”.

Por lo tanto, resultan aconsejables plazos de cuatro a cinco años, para así recuperar el costo de la inversión; los plazos mínimos de cuatro o cinco años se han previsto en protección del franquiciado y no pueden ser dejados sin efecto por las partes.

Pero a pesar de ello, se puede pactar un plazo menor en escenarios especiales como ferias, congresos, actividades desarrolladas en lapsos inferiores o similares (Art. 1516).

Aunque no lo dice el nuevo texto, se colige que podrá estipularse un plazo menor cuando la actividad así lo exija.

⁹ Molina Sandoval C. El Contrato de Franquicia en el Proyecto del Código Civil Argentino. Publicado en la Ley, ejemplar del 22 de noviembre de 2012, p. 1/4.

¹⁰ Universidad Católica Argentina. Análisis del Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial 2012. Bs. As.

Polotto, E. y Henríquez, C. “Franquicia”. Pág. 455 y ss. Consultado el 17-01-14.

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/analisis-proyecto-nuevo-codigo-civil.pdf>.

Con relación al vencimiento del plazo, se prevé una prórroga tácita de un año, con treinta días corridos de preaviso; si no obrare denuncia por alguna de las partes, también está prevista una segunda renovación, que lo transformará en un contrato de plazo indeterminado.

Se han querido incorporar definiciones legales, a través del Art. 1513, que establece una serie de clasificaciones para determinar el contrato de franquicia, como la mayorista, la de desarrollo y la de sistema de negocios.¹¹ Del proyecto surge que en la franquicia de desarrollo (Art. 1513, inc. b) se permite que los negocios que se lleven a cabo por el llamado desarrollador “*dependen o están controlados, en caso de que se constituyan como sociedades, por el desarrollador*” [sic]. Vale decir: la propia regulación proyectada no es clara cuando permite que el desarrollador pueda “controlar” (en sentido societario) subfranquicias, pero por otro lado lo prohíbe expresamente.¹²

Con respecto a las obligaciones del franquiciante, el Art. 1514 nos determina una serie de exigencias que cumplir por parte de este, como proporcionar información sobre la evolución de ese tipo de franquicia, comunicar los conocimientos técnicos, entregar un manual de operaciones, proveer asistencia técnica; si la

¹¹ Art. 1513: Definiciones. A los fines de la interpretación del contrato se entiende que a) franquicia mayorista es aquella en virtud de la cual el franquiciante otorga a una persona física o jurídica un territorio o ámbito de actuación nacional o regional o provincial con derecho de nombrar subfranquiados, el uso de sus marcas y sistema de franquicias bajo contraprestaciones específicas; b) franquicia de desarrollo es aquella en virtud de la cual el franquiciante otorga a un franquiciado denominado desarrollador el derecho a abrir múltiples negocios franquiciados bajo el sistema, método y marca del franquiciante en una región o en el país durante un término prolongado no menor a CINCO (5) años, y en el que todos los locales o negocios que se abren dependen o están controlados, en caso de que se constituyan como sociedades, por el desarrollador, sin que éste tenga el derecho de ceder su posición como tal o subfranquiciar, sin el consentimiento del franquiciante; c) sistema de negocios: es el conjunto de conocimientos prácticos y la experiencia acumulada por el franquiciante, no patentado, que ha sido debidamente probado, secreto, sustancial y transmisible. Es secreto cuando en su conjunto o la configuración de sus componentes no es generalmente conocida o fácilmente accesible. Es sustancial cuando la información que contiene es relevante para la venta o prestación de servicios y permite al franquiciado prestar sus servicios o vender los productos conforme con el sistema de negocios. Es transmisible cuando su descripción es suficiente para permitir al franquiciado desarrollar su negocio de conformidad a las pautas creadas o desarrolladas por el franquiciante.

¹² Molína Sandoval C. El Contrato de Franquicia en el Proyecto del Código Civil Argentino. Publicado en la Ley, ejemplar del 22 de noviembre de 2012, p. 1/4.

franquicia comprende provisiones de bienes o servicios se deberá asegurarlas, defender y proteger el uso por el franquiciado, entre otras obligaciones.

