G) FRANCHISING

El contrato de franquicia (*franchising*) es uno de los más extendidos en el mundo comercial moderno. Reconocidos nombres de establecimientos mercantiles, marcas, etc… son ejemplos de la extensión de este fenómeno. El tráfico económico cada vez más acelerado y competitivo, exige que las grandes empresas lleguen al consumidor mediante instrumentos jurídicos eficaces y dinámicos. Así, podemos advertir la trascendencia económica y social que encierra este contrato, no sólo por el intercambio comercial que esta­blece con importantes y eficaces empresas, cuyos pro­ductos o servicios generalmente son reconocidos en el mercado internacional, sino también por el movimiento de bienes que representa, las inversiones requeridas y las fuentes de trabajo que origina.

Pero para llegar a su configuración actual el *franchi­sing* debió pasar por diversos momentos. Desde que la expresión significó, en sus orígenes franceses, la liberación de impuestos y tarifas aduaneras, desde que, posteriormente, durante los siglos XVII y XVIII, designó el privilegio real concedido a ciertos comerciantes para que, mediante una contraprestación económica, explotaran monopólicamente algún producto de interés del Estado, desde que describió al otorgamiento de un permiso para comercializar los derechos que le pertenecían a otra persona, hasta que toma la fisonomía actual en los Estados Unidos de Norteamérica.

En este país, a partir de 1920,se inicia tal práctica en gasolineras y establecimientos de venta y servicio de automotores, con la denominación de *product franchising*; la extensión de este concepto a la distribución de un producto o pres­tación de un servicio dio lugar al moderno *business fran­chising o fomal franchising.* A partir de ese momento el contrato ha tenido una notable expansión, lo que motivó, inclusive la creación de asociaciones de *franchising* en diferentes países, como es el caso de Francia, Alemania e Inglate­rra, e incluso el dictado de legislaciones específicas, como sucedió en Estados Unidos y Bélgica.

Por tal motivo trataremos de explicar su funciona­miento y caracterización, para luego extraer una defini­ción que sintetice lo expuesto.

**Concepto**

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

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

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

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

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

Por un lado, el franquiciado evita los gastos de la investigación científica, lo que supone un ahorro en inversión educacional, y el franquiciante, que realiza la inversión, multiplica las posibilidades de venta o locación de los servicios, e incluso, obtiene regiones de comercialización cautivas, especialmente en países periféricos.

En la práctica sucede que una empresa que desa­rrolla algún producto o servicio generalmente reconoci­do decide extender sus negocios a nuevos mercados pero sin efectuar reinver­siones. Para ello celebra un contrato (de *franchising*) por el cual facilita su técnica, conocimientos, el uso de la marca y asesoramiento, pa­ra que el contratante pueda producir bienes o servicios de iguales características, pagando por ello una suma de di­nero, estableciendo una relación durable, la cual se prolonga durante toda la vigencia del contrato permi­tiendo al beneficiario de esta manera explotar adecuada­mente la franquicia. Por su parte el beneficiario podrá pagar al comienzo una suma determinada por el uso de la marca y el asesoramiento técnico-comercial que reci­be para montar su empresa, y con posterioridad abonará periódicamente un porcentaje de sus ingresos.

RIBERA nos ilustra acerca de las diferentes etapas de desarrollo del contrato, con el objeto de comprender su funcionamiento. Así podemos distinguir cronológicamente tres etapas: a) an­tes de la apertura del negocio, b) al momento que comienza la explotación de la franquicia y c) durante la vigencia del contrato.

* 1. **Antes de la apertura del negocio.**

Previamente, el franquiciante debe haber desarrollado un producto o servicio de probada acepta­ción en el mercado cuya originalidad haya hecho conocida a la marca que lo identifica. Esta situación es la que asegura al franquiciado el éxito en la futura ex­plotación de su negocio. Incluso en algunos casos esta seguridad se refuerza por el hecho que el franquiciante incluso asesora en los estudios de marketing que realice el tomador de la franquicia.

Decidido el lugar de explotación, el otorgamiento se compromete a proveer toda la asistencia técnica, comercial y en algunos casos, incluso financiera, necesaria para la instalación del beneficiario. No sólo se otorga el uso de la marca o nombre del producto, sino que se brinda toda la información necesaria para pro­ducir, ofertar y vender los bienes o servicios. Por tal motivo deberá proveer también del *Know-how* (secreto industrial), entrenando, controlando y asesorando al franquiciado en todos los aspectos comerciales. Para ello el franquiciante proporciona asistencia en los estudios previos a la ubicación, transformación e instalación del negocio, como también participa en los estudios de mercado, publicidad y lanzamiento del nue­vo producto o servicio. (Generalmente forma parte del contrato un detallado manual de instrucciones con las operaciones necesarias para la elaboración del producto o servicio).

