

Reflexiones en torno a la tipificación del contrato de franquicia en el Proyecto de Reformas al Código Civil de 1998

Sandra A. FRUSTAGLI¹

El comercio tradicional estructurado en función del simple intercambio de mercancías ha sido escenario, en las últimas décadas, de profundas transformaciones determinantes de la superación de los clásicos esquemas de cambio por sistemas de distribución más complejos, basados en la colaboración entre empresarios-productores y empresarios-comercializadores. Esa colaboración que se establece por vía convencional con la finalidad de canalizar en el mercado la producción de bienes y servicios, supone, por otro lado, división -entre los contratantes- de las funciones comerciales y de los riesgos económicos-financieros que comporta la actividad distributiva. Diversos son los tipos **contractuales** que responden a esta idea de cooperación dirigida a optimizar y alcanzar niveles eficientes de comercialización. Genéricamente, se engloban bajo la denominación de “contratos de colaboración empresarial”, pero en razón de la multivocidad de esa expresión algunos autores prefieren recurrir a otras designaciones, como por ejemplo contratos de distribución².

Hoy en día, estos sistemas se han extendido de manera significativa en la praxis negocial, entre otras razones, por la posibilidad que proporcionan a los fabricantes de expandirse y penetrar en nuevos mercados a partir de la cooperación de empresarios independientes, que llevan adelante la actividad distributiva con sus propias estructuras comerciales y asumen **en definitiva** los riesgos de tal emprendimiento.

En ese marco que acabamos de describir, se ubica el contrato de franquicia, figura que en el estadio actual de nuestro derecho positivo constituye un contrato atípico, sin perjuicio de la tipicidad social que se ha ido perfilando por la reiterada práctica comercial, los aportes doctrinales y jurisprudenciales. La situación podría modificarse de sancionarse el Proyecto de Reformas al Código Civil de 1998 puesto que el capítulo XVIII prevé su regulación. A nuestro juicio, la decisión de conferir un marco normativo a este negocio resulta acer-

¹ Investigadora del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario

tada. El grado de desarrollo y difusión que el mismo ha alcanzado, la importancia económica que -en numerosas ocasiones- poseen, y la reiteración de algunos conflictos entre las partes de estos contratos generados -muchas veces- a causa de la subordinación económica que la figura implica, nos parecen razones suficientes para justificar la regulación de la franquicia, en especial si se realiza a través de pautas generales que atiendan a los grandes problemas suscitados por la figura.

En el presente trabajo, formularemos algunas consideraciones en relación a los elementos tipificantes del contrato de franquicia a la luz de las disposiciones legales proyectadas, partiendo fundamentalmente de la definición legal³. No obstante, aunque no nos detengamos en su análisis, merece destacarse la relevancia que poseen otros temas reglamentados tales como las obligaciones de las partes (en particular, la obligación de información previa al contrato impuesta al franquiciante de neto corte tuitivo para el franquiciado), la sanción de invalidez prevista para ciertas cláusulas y el establecimiento de un plazo mínimo de duración del contrato.

La noción de franquicia y sus elementos tipificantes

El artículo 1392 del Proyecto de Reformas al Código Civil define al contrato de franquicia como aquel en virtud del cual, "*el franquiciante otorga al franquiciado el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial o la marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos (know how) y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta del franquiciado.*"

La línea seguida por el Proyecto concuerda con la concepción de franquicia admitida en el ámbito jurídico europeo, y se corresponde con la idea norteamericana del *franchise format business*. Este constituye un tipo estructural básico en el cual caben las diversas variantes negociales existentes en la realidad (franquicias de distribución, de servicios, subfranquicias, etc.), se caracteriza por la integración de funciones comerciales entre franquiciador y franquiciado, y el control y asistencia técnicos suficientes como para originar una comunidad de intereses entre las partes⁴. Si bien el texto proyectado adopta un tipo estructural mínimo, tal como está formulada la definición debe entenderse que solo están comprendidas en la noción las franquicias de distribución y de servicios, excluyéndose a las franquicias industriales⁵. Esta interpretación se ve reafirmada con la lectura del art. 1403 donde se dispone que "*Las disposiciones de este Capítulo se aplican, en cuanto sean compatibles a las franquicias industriales...*"

