

UNIDROIT

Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado

**GUÍA PARA LOS ACUERDOS
DE FRANQUICIA PRINCIPAL
INTERNACIONAL**

Roma 2005

Forma de citación sugerida:

Guía UNIDROIT de franquicia

El *Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado* agradece a todas las personas involucradas en la preparación de la versión española de la *Guía de Unidroit para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional*. En primer lugar, la Profesora Hernany VEYTIA PALOMINO, Catedrática de Negocios Internacionales en la Universidad Iberoamericana y Socio de Veytia & Vads LL.P. en Latinoamérica quien además de la traducción del libro, coordinó los trabajos de quienes asistieron en la traducción y revisión de la obra. Éstos incluyen al Profesor David MORÁN BOVIO, Catedrático de Derecho Mercantil, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de Cádiz (España) y a sus colaboradores, cada uno de los cuales trabajó en los siguientes capítulos:

Ángel TEBA GARCÍA (Capítulos 8, 13 y 14) (coordinador), y

Rubén BOCETA ROMERO (Capítulos 17 y 18),

Ángel CANO TUR (Capítulos 5, 6, 11 y 12),

María de los Ángeles GARCÍA QUIRÓS (Introducción, y Capítulos 1, 2, 9 y 20),

Diego David GONZÁLEZ SUCINO (Capítulo 15),

María del Mar LOZANO GONZÁLEZ (Capítulos 3, 4 y 19 y Anexo 1),

Pilar MASSE GONZÁLEZ (Anexo 2).

UNIDROIT también agradece al Sr Jorge Isaac VEYTIA PALOMINO (Consultor de Veytia & Vads LL.P.) y a la Sra Isabelle DUBOIS (Secretaría de UNIDROIT) por su ayuda en corregir y revisar el texto.

Título original: Guide to International Master Franchise Arrangements

Copyright © Unidroit 1998

Publicada por:

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
(UNIDROIT)

Via Panisperna, 28 - 00184 Roma - ITALIA

ISBN: 88-86449-31-3

Copyright © Unidroit 2005

PREFACIO

El *Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, (Unidroit)* se complace en presentar a la comunidad jurídica y de negocios esta *Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional*. Al hacerlo, su propósito es contribuir a la comprensión de este importante método de hacer negocios, que se encuentra ampliamente establecido en numerosas economías de mercado, se está expandiendo y asumiendo un papel cada vez mayor en países con economía mixta o regulada por el Estado.

Por introducir el *know-how* comercial a las economías en desarrollo o economías en transición, la franquicia internacional está jugando cada vez más un papel más importante. Las reformas micro- complementan la gran escala de cambios económicos y financieros que llegan con la rápida expansión del desarrollo global en materia comercial e industrial. La franquicia internacional está jugando un papel vital al asegurar una productiva transferencia de tecnología y al aumentar los niveles de inversión extranjera que son tan importantes en el desarrollo de economías emergentes.

Esta publicación es el fruto de los trabajos del Grupo de Estudio sobre Franquicia constituido por el Consejo de Dirección de Unidroit en 1993. Contó con el apoyo de un grupo de asesores en materia de franquicia de organizaciones nacionales, internacionales y no gubernamentales, así como del personal de la Secretaría del Instituto, el Grupo de Estudio completó su labor en 1998, cuando presentó la Guía al Consejo de Dirección del Instituto con la solicitud de que se autorizara su publicación. El Consejo de Dirección aprobó la publicación de la Guía con entusiasmo debido a la gran calidad del trabajo realizado por quien en ella se involucraron. Nosotros expresamos nuestra gratitud y rendimos tributo a los miembros del Grupo de Estudio y a los asesores que participaron en el proyecto por compartir su experiencia, por su constante esfuerzo y por el entusiasmo con que llevaron a cabo su tarea. También quisiéramos agradecer a los abogados, jueces, funcionarios gubernamentales y académicos de diferentes culturas jurídicas y formación que contribuyeron durante las diversas fases de esta labor.

Un especial reconocimiento merece la contribución del Comité "X", el Comité sobre Franquicia Internacional de la *Interantional Bar Association*, sin su cercana colaboración en la forma de participación activa de varios de sus prominente miembros en los trabajos del Grupo de Estudio y sin los cuales esta Guía no se hubiera completado.

Todos los involucrados reconocen el papel de gran importancia desempeñado por la Sra. Lena Peters, quien mantuvo todo el proyecto unido y mucho contribuyó con la investigación y redacción de los borradores y edición de la publicación final.

Finalmente, el Consejo de Dirección del Instituto fue animado por los informes recibidos en el sentido de que existía anticipado intereses en la publicación de la Guía. Interés mostrado por la comunidad de franquicias en muchos países. Con gran satisfacción anunciamos la preparación de la traducción a los idiomas más utilizados en el mundo y se pondrán a disposición de la comunidad internacional en la primera oportunidad posible.

Walter Rodinò
Secretario General *a.i.*

Roma, agosto 1998

Luigi Ferrari Bravo
Presidente

[<Volver al Índice>](#)

ÍNDICE

Prefacio	v
Consejo de Dirección de UNIDROIT	xix
Miembros del Grupo de Estudio	xxi
Resumen Ejecutivo	xxiii
INTRODUCCIÓN	xxix
CAPÍTULO 1 CONCEPTOS Y ELEMENTOS FUNDAMENTALES	1
A. Contratos de franquicia principal y otros instrumentos comerciales	2
I. Contratos de franquicia principal	2
a) Principales ventajas de la franquicia principal	3
b) Problemas comunes asociados con la franquicia principal	5
1) Control limitado del franquiciador sobre la red de la franquicia	5
2) Problemas con la rescisión de los contratos de franquicia principal	6
3) Distribución de ingresos derivados de las cuotas	7
II. Contratos de franquicia y otros contratos	8
a) Contratos de agencia comercial	8
b) Contratos de distribución	9
c) Contratos de licencia	10
d) Contratos de transferencia de tecnología	11
III. Métodos para franquiciar internacionalmente	11
a) Franquicia directa	13
1) Franquicia de unidad	13
2) Contratos de desarrollo	13
IV. Contratos de representación territorial	14
B. Expansión internacional: selección del instrumento apropiado y negociación del contrato	15
I. Factores a considerar en la determinación del instrumento más apropiado	15
a) Factores objetivos	15
1) El mercado	15
2) Consideraciones culturales	16
3) Marco jurídico	16
b) Factores subjetivos	17
1) La naturaleza del negocio	17

2)	Circunstancias económicas que afectan a la elección de un instrumento	17
3)	La experiencia de las partes	18
4)	La división de responsabilidades e ingresos	18
5)	Control	19
6)	El factor riesgo	20
i)	Factores de riesgo que deben ser considerados por el franquiciador	21
α)	Factores de riesgo externos	21
β)	Factores de riesgo internos	21
ii)	Factores de riesgo que deben ser considerados por el sub-franquiciador	22
II.	La selección de un sub-franquiciador	22
III.	La selección de una franquicia por un posible sub-franquiciador	23
IV.	Negociación de contratos internacionales	24
V.	Redacción de contratos de franquicia internacional	25
a)	Idioma del contrato y de los otros documentos	27
b)	Técnica de redacción	29
1)	Sistemas jurídicos del " <i>civil law</i> "	29
2)	Sistemas jurídicos del " <i>common law</i> "	30
c)	Alternativas de redacción	31
VI.	La internacionalización del sistema de franquicia	31
VII.	Cambios subsiguientes	33
CAPÍTULO 2 NATURALEZA Y ALCANCE DE LOS DERECHOS OTORGADOS Y DE LA RELACIÓN DE LAS PARTES		34
A.	Lo que se otorga	35
I.	Sistema	35
II.	Marcas	36
III.	Otros derechos de propiedad intelectual	37
B.	Cómo pueden utilizarse los activos licenciados	37
C.	Dónde pueden emplearse los derechos	38
D.	Exclusividad v. no-exclusividad	39
E.	La estructura a tres niveles de los acuerdos de franquicia principal	41
F.	Relaciones contractuales directas	44
CAPÍTULO 3 DURACIÓN DEL CONTRATO Y CONDICIONES DE RENOVACIÓN		47
A.	Duración del término del contrato	47

I.	Términos largos	47
II.	Términos cortos	48
B.	Condiciones de renovación	48
C.	Negociaciones para la renovación del contrato	50
CAPÍTULO 4 CUESTIONES FINANCIERAS		51
A.	¿Qué proporciona ingresos?	51
B.	Las fuentes de ingresos del franquiciador	51
I.	Cuotas iniciales de la franquicia principal	51
II.	Cuotas de franquicia periódicas	54
C.	Las fuentes de ingresos disponibles para los sub-franquiciadores	55
I.	Cuotas iniciales y periódicas	55
II.	Incrementos en el precio de los productos	57
III.	Pagos de productores o proveedores	58
D.	Cálculo de pagos y procedimientos	59
E.	Consideraciones fiscales	61
CAPÍTULO 5 EL PAPEL DEL FRANQUICIADOR		63
A.	Obligación de proporcionar información	65
I.	Información inicial	65
II.	Información continua	66
B.	Formación	66
I.	Formación inicial	66
II.	Formación continua	68
III.	Obligaciones que surgen como resultado de una formación infructuosa	68
C.	Manuales	69
I.	Manuales de unidad de franquicia y manuales de sub-franquiciador	69
II.	Adaptaciones y cambios	70
D.	Asistencia y otros servicios	72
I.	Asistencia inicial	72
II.	Asistencia continua	73
III.	Asistencia a los sub-franquiciados	74
E.	Otras obligaciones del franquiciador	75
I.	Suministro de mercancías	75
II.	Promoción	75
III.	Protección de marcas	75
IV.	Otras obligaciones especiales	75
F.	Derechos del franquiciador	76

CAPÍTULO 6 EL PAPEL DEL SUB-FRANQUICIADOR	77
A. Operaciones piloto	77
B. Plan de desarrollo	78
C. Renovación de los planes de desarrollo	81
D. Obligaciones operacionales	82
E. Idioma	85
CAPÍTULO 7 EL CONTRATO DE SUB-FRANQUICIA	86
A. Primera opción: Conformidad con las estipulaciones de un contrato tipo prescrito	88
B. Segunda opción: Prescripción de una estructura específica incluyendo algunas disposiciones obligatorias	90
C. Conformidad del contrato de sub-franquicia con las leyes del país anfitrión	93
D. Ejecución del contrato de sub-franquicia	93
E. Comunicación con y mejoras en el sistema propuestas por los sub-franquiados	94
F. Elección del foro y elección de derecho	95
CAPÍTULO 8 LA PUBLICIDAD Y EL CONTROL DE LA PUBLICIDAD	97
A. Aprobación y utilización de materiales publicitarios	98
I. Aprobación de todos los materiales	99
II. Proporcionar pautas o estándares publicitarios	100
B. Traducciones	100
C. Consideraciones financieras	101
I. Fuentes de ingresos para gastos de publicidad	101
II. Reparto de costes	102
III. Fondos de publicidad	103
a) Términos del acuerdo	103
b) Establecimiento	104
c) Otras aportaciones	104
d) Ventajas	104
e) Problemas	105
D. El impacto de la franquicia principal	105
CAPÍTULO 9 SUMINISTRO DE EQUIPO, PRODUCTOS Y SERVICIOS	107
A. Naturaleza de los productos o servicios suministrados	108

B.	Fuentes de suministro	109
C.	La relación franquiciador/sub-franquiciador	111
D.	Regulación de las relaciones de suministro	112
E.	Disposiciones contractuales	114

CAPÍTULO 10 PROPIEDAD INTELECTUAL **118**

A.	Las marcas	118
I.	Control por el franquiciador del uso de la marca por parte del sub-franquiciador y los sub-franquiciados	119
II.	Infracción por terceras partes no autorizadas de alguna de las marcas del franquiciador	120
III.	Procedimientos de infracción llevados a cabo por una tercera parte contra el sub-franquiciador	121
IV.	Marcas no registradas	122
V.	Contratos de usuario registrado	123
VI.	Sub-licencia de la marca	123
VII.	La regulación internacional de las marcas	125
a)	El Convenio de París	125
b)	Arreglo de Madrid	126
c)	La marca de la Comunidad Europea	129
B.	Derechos de autor	129

CAPÍTULO 11 KNOW-HOW Y SECRETOS COMERCIALES **131**

A.	La función del <i>know-how</i> en los contratos de franquicia	131
B.	<i>Know-How</i> , secretos comerciales e información confidencial o no comunicada	132
I.	El secreto del <i>know-how</i>	134
II.	El valor comercial	134
III.	Medidas para salvaguardar el secreto	134
C.	Las garantías del sub-franquiciador y del franquiciador	135
D.	La diferencia entre "cesión" y "licencia" del <i>know-how</i>	135
E.	Adquisición por tercero de conocimientos del <i>know-how</i>	136
F.	La comunicación del <i>know-how</i> en los contratos de franquicia principal	137
G.	Protección del <i>know-how</i> en los acuerdos internacionales de franquicia	138
H.	Cláusulas en los contratos de franquicia principal para proteger el <i>know-how</i>	139
I.	Cláusulas utilizadas para proteger el <i>know-how</i> durante la vigencia del contrato	139

a)	Cláusulas de confidencialidad	139
b)	Cláusulas de no-competencia	140
c)	Cláusulas de reciprocidad ("grant-back")	141
d)	Restricciones al ámbito de uso	141
II.	Cláusulas utilizadas para proteger el know-how después que el contrato ha llegado a su fin	142
a)	Cláusulas de confidencialidad	142
b)	Cláusulas de no-competencia posteriores a la conclusión	142
c)	<i>Know-how</i> desarrollado por el sub-franquiciador y sub-franquiciado	143
d)	Restricciones al ámbito de uso	143
CAPÍTULO 12 CAMBIOS EN EL SISTEMA		144
A.	La función del cambio en la relación de franquicia: una perspectiva	144
I.	Los diferentes objetivos de las partes	144
II.	El ciclo de vida de una franquicia: como surgirán diferentes necesidades de cambio en las diversas etapas de desarrollo de una franquicia	145
III.	El especial papel del cambio en las relaciones internacionales	146
B.	Circunstancias que hacen los cambios probables o inevitables	147
I.	Factores externos	147
II.	Cambios impulsados por el franquiciador	147
III.	Cambios iniciados por el sub-franquiciador	148
C.	El efecto de los principios legales	148
I.	Cuestiones de derecho contractual	148
D.	Aspectos de la relación donde es más probable que el cambio sea necesario	150
I.	La naturaleza del negocio	150
a)	Ubicación y naturaleza del establecimiento	150
b)	Derechos territoriales	150
c)	Clientes a los que el sistema está dirigido	150
d)	Productos y servicios ofrecidos	150
e)	Métodos de mercadotecnia y distribución	151
II.	La apariencia externa	151
a)	Marcas comerciales / Imagen comercial	151
b)	Renovación	151
III.	Cambios en las obligaciones del sub-franquiciador y de los sub-franquiciados	152
a)	Nuevas obligaciones	152
b)	Estándares de cumplimiento superiores	152

IV.	Cambios en el ámbito de las actividades del franquiciador	152
E.	Técnicas para efectuar un cambio	153
I.	El uso de la expiración del contrato	153
a)	Expiración del contrato	153
b)	Renovación del contrato	153
II.	Otras técnicas	154
III.	Uso de documentos distintos al contrato de franquicia	154
IV.	Cambios en función de que sucedan acontecimientos objetivamente determinables	155
a)	Acontecimientos que ocurren fuera del sistema	155
b)	Acontecimientos que ocurren dentro del sistema	155
c)	Acontecimientos que ocurren como consecuencia de acciones de otros franquiciados	155
V.	Circunstancias que pueden proporcionar oportunidades apropiadas para efectuar un cambio	155
a)	El deseo de expandirse del sub-franquiciador	155
b)	El deseo del sub-franquiciador de prolongar el plazo	156
c)	El deseo del sub-franquiciador de transferir	156
d)	Sub-franquiciador en falta de cumplimiento	156
e)	El franquiciador desarrolla un nuevo producto o servicio que no está contractualmente obligado a poner en disposición del sub-franquiciador	156
VI.	Mecanismos correctivos y de ejecución	156
VII.	Haciendo los cambios más aceptables	157
a)	Revelación de la probabilidad de un cambio	157
b)	Asegurar la posibilidad de efectuar los cambios	157
c)	Incentivos	157
d)	Ayuda	158
e)	Limitaciones sobre los cambios requeridos	158

CAPÍTULO 13 VENTA, CESIÓN Y TRANSFERENCIA 159

A.	Circunstancias que dan lugar a una transferencia	160
I.	Reestructuración interna	160
II.	Incapacidad o muerte	161
III.	Insolvencia	161
IV.	Deseo de terminar la relación	161
B.	Razones para impedir a los sub-franquiciadores las transferencias no restringidas	162
C.	Los infrecuentes límites para la transferencia de los derechos del franquiciador	163
D.	Enfoques contractuales comunes	163

I.	Definición de transferencia	163
II.	Condiciones para permitir la transferencia	164
III.	Derecho de tanteo	166
CAPÍTULO 14 RESPONSABILIDAD POR HECHOS DE OTRO, INDEMNIZACIÓN Y SEGURO		167
A.	Responsabilidad por hechos de otro	167
B.	Indemnización	169
I.	Responsabilidades del sub-franquiciador	169
II.	Responsabilidades del franquiciador	170
III.	Obligación de informar	170
IV.	Responsabilidad por defensa	171
V.	La Responsabilidad de las personas físicas	171
VI.	Límites a las representaciones y garantías	172
VII.	La correspondiente cobertura del seguro	172
C.	Seguro	172
I.	Obligaciones de seguro del sub-franquiciador	172
II.	Alcance de las obligaciones del seguro	173
III.	Subrogación del franquiciador	174
IV.	Obligaciones asegurativas de los sub-franquiciados	174
CAPÍTULO 15 ACCIONES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO		175
A.	Acciones distintas a la rescisión	176
I.	Acciones disponibles para el franquiciador	176
II.	Acciones disponibles para el sub-franquiciador	178
B.	Rescisión	178
I.	Rescisión por el franquiciador	178
Rescisión del derecho de desarrollo	180	
II.	Rescisión por el sub-franquiciador	183
CAPÍTULO 16 LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS		185
A.	Modos en que la relación de franquicia puede llegar o ser llevada a su fin	185
I.	El término del contrato llega a su fin	185
II.	El contrato es rescindido por el franquiciador de acuerdo con sus cláusulas	187
III.	El contrato es rescindido por el sub-franquiciador de acuerdo con sus cláusulas	188
IV.	El sub-franquiciador ejercita una acción legal para rescindir	

el contrato	188
B. Consecuencias de que la relación de franquicia principal llegue a su fin	189
I. Consecuencias para el sub-franquiciador	189
II. Consecuencias para el sub-franquiciado	192
III. Cesión de los derechos del sub-franquiciador en las sub- franquicias	193
CAPÍTULO 17 DERECHO APLICABLE Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS	195
A. La conveniencia de hacer una elección	195
B. Derecho aplicable	196
I. Elección del derecho aplicable	196
II. Obligatoriedad de la elección	198
III. Resultado más probable	198
IV. Efectos del derecho uniforme internacional	199
C. Resolución de conflictos	200
I. Negociación, mediación y conciliación	200
II. Litigio	203
a) Elección de foro	203
b) Reconocimiento de las cláusulas de elección de foro	205
c) Ejecución de sentencias judiciales	208
III. Arbitraje	209
a) La alternativa del arbitraje	209
b) Ejecución de laudos de arbitraje comercial internacional	211
CAPÍTULO 18 OTRAS CLÁUSULAS GENERALMENTE USADAS	212
A. Cláusulas relativas a la separabilidad	212
B. Cláusulas de contrato completo	213
C. Renuncias	214
D. Fuerza mayor y excesiva onerosidad	215
E. Cláusulas relativas a la naturaleza del contrato	218
F. Derechos cumulativos	219
G. Disposiciones sobre notificación	219
H. Daños	219
I. El preámbulo del contrato	219
J. Obligaciones implícitas	220
CAPÍTULO 19 DOCUMENTOS ACCESORIOS	222
A. La documentación de otras relaciones	222

B.	Descripción de los documentos accesorios	222
C.	Los propósitos de los documentos accesorios	224
D.	Ejemplos de documentos accesorios	225
I.	Documentos accesorios comúnmente utilizados con contratos de franquicia principal	225
a)	Acuerdos de confidencialidad	225
b)	Acuerdos de no-competencia	226
c)	Garantía e indemnización	227
d)	Contratos de transferencia	228
e)	Contratos de rescisión	228
f)	Liberación	228
II.	Documentos accesorios que pueden ser exigidos para el negocio franquiciado	229
a)	Contratos de suministro	229
b)	Los contratos de compra o arrendamiento de equipo	230
c)	Contratos de licencia de "software"	230
III.	Documentos accesorios requeridos por la estructura de ciertos negocios	231
a)	Cartas de intenciones	231
b)	Contratos de <i>joint venture</i>	232
c)	Contratos sobre los métodos de pago	233
d)	Contratos que evidencian arreglos de financiación	233
IV.	Documentos accesorios que pueden ser requeridos por el derecho local	234
a)	Contrato de licencia de marca	234
b)	Contrato de usuario registrado	235

CAPÍTULO 20 EXIGENCIAS NORMATIVAS **236**

A.	Ejemplos de exigencias de licencia y permiso	237
I.	Aprobación previa	237
II.	Inscripción en los registros apropiados	237
III.	Permisos requeridos para los elementos extranjeros	238
IV.	Empleados extranjeros del franquiciador	239
V.	Agentes del franquiciador	239
VI.	Licencias de importación y exportación y otros permisos exigidos como una consecuencia de restricciones a la importación o a la exportación	239
VII.	Restricciones a la exportación de ganancias y divisa	240
VIII.	Retenciones Impositivas	240
IX.	Exigencias del negocio específico	240
B.	Quién debería obtener los permisos	240

ANEXO 1	LA FRANQUICIA: NOCIONES GENERALES	243
A.	Diferentes formas de franquicia	243
B.	Franquicia de formato comercial	244
I.	Elementos básicos	244
II.	Compromisos adicionales	244
C.	Ventajas y desventajas de la franquicia para los operadores	247
I.	Ventajas para el franquiciado	247
II.	Desventajas para el franquiciado	248
III.	Ventajas para el franquiciador	249
IV.	Desventajas para el franquiciador	250
ANEXO 2	LA FRANQUICIA EN LA ECONOMÍA	251
A.	La relevancia económica de la franquicia	251
B.	Beneficios de la franquicia para la economía nacional	255
I.	Oportunidades de empleo	256
II.	Índices de fracaso inferiores	257
III.	El uso de la franquicia para los países en desarrollo y las economías en transición	257
C.	¿Qué se franquicia?	259
ANEXO 3	LEGISLACIÓN Y REGLAMENTOS RELEVANTES PARA LA FRANQUICIA	265
A.	Ramas del derecho relevantes para la franquicia	265
I.	Derecho contractual general	265
II.	Derecho de agencia y derecho que regula otros contratos de distribución	266
III.	Arrendamiento y derecho de garantía	266
IV.	Inversiones económicas	266
V.	Propiedad intelectual	266
VI.	Derecho de la competencia	266
VII.	Derecho de prácticas de comercio justo	267
VIII.	Derecho corporativo	267
IX.	Impuestos	267
X.	Derecho de la propiedad	268
XI.	Legislación sobre protección al consumidor y responsabilidad por el producto	268
XII.	Derecho del seguro	268
XIII.	Derecho laboral	268
XIV.	Derecho que regula la transferencia de tecnología	269

XV. Legislación que regula las inversiones extranjeras, reglamentos de control de divisas y restricciones y/o cuotas a la importación	269
XVI. Legislación que regula las empresas comunes	270
XVII. Leyes o reglamentos industriales específicos	270
B. Legislación específica	270
I. Los Estados Unidos De América	271
II. Canadá	273
III. Francia	273
IV. España	274
V. Brasil	274
VI. México	274
VII. Indonesia	275
VIII. Japón	275
IX. La República de Corea	275
X. La Federación Rusa	276
XI. Australia	276
C. La Unión Europea y la franquicia	278
D. Regulación voluntaria de la franquicia	281
I. El Código de Deontología de la Federación Europea de la Franquicia	281
II. Códigos de deontología de las asociaciones nacionales de franquicia	282
ÍNDICE ANALÍTICO	285

[<Volver al Índice>](#)

CONSEJO DE DIRECCIÓN DE UNIDROIT

Ömer I. AKIPEK	Turquía
Antonio BOGGIANO	Argentina
Isabel de MAGALHÃES COLLAÇO	Portugal
Charles R.M. DLAMINI	Sudafrica
E. Allan FARNSWORTH	Estados Unidos de América
Royston M. GOODE	Reino Unido
Yasuo HAMASAKI	Japón
Arthur S. HARTKAMP	Países Bajos
Tsvetana KAMENOVA	Bulgaria
Roland LOEWE	Austria
LYOU Byung-Hwa	República de Corea
Ferenc MÁDL	Hungría
Vicente MAROTTA RANGEL	Brasil
Jörg PIRRUNG	Alemania
Jean-Pierre PLANTARD	Francia
Jacques PUTZEYS	Bélgica
Alan D. ROSE	Australia
Jorge SÁNCHEZ CORDERO DAVILA	México
Biswanath B. SEN	India
Leif SEVÓN	Finlandia
Anne-Marie TRAHAN	Canadá
Ioannis VOULGARIS	Grecia
Pierre WIDMER	Suiza
ZHANG Yuejiao	República Popular China

[<Volver al Índice>](#)

MIEMBROS DEL GRUPO DE ESTUDIO

Sr. Alan ROSE, Presidente, *Australian Law Reform Commission*, Canberra; Miembro del Consejo de Dirección de UNIDROIT; *Presidente del Grupo de Estudio; Redactor del Capítulo 17*

Sr. Andrzej CALUS, Profesor de Derecho, Director, Instituto de Derecho Internacional, Facultad de Comercio Extranjero de la Escuela Superior de Economía de Varsovia

Sr. Aldo FRIGNANI, Profesor de Derecho, Universidad de Turín; Pesce, Frignani, Pastore & Ruben, Turín; *Redactor del Capítulo 11*

Sr. Franklin C. JESSE Jr., Gray Plant Mooty Mooty & Bennett, Minneapolis; *Redactor del Capítulo 9 y del Capítulo 13*

Sr. István KISS, Secretario General y Director general, Asociación Hungara de Franquicia, Budapest

Sr. Alexander S. KONIGSBERG, Q.C., Lapointe Rosenstein, Montréal; fue Presidente del *Comité sobre Franquicia Internacional* de la *Sección sobre el Derecho de los Negocios (IBA)*; *Redactor del Capítulo 3 y del Capítulo 10*

Sr. Martin MENDELSON, Eversheds, Londres; Profesor de Franquicia, *City University Business School*, Londres; fue Presidente del *Comité sobre Franquicia Internacional* de la *Sección Sobre el Derecho de los Negocios (IBA)*; *Redactor del Capítulo 4, del Capítulo 6, del Capítulo 15 y del Capítulo 16*

Sr. B. SEN, *Senior Advocate* en la Corte Suprema de India, New Delhi; Miembro del Consejo de Dirección de UNIDROIT

Sr. Albrecht SCHULZ, Sigle, Loose, Schmidt-Diemitz & Partner, Stuttgart; Presidente del *Comité sobre Franquicia Internacional* de la *Sección sobre Derecho de los Negocios (IBA)*; *Redactor del Capítulo 5, del Capítulo 7 y del Capítulo 14*

Sr. John VERNON, Strasburger & Price, L.L.P., Dallas; *Redactor del Capítulo 2*

Sr. Philip F. ZEIDMAN, Rudnick, Wolfe, Epstein & Zeidman, Washington ; Conseiller juridique principal de l'*International Franchise Association*, Washington; Fue el Presidente del *Comité Sobre la Franquicia Internacional* de la *Sección sobre el Derecho de los Negocios (IBA)*; *Redactor del Capítulo 8, del Capítulo 12 y del Capítulo 19*

Sra. Lena PETERS, Oficial Jurídico, Secretaría de UNIDROIT; *Secretaria del Grupo de Estudio; Redactora de la Introducción, del Capítulo 1, del Capítulo 18, del Capítulo 20 y de los Anexos; Editora de la versión inglesa*

[<Volver al Índice>](#)

RESUMEN EJECUTIVO

La *Guía de Unidroit para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional* ofrece un completo análisis de toda la vida de este tipo de acuerdo, desde la negociación y redacción del contrato de franquicia principal y otros contratos asociados hasta el final de la relación. Trata principalmente las posiciones de las partes directamente implicadas, es decir el franquiciador y el sub-franquiciador pero, en casos donde se considera de particular importancia, las posiciones de otros afectados, como los sub-franquiciados, también se abarcan.

Con el fin de ubicar los contratos de franquicia principal en un contexto, la Guía examina las diferencias entre los contratos de franquicia y otros tipos de contratos de distribución y representación (Capítulo 1). La Guía toma en cuenta el hecho de que la franquicia puede no siempre ser el vehículo más adecuado para un negocio particular bajo consideración. Las partes, en particular el franquiciador, deben consecuentemente contemplar la posibilidad de que otras formas negociales puedan responder a sus propósitos mejor que la franquicia. La Guía por lo tanto considera los factores que deberían ser tomados en consideración por las partes al decidir sobre el vehículo más apropiado para su negocio (Capítulo 1). También repasa las características esenciales de la franquicia de unidad, que en la enorme mayoría de los casos toma la forma de franquicia con formato comercial (Anexo 1), examina brevemente las diferentes formas de franquicia que están disponible para las partes, los medios normalmente utilizados para franquiciar internacionalmente, y aquello necesario para internacionalizar los sistemas de franquicia nacionales (Capítulo 1).

De fundamental importancia en una relación de franquicia principal son los derechos que se conceden al sub-franquiciador. El Capítulo 2 examina los diferentes activos que pertenecen al franquiciador y respecto a los cuales se conceden derechos al sub-franquiciador, incluyendo marcas y otros derechos de la propiedad intelectual (examinados más extensamente en los Capítulos 10 y 11). También examina la estructura a tres niveles de los acuerdos de franquicia principal y la relación entre las partes implicadas (franquiciador, sub-franquiciador y sub-franquiciado). Se ilustra la carencia normal de una relación directa entre el franquiciador y el sub-franquiciado, dándose indicaciones de algunas ocasiones

excepcionales en las que tal relación directa puede ser contemplada. Las ventajas y desventajas respectivamente de los plazos cortos y largos de duración de los contratos de franquicia principal y las condiciones que a menudo se imponen por el franquiciador para la renovación del contrato son consideradas en el Capítulo 3.

Esencial para cualquier descripción de la franquicia es qué acuerdos económicos y pagos deben realizarse por el sub-franquiciador a cambio de los derechos concedidos. Esta compensación económica es normalmente en forma de cuotas iniciales y/o periódicas. El Capítulo 4 trata las diferentes fuentes de ingresos del franquiciador y del sub-franquiciador, el cálculo de los pagos y los procedimientos adoptados para la realización de estos pagos, así como las implicaciones fiscales respectivas. Los pagos que se puede exigir a sub-franquiciadores y sub-franquiciados que hagan en fondos de publicidad especialmente establecidos son tratados en el Capítulo 8, en relación con el análisis general de las cuestiones suscitadas por la publicidad.

En una relación de franquicia principal cada una de las partes naturalmente tiene obligaciones y derechos frente a la otra. Los derechos de una parte reflejarán a menudo las obligaciones de la otra. Así, por ejemplo, el derecho del franquiciador a recibir un pago por los derechos que haya concedido al sub-franquiciador el derecho a usar, corresponde a la obligación del sub-franquiciador de pagar por los derechos que se le haya concedido el derecho a usar. Lo que se percibe esencialmente como un derecho, puede ser tanto un derecho como una obligación. De este modo, por ejemplo, el derecho del franquiciador a controlar la calidad de la actuación del sub-franquiciador o franquiciado puede al mismo tiempo ser una obligación, ya que cabe considerar que el franquiciador tiene un deber implícito hacia los miembros de la red, quienes pagan por el derecho a participar en la red, de garantizar que los estándares de calidad sean mantenidos por todos los miembros. Estas cuestiones se analizan en los Capítulos 5 y 6, que tratan el papel del franquiciador y sub-franquiciador respectivamente. El contrato de sub-franquicia, que vincula al sub-franquiciador y el sub-franquiciado, es también brevemente examinado (Capítulo 7).

