

CAPITULO V
PERSPECTIVA GLOBAL DE LAS FRANQUICIAS EN EL DERECHO
COMPARADO

SUMARIO. 5.1 Las Franquicias y la Ley en Estados Unidos 5.2 España y el Código Deontológico Europeo 5.3 Argentina 5.4 Brasil 5.5. Algunos Organismos Internacionales relacionados con la Franquicia.

5.1 LAS FRANQUICIAS Y LA LEY EN ESTADOS UNIDOS

5.1.1 ANTECEDENTES DE LA LEGISLACIÓN

Si bien el sistema de franquicias ha tenido una aceptación general tanto por parte del comercio como del público¹, para un pequeño segmento de la población estadounidense conserva una imagen algo desfavorable, contraída en parte, durante la década del 60 y principios de los 70, cuando varios truculentos vendedores de franquicias engañaban a inversionistas y consumidores.

Algunas de estas estafas y administraciones deficientes de la franquicia llegaron a las primeras planas de los principales periódicos con historias de personas que eran despojadas de los ahorros de toda su vida simplemente por haber confiado en falsas promesas de alcanzar el éxito comercial mediante la adquisición de una franquicia supuestamente rentable.

Para ejemplificar lo anteriormente dicho, una de tantas franquicias que fracasaron y que recibieron una cantidad bastante grande de cobertura por parte de los medios de comunicación, fue la de Wild Bill's, franquicia de hamburguesas que estafó

¹ Según datos de la IFA se estima que hay 1,500 compañías de franquicias en los EE.UU. que operan a través de 320,000 comercios minoristas, y 75 industrias distribuyen productos o servicios a través del sistema de franquicias. Ahora de acuerdo al Departamento de Comercio de Estados Unidos las franquicias generan el 13% del Producto Nacional Bruto y este sector proporciona 9 millones de empleos, además de que 1 de cada 12 negocios es una franquicia, y 1 de cada tres dólares que se gastan en nivel de menudeo son establecimientos franquiciados.

impunemente a muchos franquiciatarios ingenuos que compraron dicha franquicia a un costo muy elevado y los cuales jamás pudieron abrir su local porque los dueños de la franquicia no cumplieron con la asistencia técnica a la que originalmente se habían comprometido.

Este tipo de situaciones en aquella época se volvieron de lo más común, de hecho los franquiciatarios constantemente se quejaban que nunca sabían nada de sus franquiciantes hasta que dejaban de pagar alguna regalía.

Otra situación muy frecuente en esos años, era que los franquiciantes ponían demasiado énfasis en la venta de su franquicia y no en el producto o servicio que iban a franquiciar. Por lo que intencionalmente o no, se originaron una serie de problemas provocados por malos entendidos, errores de cálculo, declaraciones falsas o simplemente dolosas².

Estos inconvenientes dieron lugar a demandas cada vez más numerosas por parte de la población para que el gobierno interviniera de forma inmediata y de esta forma se frenara la ola de abusos cometidos en este sector.

California fue el primer estado en prestar atención a esas exigencias. Testigo de importantes pérdidas que muchos de sus residentes estaban sufriendo a manos de franquiciantes sin escrúpulos y en respuesta a una cantidad creciente de irregularidades jurídicas en la materia, promulgo en 1971 la primera Ley estatal relacionada específicamente con las franquicias. A partir de entonces, toda compañía que deseara vender franquicias debía registrarse antes de ofrecer o vender sus franquicias en California, e imponía un período de capacitación antes de que pudiese cerrar una venta. También obligaba a los franquiciadores a entregar a los posibles franquiciatarios una copia del contrato de franquicia, otra de sus estados financieros más recientes y una más del documento de presentación, lo que en realidad convertía la oferta de la franquicia en un contrato oficial por escrito que el estado tenía derecho a revisar.³

² BORIAN, Donald, " Las Ventajas del Franchising ": Ed Macchi, Buenos Aires 1993, pp. 102.

³ RAAB, Steven, MATUSKY Gregory, " Franquicias: Como Multiplicar su Negocio ": Ed. Limusa, México 2002, pp. 122.

Esta ley desalentó a los franquiciantes poco éticos a realizar negocios que no tuvieran bases sólidas y transparentes. También sirvió de precedente para que otros estados de la Unión Americana modificaran su legislación y adoptaran medias muy similares como la obligación registral y la publicidad precontractual.

5.1.2 EL REGLAMENTO DE LA FTC Y LA UFOC

Después de ocho años de audiencias públicas y comentarios, que generaron más de 30 mil páginas de testimonios y documentaron más de 5 mil quejas de consumidores acerca de la industria de las franquicias, en octubre de 1979 la Comisión Federal de Comercio finalmente promulgó su reglamento sobre las franquicias a nivel nacional.⁴ Al igual que el ordenamiento de California, el de la FTC establecía el derecho al franquiciatario de obtener información confiable acerca del negocio del franquiciador. Además este nuevo reglamento estipulaba que sería ilegal cualquier oferta o venta de una franquicia dentro de los Estados Unidos si ésta no iba presidida de la entrega de un documento de presentación durante el primero de los siguientes acontecimientos: 1) la primera reunión personal para discutir la venta de la franquicia, 2) cuando menos 10 días hábiles antes de la firma de cualquier contrato de franquicia, o 3) cuando menos 10 días antes de efectuar cualquier pago al franquiciante.⁵

Este estatuto federal definió por primera vez el tipo de relación comercial que se considera como franquicia y eximió, entre otras, a relaciones tales como licencias de marca registrada y afiliación en cooperativas de propiedad del comerciante minorista.⁶

Ahora bien, el reglamento de la FTC es de aplicación nacional lo que significa que todos los estados americanos están obligados forzosamente a cumplirlo. No obstante, hay estados que imponen normas locales mas estrictas que las federales y que tienen prioridad sobre el reglamento de la FTC siempre y cuando no estén en contra de dicho ordenamiento.