Con respecto al *Know-how* podemos distinguir a su vez las siguientes características que debe reunir: 1) originalidad, 2) probado funcionamiento, 3) fácilmente transmisible y 4) constantemente actualizado y desa­rrollado.

1. Su originalidad radica en el hecho que la única forma de acceso al mismo por parte del beneficio es me­diante la celebración del contrato de *franchising* por el cual es informado acerca de las fórmulas y procedimien­tos secretos antes desconocidos para él. De esta manera el franquiciado accede directamente a la formación, lo cual le resulta valioso en términos de tiempo y dinero que ahorra en investigación y experimentación propia. Debe aclararse que si bien se transmite el secreto indus­trial, éste continúa perteneciendo a terceros, no sólo du­rante la vigencia del contrato, sino incluso una vez con­cluido el mismo. Por dicho motivo se incluyen cláusulas que preveen específicamente este aspecto, denominadas de “*non competition*”

Utilizando expresiones que si bien son foráneas, resumen adecuadamente la idea, podemos afirmar que el franquiciado debe respetar los métodos de marketing, *management* y *accounting* del franquiciante.

1. El *Know-how* debe ser de pro­bado funcionamiento en el mercado, pues la experimen­tación del mismo es uno de los elementos que especial­mente tiene en cuenta el franquiciado para la contrata­ción, asegurándose la comercialización de bienes o servi­cios, cuyos secretos de manufacturación, estrategias de venta y *management* han sido experimentados
2. Otra característica del *Know-how* es que estos conocimientos técnicos deben ser fácilmente transmisi­bles, es decir que mediante manuales, cursos o sesiones de entrenamiento el franquiciado y su personal (training) puedan capacitarse rápidamente y poner en práctica de in­mediato los conocimientos adquiridos. Si no se utiliza­ran métodos simples y entrenamiento cortos, resultaría muy oneroso, con el consecuente perjuicio para el to­mador.
3. Por último ese *Know.how* debe ser cons­tantemente actualizado y desarrollado, debido a que el franquiciante debe adaptar los productos y servicios al mercado al cual otorga la autorización del uso del *Know­-how*, adaptando las estrategias de *management*. En este aspecto adquiere importancia la información que el franquiciado pueda aportar con relación a la demanda y características del mercado local, la que a su vez puede beneficiar al franquiciante.

Por su parte el franquiciado, con la asistencia des­cripta, se obliga a realizar la inversión nece­saria para montar el negocio de acuerdo a las pautas estrictamente establecidas por el otorgante. De es­tamanera el beneficiado asume bajo su riesgo la inver­sión de capital para poner en funcionamiento el negocio, como también las inversiones necesarias que en el fu­turo se requieran para continuar con la explotación. El franquiciado invierte en la compra o alquiler del nego­cio, en arreglos, maquinarias, publicidad, mano de obra y todo lo necesario para la puesta en marcha en la pro­ducción y comercialización del producto o servicio, res­petando la naturaleza confidencial de los métodos em­pleados.

A menudo esta etapa supone un contrato preliminar en donde el franquiciado debe cumplir ciertos requisitos y superar pruebas.

* 1. **Al momento que comienza la explotación de la franquicia**.

Superada la etapa anterior, e instalado el nego­cio, le sucede su apertura, para lo cual el beneficiado de­berá cumplir estrictamente con los sistemas y métodos recomendados, obligándose el franquiciante a continuar el control y asistencia necesaria para la comercialización, aportando toda su experiencia. En este mismo orden de ideas el franquiciado, al ingresar a la red comercial de la empresa otorgante, se adapta a su organización contable y administrativa, por lo que el otorgante también deberá asesorar en lo que ha­ce a la faz operativa interna del negocio del tomador.

Por otro lado, debe recordarse que entre las par­tes puede haberse convenido para esta primera etapa el pago de un derecho por le uso de la marca y del *Know-­how.* En ese caso esta suma inicial podrá determinarse evaluando la reputación de la marca, la amortización de los costos del franquiciante, la asistencia que se requiere previo a la apertura del negocio y la eventual ganancia futura. Sí bien puede no convenirse este pago inicial, es recomendable pactarlo, para evitar que el franquiciado desista del negocio.

* 1. **Durante la vigencia del contrato**

Comenzada la explotación del ne­gocio, el beneficiado ya cuenta con el *Know-how*, pero el franquiciante continúa brindando su colaboración e incluso obligándo­se a aportar la actualización y mejoras que en el futuro pueda desarrollar.

Durante la vigencia del contrato las partes con­servan su independencia, aunque el estrecho vínculo que se establece, pueda dar lugar a confusiones en cuan­to al límite de sus derechos y obligaciones.

