



## EL CONTRATO DE FRANQUICIA

### Algunos Aspectos Esenciales y/o Problemáticos

Raquel Núñez García

1. Definición de Contrato. 2. Definición de Contrato de Franquicia. 3. Oralidad y Escritura. 4. Preacuerdos y Cartas de Intención. 5. Legislación Aplicable en Venezuela en materia de Franquicias. 6. Límites al control que debe tener el Franquiciante sobre el Franquiciado. 7. Uso del Arbitraje para Dirimir las Controversias. 8. Bibliografía consultada.

#### 1. Definición de Contrato:

Se entiende por contrato el acuerdo mediante el cual nacen obligaciones para una parte. En el caso específico que nos ocupa, el contrato de franquicia, estamos en presencia de un contrato bilateral, es decir, que hay un acuerdo de voluntades del cual nacen obligaciones y derechos para cada una de las partes involucradas.

#### 2. Definición de Contrato de Franquicia:

Existen muchas definiciones de Contrato de Franquicia, por lo que no existe un concepto uniforme ni siquiera en el sistema legal de Estados Unidos.

La ley del Estado de California de los Estados Unidos de Norteamérica que define la franquicia como el "Contrato expreso entre dos o más personas en virtud del cual una persona es autorizada o le es concedido:

- a. el derecho de vender o distribuir bienes o servicios bajo un plan de comercialización o sistema prescrito en lo sustancial por el otorgante.
- b. La operación del negocio del Franquiciado está básicamente asociado con una marca de comercio o nombre comercial o una marca de servicio, logotipo, publicidad u otro símbolo comercial, designado al otorgante o a su afiliada; y
- c. El Franquiciado debe pagar un derecho de franquicia directa o indirectamente."

El sistema norteamericano ha seguido dos corrientes importantes, ambas coinciden en dos elementos, el uso de los signos distintivos y el pago de un derecho de franquicia (franchise fee), difieren en que mientras la corriente californiana fija su atención en el literal a, referente a la configuración de la empresa, la otra lo hace en la existencia de una comunidad de intereses entre Franquiciante y Franquiciado. Actualmente, la jurisprudencia norteamericana se inclina por la corriente californiana.

### **3. Oralidad y Escritura:**

La mayoría de las definiciones sobre el contrato de franquicia coinciden en señalar los elementos básicos del contrato y algunos autores expresamente señalan que debe tratarse de un contrato por escrito.

En principio, la mayoría de la doctrina (opinión de los autores) está de acuerdo en que el contrato de franquicia puede celebrarse verbalmente, es decir, que no requiere que se realice o que conste por escrito para que se perfeccione y en consecuencia, todas sus obligaciones sean perfectamente exigibles.

Sin querer a entrar a profundizar sobre la validez o no del contrato verbal de franquicia, la práctica ha demostrado que:

1. Por ser el contrato de franquicia un cúmulo de contratos (distribución, licencia de marcas, etc.);
2. Por tratarse de un contrato de adhesión o normalizado;
3. Por la complejidad de las relaciones que de él se desprenden;
4. Por las licencias de uso de marcas que se otorgan mediante la franquicia;
5. Por la información confidencial que se maneja con ocasión al contrato;
6. A efectos probatorios;

Resulta de vital importancia para ambas partes, FRANQUICIADO y FRANQUICIANTE, recordar SIEMPRE, que su mayor seguridad es celebrar el contrato por ESCRITO y que en todos los casos (independientemente de las relaciones que existan, sean familiares, de amistad, societarias o cualquier otra naturaleza que genere algún tipo de confianza entre las partes), debe procederse a la firma del contrato:

- a. ANTES de proporcionar los manuales y la información confidencial;
- b. ANTES de proporcionar los equipos (si estos están protegidos por la marca del Franquiciante);
- c. ANTES del inicio de cualquier tipo de operación de la franquicia.

Aunque pueda resultar trivial o evidente, que las partes deben celebrar el contrato POR ESCRITO previo al inicio de la operación de la franquicia, la práctica nos ha demostrado que en muchas ocasiones, fundamentados en relaciones de confianza o bien en acuerdos previos, la firma del contrato de franquicia en sí no se logra y se inicia la operación sin este valioso instrumento.