⁴ PURVIN, Robert, " Fraude en las Franquicias ": Ed. Cecs, México 1997, pp.194.

⁵ RAAB, Steven, MATUSKY Gregory, " Franquicias: Como Multiplicar su Negocio ": Ed. Limusa, México 2002, pp. 124.

⁶ Idem 125.

Dentro de estos dispositivos estatales, la Circular de Oferta Uniforme de Franquicias (UFOC) es sin duda el método más popular por su alto grado de eficiencia. Se trata de un documento complejo cuyo objetivo es recavar un informe sumamente detallado sobre los franquiciantes y sus franquicias.

Aunque la UFOC es más exhaustiva en sus requisitos que el reglamento de la FTC, ambos formatos exigen la divulgación de una gran amplitud de información. En la práctica diaria de los negocios, la UFOC es la circular más utilizada de las 2 formas e incluye los siguientes puntos:

- * Descripción del franquiciante y sus antecesores.
- * Identidad y experiencia en los negocios de los ejecutivos y directores.
- * Historia de Litigios
- * Pago inicial para las franquicias.
- * Costos y honorarios adicionales.
- * Inversión inicial del franquiciatario.
- * Requisitos para comprar o alquilar de los recursos asignados.
- * Requisitos para comprar a proveedores aprobados.
- * Acuerdos para la financiación del franquiciatario.
- * Obligaciones del franquiciante.
- * Protección de territorios.
- * Marcas registradas, nombres comerciales y marcas de servicios.
- * Patentes y derechos de autor.
- * Requisitos solicitados al franquiciatario para operar el negocio.
- * Restricciones en la venta de bienes y servicios.
- * Renovación, cancelación o cesión de la franquicia.
- * Promoción de una persona pública.
- * Declaración de ingresos (opcional).
- * Nombres, direcciones y teléfonos de franquiciatarios actuales y anteriores.
- * Estados financieros.
- * Copias del contrato de franquicia y de otros contratos y acuerdos.

Por la omisión o adulteración material de la información contenida en la UFOC o en el reglamento de la FTC, un franquiciante podrá ser severamente sancionado sin

importar si lo hizo de manera intencional o accidental. El monto por la infracción puede llegar hasta 10,000 dólares por violación.⁷

Por último, es importante establecer que los norteamericanos siguen debatiendo la posibilidad de crear mecanismos jurídicos aún más eficientes de los que ya poseen.

Por ejemplo en 1992, el congresista **John LaFalce**, tras echar un vistazo muy cuidadoso a la industria de las franquicia y de elaborar un amplio reporte sobre la materia, decidió presentar 2 iniciativas de ley⁸ ante el Congreso con el fin de subsanar las deficiencias del sistema y detener muchos de los principales abusos a los que son sometidos los franquiciatarios.⁹

Desgraciadamente, las iniciativas de **LaFalce** no fueron aprobadas en ese momento, pero esto no quiere decir que estas no fueran tomadas en cuenta para la elaboración de los nuevos proyectos legislativos que próximamente se presenten ante el Congreso.

5.1.3 LA CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA EN EE.UU.

En Estados Unidos al igual que en otros países, la mayoría de los contratos de franquicia contienen disposiciones por medio de las cuales el franquiciatario acuerda no competir con el franquiciante a la terminación del contrato. Casi todas estas cláusulas prohíben al franquiciatario ejercer actividades de competencia en la misma unidad franquiciada o en las cercanías. De hecho, frecuentemente la disposición contractual va mucho más allá, pues obliga al franquiciatario a no competir cerca de otra unidad franquiciada o de alguna tienda propiedad de la compañía.

La justificación de los convenios de no competencia tiene sus raíces en la ley básica del contrato. Como sociedad, la jurisprudencia estadounidense respeta la santidad de los contratos. Si dos personas acuerdan que uno, no competirá con el otro al término de una relación de negocio, las Cortes respetaran el acuerdo. De hecho,

⁷ BORIAN, Donald, " Las Ventajas del Franchising ": Ed Macchi, Buenos Aires 1993, pp. 104.

⁸ Estas leyes fueron: La Ley Federal de las Franquicias y de Protección al Consumidor y la Ley Federal de Practicas Limpias de Franquicia.

⁹ PURVIN, Robert, " Fraude en las Franquicias ": Ed. Cecs, México 1997, pp. 200.

muchos estados impiden la obligatoriedad de la cláusula de no competencia debido a que el derecho de los ciudadanos al trabajo es una política pública dominante.

Los pros y los contras de los convenios de no competencia en los contratos de franquicia son temas bastante oscuros. De hecho, hay una gran división en relación a la obligatoriedad de los convenios de no competencia en los Estados Unidos. Cada Estado permite dichos convenios en determinadas circunstancias, pero por razones de política pública, muy pocas jurisdicciones respetarán una cláusula de no competencia que impida a un individuo ganarse la vida.