En muchos casos el franquiciador proveerá al sub-franquiciador, o incluso a los sub-franquiciados, del equipo particular requerido para el negocio franquiciado (como por ejemplo maquinaria con características únicas), de los productos que las unidades de franquicia deban vender, o ingredientes o partes de los mismos, y/o de los servicios que el sub-

franquiciador, o en algunos casos incluso los sub-franquiciados, requieran para dirigir el negocio. Dichos servicios pueden incluir, por ejemplo, un sistema de reservas centralizado para una franquicia hotelera, o formación en, y ayuda con, la contabilidad del negocio.

Los derechos de la propiedad intelectual son esenciales para el acuerdo de franquicia, tanto los derechos de la propiedad intelectual que están protegidos por la legislación como los que no (el "saber-hacer"-*know-how* - en particular). Las marcas y los derechos de autor son tratados en el Capítulo 10, mientras que el *know-how* y los secretos comerciales se discuten en el Capítulo 11.

Un acuerdo de franquicia principal, en particular un acuerdo de franquicia principal internacional, se pretende que dure en el tiempo. Su duración, en muchos casos renovable, extendiéndose a menudo durante veinte años o más en consideración de las inversiones sustanciales y esfuerzos necesarios para establecer y desarrollar un sistema de franquicia en un país extranjero. Las circunstancias sin embargo cambian a lo largo del tiempo, y para mantener su viabilidad el sistema de franquicia debe ser capaz de adaptarse a las circunstancias cambiantes. En muchos sentidos esta necesidad de adaptar el sistema refleja la necesidad de adaptarlo a las exigencias de un país extranjero cuando el sistema se introduce por vez primera allí. Los cambios introducidos también han de reflejarse en los propios contratos. El Capítulo 12 examina las circunstancias en que el cambio puede ser necesario y las técnicas que se utilizan para efectuar los cambios requeridos, incluyendo modificaciones al contrato y a los manuales.

En el curso de la relación de franquicia principal cualquiera de las partes puede encontrarse a sí misma en una posición en que sea necesaria una venta, cesión o transferencia de sus derechos en la franquicia. Es el caso por ejemplo, con una reestructuración interna del negocio o si la parte desea rescindir la relación. Además, en el caso de la muerte de una parte, los herederos de esa parte pueden desear rescindir la relación. El Capítulo 13 examina las cuestiones suscitadas por la venta, cesión o transferencia del contrato antes que su duración haya llegado a su fin.

Parte del atractivo de la franquicia es la posibilidad que ofrece a todos los miembros de la red de identificarse con el nombre comercial y/o marca del franquiciador. Desde el punto de vista del franquiciador ciertos riesgos son no obstante inherentes a este sistema. Un consumidor puede, por ejemplo, identificar al sub-franquiciado con el que entra en contacto con el franquiciador y puede en consecuencia considerar al franquiciador

responsable por cualquier falta por parte del sub-franquiciado. La posibilidad de que el franquiciador pueda ser tenido como subsidiariamente responsable por actos u omisiones por parte de los sub-franquiciadores y sub-franquiciados de su red ha de ser por tanto tomada en seria consideración y se analiza en el Capítulo 14, junto con las cuestiones planteadas por las exigencias de que el sub-franquiciador, y sub-franquiciados, contraten un seguro.

Como ocurre con otros tipos de contrato, las partes de un contrato de franquicia principal puede que no siempre cumplan sus obligaciones. Algunas acciones existen disponibles en tales casos, la más drástica de las cuales es la rescisión. El Capítulo 15 estudia las diferentes acciones disponibles, tanto las que no llegan a la rescisión como la rescisión, y el Capítulo 16 considera el final de la relación de franquicia principal y sus consecuencias, independientemente de si ha llegado a su fin como resultado de una rescisión voluntaria o porque el término del contrato haya expirado. Una cuestión problemática considerada en este sentido es el destino de los contratos de sub-franquicia, considerando que los derechos concedidos de acuerdo con contratos de sub-franquicia se derivan directamente del contrato de franquicia principal.

Es de considerable importancia determinar qué Derecho ha de aplicarse a un contrato internacional. Esta determinación se toma por las mismas partes cuando pasan a formar parte de la relación, o, a falta de tal determinación por las partes, por el tribunal encargado de un conflicto que surja de su contrato. Para tomar esta determinación los tribunales aplicarán en tales casos las normas de conflicto de leyes de su jurisdicción. De manera similar, el foro en que cualesquiera conflictos deberían decidirse también ha de determinarse. Este puede ser bien un tribunal de un Estado relevante o un árbitro internacional. Por otra parte, pueden utilizarse formas menos vinculantes de resolución de conflictos tales como la negociación, mediación o conciliación, posiblemente como un primer paso en el procedimiento de resolución de conflictos. Si las partes deciden que sean Tribunales estatales los que resuelvan el conflicto, entonces también pueden llegar a un acuerdo sobre los tribunales de una jurisdicción concreta para oír cualquier conflicto. La importancia y conveniencia de la elección del derecho aplicable y la forma de resolución de conflictos se examinan en el Capítulo 17, como las implicaciones de las diferentes opciones disponibles.

Además de las cláusulas que se refieren específicamente al negocio de la franquicia, los contratos de franquicia contienen algunas cláusulas

que normalmente se utilizan en contratos generalmente. Ejemplos de tales cláusulas se analizan en el Capítulo 18.

Un acuerdo de franquicia puede estructurarse de muy diferentes maneras y contratos diferentes pueden formar parte de aquél. Estos contratos pueden concernir a asuntos que en algunos casos se regulan en el propio contrato de franquicia principal, como por ejemplo el deber de confidencialidad, u a otras cuestiones particulares que más claramente son el objeto de contratos distintos, como las licencias de software. Ejemplos de tales documentos accesorios son examinados en el Capítulo 19.

Como se desprende claramente de la lista del Anexo 2, la franquicia es una forma negocial. No es un negocio en sí mismo. En consecuencia cualesquiera licencias o permisos que las autoridades de un Estado exijan para la realización de un negocio particular deben también obtenerse por el sub-franquiciador además de ajustarse a los acuerdos de franquicia principal. Ejemplos de tales exigencias normativas se dan en el Capítulo 20.

Los Anexos a la Guía pretenden esbozar un material relevante adicional para colocar a la franquicia principal internacional en unos contextos económicos, sociales y legales más amplios. Las ventajas y desventajas de la franquicia para el franquiciador y el franquiciado se ilustran en el Anexo 1. El Anexo 2 examina la relevancia de la franquicia para la economía política de un país perfilando las ventajas que proporciona en términos de oportunidades de empleo, mediante tasas de fracaso reducidas, especialmente para los pequeños negocios, y que en muchos casos se comparan favorablemente con las de negocios tradicionales, y facilitando el camino para nuevos operadores a una economía de mercado en países en vía de desarrollo y economías en transición.

El Anexo 3 señala brevemente las diferentes ramas del derecho que son relevantes para la franquicia, incluso si no se aplican exclusivamente a la franquicia, y continúa con un análisis de la legislación que existe en algunos países y que es específica para la franquicia, terminando con una consideración de las regulaciones voluntarias que se adoptan por las asociaciones de franquicia y que normalmente toman la forma de códigos de deontología.

[<Volver al Índice>](#)

INTRODUCCIÓN

En años recientes la franquicia está teniendo un efecto cada vez más significativo en la economía de un creciente número de países. Los nombres más famosos de franquicia (Mc Donald's, Holiday Inn, Yves Rocher, Body Shop) han llegado a ser nombres familiares y se ven por todo el mundo. Este crecimiento sin embargo no se limita a las grandes cadenas internacionales. Gracias a la franquicia, las redes nacionales se están extendiendo con una rapidez que era inaudita hace sólo veinte años.

A pesar del éxito sin precedente de la franquicia, hay una falta general de conocimiento de la naturaleza exacta de este modo de hacer negocios, así como de las cuestiones legales y prácticas que deberían ser tratadas por cualquier empresario que piense hacer uso del instrumento de la franquicia. Esta carencia de conocimiento es común no sólo en el mundo en vías de desarrollo, sino también en naciones industrializadas en las cuales la franquicia ha estado presente durante algún tiempo.

Consciente de los beneficios reales de la franquicia, de su potencial para actuar como estímulo para el crecimiento económico y la creación de puestos de trabajo, *el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit)* ha decidido publicar una *Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional (Guide to International Master Franchise Arrangements)*. El propósito de la *Guía* es difundir conocimiento con vistas a proporcionar a todos aquellos que tratan con la franquicia, ya sean agentes de franquicia, abogados, jueces, árbitros o estudiantes, una herramienta para la mejor comprensión de las posibilidades que ofrece.

Aunque se eligió a la franquicia principal como el centro de atención de la *Guía* por ser el método más comúnmente utilizado en la franquicia internacional, también se ofrece una breve descripción de los otros métodos principales utilizados tanto en la franquicia nacional como internacional. Se espera que al ofrecer una introducción a lectores no familiarizados con esta forma de negocio, la *Guía* será de utilidad para agentes, abogados y otras personas que actúan en los ámbitos internacional y nacional. Debe subrayarse no obstante que el principal propósito de la *Guía* es ayudar a las partes en la negociación y redacción de contratos de franquicia principal internacional mediante la identificación de las cuestiones legales implicadas en esos contratos, la

discusión de posibles enfoques para las cuestiones y, cuando fuera apropiado, la sugerencia de soluciones que las partes pueden querer considerar. Suministrando una información de conjunto la *Guía* pretende ayudar a colocar a las partes en el mismo nivel cuando la falta de conocimiento o experiencia previa habría de otro modo colocado a una de ellas en desventaja. Debería contribuir por tanto a permitir a las partes tratar las cuestiones que surjan con mayor seguridad.

La *Guía de Unidroit para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional (Unidroit Guide to International Master Franchise Arrangements)* es la primera publicación de su clase publicada por Unidroit. Confirma la intención de la organización de expandir sus actividades para abarcar también enfoques alternativos para la unificación del derecho en adición al enfoque más tradicional de preparar y adoptar normas jurídicas prescriptivas en forma de convenciones internacionales.

La razón más obvia para la introducción de legislación es la necesidad de adaptarse a problemas que han surgido en la práctica. Este es particularmente el caso cuando no existe legislación específica en vigor y la legislación de aplicación general es inadecuada o no apta para resolver el problema concreto que ha surgido. Si el problema en cuestión tiene implicaciones transfronterizas, a menudo conducirá a que se presente una propuesta para la preparación de un instrumento normativo internacional en la organización intergubernamental más adecuada para este propósito.

En 1985, cuando el tema de la franquicia fue propuesto por primera vez para su inclusión en el Programa de Trabajo del Instituto, la franquicia sólo estaba empezando a extenderse al otro lado del Atlántico. En esa época, ya se había desarrollado como una industria floreciente en Norte América: en Canadá, donde se originó la propuesta, en 1984 las ventas al por menor de establecimientos de franquicia alcanzaron aproximadamente el 45% del total de las ventas al por menor canadienses. Es propio de la naturaleza humana que nada se desarrolle sin problemas y la franquicia no es la excepción. Habían existido ejemplos de prácticas ilícitas por algunos franquiciadores y esto había dado lugar a una preocupación de que tales prácticas pudieran escapar al control y eventualmente aparecer y extenderse en las transacciones de franquicia internacional. Por ello se presentó una propuesta para que se preparase un instrumento normativo internacional y se estimó que Unidroit, que en ese tiempo estaba ocupado en la preparación de lo que en 1988 iba a convertirse en las *Convenciones de Unidroit sobre arrendamiento financiero internacional y factoring*

internacional, era considerada la organización más adecuada para este propósito.

Una primera, preliminar etapa del proyecto implicó la preparación de informes que analizaran el fenómeno como tal, la información reunida por medio de un estudio llevado a cabo mediante la puesta en circulación de un cuestionario entre Gobiernos, círculos profesionales y reconocidos expertos en la materia, así como las disposiciones utilizadas en los contratos de franquicia, y el seguimiento de los desarrollos nacional e internacional en la franquicia y la legislación sobre franquicia.

En su 72ª sesión en junio de 1993, el Consejo de Dirección del Instituto decidió que había llegado el momento de establecer un Grupo de Estudio sobre Franquicia. El mandato del Grupo de Estudio según definición del Consejo de Dirección eran el examen de diferentes aspectos de la franquicia, en particular el proporcionar información entre las partes antes y después de la celebración de un contrato de franquicia y los efectos de la rescisión de contratos de franquicia principal sobre los contratos de sub-franquicia. También se solicitó al Grupo de Estudio que hiciese propuestas al Consejo en relación a cualesquiera otros aspectos de la franquicia que pudieran prestarse a ulteriores acciones por parte del Instituto y, tan pronto como fuese prácticamente posible, que indicase la forma de cualquier instrumento o instrumentos que pudieran preverse.

En lo concerniente a la franquicia nacional, el Grupo de Estudio se concentró en la cuestión de la información que debe ser proporcionada, examinando la experiencia de países que tienen, o han intentado, alguna forma de normativa en este área, el papel de las asociaciones de franquicia y la importancia de los códigos de deontología adoptados por esas asociaciones. El Grupo de Estudio no llegó a ninguna conclusión final respecto a la franquicia nacional y decidió que volvería a ella en una etapa posterior. En consecuencia recomendó al Consejo que por el momento fuese pospuesta cualquier acción sobre la franquicia nacional.

En relación con la franquicia internacional, el Grupo de Estudio centró su atención en los acuerdos de franquicia principal. Consideró en particular la naturaleza de la relación entre el contrato de franquicia principal y los contratos de sub-franquicia, el derecho aplicable y la jurisdicción, la solución de conflictos, problemas asociados a la naturaleza de la relación a tres niveles entre franquiciador, sub-franquiciador y sub-

franquiciados, particularmente en relación con la rescisión, y la información que debe ser proporcionada.

Las recomendaciones del Grupo condujeron a la conclusión de que ninguna de las áreas que habían sido discutidas se prestaría a ser tratada por medio de una convención internacional. Ésta era claramente la conclusión a extraer de la discusión acerca de cómo se celebraban los contratos y de qué información se solicitaba y aportaba. Esta opinión encontraba confirmación en la existencia de una gran variedad de contratos de franquicia y en las numerosas opciones diferentes abiertas a las partes que celebran contratos de franquicia, ya que la consecuencia de regular cualquiera de las cuestiones suscitadas mediante una convención internacional sería la de atar las manos de las partes sugiriendo que la cuestión al alcance debería tratarse de una forma específica solamente, y esto sería de poca utilidad para la comunidad comercial.

Además, aunque realmente nada impediría la elaboración de una convención internacional, las materias examinadas requerirían un número considerable de disposiciones imperativas, que conducirían a una carencia de flexibilidad que podría a la postre obstaculizar el desarrollo de la industria de franquicia. La naturaleza rigurosa de las convenciones internacionales no permitiría además las adaptaciones que un Estado pudiese considerar como condición esencial para su adopción de la convención. La combinación de la naturaleza imperativa de las disposiciones y la naturaleza obligatoria de la convención no serían de buen agüero para la adopción de una convención por las diferentes naciones del mundo. La utilidad de tal instrumento podría por lo tanto ser seriamente cuestionada.

Después de una revisión de las otras opciones respecto al instrumento a adoptar, se concluyó que una ley uniforme no sería más adecuada que una convención internacional y podría de hecho considerarse a menudo que presenta los mismos inconvenientes.

Un instrumento más factible podría en este caso ser una ley modelo, siendo una ventaja principal de las leyes modelo su flexibilidad, la cual permite a los legisladores nacionales que realicen las modificaciones que consideren indispensables. Es por tanto posible para los expertos encargados de la preparación de una ley modelo incluir disposiciones que juzguen como las soluciones más apropiadas a los problemas planteados, incluso si finalmente no todos los Estados que decidan inspirarse en la ley modelo introducirán todas sus disposiciones en sus leyes nacionales. El

precio a pagar por esta mayor flexibilidad es por supuesto menos uniformidad, ya que un número de disposiciones diferirán de país en país. Mientras la posibilidad de adoptar una ley modelo podría ser considerada para la franquicia nacional, se creyó sin embargo que sería menos adecuada para la franquicia internacional, considerando en particular los métodos normalmente adoptados en la franquicia transfronteriza.

De importancia en el espectro de regulaciones voluntarias son los códigos de deontología o buenas costumbres. Los códigos de deontología son sin embargo por su naturaleza adoptados por la profesión concernida y son redactados en la mayoría de los casos por la asociación nacional de la profesión, o, internacionalmente, por la federación de asociaciones nacionales. Se consideró por lo tanto inapropiado para una organización internacional como Unidroit proceder a la redacción de un código de deontología internacional. Además, mientras estos códigos constituyen un importante intento de introducir estándares éticos entre los miembros de las asociaciones profesionales concernidas, su efectividad varía y es a menudo cuestionada incluso sabiendo que algunos tribunales se refieren a ellos como estándares de conducta.

Otro tipo de instrumento que fue brevemente considerado como una posibilidad fue el del contrato modelo. La mayoría del Grupo sin embargo no consideró que tal instrumento fuera adecuado para la franquicia principal. Además, la *Cámara de Comercio Internacional* de París ya estaba preparando un contrato modelo de franquicia para unidades de franquicia directas e internacionales y por tanto el Grupo de Estudio decidió excluir el contrato modelo de las opciones sujetas a consideración.

Mientras que un instrumento obligatorio como una convención internacional se consideró inapropiado, en el curso de la reunión emergió un consenso general sobre el hecho de que sería oportuno, y de hecho que sería tan apropiado como deseable, preparar una guía legal para la franquicia internacional, en particular para los acuerdos de franquicia principal. Se sugirió no obstante que cualquier guía de este tipo debería redactarse sobre la asunción, y con la afirmación del hecho, que las partes deberían hacer uso de asesoramiento legal y que por lo tanto temas de naturaleza general no se tratarían en la Guía.

El Grupo consideró que la opción de la guía presentaría varias ventajas para una materia como la franquicia. En primer lugar podría ilustrar los problemas que pudieran surgir en relación con materias que ya

hubieran sido reguladas de una u otra forma por la legislación nacional, pero que fueran de particular importancia en el contexto de la franquicia (como por ejemplo la propiedad intelectual). También podría ilustrar las ventajas y desventajas de las diversas opciones abiertas a los agentes y alertar a los lectores sobre los diferentes obstáculos que podrían encontrar en su camino. Esto claramente no sería posible si se optara por un instrumento tal como una convención internacional. Además, una Guía podría ser preparada en un periodo de tiempo relativamente breve, lo que no era el caso para un instrumento como una convención para el que se exigiría un procedimiento totalmente diferente. Una guía podría ser lanzada al mercado al completarse y podría por consiguiente estar inmediatamente disponible para los agentes, mientras que una convención internacional exigiría la adopción por un número suficiente de Estados para su entrada en vigor, seguida por la preparación de legislación de desarrollo, todo lo cual podría llevar bastante tiempo. Si el propósito del instrumento internacional a adoptar era llegar rápidamente a la comunidad de franquicia, entonces un instrumento como una guía era el más apropiado. El Grupo en consecuencia recomendó al Consejo de Dirección de Unidroit que se empezara a trabajar en una guía para los acuerdos de franquicia principal internacional.

El Consejo de Dirección del Instituto aprobó esta recomendación en su 74ª sesión en marzo de 1995, y solicitó que el trabajo sobre la Guía avanzase tan rápidamente como fuera posible. Este volumen es el resultado de las labores del Grupo de Estudio.

[<Volver al Índice>](#)

CAPÍTULO 1

CONCEPTOS Y ELEMENTOS FUNDAMENTALES

Aunque la base sobre la que toda franquicia se construye es la franquicia de unidad, en la que hay una relación directa entre franquiciador y franquiciado, la presente Guía versa sobre una forma particular de franquicia, la franquicia principal, ya que este tipo de franquicia es el que se suele utilizar en los contratos de franquicia internacional.

No existe una única definición que sea aplicable a todas las situaciones que pueden ser consideradas "franquicia", aunque estén presentes los elementos básicos en diferentes contratos que pudieran ser considerados como franquicia.

La franquicia se divide frecuentemente en franquicias industriales, franquicias de distribución y franquicias de servicios. Otras descripciones de franquicia dividen a las franquicias en franquicias de distribución de productos y franquicias de formato comercial ("business format franchises")¹.

La forma de franquicia conocida como franquicia de formato comercial está cada vez más viniendo a simbolizar a la franquicia en general. En la franquicia de formato comercial un franquiciador elabora y aprueba un procedimiento comercial específico (el "formato comercial"), ya sea para la distribución de bienes o la prestación de servicios, que después procede a otorgar el derecho de uso a los franquiciados. Un contrato de franquicia de formato comercial se celebra entre dos empresas independientes, por el cual una, el franquiciador, a cambio de una compensación (normalmente, pero no exclusivamente, en la forma de una cuota inicial y/o cuotas periódicas otorga a la otra, el franquiciado, el derecho a comercializar bienes o prestar servicios bajo su marca y/o nombre comercial siguiendo el método comercial o los procedimientos que ha elaborado y probado. Para que el franquiciado pueda actuar así, el franquiciador proporciona al franquiciado el *know-how* ("saber-hacer")

¹ Para una descripción más detallada de unidad franquiciada, v. Anexo 1 "La Franquicia: Nociones Generales".

requerido y la formación necesaria para emplear este *know-how*. El franquiciador proporciona también en la mayoría de los casos un manual detallado que contiene las instrucciones necesarias para la gestión del negocio. Además, durante la vigencia del contrato el franquiciador normalmente proporciona al franquiciado ayuda en la dirección de la franquicia.

Se trata por tanto, de un paquete que incluye (pero no se limita a) derechos de propiedad intelectual que están protegidos por ley (por ejemplo marcas, nombres comerciales o, menos frecuentemente, patentes), *know-how*, formación y asistencia continuada por parte del franquiciador, derechos de control del franquiciador frente al franquiciado y obligaciones del franquiciado de seguir las instrucciones del franquiciador y de cumplir con las condiciones financieras del contrato. Permite además, o puede en algunas ocasiones exigir, que la unidad de franquicia sea claramente identificada como un miembro de una particular red de franquicia.

En la mayoría de los casos las franquicias de formato comercial se expanden en el extranjero, a menudo mediante contratos de franquicia principal.

A. CONTRATOS DE FRANQUICIA PRINCIPAL Y OTROS INSTRUMENTOS COMERCIALES

No hay duda que los contratos de franquicia principal son el tipo de contrato más común en la franquicia internacional. Este hecho llevó al Grupo de Estudio de Unidroit a recomendar, y al Consejo de Dirección de Unidroit a aceptar, que los contratos de franquicia principal fueran la forma de franquicia objeto central de esta Guía.

I. CONTRATOS DE FRANQUICIA PRINCIPAL

En los contratos de franquicia principal el franquiciador otorga a otra persona, el sub-franquiciador², el derecho, que en la mayoría de los casos será exclusivo, a otorgar franquicias a sub-franquiciados dentro de un cierto territorio, como lo podría ser un país y/o a abrir por sí establecimientos de franquicia³. El sub-franquiciador en otras palabras actúa como franquiciador en el país extranjero. El sub-franquiciador paga al franquiciador por este derecho una compensación económica. Esta compensación frecuentemente adquiere la forma de una cuota inicial, que

² También llamado frecuentemente el "franquiciador principal" ("master franchisee").

³ Véase Capítulo 2 "Naturaleza y Alcance de los Derechos Otorgados y de la Relación de las Partes".

puede adoptar cualquiera de una variedad de formas diferentes, y/o cuotas periódicas que constituyen un porcentaje de los ingresos que recibe el sub-franquiciador de los establecimientos sub-franquiciados. La forma de la compensación económica, y la relativa importancia de las partes que componen esta compensación, variará de país en país y de franquicia en franquicia⁴. El uso de contratos de franquicia principal no se limita a la franquicia internacional pudiéndose emplear en el contexto de la franquicia nacional.

El acuerdo de franquicia principal implica por lo general la existencia de dos contratos: un contrato internacional entre el franquiciador y el sub-franquiciador (el contrato de franquicia principal), y un contrato de franquicia nacional entre el sub-franquiciador y cada uno de los sub-franquiciados (el contrato de sub-franquicia). En la mayoría de los casos no existe relación directa entre el franquiciador y los sub-franquiciados, aunque en algunos países la legislación de propiedad intelectual exige un vínculo directo para titular dichos derechos⁵. El sub-franquiciador asume el derecho a licenciar a los sub-franquiciados como el franquiciador en el territorio y asume los deberes de un franquiciador frente a los sub-franquiciados. El sub-franquiciador es responsable de la ejecución de los contratos de sub-franquicia y del desarrollo y funcionamiento generales de la red en el país o territorio que se le ha dado derecho a desarrollar. Es deber del sub-franquiciador intervenir si un sub-franquiciado no cumple sus obligaciones. En los casos en que no existan relaciones contractuales entre el franquiciador y los sub-franquiciados el franquiciador normalmente no podrá intervenir directamente para garantizar el cumplimiento de los sub-franquiciados, pero podrá demandar al sub-franquiciador por incumplimiento si el último no cumple con su obligación de ejecutar los contratos de sub-franquicia según lo establecido en el contrato de franquicia principal⁶.

a) Principales ventajas de la franquicia principal

Como acontece con toda fórmula comercial, la franquicia principal tiene tanto ventajas como desventajas para las partes involucradas.

⁴ Véase Capítulo 4 "Cuestiones Financieras".

⁵ Véase Capítulo 10 "Propiedad Intelectual".

⁶ En cualquier caso hay franquiciadores que se reservan el derecho de intervenir contra sub-franquiciadores en incumplimiento – v. Capítulo 2, *cit.* Para un examen de las acciones diferentes a la rescisión, v. Capítulo 15 "Acciones en Caso de Incumplimiento".

Para el franquiciador, las ventajas incluyen la posibilidad de expandir su red sin invertir tanto como sería necesario de establecer él mismo su operación extranjera, aunque la inversión requerida, tanto en términos económicos como de recursos humanos, pueda resultar más importante de lo que muchos franquiciadores estiman antes de celebrar el contrato.

Además, el país del franquiciador y el del sub-franquiciador diferirá considerablemente en cultura, costumbres y tradiciones, legislación, lengua y religión, por no hablar de la organización social y económica. Por lo tanto es una ventaja para el franquiciador contar con un individuo o entidad que esté familiarizado con el país en cuestión, que conozca cómo funciona la burocracia nacional, lo cual es necesario para cumplir todas las exigencias legales, y que pueda aconsejar al franquiciador acerca de las modificaciones que son necesarias para adaptar el sistema a las condiciones nacionales. Además, la distancia geográfica entre el país del franquiciador y aquél en que tiene intención de expandir su red podría ser tal que sería difícil para el franquiciador controlar la actuación de los dueños u operadores de las unidades. Las cargas económicas y logísticas implicadas pueden de hecho ser tales que no resultase viable económicamente para el franquiciador hacer cumplir las condiciones de los contratos de unidad. Para el franquiciador resultará muy valioso contar con un sub-franquiciador nacional que sea capaz de ponerse en la situación del franquiciador. El franquiciador normalmente se comprometerá a proporcionar al sub-franquiciador un número de servicios⁷, pero después el sub-franquiciador, dependiendo del sistema, tendrá en gran medida la responsabilidad de la gestión de la operación. Aún así, no se subestime el papel del franquiciador.

Una de las principales ventajas de la franquicia en general es que el franquiciado se beneficia de invertir en un concepto comercial ya conocido y probado. En cierta medida esto es cierto también en lo que se refiere a la franquicia principal internacional, aunque variará considerablemente lo que signifique que sea conocido un particular sistema de franquicia en el país del sub-franquiciador. Las franquicias más famosas son conocidas en un gran número de países en todo el mundo. Otras son menos conocidas, o son conocidas en menos países, pero son franquicias sólidas que tienen posibilidad de éxito. Para el sub-franquiciador son por tanto un buen valor de inversión, incluso si se

⁷ Véase Capítulo 5 "El Papel del Franquiciador".

necesita una considerable inversión de tiempo y esfuerzo para dar a conocer el sistema. El *know-how* técnico que acompaña una franquicia podría ser también de considerable interés para un sub-franquiciador. Debería sin embargo anotarse, que los sub-franquiciadores son frecuentemente grandes entidades comerciales con importantes fondos y *know-how* técnico propios. Los sub-franquiciadores de hecho necesitan ser grandes, pues la inversión que se les exigirá para desarrollar la red será de capital importancia. No es inusual que el sub-franquiciador sea mayor que el franquiciador.

b) Problemas comunes asociados con la franquicia principal

Las tres áreas principales en que los franquiciadores han expresado insatisfacción son el control limitado del franquiciador sobre la red de la franquicia, los problemas asociados con la rescisión del contrato de franquicia principal y la distribución de los ingresos derivados de las cuotas.

1) Control limitado del franquiciador sobre la red de la franquicia

Al confiar el establecimiento, supervisión y control de su red de franquicia y sus marcas a un sub-franquiciador, el franquiciador entrega en gran medida el control de su sistema de franquicia, incluyendo sus marcas, al sub-franquiciador. Este control disminuido por parte del franquiciador es resultado directo del hecho de que ordinariamente no existe relación contractual directa entre el franquiciador y los sub-franquiciados. El franquiciador está obligado a confiar en el sub-franquiciador para la ejecución de los contratos de sub-franquicia y para garantizar que sus derechos, como por ejemplo los derechos de propiedad intelectual, no sean infringidos⁸. Como el sub-franquiciador tiene tanto interés como el franquiciador en el adecuado funcionamiento de la red y la protección de la propiedad intelectual, el franquiciador podrá usualmente confiar en el sub-franquiciador para actuar en caso de violación de los derechos de la propiedad intelectual o mal funcionamiento de la red. Los problemas surgen no obstante cuando el sub-franquiciador no cumple sus obligaciones como debiera.

⁸ Véase Capítulos 2 y 10, *cit.*

Legalmente el franquiciador tiene el derecho de hacer cumplir las disposiciones del contrato de franquicia principal que exigen al sub-franquiciador establecer, supervizar y controlar adecuadamente el sistema de franquicia y sus marcas. Sin embargo es un derecho muy difícil de hacer cumplir desde un punto de vista práctico. En ciertas situaciones se crean de forma excepcional relaciones contractuales directas entre el franquiciador y los sub-franquiciados, haciendo, por ejemplo, al franquiciador parte del contrato de sub-franquicia. Aunque ser una parte del contrato de sub-franquicia podría permitir al franquiciador tomar medidas en caso de no hacerlo el sub-franquiciador, ésta es una solución que se evita normalmente por los franquiciadores pues podría frustrar todo el propósito de la franquicia principal haciendo al franquiciador directamente responsable frente a los sub-franquiciados. Aunque un contrato cuidadosamente estructurado entre el franquiciador, el sub-franquiciador y los sub-franquiciados y contratos de franquicia principal y sub-franquicia pueden mitigar los problemas de la disminución del control, la naturaleza de la franquicia principal hace imposible que puedan evitarse completamente estos problemas⁹.

Mientras el franquiciador puede considerar que posee un control limitado sobre las operaciones del sub-franquiciador, el sub-franquiciador podría considerar que el franquiciador ha conservado más bien demasiado control. Esto es comprensible, si se considera que el sub-franquiciador es un empresario en su propio derecho, con experiencia y conocimiento profesional del territorio que le ha sido confiado.

2) Problemas con la rescisión de los contratos de franquicia principal

La naturaleza de la franquicia principal es tal que resulta difícil para un franquiciador ejecutar su derecho a rescindir un contrato de franquicia principal. La consecuencia podría ser que el franquiciador continúe en una relación comercial no rentable e indeseable con su sub-franquiciador. Las dificultades que supone la rescisión de los contratos de franquicia principal se relacionan en particular con el impacto de tal rescisión sobre los sub-franquiciados. Aunque los sub-franquiciados no son parte del contrato de franquicia principal, los derechos otorgados por los contratos de sub-franquicia se derivan del contrato de franquicia principal y su suerte depende por ello del

⁹ Acerca de las acciones en caso de incumplimiento, v. Capítulo 15, *cit.*

contrato de franquicia principal. La incapacidad para prever soluciones aceptables para los efectos de la rescisión, especialmente en lo que respecta a los sub-franquiados, es uno de los defectos más importantes del contrato de franquicia principal. Las consecuencias han de ser consideradas durante las negociaciones¹⁰.

Si realmente hay problemas en la rescisión del contrato de franquicia principal, lo inverso también es cierto, porque el sub-franquiador no tiene garantía de que el contrato sea siempre renovado. Considerando las importantes inversiones necesarias por parte del sub-franquiador, esta incertidumbre representa una de las inconvenientes a tomar en consideración a la hora de evaluar la franquicia¹¹.