CASO 1: En un caso reciente, y que se encuentra en discusión ante los tribunales, el Franquiciante fundamentado en una relación de confianza con X, permitió el inicio de la operación a X. Por varios meses se discutieron las cláusulas del contrato de franquicia, durante los cuales X cumplió cabalmente con las obligaciones. Ahora bien, un día X le comunicó al Franquiciante que no estaba de acuerdo con las cláusulas del contrato y por tanto que no lo iba a firmar. En este momento X había cambiado la imagen del negocio, así como había comunicado a terceros que operaría bajo otra denominación, dejando incluso deudas pendientes de pago al Franquiciante.

Como se observa, quizás X entró al negocio con buenas intenciones, pero en el desarrollo u operación de la franquicia, cambió su percepción del mismo y decidió aprovecharse del know how, entrenamiento, capacitación y contactos que había obtenido durante la operación.

En este caso, el contrato no se firmó, la mejor prueba de la existencia del contrato de franquicia, que es el mismo contrato NO EXISTE. De allí la necesidad de ubicar otros elementos probatorios que evidencien la relación, para poder detener la competencia desleal.

Pero los riesgos en el caso planteado no solo pueden ser para el Franquiciante, también habrían podido operar en contra del Franquiciado si el Franquiciante hubiera decidido no conferir el contrato de franquicia. En este supuesto, X no tendría derecho al uso de las marcas e imagen del Franquiciante, con la posible pérdida de la inversión. Dependiendo del valor de la imagen dentro del negocio, de la solidez del sistema, será más o menos importante la imagen en sí y por tanto, podríamos decir que a mayor valor de la imagen, menor riesgo para el Franquiciante y viceversa, en cuanto a la implementación del mismo negocio con otro nombre o imagen similar. No obstante, el Franquiciante siempre debe tener claro que la protección de la información confidencial es fundamental para el

negocio de franquicia.

CASO 2: Otro caso en el que no se firmó el contrato de franquicia, y el cual no llegó a los tribunales, fue el siguiente: El Franquiciante y X firmaron un preacuerdo de franquicia, en este se establecía la forma de pago del derecho de franquicia y de la inversión. Igualmente se estableció un plazo para la firma del acuerdo de franquicia, condicionada al cumplimiento de los pagos. Cumplidos los pagos a X le fue entregado el punto de venta, la imagen y X empezó a operar. Al operar el negocio verificó que las ganancias del mismo no llenaban sus expectativas, por lo que las relaciones entre Franquiciante y X se deterioraron.

Para el Franquiciante que el negocio no fuera exitoso era culpa de la mala gerencia de X, para X era la mala ubicación que se le había asignado y en parte lo restringido de los productos ofrecidos, así como el costo de los mismos. Ahora bien, X alegó que el Franquiciante debía reintegrarle los montos adeudados más la cláusula penal por incumplimiento por no otorgar el contrato de franquicia, el Franquiciante alegó que había cumplido. Este caso fue de perder-perder, X no recuperó toda su inversión y el Franquiciante se vio perjudicado en su imagen al permanecer el local cerrado y debió cubrir la renta del local donde operaba el punto.

Alguno de los riesgos que conlleva la no firma del contrato, para ambas partes son:

FRANQUICIANTE	FRANQUICIADO
1. Uso de la información confidencial	1. Pérdida de la inversión.
2. Competencia Desleal	2. Obligaciones asumidas en virtud del futuro contrato, que deberán ser cumplidas independiente del contrato:  a. relaciones laborales.  b. Contratos de arrendamiento.
3. Confusión de la figura existente, pudiendo llegar a existir:  a. Responsabilidad por la operación de la franquicia.  b. Relaciones laborales con los "futuros Franquiciados" y/o su personal.	
4. Obligaciones asumidas en virtud del futuro contrato, que deberán ser cumplidas independiente del	

contrato:	
a. Contratos de arrendamiento. (dependerá de la estructuración del sistema)	
5. Puede causar daños a la imagen.	

#### 4. Preacuerdos y Cartas de Intención:

En la práctica usualmente suelen celebrarse preacuerdos o cartas de intención, a fin de manifestar la intención de ambas partes de celebrar el negocio, donde se fijan términos y condiciones para la celebración del contrato definitivo. En principio, el preacuerdo ni la carta de intención, no se consideran como el contrato de franquicia.