Sin embargo, con excepción de California, virtualmente cada estado hará obligatoria una disposición de no competencia en un acuerdo de franquicia, advirtiendo que la cláusula es razonable en tiempo y distancia. Esto significa que un franquiciatario que desea la terminación puede impedírsele competir con su franquiciante dentro de un radio razonable a partir de la localización de la franquicia y por un periodo determinado (por lo general no más de 2 años).

5.1.4 ALGUNAS RESTRICCIONES IMPUESTAS A LOS FRANQUICIADORES

Las leyes que defienden la libre Competencia Economica en los Estados Unidos son sumamente rijidas y explicitas ya que son la base fundametal de su modelo neoliberal.

En relación a la franquicia y para la sorpresa de muchos, son muy pocos los empresarios americanos que son concientes de que los franquiciantes tienen prohibido fijar los precios. Los franquiciantes pueden sugerir ciertos precios al menudeo a sus franquiciatarios, pero las leyes sobre restricción al comercio le prohíben establecer una lista de precios para todo sus sistema. Para la mayoría franquiciantes, éste sólo es un problema secundario pues consideran que los propietarios locales, más cercanos al consumidor, están mejor capacitados para ajustar los precios de acuerdo con las exigencias del mercado y la competencia. Sin embargo, hay sectores donde el precio refleja la calidad y la imagen del producto. En ellos, un descuento equivale a destruir la imagen del producto y la lealtad de los consumidores. Sin contar que se corre el

riesgo de desencadenar una guerra de precios que acabe por menguar los ingresos totales del sector.¹⁰

De manera similar, en una franquicia con el típico formato de negocio, los franquiciantes no pueden obligar a los franquiciatarios a que les compren todos sus productos de forma exclusiva. Podrán poner sus productos a disposición de los franquiciatarios y recomendarles por todos los medios que se los compren, pero no podrán exigirles que lo hagan a la fuerza, salvo que hayan utilizado algunas técnicas contractuales para controlar la calidad del producto franquiciado.

Existen tres técnicas para escoger:

- I. Designación de Proveedor: si el producto abastecido es de primordial importancia para el negocio franquiciado, sobre todo cuando se trata de decisiones subjetivas de sabor, entonces el franquiciante puede nombrar a un proveedor al que el franquiciatario deberá comprar sus productos.
- II. Aprobación del Proveedor: si el producto – aunque sea importante – implica un control menos estricto sobre el proveedor o está más abierto a una evaluación subjetiva, entonces el franquiciante puede optar por elaborar una lista de los posibles proveedores en la cual cada franquiciatario podrá escoger el que más le convenga.¹¹
- III. Emisión de las Especificaciones: este se utiliza cuando no se requiere un análisis subjetivo y cuando es posible encauzar a los franquiciatarios por medio de directrices escritas para que compren a cualquier proveedor cuyos productos o servicios cumplan determinados requisitos.

¹⁰ RAAB, Steven, MATUSKY Gregory, " Franquicias: Como Multiplicar su Negocio ": Ed. Limusa, México 2002, pp. 139.

¹¹ Al igual que en el caso de los proveedores designados, el franquiciante puede meterse en dificultades de carácter legal si obliga a sus franquiciatarios a comprar a los proveedores aprobados a fin de obtener un beneficio económico para si mismo.

Para concluir, las restricciones también llegan a afectar las promociones. Un franquiciante puede gastar millones de dólares en desarrollar una nueva promoción, sólo para encontrarse con que algunos de sus franquiciantes se niegan a participar en ella. Como franquiciante, no hay forma de que los obligue a participar. Por ello, muchos anuncios de productos y servicios que se venden a través de franquicias limitan la oferta con una leyenda que dice " sólo con los franquiciatarios participantes " .

Como se puede observar, la legislación sobre la restricción al comercio en los Estados Unidos puede llegar a obstaculizar seriamente muchas de las condiciones habituales en la contratación y operación de las franquicias, por considerarlas contrarias a las normas de la competencia.

5.1.5 ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE FRANQUICIAS (IFA)

Los franquiciantes más sólidos de Estados Unidos pertenecen a esta poderosa asociación comercial fundada en 1960 por **William Rosemberg** y otros pioneros que tenían la visión de lo que era y de lo que podría ser el sistema de franquicias .

Actualmente, es la primera Organización de franquicias en el mundo y su código de ética representa un modelo de integridad al que todo franquiciador debe apegarse. Además ofrece una variedad de servicios que no pueden encontrarse en ningún otro sitio, inclusive ferias comerciales, programas educativos, publicaciones importantes y un grupo de profesionales en franquicias que ayudan y asesoran a sus miembros y al público en general.¹²

5.1.6 LA ASOCIACIÓN NACIONAL DE FRANQUICIATARIOS (AAFD)

Como consecuencia inmediata de la formación de la IFA, un grupo de franquiciatarios tuvieron la idea de crear un organismo similar a esta asociación con la única diferencia de que los intereses a defender serían los suyos y con esto buscarían el contrarrestar la enorme fuerza de los franquiciantes

¹² Ver www.franchiseorg./spanishfacts.asp Fecha de consulta octubre 23 de 2003.

La primera asociación de la que se tiene noción fue la asociación independiente de franquiciatarios de McDonalds, la cual fracasó rotundamente pero sentó las bases para que se crearan otras nuevas asociaciones que lucharan por sus derechos.

