

REFLEXIONES SOBRE EL CONTRATO DE FRANQUICIA: CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL Y DIFERENCIAS CON FIGURAS JURÍDICAS SIMILARES

Alfredo Silva-Santisteban Díaz*

El contrato de franquicia ha evolucionado favorablemente en los últimos años con un crecimiento sostenido en nuestro país. Su no regulación legislativa actual contribuye a facilitar el proceso de intercambios entre las empresas contratantes. El artículo analiza si se le considera un contrato de colaboración empresarial y revisa las principales diferencias con otras modalidades contractuales. El énfasis se concentra en la importancia de valorizar la autonomía de la voluntad como generadora de derechos con contenido económico.

El Perú hoy en día sigue siendo considerado un referente macroeconómico en esta región de América. Es cierto que ha habido cierto letargo en las inversiones al carecer de un Estado que lidere procesos que faciliten los intercambios de bienes y servicios. Lo evidente es que una economía de mercado requiere de agentes económicos que en uso de su “libertad contractual” puedan establecer libremente el contenido y los términos contractuales de sus contratos.

Uno de los contratos que han alcanzado gran importancia en el mundo empresarial peruano es el de franquicia. Ha dinamizado la economía y ha sido fuente generadora de empleo. Es uno de los modelos de expansión de negocios más utilizados y al empresario le permite

Revista de Economía y Derecho, vol. 11, nro. 41 (verano de 2014). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica. Máster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima, profesor de la UPC.

fortalecer su marca, incrementar las ventas e incursionar en nuevos mercados nacionales e internacionales.

El contrato de franquicia se desarrolla en todo el mundo y se caracteriza por ser un modelo probado de negocio que establece una relación bilateral entre franquiciante y franquiciado, tiene características propias y diferenciadas de otros tipos de contratos como el de licencia comercial de *know-how* y licencia de uso de marca. Ocurre que muchos negocios aún no están en condiciones de franquiciarse ni tienen sus marcas consolidadas e imitan su formato, sin que ello llegue a consolidarse como un contrato de franquicia propiamente.

El presente artículo reflexiona sobre los elementos principales de los contratos de franquicia para comprender sus diferencias con la licencia de uso y la asistencia técnica entre otros. Es valioso mencionar que gran parte de la evolución y ventaja del contrato de franquicia es consecuencia de que no se encuentra regulado por ninguna norma legal, lo cual le confiere amplia voluntad a las partes para determinar las reglas del vínculo legal que establecen. En todos los países donde se ha producido un *boom* de franquicias, la regulación ha sido la parte final del proceso.

1. ¿Es el contrato de franquicia un contrato de colaboración empresarial?

La palabra ‘contrato’ viene del latín *contractus*, que se deriva de la palabra *contrahere*, que significa ‘concertar’, ‘lograr’ y que se consolida con la manifestación de voluntad de las partes. Fue Thomas Hobbes (1588-1679) quien estableció una de las primeras teorías contractualistas en su obra *Leviatán* (1651). Sentó las bases del concepto que luego desarrollaría Jean-Jacques Rousseau: la necesidad de crear un contrato social que establezca la paz entre los hombres.

En aquella época se discutía sobre si el rey o el Parlamento debían ocupar la soberanía y por ello sostiene que el orden político es el resultado de un acuerdo entre las partes, una convención, “la mutua transferencia de derechos es lo que los hombres llaman contrato”¹. Es pues necesario crear un orden, que parte del hecho de que la naturaleza humana es un instinto de conservación que cada uno tiene derecho a conservar. Si aplicamos este análisis al contrato de franquicia entendida como una relación contractual, comercial y jurídica entre el fran-

quiciante y el franquiciado que fundamentalmente se basa en la confianza mutua, recíproca, no hay duda de que estamos ante un contrato de colaboración empresarial, bilateral y de prestaciones recíprocas. En esta línea de análisis, es un contrato que se rige por las normas del Código Civil.

El filósofo alemán Immanuel Kant (1724-1804) distingue entre moral y derecho y reafirma el concepto de la voluntad como supremo valor ético. El fundamento de la moralidad es el puro respeto al deber, el acto humano está en el interior del mismo sujeto. La voluntad es el supremo valor ético.