Por ello es conveniente establecer en el contrato cláusulas que reglamenten detalladamente los diversos aspectos de su funcionamiento, como pueden ser: 1) procedimientos a seguir para determinar si la calidad de los productos elaborados o de los servicios que se prestan, satisfacen las exigencias de los *standards* convenidos, 2) limitaciones al acceso de la contabilidad e información del franquiciado, 3) límites al uso de la marca y de la información confidencial, 4) limites a la rescisión unilateral o arbitraria del contrato, *5)* obligaciones del franquiciante durante la vigencia del con­trato con respecto a las mejoras y nuevos productos.

Ya nos hemos referido antes al pago de un precio por el ingreso del tomador a la red comercial del fran­quiciante, recordando que se trata de una modalidad que debe determinarse para cada caso en particular. Cabe en­tonces referimos ahora a la contraprestación que el toma­dor pagará periódicamente durante el contrato.

Esta regalía, que es cuestión abierta a la negocia­ción, se establece en contraprestación por los importan­tes servicios que brinda constantemente el franquiciante, para que el negocio que explota la franquicia mantenga su rentabilidad. A tal efecto deberá continuar planifican­do e introduciendo innovaciones, que en la actualidad, por las condiciones del mercado, son cada vez más nece­sarias.

El monto o porcentaje puede asumir diversas for­mas, según las particulares circunstancias de cada fran­quicia, aunque comúnmente se establece un porcentaje sobre los ingresos del franquiciado. En ocasiones, cuan­do existe la obligación de adquirir la mercadería al fran­quiciante, este pago puede ser incluido en el precio de la misma. En estos casos u otras formas de pago es adecua­do determinar los mecanismos necesarios para su ejecu­ción. Nos referimos a cláusulas que prevean los medios para que el franquiciante pueda ejercer adecuadamente el control, por ejemplo, sobre los ingresos del tomador, teniendo en cuenta que en ocasiones los estados con­tables no siempre reflejan la realidad de la situación eco­nómica que expresan.

**Características**

De lo expuesto podemos extraer algunos de sus rasgos sobresalientes, como pueden ser:

**1. Contrato atípico**. Se le califica como **atípico** por carecer de regulación jurídica y por no contar con una calificación técnico-legislativa ni una reiteración como fenómeno social que le brinde una denominación jurídica, así corno una disciplina consagrada por la doctrina y la jurisprudencia.

**2. Contrato mercantil**. Es **mercantil** porque para conseguir su finalidad, las partes realizan actos de comercio basadas en las actividades de intermediación o de venta con ánimo de lucro, y por revestir aquéllas la calidad de comerciantes y, al ser las partes empresarios, se les califica además con un contrato **“de empresa”,** lo cual ratifica su característica de mercantil.

**3. Bilateral y sinalagmático.** Por celebrarse entre dos partes perfectamente definidas -de cuya formalización se derivan derechos y obligaciones recíprocas- se le caracteriza como un contrato **bilateral-sinalagmático,**

**4. De adhesión.** Generalmente se manifiesta como un contrato de adhesión ya que el franquiciado al pasar a formar parte de la red comercial franquiciante debe aceptar las reglas, pactos y cláusulas contractuales que el franquiciante le imponga.

**5. Contrato de colaboración permanente**. Pues supone obligaciones recíprocas que se prolongan establemente en el tiempo, a saber:

**a) obligaciones del franquiciante**: asistencia, apo­yo y control permanente; asesoramiento en la conducción del negocio; capacitación del tomador y de su personal, aprovisionamiento dc los elementos necesarios para la explotación del negocio.

**b) obligaciones del franquiciado:** cumplir con las indicaciones recomendada para la producción de los bienes o servicios, como parte la conducción del nego­cio; brindar la información necesaria al otorgante; capa­citarse; preservar la imagen del sistema.

**2) Confianza:** para el éxito del contrato se pre­supone una relación de confianza mutua, debido a que debe establecerse una suerte de equilibrio entre los dere­chos y obligaciones de las partes.

**3) Independencia jurídica y empresarial de los con­tratantes**: recordemos que el franquiciado lleva adelante la franquicia en nombre y cuenta propia. Se caracteriza este contrato - y a su vez lo distingue del mandato y otras figuras afines - por el hecho de que el franquiciante no tiene ninguna ingerencia en el negocio del franquiciado, salvo en lo concerniente al buen uso que aquél deba hacer del nombre o marca comercial, operando el segundo bajo el ámbito de la responsabilidad directa y no pudiendo en ningún caso imputarle actuaciones al primero por tratarse de empresas jurídicamente independientes.

**4) Confidencia del *Know-how:***es importante re-marcar que el tomador debe mantener el “secreto indus­trial”, debiéndose pactar severos apercibimientos por su cumplimiento.

**5) Forma estricta:** si bien no existe obligación le­gal alguna al respecto y que en teoría podría ser oral, entendemos que en la práctica es aconsejable adoptar es­ta forma, pues se pacta acerca del uso de marcas, secre­tos de producción y venta, límites a la competencia, ex­clusividad y otros temas importantes y complejos.