Actualmente, existen varias asociaciones en los Estados Unidos, pero la que se considera más importante es la Asociación Estadounidense de Franquiciatarios y Distribuidores (AAFD). Esta asociación se ha destacado por promover distintos criterios para la selección de franquicias y se ha abocado al reconocimiento de la Declaración de los Derechos del Franquiciatario dentro de los cuales destacan por su ingenio y novedad los siguientes:

- *El derecho a una igualdad en los negocios franquiciados.
- * El derecho a una información completa por parte del franquiciante.
- * El derecho a la resolución local de las disputas y la protección de las Leyes y de las Cortes que rijan en la jurisdicción del franquiciatario.
- * Un derecho razonable para renovar la franquicia y el derecho para no enfrentar la terminación a no ser que exista una causa por ello.
- * El derecho recíproco de terminar el contrato de franquicia por una causa razonable y justa.
- * El derecho de competir a la post - terminación.

Con este tipo de asociaciones los franquiciatarios están comenzando a ver que una fuerte integración entre ellos puede generar el anhelado equilibrio necesario para recobrar la justicia y la equidad en la industria de la franquicia. De hecho, su mayor reto es lograr una fuerza política sustancial para generar una legislación protectora bastante fuerte.¹³

¹³ PURVIN, Robert, " Fraude en las Franquicias ": Ed. Cecs, México 1997, pp. 260.

5.2 ESPAÑA Y EL CÓDIGO DEONTOLÓGICO DE LA FRANQUICIA EUROPEA

5.2.1 ESPAÑA Y SU LEGISLACIÓN CONCRETA SOBRE FRANQUICIAS

La franquicia surgió en España en los años 70 cuando entraron las grandes cadenas franquiciadoras y desde entonces su crecimiento al igual que en México ha sido espectacular. Según datos publicados por la Asociación Española de Franquiciadores, el número de franquicias superaba las 560 en el año 2000, con más de 25,000 establecimientos y una facturación que representaba aproximadamente el 5% del total del comercio minorista.

Ahora, pese a la difusión de la franquicia como sistema de cooperación comercial, no existe en el derecho positivo español una disposición expresa relativa a estos contratos en si. Solo cabría aludir a los principios y disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio que se refieren al perfeccionamiento de los contratos y a la autonomía de la voluntad de las partes, tales como los artículos 1255, 1258 y 1278 del Cc y 51 y 52 del Código de comercio.¹⁴

Esto no significa, desde luego, que la franquicia no haya merecido la mínima atención del legislador. Existen diversas disposiciones que, expresamente, se refieren al contrato de franquicia. Pero lo cierto es que la aproximación del legislador hacia este contrato ha sido siempre parcial, tratando de regular aspectos específicos de la relación y con la finalidad de proteger un interés muy concreto.

Dentro de esta aproximación parcial del legislador al sistema de franquicia encontramos los siguientes ordenamientos:

- a) El artículo 62 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista define los acuerdos de franquicia como “ la actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada

¹⁴ Ver www.delitosinformaticos.com/trabajos/franquicias5.htm Fecha de consulta 27 de octubre de 2003.

franquiciada, el derecho de explotación de un sistema propio de comercialización de productos y servicios.

b) El Real Decreto 2485/1998 que desarrolla el artículo 62 antes mencionado y crea el Registro de franquiciantes. Este dispositivo obliga al franquiciante a hacer entrega al franquiciatario de la información precontractual, que consiste en informar por escrito y con una antelación de al menos 20 días a la firma de cualquier pacto o cualquier clase de pago, sobre los aspectos esenciales de la relación jurídica. También establece que en caso de incumplimiento de la obligación de inscripción en dicho registro, el franquiciante infractor se hará acreedor de una fuerte sanción económica.

También serán aplicables las siguientes Leyes:

c) Ley 32/1988, de 20 de noviembre, de marcas y la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes, puesto que es habitual la inclusión en los contratos de franquicia, cláusulas relativas a la cesión y al uso de tales derechos de propiedad intelectual.

d) El reglamento (CE) No 2790/1999 de la Comisión recoge en el artículo 5 las cláusulas de no competencia que son compatibles con la exención prevista en esta norma. Respecto a la limitación de la competencia durante la vigencia del contrato de franquicia, el apartado a) autoriza el empleo de este tipo de cláusulas cuando su duración no exceda de 5 años. En cuanto a la limitación de la competencia tras la extinción del contrato de franquicia, el apartado b) de este artículo autoriza cualquier obligación que prohíba al franquiciatario desarrollando su actividad, siempre que esta obligación: se refiera a bienes o servicios que compitan con los contractuales, sea indispensable para proteger conocimientos técnicos transferidos por el franquiciante al franquiciatario y no exceda de un año tras la expiración del acuerdo.

Otro aspecto que llama la atención es que la Jurisprudencia Española a raíz de controversias suscitadas en el pasado, ha elaborado una definición sumamente

completa sobre la franquicia y es la siguiente:

STS de 27 de septiembre de 1996 (R.Ar.6646): Declara el alto Tribunal que “ desde un punto de vista doctrinario ha sido definida a la franquicia como aquél contrato que se celebra entre dos partes jurídica y econonómicamente independientes, en virtud del cuál una de ellas (franquiciador) otorga a la otra (franquiciatario) el derecho de utilizar bajo determinadas condiciones de control, y por un tiempo y zona delimitados, una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios del franquiciatario, contra entrega por éste de una contraprestación económica ” [definición reiterada en STS de 30 de abril de 1998 (R.Ar.3456) y STS de 2 de octubre de 1999 (R.Ar. 7890)].¹⁵

Ahora bien, a pesar de que en los últimos años la franquicia en España ha experimentado un gran crecimiento, hasta el momento no se han solucionado dos de sus principales problemas, como son la falta de financiamiento y su escasa regulación y control legal. Tal es así que en caso de un enfrentamiento legal entre ambas partes, resulta muy difícil procesar a alguna de ellas.¹⁶ Por lo mismo se hace necesario al igual que en México, una regulación que no deje al contrato al libre albedrío de las partes, que evite cláusulas abusivas y que refleje claramente, las obligaciones y derechos de las partes.