Esta voluntad origina la celebración de convenciones y que son reglas entre las partes, y que una vez perfeccionada tiene fuerza de ley entre las partes.

Por su parte, el magistrado italiano Francesco Messineo señala que los contratos asociativos pueden ubicarse en los contratos de colaboración, debido a que cuentan con el elemento de cooperación que también es aplicable a los contratos asociativos, que en estos últimos es un objetivo común a las partes del contrato. Las preguntas son: ¿es el contrato de franquicia un contrato de colaboración empresarial? ¿Por qué normas se regula el contrato de franquicia, por normas del derecho mercantil o del derecho civil?

Para responder, lo primero por señalar es el principio de la autonomía de la voluntad que representa un concepto doctrinal en el cual la voluntad es la fuente y la medida de los derechos subjetivos. El contrato de franquicia combina el ejercicio de la libertad de contratar con la iniciativa individual, pues las partes tienen intereses recíprocos de obtener beneficios económicos. A su vez, presenta otras características que se analizan al revisar su naturaleza jurídica. Es claro que estamos ante un contrato de colaboración empresarial, pero que utiliza las reglas del Código Civil. En nuestro ordenamiento legal este tipo de contratos se rige por lo dispuesto en el artículo 438 de la Ley General de Sociedades. Sin embargo, esta norma solo incorpora en estos contratos al consorcio y la asociación en participación.

Cuando en el Perú se suscribe un contrato de franquicia, se aplican los principios y normas del Código Civil por la voluntad libre de las partes de fijar el contenido de cada contrato. Es probable que se dicte una normatividad básica del contrato de franquicia, pero, cuando esta etapa llegue, deberán ser normas similares a las contenidas en los artículos 438 y siguientes de la Ley General de Sociedades. Principios

que definan el concepto, pero que no limiten su libertad para seguir creando contratos que en sí mismos son muy detallados y extensos, porque establecen diversas reglas a las que se someten los contratantes.

En este sentido, hay que tener presente que la creación de nuevas instituciones jurídicas es resultado de interacciones entre las partes contratantes. Por ello, Hayek señala:

“Muchas de las instituciones sociales imprescindibles para alcanzar nuestros objetivos son fruto de ciertas prácticas, hábitos o costumbres que ni son resultado de la humana inventiva ni prevalecen en razón de los fines que pueden alcanzarse a través de ellos”².

“La mayor parte de las normas que regulan nuestros actos, así como de las instituciones nacidas de dicha regulación, representan necesarias adaptaciones de la sociedad, ante la omnicompreensiva imposibilidad de captar la infinidad de circunstancias que rodean el orden social”³.

Si bien en la legislación peruana el contrato de franquicia no se encuentra regulado, se han suscitado algunos comentarios académicos⁴ sobre si debe legislarse el contrato de franquicia o no. En cualquier caso, es claro que la franquicia surgió y se concibió como una relación jurídica comercial, por la cual se privilegia a un comerciante o grupo empresarial para la explotación de algo; es decir, el franquiciante autoriza al franquiciado explotar un modelo exitoso de negocio.

Mediante la franquicia se licencia el uso de marca en territorio determinado y el franquiciado obtiene la autorización para producir y/o vender bienes o prestar servicios, bajo un estándar determinado y con métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular, tendentes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios que distinguen a una marca de producto o servicio.

Desde un punto de vista jurídico, la franquicia es todo un sistema que encierra la concesión de una licencia de marca o del uso de un nombre comercial, la autorización del uso del *know-how* y la prestación de una asistencia técnica continua, principalmente en sus fases de producción y comercialización, todo ello dirigido al franquiciado. El posicionamiento de la marca del franquiciante favorecerá al franquiciado pero fortalecerá a ambos, por cuanto se incrementarán las ventas de los productos y/o servicios materia del vínculo contractual.

2. Naturaleza jurídica de la franquicia

Los tres casos célebres y más conocidos del origen de la franquicia surgen en el siglo XIX tras la Revolución industrial. Singer Sewing Machine Company de 1850 a 1860 resolvió cambiar su estructura básica de funcionamiento. Estableció una red de concesionarios-vendedores, a la que se le cobraba una participación por el derecho de adquirir sus máquinas de coser en territorios específicos y así otorgó una serie de franquicias a comerciantes independientes debido a sus altos costos laborales que implica el sostenimiento de numerosos vendedores directos.