Algunos aspectos que deben tenerse muy presentes cuando se celebra un preacuerdo son:

- a. Que el preacuerdo o la carta de intención sea redactado de forma tal que no conlleve a interpretarse que es el contrato de franquicia en sí mismo; y
- b. Si se han establecido lapsos para la celebración del contrato de franquicia, entrega de los equipos, know how, etc.

Para el Franquiciante es indispensable tener presente que si se han fijado fechas en el preacuerdo, debe cumplir con las mismas cabalmente, de lo contrario estaría incumpliendo las obligaciones que ha contraído, y como hemos visto, con los consiguientes riesgos que esto podría implicar si se ha comenzado a operar sin la celebración del contrato que contiene todas las obligaciones bien especificadas, lo cual es de suma importancia para la protección de sus intereses.

Por lo que se refiere al Franquiciado, igualmente es importante que el preacuerdo establezca las fechas para la firma del contrato o para la entrega de los equipos, imagen, capacitación, sistemas y otros elementos, para la operación del negocio, de forma de poder establecer cuando existe incumplimiento por parte del Franquiciante, especialmente cuando se han entregado sumas de dinero, bien sean parte de la inversión o del derecho de franquicia. A este respecto es importante resaltar que antes de entregar sumas de dinero el futuro Franquiciado debe haber verificado la solidez y reputación de la franquicia, ya que se han presentado casos de fraude en los cuales el sistema no funciona o no es un sistema exitoso.

## **5. Legislación Aplicable en Venezuela en materia de Franquicias**

En Venezuela, el contrato de franquicia es un contrato atípico, ya que aun cuando se le menciona por su nombre en algunos textos legales, no se establece una regulación específica del modo en que las partes quedan vinculadas, derechos, obligaciones y extinción del contrato.

Como se señaló anteriormente, es de la esencia misma del contrato de franquicia, que dentro de su estructura se distingan diversos contratos: acuerdos de distribución, licencias de uso de marcas, acuerdo de confidencialidad. De allí que el contrato de franquicia sea regulado, principalmente por las disposiciones del Código Civil, es decir, por el derecho común. Sin embargo, dado que por las peculiaridades del contrato usualmente se presentan restricciones a la competencia, esto conlleva que se le apliquen las normas de la "Ley Para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia" (Ley de PROCOMPETENCIA) y de los "Lineamientos de Evaluación de los Contratos de Franquicia" pero esta regulación de la normativa de competencia es externa al contrato, atendiendo a los efectos anticompetitivos.

Una vez establecido el marco legal vigente sobre la materia, queremos hacer especial relevancia al aspecto de la ley aplicable o a la escogencia de la ley. Como todos sabemos la mayoría de los contratos de franquicia son contratos normalizados o de adhesión, en los cuales se presentan unas cláusulas tipo que deben ser aceptadas por el futuro Franquiciado en caso que desee entrar a formar parte de la red o sistema. En algunos casos puede haber discusión sobre el contrato, pero usualmente se encuentran diseñados para que sean aceptados o no por el posible Franquiciado.

Así bien y volviendo al punto de la escogencia de la ley, la ley aplicable será escogida por el Franquiciante, quien en principio, suele establecer como ley aplicable la de su domicilio. Debemos diferenciar aquí entre las franquicias nacionales y las extranjeras. Evidentemente, los contratos de las franquicias nacionales que van a ser usados dentro del territorio, deben ser redactados atendiendo a las disposiciones nacionales vigentes. Por lo que respecta a las franquicias extranjeras, los contratos deben ser necesariamente revisados antes de su implementación en el ámbito nacional, para garantizar que los mismos no violan o contradicen leyes internas.

Necesariamente la escogencia de la ley extranjera, conlleva usualmente que el domicilio para la resolución de los conflictos sea el domicilio del Franquiciante, el cual suele ser el mismo de la ley aplicable. Como Franquiciado, lo más importante respecto a este punto es que el Franquiciado busque asesoría especializada para conocer bien el contrato, y entender claramente las

obligaciones, riesgos y limitaciones del contrato. No solo es importante conocer la parte operacional, es necesario comprender las implicaciones legales, para que el Franquiciado pueda medir con exactitud el riesgo de su inversión.