Asimismo, se advierten notables semejanzas entre el texto del Proyecto y la definición de franquicia adoptada por el Reglamento N° 4087/88 de la

Comisión de la C.E.E (relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicias). El art. 1º, apartado 3 b), de dicho cuerpo legal expresa que, a los fines de la aplicación del reglamento, se entenderá por "*acuerdo de franquicia, el contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a la otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios y que comprende por lo menos:*

-el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato,

-la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un know-how,

y

*-la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo;"*⁶

En la definición proyectada, destacan como elementos constitutivos del tipo contractual los siguientes:

1) El derecho del franquiciado a utilizar un sistema probado de comercialización de determinados bienes o servicios, bajo el nombre comercial o la marca del franquiciante;

2) Suministro al franquiciado de los conocimientos técnicos (know-how o savoir faire) necesarios para la explotación del sistema de comercialización;

3) Prestación al franquiciado de asistencia técnica o comercial permanente;

4) Obligación del franquiciado de satisfacer una contraprestación directa o indirecta.

Esas prestaciones enunciadas, asumidas por el franquiciante, conforman parte de la estructura del contrato de franquicia, pero debe observarse que el sistema de comercialización sobre el cual recae el negocio comporta en sí mismo importantes poderes de control y dirección comercial del franquiciante, e implica a su vez una unidad económica de acción. Si bien la definición no refiere de manera explícita a esos componentes, entendemos que también constituirán elementos tipificantes del contrato pues están ligados estrechamente con la finalidad común de optimización del sistema objeto del negocio de comercialización en su conjunto⁷, y además, porque pueden considerarse implicados en la obligación de asistencia técnica y comercial del franquiciante.

Por su parte, reviste suma trascendencia la previsión explícita relativa a que la franquicia se vincule con un *sistema probado* bajo un nombre comercial o marca del franquiciante. Esa exigencia, además de tutelar los intereses del franquiciado, se corresponde con la razón económica del contrato en tanto negocio cuya finalidad reside en integrar funciones como fórmula de optimización de un sistema de producción o comercialización⁸. Por consiguiente, resulta ra-

zponible exigir que el sistema objeto de franquicia haya sido experimentado o comprobado, en el sentido que posea en el tráfico económico un grado de experiencia suficiente para dar credibilidad a su eficacia como fórmula de comercialización de bienes o servicios. Pero a su vez, en nuestra opinión, ese requisito guarda conexión con la obligación precontractual del franquiciante de suministrar información sobre el funcionamiento económico-financiero de unidades que componen la red de franquicias, contenida en el artículo 1393, inc. a), en la medida que contribuye a demostrar la eficiencia del sistema, y al margen de otras repercusiones que tal deber comporte.

En relación con las obligaciones del franquiciado, la definición transcrita solo hace referencia a una contraprestación principal asumida por éste como componente estructural del tipo contractual, limitándose a indicar en este sentido que puede ser una prestación directa o indirecta sin individualizar un tipo específico de prestación. Si bien la amplitud del texto sugiere la concepción de un tipo contractual dotado de cierta flexibilidad en lo atinente a este elemento, en la práctica comercial la obligación asumida por el franquiciado consiste en el pago de un precio inicial, y/o un porcentaje sobre el volumen de ventas⁹, es decir, se trata de una contraprestación dinerario.