**6) Imagen unitaria**: en el mercado el franquiciado aparece con la misma marca, nombre y símbolos que la empresa principal, además de establecer una estrategia conjunta.

**7) Onerosidad**: se establece el pago de un precio al franquiciante, generalmente de cumplimiento periódico.

**8. Contrato complejo.** La presencia de las características menciona­das han conducido a configurarlo corno un contrato sui generis, **mixto o complejo**, comprensivo de un conjunto de prestaciones típicas, considerando entre ellas a la licencia de patentes, marcas ‘y know-how, el suministro de cosas, concesión o distribución, etc.

**Tipos de franquicias**

Este sistema de colaboración puede ser de varios tipos, destacándose aquél a través del cual el franquiciante concede el uso de su nombre o marca para que el franquiciado produzca y comercialice bienes, en cuyo caso recibe la denominación de **franquicia de producción,** o bien, aquél en el que en vez de producirlos, la actividad comercial se basa en la distribución de los productos fabricados por el propietario de la marca comercial, en cuyo caso se denomina **franquicia de distribución**. Así como aquella actividad en la que el franquiciado paga para lucrar haciendo uso de nombre de una empresa de servicios, en cuyo caso se denomina **franquicia de servicios.**

De cualquier manara esa colaboración pude asumir diferentes modalidades.

La **primera modalidad** de integración empresarial, practicada a partir de la década de los sesenta y hoy casi en vías de extinción, se desarrolla a través de la creación de sucursales o filiales, donde el franquiciante conserva el poder y control absoluto, manteniendo un grado de dependencia del franquiciado que prácticamente lo convierte en un representante de aquel. Así el usuario se relaciona directamente con el franquiciante quien es el que asume las responsabilidades, aunque en la práctica esa responsabilidad se desvanece al tomar las filiales otras personalidades jurídicas diferentes al del franquiciante.

La **segunda modalidad,** la más extendida actualmente**,** es de independencia estructural entre las partes ya que el franquiciado adquiere la franquicia y desarrolla su propia empresa, claro está respetando todos los lineamientos establecidos por el franquiciante.

La **tercera modalidad**, supone o la conformación de un nuevo tipo societario o la celebración de algún tipo de contratación de colaboración –como podría ser un *joint venture*-.

Estas modalidades pueden operar de diversas formas: como *franchising master* o piloto –estableciendo una empresa intermedia que selecciona los subfranquiciados en una determinada región y actúa a modo de administrado o controladora del sistema-, como *franchising* *directo* o internacional –contrato directo entre franquiciantes y franquiciado- o como *franchising de desarrollo de tecnología* – que permite al franquiciado el derecho a cierto desarrollo tecnológico.

De lo anterior apuntado se desprende la complejidad y multiplicidad de este contrato, el cual -al igual que otras figuras jurídicas atípicas- tiene características pertenecientes a otros negocios jurídicos.

**Diferencias entre la franquicia y otras** figuras **contractuales**

Analizarnos aquí las diferencias existentes entre el contrato de franquicia y otras figuras a fin de especificar su naturaleza y tipicidad:

**1) Franquicia y mandato:**

En cuanto bilateral, la franquicia es un contrato que se celebra entre dos empresas, mediante el cual una le concede a la otra -a través de una licencia- el uso de su nombre y marca comercial ‘y los signos distintivos, de modo que externamente el negocio aparenta ser propiedad de un mismo sujeto.

La razón por la que el franquiciado hace uso de los signos distintivos de la red o cadena de negocios del franquiciante radica que su producto o servicio es de tal notoriedad, que su uso le va a garantizar el mismo nivel de éxito nacional e internacional que el franquiciante ha logrado obtener.

Sin embargo, dada la independencia jurídica que existe entre ambas empresas, la responsabilidad del negocio frente a terceros recae únicamente sobre el franquiciado, por lo que en este contrato no existe una relación de mandante—mandatario en la que el segundo representa el negocio y los intereses del primero, sino una relación de total autonomía, en cuanto a responsabilidad se refiere. En materia de franquicia el franquiciado gestiona sobre su propio negocio, mientras que en el mandato la representación es básica y se caracteriza por las actuaciones que el mandatario realiza sobre los bienes o negocios del mandante.

1. **Franquicia y comisión:**

Nuestra legislación mercantil regula la figura de los comisionistas dentro del Título denominado Auxiliares del Comercio”, refiriéndose a éstos sujetos dedicados profesionalmente a desempeñar en nombre propio ajeno, pero por cuenta ajena, encargos para la realización de actos de comercio.

Lo anterior no refleja otra cosa que la expresión mercantil del contrato de mandato, distin­guiéndose de éste únicamente en cuanto a la responsabilidad personal que adquiere el comisionista cuando actúa a nombre propio, en cuyo caso el comitente no responde de los actos del primero.