En 1898, General Motors adoptó el modelo de franquicia como una estrategia similar para expandir su red de distribuidores de los vehículos que fabricaba. Asimismo, en 1899, Coca-Cola otorgó franquicias para el embotellado de su bebida gaseosa, que años después sería la más conocida del mundo. En este caso una embotelladora (franquiciado) recibía el concentrado o el derecho a producir el concentrado, mediante la utilización de una fórmula (*know-how*) junto con el derecho a producir las gaseosas, identificadas con la marca del franquiciador y distribuirlas en un área exclusiva. Por su parte, el franquiciado realizaba la publicidad, el mercadeo y otros servicios de apoyo, exigiéndole al franquiciado la producción de gaseosas con estrictos criterios de calidad previamente definidos.

En 1921, la empresa Hertz Rent a Car amplió su red de distribución mediante concesiones similares a las franquicias y hoy es una cadena líder mundial en el servicio de arrendamiento de vehículos con más de 370 franquicias otorgadas y 1.076 puntos de operación de servicios.

Un contrato de franquicia tiene sus características y no es igual que un contrato de licencia de marca y/o transferencia o licencia de *know-how* o de distribución o de asistencia técnica. Tampoco es un contrato de *joint venture*, aunque, por lo visto, estaría en la esfera del contrato de colaboración empresarial por cuanto establece diversas cláusulas vinculadas a la publicidad del negocio, el control y debido mantenimiento de la calidad y uniformidad desarrolladas por el otorgante de la franquicia, control administrativo y control interno utilizando normas de contabilidad y de auditoría.

El contrato de licencia de marca, como su nombre lo indica, es la autorización que hace un titular de su marca para permitir su uso. Es una licencia por un tiempo determinado, que en el caso peruano se inscribe ante la Dirección de Signos Distintivos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). El artículo 63 del decreto legislativo que aprueba disposiciones complementarias a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, que el Régimen Común sobre Propiedad Industrial establece:

“Artículo 63.- Licencia de marca

El titular de una marca registrada, o en trámite de registro, podrá dar licencia a uno o más terceros para la explotación de la marca respectiva. La licencia de uso podrá registrarse ante la autoridad competente.

A efectos del registro, la licencia deberá constar por escrito.

Cualquier persona interesada podrá solicitar el registro de una licencia.

No procede presentar oposición contra las solicitudes de inscripción de contratos de licencia de una marca; sin perjuicio de las acciones legales que pudieran corresponder”.

3. Diferencias sustanciales con el contrato de *know-how*

Se le denomina muchas veces como licencia de *know-how*. La palabra ‘licencia’ proviene del latín *licere*, que significa ‘permitir’ y que, en esencia, es un acuerdo en virtud del cual una de las partes (licenciante) autoriza a otra (licenciataria) para que utilice, según lo convenido, un conjunto de informaciones y/o conocimientos técnicos valiosos, útiles y novedosos, no patentados, guardados en régimen de confidencialidad que le permiten la obtención de ventajas competitivas

La palabra *know-how* es una expresión anglosajona utilizada en los últimos tiempos en el comercio internacional para denominar los conocimientos preexistentes que incluyen: técnicas, información secreta, teorías e incluso datos privados como clientes o proveedores. Se define como ‘saber cómo’, es decir, como hacer algo y por eso es parte esencial de un contrato de franquicia, por cuanto lo que hará el franquiciado será repetir el modelo de negocio del franquiciante.

Una definición complementaria aplicable es entender el *know-how* como el conjunto de conocimientos técnicos relativamente originales y secretos, o por lo menos escasos, que permiten a quien los ostenta una posición privilegiada en el mercado.

Por lo general, las licencias de *know-how* se sustentan sobre la información y/o los conocimientos que el licenciante posee en secreto, a diferencia de las licencias de patentes, en las que el licenciario se interesa por la adquisición de derechos para utilizar la información publicada en el documento de patente.

El *know-how* nació como consecuencia de los grandes avances industriales y tecnológicos ocurridos en el mundo, después de la Segunda Guerra Mundial. Es un contrato de origen anglosajón que se desarrolla en gran magnitud en Estados Unidos⁵ y se expande rápidamente a otros países industrializados, especialmente en Inglaterra y Alemania.