## **6. Límites al control que debe tener el Franquiciante sobre el Franquiciado:**

En este punto es importante resaltar que la Franquicia se basa o fundamenta en un concepto de uniformidad de imagen, que crea para el cliente final la sensación de que cualquiera de los puntos de venta que forman parte del sistema le ofrecerá la misma calidad, precio y servicio, por lo que satisfecho con uno de los puntos, no tendrá problemas en acudir a otro punto parte del sistema.

Para lograr esta uniformidad, el Franquiciante se reserva el derecho de fijar los lineamientos del sistema, así como mantener un control sobre la operación misma. Este control no implica llegar a extremos tales que se interfiera con las actividades diarias del Franquiciado. Debemos recordar que cada franquicia es un ente independiente, con personalidad jurídica propia, por ello debe lograrse un equilibrio, para permitir que la uniformidad del sistema no se vea afectada, así como que el control que el Franquiciante realiza no interfiera con las actividades del Franquiciado. El Franquiciante debe limitarse a asesorar, capacitar y fijar los lineamiento del sistema.

Establecer el equilibrio justo no es tarea sencilla, ya que es una apreciación meramente subjetiva, donde existen grandes áreas grises. No obstante, no deja de revestir gran importancia, debido a las repercusiones jurídicas que podrían devenir de considerarse que se trata de una gestión indirecta,

La doctrina se muestra coincidente al señalar que una forma de desvirtuar esta apreciación es no incluir dentro de los aspectos de control, fiscalización o supervisión, aquellos que no va a ejecutar en todas las circunstancias. Los contratos de franquicia y los manuales serán determinantes para establecer si el control es razonable.

La legislación de los Estados Unidos de Norteamérica regula las posiciones dominantes y los efectos sobre las normas de la competencia, por lo que de determinarse un control excesivo se estaría cometiendo un ilícito, que conlleva sus respectivas sanciones. En nuestro país, la ley de PROCOMPETENCIA regula los aspectos relacionado con las posiciones dominantes y el ente encargado de velar por el cumplimiento de la es la Superintendencia (PROCOMPETENCIA). A la fecha, a nuestro mejor saber, no se han presentado denuncias ante PROCOMPETENCIA por posiciones dominantes entre Franquiciante y Franquiciado, por lo que no existen decisiones que hayan emanado de este organismo sobre este respecto.

Donde mayor cuidado debe tenerse, en lo que se refiere al control, es en el aspecto laboral, ya que la jurisprudencia emanada de nuestros tribunales ha demostrado ser mayormente pro-trabajador. De allí que no solo es recomendable que no se realicen menciones sobre aspectos laborales, sino que además se establezcan cláusulas mediante las cuales el Franquiciado se obligue a indemnizar al Franquiciante por cualesquiera daños se le hubieren podido causar con ocasión de acciones intentadas por sus trabajadores, empleados, directores, etc.

## **7. Uso del Arbitraje para Dirimir las Controversias:**

Como todos sabemos la franquicia es un contrato de colaboración entre las partes, de buena fé y de confianza. Ahora bien, es posible que en una relación surjan conflictos, estos pueden solucionarse entre las partes o que se requiera la intervención de un tercero. Cuando se requiere la intervención de un tercero, tradicionalmente se acudía a los tribunales, para que el juez decidiera. No obstante, todos sabemos los problemas que atraviesa el sistema de justicia, el cual está colapsado por la gran cantidad de causas que debe conocer, lo cual deviene en procesos lentos.

Es por ello que la figura del arbitraje comercial, al igual que las franquicias, ha tenido un gran auge en los últimos años, ya que esta permite a las partes resolver los conflictos mediante la intervención de árbitros privados.

Para que pueda acudir al arbitraje en lugar de al sistema de justicia ordinario, debe suscribirse una cláusula compromisoria o acuerdo arbitral, que no es más que un acuerdo de voluntades donde ambas partes manifiestan su decisión expresa e inequívoca de someter la solución de la controversia a la vía arbitral. Por tratarse de un contrato de adhesión, es decir de cláusulas estandarizadas, esencia misma del contrato de franquicia, para lograr la uniformidad, esta manifestación de voluntad debe constar en forma expresa e independiente.