Por ende, en el contrato de comisión - lo mismo que en el de mandato- se encuentra presente la figura de la representación. la cual no se manifiesta en el de franquicia, toda vez que en éste lo que existe es una forma de colaboración entre dos sujetos económica y empresarialmente independientes.

**3) Franquicia y agencia:**

El contrato de agencia es otra de las posibles formas de colaboración que se puedan dar entre empresas y en la que, al igual que en los contratos de mandato y comisión, está presente la figura de la representación.

Difiere del de comisión en que en éste se establece una relación esporádica entre los empresa­rios, de forma tal que fabricados por el distribuidor. Sin embargo, el concesionario no utiliza como suya la marca, nombre comercial ni de los signos distintivos del concedente, ya que a éstos no se les permite su uso, lo cual si sucede en el contrato de franquicia. Asimismo, el concesionario se limita únicamente a la reventa por cuenta propia de los productos fabricados por el concedente, mientras que en la franquicia el franquiciado puede producir, distribuir o vender los productos o servicios del franquiciante.

**6) Franquicia y cesión de know-how:**

El contrato de franquicia conlleva en si mismo la cesión un de derecho denominado know-how, consistente en una serie de conocimientos industriales, secretos, reglas y prácticas que el franquiciante le otorga al franquiciado, a fin de asegurarle el éxito de su negocio.

Sin embargo, y aunque el fundamento del contrato lo constituya la cesión de un know-how, la franquicia es mucho más amplia y va más allá transcendiendo las fronteras de una simple cesión. Como contrato, de él surgen obligaciones para cada una de las partes que lo singularizan y difieren de cualquier otra forma conceptual. Empero, en relación al know-how, el franquiciante tiene -entre otras- la obligación de brindarle al franquiciado la asistencia técnica necesaria para garantizarle el éxito de su empresa y, a cambio, el franquiciado se obliga a mantener en secreto las fórmulas de los productos que va a producir , distribuir o vender, así como a pagarle el precio de dicha cesión.

7) **Franquicia y licencia de marca, patente** y **signos:**

Junto al know-how, el contrato de franquicia también conlleva la licencia que hace el franquiciante a favor del franquiciado de los signos distintivos, marcas o patentes que han colaborado a crear el éxito de la red o negocio del franquiciante. Es precisamente la marca de un producto determinado, el nombre comercial de la empresa en sí o los signos distintivos de la misma los que le llevan a garantizar al franquiciado el éxito que éste desea tener, y por el que va a pagar una considerable suma de dinero.

La cesión del know-how no lleva aparejada necesariamente la licencia de marca, patente o signos distintivos sin embargo, en la mayoría de los casos todos esos elementos van unidos y conforman, conjuntamente con las obligaciones y derechos que cada una de las partes vaya a tener, la síntesis de la naturaleza de un contrato de franquicia.

La licencia conlleva el uso homogéneo para ambas partes de tales elementos, lo cual no es voluntario para el franquiciado sino impuesto por el franquiciante. con el propósito de que externamente el negocio aparente ser uno sólo. De tal imposición. sin embargo, se benefician ambas partes, siendo el mayor interesado el franquiciado, que es quien se aprovecha de la notoriedad de los signos del franquiciante.

Por ende, la licencia de marca, patente o signos distintivos constituye en si un complemento del contrato de Franquicia y no el contrato en sí.

**8) Franquicia y sociedad:**

El contrato de sociedad requiere para configu­rarse la presencia de tres elementos esenciales de los que no puede prescindir, que son el aporte, el ejercicio en común de una actividad y el fin de lucro.

En la franquicia ninguna de las partes realiza un aporte a efectos de construir una empresa nueva, sino que una empresa ya constituida se aprovecha del éxito producido por otra para lucrar, cancelándole a la otra una suma determinada. No se constituye, en ningún momento, una empresa nueva, por la que no puede identificársele con un contrato de sociedad.

Por las razones anteriormente apuntadas, debemos señalar que el contrato de franquicia consti­tuye en si un **negocio jurídico autónomo,** indepen­diente y distinto de cualquier otra forma jurídica conocida, y que si bien no cuenta con una tipicidad legal propia. no puede negársele su carácter de contrato ni naturaleza jurídica propia.

El común denominador que ha presentado este contrato en nuestro país es la falta de regulación legal, lo cual contribuye a que la figura sea calificada de atípica e innominada, y que por tanto deba regular su uso a través de la aplicación analógica de las figuras de la compraventa, el mandato, y la agencia, entre otras, lo mismo que a la legislación existente en materia de propiedad industrial, protección al consumidor y de la competencia.

En nuestro país generalmente se le ha redac­tado, por una parte, como un contrato de franquicia, en el que se incluyen las obligaciones y derechos de cada una de las partes, y por la otra, en forma independiente, como un contrato de licencia de uso.