Consiste en proporcionar información respecto a un tipo de conocimiento, referido a fórmulas, procesos, formas de comercialización, modos de fabricación, formas de explotación, modos de usar productos, formas de proporcionar servicios. Por eso se habla de *know-how* en dos sentidos:

a) El primero es el *know-how* técnico, que conlleva a hablar de conocimientos técnicos con cierta complejidad.

b) El segundo es el *know-how* comercial, que hace referencia a la organización determinada de una empresa o a otros conocimientos comerciales⁶.

La entrega de información al franquiciado al elaborarse un contrato de franquicia es por intermedio de los manuales de operaciones. Es una información confidencial y reservada que no puede ser difundida por cuanto no es de dominio público.

“Precisamente si el contenido no fuera secreto, el potencial adquirente podría aprehenderlo sin necesidad de tener que pagar a nadie por él lo que, de hecho, deja de lado la hipótesis de la negociación [...]. No olvidemos que un sujeto contrata solo si la negociación en cuestión constituye el único medio (o si hay otros medios, cuando este es el más eficiente) para obtener lo que se quiere, en este caso el conocimiento”⁷.

En suma, se trata de transferencia de conocimientos, de naturaleza técnica, aplicación industrial o en escala, para un fin determinado constituido por el vínculo comercial materializado en un contrato de

franquicia. El beneficiario que resulta ser el franquiciado tiene la obligación de retribuir a la otra parte mediante el pago de una contraprestación, que constituyen las regalías. Por recibir esta información, existe un deber del franquiciado de guardar secreto y reserva.

Una observación pertinente de la aplicación del *know-how* en los contratos de franquicia consiste en palabras de Javier Pazos Hayashida en el hecho de que “al hacer referencia al *franchising* implica también hablar de *know-how*. Pero, en este tipo de contratos, una parte transfiere a la otra el mecanismo de gestión o administración de un negocio, otorgándosele autorización para la comercialización de determinados bienes o servicios distinguidos con una determinada marca”⁸.

No solo ello en un contrato de franquicia; el franquiciante debe enseñar y capacitar al franquiciado para que este adquiera los conocimientos, métodos y técnicas que deberá aplicar en la dirección del negocio. Incluso puede incluirse en el contrato el suministro de materias primas, la forma de preparación de los productos o la forma de prestar los servicios conforme a un proceso claramente diferenciado, indicaciones y/o asesoría sobre el lugar de instalación del establecimiento comercial, un régimen de capacitación y entrenamiento de los empleados, entre otros puntos.

La confidencialidad será otra de las características fundamentales de una franquicia, por cuanto el franquiciante deposita enteramente su confianza en el franquiciado, le permite el uso de la marca, le da exclusividad en el territorio asignado y, por supuesto, el franquiciado se obliga a no revelar a terceros la información que posee, no solo porque no le conviene, sino también porque forma parte del éxito del negocio en el que incurre y que en algunas legislaciones lo denominan como ‘secreto empresarial’.

4. Diferencias con otros tipos de contratos de colaboración empresarial

Se podría definir como falsas franquicias o franquicias aparentes aquellos modelos de negocios que si bien se promocionan como tales, en realidad no constituyen verdaderos contratos de franquicias y además no cuentan con los elementos propios de este tipo de acuerdos privados. Desafortunadamente, siempre que surge un buen negocio o una forma interesante para invertir y generar ganancias aparecen

empresarios que ofrecen el concepto sin ser tal. Incluso se ofrece de manera engañosa.

Lo común es que se confunda como franquicia un contrato que tiene otros elementos. Por ejemplo, en el caso del contrato de distribución exclusivo de una marca es que el propietario del negocio autorice y transfiera sus productos en venta o suministro al agente para que los distribuya y venda. Este contrato no utiliza elementos fundamentales de la franquicia como el *know-how* y la asistencia técnica. Existe cooperación e independencia de las partes e incluso puede ser una relación permanente en el tiempo, pero lo que hace el distribuidor es vender los productos a cambio de ganar en la actividad comercial que realiza.