3) *Distribución de ingresos derivados de las cuotas*

La recompensa económica del franquiciador será generalmente inferior a aquella que resulte de un contrato de franquicia de unidad directa o de un acuerdo de desarrollo de la franquicia. Esto será en cierta medida compensado con los menores costes en que incurre el franquiciador. Una característica de la franquicia principal es la distribución de ingresos derivados de las cuotas iniciales de franquicia y las cuotas periódicas entre el franquiciador y el sub-franquiador. Esto puede dar lugar a la cuestión de si los ingresos de estas cuotas son suficientes tanto para el franquiciador como para el sub-franquiador. Aunque normalmente las cuotas se reparten en una proporción que favorece al sub-franquiador, la duda no obstante continúa acerca de si la ganancia que queda en manos del sub-franquiador es suficiente para mantener el tipo de organización que a un sub-franquiador se le exige que construya a fin de garantizar el establecimiento y supervisión adecuados de la red de franquicia.

La cuestión es igual de relevante para los franquiciadores que normalmente reciben la porción menor de las cuotas pagadas por los sub-franquiados. Esto ha conducido a los franquiciadores a cuestionar si los ingresos que reciben son compensación suficiente por sus continuos esfuerzos para proporcionar apoyo al sub-franquiador y por los riesgos inherentes que implica la franquicia internacional. En el pasado muchos franquiciadores dieron por sentado que, una vez

¹⁰ Véase abajo, Sección B, Sub-sección IV "Negociación de contratos internacionales".

¹¹ Véase Capítulos 3 "Duración del Contrato y Condiciones de Renovación" y 16 "La Terminación de la Relación y sus Consecuencias".

celebrado el contrato de franquicia principal y el sub-franquiciador había sido adecuadamente instruido en todos los aspectos del sistema de franquicia, el sub-franquiciador sería el único responsable de la red, sin que el franquiciador tuviera que intervenir. Lo que la experiencia ha demostrado a lo largo de los años, es que la implicación continuada del franquiciador en el país anfitrión resulta esencial para garantizar la viabilidad del sistema de franquicia. A la dirección superior del franquiciador se le puede exigir que pase largos periodos de tiempo en el país anfitrión con la consecuencia de que los costes continuados de mantenimiento del sistema de franquicia en el país anfitrión resulten importantes. Las cuotas periódicas que ganará un franquiciador en el período inicial de tres a cinco años durante los cuales se esté estableciendo el sistema de franquicia pueden por tanto no compensarle por sus continuados esfuerzos de asistencia al sub-franquiciador en el establecimiento del sistema de franquicia en el país anfitrión.

II. CONTRATOS DE FRANQUICIA Y OTROS CONTRATOS

Los contratos de franquicia contienen numerosos elementos que pueden hacer que se les identifique con otros tipos de contrato, particularmente en países donde no existe una legislación que regule específicamente la franquicia. En algunos países, legislación adoptada específicamente para agentes comerciales, ventas a plazos o contratos de forma estandarizada, por ejemplo, ha sido aplicada analógicamente por los tribunales a los contratos de franquicia. En realidad, sin embargo, aunque los contratos de franquicia son a menudo identificados con contratos de agencia, distribución o licencia, y aunque elementos de estos tipos de contrato están presentes en la franquicia, existen diferencias sustanciales entre ellos.

a) Contratos de agencia comercial

El tipo de agencia que es relevante cuando los contratos de franquicia son comparados con otros tipos de contratos es el de la agencia comercial.

Tradicionalmente, el agente comercial era desconocido para el "*common law*" que consecuentemente no establecía regulación específica alguna de este tipo de representante. El concepto de "*agent*" del "*common law*" es de hecho en el fondo el mismo que el del agente general según los sistemas del "*civil law*".

La figura del agente comercial fue desarrollada en la tradición del "civil law" y fue introducida en el Derecho de las entonces Comunidades Europeas mediante la *Directiva del Consejo Europeo 86/653 de 18 de diciembre de 1986, sobre la Coordinación de las leyes de los Estados Miembros relativas a los agentes comerciales autónomos*¹². La figura del agente comercial fue por consiguiente introducida en los sistemas europeos del "common law" por la Directiva Europea. Debería quizás observarse que, a pesar de la fuerza unificadora de la Directiva Europea, siguen existiendo considerables diferencias en este terreno entre los sistemas jurídicos nacionales.

Aunque existen ciertas diferencias entre los diferentes sistemas del "civil law", la esencia del concepto del "civil law" puede considerarse haber sido resumida en esta directiva, según la cual un agente comercial es un intermediario autónomo que posee autoridad continuada para negociar la venta o la compra de bienes por cuenta de otra persona (el principal), o para negociar y celebrar tales transacciones por cuenta de y en el nombre de ese principal¹³.

En la franquicia por otro lado, el franquiciador y el franquiciado son dos empresarios independientes que invierten y arriesgan sus propios fondos. Franquiciador y franquiciado no son responsables por las acciones u omisiones del otro. Los contratos de franquicia de hecho contienen a menudo una disposición que afirma expresamente que el franquiciado no es el agente del franquiciador y carece de facultad para vincular al franquiciador. La independencia del franquiciador y el franquiciado es a menudo aclarada también a los clientes mediante un letrero colocado en el establecimiento indicando que ese establecimiento es una franquicia y no es propiedad del franquiciador.

b) Contratos de distribución

Existen diferencias también entre los sistemas jurídicos nacionales en lo que respecta a los que se conocen como contratos de distribución o concesiones. En esencia, sin embargo, un contrato de distribución es uno por el cual un fabricante o suministrador de bienes otorga a un

¹² J.O. CEE L 382/17 de 31 de diciembre de 1986. Esta Directiva establece un deber general de buena fe del agente y del principal en sus tratos mutuos y considera la cuestión relativa a la remuneración del agente y a la celebración y rescisión del contrato.

¹³ Cf. Artículo 1(2).

distribuidor el derecho a revender o suministrar esos bienes. El distribuidor es de titularidad y financiación completamente independiente y compra los productos del suministrador que le ha otorgado los derechos de distribución. En algunas jurisdicciones estos derechos de distribución pueden ser otorgados también para la prestación de servicios. En otras, el acuerdo de distribución se considera que incorpora al distribuidor en la organización de ventas del fabricante o del suministrador.

Los acuerdos de distribución pueden ser tanto generales como exclusivos. Si son generales, el distribuidor puede llevar una serie de productos respecto de los cuales se le han otorgado derechos de distribución, incluso puede tener líneas de producto competidoras o contrarias suministradas por diferentes suministradores. Además, el suministrador puede tener varios distribuidores en la misma área. Los acuerdos de distribución en exclusiva otorgan al distribuidor el derecho exclusivo a vender los productos en un área especificada, comprometiéndose el suministrador a no suministrar a otros distribuidores en esa área. Esto no impedirá necesariamente al distribuidor que lleve una serie de otros productos. De hecho se pueden considerar varios posibles acuerdos de exclusividad.

En los contratos de franquicia hay en cambio una cláusula de exclusividad en la mayoría de los casos que establece que el franquiciado debe comercializar sólo los productos del franquiciador. La relación de vendedor y comprador puede también estar presente en una relación de franquicia, pero será en la mayoría de los casos una mera característica del acuerdo de franquicia, que incluirá también la licencia de la marca y el sistema del franquiciador y la concesión de ciertos servicios por el franquiciador al franquiciado, como por ejemplo el know how y el continuo asesoramiento técnico y comercial.

c) Contratos de licencia

Una licencia puede ser definida como un acuerdo contractual según el cual una parte (licenciante) otorga a otra parte (licenciataria) el derecho a utilizar las patentes, el *know-how*, las marcas y/o otros derechos de propiedad intelectual del licenciante en conexión con la fabricación y/o distribución de un producto determinado. Esto claramente también forma parte del acuerdo de franquicia el cual, sin embargo, posee características adicionales. Debería anotarse que aunque existan aquí ciertas diferencias entre las licencias otorgadas para las diversas categorías de propiedad intelectual, las características principales son similares.

Los contratos de licencia pueden ser no exclusivos o exclusivos. En las licencias no exclusivas al licenciatarlo le es otorgado el derecho a utilizar la invención, el *know-how* o las marcas del licenciante pero carece de un derecho exclusivo para hacerlo. El licenciante por lo tanto conserva la posibilidad de usar él mismo la propiedad intelectual, así como de conceder licencias a otros licenciatarlos. Si la licencia es exclusiva, el licenciante se compromete a no otorgar una licencia similar a otros y puede también comprometerse a no utilizar él mismo la propiedad intelectual. Una licencia exclusiva puede ser otorgada para un territorio específico, por ejemplo un país determinado, o puede ser de un carácter más general.

La diferencia esencial entre una licencia y una franquicia es que un licenciante controla la manera en que el licenciatarlo utiliza las patentes, *know-how* y/o las marcas del licenciante, pero carece de control sobre el formato comercial o la manera en que el licenciatarlo lleva su negocio, mientras un franquiciador ejercita un control detallado también sobre la forma en que el franquiciado conduce su unidad.

d) Contratos de transferencia de tecnología

Los contratos de transferencia de tecnología son en efecto una forma de contrato de licencia, según cuyos términos le es otorgado a un licenciatarlo el derecho de establecer una planta de manufacturación para producir un bien usando la tecnología del licenciante. Aquí de nuevo, el licenciante no retiene control alguno sobre el modo en que el licenciatarlo lleva su negocio. A pesar de esta considerable diferencia, y a pesar de las otras características de la franquicia, las leyes de transferencia de tecnología son frecuentemente formuladas de forma tan amplia que la franquicia es traída a su ámbito.

III. MÉTODOS PARA FRANQUICIAR INTERNACIONALMENTE

Existen fundamentalmente dos formas principales de franquiciar internacionalmente: de forma directa¹⁴ o mediante acuerdos de franquicia principal¹⁵.

Estos métodos clásicos utilizados por los franquiciadores para la expansión internacional pueden no obstante no ser adecuados en toda situación, siendo más convenientes otros métodos de distribución bajo

¹⁴ Véase la Sub-sección sobre "Franquicia Directa", más abajo.

¹⁵ Para una descripción general de los acuerdos de franquicia principal, v. arriba, p. 2 y ss.

ciertas circunstancias. Ejemplos de tales otros métodos incluyen los contratos de licencia esquemáticos ("bare bones"), versiones reducidas de contratos de franquicia principal y acuerdos "híbridos de franquicia/licencia".

En términos generales, un contrato de licencia esquemático ("bare bones"), es un acuerdo de licencia limitado por el cual el franquiciador otorga al franquiciado/licenciataria una licencia (que puede o no ser exclusiva) para usar el sistema de franquicia, y en algunas circunstancias las marcas de fábrica, en el país extranjero. Aparte de la formación inicial que se ha de proporcionar al franquiciado/licenciataria, al franquiciador no se le exigirá que proporcione formación o ayuda adicional alguna y estará, en el fondo, libre de cualesquiera obligaciones adicionales.

En una versión "reducida" de un contrato de franquicia principal muchas de las obligaciones típicas impuestas a un sub-franquiciador, y muchos de los derechos disponibles para un franquiciador, bajo un acuerdo de franquicia principal normal son excluidas.

Un contrato híbrido de franquicia/licencia generalmente adoptará la forma de una tradicional licencia de patente, *know-how* o marca según la cual al franquiciado/licenciataria se le exigirá la distribución del producto mediante un formato comercial estipulado por el fabricante/ franquiciador/ licenciante.

Las llamadas "*joint ventures*" son también empleadas en la franquicia internacional, a menudo como medio para resolver problemas de financiación pero también como medio de asegurar que el franquiciador comparte los riesgos. Por tanto no se utilizan solas, sino junto con contratos de desarrollo o contratos de franquicia principal en particular. Lo que normalmente sucede en estos casos es que el franquiciador y un socio nacional crean una *joint venture* que ordinariamente adopta la forma de una corporación, pero que puede también adoptar la forma de una sociedad o trust. Esta *joint venture* celebra entonces un contrato de franquicia principal con el franquiciador, se convierte en sub-franquiciador y procede a abrir unidades de franquicia y a otorgar sub-franquicias de la misma manera que un sub-franquiciador normal. Por otra parte, la *joint venture* puede celebrar un contrato de desarrollo con el franquiciador y convertirse así en desarrollador ("*developer*").

Una de las ventajas más importantes que se logran mediante el uso de una *joint venture* en franquicia es la contribución económica que el franquiciador puede efectuar a la operación en general. Es un sistema que resulta particularmente adecuado en países donde la financiación es escasa, pero donde están presentes otras pre-condiciones necesarias para el crecimiento de la franquicia (pequeños negocios o personas con ahorros que están en posición de invertir en una sub-franquicia, por ejemplo).

Cualquiera que sea el método que elija un franquiciador para desarrollar el sistema de franquicia, ya sea franquicia directa o franquicia principal, en combinación o no con una *joint venture*, habrá de considerar si, como entidad corporativa, se dedicará o no a la actividad de franquicia directamente desde su oficina central o desde una sucursal, o si lo hará mediante una filial. Se debería quizás recordar que una filial es una entidad jurídica independiente mientras una sucursal no lo es. Que el franquiciador decida abrir una oficina sucursal o una filial dependerá a menudo de consideraciones fiscales y de administración general. En cualquier caso la entidad concernida, filial u oficina sucursal, actúa como franquiciador a los efectos de otorgar franquicias.

a) Franquicia directa

La franquicia directa incluye la tradicional franquicia de unidad y la franquicia mediante contratos de desarrollo.

1) Franquicia de unidad

En la franquicia de unidad el franquiciador mismo otorga franquicias a franquiciados individuales en el país extranjero. En este caso existe un contrato internacional del que el franquiciador y el franquiciado son partes. Esta forma de franquiciar no es frecuentemente utilizada en la franquicia internacional, a menos que sea entre países que geográficamente y culturalmente estén cercanos uno del otro. En la mayoría de los casos los contratos concernidos se referirán a negocios que implican inversiones económicas considerables, tales como franquicias hoteleras.

2) Contratos de desarrollo

En el caso de los contratos de desarrollo al promotor se otorga el derecho a abrir un número múltiple de unidades según un programa predeterminado y dentro de un área dada. El franquiciador y el promotor pueden celebrar un acuerdo de unidad para cada unidad que el promotor abra, en cuyo caso existirá un contrato marco de desarrollo al igual que algunos contratos de unidad, todos entre el franquiciador y el promotor. El contrato de desarrollo puede por otra parte cubrir tanto el contrato marco como los contratos de unidad. Según los contratos de unidad el promotor es un franquiciado normal con los mismos derechos y obligaciones que cualquier otro franquiciado. Los contratos de desarrollo, que hasta hace poco no eran comunes en la franquicia

internacional, están recibiendo ahora mayor importancia en países que se hallan distantes geográficamente del país del franquiciador. En un contexto internacional esta forma de contrato presenta problemas específicos que no existen necesariamente dentro de un contexto nacional. Estos incluyen la sustanciosa financiación que se requiere para crear una red. Para poder abrir varias unidades de acuerdo con un programa predeterminado el promotor debe tener considerables medios económicos. Si el acuerdo es insatisfactorio, es muy caro para el franquiciador, o para otro posible promotor, hacerse cargo de la red. Programas de desarrollo poco realistas tienden también a causar problemas, aunque ésta no es una cuestión que se limite a la franquicia internacional, ni ciertamente a los contratos de desarrollo.

IV. CONTRATOS DE REPRESENTACIÓN TERRITORIAL

Aunque los contratos de representación territorial son empleados algunas veces en la franquicia internacional, y se presentan a veces como contratos de franquicia principal o contratos de desarrollo, debe subrayarse que no son contratos de franquicia sino que más bien son de la naturaleza de contratos de agencia o representación comercial. Según este tipo de contrato el franquiciador otorgará ordinariamente a una tercera parte, el representante del área, el derecho a solicitar posibles franquiciados, al igual que a prestar ciertos servicios específicos en nombre del franquiciador a los franquiciados existentes en un territorio exclusivo. Estos servicios cubrirán normalmente tanto el establecimiento como el funcionamiento continuado de los establecimientos de franquicia.

Los acuerdos de representación territorial son tratados algunas veces como una variación de la franquicia principal en que el franquiciador recibe los mismos beneficios que en la franquicia principal mientras evita algunos de los problemas asociados con ella, especialmente la cesión del control del sistema de franquicia y las marcas al sub-franquiciador y las cuestiones que surgen en conexión con la rescisión del contrato de franquicia principal. Debería observarse que como los representantes de área tradicionalmente no efectúan la misma inversión que los sub-franquiciadores, y no desarrollan los mismos activos intangibles ("*goodwill*") que un sub-franquiciador bajo un acuerdo de franquicia principal, el franquiciador no puede esperar que el representante de área tenga las mismas cualidades que un sub-franquiciador. Mas que ser una alternativa a la franquicia principal, los acuerdos de representación territorial están típicamente asociados con la franquicia directa, en que es

el franquiciador, y no el representante de área, quien mantiene una relación contractual directa con el franquiciado. El representante de área simplemente busca posibles franquiciados, los entrevista y hace una recomendación en cuanto a su idoneidad al franquiciador. Los representantes de área pueden asumir algunas de las funciones de supervisión del franquiciador, como por ejemplo la formación y el control del modo de utilización del sistema de franquicia y las marcas por el franquiciado, pero también en este caso el representante de área actúa sencillamente como representante del franquiciador.

B. EXPANSIÓN INTERNACIONAL: SELECCIÓN DEL INSTRUMENTO APROPIADO Y NEGOCIACIÓN DEL CONTRATO

I. FACTORES A CONSIDERAR EN LA DETERMINACIÓN DEL INSTRUMENTO MÁS APROPIADO

Un empresario que ha decidido crecer en el extranjero debe determinar qué instrumento comercial es el más apropiado para su tipo de negocios y para la consecución de sus objetivos. Asimismo, el posible socio nacional de un empresario debe evaluar el tipo de negocio que puede establecer así como el tipo de relación que desea establecer con el socio extranjero. Ciertos factores pueden ser de relevancia en esta evaluación, algunos de los cuales son factores objetivos, como el mercado, las consideraciones culturales y el marco jurídico, otros de los cuales son subjetivos, como la naturaleza del propio negocio, las condiciones económicas de las partes, su experiencia, cómo pretenden dividir la responsabilidad y los ingresos, y el control que el socio extranjero desea ejercitar sobre la actividad del socio nacional.

a) Factores objetivos

1) El mercado

De importancia fundamental en la elección de un instrumento es la condición del mercado donde el sistema tiene intención de entrar. Los factores que deberían ser considerados incluyen el tipo de

economía del país anfitrión, la inflación y tipos de interés predominantes del país anfitrión, la facilidad con que el socio nacional pueda financiar su inversión, el posible papel de bancos y otras instituciones financieras en las negociaciones para, y el funcionamiento de, una franquicia, la disponibilidad de fuentes alternativas de *know-how* y marcas reconocidas que puedan hacer que el sistema del franquiciador sea menos producto único y, por último pero no menos importante, la actitud general de las autoridades nacionales.

En una situación internacional el franquiciador puede tener que confiar en su socio nacional para que le facilite una evaluación del mercado nacional y del desarrollo potencial de la franquicia en ese concreto mercado.

2) Consideraciones culturales

Algunos factores culturales han de ser considerados en una evaluación de los diferentes instrumentos comerciales disponibles. Por ejemplo, si no existe tradición empresarial en el país anfitrión, entonces el instrumento más adecuado podría ser uno que permita al empresario extranjero el ejercicio de un mayor control sobre las operaciones y que asegure que los operadores nacionales están adecuadamente formados y son capaces de funcionar eficazmente.

Las consideraciones culturales son quizás muy importantes cuando se adopta la decisión de entrar en el mercado de un país determinado. El que un producto o servicio concreto, una marca o nombre comercial particular, o una forma particular de actuar, sea aceptable o no en un país dependerá frecuentemente de tradiciones nacionales, de costumbres religiosas y de la legislación nacional.

3) Marco jurídico

El marco jurídico en el país anfitrión es de considerable importancia en la determinación de qué instrumento es el más apropiado. Para que la franquicia funcione debe estar en vigor una legislación general sobre contratos comerciales, un derecho de sociedades adecuado, legislación sobre propiedad intelectual y una ejecución efectiva de los derechos garantizados por esta legislación.

Si la existencia de cierta legislación es una condición previa para el efectivo funcionamiento de la franquicia, hay otros factores legales que pueden determinar si la franquicia es apropiada o no. Estos incluyen,

por ejemplo, cualesquiera exigencias registrales, la necesidad de presentar el contrato a una autoridad gubernamental para su aprobación, la existencia de restrictivas normas de control de divisas, cuotas de importación y/o exportación y normas fiscales, incluyendo cualesquiera posibles contratos de doble imposición.

b) Factores subjetivos

1) *La naturaleza del negocio*

De importancia fundamental en la selección del instrumento más apropiado es la naturaleza del negocio mismo. Lo conveniente debe ser determinado caso por caso.

En la determinación de si la franquicia es o no el instrumento más adecuado para un negocio determinado, algunos factores subjetivos deberían ser considerados y evaluados. Primero y principal el concepto comercial debe haber demostrado ser exitoso en la práctica. Debería además ser distintivo tanto en su imagen pública como en el sistema y métodos que adopta y debería ser capaz de ser transmitido con éxito a otros. Además, las compensaciones económicas por la actividad de la unidad franquiciada deben ser suficientes para permitir al franquiciado la obtención de una compensación razonable a los activos empleados en el negocio, percibir unos ingresos razonables y pagar al franquiciador una cuota razonable por los servicios que éste presta. Los ingresos generados por el franquiciador por la actividad de la franquicia deben a cambio ser suficientes para cubrir los costos fijos del franquiciador y para permitirle percibir un beneficio razonable.

2) *Circunstancias económicas que afectan a la elección de un instrumento*

Está en la naturaleza de la franquicia principal que la mayor parte de la inversión en el país anfitrión sea realizada por el sub-franquiciador, el promotor del área o el franquiciado, dependiendo de por qué tipo de franquicia se opte. Esto no significa, sin embargo, que el franquiciador no tenga que realizar una inversión económica importante. Se debe proporcionar formación, debe estar en marcha una estructura de funcionamiento eficiente para el servicio y la asistencia a sub-franquiciadores y franquiciados, debe contratarse personal adecuado para apoyar *in situ* a los sub-franquiciadores o franquiciados extranjeros, los gastos ocasionados en el registro de, por ejemplo,

derechos de propiedad intelectual deben ser afrontados. Es claro que un cierto coste está asociado con cada técnica comercial. Por lo tanto debe efectuarse una evaluación por las partes con vistas a determinar cuál es la técnica más efectiva en términos de costo.

3) La experiencia de las partes

La experiencia de las partes es de importancia en algunos aspectos. Si consideramos en primer lugar a la compañía matriz, se puede observar que existe una considerable diferencia entre llevar una cadena de establecimientos de titularidad exclusiva y llevar una red de unidades mediante un acuerdo de franquicia principal. Si el posible franquiciador carece de experiencia en franquicia, es probablemente aconsejable para él que proceda paso por paso, empezando con la apertura de sus propias operaciones piloto antes de proceder a franquiciar internacionalmente. Además, la franquicia internacional mediante un acuerdo de franquicia principal es diferente de la franquicia por medio de un contrato de desarrollo o franquicia de unidad directa. Si un franquiciador carece de experiencia en franquicia principal, es aconsejable que adquiera esta experiencia en su propio país antes de intentar utilizar la franquicia principal en el extranjero.

La experiencia previa con la franquicia es menos importante para el posible sub-franquiciador que para el franquiciador. Sin embargo sería importante para el posible sub-franquiciador o promotor tener experiencia comercial, ya que la gestión de redes de negocios, particularmente tan amplias como las redes de franquicia principal de desarrollo, requiere capacidad y conocimiento profesional.

Cualquier contrato es el reflejo natural de la relativa fuerza negociadora de las partes. Lo que cada parte pueda obtener de la otra dependerá por tanto en gran medida de su capacidad para negociar y de los activos que puedan utilizar en el proceso negociador. Tales activos pueden también ser personales, tales como el conocimiento y la experiencia de un posible sub-franquiciador en la negociación y la implementación de transacciones internacionales, o en la resolución de problemas jurídicos y económicos.

4) La división de responsabilidades e ingresos

La división de responsabilidades entre las partes diferirá de una forma de negocio a otra. Dentro de la franquicia misma, esta división

diferirá de un método de franquicia a otro. Está en la naturaleza de la franquicia principal que la responsabilidad de un sub-franquiciador sea considerable: es el sub-franquiciador quien es responsable del desarrollo de la red, de proporcionar formación, ayuda y supervisión a los sub-franquiciados para hacer cumplir los derechos de propiedad intelectual del franquiciador. En el caso de la franquicia de unidad directa la responsabilidad del franquiciado será considerablemente menor: no tendrá responsabilidad alguna en cuanto a la red, ni tendrá que hacer cumplir los derechos de propiedad intelectual del franquiciador. Con toda probabilidad sólo se le exigirá que informe al franquiciador de posibles violaciones. Similarmente, la responsabilidad de un agente es diferente de la de un distribuidor, que también difiere de la de un licenciario.

La diferencia en la responsabilidad también se reflejará en los ingresos de cada parte. Cuanta más responsabilidad tenga una parte, mayores ingresos es probable que obtenga. En el caso de la franquicia principal, el sub-franquiciador debe tener suficientes ingresos para poder cumplir sus obligaciones permitiéndole al mismo tiempo obtener una ganancia. El franquiciador debe sin embargo conservar un flujo de ingresos suficiente para justificar su papel único en la relación. Cualquier decisión sobre el instrumento a adoptar reflejará también cualesquiera cambios en la responsabilidad y en la recaudación de ingresos.

5) Control

Un factor importante al decidir el instrumento más adecuado en una situación dada es el grado de control ejercido por el socio extranjero sobre el socio nacional. En la franquicia ese control es mayor que en la licencia o en la distribución. Además, dentro de la franquicia el grado de control variará dependiendo de la forma de franquicia adoptada. El control es más estricto cuando la implicación directa por parte del franquiciador es mayor. Habrá por tanto menos control por parte del franquiciador en los acuerdos de franquicia principal, pues es en éstos en los que la implicación del franquiciador es menor, incluso aunque siempre permanecerá cierto grado de control. Lo aceptable para las dos partes dependerá de algunos factores, incluyendo factores tan subjetivos como la personalidad. Un control estricto podría, por ejemplo, no ser aceptable para una persona de naturaleza independiente que puede en cambio ser capaz de actuar

al exigírsele que adopte iniciativas. Un equilibrio entre los intereses de las dos partes debe crearse también a este respecto.

6) El factor riesgo

El riesgo es parte inherente de cualquier negocio y la evaluación del riesgo que implica la transacción contemplada supone intentar evaluar lo incierto. Una de las razones de la popularidad de la franquicia es el hecho de que la información estadística disponible para la franquicia nacional de unidad indica que la tasa de fracaso de negocios franquiciados es sustancialmente menor que la de otras formas de negocio más tradicionales. La incertidumbre que supone un negocio parecería ser por tanto considerablemente reducida. Debe subrayarse sin embargo que mientras esto es cierto en sistemas de franquicia maduros, en los que el concepto ha sido ensayado y comprobado, la situación es diferente para los sistemas de franquicia jóvenes. El riesgo de fracaso de los últimos puede de hecho ser mayor que el de los negocios tradicionales. Se exige por tanto una cierta precaución en la selección de una franquicia, en particular en una situación internacional. Las siguientes consideraciones se refieren a sistemas de franquicia maduros.

En la franquicia el riesgo se reduce para los franquiciadores en la medida en que no utilizan su propio capital para desarrollar la red, sino el del franquiciado. En el caso de los franquiciados el riesgo se reduce porque el concepto comercial en que invierten está probado y aceptado por los consumidores. Una división del riesgo entre el franquiciador y el sub-franquiciador, quien en la mayoría de los casos es la parte en mejor posición para evaluar los riesgos del país anfitrión, es frecuentemente prevista en el contrato o en los acuerdos hechos.

La mayoría de los factores de riesgo involucrados no son exclusivos de la franquicia, aunque hay algunos que puede considerarse que poseen particular relevancia para esta forma de negocios. Si bien es cierto que el riesgo se reduce porque el franquiciado utiliza un método que está ensayado y que ha demostrado ser exitoso, es también verdad que si hay una exigencia demasiado rígida de observancia del proyecto del franquiciador, esto podría impedir al sub-franquiciador introducir cambios al sistema que sean esenciales para garantizar que la franquicia resulte exitosa en ese concreto país, o podría retrasar demasiado la introducción de

modificaciones que se han hecho necesarias debido a cambios en las circunstancias. Condiciones específicas de los contratos de franquicia, como el suministro exclusivo de productos, deben también incluirse entre los factores de riesgo, pues aunque pudieran ofrecer ciertas garantías al inicio de la relación (en el caso de suministro exclusivo de productos por ejemplo garantizan el suministro, podrían posteriormente impedir al sub-franquiciador adoptar una alternativa que sea más conveniente a la ofrecida por el franquiciador.

i) Factores de riesgo que deben ser considerados por el franquiciador

A fin de reducir la incertidumbre el franquiciador habrá de considerar todos los factores que podrían constituir un elemento de riesgo. En el caso de la franquicia internacional tales factores de riesgo pueden ser agrupados en dos categorías principales: externos e internos.

a) Factores de riesgo externos

Ejemplos de factores de riesgo externos son la situación política en el posible país anfitrión, los desarrollos económicos esperados, la posibilidad de embargos comerciales y el hecho que las materias primas necesarias resulten insuficientes en cantidad o calidad. La mayoría de los factores externos están fuera del control del franquiciador, pero el riesgo derivado de estos factores puede ser reducido por medio de la reunión de información más detallada y garantizando que la información ya disponible es fiable.

b) Factores de riesgo internos

Los factores de riesgo internos incluyen los acuerdos de organización de la actividad nacional del franquiciador y los recursos económicos y humanos de que dispone. Si, por ejemplo, el sistema del franquiciador no tiene ya una oficina o unidad capaz de manejar la administración, formación y control necesarios en un acuerdo de franquicia principal, y que sea también capaz de adaptar su estructura a las necesidades del país anfitrión o países anfitriones, el franquiciador necesitará dedicar recursos económicos adicionales para el establecimiento de tal oficina o entidad. El riesgo es que, si tales factores no son tomados en cuenta, las actividades internacionales pueden generar

pérdidas en términos de recursos económicos y humanos del franquiciador, dañando de ese modo las actividades nacionales del franquiciador y finalmente poniendo en peligro también sus actividades internacionales.

ii) Factores de riesgo que deben ser considerados por el sub-franquiciador

En cierta medida los factores de riesgo que un sub-franquiciador debe evaluar son un reflejo de aquéllos que un franquiciador ha de considerar. Así, no sólo es el franquiciador quien debe considerar el clima político del país anfitrión, sino también el sub-franquiciador. Además, el sub-franquiciador podría tener que afrontar la posibilidad del pago de multas al franquiciador por incumplimiento del plan de desarrollo. Si hay un embargo comercial que impida efectivamente la importación de materias primas que se necesitan para la franquicia, el sub-franquiciador tendrá o bien que recurrir a fuentes alternativas de suministro, o resignarse a ver cómo la red no será capaz de proporcionar bienes o servicios que se ajusten a las especificaciones del franquiciador en cuanto a calidad y quizás cantidad. En el último caso el sub-franquiciador estaría abierto a reclamaciones tanto del franquiciador por no respetar los términos de su contrato como de los sub-franquiciados que ya no están en posición de proporcionar a los clientes los bienes o servicios de calidad que esperan.

II. LA SELECCIÓN DE UN SUB-FRANQUICIADOR

La selección de un sub-franquiciador competente es esencial en los acuerdos de franquicia principal. La relación de franquicia principal está llamada a perdurar en el tiempo. Implica una inversión considerable tanto por parte del franquiciador como del sub-franquiciador, con frecuencia sustancialmente mayor que la en principio estimada, y sería tan difícil como oneroso corregir los errores cometidos por un sub-franquiciador incompetente. Los efectos de seleccionar el socio equivocado tanto en términos del posible descrédito del sistema de franquicia como de la pérdida de inversión podrían por tanto ser devastadores.

Los atributos de un sub-franquiciador adecuado incluyen iniciativa (aunque no debiera ser tan independiente que deseara separarse del sistema), habilidades de dirección, la capacidad para reconocer las cualidades de otros y motivarlos, un compromiso con el sistema de

franquicia y en general voluntad de actuar para la promoción de la red así como una solidez económica. La experiencia en los negocios y un conocimiento general de las condiciones nacionales, costumbres y leyes son además de considerable importancia en un sub-franquiciador.