5.2.3 CÓDIGO DEONTOLÓGICO EUROPEO DE LA FRANQUICIA

España es miembro de la Unión Europea y por lo tanto se adherido a la mayoría de Tratados, Códigos y Leyes que se han elaborado para mejorar diversas situaciones económicas, sociales y políticas de la región.

La **Federación Europea de Franquicias** (EFF), constituída en 1972 con el fin de estudiar detallada y objetivamente la relación de franquicia, promocionarla como alternativa de negocio y defender los intereses de sus integrantes, elaboró el Código

¹⁵ LÁZARO SANCHEZ EMILIO, “ El Contrato de Franquicia: Aspectos Básicos ”: Ed. Universidad de Múrica, Múrica 2000, pp. 96.

¹⁶ Ver www.conferco.es/franquic/franpas1.htm Fecha de consulta 20 de octubre de 2003.

Deontológico Europeo de la Franquicia para reflejar la conducta que deben seguir los usuarios del sistema de franquicias en Europa. Su pretensión no es sustituir la normativa vigente, sino orientar a los franquiciatarios sobre las pautas de comportamiento que deben seguir, así como de servir de recuerdo y guía a los ya implantados.

Los miembros adheridos a la **EFF** aceptan el código y se comprometen a no modificarlo de ninguna manera. Sin embargo, no se descarta la posibilidad de que las diferentes naciones integrantes, dadas sus características diferentes, establezcan cláusulas específicas (que nunca podrán ser contradictorias a lo establecido en el Código).

El Código Deontológico Europeo de la Franquicia entro en vigor el 1 de enero de 1991.¹⁷

Dentro de las disposiciones más interesantes que se encuentran en este ordenamiento en relación a las obligaciones de las partes están las siguientes:

- El franquiciante deberá haber explotado con éxito un concepto de negocio, durante un período de tiempo razonable, y, como mínimo, una unidad piloto antes de poner en marcha la red de franquicia.

- El franquiciatario deberá suministrar datos operativos verificables para poder determinar el funcionamiento de la franquicia y los estados financieros necesarios para orientar una gestión efectiva, y permitir al franquiciante o a su representante el acceso a sus locales y a su documentación, a petición del franquiciante y en momentos razonables.

- La publicidad para la capacitación de franquiciatarios individuales deberá estar libre de ambigüedad y de manifestaciones engañosas.

¹⁷ ESPALIAT CANU, Mauricio, ESPALIAT PLANAS Patricia, " Franquicia: Una Alternativa de Trabajo Independiente ": Ed. Windsor ,Madrid 2002, pp. 135.

- El franquiciante puede imponer cláusulas de no competencia o de confidencialidad para proteger su know-how y su identidad.
- El contrato de Franquicia deberá ajustarse a la legislación nacional, a la legislación comunitaria europea y al Código Deontológico.
- Todos los contratos y acuerdos contractuales vinculados a la relación de franquicia deberán ser redactados (o traducidos en su caso por un traductor jurado) en la lengua oficial del país donde el franquiciatario individual esté establecido.

Dentro de los puntos esenciales mínimos del contrato de franquicia según el Código son interesantes los siguientes:

- Productos o servicios a suministrar al franquiciatario
- Duración del contrato, la cuál deberá ser suficiente para permitir a los franquiciatarios individuales amortizar sus inversiones iniciales específicas en la franquicia.
- Bases para cualquier renovación del contrato.
- Derecho del franquiciante a adaptar el sistema de franquicia a métodos nuevos o modificados.
- Disposiciones para la terminación del contrato y para la entrega inmediata, a la terminación del contrato de franquicia, de todo bien tangible o intangible que pertenezca al franquiciante o a otro titular del mismo.

5.3 ARGENTINA

Aún no se ha establecido una regulación específica en este país, por lo que las partes se encuentran sumamente desprotegidas. Su única defensa parte del principio establecido en el artículo 1197 de su Código Civil que establece que los contratos son

ley inquebrantable para las partes. Esta disposición da pie ciertamente a que se cometan abusos y ventas de negocios que no están preparados, salvo en apariencia para ser franquiciados.

Sin embargo, el hecho de que la franquicia no esté regulada en la República de Argentina, no quiere decir que no exista legislación que lo afecte de alguna manera. Existen las leyes sobre tecnología, marcas o patentes, arriendos comerciales, giros de divisas, moneda extranjera, formas societarias, propiedad para extranjeros, propiedad intelectual, legislación fiscal y legislación laboral, además de opiniones dispares de alcance de la legislación sobre responsabilidad por productos defectuosos o de quiebra y jurisprudencia conflictiva, sobre responsabilidad laboral del franquiciante.¹⁸

5.3.1 LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE FRANQUICIAS Y SU CÓDIGO DE ÉTICA

La **Asociación Argentina de Franquicias**, entidad privada creada en el año de 1988, tiene en vigencia desde 1991 un Código de Ética, el cuál suple de alguna manera la ausencia legal sobre este precepto y fija ciertas normas para el funcionamiento de esta actividad comercial.