Está de más decir, que el compromiso arbitral debe ser claro y contener todas las previsiones sobre la designación de los árbitros y otros aspectos, a fin de que no haya necesidad de que las partes deban llegar a un acuerdo sobre ciertos temas, luego de suscitado el conflicto.

Las ventajas que presenta la vía arbitral para las partes podemos resumirlas en:

1. Procedimiento más expedito.
2. La decisión o laudo arbitral es vinculante y de obligatorio cumplimiento para las partes.
3. Los costos del procedimiento comparativamente con el procedimiento ordinario se reducen, en virtud del menor tiempo que deben invertir las partes en el mismo.
4. Los conflictos ventilados ante el tribunal arbitral son PRIVADOS y CONFIDENCIALES. En virtud de lo cual no pueden ser conocidos por terceras personas. Este aspecto es de especial importancia, ya que las controversias que surjan pueden afectar negativamente la imagen o la reputación del sistema.
5. El procedimiento arbitral es más flexible que el procedimiento ordinario.
6. Finalmente puede optarse porque el procedimiento arbitral sea llevado por árbitros expertos. A este respecto cabe destacar que vista la relativa novedad de la franquicia en nuestro país, y la sujeción de los contratos de franquicias extranjeras a la legislación y tribunales extranjeros, en la práctica, el conocimiento de este tipo de conflictos por los jueces no es frecuente, y en muchos casos se aplican las normas respectivas aisladamente, abstrayéndose de la concepción del negocio en sí.

Caracas, 12 de abril de 2002

#### **8. Bibliografía consultada:**

AGUILAR GORRONDONA, José Luis. Contratos y Garantías. Derecho Civil IV. Universidad Católica Andrés Bello, Manuales de Derecho. Caracas, 1992, pp 519.

CALVO BACA, Emilio. Código Civil Venezolano, comentado y concordado. Ediciones Libra. Caracas, 1985. pp. 1172.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario de fecha 24 de marzo de 2000.

DE SOLA CAÑIZALES, Felipe. Tratado de Derecho Comercial Comparado. Tomo II. Montaner y Simón, S.A. Barcelona, España. 1962.

FLECHOSO SIERRA, José Joaquín. El Libro de la Franquicia. Biblioteca Nueva. Págs. 261. Madrid. 1998.

HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora. El Contrato de Franquicia de Empresa. Editorial Civitas. pp. 592. Madrid. 2000.

Ley de Protección y Promoción de la Libre Competencia, publicada en Gaceta Oficial N° 4353 Extraordinario del 30 de diciembre de 1991.

Lineamientos de Evaluación de los Contratos de Franquicia. Resolución N° SPPLC-038-99 del 9 de julio de 1999, publicada en la Gaceta Oficial N° 5431 Extraordinario del 7 de enero de 2000.

LOPEZ CABANA, R.M. Contratos Especiales en el Siglo XXI. pp. 564. Buenos Aires. 1999.

MADURO LUYANDO, Eloy. Curso de Obligaciones Derecho Civil III. Universidad Católica Andrés Bello, Manuales de Derecho. 8va edición. Caracas, 1993. pp. 799.

RUIZ PERIS, Juan Ignacio. El Contrato de Franquicia y las nuevas Normas de Defensa de la Competencia. Editorial Civitas, S.A. pp. 198. Madrid. 1991.

RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia. Editorial Arazandi. pp. 318. Navarra. 1991.

Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello, Profesora de la Universidad Central de Venezuela, Contratos y Garantías, Especialista en Derecho Mercantil de la Universidad Central de Venezuela. Miembro de la firma de Abogados De Sola & Pate. E-mail: [Rnunez@desolapate.com](mailto:Rnunez@desolapate.com)

LOPEZ CABANA, R.M. Contratos especiales en el siglo XXI. Abeledo Perrot. pág. 79. Buenos Aires. 1999.

Publicada en la Gaceta Oficial N° 4353 Extraordinario del 30 de diciembre de 1991.

Resolución N° SPPLC-038-99 del 9 de julio de 1999, publicada en la Gaceta Oficial N° 5431 Extraordinario del 7 de enero de 2000.