III. LA SELECCIÓN DE UNA FRANQUICIA POR UN POSIBLE SUB-FRANQUICIADOR

La selección del franquiciador adecuado es de suma importancia para los sub-franquiciadores: un sub-franquiciador debe estar en posición de evaluar la solidez económica del franquiciador, su eficiencia y la ayuda que está dispuesto a ofrecer. Si el franquiciador no proporciona la formación y la ayuda que el sub-franquiciador tiene derecho a esperar, o no cumple ciertos deberes, como por ejemplo el registro de la propiedad intelectual ante las autoridades correspondientes, o si el franquiciador no es económicamente sólido y quiebra, el sub-franquiciador arriesgará su inversión. De considerable importancia es también la experiencia del franquiciador con negocios internacionales, en particular con franquicia internacional, y con acuerdos de franquicia principal como opuestos a otras formas de franquicia.

Para que el sub-franquiciador pueda realizar una correcta evaluación de la franquicia, de la solidez económica del franquiciador, de la ayuda proporcionada por el franquiciador y de las relaciones del franquiciador con, y comportamiento hacia, los miembros de su red, los sub-franquiciadores y franquiciados, es necesario para el sub-franquiciador hacer el esfuerzo de comprobar la información que ha recibido sobre el franquiciador y la historia del franquiciador. En conexión con esto el contacto con otros sub-franquiciadores y franquiciados es esencial, de modo que permita un intercambio de opiniones en que los sub-franquiciadores y franquiciados puedan informar al posible sub-franquiciador de su experiencia con el franquiciador. Demasiado a menudo una falta de diligencia debida a este respecto han conducido a que se cometieran errores con la consiguiente pérdida de las inversiones efectuadas.

Los factores internos son importantes también para el sub-franquiciador, pues una evaluación errónea de la capacidad de, por ejemplo, su propio personal, puede crear problemas para los servicios de la red. Es esencial para el sub-franquiciador que haga una evaluación seria y tan correcta como sea posible de los medios a su disposición, de la efectividad con la que los podrá utilizar, y de las implicaciones económicas que conllevan.

IV. NEGOCIACIÓN DE CONTRATOS INTERNACIONALES

Los contratos de franquicia de unidad son a veces identificados con contratos de adhesión pues los franquiciadores tienden a usar contratos estándar para todos sus sistemas. La situación es diferente con los contratos de franquicia principal pues estos son normalmente ampliamente negociados. Esto no debería sorprender, considerando que el objeto de un contrato de franquicia principal es el otorgamiento de derechos de franquicia para un territorio mayor, a veces para todo un país o incluso para más de un país. A menos que el país del franquiciador y el del sub-franquiciador estén geográfica y culturalmente cercanos el uno del otro, las diferencias nacionales en términos de idioma, cultura, tradiciones, religión, derecho, y desarrollo económico y social serán tales como para hacer modificaciones en el sistema de franquicia imperativas si se quiere que tenga éxito en el país del sub-franquiciador. Un contrato estándar que ha sido hecho a la medida para usarlo en un país es por tanto improbable que sea adecuado para otro país. La importancia del proceso de negociación, en el curso del cual se acuerdan todas las modificaciones necesarias, se aumenta por tanto considerablemente en el caso de los propios contratos de franquicia principal, pero también en el de los otros contratos implicados en acuerdos de franquicia principal internacional.

Las negociaciones entre el franquiciador y el sub-franquiciador son también importantes con vistas a prever posibles desarrollos futuros del sistema. En la mayor medida posible los cambios al sistema deberían preverse desde el principio y establecerse un procedimiento para la introducción de los cambios necesarios.

La revelación de información es de la mayor importancia en la generación de confianza entre las partes y para la creación de una relación mutuamente beneficiosa. En el caso de la franquicia la revelación precontractual de información es de particular importancia. Esto implica que el franquiciador proporcione al posible franquiciado información que le permita tener a su disposición todos los elementos necesarios para evaluar la franquicia que se propone adquirir. Este deber está estrechamente vinculado con el deber de buena fe y lealtad negocial. Está regulado en algunos países, aunque con un grado de detalle cambiante¹⁶,

¹⁶ Véase Anexo 3 "Legislación y Reglamentos relevantes para la Franquicia".

mientras en otros puede considerarse implícito. Aunque la revelación es usualmente considerada sólo desde el punto de vista de la información que el franquiciador debe proporcionar, es igualmente importante que el sub-franquiciador o franquiciado proporcione al franquiciador la información que necesita para evaluar al posible sub-franquiciador o franquiciado. La revelación debería por lo tanto ser mutua. Además, para el beneficio de la relación sería preferible que este intercambio de información se convirtiera en una característica ordinaria de la relación entre las partes.

El que la revelación precontractual sea tan importante o no en una relación de franquicia principal como en una relación de sub-franquicia o una simple relación de franquicia de unidad es discutido. En muchos casos el sub-franquiciador es, o pertenece a, una unidad económica sustancialmente mayor que el propio franquiciador. En cualquier caso tendrá invariablemente una experiencia comercial considerable. Puede por tanto darse por sentado que el posible sub-franquiciador ha adoptado todas las medidas precontractuales necesarias y ha buscado información sobre el franquiciador con la diligencia requerida en cualquier transacción comercial internacional. En el curso de las negociaciones es sin embargo normal para un franquiciador que responda a cualquiera preguntas que un posible sub-franquiciador pudiera tener y que suministre la información requerida. En conexión con esto no debería olvidarse que un franquiciador podría estar vinculado por cualesquiera leyes de revelación imperativas que pudieran existir en el país concernido pues estas pueden aplicarse también a las relaciones de franquicia principal.

V. REDACCIÓN DE CONTRATOS DE FRANQUICIA INTERNACIONAL

La relación de franquicia principal es a menudo regulada por algunos documentos además del primordial contrato de franquicia principal. Estos pueden incluir un manual para el sub-franquiciador, un manual de operaciones que el sub-franquiciador debe proporcionar a los sub-franquiciados en relación al funcionamiento de la unidad, informes y expedientes a presentar al sub-franquiciado, guías de publicidad, contratos separados referentes a la licencia de la propiedad intelectual y cualesquier otros contratos de licencia¹⁷. En algunos países éstas y similares cuestiones son tratadas en el marco del contrato de franquicia principal, mientras que en otros en cambio compondrán el objeto de uno o más contratos

¹⁷ Para cierto número de contratos colaterales, v. Capítulo 19 "Documentos Accesorios".

separados. En algunas jurisdicciones puede haber normas imperativas sobre formas contractuales que exigen que todas las obligaciones de las partes se establezcan en el propio documento contractual y sean personalmente firmado por ellas. En tales casos no es posible referirse a documentos accesorios no firmados. La técnica adoptada dependerá en gran medida de las técnicas de redacción tradicionales en el país o países concernidos¹⁸.

En el caso de contratos de franquicia internacional, como en el de cualquier otro contrato internacional, la cuestión del idioma y estilo en que debería redactarse el contrato será un asunto de importancia¹⁹. No es sin embargo infrecuente que los franquiciadores sean reacios a aceptar que sus contratos puedan diferir dependiendo del país en que estén operando. Los franquiciadores frecuentemente preferirán aquello con lo que se encuentran familiarizados, ya sea el idioma de los contratos, el formato en que los contratos están expresados o el derecho que se les ha de aplicar²⁰. Esto es comprensible, considerando que los franquiciadores que operan internacionalmente estarán a menudo activos en un número de países diferentes y que sus contratos habrían de escribirse por tanto en un considerable número de idiomas y estilos diferentes. Esto naturalmente haría difícil para el franquiciador y los abogados del franquiciador mantener el control sobre las operaciones. Desgraciadamente, no siempre se dan cuenta del considerable número de problemas en que podrían meterse si insisten en la aplicación de su propio derecho, idioma y formato contractual. Consideraciones prácticas parecerían dictar que los contratos deberían redactarse en el estilo e idioma del país en que van a cumplirse, pues ése es el país en el cual es probable que surjan cualesquiera conflictos y en el que van a decidirse.

Una opción es adoptar diferentes enfoques para el contrato de franquicia principal y los contratos de sub-franquicia. En este caso el contrato de franquicia principal se ajustará más estrictamente a lo que el franquiciador considera esencial en términos de idioma, derecho aplicable y técnica de redacción, mientras los contratos de sub-franquicia, que después de todo son contratos entre el sub-franquiciador y los sub-franquiciados, se ajustarán en cambio a las exigencias nacionales. Por otra parte, el franquiciador puede redactar el contrato de sub-franquicia en primera instancia y hacerlo revisar por un abogado nacional para asegurar

¹⁸ Véase Capítulo 19, *cit.*

¹⁹ Véase abajo, *lit.* (a) "Idioma del Contrato y de los otros Documentos" y *lit.* (b) "Técnica de Redacción".

²⁰ La cuestión de la ley aplicable al contrato es examinada extensamente en el Capítulo 17 "Derecho Aplicable y Resolución de Conflictos".

que satisface las necesidades nacionales. Debería señalarse no obstante que no hay una solución nítida y que la situación en cada país debería ser examinada con la ayuda de un abogado nacional.

a) Idioma del contrato y de los otros documentos

En una mayoría de relaciones de franquicia principal internacional el idioma del país del franquiciador es diferente de aquél del país del sub-franquiciador y los sub-franquiciados. El idioma de los contratos, así como de cualesquiera documentos colaterales, es por tanto una cuestión crítica y con frecuencia delicada.

En algunos países es incluso una cuestión legal, pues los contratos han de estar en el idioma nacional para ser válidos. Como mínimo, una traducción del contrato al idioma nacional debe adjuntarse al contrato original cuando éste esté en el idioma del franquiciador. Esto es especialmente importante en países en los cuales los contratos deben registrarse ante las autoridades públicas, pues el registro puede no ser posible si el contrato no está en el idioma nacional. En tales casos puede ser aconsejable para las partes ponerse de acuerdo sobre qué idioma debería prevalecer en caso de controversia, pues pueden existir discrepancias lingüísticas entre las dos versiones. Se debería no obstante tener presente que los tribunales del país del sub-franquiciador pueden no estar capacitados, o autorizados, para tomar en consideración la versión en el idioma extranjero a la hora de llegar a una decisión.

Puede parecer lógico o normal que el sub-franquiciador, o los directivos del sub-franquiciador cuando el sub-franquiciador es una entidad corporativa, puedan entender el idioma del franquiciador, particularmente si es uno de los principales idiomas empleados en las relaciones comerciales internacionales. Este no es sin embargo necesariamente el caso, aun si los franquiciadores exigen cada vez más un conocimiento de su idioma para facilitar las relaciones. Ni tampoco, si el sub-franquiciador o sus directivos hablan el idioma del franquiciador, es posible dar por sentado que entenderán todo lo que esté escrito en un manual detallado o que no habrá malentendidos. Es por tanto una buena práctica comercial que toda documentación, incluyendo manuales, esté también en el idioma del sub-franquiciador, a fin de evitar malentendidos. La responsabilidad de la traducción de la documentación puede variar en cada caso. En muchos casos será el sub-franquiciador quien será requerido primero para traducir la

documentación a su propio cargo y presentarla de vuelta después al franquiciador. En caso de discrepancia prevalecerá normalmente el documento del franquiciador, a condición de que sea ejecutable en el país del sub-franquiciador.

Las exigencias idiomáticas aplicables a contratos colaterales o auxiliares variarán dependiendo del país y del tipo de contrato. Así, por ejemplo, los contratos de licencia respecto de los derechos de propiedad intelectual puede ser necesario que estén en el idioma nacional pues en la mayoría de los casos habrán de ser registrados en las oficinas apropiadas.

Los manuales son documentos que en la mayoría de los países no necesitan ser depositados o registrados ante ninguna autoridad gubernamental. La situación podría por tanto ser diferente, aunque han de hacerse algunas consideraciones en este punto. Una primera consideración es que puede haber más de un manual: un manual para el sub-franquiciador, que contenga todas las instrucciones e información que el sub-franquiciador necesita tener para poder actuar en lugar y en nombre del franquiciador en su país o área, y en segundo lugar el manual que el sub-franquiciador proporcionará a los sub-franquiciados, detallando todo lo necesario para la gestión de las unidades individuales. De estos dos tipos diferentes de manual el segundo es con mucho el más común. Una amplia mayoría de sistemas de franquicia tienen manuales para los franquiciados o sub-franquiciados, pero sólo algunos franquiciadores proporcionan un manual a los sub-franquiciadores.

Si es aconsejable que el franquiciador proporcione al sub-franquiciador un manual en el idioma del sub-franquiciador, es esencial que el franquiciador y/o sub-franquiciador proporcione a los sub-franquiciados un manual en el idioma nacional. No puede esperarse que los sub-franquiciados tengan un conocimiento suficiente del idioma del franquiciador como para que se proporcione un manual sólo en ese idioma. Además, podría ser necesario variar los contenidos del manual para tomar en consideración exigencias nacionales. Una colaboración estrecha entre el franquiciador y el sub-franquiciador, quien está normalmente mejor colocado para determinar las modificaciones que deben ser hechas al manual para ajustarse a las exigencias nacionales, resulta por tanto esencial. Cuestiones de derecho de autor (quien va a ser el titular de los derechos de autor sobre el manual modificado) y de costes (quien debería pagar por la traducción y también por la

publicación o reproducción) es mejor determinarlas en el contrato entre el franquiciador y el sub-franquiciador.

Cambios en la identificación, los menús, el etiquetado o la publicidad pueden ser necesarios en algunos mercados pero no en otros como resultado de diferencias en el idioma. También es necesario con frecuencia que se traduzcan y adapten las marcas al mercado nacional.

Otras cuestiones a determinar en relación al idioma son las comunicaciones que se envíen al franquiciador, por ejemplo propuestas para publicidad o informes de desarrollo e informes sobre los franquiciados en el territorio.

b) Técnica de redacción

El estilo en que los contratos se redactan varía de familia en familia de sistemas jurídicos, a veces incluso entre países dentro de una familia de sistemas jurídicos, como resultado de las exigencias específicas de cada uno. Estas exigencias son a menudo el resultado del desarrollo histórico del sistema jurídico concernido. Así, los sistemas jurídicos que, por ejemplo, derivan de, o han sido inspirados por, el derecho romano tendrán exigencias diferentes de aquellos que derivan del "*common law*" inglés. Estas diferencias se reflejan en la forma en que está redactada la legislación nacional, pero también en la redacción de todos los actos jurídicos.

Una observación común es que los contratos en los países del "*common law*" son más largos y más detallados que aquellos redactados en países del "*civil law*". Esta observación es acertada, aun si las razones para esa diferencia no siempre se reflejan. En general, la extensión y detalle de los contratos se relaciona con la forma en que se redacta la legislación y con el procedimiento adoptado por los tribunales en la decisión de conflictos.

1) Sistemas jurídicos del "*civil law*"

Cierto número de diferentes sistemas jurídicos son normalmente agrupados bajo el término "sistemas jurídicos del *civil law*". Estos incluyen los sistemas jurídicos que son descendientes del Derecho romano, tales como los sistemas legales francés, italiano y español y los sistemas jurídicos que han tenido inspiración de ellos, por ejemplo los sistemas jurídicos latino americanos y algunos norte africanos; los sistemas germánicos que derivan del derecho germano (Alemania, Austria, Suiza) y los sistemas jurídicos inspirados por ellos, tales como el japonés y los sistemas de Europa del Este antes

del advenimiento del Socialismo, y también los sistemas jurídicos escandinavos que, no obstante, constituyen una agrupación separada.

Con la excepción de los sistemas jurídicos escandinavos, una característica de los sistemas jurídicos de la tradición del *"civil law"* es la codificación sistemática de diferentes áreas del derecho (derecho civil, derecho mercantil o derecho penal). El resultado es un cuerpo jurídico que está organizado de forma sistemática y que a menudo contiene una regulación detallada de algunas materias que en otros sistemas jurídicos se dejan a la determinación de las partes. Algunas de estas disposiciones son imperativas y no pueden por tanto ser derogadas, mientras otras son no imperativas, con el resultado que su materia puede ser determinada y regulada por las partes.

Como un amplio número de cuestiones son reguladas por los instrumentos legislativos, hay menos necesidad de que los contratos entren en gran detalle salvo cuando las partes crean que un cierto grado de detalle es necesario o deseable. Este puede ser particularmente el caso cuando las partes quieren dar una indicación precisa de su voluntad conforme a cualquier tribunal que pueda venir a analizar el contrato en el futuro. Esto puede ser de considerable importancia pues los tribunales tendrán en algunas jurisdicciones la facultad de interpretar contratos y de modificar los términos del contrato si son considerados injustos. Además, si un punto que se trata en las disposiciones no imperativas de los códigos no es previsto más específicamente en el contrato, se aplicarán las disposiciones de los códigos. Claramente, las disposiciones imperativas de los códigos siempre se aplicarán sin que importe lo fijado en el contrato.

2) Sistemas jurídicos del *"common law"*

Lo que primero sorprende a un jurista educado en la tradición del *"civil law"* cuando se encuentra con un contrato de una jurisdicción del *"common law"* es su amplitud. El gran detalle con el cual se redactan las disposiciones es inaudito en las jurisdicciones del *"civil law"*. La razón para este gran detalle se ha de encontrar en la estricta adherencia de los tribunales a la palabra de las normas. Esto ha creado una necesidad de que los contratos sean extremadamente detallados a fin de cubrir toda posible contingencia.

c) Alternativas de redacción

Son posibles varias alternativas de redacción diferentes.Cuál sea la más adecuada dependerá de la jurisdicción en la cual el contrato haya de ser implementado. Las principales alternativas son en primer lugar, un contrato extenso al estilo del "*common law*", que cubra toda posible condición y acontecimiento; en segundo lugar un documento escrito que contenga referencias a otros documentos, tales como contratos accesorios o condiciones generales de comercio; y tercero un contrato corto con referencia a la legislación aplicable. Las opciones segunda y tercera podrían desde luego combinarse, porque es posible tener un contrato que se refiera tanto a la legislación como a los contratos accesorios u otra documentación.

Estas alternativas están disponibles para el contrato en general, pero también para cláusulas específicas del mismo, como por ejemplo la cláusula de arbitraje. Esta cláusula puede redactarse con cierto grado de detalle, o puede ser extremadamente breve, refiriéndose simplemente al tipo de arbitraje a recurrir en caso de conflicto (por ejemplo, al reglamento de arbitraje de la CCI).

VI. LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL SISTEMA DE FRANQUICIA

Un sistema de franquicia que esté expandiéndose por el extranjero necesitará en la mayoría de los casos ser modificado antes de entrar en el mercado extranjero, pues le será necesario adaptarse a las condiciones nacionales del posible país anfitrión. El contrato de franquicia y los documentos accesorios necesitarán consiguientemente ser adaptados por el franquiciador para cubrir las exigencias nacionales del posible país anfitrión. Entre los factores a ser considerados en conexión con esto están los siguientes:

- a. *el idioma de la documentación y del contrato*²¹;
- b. *cuestiones de moneda*: el contrato debería especificar la moneda en la cual los pagos han de ser efectuados. Disposiciones especiales pueden ser exigidas si el país anfitrión tiene en vigor leyes de restricción de divisas²²;
- c. *cuestiones impositivas*: los pagos hechos al franquiciador, incluyendo el pago de las cuotas iniciales de la franquicia, cuotas por derechos de autor y, en algunos casos, cuotas de publicidad, están normalmente sujetos al impuesto sobre la renta y a retención. Muchos países tienen tratados de doble imposición que

²¹ Véase la discusión acerca del idioma arriba, pp. 27 ss.

²² Véase Capítulo 4, *cit.*

reducen el tipo de retención o eliminan tales impuestos del todo. Una reducción de los impuestos al mínimo requerirá normalmente un análisis sofisticado de los créditos impositivos, los tratados impositivos y de las fuentes de ingreso del franquiciador²³;

- d. *consideraciones sobre marcas*: algunos países exigen el uso para que se conceda protección a las marcas. A fin de satisfacer esta exigencia algunos de estos países requerirán que cualquier uso licenciado de una marca de fábrica o marca de servicio sea inscrito ante las autoridades de marcas en la forma de un contrato de usuario registrado. Es también necesario para el franquiciador que considere la conveniencia de adaptar sus marcas e identificación al mercado nacional²⁴;
- e. *diferencias culturales*: muchos sistemas de franquicia se adaptan a las diferencias en las culturas o gustos de diferentes países mediante el desarrollo de productos, gustos, o formulaciones específicos del país;
- f. *acuerdos de suministro*: los acuerdos de suministro hechos por un franquiciador en su propio país pueden no ser adecuados para mercados situados a gran distancia del país del franquiciador. En el contrato de franquicia internacional debe establecerse una disposición adecuada para garantizar que un suministro constante de productos aprobados esté disponible para franquiciados lejanos²⁵
- g. *leyes de competencia* las leyes antitrust, o de competencia, a menudo afectan a prácticas que son inherentes en muchos sistemas de franquicia, como por ejemplo acuerdos de trato exclusivo, acuerdos enlazados, fijación de precios y convenios de no competir. Puede por tanto ser necesario que se adapte el contrato de franquicia para asegurar que no cae bajo la ley de competencia aplicable²⁶; y
- h. *resolución de conflictos*: mientras una relación de franquicia puramente nacional no dará lugar en la mayoría de los casos a cuestiones de elección de derecho y jurisdicción, este no es el caso en una relación internacional. Los franquiciadores con operaciones extranjeras habrán de prestar de hecho especial atención a la elección del derecho aplicable y jurisdicción en sus contratos. Al hacerlo, habrán de considerar si los países de las

²³ Véase Capítulo 4, *cit.*

²⁴ Véase. Capítulo 10, *cit.*

²⁵ Véase Capítulo 9, "Suministro de Equipo, Productos y Servicios".

²⁶ Véase Anexo 3, *cit.*

partes son signatarios de cualquier convención o tratado relevante²⁷.

VII.CAMBIOS SUBSIGUIENTES

Los contratos de franquicia, en particular los contratos de franquicia principal, se pretende normalmente que duren varios años. Será necesario por tanto que se introduzcan adaptaciones del, y modificaciones al, sistema en el curso de la relación al igual que al principio, cuando el sistema es primeramente adaptado a las condiciones nacionales²⁸.

En un sistema de franquicia a tres niveles el sub-franquiciador será la parte principalmente responsable de asegurar que las modificaciones necesarias sean implementadas por los sub-franquiciados. El contrato y el manual es probable que sean los principales instrumentos a través de los cuales será efectuado el cambio, pues el sub-franquiciador puede no estar en posición de ofrecer incentivos, de proporcionar ayuda económica, o de hacer concesiones a los franquiciados a cambio de la introducción de las modificaciones.

El que una modificación propuesta sea o no considerada razonable, o incluso factible, estará en parte condicionado por el coste de su introducción. La medida en que el coste de introducir una modificación propuesta sea sustancialmente diferente en países distintos al propio país del franquiciador puede tener influencia en la decisión de si la modificación debería implementarse o no en todo el sistema a nivel mundial y, de ser este el caso, en la programación temporal y en la distribución de responsabilidad por la implementación real de los cambios. Los franquiciadores a menudo prueban cambios en sus países de origen antes de imponerlos a franquiciados en otros países. En muchos casos el mercado en otros países puede no estar maduro para el cambio. Este es el caso cuando, por ejemplo, los suministradores nacionales no son capaces de cumplir con las especificaciones del nuevo producto.

Muchos cambios introducidos en una red de franquicia nacional pueden no ser factibles en un contexto extranjero. Un franquiciador que, por ejemplo, comience a distribuir sus productos mediante canales alternos de distribución tales como supermercados, o que permita a sus franquiciados vender en ubicaciones satélite de carros o kioscos, puede no estar preparado o equipado para implementar los mismos cambios en sus operaciones en el extranjero.

[<Volver al Índice>](#)

²⁷ Véase Capítulo 17, *cit.*

²⁸ Véase. Capítulo 12 "Cambios en el Sistema

CAPÍTULO 2

NATURALEZA Y ALCANCE DE LOS DERECHOS OTORGADOS Y DE LA RELACIÓN DE LAS PARTES

La concesión del derecho a utilizar el sistema de franquicia del franquiciador es la piedra angular de la relación entre el franquiciador y el franquiciado. En la franquicia principal la estructura de tres grados o niveles del acuerdo hace necesario tanto para el contrato de franquicia principal como para cada uno de los acuerdos de sub-franquicia el incluir una disposición otorgando los derechos concernidos. Estas disposiciones son esencialmente similares, incluso si la del contrato de franquicia principal, además de especificar los derechos que le son otorgados al sub-franquiciador mismo, delimita los derechos que el sub-franquiciador está autorizado a otorgar a los franquiciados.

La cláusula de otorgamiento concede al sub-franquiciador el derecho a expandir el sistema de franquicia en la manera y dentro de los límites previstos en la propia disposición. Licencia al sub-franquiciador para hacer uso de los activos especificados del franquiciador. Cada uno de los activos licenciados puede ser clasificado bajo de una de dos categorías básicas de la propiedad intelectual: la que identifica a la franquicia (marcas, por ejemplo), y el *know-how*. La cláusula de otorgamiento de este modo define normalmente:

- ◆ qué activos se licencian al sub-franquiciador;
- ◆ el propósito para el cual los activos licenciados pueden ser utilizados;
- ◆ el territorio geográfico en el que dichos activos pueden ser utilizados;
- ◆ cuándo y/o durante cuánto tiempo puede el sub-franquiciador utilizar dichos activos ; y
- ◆ el grado de exclusividad dado al sub-franquiciador (i.e. la medida en que se restringe o prohíbe a otros la utilización de los activos licenciados en la misma manera y territorio).

A. LO QUE SE OTORGA

El franquiciador normalmente proporcionará al sub-franquiciador *know-how* referente al negocio, una licencia de marca y cualesquiera otros derechos de propiedad intelectual que estén incluidos en el tipo de negocio en cuestión¹. Por conveniencia, las partes incluirán a menudo el *know how* y las características que le identifican bajo dos definiciones básicas en el contrato de franquicia: el sistema y las marcas. El sistema incluye todos los aspectos del sistema comercial que el franquiciador ha establecido, incluyendo todo el *know-how* que comprenda el método del negocio franquiciado y todas las características que les identifican. Las marcas son las palabras y símbolos que identifican al sistema de franquicia y lo distinguen de otros.

I. SISTEMA

La definición del sistema normalmente describirá brevemente el negocio que es objeto de la franquicia, mientras que todos los detalles normalmente estarán contenidos en un manual de operaciones que proporciona instrucciones sobre el funcionamiento adecuado de la franquicia; técnicas de administración tales como controles de inventario, contabilidad, prácticas de personal y compra; características de los productos; métodos de mercadotecnia o publicidad; así como cualesquiera otros aspectos del negocio que se considere que forman parte del sistema que el sub-franquiciador está llamado a desarrollar². La definición incluirá normalmente:

- ◆ una descripción de la naturaleza del negocio, incluyendo los métodos, procedimientos y técnicas de funcionamiento, técnicas de garantía de calidad, diseños distintivos y estandarizados para productos, locales o establecimientos;
- ◆ una referencia al *know-how* que comprende el sistema;
- ◆ una referencia a las marcas, logos, nombres comerciales, imagen corporativa y otras características que identifican el sistema;
- ◆ una descripción de aspectos clave del método de negocio que lo hacen único; y
- ◆ una descripción del prestigio del nombre, así como de la imagen pública uniforme y atractiva que a todas las unidades de franquicia se les exige reflejar.

¹ Véase Capítulo 10 "Propiedad intelectual" y Capítulo 11 "*Know-how* y Secretos Comerciales".

² Véase Capítulo 5, Sección C "Manuales".

Dependiendo de la naturaleza de la franquicia, el *know-how* transmitido normalmente incluirá métodos de mercadotecnia, formulaciones de productos, técnicas de preparación y entrega de productos, procedimientos de compra, medidas sanitarias, estándares de calidad y control, formación, administración de inventarios, contabilidad, diseño de instalaciones y semejantes. La mayoría de los sistemas de franquicia adoptan el enfoque del formato comercial, que incluye virtualmente todos los aspectos de hacer negocios que podrían ser de importancia para el éxito de la franquicia³. El *know-how* representa así el conjunto de experiencia ganada por el franquiciador en el curso de su actividad como empresario y como franquiciador. Es esta experiencia la que el franquiciador ha utilizado para desarrollar procedimientos y métodos que son efectivos para su tipo de negocios. Los elementos individuales del *know-how* pueden no ser únicos, lo que en cambio sí es único es la manera en que los diferentes elementos se combinan y utilizan. Los elementos individuales de este *know-how* comercial no se encuentran por lo tanto protegidos, ni es posible protegerlos por ser libremente accesibles a todos. Sólo cuando el *know-how* es secreto es posible protegerlo y proceder contra cualquiera que haya adquirido el *know-how* por medios ilegítimos.

En una mayoría de sistemas de franquicia el *know-how* adquiere gran valor al haber sido desarrollado en un sistema que se identifica por las marcas distintivas y por otros activos exclusivos. Este valor aumenta más por el creciente número de unidades franquiciadas uniformes que contribuyen a la creación de la imagen y el prestigio fuertes asociados con un sistema de franquicia, particularmente si es grande.

El otorgamiento de derechos de franquicia puede compararse con un acuerdo global, en el que normalmente se incluye una licencia para utilizar todo el *know-how*, tanto el exclusivo como el que no lo es. Esto elimina toda duda acerca de si el sub-franquiciador obtiene acceso a todos los derechos que se entiende que forman parte de la franquicia.

II. MARCAS

El franquiciador invariablemente tendrá marcas de fábrica, o en algunos casos también marcas de servicio, que estén asociadas con el sistema. El otorgamiento incluirá los derechos a utilizar, y de ser posible a sub-licenciar el uso de, estas marcas de fábrica⁴. En algunos países puede

³ Véase Anexo 1, Sección B "Franquicia de formato comercial".

⁴ Véase, en particular, Capítulo 10, Sección A, Sub-Sección VI "Sub-licencia de la marca".

ser posible en el marco del derecho de marcas la protección de lo que se llama "imagen del negocio". La imagen del negocio es la apariencia general de las operaciones franquiciadas. Esta puede también ser protegida bajo leyes de competencia desleal o, en los países del *common law* mediante medidas provisionales ("*passing off actions*").

III. OTROS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Hay otros derechos de propiedad intelectual que pueden estar incluidos, de los cuales el principal es el derecho de autor. El derecho de autor se extiende a una amplia gama de material que puede utilizarse dentro de un sistema de franquicia. Ejemplos incluirían cartas de menú, materiales publicitarios, manuales de operaciones y software⁵. El derecho de diseño específico u otros derechos de diseño que podrían ser objeto de registro pueden también estar disponibles. Cuando esté involucrado un producto patentado, puede que haya que tener en cuenta si es necesaria una licencia de explotación.

B. CÓMO PUEDEN UTILIZARSE LOS ACTIVOS LICENCIADOS

El modo en que el sub-franquiciador puede emplear el sistema se especifica en los otros términos de la cláusula de otorgamiento. Existen tres alternativas básicas: al sub-franquiciador puede otorgársele el derecho a sub-licenciar a otros el uso del sistema; al sub-franquiciador se le puede otorgar el derecho de desarrollar y dirigir su propias unidades franquiciadas utilizando el sistema; o al sub-franquiciador se le puede dar licencia para comprometerse en ambas actividades.

Cuando el contrato de franquicia principal otorga al sub-franquiciador el derecho a desarrollar y dirigir sus propias unidades de franquicia, el franquiciador y el sub-franquiciador pueden celebrar un contrato de franquicia para cada una de esas unidades. En este caso el contrato de franquicia principal podrá centrarse en el papel del sub-franquiciador como sub-franquiciador, sin tener que incluir cláusulas que se refieran a la apertura y funcionamiento de las unidades individuales.

Una desventaja de exigir contratos de franquicia de unidad separados es que cada contrato de unidad es un contrato internacional y por lo tanto estará sujeto a cualesquiera regulaciones y requisitos aplicables a contratos de licencia internacional en los países en cuestión. La conformidad con tales regulaciones y requisitos a menudo implica bastante tiempo y dinero. Por otro lado, los contratos de franquicia de unidad pueden proporcionar a

⁵ Véase Capítulo 10, *cit.*

los sub-franquiadores una flexibilidad e independencia que les permitirán operar mucho más eficientemente en el área que van a desarrollar. Si se debería exigir o no un contrato de franquicia de unidad debe ser decidido caso por caso.

No es poco común que el contrato de franquicia principal prohíba expresamente al sub-franquiador dirigir unidades por sí mismo (excepto quizá a través de una compañía afiliada)⁶. En tales casos el sub-franquiador actúa facilitando a nivel nacional la transacción internacional de franquicia bajo la cual el sub-franquiado establece y dirige unidades franquiciadas utilizando las marcas y otra propiedad intelectual del franquiciador.

Se hace notar que el otorgamiento de derechos de marca puede limitarse en el contrato de franquicia principal a derechos que sean necesarios para que el sub-franquiador cumpla sus funciones como sub-franquiador, especialmente el otorgamiento de sublicencias de marca a los sub-franquiados y el derecho a utilizar las marcas en conexión con el reclutamiento, nombramiento y supervisión de sub-franquiados.