Las empresas que desean ingresar como socios a esta Asociación, están obligados a cumplir con algunos requisitos, como por ejemplo, tener una marca registrada de una franquicia nacional o internacional, poseer un local piloto en donde opere el franquiciante y garantice así el éxito de la relación entre ambas partes, tener un manual de operación y entrenamiento, firmar un contrato de franquicia y brindar capacitación y asistencia a sus franquiciatarios.¹⁹

Todas estas normas son de jurisdicción voluntaria por lo que la infracción a alguna de ellas son básicamente morales y, en última instancia, sólo conducen a la expulsión del miembro que las infringió de las Asociación.

¹⁸ GONZALES CALVILLO, Enrique y Rodrigo, " Las Franquicias la Revolución de los 90 " :Ed. Mc Grawhill, México 1994, pp. 35.

¹⁹ Ver www.guiaburzaco.com.ar/FRANCHISING.htm Fecha de consulta 29 de octubre de 2003.

Por otro lado, con el fin de la protección del mercado y del sistema la **AAF**, ha implementado el lanzamiento de un sello de calidad otorgado aquellas franquicias que acrediten una serie de especificaciones. El otorgamiento de esta insignia conferirá al franquiciante el derecho de exhibirlo en sus locales, en su publicidad y en sus elementos de promoción, lo que les permitirá poner en conocimiento del público y de los franquiciatarios que la empresa cuenta con respaldo y control de la asociación por haber desarrollado una franquicia en forma seria, ética y profesional.²⁰

5.3.2 LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA FRANQUICIA EN ARGENTINA

Las primeras franquicias que se establecieron en Argentina pertenecían a empresas extranjeras. Según datos del sector, en la década de los 90 de cada 10 franquicias que existían, 9 correspondían a marcas internacionales y solo 1 era local. Hoy, algunos años más tarde, la tendencia se revirtió: para la misma cantidad de referencia, 7 franquicias son nacionales y las extranjeras bajaron a 3.²¹

La razón de estos cambios estadísticos se debió principalmente a la profundización de la crisis Argentina y a la vertiginosa devaluación que sufrió su moneda a partir de diciembre del 2001. Esta delicada situación forzó a las franquicias a retroceder el poco camino ganado y a replantearse nuevas estrategias para defenderse de la recesión y seguir creciendo con creatividad.

Lo primero que se planteó fue la necesidad de exportar sus marcas al exterior ya que la inestabilidad político- económica, junto a la caída del consumo, hacían de este país un mercado sumamente débil. Por lo tanto surgieron varios proyectos exportadores que están apunto de cristalizarse en países como México, Brasil y España.

En relación a las marcas extranjeras, muchas de ellas se fueron a pique debido a la imposibilidad de los franquiciatarios en pagar las regalías y otras cuotas en monedas duras. Lo que tuvo un impacto positivo en la industria nacional por que está

²⁰ Idem.

²¹ Ver Rankin 2001 de Franquicias en la Argentina, Franchising Magazine, Nro 26)

se fortaleció y sirvió como incentivo para que los argentinos crearan sus propias franquicias, las cuales están teniendo un gran éxito.²²

Actualmente hay 370 franquicias operando en aproximadamente 12,000 establecimientos y los especialistas pronostican que este sector va continuar creciendo ya que representa una excelente alternativa para todos aquellos argentinos que quieran incrementar su dinero.²³

5.4 BRASIL

5.4.1 ANTECEDENTES

El caso brasileño, es, sin duda, uno de los más interesantes y del cual más podemos aprender en México y América latina. De entrada, las franquicias en Brasil surgieron de una forma muy distinta a la de los demás países que importaron sus primeras franquicias de Estados Unidos. Esto se debió a que las franquicias extranjeras fueron desalentadas a entrar en este voluminoso mercado por controles de divisas sumamente estrictos que restringían la salida de regalías y dividendos. Por ello, se produjo un fenómeno parecido al del mercado norteamericano de la posguerra, en el que, ante la falta de tecnología del exterior, los brasileños desarrollaron la propia.

A mediados de los cincuenta Brasil ya contaba con 3 franquiciantes que operaban de acuerdo con esquemas de primera generación. Actualmente este país cuenta con más de 900 franquicias de alta complejidad de las cuales solo el 10% son de origen extranjero lo que lo convierte en el segundo mercado mundial de franquicias después de Estados Unidos.

El gran auge de las franquicias en este país se produjo a mediados de la década de los ochenta después de un crecimiento muy paulatino. Este estallido no sólo se produjo en términos de volúmen, sino también en cuanto a calidad y tecnología de las franquicias locales, lo cual habla de la madurez de este mercado.

²² Ver www.pcram.com.ar Fecha de consulta 22 de octubre de 2003

²³ Ver www.tormo.com/franquiciados/información/datos/mundo.asp Fecha de consulta 22 de octubre de 2003

Esta consolidación trajo como consecuencia que hoy exista una gran variedad de franquicias brasileñas fuera de su territorio. Algunas en Estados Unidos, otras en Portugal, Japón y México. La mayoría de estas franquicias son del ramo alimentario, representadas por las llamadas churrasquerías, además de algunas en el ramo del vestido y de la cosmetología.²⁴

Según **William LeSante**, director gerente de la consultoría LeSante Internacional " Las franquicias brasileñas se han puesto a nivel de las norteamericanas y además generan ventas de unos US\$ 7,000 millones anuales".²⁵

5.4.2 LA LEGISLACIÓN

El 15 de abril de 1997, el Instituto Brasileño de Propiedad Industrial emitió la disposición 135/97, que estableció las normas para la aprobación de un acuerdo de franquicia. A su vez la ley 8955, del 15 de diciembre de 1994, dispuso la entrega obligatoria, a cualquiera que se postule para franquiciatario, de una circular de oferta de franquicia (COF).