En lo referente a la *exclusividad*, tema que es objeto de divergencias doctrinales cuando se intenta determinar si hace o no a la esencia del negocio¹⁰, el Proyecto se orienta en favor de consagrar la exclusividad de la franquicia en el artículo 1396. Adviértase que la norma se refiere solamente a la *exclusiva territorial*, no plantea la cuestión de la *exclusiva de suministro*¹¹. Además, lejos de reconocer a las cláusulas de exclusiva carácter de elemento estructural del tipo entiende que las mismas constituyen un elemento natural del negocio, puesto que autoriza a la partes a limitar, o bien, a suprimir la exclusividad¹². El principio establecido parece razonable si se atiende a la necesidad de mantener la base sinalagmática del contrato, puesto que en definitiva la exclusiva territorial tiende a asegurar al contrato una base económica, de hecho si otra persona comercializa el mismo producto o servicio en el territorio del franquiciado podría verse alterado el sustrato económico que posibilita la amortización de inversiones y los pagos de la franquicia¹³.

Un aspecto más que -en nuestra opinión- completa la caracterización del tipo contractual proyectado para la franquicia, es el relativo a la *independencia de la partes*. Tanto en el derecho comparado como en el derecho nacional, doctrina y jurisprudencia han sostenido la independencia jurídica de las partes del contrato de franquicia, presentándose el franquiciante como un empresario independiente que asume los costos y riesgos de la comercialización; sin embargo, debe quedar en claro que aceptado que estos contratos constituyen una técnica de integración empresarial, se manifiesta en los hechos una fuerte subordinación económica a las respectivas empresas productoras de bienes o

servicios¹⁴ capaz de repercutir en la responsabilidad del franquiciante .

Sobre la cuestión expresa, el artículo 1399 del Proyecto, lo siguiente:

“Las partes del contrato son independientes. En consecuencia:

a) El franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado, salvo disposición legal.

b) Los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica con el franquiciante.

c) El franquiciante no responde ante el franquiciado por la rentabilidad del sistema otorgado en franquicia.

No obstante, el franquiciante responde por defectos de diseño del sistema.

El franquiciado debe indicar claramente su calidad de persona independiente en sus facturas, contratos y demás documentos comerciales; esta obligación no debe interferir en la identidad común de la red franquiciada, en particular en sus nombres o rótulos comunes y en la presentación uniforme de sus locales, mercaderías o medios de transporte”.

Dos observaciones debemos formular sobre esta cuestión. En primer lugar, pensamos que la independencia jurídica de las partes del contrato de franquicia, consagrada en el texto transcrito, en modo alguno podrá conducir a interpretaciones que vayan en contra de la responsabilidad del franquiciante frente a los terceros consumidores, en razón de que ésta emana de la norma contenida en el artículo 40 de la Ley 24.240. En segundo término, creemos que el fenómeno de la conexión negocial, que ha sido estudiado por la doctrina y es reconocido en alguna disposición del mismo Proyecto (art. 1030)¹⁵, también podrá actuar para acotar -en cierta forma- la independencia jurídica que en la norma se intenta consagrar, sirviendo de fundamento a la posible extensión de responsabilidad del franquiciado al franquiciante¹⁶.

Finalmente, el último elemento que entendemos se introduce como constitutivo del tipo negocial de la franquicia es el *plazo*. Aunque debemos advertir que el tema no está ordenado en el Proyecto con total claridad. En efecto, se observa por un lado que el artículo 1395 remite al plazo mínimo de cuatro años establecido para el contrato de concesión, autorizando la celebración por un período menor en situaciones especiales como ferias, congresos, etc. que justifiquen una duración inferior. La lectura de esta norma parece indicar que la intención del legislador ha sido disponer un plazo mínimo al contrato; sin embargo, cuando en el artículo 1400 se reglamenta la extinción del contrato, se dispone en el inciso d) que, *“En los contratos en que se haya pactado duración indeterminada el preaviso debe darse de manera que la rescisión se produzca, cuando menos, al cumplirse el tercer año desde su concertación.”*. La contradicción entre ambas disposiciones es evidente, pero no insuperable. Entendemos que de la interpretación de sendas normas puede concluirse la exis-

tencia de un plazo mínimo de duración del contrato aunque no necesariamente serán cuatro años. Es decir, si las partes expresamente acuerdan un plazo no podrá ser inferior a cuatro años (salvo las excepciones previstas), pero de celebrarse el contrato por tiempo indeterminado, opera también un plazo mínimo que no será de cuatro años sino de tres, atendiendo a la circunstancia que la renuncia no podrá producir sus efectos sino al cumplirse dicho término. Quizás fuese conveniente que el tema se regulase con mayor prolijidad.