C. DÓNDE PUEDEN EMPLEARSE LOS DERECHOS

El territorio geográfico en que el sub-franquiador puede comprometerse en el negocio franquiciado se define en la cláusula de otorgamiento.

El franquiciador tiene interés en limitar el territorio a un tamaño que el sub-franquiador pueda realmente desarrollar y administrar. Si el territorio es demasiado grande, habrá partes del mismo que no sean adecuadamente desarrolladas porque el sub-franquiador no tendrá los recursos económicos o humanos para hacerlo.

El sub-franquiador a menudo insiste en un territorio mayor del que sus actuales recursos pueden atender, pues desea poder capitalizar en el futuro el éxito de sus experiencias. Este deseo es a menudo atemperado por la esperanza del franquiciador de un pago inicial cuantioso por el territorio ampliado.

Algunas soluciones son posibles para tratar los intereses concurrentes del franquiciador y el sub-franquiador respecto al tamaño del territorio. Es posible que el franquiciador otorgue derechos contingentes al sub-franquiador sobre otros territorios además del territorio inicial, que permita al sub-franquiador ampliar su territorio si se satisfacen ciertas

⁶ Véase Capítulo 6, Sección A "Operaciones piloto"

condiciones, o que conceda al sub-franquiador un derecho de primera opción cuando el desarrollo de territorios adicionales sea considerado. Se debería hacer notar que cuando estos derechos se otorgan, limitan substancialmente las posibilidades del franquiciador de permitir a terceros partes cualificadas e interesadas desarrollar el territorio adicional.

Aunque el territorio otorgado se identifica en la cláusula de otorgamiento, otras cláusulas pueden determinar si el territorio como inicialmente fue definido se mantendrá invariado durante toda la duración del contrato. Al sub-franquiador puede por ejemplo requerírsele que abra unidades sub-franquiadas a un cierto ritmo para que se le permita conservar sus derechos en el territorio inicialmente otorgado, o el contrato puede prever una reducción en la extensión del territorio en que el sub-franquiador tiene autoridad si ese ritmo de desarrollo no se mantiene. A la inversa, puede existir disposición que otorgue al sub-franquiador un territorio ampliado si se cumplen ciertos objetivos de desarrollo.

Con independencia de las consideraciones anteriores, debería subrayarse no obstante que está en el interés de franquiciador y sub-franquiador fijar los límites del territorio de la franquicia, en términos de extensión y requisitos culturales, de tal manera que se pueda esperar razonablemente que el sub-franquiador, dados sus recursos y compromiso, la desarrolle durante la duración del contrato de franquicia.

D. EXCLUSIVIDAD V. NO-EXCLUSIVIDAD

Para que el sub-franquiador pueda determinar el alcance exacto de los derechos que se le otorgan, es importante que sea consciente de cualesquiera exclusiones de, o limitaciones a, esos derechos. Es en la sección del contrato de franquicia principal que enumera los derechos otorgados al sub-franquiador donde normalmente van a encontrarse cualesquiera indicaciones de tales exclusiones o limitaciones.

En conexión con esto es particularmente importante que el sub-franquiador sea consciente de cualesquiera limitaciones en su derecho a utilizar las marcas o el sistema de franquicia, por constituir un elemento esencial de la franquicia. Además, si se le otorga al sub-franquiador cualquier tipo de protección territorial, es importante que las condiciones de tal protección queden claramente asentadas. Además podría ser útil que el acuerdo tratara expresamente algunos derechos que el franquiciador puede reservarse para sí mismo y que a menudo se convierten en puntos de controversia. Entre ellos se incluyen:

- ◆ el derecho a incorporar nuevas marcas y logos al sistema;
- ◆ el derecho a utilizar y licenciar las marcas a otros para diferentes usos;
- ◆ el derecho a modificar el formato comercial, los procedimientos de dirección y los estándares;
- ◆ el derecho a vender productos con marcas registradas mediante canales alternativos de distribución; y
- ◆ el derecho a establecer o dirigir sistemas de distribución adicionales o diferentes.

Un contrato de franquicia principal que expresamente permita al franquiciador implementar tales cambios es más probable que in tribunales resista al argumento de que tales modificaciones violan la buena fe y la lealtad negocial y otros deberes similares que podrían ser impuestos por ley, que un contrato formulado más generalmente. En conexión con esto también se debería considerar la posible relevancia y efectos de la legislación relativa a cláusulas contractuales injustas, desigual poder negociador y competencia desleal. El franquiciador podría además desear tomar las medidas necesarias, para así asegurarse de que una indicación expresa de que ciertos derechos especificados están reservados para él, no se toma para dar a entender que otros derechos que no se indican expresamente en la reserva de derechos están excluidos.

La cláusula de otorgamiento especificará la medida en que los derechos otorgados al sub-franquiciador han de considerarse exclusivos. La exclusividad puede tener diversos significados. Puede significar que al sub-franquiciador se le otorga el derecho exclusivo a franquiciar en el territorio, lo que no excluiría al franquiciador de dirigir sus propios establecimientos, pero también puede significar que al franquiciador se le excluye de hacer exactamente eso. Hay tres categorías básicas de personas distintas al sub-franquiciador a quienes se les puede otorgar el derecho a utilizar parte o el total de los activos licenciados en el territorio licenciado: el franquiciador mismo; otros sub-franquiciadores o franquiciados de unidad; y otras personas que puedan ser autorizadas a utilizar algunos de los activos licenciados en el territorio, pero no como parte de un negocio franquiciado. Tiene que llegarse a un acuerdo sobre a qué se referirá la exclusividad, sobre si impedirá al franquiciador utilizar o explotar otros métodos de mercadotecnia, como por ejemplo el establecimiento de redes competidoras.

Como se indicó anteriormente, el franquiciador puede proponer reservar el derecho a vender ciertos productos asociados con el sistema de franquicia a través de terceras personas que no operen dentro de la red de franquicia. Cierta producto puede, por ejemplo, ser ofrecido a través de

establecimientos minoristas tales como supermercados o la tienda de la esquina, o por medios tales como ventas por catálogo e Internet. El franquiciador puede esperar incrementar su penetración en el mercado estableciendo la distribución de productos mediante estos, y muchos otros, medios alternativos. Esto puede causar problemas al sub-franquiciador y a los sub-franquiados, porque mientras la cantidad total de productos franquiciados vendidos en su territorio podría aumentar, las ventas hechas a través de las unidades franquiciadas pueden realmente reducirse como resultado de los métodos alternativos.

Como resultado hay obviamente potencial para conflictos entre franquiciador y sub-franquiciador. Una solución es que al sub-franquiciador se le otorgue el derecho a distribuir los productos mediante todos los canales de distribución en el territorio franquiciado. Otra es que el franquiciador y el sub-franquiciador formen una empresa colectiva y después compartan las actividades y beneficios de la distribución alternativa. En cualquier caso, es mejor que se trate específicamente la posibilidad de que los productos se distribuyan fuera del sistema franquiciado, pues una típica cláusula de concesión no incluirá tan importantes derechos.

Es común que el sub-franquiciador solicite un derecho exclusivo para utilizar los activos licenciados en el territorio otorgado, pues desea tener la seguridad de que su empeño de recursos para el desarrollo del sistema franquiciado no será socavado por esfuerzos similares por parte de otros. Esta perspectiva será en la mayoría de los casos compartida por el franquiciador, quien deseará el otorgamiento de derechos exclusivos al sub-franquiciador con el fin de fomentar el mayor compromiso posible por su parte.

E. LA ESTRUCTURA A TRES NIVELES DE LOS ACUERDOS DE FRANQUICIA PRINCIPAL

El otorgamiento de derechos se complica más por las realidades de la franquicia principal. Los tres niveles de los acuerdos de franquicia principal son lógicamente inter-dependientes, cualquier cosa que afecta a un nivel afecta también a los otros dos. Al estructurar la relación de franquicia principal, el franquiciador y el sub-franquiciador habrán por lo tanto de tomar en cuenta también las necesidades de los sub-franquiados.

El alcance de los derechos otorgados al sub-franquiciador por el contrato de franquicia principal naturalmente afectará a los derechos y obligaciones del sub-franquiciador y sub-franquiciado bajo el contrato de sub-franquicia. El sub-franquiciador no puede otorgar a los sub-

franquiciados derechos más amplios que los que ha adquirido por el contrato de franquicia principal. Prohibiciones específicas contenidas en el acuerdo de franquicia principal pueden además tener eco en el acuerdo de sub-franquicia. El ámbito de libertad que tendrá un sub-franquiciador al convertir un sistema para sus propias necesidades es uno de los puntos polémicos.

Es común que el acuerdo de franquicia principal imponga una obligación al sub-franquiciador de incluir disposiciones específicas en los contratos de sub-franquicia individuales sobre temas de particular importancia para el franquiciador. Los franquiciadores pueden así exigir que su contrato de franquicia nacional modelo y estándares de sistema sirvan como elementos básicos en la relación de sub-franquicia en el país extranjero. Según el típico concreto de franquicia principal internacional, el franquiciador proporcionará al sub-franquiciador copia de su contrato de franquicia nacional y manual de estándares de sistemas. Al sub-franquiciador se le exigirá que convierta el acuerdo de franquicia en una forma de contrato de sub-franquicia que sea apropiada para sus sub-franquiciados, que se asegure que los documentos cumplen los requisitos legales locales, que modifique los documentos con el fin de que sean coherentes con las costumbres nacionales y que los traduzca al idioma nacional.

El contrato de franquicia principal puede también disponer que el previo consentimiento o aprobación del franquiciador deba obtenerse respecto de varios asuntos referentes a la relación del sub-franquiciador con sus sub-franquiciados, a los términos de cada contrato de sub-franquicia y/o referentes a la dirección de los sub-franquiciados de las unidades sub-franquiciadas nacionales⁷. El contrato de franquicia principal puede, por ejemplo, exigir que el sub-franquiciador obtenga la aprobación del franquiciador de cada posible sub-franquiciado y de cada transferencia del negocio sub-franquiciado a un nuevo sub-franquiciado. El contrato de franquicia principal puede además exigir la aprobación del franquiciador de los términos de cada acuerdo de sub-franquicia, especialmente si existen desviaciones del contrato modelo previamente aprobado por el franquiciador. La selección del local del sub-franquiciado, los planos y dibujos del local y el uso de la marca son otras áreas para las cuales el contrato de franquicia principal puede exigir la aprobación del franquiciador.

Puede sin embargo no ser práctico que el franquiciador controle dichos aspectos de una sub-franquicia en otro país, incluso si controla tales asuntos en relación con sus franquiciados nacionales. Esto puede deberse a los costos administrativos, demoras y/o diferencias culturales implicadas. Además puede haber implicaciones de responsabilidad, ya que la

⁷ Véase Capítulo 5 "El Papel del Franquiciador".

naturaleza de la relación entre el franquiciador y el sub-franquiciador puede considerarse que ha cambiado si el franquiciador conserva tan amplios derechos de control. Los dos podrían en otras palabras no ser considerados más como dos empresarios independientes, sino como dos sucursales de la misma entidad. Será por tanto con toda probabilidad más práctico que el franquiciador deje responsabilidades de aprobación al sub-franquiciador. Si, no obstante, el franquiciador no desea otorgar total discreción al sub-franquiciador a este respecto, pueden establecerse en el contrato de franquicia principal criterios mínimos para que sean utilizados por el sub-franquiciador. Por otro lado, el franquiciador puede conservar la responsabilidad en el proceso de aprobación, pero establecer en el contrato de franquicia principal que puede delegar tal responsabilidad en el sub-franquiciador por escrito una vez que el sub-franquiciador haya demostrado su capacidad para ejercitar tal discreción a la satisfacción del franquiciador. Si el franquiciador insiste en conservar responsabilidad de aprobación para algunos asuntos relativos al negocio sub-franquiciado, el franquiciador y el sub-franquiciador deberían establecer los procedimientos del proceso de aprobación de tal manera que el negocio sub-franquiciado no sea excesivamente obstaculizado. Puede, por ejemplo, ser apropiado si ciertos temas sometidos a la aprobación del franquiciador se entiende que han sido aprobados si el franquiciador no se opone dentro de un cierto periodo de tiempo especificado después de la presentación.

Los contratos de franquicia principal exigirán normalmente que el sub-franquiciador cumpla con todos los requisitos normativos aplicables a la oferta y venta de franquicias en el país anfitrión⁸. De este modo al sub-franquiciador se le pedirá normalmente que prepare y distribuya materiales ofreciendo la franquicia a posibles sub-franquiciados y que, de ser necesario, los registre ante las autoridades gubernamentales apropiadas. Al sub-franquiciador se le puede exigir además que indemnice al franquiciador por cualquier responsabilidad resultante de la falta de cumplimiento del sub-franquiciador de tales exigencias normativas.

El contrato de franquicia principal puede exigir que el sub-franquiciador otorgue franquicias a posibles sub-franquiciados identificados por el franquiciador. De imponerse exigencias de desarrollo al sub-franquiciador, entonces el contrato de franquicia principal debería indicar si los sub-franquiciados identificados por el franquiciador van a añadirse a los identificados por el sub-franquiciador, o si deberían entenderse como parte integrante del número exigido del sub-franquiciador por el plan de desarrollo.

⁸ Véase Capítulo 20 "Exigencias Normativas".

Los contratos de franquicia principal internacional normalmente exigen que el sub-franquiciador presente informes periódicos sobre el funcionamiento de las unidades sub-franquiciadas al franquiciador. Con el fin de permitir al sub-franquiciador cumplir con las fechas límite para la presentación de tales informes, es importante que los contratos de sub-franquicia exijan que los sub-franquiciados presenten toda la información necesaria al sub-franquiciador con suficiente anticipación a la fecha límite.

Si un franquiciador pretende beneficiarse de ciertas disposiciones de los contratos de sub-franquicia, debería considerar exigir que sea expresamente reconocido como un tercero beneficiario según los contratos, si esto es posible según el derecho aplicable. Así, por ejemplo, las disposiciones de indemnización en los acuerdos de sub-franquicia pueden ser redactadas de manera que incluyan expresamente al franquiciador como beneficiario de la indemnización, y las disposiciones de seguro pueden también exigir que el franquiciador sea nombrado asegurado adicional en las pólizas de seguro del sub-franquiciado⁹.

F. RELACIONES CONTRACTUALES DIRECTAS

Aunque según el típico acuerdo de franquicia principal no existe relación contractual directa entre un franquiciador y un sub-franquiciado, puede haber situaciones en que dicha relación directa sea necesaria, y otras en que sea deseable, pues las ventajas de tal acuerdo pesan más que las desventajas.

Los derechos de algunas jurisdicciones pueden, por ejemplo, no ofrecer suficiente protección a franquiciadores que transfieran tecnología u otra propiedad intelectual a menos que exista una relación contractual directa entre el propietario de la propiedad intelectual (el franquiciador) y el usuario (el sub-franquiciado). Otras jurisdicciones pudieran no reconocer la sub-licencia de derechos de propiedad intelectual, que es un elemento clave en los contratos de franquicia principal. En esas jurisdicciones el franquiciador normalmente insistirá en establecer una relación contractual directa con los sub-franquiciados, aunque sólo sea en relación a esos derechos concretos.

La razón más común para la creación de relaciones contractuales directas entre el franquiciador y el sub-franquiciado en el contexto de la franquicia principal, es la ejecución de los derechos de propiedad

⁹ Véase Capítulo 14 "Responsabilidad por Hechos de Otro, Indemnización y Seguro".

intelectual. Una relación contractual directa entre el franquiciador y los sub-franquiados puede, no obstante, ser considerada incluso cuando no sea necesaria para la protección de la propiedad intelectual del franquiciador, pues esto aumentaría la capacidad del franquiciador para controlar a los sub-franquiados y para hacer cumplir las disposiciones de los contratos de sub-franquicia, reduciendo así su necesidad de confiar en el sub-franquiador para hacerlo. Esto puede ser especialmente importante en jurisdicciones que no reconocen el derecho de una tercera parte beneficiaria para hacer cumplir un contrato en su propio beneficio. Las relaciones contractuales directas pueden también dar como resultado que el franquiciador se implique en alguna medida en asuntos de la actividad local y proporcione algún apoyo y ayuda directamente a los sub-franquiados. Sin embargo se debería señalar que las consecuencias de relaciones contractuales directas pueden también incluir la puesta en peligro de la independencia de las partes y consecuentemente un mayor riesgo de responsabilidad legal para el franquiciador, tanto por reclamaciones de los sub-franquiados por incumplimiento como por asuntos legales nacionales que afecten a los negocios sub-franquiados.

En el caso de acuerdos de franquicia principal, las relaciones contractuales directas se crean comúnmente de una de estas dos formas. En primer lugar, las partes pueden combinar el contrato de franquicia principal y el contrato de sub-franquicia en un único contrato de franquicia tripartito entre el franquiciador, el sub-franquiador y el sub-franquiado, según el cual el franquiciador otorga al sub-franquiador el derecho de vender y suministrar el servicio al sub-franquiado, el sub-franquiador vende una sub-franquicia al sub-franquiado y el franquiciador directamente autoriza al sub-franquiado para utilizar la propiedad intelectual en cuestión. En este caso será necesario un contrato tripartito distinto para cada sub-franquicia otorgada.

En segundo lugar, y más comúnmente, el franquiciador y el sub-franquiado celebran un contrato de licencia según el cual el franquiciador otorga al sub-franquiado una licencia para utilizar la propiedad intelectual en conexión con la actividad del negocio sub-franquiado. Este contrato de licencia es independiente del contrato de franquicia principal entre el franquiciador y el sub-franquiador y del contrato de sub-franquicia entre el sub-franquiador y el sub-franquiado. En este caso al sub-franquiado se le exige que cumpla el acuerdo de licencia como condición para celebrar el acuerdo de sub-franquicia con el

sub-franquiciador y ambos contratos normalmente incluyen disposiciones correlacionadas.

En jurisdicciones que no reconocen la sub-licencia, una alternativa a esta posibilidad es el nombramiento del sub-franquiciador como agente del franquiciador a los efectos de licencia de marca. En estos casos el sub-franquiciador llevará a cabo los servicios necesarios para licenciar la propiedad intelectual a los sub-franquiciados en nombre del franquiciador. Incluso en jurisdicciones donde un contrato independiente de licencia no es inicialmente necesario, los franquiciadores incluirán frecuentemente un disposición expresa en el contrato de franquicia principal reservando el derecho a celebrar contratos de licencia directa con los sub-franquiciados si determinan que la falta de relaciones contractuales directas representa un riesgo para su propiedad intelectual. En tales casos esta opción debería reflejarse en el contrato de sub-franquicia.

La relación directa entre el franquiciador y los sub-franquiciados puede en algunos casos extenderse más allá de lo necesario para la protección de los derechos de marca, pues los franquiciadores pueden a veces conservar el derecho a inspeccionar las instalaciones de cada unidad sub-franquiciada, así como los libros y registros contables de cada unidad.

La conveniencia del establecimiento de tales relaciones estrechas entre el franquiciador y los sub-franquiciados podría cuestionarse. Mientras la seguridad de los sub-franquiciados y del sistema de franquicia podría beneficiarse de que, podría de hecho exigirse que, el franquiciador pueda reemplazar al sub-franquiciador si este último es incapaz de continuar cumpliendo con sus obligaciones, un derecho del franquiciador de controlar el funcionamiento de las unidades sub-franquiciadas, y de intervenir en caso de unidades de funcionamiento defectuoso, concurrente con el del sub-franquiciador es posible que cause problemas. La autoridad del sub-franquiciador se vería minada y las líneas de demarcación de los derechos y obligaciones del franquiciador, sub-franquiciador y sub-franquiciados desdibujados. La posibilidad de que el franquiciador pudiera ser considerado responsable por los actos u omisiones de los sub-franquiciados también aumentaría.

[<Volver al Índice>](#)

CAPÍTULO 3

DURACIÓN DEL CONTRATO Y CONDICIONES DE RENOVACIÓN

A. DURACIÓN DEL TÉRMINO DEL CONTRATO

Los términos de duración iniciales largos son comunes en el caso de contratos de franquicia principal. Términos de veinte años o más no son desconocidos, ni lo son las opciones que conceden al sub-franquiciador el derecho a renovar el contrato de franquicia principal por un nuevo término de veinte años. También pueden verse sucesivas opciones de renovar el contrato por veinte años cada una.

En algunos países los términos máximos o mínimos de los contratos se fijan por ley o por precedente judicial y cualquier limitación de este tipo naturalmente se aplicará también a los contratos de franquicia principal. En otros, una limitación del término de un contrato de franquicia que puede resultar de cualquier otra legislación aplicable, puede aplicarse también a los contratos de franquicia principal. En ocasiones debe añadirse a esta limitación en la duración una limitación en los derechos, porque al final del término del contrato de franquicia principal puede no ser siempre posible que el franquiciador proteja su *know how*, ya que puede considerarse que este ha llegado a ser propiedad del sub-franquiciador.

Se debería observar que existen jurisdicciones en donde el hecho de que no se indique en el contrato un término determinado puede tener el efecto de que el contrato se considere de duración indefinida. Este puede ser también el caso si la disposición que trata del término del contrato se redacta deficientemente.

I. TÉRMINOS LARGOS

Un argumento en favor de los términos largos para los contratos de franquicia principal es el hecho de que es central para el acuerdo de franquicia principal el otorgamiento del derecho de subfranquiciar al sub-franquiciador. En cuanto la expiración del término del contrato de franquicia principal puede por ministerio de la ley dar lugar a la rescisión

de los contratos de sub-franquicia, la expiración repercutirá directamente no sólo en la relación entre el franquiciador y el sub-franquiciador, sino también en el futuro de todos los sub-franquiciados, quienes no son parte del contrato de franquicia principal. También debería apuntarse que es aceptada generalmente como una buena práctica la concesión de un término suficientemente largo, para permitir así al sub-franquiciador recuperar su inversión y para motivar al sub-franquiciador a desarrollar el territorio totalmente. La considerable inversión que se exige del sub-franquiciador al establecer la red de franquicia se opondría así a la aplicación de términos más cortos a los contratos de franquicia principal.

Además, en algunos países, especialmente países en vías de desarrollo, en que se exige la aprobación de los contratos por las autoridades competentes, los acuerdos de larga duración pueden ser vistos favorablemente por dichas autoridades y pueden de hecho dar lugar a concesiones fiscales.

II. TÉRMINOS CORTOS

Desde el punto de vista del franquiciador la razón normal para los términos cortos, al menos para los contratos nacionales, es que debe dársele la oportunidad de poner al día su contrato de franquicia para reflejar así los desarrollos jurídicos, los cambios fundamentales al sistema de franquicia y los cambios en la situación financiera. Lamentablemente, no todos los franquiciadores se darán siempre cuenta de las diferencias fundamentales entre la franquicia nacional e internacional y por lo tanto intentarán aplicar su experiencia nacional a la franquicia internacional. Insistirán por tanto en celebrar contratos internacionales de franquicia principal por términos más cortos, por ejemplo cinco o diez años. Sin embargo esto no siempre es apropiado y los sub-franquiciadores en acuerdos internacionales estarán poco dispuestos a someterse a las incertidumbres de lo que el mercado pueda dictar en el futuro.

Otro problema asociado con los contratos internacionales de franquicia principal de corto término es la pérdida gradual de motivación por parte del sub-franquiciador a medida que se acerca la expiración del término del contrato de franquicia principal.

B. CONDICIONES DE RENOVACIÓN

La renovación del término del contrato de franquicia principal, de ser posible la renovación, está sometida comúnmente al cumplimiento de

ciertas condiciones. Estas condiciones incluyen algunas o todas las siguientes:

(a) que el sub-franquiciador no se encuentre en incumplimiento de una obligación sustancial al tiempo de la renovación, independientemente de la subsanación o no de dicho incumplimiento, y que el sub-franquiciador haya observado y cumplido sustancialmente sus obligaciones durante el término del contrato de franquicia principal;

(b) que el sub-franquiciador no tenga ninguna deuda monetaria al tiempo de la renovación;

(c) que el sub-franquiciador firme una renuncia general de cualesquiera reclamaciones que pueda tener contra el franquiciador; y

(d) que el sub-franquiciador informe al franquiciador de su intención de renovación del contrato en la manera prescrita y dentro de un periodo de tiempo establecido previo a la expiración del término del contrato de franquicia principal.

Una condición para la renovación de un contrato de franquicia nacional será a menudo que el franquiciado acepte celebrar el contrato de franquicia del franquiciador que se encuentre vigente al tiempo de la renovación. Más que una renovación del contrato, se tratará en otras palabras de celebrar un nuevo contrato, aun pudiendo concedérsele al franquiciado un cierto trato preferente, porque puede no tener que pagar una segunda cuota de entrada. Los franquiciadores que se basan en su experiencia nacional pueden por lo tanto no solo insistir en que el término de la franquicia principal sea de corta duración, pueden también insistir en que se le dé al sub-franquiciador el derecho a renovar el contrato por un término o términos adicionales sólo a condición de que firme la fórmula entonces vigente de contrato de franquicia principal internacional. En una situación internacional, sin embargo, el contrato vigente al tiempo de la renovación casi por definición no será el contrato entonces ofrecido en ese territorio concreto, pues es improbable que haya más de un contrato de franquicia principal en cada territorio, sino que será el contrato ofrecido en algún otro lugar del mundo.

Mientras hay considerables ventajas en exigir la adopción del contrato vigente al tiempo de la renovación en términos de mantenimiento de la uniformidad de un sistema de franquicia, esto puede crear ciertos problemas en el caso de contratos de franquicia internacional. A los sub-franquiciados se les conceden derechos con base en el primer contrato y esto hace difícil la adopción de otro contrato en caso de renovación. Los contratos de franquicia de unidad celebrados por el sub-franquiciador con sus sub-franquiciados dependen del contrato de franquicia principal. Por

Lo tanto cualquier modificación del contrato de franquicia principal puede tener un impacto en los contratos de franquicia de unidad existentes. Los contratos internacionales de franquicia principal son además normalmente negociados, con la consecuencia de que podría no ser realista exigir que el sub-franquiciador en la renovación firme la fórmula entonces vigente del franquiciador de contrato internacional de franquicia principal.

Además existen situaciones en que no se modifican disposiciones particulares del contrato, tales como aquellas relativas a las cuotas periódicas o al territorio. Internacionalmente, lo más común es en la práctica que se otorguen garantías de que ciertos temas fundamentales no cambiarán bajo ninguna circunstancia.

Otras condiciones que algunas veces se estipulan incluyen una obligación por parte del sub-franquiciador de pagar una cuota de renovación de la franquicia principal que puede ser una suma específica o puede basarse en una fórmula, y una obligación por parte del sub-franquiciador de exigir a todos los sub-franquiciados que mantengan, renueven y remodelen las instalaciones individuales de franquicia que dirijan. Aunque estas condiciones se incluyen a veces en el contrato de franquicia principal, algunas de ellas, por ejemplo la obligación relativa a mantenimiento y renovaciones, se dejan mejor a cada contrato individual de sub-franquicia de unidad.

C. NEGOCIACIONES PARA LA RENOVACIÓN DEL CONTRATO

La observación de que las costumbres varían de país en país y de región en región puede ser considerada común pero en realidad es relevante. Por lo tanto, es importante recordar que lo que se considera una buena costumbre en un marco cultural concreto puede no ser apropiada en otro. Esto se aplica también al tipo de disposiciones que se incluyen respecto a la renovación del contrato, pero no debe subestimarse este punto.

[<Volver al Índice>](#)

CAPÍTULO 4

CUESTIONES FINANCIERAS

A. ¿QUÉ PROPORCIONA INGRESOS?

El franquiciador, sub-franquiciador y sub-franquiciados derivan, a final de cuentas, sus ingresos de las ventas realizadas por las unidades franquiciadas. Estos ingresos tendrán finalmente que ser compartidos entre todos los niveles del sistema de acuerdo con sus respectivas contribuciones y gastos. La diferencia entre los ingresos, o precio de venta de los productos y/o servicios, y los gastos constituye las ganancias.

Las cuotas de franquicia, cualquiera que sea el modo en que se calculen, sólo pueden pagarse si las unidades franquiciadas tienen éxito. Si se estima que la rentabilidad de las unidades a establecer en un posible país o mercado anfitrión no sería suficiente, surge inmediatamente la cuestión de si el agente de franquicia podría tener éxito en ese mercado sin una reestructuración importante, o incluso si tendría éxito en general. No puede suponerse que los márgenes y la rentabilidad serán necesariamente las mismas en cada uno de los mercados, particularmente en vista del gran número de factores potencialmente variables que están implicados, tales como, por ejemplo, los costos del producto, el alquiler y otros gastos y la existencia de productos y servicios competidores que afectan a la estructura de precios.

Hay dos niveles a considerar al revisar las fuentes de ingresos en las transacciones de franquicia principal. El primer nivel es el que existe entre el franquiciador y el sub-franquiciador, el segundo es el que existe entre el sub-franquiciador y los sub-franquiciados.

B. LAS FUENTES DE INGRESOS DEL FRANQUICIADOR

I. CUOTAS INICIALES DE LA FRANQUICIA PRINCIPAL

Uno de los asuntos más difíciles que surge en la negociación de un contrato de franquicia principal es la determinación de cuánto se debería pagar al franquiciador por los derechos que concede al sub-franquiciador,

por la licencia para utilizar el *know-how* y por la asistencia que da al sub-franquiciador para permitirle establecer su negocio en el país anfitrión.

Existen ejemplos en que se han pactado cifras poco realistas, creando solamente problemas para ambas partes al resultar claro que el sub-franquiciador no podría ganar el dinero o hacerlo lo suficientemente rápido para justificar el alto coste inicial. Esto puede dar lugar a una ruptura de la relación o a la re-negociación de las disposiciones financieras. Es sensato hacer el esfuerzo de acordar una estructura financiera realista en las negociaciones iniciales.

Existen algunos factores que pueden tenerse en cuenta en el cálculo de un nivel apropiado y equitativo de las cuotas de franquicia iniciales que han de pagarse al franquiciador. El grado de importancia que le corresponda a cada factor diferirá de país a país y dependerá de las prácticas y la estructura que se encuentren en el país en cuestión. Estos factores son:

- ◆ el costo real para el franquiciador de tratar con el sub-franquiciador: la formación, el ofrecimiento de ayuda en el establecimiento del negocio del sub-franquiciador y el trabajar para probar que el concepto funciona en el país anfitrión;
- ◆ el costo y tiempo que le llevaría al sub-franquiciador adquirir el *know-how* y las habilidades necesarias para dirigir y franquiciar un negocio similar en su territorio;
- ◆ el valor del territorio como lo estima el franquiciador: los franquiciadores tienden a calcular el valor de un territorio comparando las cifras de población de ese territorio con las de un área de tamaño similar en su propio país y relacionando las cifras de población con lo que percibieron como cuotas de franquicia iniciales por el área de su propio país. Existe una diferencia que debe tenerse en cuenta al hacer esta comparación y que es el hecho de que en muchos países el nombre del franquiciador será menos conocido que en aquellos en los que ya tiene establecida una red. Por lo tanto no habrá garantía de que el concepto y sistema del franquiciador funcionarán al mismo nivel de eficacia. Consecuentemente, existe el riesgo de que tales comparaciones de los franquiciadores pueden no producir resultados realistas y económicamente firmes;
- ◆ el importe total estimado de cuotas de franquicia iniciales que el sub-franquiciador puede cobrar a sus sub-franquiciados en el posible país anfitrión; y

- ◆ el hecho de que el franquiciador haya desarrollado un sistema en su propio país que haya demostrado ser exitoso. Esto tiene un valor, pues la experiencia así obtenida debería permitir al franquiciador producir rápidamente un sistema de negocios eficaz dentro del país anfitrión. Los medios para llevar esto a cabo son las pruebas piloto y la introducción de cualesquiera variaciones específicas que puedan ser aconsejables.

Los franquiciadores establecidos en países donde se cobran altas cuotas iniciales tienden a tener altas expectativas en cuanto al valor de un territorio y el importe total estimado de cuotas de franquicia iniciales que pueden cobrar. Por lo tanto pueden pedir más de lo que puede ser realista en el posible país anfitrión.

Es importante recalcar que no existen pautas precisas que establezcan cuáles deberían ser las cuotas. Todas las cuotas se negocian. Los diversos métodos utilizados para calcular las cuotas son normalmente el resultado de una búsqueda consciente de una solución a los asuntos legales, fiscales y financieros que surgen, así como del relativo poder negociador de las partes de las negociaciones. Se puede observar que como es el sub-franquiciador quien se encuentra en la mejor posición para realizar una evaluación realista de las posibilidades financieras del sistema en el territorio que se le ha dado el derecho de desarrollar, sobre el sub-franquiciador recae la carga más dura de asegurar que las cuotas que se le exigen pagar son realistas.