El Art. 1515 del proyecto nos hace referencia a las obligaciones del franquiciado, que consistirían en desarrollar de manera efectiva la actividad, cumplir con el manual de operaciones, proporcionar la información que le requiera el franquiciante para el conocimiento del desarrollo del negocio, abstenerse de actos que pongan en peligro la identificación o prestigio de la franquicia, mantener la confidencialidad de la información caracterizada como reservada (esta obligación subsiste luego de expirado el contrato) y, por último, cumplir con las contraprestaciones comprometidas.

En referencia a las cláusulas de exclusividad, el Art. 1517 prevé la exclusividad para ambas partes, tanto en lo relativo al territorio como a la actividad o ramo de los negocios, con posibilidades de limitarla o excluirla por acuerdo de las partes.

El Art. 1518 establece otras cláusulas aplicables, excepto pacto en contrario, entre las que cabe mencionar, por ejemplo, que el franquiciado no podrá ceder su posición contractual ni los derechos que emergen del contrato. Se establecen también las cláusulas nulas, como por ejemplo que no serán válidas aquellas que prohíban al franquiciado cuestionar justificadamente los derechos del franquiciante del Art. 1512 previsto en el Art. 1519. En tanto, el artículo 1520 reza que las partes son independientes, pues no existe relación laboral entre ellas, y como resultado, se establece que salvo disposición legal expresa en contrario el franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado. El Art. 1521 trata sobre la responsabilidad del franquiciante por los defectos de diseño de sistema que causen daños al franquiciado, siempre que este haya actuado sin negligencia o dolo. En el Art. 1522 se determina cómo será la extinción del contrato, y las reglas que lo rigen. Al respecto cabe destacar que en el inc. a) de la citada norma se establece la extinción por muerte o incapacidad de las partes, lo que merece una crítica en la práctica empresarial actual, toda vez que en estos contratos, la persona individual resulta irrelevante dada la naturaleza empresarial de estas modalidades contractuales.¹³ Con relación al

¹³ ART. 1522. Extinción del contrato. La extinción del contrato de franquicia se rige por las siguientes reglas: a) el contrato se extingue por la muerte o incapacidad de cualquiera de las partes; b) el contrato no puede ser extinguido sin justa causa dentro del plazo de su vigencia original, pactado entre las partes. Se aplican los artículos 1084 y siguientes; c) los contratos con un plazo menor de TRES (3) años justificado por razones especiales según el artículo 1516,

Derecho de la competencia el Art. 1523, establece que no debe ser considerado un pacto que limite, restrinja o la distorsione, y finalmente el Art. 1524 es una norma general, que extiende su aplicación a otros contratos compatibles.¹⁴

Conclusiones

El contrato de franquicia es, sin dudar, un instrumento esencial para que los empresarios lleguen a la expansión y el triunfo deseado; a través de este tipo contractual se adquieren un reconocimiento inmediato, debido a que las redes a las que se adhieren están inmersa en el mercado, las que son claramente reconocidas, admitidas y recomendadas por el público consumidor, como por ejemplo *McDonald's*, *Coca Cola*, etc.

Pero no es menos cierto que no tener legislación en nuestro país produce ciertas dudas al utilizarlo; es por ello que con la incorporación del contrato de franquicia en el proyecto de unificación se promueve la seguridad jurídica teniendo en cuenta la legislación internacional, las prácticas y antecedentes de esta modalidad contractual.

Se destaca que este proyecto fue basado en el de 1998, con algunas modificaciones que se adaptan a las normativas existentes. Las definiciones siguen el modelo de Unidroit.