- 2 También suele usarse la denominación de “contratos de comercialización”, para ello p. v. FARINA, *Contratos comerciales modernos*, Ed. Astrea, Bs. As., 1993, p. 379 y ss.; MOSSET ITURRASPE, *Contratos de colaboración empresarial*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 3, Contratos Modernos, Ed. Rubinzal Culzoni, 1993, p. 7 y ss., RIVERA, *Cuestiones vinculadas a los contratos de distribución*, en idem, p. 149 y ss.
- 3 La delimitación de los elementos estructurales posibilita la distinción con contratos semejantes como por ejemplo la licencia de marcas. En este sentido, la diferencia más patente reside en que mientras este último queda circunscripto a autorizar el uso de la marca, la franquicia se extiende más allá del uso de la marca abarcando también un método o sistema de manejo gerencial y de comercialización desarrollado por el franquiciante, lo cual lleva implícito un control de gestión de la actividad del franquiciado; puede consultarse al respecto MARZORATI, “Sistemas modernos de distribución comercial”, en R.D.C.O, 1986, p. 345.
- 4 ECHEBARRÍA SÁENZ, *El contrato de franquicia*, Mc Graw Hill, Madrid, 1995, pp. 31 y ss. y p. 78.
- 5 Sobre su caracterización p. v. GALLEGO SANCHEZ, *La Franquicia*, Ed. Trivium S.A., Madrid, 1991, pp. 41 y ss.; ECHEBARRÍA SÁENZ, *El contrato de franquicia*, cit., pp. 52 y ss.
- 6 Esa definición debe entenderse conjuntamente con el apartado 3. a), de la misma disposición, donde se define a la “franquicia”, como “conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, know-how o patentes, que deberán explotarse para la reventa de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales”.
- 7 ECHEBARRÍA SÁENZ, *El contrato de franquicia*, pp. 196 y ss., y 580 y ss.
- 8 Idem, pp. 582.
- 9 MARZORATI, “Sistemas modernos de distribución comercial”, cit., pp. 340 y ss.; FARINA, *Contratos comerciales modernos*, cit., p. 450.
- 10 ECHEBARRÍA SÁENZ, *El contrato de franquicia*, cit., pp. 97 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Aproximaciones al «franchising». Especial referencia al régimen de responsabilidad civil*, en *Responsabilidad por daños (homenaje a Bustamante Alsina)*, T. II, p. 298.
- 11 En lo referente a la exclusiva de suministro, la falta de previsión del tema no es relevante. Primero porque desde que ella no existe en todos los tipos de franquicia (como ocurre por ejemplo en las franquicias de servicios) no puede constituirse en elemento configurante del tipo, y en segundo lugar porque en aquellos tipos de franquicia en que la exclusiva de suministro reviste trascendencia para garantizar el objeto de integración comercial perseguido por el sistema de franquicia, la exclusiva será una norma que habitualmente las partes se ocupen de incorporar.
- 12 ARTICULO 1396.- Cláusulas de exclusividad. Las franquicias son exclusivas para ambas partes. El franquiciante no puede autorizar o conceder otra unidad de franquicia en el mismo territorio o, en su defecto, en la zona de influencia de la franquicia otorgada; el franquiciado debe desempeñarse en los locales indicados, dentro del territorio concedido o, en su defecto, en

su zona de influencia, y no puede operar por sí o por interpósita persona unidades de franquicia o actividades que sean competitivas. Las partes pueden limitar o excluir la exclusividad.