Consideraciones fiscales y asuntos legales entran en juego cuando se toma la decisión de cómo estructurar las cuotas. Hay muchos modos novedosos sobre los cuales se puede estructurar las cuotas. Por ejemplo, algunos franquiciadores pueden abonar todas o parte de las cuotas iniciales de franquicia principal como pago adelantado de las cuotas por unidad. En otras palabras, a medida que se abre cada unidad el pago que de otro modo se debería se reduce por el franquiciador aplicando un "crédito" de la cantidad pagada como cuota inicial de franquicia principal. Las leyes locales deberían tomarse en cuidadosa consideración ya que muy a menudo tienen un impacto en los niveles de pago, pueden de hecho regular la base sobre la que se hace el pago. En países donde existen controles de cambios la autoridad administrativa puede determinar el nivel de pagos que considera apropiado con independencia del pacto alcanzado por las partes. Esto puede exigir que se justifique la cuota inicial especificando cada uno de los distintos elementos que la componen, de tal suerte que la naturaleza de cada uno de los pagos sea claramente identificable. Este puede ser particularmente importante en casos donde los pagos por bienes y servicios reciben un trato más favorable. En algunos países las leyes de propiedad intelectual pueden también tener influencia

sobre los intervalos en que deberían pagarse las cuotas, así como sobre las cantidades que pueden cobrarse por la explotación de los derechos de la propiedad intelectual. Además, las leyes de control de cambios y de propiedad intelectual pueden tener influencia en el nivel de las cuotas periódicas cuando los pagos se deben realizar a un franquiciador extranjero.

II. CUOTAS DE FRANQUICIA PERIÓDICAS

Además de las cuotas iniciales, los franquiciadores en la mayoría de los casos esperan que se les pague una cuota de franquicia periódica llamada regalía o *royalty* por el uso de su nombre y sistema y por la concesión de servicios de apoyo continuos. El nivel de las cuotas debería reflejar el coste de proporcionar estos servicios de apoyo continuos.

Los franquiciadores que cobran a sus franquiciados en las operaciones nacionales una cuota periódica equivalente al cinco o seis por ciento de sus ingresos propondrán a veces una cuota periódica del tres o cuatro por ciento de un sub-franquiciador. Ese sub-franquiciador quizás no puede cobrar a sus sub-franquiciados más de un cinco o seis por ciento, que es un porcentaje que podría ser extremadamente atractivo si el sub-franquiciador no tiene obligación de compartir sus ingresos con el franquiciador, pero si al sub-franquiciador se le exige que pague al franquiciador un tres o cuatro por ciento de los ingresos de sus sub-franquiciados (lo que es igual al sesenta por ciento o más de sus propios ingresos) la proposición está condenada al fracaso. El sub-franquiciador tiene que generar ingresos suficientes para dirigir la rentabilidad de su negocio después de pagar las cuotas periódicas de la franquicia al franquiciador. En muchos casos es difícil justificar el pago de más de entre un diez y un veinte por ciento de los ingresos del sub-franquiciador de las cuotas periódicas de la franquicia que recibe de sus sub-franquiciados. Todo posible sub-franquiciador debería preparar un plan de negocios. Es esencial que el sub-franquiciador prepare cuidadosamente pronósticos de flujo de efectivo y ganancias como parte de este plan de negocios, de tal suerte que se encuentre en posición de apreciar completamente el impacto del pago de cuotas periódicas de la franquicia sobre sus ganancias.

Además de determinar que un cierto porcentaje de los ingresos de los sub-franquiciados debería constituir una cuota periódica, existen otros métodos de cálculo de cuotas que pueden acordarse en casos particulares. Se incluyen:

- ◆ cuotas relacionadas con las cifras de productos vendidos;
- ◆ cuotas calculadas como un porcentaje de las compras en lugar de las ventas;
- ◆ cuotas fijas;

- ◆ escalas móviles donde, por ejemplo, hay una carga del X% hasta un cierto nivel y posteriormente un porcentaje creciente o decreciente;
- ◆ una cuota mínima fija unida a cuotas basadas en un porcentaje de los ingresos brutos;

y

- ◆ una cuota máxima fija por encima de la cual no se elevarán las cuotas periódicas.

Existen franquiciadores que suministran bienes a sub-franquiciadores para futuras ventas a los sub-franquiciados. Estos sub-franquiciados cobrarán un incremento en el precio del producto en la venta de los productos a los consumidores. En un número significativo de casos también habrá que pagar una cuota periódica de la franquicia además del incremento en el precio del producto.

C. LAS FUENTES DE INGRESOS DISPONIBLES PARA LOS SUB-FRANQUICIADORES

La capacidad del sub-franquiciador para realizar pagos al franquiciador dependerá de dos factores: los ingresos que pueda generar de sus sub-franquiciados y los que pueda generar de las unidades que dirige él mismo. Estos ingresos representan los ingresos brutos del sub-franquiciador y fuera de estos ingresos brutos se exigirá al sub-franquiciador que financie sus actividades como "franquiciador" del sistema en su país, que haga sus pagos al franquiciador y que perciba una ganancia suficiente para justificar su inversión y trabajo. Para permitir al sub-franquiciador obtener suficiente experiencia en la dirección de unidades y con vistas a hacerlas tan rentables como sea posible, los contratos de franquicia principal exigirán a menudo que los sub-franquiciadores abran unidades ellos mismos antes de sub-franquiciar.

Un sub-franquiciador podrá obtener sus ingresos de las fuentes enumeradas a continuación.

I. CUOTAS INICIALES Y PERIÓDICAS

- (i) por el cobro a los sub-franquiciados de una cuota inicial en la celebración del contrato de franquicia. Esta cuota puede ser presentada al sub-franquiciado de algunas maneras diferentes:
 - ◆ puede ser una cuota por unirse a la red de franquicia; o

- ◆ puede cobrarse como un incremento en el precio por la prestación de bienes y/o servicios por el sub-franquiciador cuando el sub-franquiciado establece su negocio;
- (ii) por el cobro de ingresos continuos de las actividades del sub-franquiciado:
- ◆ obteniendo una ganancia en la venta al sub-franquiciado de los productos que se venden por el sub-franquiciado en el curso de su negocio, o que se utilizan por el sub-franquiciado en la prestación de servicios a sus clientes;
 - ◆ mediante el cobro de una cuota periódica de franquicia que se calcula como un porcentaje sobre los ingresos brutos del sub-franquiciado, como, por ejemplo, un cinco por ciento de los ingresos brutos del sub-franquiciado. Estos porcentajes varían ampliamente dependiendo de la gama y naturaleza de los servicios que el sub-franquiciador presta a sus sub-franquiciados. Por una variedad de razones los franquiciadores pueden además desear establecer el pago de las cuotas periódicas sobre escala móvil. Se debería observar que el pago de las cuotas periódicas puede incluir el pago de regalías en estas cuotas periódicas, no es correcto describirlas únicamente como “regalías” por que también se pagan como contraprestación por los servicios recibidos. Las regalías en cambio se consideran normalmente como ingresos pasivos por el uso de un derecho de propiedad, por ejemplo por el uso de material con derecho de autor o por el uso de las marcas. En vista del hecho de que el pago de regalías es probable que se trate de manera diferente por las autoridades impositivas respecto al pago de servicios, esta fuente de ingresos ha de ser cuidadosamente considerada y tratada apropiadamente en los documentos contractuales. También se debería examinar si dichos pagos están sujetos o no a retenciones fiscales;
 - ◆ en algunos sistemas de franquicia las cuotas periódicas de franquicia pueden ser pagos de sumas globales, como por ejemplo una cantidad fija en la moneda nacional, que no están relacionadas con los ingresos brutos del sub-franquiciado. Para el sub-franquiciado, la ventaja de tales acuerdos es que conoce la cantidad precisa que debe pagar al sub-franquiciador cada mes (u otro período pertinente) en relación a las cuotas periódicas de la franquicia. La desventaja es que en el periodo inicial, cuando el sub-franquiciado trata de establecer su negocio, la cuota fija puede representar un porcentaje demasiado alto de sus ingresos. Desde el punto de vista del sub-franquiciador las desventajas son que la cuota fija no está protegida contra la inflación y que el sub-

franquiciador podría por lo tanto tener que continuar prestando la gama de servicios por la que ha contratado con la compensación económica que recibe a cambio disminuyendo de valor. Además, sus ingresos no aumentarán si los sub-franquiados no alcanzan más éxito y aumentan sus ingresos brutos y hallará difícil expandirse y mejorar la gama de servicios que presta¹.

(iii) Si la franquicia está basada en productos, el franquiciador puede:

- ◆ fabricar los productos que serán vendidos por los sub-franquiados;
- ◆ obtener los productos manufacturados bajo sus marcas por una tercera parte; o
- ◆ conseguir los suministros del producto para la red de otras fuentes.

Los ingresos se pueden generar de dos modos posibles cuando se trata de productos: mediante incrementos en el precio de los productos y como pagos de productores o proveedores en forma de rebajas, descuentos o comisiones.

II. INCREMENTOS EN EL PRECIO DE LOS PRODUCTOS

Los incrementos en el precio de los productos (*"mark up"*) pueden definirse como un incremento en el precio de venta de los productos que se realiza añadiendo gastos generales y un cierto margen de ganancias a los costes. Fabricantes y mayoristas normalmente cobrarán sobre la base de incrementos en el precio de los productos y en muchos casos el franquiciador y/o el sub-franquiador juegan el papel de fabricante y/o mayorista. El franquiciador, ya sea fabricante o mayorista, puede así incrementar el precio de los productos para proporcionar un ingreso. El sub-franquiador a cambio incrementará el precio al que vende los productos a los sub-franquiados y los sub-franquiados pueden incrementar el precio del producto para revenderlo al consumidor, con el fin de proporcionar los necesarios márgenes brutos que son el fundamento de las actividades rentables del sub-franquiado. La posibilidad de variación en los incrementos de precio entre el franquiciador y el sub-franquiador pueden tener un impacto sobre las capacidades financieras del sub-franquiado. Lo mismo aplica al equipo que sea necesario para el funcionamiento de la franquicia y sea suministrado por el franquiciador. Es necesario por lo tanto garantizar que el sub-franquiado se encuentra protegido contra incrementos no razonables de precio que afectarían su capacidad para dirigir con suficiente rentabilidad la unidad franquiciada y

¹ Véase Capítulo 9 "Suministro de Equipo, Productos y Servicios".

así poder cumplir con todos sus compromisos y ganar bastante para sí mismo.

En el contexto de la venta de productos e incremento de los precios de productos debería considerarse la posibilidad de un conflicto con las normas del Derecho de la competencia, pues el Derecho de la competencia aplicable puede limitar el derecho del franquiciador a exigir que se adquieran productos específicos. Si este derecho se limita, también la posibilidad de ganancias por incrementos de precio podría verse afectada.

En los primeros días de un sistema de franquicia los pagos de la cuota inicial proporcionan una parte significativa de los ingresos del franquiciador. Esta proporción puede reducirse gradualmente, a medida que la red crece y que las cuotas periódicas de franquicia pagadas por un creciente número de franquiciados producen un flujo de ingresos cada vez más importante. Esto sucede porque el volumen de cuotas iniciales se relaciona con el número de unidades que se abren y a medida que la red crece la velocidad a la que se abren unidades tiende a disminuir.

En países donde hay altos niveles de impuestos a la importación el impacto de estos impuestos puede exagerarse cuando el precio bruto total (incluyendo el "incremento de precio del producto") se sujeta a ellos. Esto puede tener el efecto de eliminar cualquier ventaja competitiva de que los productos podrían de otro modo gozar con respecto al precio.

Pueden existir acuerdos especiales respecto de las visitas del franquiciador al país. Puede, por ejemplo, haber una disposición en el contrato que exija al franquiciador realizar una o más visitas al año, que pueden estar incluidas en las cuotas pagadas. También puede llegarse a un acuerdo sobre quien debería soportar el coste de tales visitas, o de otro modo el coste puede compartirse.

III. PAGOS DE PRODUCTORES O PROVEEDORES

Un franquiciador puede no ser capaz de fabricar los productos que ha diseñado o de los cuales ha determinado las especificaciones. Puede por lo tanto licenciar a un fabricante para producir los productos que suministrará a los sub-franquiciadores y a través de ellos a los sub-franquiciados. No es raro que el fabricante pague una cuota de licencia al franquiciador por el derecho a fabricar estos productos. Aquí de nuevo, han de considerarse aspectos del Derecho de la competencia.

Fabricantes y proveedores pueden también conceder descuentos mayores por rebajas retroactivas o anticipadas. Estos son descuentos relacionados con el volumen que han de pagarse cuando se alcanzan los niveles de compras acordados. Es un método de proporcionar un beneficio

por el volumen de compras y la cuestión que puede surgir es quién debería tener derecho a estos descuentos. Hay franquiciadores y sub-franquiciadores que reivindicarían este derecho, pero los sub-franquiciados afirmarían también que estos beneficios deberían ser puestos a disposición de ellos, pues son sus esfuerzos en conjunto en la consecución de ventas los que dan lugar a los pagos. Si el franquiciador o el sub-franquiciador acuerdan recibir estos pagos por su beneficio, no deberían hacer un secreto de ello sino que deberían informar a los sub-franquiciados. Cualquier ley sobre proporcionar informaciones en la franquicia, así como el Derecho de competencia aplicable, deberían examinarse en este contexto para determinar si tal relación es o no contemplada por esta legislación. Además de ofrecer estos beneficios, fabricantes y proveedores en ocasiones contribuirán a las actividades publicitarias, de mercadotecnia y promocionales, tanto nacionales como en los diferentes puntos de venta².

La situación es algo diferente en el caso de las franquicias de servicios, pues esta implicación en el suministro de productos, con su capacidad para generar ingresos, no estaría disponible al mismo nivel, aunque podrían existir algunos productos que hayan de ser suministrados en el curso de la prestación de un servicio.

D. CÁLCULO DE PAGOS Y PROCEDIMIENTOS

El método adoptado para la realización del pago de cuotas periódicas debería estar en línea con el modo en que el sub-franquiciador trata con sus sub-franquiciados. Si, por ejemplo, los sub-franquiciados pagan sus cuotas hacia el décimo día de cada mes, una obligación impuesta al sub-franquiciador de realizar los pagos al mismo tiempo y respecto del mismo período sería imposible que la cumpliera. Un sub-franquiciador necesitará tiempo para recabar la información y los fondos que le permitan elaborar los informes y contabilidad exigidos para el franquiciador. Los periodos de pago y periodos contables a ambos niveles deben tener en cuenta esta cuestión esencialmente práctica.

Otra cuestión que frecuentemente surge es si el sub-franquiciador debería estar obligado a pagar cuotas de franquicia al franquiciador incluso si no ha recibido el pago por parte de sus sub-franquiciados. Esta es una cuestión para la negociación entre las partes, pero el franquiciador

² Véase Capítulo 8 "La Publicidad y el Control de la Publicidad".

puede ser reacio a compartir los riesgos de crédito del sub-franquiciador. Es usual que se incluya una disposición en el contrato exigiendo al sub-franquiciador que se asegure que los sub-franquiciados observan y cumplen los términos de los contratos de sub-franquicia. La existencia de tal disposición significaría que el incumplimiento por parte del sub-franquiciador de recabar cuotas e informes financieros constituiría un incumplimiento del contrato. Aunque la inclusión de tal disposición podría parecer excesivamente dura para el sub-franquiciador, la importancia para la red entera de que el sub-franquiciador supervise adecuadamente a sus sub-franquiciados y se asegure que cumplen sus obligaciones no puede recalcarse demasiado. Solamente si todos los miembros de la red observan los estándares exigidos, por ejemplo en relación con la calidad del producto o servicio que ofrecen, se mantiene la reputación de la red entera. En términos económicos, un sub-franquiciado incumplidor y moroso invariablemente no sólo no pagará las cuotas, probablemente no entregará los ingresos por ventas, lo que a su vez hará imposible saber lo que debería entregarse. Es por lo tanto importante tratar estas cuestiones en el contrato.

No se debe subestimar los retrasos en el sistema bancario, pues los pagos en ocasiones requieren un tiempo excesivo para viajar del banco A en el país X al banco B en el país Y. A pesar de la existencia de sistemas electrónicos que permiten transferencias inmediatas, no se puede confiar en que los bancos utilicen el método más rápido de transmisión de fondos y el contrato debería especificar el método a utilizar. Algunos franquiciadores abren una cuenta bancaria en el territorio concernido, con el fin de permitirles recibir el pago rápidamente.

El franquiciador invariablemente estipulará la moneda en que debe hacerse el pago. Los franquiciadores usualmente prefieren el pago en su propia moneda, aunque a veces se llegará a un acuerdo sobre una tercera moneda. Es necesario establecer en el contrato una fecha para la conversión y también es prudente identificar el tipo de cambio de qué banco se utilizará para la conversión en la fecha de pago, así como quién debería soportar el coste de la conversión y de la transferencia. El contrato debería también establecer la medida alternativa a adoptar si la conversión monetaria no puede tener lugar como resultado de controles de cambio. En vista de la naturaleza de larga duración de los contratos de franquicia principal, frecuentemente se incluyen disposiciones en el contrato que tienen en cuenta la posibilidad de que se puedan introducirse controles de cambio en el futuro. Una solución drástica que en ocasiones se prevé en

los contratos es una reserva del derecho a rescindir por parte del franquiciador si se imponen restricciones monetarias y no se pueden realizar los pagos. En los casos que se exija una autorización para la transferencia de fondos al extranjero se debería determinar si es el franquiciador o el sub-franquiciador que tiene la responsabilidad de obtener esta autorización. En cualquier caso, ambas partes deberían acordar cooperar en cualquier solicitud que haya de hacerse.

E. CONSIDERACIONES FISCALES

El contrato debería precisar el modo en que se tratará y caracterizará a los pagos a fines fiscales tanto en el país del franquiciador como en el país anfitrión. De ningún modo es seguro que la cuota inicial sea considerada libre de retenciones impositivas por las autoridades fiscales del país del pago. El franquiciador podría por lo tanto encontrarse con que la cuota inicial está sujeta a retención. Además, debería examinarse la definición de "pagos de regalías". Todo tratado de doble imposición debería tenerse en consideración para asegurarse que el franquiciador puede, si así lo desea, recibir pagos libres de retención. El acuerdo debería permitir al franquiciador obtener el beneficio de cualquier tratado de doble imposición asegurando que la prueba de pago en el país anfitrión se proporciona en la forma exigida para reclamar la exención. Cualquier tratado de doble imposición aplicable debería examinarse para su efecto completo sobre las consecuencias fiscales de la transacción y sobre el modo en que se estructura. Los franquiciados deberían tratar de evitar ser gravados fiscalmente más de una vez por cada pago. Otro riesgo que el franquiciador puede correr es que el pago de cuotas de franquicia puede ser considerado por el derecho del país anfitrión como una actividad de negocios del franquiciador en ese país.

Algunos franquiciadores incluyen en sus contratos lo que se conoce como disposiciones "de pago completo" o "neto". Estas establecen que si el impuesto es deducible, efectivamente tiene que ser soportado por el sub-franquiciador quien debe aumentar su pago al franquiciador de manera que el franquiciador reciba el importe neto que habría recibido si no hubiera habido deducción fiscal. El efecto de tales disposiciones es aumentar el nivel de cuotas pagaderas por el sub-franquiciador, pues efectivamente paga la responsabilidad fiscal del franquiciador en los pagos que se le remiten. Este coste no es recuperable a través de la red de franquicia. El sub-franquiciador debería comprobar sus proyecciones y

pronósticos de flujo de efectivo si se siente obligado a aceptar tal disposición, para asegurar así que la carga adicional no hace la propuesta financiera inaceptable.

Finalmente, se debería hacer notar que las leyes de algunos países impondrán una retención fiscal sobre las cuotas de publicidad pagadas por un sub-franquiciador a un franquiciador extranjero. En tales casos el franquiciador no experimentará serias consecuencias cuando, como ocurre a menudo, las leyes del país en que el franquiciador recibe tales envíos prevean un crédito fiscal extranjero por el importe de la retención extranjera. Sólo habrá un problema si el franquiciador no puede obtener un crédito fiscal en su propio país. Si no puede hacerlo, el efecto será el de reducir los fondos disponibles para gastos de publicidad³.

También se debería hacer notar que algunos de los pagos pueden ser considerados como capital y otros como ingresos a efectos fiscales y su identificación independiente puede ayudar en las relaciones con las autoridades fiscales.

[<Volver al Índice>](#)

3 Véase Capítulo 8, Sección C “Consideraciones financieras”, que incluye el tratamiento a las cuotas o contribuciones por concepto de publicidad.

CAPÍTULO 5

EL PAPEL DEL FRANQUICIADOR

En una relación de franquicia principal el sub-franquiciador es el principal responsable tanto de la introducción del sistema de franquicia en el país anfitrión como del desarrollo posterior de la red de franquicias. El papel del franquiciador en este proceso no debería no obstante ser subestimado.

Aunque el sub-franquiciador es un empresario experimentado en su propio derecho, no necesariamente cuenta con experiencia en el particular negocio de la franquicia. Además, las técnicas de mercadotecnia y otro *know-how* utilizados en la franquicia han sido desarrollados y probados por el franquiciador. Para que el sub-franquiciador pueda operar eficazmente, es necesario por lo tanto que el franquiciador transmita al sub-franquiciador el *know-how* que ha adquirido, a menudo como resultado de la experiencia de muchos años, y le asista en la introducción y desarrollo del sistema de franquicia. En otras palabras, el franquiciador tiene una serie de obligaciones que cumplir frente al sub-franquiciador y a través del sub-franquiciador con la red. Por otro lado, el sub-franquiciador también tiene obligaciones frente al franquiciador y la red, debiendo seguir las técnicas y métodos de operación establecidos por el franquiciador, y debiendo asegurar que sus sub-franquiciados hacen lo mismo. Hay de este modo una tensión natural entre las partes, por una parte con relación al alcance de las obligaciones del franquiciador y los correspondientes derechos del sub-franquiciador y, por la otra, con relación a las obligaciones del sub-franquiciador y los correspondientes derechos del franquiciador.

Esta tensión comienza con el sistema mismo y con el derecho o deber de adaptar el sistema a las exigencias locales. Un franquiciador naturalmente considera que su sistema es único y desea que se utilice y aplique con las menos modificaciones posibles. El franquiciador tiene también una tendencia natural a creer que todos los elementos de su sistema son evidentes por sí mismos y que su manual y sus cursos de formación están tan bien preparados que el sub-franquiciador no necesitará mucha ayuda para introducir y utilizar el sistema de manera adecuada en el país anfitrión. El sub-franquiciador, por otra parte, igual de

naturalmente desea tener tanta libertad como sea posible para adaptar el sistema a las exigencias del territorio que tiene que desarrollar. También muy comprensiblemente desea recibir una cantidad substancial de asistencia inicial y continua del franquiciador. Estos intereses opuestos tienen que equilibrarse en las negociaciones entre las partes. El franquiciador debe estar seguro que puede cumplir lo que se compromete a hacer y el sub-franquiciador debe asegurar que recibe el mínimo necesario de lo que necesita para lograr el éxito.

Es evidente que el franquiciador no puede dar al sub-franquiciador libertad ilimitada con respecto a la adaptación del sistema, pues ningún sistema de franquicia transfronterizo, o incluso mundial, puede desarrollarse o existir sin un alto grado de homogeneidad e identidad corporativa. Sin embargo, la principal responsabilidad en la adaptación del sistema normalmente recae sobre el sub-franquiciador, siendo el punto de discusión el grado de control que el franquiciador debe, o desea, ejercer en relación con las medidas de adaptación a ser tomadas. Es evidente que todo sub-franquiciador necesitará la asistencia del franquiciador al introducir el nuevo concepto de franquicia en el país anfitrión. Aquí de nuevo, el punto de discusión será el grado de implicación del franquiciador. Todas estas cuestiones están íntimamente relacionadas con cuestiones financieras. La adaptación del sistema por el sub-franquiciador, así como la asistencia inicial y continua proporcionada por el franquiciador, exigen recursos considerables, tanto en términos de personal como en términos de financiación. El nivel de cuotas iniciales, continuas y de otro tipo dependerá por tanto en gran medida de si las tareas y obligaciones son asignadas a una u otra parte. A la inversa, el nivel de cuotas que un franquiciador desee obtener dependerá de, entre otros factores, el número y alcance de las obligaciones que él mismo esté dispuesto a aceptar y cumplir.

Los contratos de franquicia principal enumerarán las obligaciones del franquiciador. Que contengan una lista corta de algunas obligaciones básicas, o una detallada enumeración de todos los deberes concebibles a que un franquiciador podría comprometerse, dependerá en última instancia del estilo de redacción del contrato¹, de la madurez comercial del sistema y del poder de negociación de las partes, aunque un acuerdo estándar preparado por el franquiciador constituya a menudo la base de las negociaciones. Las leyes y costumbres locales también serán de

¹ Sobre la cuestión del estilo de redacción, véase Capítulo 1, Sección B, Sub-Sección V "Redacción de contratos de franquicia internacional", en particular *lit. (b)* "Técnica de redacción".

relevancia a este respecto. Sin embargo debe observarse que las partes están bien avisadas de evitar la utilización de una redacción tan vaga que no sea posible entender cuáles son los deberes precisos del franquiciador, o la realización de largas listas en un intento de ser exhaustivas, pues esto podría dar lugar a esperanzas que realmente el franquiciador no podrá cumplir.

Las obligaciones del franquiciador pueden en términos generales dividirse en obligaciones iniciales y continuas. Las partes deberían considerar cuidadosamente cada uno de los puntos mencionados de aquí en adelante con vistas a decidir si, o en qué medida, es apropiado tratarlos en su contrato de franquicia principal.

A. OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR INFORMACIÓN

I. INFORMACIÓN INICIAL

Una vez que el contrato de franquicia principal ha sido firmado, el franquiciador por lo general proporciona al sub-franquiciador toda la información con respecto al sistema de franquicia que podría necesitar para adaptarlo a las condiciones del mercado local y para comenzar el negocio. El sub-franquiciador mismo tendrá conocimiento de las exigencias locales necesarias para una evaluación de las modificaciones aconsejables. A este respecto la experiencia que obtiene en la etapa de funcionamiento piloto será de considerable importancia. En particular, el franquiciador debería proporcionar la información que al sub-franquiciador se exige que transmita a sus potenciales sub-franquiciados, ya sea para cumplir con exigencias legales o por razones comerciales. La información que concierne al sistema de franquicia y su funcionamiento se transmite normalmente por medio de formación² inicial y manuales de operaciones³.

Otra información que el sub-franquiciador normalmente necesita, y que algunos contratos podrían expresamente indicar como deber del franquiciador de proporcionarla, incluye:

- ◆ las características técnicas o composición química de productos que deben ser importados al país anfitrión y que pueden tener que ser adaptados si deben obtenerse ciertos permisos exigidos, o cuya importación o uso puede necesitar autorización y/o registro de las

² Véase *infra*, Sección B "Formación".

³ Véase *infra*, Sección C "Manuales".

autoridades nacionales. Es naturalmente importante asegurar que tales productos pueden venderse en el país anfitrión y debería estar claro de quién es el deber de obtener la aprobación o registro de los productos concernidos;

- ◆ información sobre las condiciones económicas y legales del mercado local. El franquiciador a menudo habrá recabado esta información antes de entrar en negociaciones con el sub-franquiciador. Incluirá información relativa al objeto de la franquicia, la disponibilidad de materia prima y las exigencias legales que afectan a la capacidad de vender la franquicia.

II. INFORMACIÓN CONTINUA

El contrato incluirá normalmente una obligación continua del franquiciador de proporcionar regularmente al sub-franquiciador información sobre progresos relevantes del, y mejoras al, sistema⁴, así sobre acontecimientos en la red (posiblemente mundial). Cuando se hagan mejoras al sistema, o modificaciones al *know-how*, la información relativa será transmitida en forma de actualización de los manuales. Los medios de comunicación modernos, tales como el correo electrónico, pueden utilizarse también para transmitir información, en particular información que se refiera a sucesos en la red.

B. FORMACIÓN

La formación adecuada del sub-franquiciador y los sub-franquiciados es fundamental para el éxito de cualquier operación de franquicia. Las obligaciones de formación del franquiciador son tratadas a menudo en una sección independiente del contrato, realizándose normalmente una distinción entre formación inicial y formación continua.

I. FORMACIÓN INICIAL

Idealmente, la formación inicial y el estudio de los manuales deberían permitir al sub-franquiciador adquirir todos los elementos del sistema de franquicia, en particular el *know-how* del franquiciador,⁵ que le permitirá dirigir una unidad de franquicia. Con mayor importancia, la

⁴ Véase Capítulo 12 "Cambios en el Sistema".

⁵ Véase Capítulo 11 "*Know-How* y Secretos Comerciales".

formación inicial debería brindar al sub-franquiciador todos los elementos básicos necesarios para el establecimiento y administración de una red de franquicia, incluyendo lo exigido para el plan de mercadotecnia y venta de las unidades de sub-franquicia y la dirección efectiva de la red, v.g. todo lo que le sea necesario para poder actuar como “franquiciador” en su propio país. De ser apropiado, el franquiciador debería además enseñar habilidades específicas, tales como, por ejemplo, el uso de un software informático particular o el manejo de máquinas sofisticadas. La prestación de esta formación inicial no es tarea fácil. Muchos franquiciadores por lo tanto exigen que los sub-franquiciadores asistan a los cursos de formación que ofrecen en su propio país y escuela de formación. Sin embargo debería observarse que el nivel de enseñanza ofrecido por los franquiciadores variará. En cualquier caso, en el relativamente corto periodo de tiempo que dura la formación inicial, el sub-franquiciador no podrá adquirir todas las habilidades y *know-how* que el franquiciador ha desarrollado y que son el resultado de la experiencia de muchos años. Sería por lo tanto aconsejable que este *know-how* se transcribiera en un “manual del sub-franquiciador”⁶. La formación inicial debería también permitir al sub-franquiciador formar a sus futuros sub-franquiciados. A este respecto debería tenerse en consideración si el franquiciador debería enseñar al sub-franquiciador cómo establecer instalaciones de formación.

La formación puede ser proporcionada al sub-franquiciador en persona, a gerentes delegados o a cualesquiera otros representantes del sub-franquiciador que sean responsables de la dirección efectiva de la operación de franquicia principal. El franquiciador puede también comprometerse a formar a los sub-franquiciados y puede requerir que esta formación tenga lugar en sus instalaciones de formación.

La formación inicial del sub-franquiciador, y posteriormente de los sub-franquiciados, es una condición fundamental para el funcionamiento exitoso de una red de franquicia. Su importancia debería por tanto reflejarse en el contrato de franquicia principal, que debería indicar claramente cuanto tiempo durará esta formación, dónde tendrá lugar, en qué idioma se conducirá y cuáles serán sus partes componentes. La posibilidad de introducir cambios a este respecto, por ejemplo un cambio en el lugar de un curso, debería ser prevista. En este sentido debería observarse que, dependiendo de la franquicia, la formación inicial puede extenderse por un cierto periodo de tiempo después del inicio de las operaciones. El contrato debería también establecer claramente quién va a cargar con los costos que implica: en la mayoría de los casos la formación

6 Véase *infra*, Sección C, *cit.*

inicial será sufragada por la cuota inicial de franquicia, pero los costos de viaje, alojamiento y otros gastos relativos a la formación van normalmente a ser soportados por el sub-franquiciador. En vista del hecho de que la formación inicial es la base para las futuras actividades del sub-franquiciador, es recomendable que el franquiciador asegure que las barreras del lenguaje no obstruyen el éxito de la formación. Esto es igualmente importante cuando el franquiciador se compromete a formar a los sub-franquiciados.

II. FORMACIÓN CONTINUA

En la mayoría de casos es aconsejable que tengan lugar regularmente en el curso de la relación programas de formación adicional para el sub-franquiciador y/o sus representantes. El propósito de tales programas de formación continua es mantener al sub-franquiciador al día de los progresos del, y mejoras al, sistema de franquicia. Como estos programas de formación adicional en la mayoría de los casos tienen lugar en los locales o en las instalaciones de formación del franquiciador, permiten un contacto regular entre los empleados del franquiciador y los sub-franquiciadores y las personas que ocupan cargos de dirección y ejecución. Es recomendable que el contrato de franquicia principal establezca claramente la duración de los programas de formación continua, lo que suponen los compromisos económicos de cada una de las partes. Dependiendo de la naturaleza de la franquicia implicada, estos programas de formación adicional pueden ser opcionales u obligatorios.