La COF debe ser proporcionada al candidato de la franquicia al menos 10 días antes de la ejecución del contrato del acuerdo de franquicia o de un precontrato de franquicia o del pago de cualquier suma de dinero.

El contrato de franquicia debe ser firmado ante dos testigos y su validez no depende de un registro ulterior. Los contratos firmados en el extranjero deben ser también registrados en Brasil, a efectos de su publicidad frente a terceros.

Es interesante destacar que la falta de entrega de la información correspondiente al franquiciatario, o su falsedad, provocan la nulidad de la relación, con la consiguiente obligación del franquiciante de devolver al franquiciatario las sumas ya pagadas por éste con interés a una tasa módica (caja de ahorro).

²⁴ GOZALEZ CALVILLO, Enrique y Rodrigo, " Franquicias: La Revolución de los 90 ": Ed. Mc Grwaw Hill, México 1991, pp. 53.

²⁵ Ver www.latintrade.com/newsite/esp/content/archives.cfm?StoryID=1656 Fecha de consulta 28 de octubre de 2003.

Dentro de las muchas previsiones que exige el art 3º de la ley 8995 destacan las siguientes:

- * Antecedentes del franquiciante, denominación y forma social de éste y de todas las empresas que estén vinculadas con él.
- * Resultados financieros y balance de los dos últimos ejercicios del franquiciante.
- * Indicación de los juicios que mantiene el franquiciante, sus empresas controladas y titulares de marcas relativas a la operación de la franquicia.
- * Detalle de las inversiones destinadas a la implementación del sistema. Monto de los derechos de ingreso, monto de las instalaciones en mercaderías, otras inversiones y pagos a la fecha de entrada en operación de la franquicia.
- * Detalle de las regalías periódicas o por servicios o alquileres de los equipos.
- * Indicación del territorio o zona geográfica de actuación del franquiciatario.
- * Situación del franquiciatario después de la terminación del contrato.

Es interesante destacar que la ley brasileña ha estado en vigor por más de 8 años, y se ha propiciado su reforma por una comisión ad hoc que sugirió cambiar ciertas reglas, que se muestran continuación:

- * Destacar la inexistencia de una relación de empleo entre el franquiciante y el franquiciatario.
- * Requisito de, al menos dos años de experiencia en la franquicia para evitar la venta de negocios no probados.

* Ampliación de la red de franquiciatarios que cubra los 24 meses anteriores a la oferta de franquicia.

* El Código Fiscal brasileño prevé que las sumas que excedan el 1% por regalías no son deducibles. La norma propone que la totalidad del pago sea deducible.²⁶

5.2.3 El Fracaso de las Franquicias Extranjeras en Brasil: Caso MacDonalds

En Brasil hay varios ejemplos de fracasos de franquicias extranjeras que están poniendo seriamente en duda la viabilidad de este modelo comercial que antes se vendía como infalible. El fracaso de marcas tan importantes como Kentucky Fried Chicken o más recientemente los problemas financieros en los que se ha visto envuelto MacDonalds significan un punto de alerta al que todo mundo debe poner atención.

Algunos autores coinciden que las principales razones del fracaso de estas franquicias, fueron fundamentalmente la dificultad de alcanzar economías de escala necesarias para hacer rentable un sistema bastante sofisticado, o el error en la elección del franquiciante maestro, pero ninguno de ellos menciona que la responsabilidad pudo haber sido de errores o abusos cometidos por las propias franquicias internacionales.

En el caso de MacDonalds, según el **Wall Street Journal** una tercera parte de los franquiciatarios de esta cadena en Brasil, han demandado a la compañía tras atravesar dificultades durante varios años en una economía altamente volátil. Entre otras cosas los franquiciatarios acusan a MacDonalds de cobrar en exceso por la renta y debilitar su negocio al abrir demasiados locales (canibalismo).

Como antecedente, MacDonalds llegó a Brasil en 1979, pero fue a mediados de los 90 cuando aumentó su presencia, atraída en parte por una aparente estabilidad económica. De hecho, durante un tiempo, el éxito de la cadena fue tal, que a mediados del 2000, tenía 500 restaurantes, y era el principal empleador de aquel país.

²⁶ MAZAROTI, Osvaldo, "Franchising": Ed. Astrea, Buenos Aires 2001, pp. 168.

Los conflictos comenzaron en enero de 1999, cuando una importante devaluación de la divisa brasileña cambió el panorama económico de la noche a la mañana. Tanto así que los precios de los ingredientes vinculados al dólar, como el pan y la carne, aumentaron drásticamente, y las franquicias vieron como sus márgenes de utilidades prácticamente se evaporaban y sus préstamos bancarios se inflaban.

Con una tasa de desempleo del 13% y un descenso de los ingresos reales del 30% desde finales de los 90, MacDonaldis pasó a ser un lujo para los brasileños de la clase trabajadora.