**Implementación y desarrollo del contrato de franchising.** Es interesante ver cómo se concretan pragmáticamente estos contratos, pues a menudo implican un contrato preliminar en donde el franquiciado debe cumplir ciertas pruebas e implementar determinados requisitos. Respecto de las pruebas, podemos señalar la formación de equipos y su entrenamiento en el know how específico, la disciplina del personal, la capacitación, etcétera.

En cuanto a los requisitos, se suelen incluir la ubicación zonal, la ornamentación de edificios –que en materia de bienes son bastante rigurosos-, el suministro exclusivo por el franquiciante de papelería, membretes, etc…

Una cuestión de trascendencia es lo atinente al sistema organizativo en las relaciones franquiciante-franquiciado, franquiciados entre sí (por sistemas de derivaciones) y franquiciados-usuarios, debiéndose adoptar directrices muy específicas, instrucciones, normas referentes al personal, prestación de servicios adicionales a usuarios, etc…

El conjunto de estas “realizaciones” para el acceso al contrato definitivo debemos encuadrarlo, en sí mismo, como una situación contractual –por asimilación debe aplicársele esta normativa, pues no existe una regulación específica-; sin embargo, como complejo contractual, respecto del contrato definitivo, funciona como hecho condicional y constituyen situaciones precontractuales.

En el contrato definitivo sobresalen algunas cuestiones que queremos resaltar por su importancia. Así existen tres obligaciones que para los franquiciantes son muy relevantes y usualmente ponen especial énfasis: el **secreto** del know how, la **no competencia** y el **reingreso de información.**

El primero apunta a una cuestión fundamental, pues el valor de la información, métodos etc…, es tan importante que implica la esencia de la fabricación o la exclusividad del método científico. Esta obligación se mantiene aun a posteriori de finalizado el contrato de franquicia, con fuertes penalidades, responsabilidades personales y solidarias, avales comerciales y bancarios, etc….

El segundo acápite se relaciones precisamente con la protección legal de la franquicia. En los Estados Unidos de América son muy rigurosos en el tratamiento de las indemnizaciones pro incumplimiento de estas obligaciones y las consideran dentro del ámbito de los ilícitos de competencia desleal entre empresas.

En cuanto al reingreso de información implica no solo la posibilidad de obtener información para el franquiciante, sino indirectamente una imposibilidad de desarrollo para el franquiciado, o visto desde la otra óptica, la posibilidad de un mayor control. En esto hay que ser muy prudentes, pues la información puede involucrar a los usuarios del sistema que, en principio, gozan de la protección y derecho de disponer de esa información. Actualmente esto tiene especial incidencia en materia de información sobre situaciones personales (v. gr., estados civil y patrimonial).

Otras consideraciones que se tienen en cuenta son las atinentes a publicidad (a veces va ligado a la realización por determinadas agencias y de determinadas formas, siendo esto común a todas las franquicias); el equipamiento de personal sometido a reglas rígidas, etc.

**Relaciones del usuario, franquiciante y franquiciado**

La cuestión de la responsabilidad ya ha sido debatida en general respecto de la franquicia señalándose que frente al consumidor, debe aparejar la responsabilidad tanto del franquiciante como del franquiciado. El fundamento es que tratándose de daños a la salud (el consumidor puede dirigirse) contra quien aparece a sus ojos como el que lanzó el producto al mercado y esa identificación proviene de la marca; en otros términos, es la marca la que señala al responsable.

Coincidimos ideológicamente con la opinión de Kemelmajer de Carlucci sin embargo, la figura de la franquicia en la economía capitalista tiene la función del traslado de riesgo económico, de allí que sería el franquiciado quien debería asumir la reparación económica.

Pensamos que, aun sin una legislación específica acarrea la responsabilidad del franquiciado (por contrato) y del franquiciante (por ser dueño del servicio; equiparando a la cosa, o considerando al franquiciado como dependiente o como preferimos, por la consideración de la figura de grupos económicos o agrupación económica de control). Igual sentido y razonamiento jurídico puede aplicarse al licenciante.

**G. MERCHANDISING**

En realidad puede concebirse como una modalidad o una derivación contractual del **franchising**.

En este caso el dueño de un producto -que puede ser desde un simple dibujo, una imagen, un nombre hasta otras más complejas formas representativas de colores y sonidos, como *Sponge Bob*, *Superman*-, contrata exclusiva o simultáneamente con productores o comerciantes con la finalidad de producir y mercadear una o varias líneas de artículos (camisetas, lapiceros, cuadernos) o servicios (de educación, vigilancia, de salubridad).

Generalmente la convención asume la forma de un contrato de adhesión donde el dueño impone severas reglas, controles y sanciones en cuanto a la estructura de producción o comercialización del bien, ya que en dichas actividades puede estar en juego tanto el prestigio del nombre o imagen comercializada como eventuales responsabilidades por daños causados al consumidor.