13 La problemática planteada por la cuestión de la exclusividad ha llevado a algunas asociaciones a adoptar previsiones sobre el tema, así por ejemplo ocurre con el Reglamento de 1995, de la Asociación Italiana de Franchising, que forma parte del Código Deontológico de la misma. Para ello p. v. DI LIDDO, "Il nuovo regolamento dell' Associazione Italiana del Franchising: autodisciplina de integrezione del contratto", en revista *I Contratti*, nº 1/1995, pp. 86 y ss.

14 P. v., entre otros, GALLEGO SANCHEZ, Esperanza, *La Franquicia*, Ed. Trivium S.A., Madrid, 1991, p. 28 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *Aproximaciones al «franchising»*, cit., p. 285 y ss.; MARZORATI, Osvaldo, *Sistemas de distribución comercial*, Ed. Astrea, Bs. As., 1990.

15 El uso por las empresas del contrato de franquicia lleva a crear redes de distribución de productos. Estas, son organizadas y dirigidas por el franquiciante a partir de la celebración de múltiples convenios bilaterales con distintos comerciantes independientes. Todos esos contratos se concluyen en función de la consecución de un interés común: la distribución en el mercado de bienes y servicios. En definitiva, es ese objetivo económico global que informa a los distintos contratos celebrados para la constitución de la red -y que es tomado en consideración por las partes- el que origina entre ellos una especial vinculación determinante de su interdependencia, y permite subsumirlos en la categoría de contratos conexos; v. nuestro trabajo "Acerca de la conexidad y sus proyecciones en los sistemas modernos de distribución comercial", en revista *Trabajos del Centro*, Nº 2, Rosario, 1997, pp. 43 y ss.

El tema de la conexidad ha sido abordado por la doctrina desde hace unos años, entre otros trabajos puede consultarse: TEYSSIE, B, *Les groupes de contrats*, L.G.D.J., París, 1975; LOPEZ FRIAS, *Los contratos conexos*, Bosch, Barcelona, 1994; LELOUP, "La création des contrats par la pratique commerciale", en *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Presses Universitaires de France, París, 1986. En nuestro país p. v. WEINGARTEN, "Los contratos conexados y la ley del consumidor", en *Jurisprudencia Argentina*, semanario del 8/5/96, pág. 8; LORENZETTI, "¿Cuál es el cemento que une las redes de consumidores, de distribuidores, o de paquetes de negocios?", en *La Ley*, suplemento del 15/11/95, p. 65; GERSCOVICH y SALVATORE, "Sistemas de distribución comercial, contratos conexos y responsabilidad del concedente", en *Jurisprudencia Argentina*, semanario del 6/3/96, p. 28; un planteo más general del tema lo efectúan TOBIAS y DE LORENZO, "Complejo de negocios unidos por un nexo (El ligamen negocial)", en *La Ley*, diario del 11/09/96, p. 1 y ss.; asimismo pueden verse en la revista *Trabajos del Centro*, Nº 2, las diversas comunicaciones presentadas al Seminario sobre Negocios Jurídicos Conexos.

16 Resultan interesantes en este aspecto las conclusiones de la Comisión Nº 3 de las XVII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, donde se debatió el tema de los contratos conexos. En torno a la responsabilidad se sostuvo que: "(3)-Efectos frente a los terceros :

- Es aplicable el artículo 40 de la ley 24240 a las relaciones derivadas de contratos conexos.
- También resultan aplicables en las relaciones frente a terceros no consumidores la responsabilidad por el hecho de dependientes, a través de una interpretación laxa; responsabilidad por control sobre la prestación, y responsabilidad por la apariencia.
- En el ámbito contractual puede basarse en la existencia de un vínculo asociativo entre las partes, en el contrato a favor de terceros, y en la estructura del vínculo obligatorio."