En cambio, el contrato de franquicia si bien involucra al contrato de distribución, por cuanto también se distribuyen productos o servicios del franquiciante, siempre existe un beneficio directo para el franquiciado, por cuanto el posicionamiento de la marca y réplica del formato de negocio lo beneficia a él también. La franquicia utiliza lo que se denomina como el *format business franchising*, método para duplicar o clonar un negocio con éxitos, y en esto estriba la diferencia sustancial con un sistema de distribución. En la distribución el distribuidor es quien posiciona la marca y refuerza su poder distintivo; en la franquicia, ambos son exitosos, porque es indudable que el éxito del franquiciante impulsará las ganancias del franquiciado.

Muy similar a esta figura es también el contrato de agencia, que en el Perú es un contrato atípico, pues “no existe una norma que lo regule expresamente o incluso que lo trate de forma genérica, subsumido dentro de una figura más amplia. En la normativa vigente, lo más cercano al contrato de agencia es el artículo 1757 del Código Civil, que consagra como modalidades de la prestación de servicios a los contratos que doy para que hagas y hago para que des, los cuales sin embargo son muy escuetos y no alcanzan a delimitar el contrato de agencia con la integridad que amerita”⁹.

Es pues el contrato de agencia también un contrato de colaboración empresarial por el cual un agente se obliga frente al agenciado a promover, negociar y realizar negocios por su cuenta y de manera libre, sin subordinación, por un periodo de tiempo. Desde el punto de vista jurídico, el fabricante suscribe un contrato de locación de servicios; y desde el punto de vista económico, los agentes no se hallan incorporados propiamente a su red comercial. Son vendedores libres

que tienen la posibilidad incluso de ofrecer otros productos como comerciantes libres.

El agente desarrolla una labor permanente de comercialización y de alguna manera intermediador sobre los bienes o servicios del agenciado. Para ello promueve y ofrece en venta los productos y/o servicios del agenciado, de manera independiente e incluso con su personal, organizando incluso campañas publicitarias por su cuenta y riesgo, a diferencia de los contratos de franquicia, en los que generalmente la publicidad es coordinada entre franquiciante y franquiciado. Actúa pues con independencia y autonomía, a título oneroso (no pago de regalías), asumiendo los costos y riesgos de su actividad.

5. Reflexiones finales

La función económica actual del contrato de franquicia es de suma importancia por cuanto permite, mediante reglas libres entre los contratantes, establecer el contenido de sus reglas y obligaciones. Es un contrato de colaboración empresarial entre empresas independientes, un modo original de desarrollo empresarial y de ganar difusión como empresa, un uso cierto y simple de utilizar la libertad contractual para la creación de reglas jurídicas que son de obligatorio cumplimiento entre las partes.

La propia regulación que hacen los contratantes en la elaboración del contrato es la esencia de su institucionalización, por cuanto existirá un interés permanente de tratar de obtener réditos y ganancias. Al no existir mayor regulación sobre el contrato de franquicia, los contratantes son garantes de su orden contractual, basados en la confianza y que debe ser entendida como una de las cédulas más eficientes de la sociedad para la generación de vínculos legales y económicos.

NOTAS

- 1 Hobbes, Thomas. *Leviatán*, parte I, capítulo XIV.
- 2 Hayek, Friedrich A. *Derecho, legislación y libertad*, volumen I, Unión Editorial, 1994, p. 32.
- 3 Hayek, Friedrich A. Ob. cit., p. 36.
- 4 Sobre el tema puede revisarse el artículo “¿Es necesario regular el *franchi-*

sing? Algunos comentarios más allá de los mitos y propaganda”, de Eduardo Benavides Torres, *Ius et Veritas*, número 15.

5 El contrato de *joint venture* y el contrato de franquicia tuvieron su gran expansión en Estados Unidos.

6 Pazos Hayashida, Javier. “El contrato de *know-how*. Acotaciones preliminares sobre la Materia”. En: *Tratado de Derecho Mercantil*. Lima, Gaceta Jurídica, 2009, p. 405.

7 Pazos, H. Ob. cit., p. 407.

8 Pazos, H. Ob. cit., p. 410.

9 Hundskopf Wendt, Javier A. “El contrato de agencia mercantil: apuntes sobre su naturaleza, funcionalidad y aplicación”. En: *Tratado de Derecho Mercantil*. Lima, Gaceta Jurídica, 2009, p. 254.