Dice GHERSI que la diferencia sustancial con el *franchising* viene dada en que éste se desenvuelve en relación con un bien o servicio identificado por un nombre o marca mientras que el *merchandising* el bien o servicio se crea a partir de ese nombre o marca.

**MODELO DE CONTRATO DE FRANCHISING O**

**FRANQUICIA MERCANTIL**

Entre el señor..................o la empresa..................con domicilio en..................... de la ciu­dad de..........................................representada en este acto por el señor......................., en su carácter de.................... en lo sucesivo llamado ***“franquiciante”*** y por una parte y el señor..................o la empresa...................con domicilio en .................. de la ciudad de..................de la provincia de....................en lo sucesivo llamado o “**franquiciado**”, se conviene en celebrar el siguiente Contrato de Franquicia Mercantil (Franchising) según las siguientes cláusulas y condiciones:

**PRIMERA: CONCESIÓN DE FRANQUICIA**. El franquiciante concede al franquiciado con exclusividad, el uso y goce de sus productos.............de la línea.............. marca..................que el fran­quiciado podrá incorporar a los productos que él comercializa. Es decir que el franquiciado está expresamente autorizado a la elaboración, comercialización y distribución de ............ (producto o servicio) bajo la marca y símbolo de .............registrados a nombre del franquiciante.

**SEGUNDA: PUBLICIDAD:** El franquiciado se compromete a dar difusión y promoción del producto concedido, obligándose a mantenerlo en su nivel de prestigio que aquél sostiene al día de su entrega por el franquiciante. Aquél acepta dar fiel cumplimiento a lo solicitado. Asimismo el franquiciante se obliga a entregar sin cargo los siguientes elementos de publicidad............en la cantidad de .............

**TERCERA: OBJETO DE LA FRANQUICIA**. El objeto de la franquicia será desarrollar exclusivamente la actividad...................no pudiendo realizar con la franquicia ningún otro acto fue­ra de los autorizados expresamente en el presente contrato. De no cumplir con esta cláusula quedará sujeto a las penalidades que se convienen a con­tinuación

**CUARTA: PRECIO**. El franquiciado deberá abonar, como contraprestación por obligación de la franquicia................... por ciento (............%), pudiendo hacerlo los días...............de cada mes, fecha establecida para la práctica de liquidaciones, de acuerdo al detalle que previamente se determine de ventas practicadas. La falta de liquidaciones y/o pago en plazos, generará intereses sobre la suma debida en favor del franquiciador. La mora superior a.................días dará derecho a la rescisión automática en favor del franquiciador.

El franquiciado se obliga a abonar al franquiciante la suma de C............. (colones...........) por cada nuevo local que habilite para la explotación de esta franquicia.

Las regalías serán liquidadas por el franquiciado del ............ de cada.............. por escrito y depositadas en la cuenta ..................del banco............., sucursal N

º .........., abierta a nombre del franquiciante.

El franquiciado utilizará un sistema de contabilidad y administración provisto por el franquiciante.

Todos los ingresos producidos como consecuencia de las ventas deberán ser depositados en................ cuenta bancaria abierta a nombre del franquiciado. El cambio de banco y/o Nº de cuenta deberá ser notificado en forma fehaciente y por escrito al franquiciante.

**QUINTA: ZONA EXCLUSIVA**: El franquiciante asigna como zona exclusiva la de.......................para que el franquiciado desarrolle sus actividades con la franquicia. Zona exclusiva delimitada por........................ No lo podrá hacer fuera de la misma lo cual también deberá respetar el franquiciante para con terceros dentro de la zona mencionada.

El franquiciante se obliga a no comercializar, elaborar o distribuir por sí o por terceras personas los productos de su franquicia en la zona exclusiva ya delimitada.

El franquiciado se obliga a no comercializar, elaborar o distribuir por sí o por terceras personas productos similares o de la competencia de los productos franquiciados sin el consentimiento escrito del franquiciante.

**SEXTA: PLAZO**. Se acuerda una duración para el presente contrato por................. a partir del día..............., del mes...............del Dos Mil............ venciendo inde­fectiblemente el día.....................del mes......................., del año Dos Mil.............. Se conviene que previa notificación de días....................se podrá prorrogar el plazo otorgado en..................... El pedido deberá formularlo por escrito, en forma fehaciente y con una anticipación no menor de .........días al del vencimiento del plazo contractual. Caso contrario, una vez finalizado el plazo deberá cesar el uso de todo lo que esta franquicia le ha otorgado.

**SÉPTIMA: FORMA DE PAGO**. Todos los pagos que se deban realizar por esta franquicia podrán ser depositados a través de los depósitos electrónicos, transferencias, giros, etc., de los bancos..................a nombre de..........cuenta corriente..............numero..............de la sucursal...............

**OCTAVA: INCUMPLIMIENTO DE LA EXCLUSIVIDAD**. La falta de cumplimiento de cualquiera de las partes de su obligación de exclusividad, dará derecho a la cumplidora de declarar rescindido el contrato y exigir judicialmente la indemnización que corresponda en concepto de daños y perjuicios.