Teniendo presente todo lo expuesto en este trabajo, podemos decir que en muchos aspectos este proyecto es muy conveniente, al darnos un concepto de franquicia en el Art. 1512, pese a algunas falencias, como se ha planteado

quedan extinguidos de pleno derecho al vencimiento del plazo; d) cualquiera sea el plazo de vigencia del contrato, la parte que desea concluirlo a la expiración del plazo original o de cualquiera de sus prórrogas, debe preavisar a la otra con una anticipación no menor de UN (1) mes por cada año de duración, hasta un máximo de SEIS (6) meses, contados desde su inicio hasta el vencimiento del plazo pertinente. En los contratos que se pactan por tiempo indeterminado, el preaviso debe darse de manera que la rescisión se produzca, cuando menos, al cumplirse el tercer año desde su concertación. En ningún caso se requiere invocación de justa causa. La falta de preaviso hace aplicable el artículo 1493. La cláusula que impide la competencia del franquiciado con la comercialización de productos o servicios propios o de terceros después de extinguido el contrato por cualquier causa, es válida hasta el plazo máximo de UN (1) año y dentro de un territorio razonable habida cuenta de las circunstancias.

¹⁴ http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo13/files/Proyecto_de_Codigo_Civil_y_Comercial_-_Junio_2012-.pdf

precedentemente. Sin embargo, dicho concepto resulta provechoso en el momento de su utilización como contrato, pues esclarece algunas cuestiones dudosas al respecto. También es dable destacar lo referente a la clara mención de cada una de las obligaciones tanto del franquiciante como del franquiciado en los Art. 1513 y 1514, en esa concepción nos revela plenamente qué se espera de cada una de las partes. Asimismo, el tiempo de duración del contrato trae aparejada una que otra crítica, con referencia a lo expresado en los Arts. 1512 *in fine*, 1516 y 1506, pero con una mirada más abierta podemos entender claramente lo allí mencionado, y que se debe tener en cuenta que los mínimos en la duración del contrato se estipulan siempre a favor del franquiciado.

Asimismo, se hace referencia a la independencia de las partes, tema que considerar de manera primordial con respecto a las obligaciones del franquiciado con sus trabajadores y lo establecido en las leyes vigentes de nuestro país, que desvincularían al franquiciante de toda responsabilidad, pues la franquicia no es una cesión del franquiciante al franquiciado de un establecimiento habilitado a su nombre. Lo que en realidad se cede es el “*uso de la marca, de un nombre o de un emblema representativo de un producto o servicios, o ciertas técnicas o métodos estandarizados de comercializar ese producto o servicio*”, no el establecimiento.¹⁵

Así llegamos a la conclusión de que es una forma de contrato muy beneficioso siempre y cuando en el momento de su regulación no se descuide tener presente el tratamiento que tiene esta modalidad contractual a nivel internacional, pues de allí devienen las grandes cadenas empresariales que acuden a la utilización de este tipo de contrato.

Bibliografía

BESCÓS TORRES, M. “La franquicia internacional la opción empresarial de los años 90”. Editorial Extecom, SA, Madrid (1989).

ETCHEVERRY, R. Derecho Comercial y Económico: Contratos Parte Especial. Editorial Astrea (1995).

¹⁵ Molina Sandoval C. El Contrato de Franquicia en el Proyecto del Código Civil Argentino. Publicado en la Ley, ejemplar del 22 de noviembre de 2012, p. 1/4.

VÍTOLO D. Contratos Comerciales, Buenos Aires (1994).

MARZORATI, O. Derecho de los Negocios Internacionales. 2.ª Edición. ED. Astrea (1997).

MOLINA SANDOVAL C. El Contrato de Franquicia en el Proyecto del Código Civil Argentino. Publicado en la Ley, ejemplar del 22 de noviembre de 2012, p. 1/4.

Páginas de Internet

Universidad Católica Argentina. Análisis del Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial 2012. Bs. As. “Franquicia” <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/analisisproyectonuevocodigocivil.pdf>

<http://www.psi.unc.edu.ar/derecho/njrj/revistano1/derechoprivado/contratodefranquiciaconceptualizacionantecedenteslegislacionenelproyectedelnuevocodigorepercusionenlaactualidadyfranquiciaanivelmundial>

Cuervo L. Las Tesinas de Belgrano “Contrato de Franquicia”. (2005) www.ub.edu.ar.

Mascheroni Lemes, J. (2002) www.gestiopolis.com

http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo13/files/Proyecto_de_Codigo_Civil_y_Comercial_Junio_2012.pdf.