III. OBLIGACIONES QUE SURGEN COMO RESULTADO DE UNA FORMACIÓN INFRUCTUOSA

En el caso de la franquicia nacional en particular, es posible que el franquiciador durante la formación inicial, o incluso durante la formación continua, venga a darse cuenta de que una persona que sigue el curso de formación es inapropiada para las tareas para las que él o ella está siendo entrenada. En tales casos la decisión inteligente sería que el franquiciador ante todo informara a la persona concernida de la conclusión a la que ha llegado, y después rescindir la relación contractual. Un franquiciador que desee tener la posibilidad de tomar tal decisión se le recomienda no obstante que deje esto claro en el contrato. A este respecto se podría considerar la posibilidad de un reembolso parcial o completo de las cuotas pagadas para la formación, y/o incluso de la cuota inicial de franquicia. Una situación de esta naturaleza es menos probable que surja en una situación de franquicia principal, donde el sub-franquiciador es

seleccionado sólo si el franquiciador considera que posee las cualidades necesarias para operar eficazmente como sub-franquiciador.

C. MANUALES

I. MANUALES DE UNIDAD DE FRANQUICIA Y MANUALES DE SUB-FRANQUICIADOR

En la mayoría de sistemas de franquicia, especialmente en los acuerdos de franquicia de formato comercial, el *know-how* y otros derechos de la propiedad intelectual están incorporados en los manuales que se proporcionan por el franquiciador al sub-franquiciador. Estos manuales ilustran también al detalle la manera en que deben utilizarse las marcas del franquiciador y en que debe implementarse el sistema de franquicia.

Pueden también contener una disposición adicional al efecto de que todas las disposiciones de los manuales deba considerarse que forman parte integral del contrato de franquicia principal, como si los manuales hubieran realmente sido incorporados al propio contrato. Consecuentemente, una de las obligaciones principales del franquiciador es normalmente entregar una copia de los manuales al sub-franquiciador en el momento o poco después de la firma del contrato de franquicia principal. Es también apropiado normalmente dar al sub-franquiciador una oportunidad de examinar los contenidos de los manuales antes de la firma del contrato, aunque en este caso la información que el sub-franquiciador obtenga debería considerarse confidencial. Si el sub-franquiciador no tiene oportunidad de examinar los contenidos de los manuales, o al menos su índice de materias, los tribunales en ciertas jurisdicciones pueden llegar a la conclusión de que el sub-franquiciador no está vinculado por sus disposiciones ya que no estaba familiarizado con ellas antes de la firma del contrato.

En la mayoría de los casos los manuales proporcionados por el franquiciador se referirán a la dirección de las franquicias de unidad y describirán los trabajos del sistema de franquicia. En el caso de la franquicia principal, sin embargo, el sub-franquiciador no opera sólo como franquiciado, también opera como franquiciador frente a sus sub-franquiciados. Al sub-franquiciador debe proporcionársele por tanto toda la información que necesite para operar como franquiciador. Los medios adoptados por los franquiciadores para proveer a los sub-franquiciadores de esta información incluyen la concesión de un manual que detalle las obligaciones que deben asumirse por parte del sub-franquiciador en su

capacidad de “franquiciador”. Este manual proporcionará también información sobre la naturaleza de la relación entre un franquiciador y un franquiciado.

Como los manuales contienen todo el *know-how* relacionado con el sistema del franquiciador, el franquiciador habrá de poder controlar el uso de los manuales para proteger su *know-how*. Para este fin, se recomienda que los manuales permanezcan en propiedad del franquiciador y que sólo se “presten” por el franquiciador al sub-franquiciador, en lugar de que se “proporcionen”. Si los manuales sólo se prestan, se exigirá al sub-franquiciador que devuelva todas las copias de los manuales en su posesión al franquiciador cuando el contrato llegue a su fin.

Debería observarse sin embargo que en la práctica sólo algunos franquiciadores que operan en el mercado internacional proporcionan realmente a sus sub-franquiciadores manuales sobre cómo comportarse como franquiciadores. La práctica general parecería ser la de establecer las reglas en el contrato de franquicia, proporcionar al sub-franquiciador formación, normalmente de naturaleza operacional, y dar consejo en respuesta a preguntas, o con ocasión de las visitas periódicas que el sub-franquiciador hace al centro de operaciones del franquiciador o que el franquiciador hace al del sub-franquiciador.

Con relación a los manuales, una pregunta importante es quién debería ser responsable de traducirlos al idioma nacional y consecuentemente quién debería pagar por los gastos relacionados con ello. Éste es un asunto de negociación entre las partes del contrato internacional de franquicia principal y debería tratarse en el contrato mismo⁷.

II. ADAPTACIONES Y CAMBIOS

Las leyes, el idioma, los gustos, las costumbres y la cultura del país extranjero en el cual el franquiciador tiene intención de introducir su sistema de franquicia diferirán considerablemente en la mayoría de los casos de los de su país de origen. El sistema de franquicia necesitará por consiguiente adaptación para ajustarse a las condiciones locales y los manuales deben reflejar las adaptaciones hechas. Aunque se recomienda, especialmente en la franquicia internacional, que el franquiciador anime al sub-franquiciador a sugerir tales cambios y adaptaciones para mejorar las posibilidades de éxito del sistema de franquicia en el país anfitrión, el

⁷ Sobre la cuestión de la traducción de los manuales y otra documentación, véase Capítulo 1, Sección B, Sub-Sección V, *lit.* (a) “Idioma del contrato y de los otros documentos”.

franquiciador debe considerar el grado de control que ejercerá en última instancia en relación con cualesquiera cambios al, o adaptaciones del, sistema de franquicia que se propongan por el sub-franquiciador. Tales cambios deberían efectuarse normalmente únicamente bajo las siguientes circunstancias y sujetos a las siguientes condiciones:

- (a) los cambios y adaptaciones deberían hacerse sólo cuando los exijan claras diferencias entre, por ejemplo, las costumbres, culturas, hábitos y gustos de los consumidores en el país anfitrión y los de los consumidores en el país del franquiciador. No deberían hacerse simplemente como resultado de un deseo del sub-franquiciador de introducir cambios que crea que mejorarán el sistema de franquicia;
- (b) cuando se exija previa aprobación escrita por parte del franquiciador para la implementación de un cambio, esta aprobación no debería negarse sin razón. El derecho del franquiciador a proteger el núcleo de su sistema es no obstante universalmente reconocido y como consecuencia el franquiciador debería tener una amplia autoridad para rechazar cambios propuestos. Cualesquiera cambios al sistema de franquicia que darían lugar individual o colectivamente a un cambio fundamental, o que tendrían un impacto generalmente negativo en el funcionamiento del sistema de franquicia en un país vecino, deberían someterse a la previa aprobación del franquiciador;
- (c) al sub-franquiciador se le debería permitir efectuar cualesquiera cambios necesarios para cumplir con las leyes del país anfitrión sin el previo consentimiento del franquiciador. Sin embargo se debería avisar al franquiciador de tales cambios antes de su implementación, ya que el cambio propuesto podría llevar al franquiciador a reconsiderar su política con respecto a la franquicia en ese país;
- (d) todos los cambios permitidos al sistema de franquicia deberían reflejarse en los manuales; y
- (e) todos los cambios al sistema de franquicia, ya iniciados por el franquiciador o el sub-franquiciador, así como todo *know-how* relacionado con tales cambios, deberían ser reconocidos por el sub-franquiciador como única y exclusiva propiedad del franquiciador y como parte constituyente del sistema que está siendo franquiciado. Si tal reconocimiento concierne a una mejora hecha por el sub-franquiciador, puede ser visto en algunas jurisdicciones como

constituyente de una licencia de retorno ("*a grant back licence*") y esto puede ser ilegal⁸. Bajo tales circunstancias es usual incluir una disposición por la cual el sub-franquiciador concede al franquiciador una licencia perpetua, de ámbito mundial y libre de regalías que permite al franquiciador utilizar mejoras iniciadas por el sub-franquiciador, así como sub-licenciar su uso a otros sub-franquiciados del sub-franquiciador.

D. ASISTENCIA Y OTROS SERVICIOS

La más completa información y el mejor de los cursos de formación inicial pueden no ser suficientes para colocar a un nuevo sub-franquiciador en una posición en la que pueda ofrecer a la nueva operación de franquicia un perfecto arranque. No es raro por lo tanto que el franquiciador preste asesoramiento inicial, y posteriormente continuo sobre la adaptación del sistema a las condiciones del país anfitrión, el establecimiento de las estructuras administrativas y operacionales del sub-franquiciador, la logística de la futura red, la planificación y establecimiento de la primera operación piloto incluyendo, cuando sea apropiado, la decoración interna, instalaciones, equipo, el establecimiento de las existencias, la contratación de personal y la preparación de una "gran apertura"⁹.

I. ASISTENCIA INICIAL

Hasta la apertura de la primera operación piloto, y posiblemente durante algún tiempo después, la asistencia administrativa y operacional del franquiciador será usualmente proporcionada por personal experimentado de la oficina central del franquiciador. Esta asistencia inicial se incluye normalmente en la cuota inicial de la franquicia y por tanto no se paga separadamente por el sub-franquiciador. Puede suceder que el franquiciador solicite el reembolso del costo de los gastos de viaje y alojamiento de su personal. El alcance y duración de la asistencia dependerá en gran medida de la cantidad cobrada como cuota inicial de la franquicia, pero la distancia en términos geográficos e incluso culturales de la ubicación de la oficina central del franquiciador será también de relevancia a este respecto. Las condiciones pueden ser tan diferentes que el personal del franquiciador pueda estar en condiciones de ofrecer ayuda

⁸ Cf. Derecho de la competencia de la Comunidad Europea.

⁹ Véase también Capítulo 8 "La Publicidad y el Control de la Publicidad".

sustancial sólo en lo referente a los aspectos técnicos de la implementación del sistema, pero podrá ofrecer poco en cuanto a otras cuestiones operacionales. Por otro lado, donde los elementos culturalmente foráneos del sistema de franquicia introduzcan herramientas comerciales que sean nuevas para el país anfitrión, podría incluso ser crucial que el personal de la oficina central del franquiciador ayude en la implementación de tales elementos culturalmente foráneos.

No existe una regla fija para la determinación del alcance de la asistencia inicial del franquiciador. Normalmente es el resultado de largas negociaciones y dependerá principalmente de la complejidad del sistema de franquicia, el ambiente económico del país anfitrión, la experiencia comercial del sub-franquiciador y la medida en que el franquiciador desee controlar la adaptación del sistema de franquicia. Variará también dependiendo de si el sistema individual es una franquicia de servicio o una franquicia de producto y de si los bienes y equipo contractuales son suministrados principalmente por el franquiciador o se obtienen de fuentes locales. Como el franquiciador normalmente prescribe estándares para la calidad de los servicios y/o los bienes, usualmente, y en la mayor medida posible, proporcionará consejo con respecto a las fuentes de suministro, al menos para bienes que deban ser importados del extranjero. El franquiciador normalmente dará también consejo sobre la administración continua de la operación franquicia, el manejo y la contratación del personal, la contabilidad y presentación de informes, incluyendo las formas que deberían utilizarse, las técnicas de venta que se deberían adoptar y las relaciones públicas y actividades de publicidad. El material escrito importante sobre estos puntos está normalmente contenido en los manuales. Está en el interés a largo plazo del franquiciador y del sistema que el franquiciador dé tanta asistencia inicial como razonablemente pueda proporcionar dentro del marco de la cuota inicial de la franquicia. No obstante siempre es posible que se establezcan servicios específicos contra los pagos adicionales.

II. ASISTENCIA CONTINUA

Durante la duración completa del contrato el franquiciador puede proporcionar consejo y asistencia en una serie de cuestiones administrativas, operacionales y técnicas. Puede observarse que bajo ciertas jurisdicciones la prestación continua de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del contrato es un elemento obligatorio de cualquier contrato de franquicia. En algunos casos se creará una "línea de emergencia" para los sub-franquiciadores, con el propósito de asegurar que cualquier asistencia que se necesite se proporcione rápida y eficazmente. En la mayoría de los casos dicha asistencia continua, ofrecida ya sea por teléfono o por correspondencia, no se paga de manera

separada, sino que en cambio se sufraga por las cuotas continuas de la franquicia¹⁰. También pueden incluirse en las cuotas continuas de la franquicia servicios regulares tales como la prestación de información sobre acontecimientos dentro de la red y dentro del mercado, la supervisión del desarrollo del negocio del sub-franquiciador y la organización de encuentros regulares de los sub-franquiciadores del sistema, por ejemplo por regiones geográficas. Normalmente los gastos de viaje no están incluidos.

Para asegurar que los estándares de calidad se mantengan, el franquiciador o sus representantes pueden regularmente visitar al sub-franquiciador y sus operaciones en el país anfitrión. De inspeccionar el franquiciador los establecimientos de los sub-franquiciados, estas visitas pueden considerarse como parte de las inspecciones regulares de calidad/servicio/seguridad y limpieza que el sub-franquiciador está normalmente obligado a realizar. Los hallazgos de estas inspecciones normalmente se discuten con posterioridad con el sub-franquiciador con vistas a mejorar la actuación de los miembros de la red. Tales visitas pueden servir también para controlar la actuación del personal del sub-franquiciador y para mejorar el conocimiento del franquiciador del mercado local.

El sub-franquiciador puede encontrar más útil con relación al coste pagar al personal del franquiciador para que proporcione cualesquiera servicios adicionales que pudiera necesitar, que consultar a asesores externos. El personal del franquiciador tendrá amplia experiencia a nivel mundial acerca de cómo vender franquicias, cómo dirigir exitosas relaciones públicas y campañas de publicidad, cómo optimizar la venta de los bienes y servicios franquiciados y cómo adaptar el sistema rápidamente a las condiciones económicas cambiantes. Puede por lo tanto ser aconsejable que el franquiciador ponga miembros experimentados de su equipo internacional a disposición del sub-franquiciador por acuerdo. De ofrecerse tales servicios opcionales, las cuotas y costos implicados deberían ser claramente indicados y esto se hace a menudo en los anexos al contrato o en los manuales.

III. ASISTENCIA A LOS SUB-FRANQUICIADOS

Es poco común, pero no se excluye, que establezca una disposición en el contrato de franquicia principal para que el franquiciador preste asistencia directa a los sub-franquiciados. Considerando que esto está en contradicción con el concepto de franquicia principal, dicha asistencia debería probablemente limitarse a la fase inicial o, durante periodos pequeños, a situaciones de crisis. En el caso de que una situación de crisis dure demasiado, surgirá normalmente la cuestión de si el contrato debería

¹⁰ Véase Capítulo 4 "Cuestiones Financieras".

rescindirse o si se deberían realizar limitaciones al territorio del sub-franquiciado u otros derechos exclusivos¹¹.

E. OTRAS OBLIGACIONES DEL FRANQUICIADOR

I. SUMINISTRO DE MERCANCÍAS

El franquiciador puede comprometerse a suministrar mercancías al sub-franquiciador y los sub-franquiciados de la red. Puede hacerlo no sólo cuando desee imponer una obligación de compra exclusiva en favor de sus propios u otros específicos productos o equipo inicial, sino también cuando desee asegurar que las mercancías sean de cierto nivel. De adoptar tal compromiso, las condiciones de venta y cualesquiera limitaciones a la responsabilidad del franquiciador deberían estipularse claramente en el contrato¹².

II. PROMOCIÓN

El franquiciador normalmente se comprometerá a promover la red de franquicia internacionalmente. Para este propósito se establecerá en la mayoría de los casos un fondo de publicidad internacional, al cual todos los sub-franquiciadores contribuirán con cuotas por publicidad¹³.

III. PROTECCIÓN DE MARCAS

Otra obligación importante del franquiciador es el mantenimiento y protección de las marcas y otros derechos de la propiedad intelectual, incluido el *know-how*, que licencie al sub-franquiciador¹⁴.

IV. OTRAS OBLIGACIONES ESPECIALES

Dependiendo de las peculiaridades del sistema particular de franquicia, el franquiciador puede tener, o puede asumir, otras obligaciones, tales como:

- ◆ el establecimiento, mantenimiento y promoción de un sistema de tarjeta de crédito a utilizar en su red internacional (por ejemplo en el alquiler de coches o las cadenas hoteleras);
- ◆ el establecimiento y mantenimiento de un sistema de reserva mundial o regional (por ejemplo en el alquiler de coches o el negocio hotelero); o

11 Véase Capítulo 15 "Acciones en Caso de Incumplimiento".

12 Véase Capítulo 9 "Suministro de Equipo, Productos y Servicios".

13 Para mayores detalles, véase Capítulo 8, *cit.*

14 Véanse Capítulos 10 "Propiedad Intelectual" y 11, *cit.*

- ◆ la búsqueda de contratos de suministro y/o servicio con agencias gubernamentales y otras instituciones públicas o clientes importantes, con acceso a las posibilidades de suministro o servicio que se ofrezcan al sub-franquiciador y sus sub-franquiciados, posiblemente contra el pago de cuotas adicionales.

F. DERECHOS DEL FRANQUICIADOR

Una distinción clara entre los derechos y obligaciones del franquiciador no es siempre posible. Hay obligaciones que son también derechos. Así, por ejemplo, el control de la red por el franquiciador puede considerarse una obligación, porque puede considerarse deber del franquiciador salvaguardar la reputación de la red y asegurar que los niveles de calidad se mantengan, pero también se puede considerar un derecho, porque el franquiciador conserva el derecho a controlar la actuación del sub-franquiciador. Además, una obligación frecuentemente estará condicionada por el cumplimiento de la otra parte de sus propias obligaciones (normalmente monetarias).

Hay también otros derechos que el franquiciador podría querer conservar además de los derechos/obligaciones normales especificados en el contrato, tales como, por ejemplo, el derecho a aprobar la ubicación de los establecimientos en el país anfitrión, el derecho a aprobar posibles sub-franquiciados, el derecho a nombrar un director para la junta directiva del sub-franquiciador o a recibir cuotas directamente de los sub-franquiciados en lugar de tener que pasar por el sub-franquiciador, y el derecho a tratar directamente con los sub-franquiciados con independencia de cualquier decisión tomada por el sub-franquiciador. Debería adoptarse no obstante cierta cautela, porque los derechos de esta naturaleza podría considerarse que cambian la naturaleza de la relación entre las partes, dando lugar a un riesgo de responsabilidad indirecta para el franquiciador¹⁵.

Además, como se indicó anteriormente, el franquiciador puede en el contrato de franquicia principal conservar el derecho de realizar inspecciones periódicas a las unidades y de ofrecer al sub-franquiciador consultas periódicas con respecto al funcionamiento de las unidades. La conservación de tales derechos por parte del franquiciador podría ir acompañada de la facultad de sancionar a los sub-franquiciados que incumplan.

[<Volver al Índice>](#)

¹⁵ Véase Capítulo 2 "Naturaleza y Alcance de los Derechos otorgados y de la Relación de las Partes".

CAPÍTULO 6

EL PAPEL DEL SUB-FRANQUICIADOR

Para el franquiciador y los sub-franquiados de una red el sub-franquiador es el franquiciador efectivo para el sistema en el país anfitrión. El sub-franquiador tiene responsabilidades tanto hacia el franquiciador como hacia los sub-franquiados. Para el franquiciador el sub-franquiador es su "presencia" en el país anfitrión. El franquiciador esperará por tanto que el sub-franquiador dirija el sistema como lo haría él mismo. Para los sub-franquiados el sub-franquiador es su franquiciador y ellos por tanto esperarán que el sub-franquiador se comporte hacia ellos como un franquiciador responsable. De hecho, si el sub-franquiador dirige eficazmente, los sub-franquiados no considerarán a nadie más franquiciador.

Como guarda de las marcas y/o el nombre comercial, el prestigio reconocido por la clientela, el sistema y otros derechos de la propiedad intelectual del franquiciador, se exigirá al sub-franquiador que asuma muchas obligaciones relativas al desarrollo y mantenimiento de la red de franquicia en el país anfitrión. Se exigirá al sub-franquiador que contribuya para asegurar que el sistema del franquiciador pueda ser operado viablemente en el país anfitrión. Se le exigirá que introduzca el sistema en el país anfitrión, que desarrolle la red de franquicia y que proporcione la gama completa de servicios del franquiciador a los sub-franquiados.

A. OPERACIONES PILOTO

El sistema de franquicia extranjero es frecuentemente desconocido en el país anfitrión y el éxito que encontrará es por tanto incierto. Las cuestiones de la viabilidad del sistema y la falta de conocimiento del nombre del franquiciador pueden abordarse exigiendo al sub-franquiador que establezca una o más operaciones piloto. Debería apuntarse, sin embargo, que frecuentemente es el mismo franquiciador el

que establece las operaciones piloto. El propósito de las operaciones piloto es determinar si el negocio que se franquicia es viable y exitoso que puede ser en el país anfitrión. La ejecución de las operaciones piloto también permitirá ajustar el sistema del franquiciador para tomar cuenta de la experiencia obtenida. Las operaciones piloto ayudarán además en el mercadotecnia de las sub-franquicias, ya que la capacidad de demostrar éxito en la operación es una ayuda vital para las ventas. En algunos países los códigos de deontología de las asociaciones de franquicia pueden exigir que se establezcan operaciones piloto. El Reglamento de la Comisión Europea 4087/88 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia define el *know-how*¹ como un conjunto de conocimientos prácticos no patentados, derivados de la experiencia del franquiciador y verificados por éste, que es otra manera de describir la experiencia práctica que proporcionan las operaciones piloto.

La experiencia obtenida en las operaciones piloto ayudará al sub-franquiciador a identificar las exigencias legales y reglamentarias que sean aplicables en el país anfitrión para el funcionamiento del negocio de franquicia. Podría ser recomendable reflejar algunas de estas exigencias en enmiendas a los manuales de operaciones. Además, la experiencia obtenida al dirigir las operaciones piloto puede reforzar las opiniones del franquiciador sobre la ubicación de la sede, o puede indicar que han de tenerse en cuenta diferentes consideraciones locales de manera que se establezcan criterios que tengan sentido en ese territorio concreto. La experiencia adquirida con las operaciones piloto permitirá además al sub-franquiciador, apoyar a los sub-franquiciados y brindar el nivel adecuado de asesoramiento.

B. PLAN DE DESARROLLO

El franquiciador invariablemente impondrá algunas obligaciones al sub-franquiciador para asegurar el desarrollo ordenado y realista del territorio. Obligaciones detalladas serán, por ejemplo, impuestas en relación a la velocidad a la cual las unidades sub-franquiciadas deben abrirse. Tales obligaciones se especificarán normalmente en lo que se conoce como plan de desarrollo.

Un plan de desarrollo que disponga las tasas de crecimiento anuales y cumulativas exigidas de la red en el país anfitrión, (normalmente medido

¹ Artículo 1 (3) (f)

por número de unidades, pero en ocasiones por volumen) es una característica común de los contratos de franquicia principal. Sin él, el franquiciador no estaría seguro de que el sub-franquiciador se haya comprometido a lo que él consideraría la explotación adecuada del territorio. Los franquiciadores dan gran importancia al plan de desarrollo, particularmente en el caso de concederse derechos exclusivos, porque les protege contra la subexplotación del territorio. A menos que un sub-franquiciador esté dispuesto a aceptar lo que el franquiciador considera un plan de desarrollo realista para el establecimiento de las unidades operacionales, la opción de la franquicia principal puede perder algunos de sus atractivos para el franquiciador. Por otro lado, el sub-franquiciador debe darse por satisfecho con que el plan de desarrollo propuesto por el franquiciador pueda llevarse a cabo dentro del ámbito de los recursos que está dispuesto a, o puede permitirse, destinar al proyecto. Estos dos factores, la tasa anual de crecimiento en número de unidades y la tasa acumulativa de crecimiento, serán normalmente objeto de una extensa discusión y negociación.

Si el contrato de franquicia principal impone exigencias poco realistas al sub-franquiciador en relación, por ejemplo, a las fechas límite para la apertura y el funcionamiento continuado de las unidades de franquicia, el sub-franquiciador puede estar tentado de conceder sub-franquicias a sub-franquiciados no cualificados, de aprobar localizaciones mal concebidas, o de dejar rescindir a sub-franquiciados incumplidores solamente por el propósito de cumplir con el plan de desarrollo. Esto dañaría al franquiciador aumentando anormalmente las estadísticas de fracaso del territorio cuando los sub-franquiciados no cualificados o las unidades ubicadas inadecuadamente finalmente fallen, o perjudicando a las marcas y el prestigio que tenga ante la clientela del franquiciador por el funcionamiento continuado de unidades que no cumplen con los estándares del sistema. Por lo tanto debería establecerse cuidadosamente un plan de desarrollo realista, para reducir así al mínimo estos potenciales conflictos.

Existen dificultades prácticas en el establecimiento de los planes de desarrollo. Al tiempo en que se negocia el contrato las partes pueden no tener el suficiente conocimiento que les permita juzgar la tasa de expansión que puede alcanzarse. Lo que es cierto es que las expectativas del franquiciador es probable que sean altas, mientras que las del sub-franquiciador serán bajas. La mayoría de los posibles sub-franquiciadores

preparan un plan de negocios como parte del proceso de decidir si firmar o no un contrato de franquicia principal. Dicho plan de negocios debería incluir una valoración de la tasa de crecimiento que el negocio es capaz de alcanzar. De otro modo el sub-franquiciador no podrá tomar una decisión comercial equilibrada sobre si firmar o no al contrato, ni podrá estimar el nivel de recursos que habría de destinar al establecimiento del negocio. En este contexto se debería tomar nota de la existencia de un número creciente de diferentes formas de franquicia y del hecho de que cada vez se están utilizando más diversas formas dentro del mismo sistema de franquicia. Esto puede afectar al plan de desarrollo acordado por las partes, ya que puede dar lugar, por ejemplo, al establecimiento de una combinación de pequeñas y grandes unidades.

Como anteriormente se observó, en muchos casos será necesario introducir en el país anfitrión un nombre desconocido y un sistema no probado. Esto puede ser particularmente problemático si el sub-franquiciador no se siente seguro aceptando un compromiso para un plan de desarrollo propuesto, pues no es seguro que demuestre en la práctica ser justo tanto para el franquiciador como para él mismo. Indudablemente existe una necesidad de flexibilidad. Al fijar un plan de desarrollo, puede haber lecciones que aprender del examen de la actuación de los competidores en el territorio concernido. Muchos franquiciadores están dispuestos a aceptar un desarrollo mínimo realista sobre la base de que si el negocio tiene éxito, es improbable que el sub-franquiciador no desee expandirlo en su totalidad. Sin embargo es importante para ambas partes que el sub-franquiciador esté obligado a expandirlo lo suficiente para asegurar que alcanza una masa crítica de sub-franquiciados, pues esto le permitirá hacer el máximo uso de sus recursos y de ese modo llegar a la consecución de un crecimiento efectivo.

Al establecer el plan de desarrollo existe un factor que, la experiencia lo demuestra, puede necesitar de discusión. Existen negocios que a lo largo de los años han racionalizado su enfoque centralizando todas o algunas de las funciones productivas, y han establecido unidades satélite en vez de unidades operacionales de servicio completo². Este enfoque es a menudo el resultado de la necesidad de utilizar el capital más eficazmente para permitir al negocio competir, o del coste de las exigencias del equipo

² Este es el caso de algunas franquicias de comida rápida que han centralizado las funciones de preparación y cocina.

capital, ya que estas están cada vez más basadas en la tecnología y tienden a cambiar muy rápidamente.

C. RENOVACIÓN DE LOS PLANES DE DESARROLLO

El debate acerca de los planes de desarrollo no necesariamente termina cuando se ejecuta el contrato, porque el contrato puede incorporar el derecho para el sub-franquiciador de renovar o ampliar el contrato en el momento de su expiración³. Existe una escuela de pensamiento que sostiene que el contrato de franquicia principal debería ser un acuerdo de larga duración en donde el sub-franquiciador, siempre que no esté en incumplimiento bajo el plan de desarrollo, tenga derechos ilimitados de renovación. Hay también situaciones en las cuales lo que se puede rescindir es el derecho a desarrollar nuevas unidades. En tales casos el contrato de franquicia principal se mantendría vigente en cuanto a los contratos de franquicia de unidad existentes hasta que estos lleguen a su fin. En otro caso, el sub-franquiciador podría perder el derecho exclusivo a desarrollar nuevas unidades.

Las condiciones en que puede concederse la renovación indudablemente implicarán el establecimiento de un plan de desarrollo continuado de un tipo u otro. Incluso si las partes están de acuerdo en que el mercado se ha explotado totalmente, el sub-franquiciador probablemente se enfrentará a una solicitud por parte del franquiciador de que lo que exista sea mantenido y que cualesquiera sub-franquiciados que salgan de la red sean reemplazados.

Si, como puede ser más probable, no se ha alcanzado la explotación total del mercado, tendrá que haber un método de establecer cuál será el "nuevo" plan de desarrollo. Las cuestiones en esta etapa diferirán algo de las que se consideraron cuando se negociaba el contrato inicial. Todos los factores desconocidos entonces habrán sido resueltos:

- ◆ el nombre habrá llegado a ser conocido;
- ◆ el sistema estará funcionando;
- ◆ el ámbito para la apertura de unidades operacionales y la velocidad con la que esto se puede llevar a cabo serán conocidos.

Las discusiones en la etapa de renovación/ampliación es más probable que incluyan

- ◆ qué nuevo ámbito de desarrollo existe;
- ◆ en qué periodo puede llevarse a cabo;

³ Véase Capítulo 3 "Duración del Contrato y Condiciones de Renovación".

- ◆ qué cambios pueden haber tenido lugar en el entorno comercial y económico del territorio;
- ◆ qué expone el nuevo plan comercial del sub-franquiciador; y
- ◆ si hay otros factores que deberían ser tenidos en cuenta.

D. OBLIGACIONES OPERACIONALES

Como al sub-franquiciador se confía la responsabilidad de “proteger” la integridad de los derechos licenciados del franquiciador dentro del país anfitrión, puede que se espere que las partes discutan disposiciones del contrato de franquicia principal según las cuales se pediría al sub-franquiciador que asumiera algunas obligaciones:

- ◆ llegar a un acuerdo con el franquiciador sobre los criterios de calificación del sub-franquiciado y cumplirlos, de tal manera que se asegure que los sub-franquiciados sean del calibre adecuado;
- ◆ formar a los sub-franquiciados siguiendo los cursos de formación y procedimientos establecidos por el franquiciador;
- ◆ firmar acuerdos con sub-franquiciados, los términos de los cuales sigan la forma nacional estándar del franquiciador pero que hayan sido adaptados para uso local para tener en cuenta las diferencias en el Derecho y la práctica comercial.

Una vez firmados estos contratos, se exigiría al sub-franquiciador que garantizara que los sub-franquiciados cumplan con sus términos. Esto no significa necesariamente que si un sub-franquiciado no cumple sus obligaciones contractuales el sub-franquiciador debería iniciar inmediatamente procedimientos legales. Hay otros métodos, distintos de los procedimientos legales, que se emplean por los sub-franquiciadores cuando un sub-franquiciado incumple para persuadirle a cumplir con sus obligaciones. Dependiendo de la naturaleza del incumplimiento, estos otros métodos pueden incluir:

- ◇ formación adicional;
- ◇ apoyo reforzado;
- ◇ persuadir al sub-franquiciado de que mejore su actuación;
- ◇ un intento de persuadir al sub-franquiciado de que venda su negocio de manera que otro pueda ocupar su lugar en la red.

Las disposiciones contractuales que prevean estos métodos han de ser redactadas de tal manera que al sub-franquiciador se le ofrezca suficiente

ámbito para manejar la red de manera flexible, mientras al mismo tiempo se garantiza que los derechos de propiedad del franquiciador estén seguros;

- ◆ asegurar que los sub-franquiados hacen lo que deben y hacer cumplir el contrato de sub-franquicia;
- ◆ en general cumplir sus obligaciones como franquiciador de acuerdo al contrato de franquicia principal.

El contrato de sub-franquicia inevitablemente habrá de imponer al sub-franquiado algunas obligaciones financieras y de información. Estas incluirán informar sobre las cifras de ventas, de manera que las cuotas de franquicia puedan ser calculadas y verificadas, y proporcionar información financiera y cuentas relativas a su negocio. Los pagos que se realizarán al sub-franquiador y los informes sobre los cuales se calculen formarán a cambio la base para los pagos del sub-franquiador al franquiciador. Al sub-franquiador se le exigirá por tanto que garantice que los sub-franquiados cumplan con sus obligaciones de proporcionar los informes exigidos y de realizar pago puntual de sus compromisos financieros. Al sub-franquiador se le exigirá también que verifique la exactitud de la información financiera que recibe y de los pagos hechos por los sub-franquiados⁴.