NOVENA: CONFIDENCIALIDAD. El franquiciado guardará estricta confidencialidad respecto del contenido de este contrato y del conocimiento que adquiera a consecuencia de él, bajo apercibimiento de ser responsable por los daños y perjuicios por divulgaciones que le estuvieran expresamente prohibidas por el franquiciante.

**DECIMA: LOCALES**. Los locales de elaboración, comercialización y distribución de los productos deberán reunir las siguientes condiciones: .................(Nota: las condiciones deberán ser redactadas en forma precisa)

**DECIMA PRIMERA: DERECHO DE INSPECCION**. El franquiciante tiene derecho de inspeccionar y supervisar en forma amplia la puesta en marcha de la explotación y la elaboración, comercialización, distribución, difusión y lista de precios de los productos franquiciados. El franquiciante deberá manifestar al franquiciado su rechazo u objeción con la marcha de la explotación en el plazo de ..............de ejercido su derecho de inspección. Cada inspección se asentará en un libro que al efecto llevará el franquiciante en el que se dejará constancia de la fecha, hora y nombre, firma y documento del inspector y responsable del local en el momento de la inspección.

**DECIMA SEGUNDA: CAPACITACION Y SUPERVISIÓN**. El franquiciante tiene derecho a supervisar, y capacitar en los distintos locales, al personal dependiente, y verificar las lis­tas de precios, la difusión o publicidad, las ventas con tarjetas de crédito, y la papelería comercial a utilizar, etc. A los efectos de la capacitación mencionada se obligará al personal del franquiciado a concurrir a la sede de la empresa sita en .............con una anticipación no menor a .........días del inicio de sus tareas laborales.

**DECIMA TERCERA: SEGURO** El franquiciado se obliga a contratar a su cargo y por todo el plazo de vigencia del contrato un seguro de...............La copia de la póliza deberá ser entregada al franquiciador en el plazo máximo de .............contados a partir de la fecha del presente.

**DECIMA CUARTA: INCUMPLIMIENTO DE PAGO**. La falta de pago del precio y/o regalías pactadas en tiempo oportuno, devengará un interés resarcitorio del............. % (diario, mensual, etc.) sobre las sumas debidas y un interés punitorio del ............. % (diario, mensual, etc.). El franquiciado quedará constituido en mora en forma automática y sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial alguna.

El incumplimiento superior a ........ (períodos) seguidos o no, dará derecho al franquicianter de rescindir el contrato y exigir judicialmente el pago de los daños y perjuicios que correspondan.

**DECIMO QUINTA: FIANZA**. Se constituyen como fiador al señor.............o a la empresa.................con Cédula n°................ con domicilio en................de la ciudad de....................y al señor..................o a la empresa...................con Cédula de Identidad n°....................con domicilio en..........................., de la ciudad de....................que serán fiadores comerciales, principales pagadores, con sus bienes personales, los cuales no deberán estar gravados, ni constituidos en bien de familia.

**DECIMO SEXTA: CESION DE LA FRANQUICIA**. La presente franquicia no podrá ser cedida ni total ni parcialmente en forma transitoria o permanente a terceras personas.

**DECIMO SÉPTIMA: SANCIONES**. En caso que cualquiera de las partes incumpliera alguna de las obligaciones asumidas en el contrato para las que no se haya previsto una sanción especial, quedará constituida en mora en forma automática y sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial alguna.

La incumplidora además, se hará pasible de una multa diaria de C........... (colones...............), la que será exigible por vía ejecutiva. Ello, sin perjuicio de que la parte cumplidora podrá declarar rescindido el contrato y exigir judicialmente la indemnización que corresponda en concepto de daños y perjuicios.

**DECIMO OCTAVA: DOMICILIOS**. Las partes constituyen domicilios especiales para todos los efectos derivados de este contrato en los indicados ut supra, donde serán válidas todas las notificaciones. Cualquier cambio de domicilio las partes deben notificarlo en forma fehaciente.-

**DECIMO NOVENA: COMPETENCIA**. Ambas partes acuerdan en someterse a la competencia exclusiva de los Tribunales Arbitrales de................. para todos los efectos judiciales derivados del presente, con renuncia expresa a cualquier otro fuero y/o jurisdicción. Se deja expresamente establecido que en el proceso arbitral las costas serán soportadas por la parte vencida, incluso los honorarios de los árbitros intervinientes. Los firmantes aceptan respetar el reglamento del tribunal actuante y dan su expreso asentimiento a las limitaciones recursivas que el mismo pueda tener. Siendo el único recurso irrenunciable el de Nulidad.-

.

En prueba de conformidad se firman .... ejemplares de un único y mismo tenor y cada parte recibe el suyo en .... a los ..... días del mes de ..... de 200.....