Fue así, como fastidiados de años de malos resultados y de una gerencia local rígida, 37 de las 109 franquicias en Brasil demandaron a la cadena, argumentando el no generar utilidades por mucho tiempo debido al excesivo pago de rentas, regalías, marketing, publicidad y otras cuentas. Los dueños de las franquicias manifestaron además que la compañía les cobraba como promedio el equivalente al 17% del bruto de las ventas, en contraposición con el 7% que cobra en Estados Unidos.

Varios franquiciatarios también acusaron a MacDonaldis de aniquilar sus negocios con una expansión agresiva. Afirmando que la cadena de hamburguesas había saturado el mercado de la región al abrir puntos de venta prácticamente pegados.

27

El panorama de MacDonaldis no es nada alentador, lo que resulta irónico al haber constituido la cabeza del sector de franquicias en América Latina por muchos años. Las pérdidas económicas y los problemas legales en los que se ha visto inmiscuido reflejan que el sistema de franquicias no es del todo invulnerable.

²⁷ Periódico The Wall Street Journal. 21 de octubre de 2003.

5.5 ALGUNOS ORGANISMOS INTERNACIONALES RELACIONADOS CON LA FRANQUICIA

5.1 EL INSTITUTO PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (UNIDROIT)

La necesidad de uniformar normas y criterios en materia mercantil internacional impulso a que el **UNIDROIT** reconociera la importancia del contrato de franquicia y se aventurara a elaborar en 1998 una Guía para los Acuerdos Internacionales de Franquicia Principal que consta de 20 capítulos.

Posteriormente, en enero de 1999, el Consejo Directivo y la Asamblea General de dicho organismo, comenzaron a preparar un proyecto de ley modelo sobre la franquicia en general, el cuál entro en vigor en el 2001.

Esta ley se limita a exigir el suministro de información precontractual. Requiere a los franquiciantes que proporcionen a los posibles franquiciatarios la información que estos necesitan para evaluar la franquicia que se les ofrece.²⁸

Dentro de las disposiciones más interesantes de este ordenamiento están las siguientes:

- Definiciones de los conceptos utilizados en el texto, incluyendo una extensa definición sobre el concepto de franquicia.
- La obligación por parte del franquiciante de proporcionar un documento informativo a cada candidato, con 14 días de antelación a la fecha de la firma del contrato, o de cualquier pago relacionado con la adquisición de la franquicia.
- La información debe ser suministrada por escrito.

²⁸ MAZAROTI, Osvaldo, " Franchising ": Ed. Astrea, Buenos Aires 2001 pp. 191.

- Casos en el que el franquiciante esta exento de la obligación de informar.
- Describe con detalles la información que el franquicante le debe suministrar al posible franquiciatario como : experiencia comercial del franquiciante, información sobre cualquier procedimiento de quiebra, tratamiento de las ganancias u otros beneficios, naturaleza y alcance de los derechos exclusivos otorgados, limitaciones impuestas al franquiciatario, obligaciones de no competencia, comisiones, restricciones o condiciones con relación a los bienes o servicios que el franquiciatario puede vender etc.
- El idioma en el que se va redactar el documento informativo.
- Recursos de que dispone el franquiciatario en caso de que el franquiciante no entregue el documento informativo dentro del plazo fijado, o de que este documento contenga falsedad u omisión respecto de un hecho significativo.
- Plazos dentro de los cuales debe ejercerse el derecho de rescisión ²⁹

Actualmente existe un debate sobre la verdadera necesidad de esta ley modelo; ya que están a su favor algunos países que propugnan que es conveniente un régimen universal unificado, pero también existen otras naciones que prefieren dejar a cada legislación un régimen propio, en particular, para un convenio que no tiene caracterización específica en múltiples jurisdicciones. ³⁰

5.1.2 LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI)

La OMPI es una organización intergubernamental creada en 1967 con el objeto de promover la protección de la Propiedad Intelectual en el mundo. En 1974 se transformó en un Organismo Especializado de la ONU y recibió el mandato de

²⁹ Ver <http://www.unidroit.org/english/franchising/modellaw/modellaw-e.pdf> Fecha de consulta 1 de noviembre de 2003.

³⁰ MAZAROTI, Osvaldo, " Franchising ": Ed. Astrea, Buenos Aires 2001 pp. 191.

administrar los asuntos de propiedad intelectual reconocidos por los Estados miembros de dicha organización.

Ahora bien, siendo que la Franquicia contempla diversos aspectos pertenecientes a la propiedad Intelectual, la OMPI ha establecido 3 elementos que debe contener esta relación comercial para fungir como tal y estos son:

- 1.- Licencia para utilizar el sistema
- 2.- Relación interactiva continúa.
- 3.- El derecho del licenciante a establecer la forma de operar el negocio.³¹

Además esta Organización cuenta desde 1994 con un Centro de Arbitraje y Mediación que ofrece sus servicios a toda controversia internacional comercial entre partes privadas en el campo de la tecnología, el espectáculo y otros litigios en materia de propiedad intelectual a escala mundial³², por lo que se puede pactar en los contratos de franquicia que en caso de que se presente una disputa legal esta se ventile ante la OMPI.

³¹ Ver <http://www.geocities.com/itsfranchising/ARTICULO.HTML> Fecha de consulta 2 de noviembre de 2003.

³² Ver <http://arbitr.wipo.int/center/index-es.html> Fecha de consulta 2 de noviembre de 2003.