El sub-franquiador tendrá la responsabilidad principal en el país anfitrión de asegurar que las leyes de marcas se cumplan y de supervisar que los sub-franquiados utilicen las marcas conforme a las exigencias legales⁵. Se esperará también del sub-franquiador que controle el mercado en el país anfitrión, con vistas a identificar cualesquiera infracciones posibles de las marcas. Se esperará normalmente que el franquiciador adopte procedimientos de ejecución contra los infractores y que soporte los costes de cualesquiera procedimientos legales necesarios, con el sub-franquiador y los sub-franquiados comprometiéndose en sus respectivos contratos a proporcionar asistencia y pruebas que permitirán al franquiciador dirigir los procedimientos eficazmente. En algunas jurisdicciones el derecho de marcas podría efectivamente exigir que los licenciados se impliquen en tales procedimientos.

En lo que respecta a los derechos de la propiedad intelectual distintos de las marcas, en su papel de guarda de esos derechos el sub-franquiador mismo habrá de comprometerse a preservarlos. Elementos

⁴ Véase Capítulo 4 "Cuestiones Financieras" para una discusión sobre quién soporta el riesgo crediticio.

⁵ Véase Capítulo 10 "Propiedad Intelectual".

importantes de estos derechos de la propiedad intelectual son el *know-how* y otra información confidencial que el franquiciador tiene que poner a disposición del sub-franquiciador y a través del sub-franquiciador a la de los sub-franquiciados. Al transmitir el *know how* al sub-franquiciador al objeto de dirigir el negocio, el franquiciador impondrá al sub-franquiciador estrictas obligaciones de mantener el *know-how* en confidencialidad. El sub-franquiciador, no obstante, tendrá que transmitir el *know-how* a los sub-franquiciados y se le exigirá por tanto que imponga obligaciones a los sub-franquiciados, de acuerdo con las cuales se les exige que mantengan el *know-how* del franquiciador en confidencialidad. Al sub-franquiciador también se le exigirá que haga cumplir cualquier incumplimiento de tales obligaciones por parte de los sub-franquiciados⁶.

Muchos franquiciadores tienen interés en que el sub-franquiciador cuente con una infraestructura administrativa y operacional que le permita hacer frente al establecimiento, crecimiento y desarrollo de la red. Es común que los franquiciadores especifiquen puestos clave que el sub-franquiciador deba crear, tales como, por ejemplo, director general, director de operaciones, o director financiero. A aquellos que ocupen estos puestos claves se les puede exigir que sigan un curso de formación aprobado por el franquiciador. Alternativamente, al sub-franquiciador se le puede exigir que cubra estos puestos solamente con personas que hayan sido formadas y aprobadas por el franquiciador.

El contrato contendrá también una disposición o disposiciones que detallen como deben ser dirigidas las actividades publicitarias y promocionales y a costa de quién⁷.

Todos estos factores se combinan para permitir al franquiciador y el sub-franquiciador conjuntamente colocar al sub-franquiciador en situación de establecer una organización en el país anfitrión que se parezca a la del franquiciador en el país de origen, una organización que preste la misma gama de servicios y apoyo en el país anfitrión que el franquiciador presta en su propio país⁸.

⁶ Véanse Capítulos 10, *cit.*, y 11 "*Know-How* y Secretos Comerciales".

⁷ Véase Capítulo 8 "La Publicidad y el Control de la Publicidad" para una mayor profundidad.

⁸ Véase Capítulo 5, Secciones B "Formación" y D "Asistencia y otros servicios".

E. IDIOMA

La mayoría de los franquiciadores consideran administrativamente esencial y útil en relación al coste el poderse comunicar con sus sub-franquiciadores en el idioma del franquiciador⁹. En consecuencia, el franquiciador invariablemente proporcionará al sub-franquiciador material escrito en el idioma del franquiciador y este material habrá de ser adaptado y traducido para su uso en el país anfitrión. Aunque normalmente se supone que el sub-franquiciador debería asumir la preparación de las traducciones a su propia costa, el franquiciador habrá de tener el derecho de autor para la traducción, ya que de lo contrario perdería control de su *know-how*.

Es comprensible que un franquiciador con ambiciones multinacionales no pueda comprometerse efectivamente a tener disponibles en su propia organización miembros del personal que no solamente tengan las habilidades necesarias, sino que también puedan comunicarse con los sub-franquiciadores de los diferentes países en los idiomas locales. Por lo tanto es común que se establezca la necesidad de un idioma de comunicación para evitar confusiones. Nuevamente, este idioma es invariablemente el del franquiciador.

[<Volver al Índice>](#)

⁹ Sobre la cuestión del idioma, véase Capítulo 1, Sección B, Sub-Sección V, *lit.* (a) "Idioma del contrato y de los otros documentos".

CAPÍTULO 7

EL CONTRATO DE SUB-FRANQUICIA

Los acuerdos de franquicia principal internacional no se realizan normalmente en forma de contrato celebrado por tres partes. La estructura a tres niveles o grados se obtiene usualmente mediante dos contratos distintos: el contrato de franquicia principal entre el franquiciador y el sub-franquiciador y el contrato de sub-franquicia entre el sub-franquiciador y el sub-franquiciado¹. De este modo el sub-franquiciador es quien selecciona normalmente a los futuros sub-franquiciados de la red y quien firma un contrato de sub-franquicia con cada uno de ellos. Sin embargo hay también casos en que el franquiciador identifica a posibles sub-franquiciados y exige al sub-franquiciador que firme contratos de sub-franquicia con las personas o entidades identificadas². El punto de disputa es la medida en que el franquiciador puede influenciar, o incluso controlar, la selección de los sub-franquiciados y la redacción de los contratos de sub-franquicia.

Es característico de la franquicia que el franquiciador, por medio del sub-franquiciador y los sub-franquiciados, intente reproducir en el país anfitrión un concepto comercial que ha demostrado tener éxito en su país natal. Es natural que el franquiciador quiera que la reproducción se ciña lo más posible al original. Las razones para esto incluyen no sólo el hecho de que la red de franquicia que se establezca utilice marcas que pertenezcan a, y sean identificables con, el franquiciador y el hecho de que un sistema que ha demostrado ya ser exitoso tendrá mayores posibilidades de éxito, sino también el hecho de que los miembros del personal del franquiciador encargados de las operaciones estarán familiarizados con la estructura del sistema de franquicia dondequiera que se sitúe la red, lo cual puede ser de

¹ Véase, en general, Capítulo 2 "Naturaleza y Alcance de los Derechos otorgados y de la Relación de las Partes".

² Véase Capítulo 2, Sección E "La estructura a tres niveles de los acuerdos de franquicia principal"

considerable importancia si el franquiciador tuviera alguna vez que encargarse de la dirección de una red.

El contrato de franquicia principal y los contratos de sub-franquicia deben ser incluidos entre las herramientas de importancia para ayudar al franquiciador a conseguir una reproducción de su concepto de franquicia. De este modo, el contrato de franquicia principal puede imponer una obligación al sub-franquiciador de utilizar contratos de sub-franquicia tipo que sean más o menos idénticos al contrato de franquicia de unidad tipo que el franquiciador utiliza en su propio país, con la diferencia de haber sido traducido al idioma del país anfitrión.

En muchos casos, sin embargo, no es ni posible ni apropiado, por razones legales, económicas, culturales u otras, simplemente traducir el contrato de unidad tipo del franquiciador. El contrato debe por necesidad adaptarse a las exigencias locales. Estas adaptaciones del contrato reflejarán los cambios al sistema que se exigen para introducirlo en el país anfitrión. Está claro que no será posible que el franquiciador acepte cambios a su sistema que modifiquen la naturaleza de la relación entre las partes. El franquiciador no podrá aceptar por tanto que sólo la marca y/o la imagen comercial permanezcan idénticas a las del sistema original, pues la relación no sería ya reconocible como franquicia. Puede que sin embargo haya de permitir que se hagan modificaciones substanciales al sistema para asegurar su éxito en el país anfitrión. Como el franquiciador ha de poder controlar qué cambios se introducen con el fin de proteger sus derechos, también habrá de tener un cierto control sobre la redacción de los contratos de sub-franquicia, siendo la única cuestión la medida de este control.

Un franquiciador por lo tanto tendrá básicamente dos opciones a su disposición:

- ◆ el franquiciador puede obligar al sub-franquiciador a utilizar su contrato de franquicia de unidad tipo y puede exigir conformidad con todas sus estipulaciones a menos que entren en conflicto con leyes, costumbres, o prácticas comerciales obligatorias del país anfitrión, siendo esencialmente el sub-franquiciador responsable únicamente de la traducción del contrato y de los documentos anexados; o
- ◆ el franquiciador puede proporcionar una estructura básica para el contrato, incluyendo algunas disposiciones obligatorias, pero dejar la redacción efectiva del contrato de sub-franquicia tipo al sub-franquiciador.

No hay reglas fijas sobre cuándo y cómo deberían utilizarse cada uno de estos métodos. Esto dependerá de algunos factores, que incluyen:

- ◆ la madurez del sistema y la experiencia del franquiciador;
- ◆ la experiencia comercial y solidez financiera del sub-franquiciador;
- ◆ la complejidad del sistema;
- ◆ la confianza que el franquiciador tenga en la capacidad del sub-franquiciador;
- ◆ la distancia en términos geográficos, culturales, económicos y legales entre el país del franquiciador y el país anfitrión; y
- ◆ el nivel de conocimiento de la franquicia que exista en el país anfitrión en general y dentro de su comunidad jurídica en particular.

Todos estos factores tienen que tenerse en cuenta en el momento de al elegir el método de redacción apropiado.

A. PRIMERA OPCIÓN: CONFORMIDAD CON LAS ESTIPULACIONES DE UN CONTRATO TIPO PRESCRITO

Como anteriormente se indicó, muchos franquiciadores prefieren que las cláusulas del contrato tipo que va a utilizarse en el país anfitrión sean exactamente las mismas que las del contrato tipo que ellos han proporcionado. En tales casos, será normalmente el sub-franquiciador quien estará obligado, a su propia costa, a asegurar la traducción del contrato foráneo al idioma local. Con el fin de garantizar una absoluta correspondencia de la traducción con el contrato original, el franquiciador comúnmente añadirá las siguientes obligaciones al contrato de franquicia principal:

- ◆ cualesquiera alteraciones o enmiendas que desee realizar el sub-franquiciador deben ser aprobadas por el franquiciador;
- ◆ el sub-franquiciador no puede utilizar la versión traducida sin aprobación previa escrita del franquiciador;
- ◆ el sub-franquiciador debe comprometerse a no alterar o enmendar la versión traducida sin previa consulta con, y el consentimiento escrito de, el franquiciador;
- ◆ el sub-franquiciador debe comprometerse a que cada uno de sus futuros sub-franquiciados cumplirán el contrato de sub-franquicia tipo acordado;
- ◆ el sub-franquiciador debe comprometerse a que los sub-franquiciados operarán en total conformidad con su contrato de sub-franquicia y a que exigirá conformidad con los términos de los

contratos de sub-franquicia, incluso mediante acción legal en caso de ser apropiado o necesario³; y

- ◆ el sub-franquiciador debe comprometerse a que todos sus sub-franquiciados cumplan los criterios de admisión entonces vigentes con respecto a
 - ◇ cualidades personales,
 - ◇ experiencia comercial afín, y
 - ◇ solidez financiera.

Un franquiciador que elija esta primera opción debería considerar que la mera imposición de una versión traducida del contrato de franquicia de unidad original puede contravenir reglas legales obligatorias y/o prácticas comerciales y/o costumbres culturales del país anfitrión. El franquiciador debería por tanto mostrar flexibilidad con respecto a las solicitudes del sub-franquiciador de adaptación del contrato de sub-franquicia. Esto no significa que el sub-franquiciador debiera ser completamente libre de adaptar el contrato de sub-franquicia, y por consiguiente de modificar el contrato adaptado, sin el consentimiento del franquiciador. Incluso cuando el sub-franquiciador proponga adaptaciones o enmiendas que juzgue necesarias para que el contrato se ajuste a las leyes, costumbres y prácticas comerciales del país anfitrión, debería proporcionarle al franquiciador información que justifique las adaptaciones o enmiendas que propone. Además, al franquiciador se le podría aconsejar llegar a un acuerdo con el sub-franquiciador en cuanto a los criterios de calificación de los sub-franquiciados, ya que los criterios que el franquiciador aplique en su país de origen pueden no ser apropiados en el país anfitrión, pueden de hecho dificultar el desarrollo del sistema de franquicia⁴. Si el franquiciador desea imponer ciertos criterios de admisión al sub-franquiciador, éstos debieran ser razonables, apropiados para el sistema y para el país anfitrión, así como aceptables para el sub-franquiciador⁵.

Hay franquiciadores que desean aprobar los contratos de sub-franquicia particulares, mientras otros en cambio sólo solicitan una copia a efectos de control. Hay sin embargo franquiciadores que extienden su control más allá del contrato a los franquiciados mismos y por lo tanto establecen que deberían aprobar cada posible sub-franquiciado. En algunos casos podría ser factible que el franquiciador conservase el

³ Véase Capítulo 6, "El Papel del Sub-franquiciador".

⁴ Véase Capítulo 6, Sección D "Obligaciones operacionales".

⁵ Véase Capítulo 6, *cit.*

derecho de aprobar el contrato y/o el sub-franquiciado, pero en la mayoría de los casos el franquiciador probablemente no estará en situación de ejercer tales derechos. Engorrosos procedimientos de aprobación de esta naturaleza pueden de hecho ser un obstáculo para el desarrollo dinámico de un sistema en el país anfitrión. Podrían además suponer un riesgo no deseado de responsabilidad para el franquiciador.

Lo que debería quizás tenerse presente, es que si un franquiciador ha decidido expandir su sistema por vía de franquicia principal, la principal razón es invariablemente que el franquiciador no pudo, o no quiso, invertir sus propios recursos financieros o utilizar su propio personal en el mercado extranjero en cuestión y por lo tanto decidió dejárselo a un sub-franquiciador. Como es el sub-franquiciador quien soporta el principal riesgo económico en cuanto al desarrollo del sistema en el país anfitrión, parecería razonable transferir responsabilidad al sub-franquiciador a todos los niveles posibles, incluyendo la redacción de los contratos de sub-franquicia.

B. SEGUNDA OPCIÓN: PRESCRIPCIÓN DE UNA ESTRUCTURA ESPECÍFICA INCLUYENDO ALGUNAS DISPOSICIONES OBLIGATORIAS

La segunda opción puede en muchos casos ser la más apropiada. Es menos rígida y de este modo da al sub-franquiciador más libertad para establecer un contrato tipo. En este caso el franquiciador puede prescribir una estructura específica que considere razonable y un número de disposiciones obligatorias que considere necesarias para transmitir el sistema, para proteger su *know how* y derechos de la propiedad intelectual y también para garantizar la uniformidad de la red de franquicia.

El franquiciador puede exigir que se incluya, o se trate, lo siguiente en el contrato de sub-franquicia tipo del sub-franquiciador:

- ◆ una descripción general del sistema de franquicia;
- ◆ una indicación del preciso alcance de los derechos otorgados en el contrato de sub-franquicia;
- ◆ una descripción del territorio en que se aplica el contrato (de ser aplicable);
- ◆ listas de los derechos y obligaciones del sub-franquiciador y el sub-franquiciado;
- ◆ disposiciones relativas tanto a la formación inicial como continua, con indicaciones de la duración, ubicación y partes integrantes de la formación;

- ◆ disposiciones relativas a la supervisión de sub-franquiados en general y al control de calidad en particular;
- ◆ disposiciones que exijan un intercambio regular de experiencia entre los miembros de la red, inclusive mediante la organización de encuentros de sub-franquiados y por otros medios de comunicación continua (los cuales podrían incluir la constitución de un consejo de sub-franquiados);
- ◆ disposiciones relativas a la protección y control del uso de las marcas, *know-how* y otros derechos de la propiedad intelectual, incluyendo una declaración general de que el sistema, las marcas y otros derechos de la propiedad intelectual pertenecen al franquiciador;
- ◆ disposiciones relativas a la implementación de cambios en el sistema;
- ◆ disposiciones relativas a las cuotas de franquicia tanto iniciales como continuas;
- ◆ disposiciones que contengan normas sobre la presentación de informes, sobre la realización de pagos y relativas a los derechos de control;
- ◆ disposiciones que exijan conformidad con las leyes locales, las cláusulas del contrato de franquicia y el/los manual/es;
- ◆ disposiciones que exijan un seguro (mínimo), y relativas a indemnización;
- ◆ disposiciones relativas a cuestiones de promoción y publicidad;
- ◆ convenios de confidencialidad y no competencia durante y con posterioridad a la vigencia del contrato;
- ◆ normas sobre cesión;
- ◆ disposiciones relativas al incumplimiento del acuerdo por el sub-franquiado y posiblemente por el sub-franquiador;
- ◆ disposiciones respecto a la duración, renovación y rescisión del acuerdo (incluyendo cesión al franquiciador); y
- ◆ disposiciones que traten cuestiones de jurisdicción (incluyendo arbitraje, mediación y conciliación);

La relativa libertad del sub-franquiador no excluye que el franquiciador pueda establecer en el contrato de franquicia principal que:

- ◆ desea aprobar la versión final del contrato de sub-franquicia tipo;
- ◆ el sub-franquiador no debería desviarse de o enmendar el contrato de sub-franquicia tipo aprobado sin previa consulta con, o posiblemente el consentimiento escrito de, el franquiciador;
- ◆ cada sub-franquiado debería firmar un contrato de sub-franquicia tipo antes de empezar a dirigir una unidad; y que

- ◆ debería recibir una copia de cada contrato de sub-franquicia firmado, no con el fin de aprobarlo, sino simplemente para registro.

Además, las otras exigencias indicadas anteriormente en relación con la primera opción podrían también incluirse en el contrato de franquicia principal.

El franquiciador puede prescribir el uso, y posiblemente incluso la redacción específica, de ciertas disposiciones claves, tales como:

- ◆ las disposiciones que regulen el uso obligatorio de las marcas, el *know how* y otros derechos de la propiedad intelectual, incluyendo aquellas sobre cómo suministrar servicios, sobre cómo preparar o manufacturar los bienes y sobre otros estándares de calidad;
- ◆ las disposiciones concernientes al uso de todo material de publicidad suministrado por el franquiciador;
- ◆ las disposiciones concernientes a la propiedad de, y derecho de autor en, el/los manual/es (incluida la propiedad de, y el derecho de autor en, la traducción del/de los manual/es al idioma local) ;
- ◆ las disposiciones concernientes a la confidencialidad de todas las partes integrantes del sistema de franquicia y las relativas a la ejecución de estas disposiciones; y
- ◆ las disposiciones que exijan conformidad por parte de los sub-franquiciados con todas las leyes aplicables, reglamentos y otras exigencias de las autoridades en el país anfitrión.

A las partes se les recomienda que incluyan en los contratos de sub-franquicia una o más disposiciones que ilustren lo que ocurrirá cuando el contrato de franquicia principal llegue a su fin como resultado de la expiración de su término o porque se rescinda⁶. Se puede recordar que las alternativas incluyen la rescisión automática de los contratos de sub-franquicia, la cesión de los contratos de sub-franquicia al franquiciador, y el ejercicio de una opción por parte del franquiciador de seleccionar a los sub-franquiciados con quienes desee continuar relaciones⁷. Sobra decir que ambas partes del contrato de franquicia principal deberían considerar cuidadosamente si la solución adoptada es viable de acuerdo a las condiciones locales.

6 Véanse Capítulos 15 "Acciones en Caso de Incumplimiento" y 16 "La Terminación de la Relación y sus Consecuencias".

7 Véanse Capítulos 15 y 16, *cit.*

C. CONFORMIDAD DEL CONTRATO DE SUB-FRANQUICIA CON LAS LEYES DEL PAÍS ANFITRIÓN

Es evidente que un franquiciador nunca podría forzar a un sub-franquiciador a redactar y utilizar un contrato de sub-franquicia que de alguna manera infrinja las leyes y reglamentos del país anfitrión, o que provocaría que los sub-franquiciados violaran tales leyes. Como el franquiciador normalmente no está suficientemente familiarizado con las leyes del país anfitrión, recae sobre el sub-franquiciador clara y abiertamente indicar qué cláusulas del contrato de sub-franquicia tipo propuesto por el franquiciador en su opinión infringen leyes locales y discutir posibles alternativas con el franquiciador. Un franquiciador sensato debería estar abierto a tal discusión, también en vista del hecho de que naturalmente debería exigir al sub-franquiciador que garantice que el contrato de sub-franquicia tipo cumpla con todas las leyes locales. Esto no significa que el sub-franquiciador deba aprovecharse de esta situación para eliminar todas las cláusulas del contrato que no le gusten. Debería respetar el objetivo, y el derecho, del franquiciador de salvaguardar la identidad del sistema licenciado también por medios contractuales. El franquiciador y el sub-franquiciador deberían basar sus negociaciones en el objetivo común de facilitar la expansión de la red por medio de un contrato de sub-franquicia tipo que se ajuste a las circunstancias legales y sociales locales, manteniendo al mismo tiempo la identidad general de la red. El franquiciador podría por consiguiente insistir en imponer específicas cláusulas contractuales "obligatorias" en algunos países aceptando acuerdos contractuales menos rígidos en otros.

Se debería observar que las negociaciones en que el sub-franquiciador tiene que luchar para obtener el consentimiento del franquiciador para que todas y cada una de las modificaciones que considera necesarias o apropiadas para cumplir las exigencias locales conducirán muy pronto a una relación de confrontación. Esto no es un buen augurio para la colaboración entre las partes y también aumenta considerablemente los costes legales iniciales de ambas partes.

D. EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE SUB-FRANQUICIA

Una cosa es obligar a un sub-franquiciador a utilizar un tipo contractual específico al inicio de una relación, y otra muy distinta es garantizar su uso y ejecución permanente a través de los años. Cuanto más

grande sea la distancia entre la oficina central del franquiciador y el territorio del sub-franquiciador, más tiene el franquiciador que fiarse de y confiar en el sub-franquiciador para hacer cumplir las obligaciones de los sub-franquiciados de acuerdo con los contratos de sub-franquicia⁸.

Aunque un franquiciador generalmente tendrá la posibilidad de rescindir un contrato de franquicia principal por infracción si el sub-franquiciador no hace cumplir los contratos de sub-franquicia, puede recurrir a otras acciones distintas a la rescisión. Se incluye, por ejemplo, la reclamación de compensación monetaria del sub-franquiciador. El último puede desde luego a cambio reclamar compensación de los sub-franquiciados incumplidores.

Los sub-franquiciados sin embargo no se encuentran solos respecto al cumplimiento de los contratos de sub-franquicia. Bien puede suceder que un sub-franquiciador (usualmente por falta de fondos) no cumpla adecuadamente sus deberes según los contratos de sub-franquicia. Si, en tales casos, los sub-franquiciados dejaran de pagar las regalías, o simplemente dirigieran negocios fuera del sistema de franquicia, la red del sub-franquiciador podría rápidamente quedar aparte. Como esto dañaría la reputación del franquiciador en todas partes, y no sólo en ese país concreto, parecería ser recomendable que el franquiciador obligara a sus sub-franquiciadores a proporcionar a todos sus sub-franquiciados una dirección del franquiciador a la que puedan dirigir sus quejas. Sería del mayor interés para la red en general que el franquiciador tomara seriamente las quejas de los sub-franquiciados e hiciera todos los esfuerzos para garantizar que el sub-franquiciador cumpla con los contratos de sub-franquicia.

E. COMUNICACIÓN CON Y MEJORAS EN EL SISTEMA PROPUESTAS POR LOS SUB-FRANQUICIADOS

Las mejoras al sistema son propuestas no sólo por el franquiciador y el sub-franquiciador, sino también por los sub-franquiciados⁹. Los sub-franquiciados se encuentran cerca de los clientes y por lo tanto ellos son los primeros en darse cuenta de qué mejoras podrían ser exigidas por el mercado. Por lo tanto normalmente presentarán sugerencias y solicitudes a las que el sub-franquiciador y el franquiciador deberían responder. Es por esta razón que debería aconsejarse al franquiciador el obligar a sus sub-

⁸ Véanse Capítulos 6, 15 y 16, *cit.*, para un completo tratamiento de esta cuestión.

⁹ Véase Capítulo 12 "Cambios en el Sistema".

franquiciadores a garantizar que haya una comunicación constante, y un intenso intercambio de opiniones y experiencias, con los sub-franquiciados. También sería recomendable que el sub-franquiciador organice reuniones periódicas de los sub-franquiciados de la red. El sub-franquiciador debería animar a sus sub-franquiciados a atreverse con propuestas de mejora, pero también debería asegurarse de que no las implementen sin la previa aprobación del franquiciador. Re caerá sobre el sub-franquiciador el obtener esta aprobación previa. Además sería aconsejable que el contrato de sub-franquicia contenga reglas sobre cómo deben integrarse en el sistema de franquicia las mejoras sugeridas por los sub-franquiciados. Ni que decir tiene, estas reglas deben cumplir con la legislación del país concernido y las soluciones diferirán por tanto de país a país. Las opciones disponibles son en primer lugar, que tales mejoras se transfieran completamente al franquiciador (con o sin compensación), y, en segundo lugar, que sean licenciadas al sub-franquiciador o al franquiciador, concediéndose o sin que se conceda exclusividad pero conservándose la propiedad por el sub-franquiciado. Permitir a los sub-franquiciados conservar la propiedad de las mejoras que han ideado y que han sido introducidas en el sistema de franquicia animará a los sub-franquiciados a atreverse con sus ideas. El ofrecer una compensación apropiada o el instituir un sistema para la recompensa de tales iniciativas sería también un incentivo¹⁰.

F. ELECCIÓN DEL FORO Y ELECCIÓN DE DERECHO

La elección de derecho no es normalmente una cuestión para los contratos de sub-franquicia, pues éstos se celebran normalmente entre partes que operan en el mismo territorio nacional. Sin embargo hay casos en que un sub-franquiciador tiene sub-franquiciados en varios países, o en diversos estados de un Estado federal. En estos casos es altamente probable que se apliquen diferentes derechos. Esta situación se parece a la de un franquiciador con sub-franquiciadores en diferentes países. Cuando un sub-franquiciador elige el derecho que propone que debería aplicarse, podría por tanto tomar en consideración los mismos elementos que un franquiciador en una situación internacional¹¹. En cualquier caso es aconsejable ajustar la elección de derecho y la elección de foro a la situación.

¹⁰ Véase Capítulo 12, *cit.*

¹¹ Véase Capítulo 17 "Derecho Aplicable y Resolución de Conflictos".

El franquiciador normalmente no influirá la política del sub-franquiciador en relación con la cláusula de elección de foro de los contratos de sub-franquicia. El franquiciador puede sin embargo tener interés en que no se haga público cualquier litigio concerniente a su sistema y podría por tanto preferir mantener cualesquiera controversias fuera del sistema judicial nacional. Sin embargo no es una conclusión inevitable que el franquiciador pueda, o de hecho deba, obligar a sus sub-franquiciadores en cada país a prescribir el uso del arbitraje en sus contratos de sub-franquicia. El franquiciador y el sub-franquiciador deberían llegar a un acuerdo sobre el método de resolución de conflictos más apropiado, después de haber dado debida consideración a todas las diferentes posibilidades, mediación incluida. En países donde la franquicia sea un método comercial relativamente desconocido y donde los tribunales nacionales puedan tener dificultades al tratar cuestiones de franquicia, el arbitraje podría ser la mejor alternativa, siempre cuando se pueda acceder a él a un coste razonable y si los laudos arbitrales pueden ser fácilmente ejecutados.

[<Volver al Índice>](#)

CAPÍTULO 8

LA PUBLICIDAD Y EL CONTROL DE LA PUBLICIDAD

El hecho de que la publicidad juegue un papel importante en asegurar el éxito de un sistema de franquicia no debería sorprender. En esto, la franquicia no es diferente de otros, más tradicionales tipos de negocio. Para la franquicia internacional, como para otros negocios, un problema fundamental es que, con la excepción de los sistemas con marcas famosas, el prestigio e imagen pública del sistema deben desarrollarse a partir de cero. Este puede desde luego en alguna medida ser el caso también en la franquicia puramente nacional, especialmente en países grandes donde una operación franquiciada puede no ser bien conocida en todas las regiones del país, pero es mucho más probable en la franquicia transfronteriza.

El valor y la importancia de la publicidad y la promoción en el desarrollo del prestigio y la imagen pública de un sistema no pueden negarse. Por lo tanto franquiciadores y franquiciados comparten un interés en mantener un grado de estandarización de los programas publicitarios y promocionales. Esto es igualmente importante en los contextos nacional e internacional, incluso si ello plantea una serie de cuestiones adicionales en el último. La primera de estas cuestiones es probable que se refiera al proceso de "desarrollo a partir de cero". Lo que se exija en este proceso variará de país a país y dependerá de las condiciones sociales y económicas. En algunos países, por ejemplo, puede ser necesario crear una conciencia del consumidor cuando antes existía poca o no existía. En tales casos el franquiciador y el sub-franquiciador deben llegar a un claro entendimiento en cuanto a quien soportará la carga de hacerlo, en términos de recursos humanos así como económicos. Un futuro sub-franquiciador debería normalmente estar dispuesto a aceptar la obligación de introducir el sistema de franquicia en el país, a menos que el franquiciador haya indicado específicamente que está dispuesto a hacerlo. Como los costes implicados podrían exceder con mucho cualquier beneficio que el franquiciador pudiera derivar de la red en el país concernido, el franquiciador podría de hecho no tener la voluntad de asumir esta tarea.

La importancia de la publicidad para el éxito del sistema de franquicia es tal que es natural que el franquiciador desee ejercer cierto control. Los principales objetivos de controlar la manera en que el sistema de franquicia se anuncia en el extranjero son primero, la estandarización global de la imagen del sistema de franquicia que se proyecta a posibles clientes, y segundo, la protección en los otros países de las marcas exclusivas (las marcas y otros derechos de la propiedad intelectual similares) utilizados en el sistema de franquicia. También se debería reconocer un tercer objetivo, evitar en la máxima medida posible la publicidad falsa o engañosa. Mientras esto es comúnmente aceptado como un propósito legítimo en la franquicia nacional, hasta la fecha ha sido considerado menos a menudo en el contexto internacional. Esto ciertamente cambiará en el futuro. Además, es probable que el franquiciador esté menos familiarizado que el sub-franquiciador con los entornos legal y cultural del país del sub-franquiciador y las cuestiones que puedan surgir en relación con eso. Esto usualmente conduce a que se imponga una obligación al sub-franquiciador de vigilar las actividades de los sub-franquiciados también en asuntos de publicidad.

Al esforzarse por estandarizar la imagen del sistema que se proyecta a los posibles clientes, los sub-franquiciadores y los sub-franquiciados tratan de preservar y cultivar el prestigio del sistema de franquicia ante el público, así como estructurar el sistema de tal manera que se concedan derechos de publicidad similares, y se impongan obligaciones de publicidad similares, dondequiera que el sistema se desarrolle. Cuando protejan sus marcas exclusivas en mercados extranjeros, los franquiciadores necesitarán proteger sus derechos también en lo que respecta a la traducción de las marcas al idioma local¹. La inclusión en los contratos de franquicia internacional de disposiciones tales como las descritas más abajo puede ser de ayuda en la consecución de estos objetivos.

A. APROBACIÓN Y UTILIZACIÓN DE MATERIALES PUBLICITARIOS

En la franquicia principal las partes tienden a delegar en el sub-franquiciador un gran número de las responsabilidades del franquiciador también en cuanto respecta a la publicidad, pero los franquiciadores por lo general conservan el control decidiendo a nivel general cómo debería

¹ Véase *infra*, Sección B "Traducciones". Sobre los Derechos de Propiedad Intelectual en general, véase Capítulo 10 "Propiedad Intelectual" y 11 "Know How y Secretos Comerciales".

dirigirse la publicidad internacional. En la determinación de la medida en que el franquiciador controlará el modo de anunciarse el sistema en el extranjero, consideraciones importantes son si el franquiciador proporcionará él mismo todos los materiales publicitarios utilizados por el sub-franquiciador y los sub-franquiciados, si en cambio simplemente aprobará los materiales publicitarios utilizados por ellos, o si dará pautas o estándares que se les exigirá que sigan al desarrollar sus propios materiales publicitarios locales.

Mientras muchos franquiciadores preferirían conservar un control absoluto sobre la publicidad de sus franquiciados, en primer lugar suministrando todos los materiales publicitarios y posteriormente controlando su uso por parte de los franquiciados, la mayoría de los franquiciadores encuentran esta opción demasiado incómoda para ser práctica en la franquicia transfronteriza. Los sub-franquiciadores y sub-franquiciados se resistirán además a tan riguroso control por parte del franquiciador. En la práctica, una mayoría de franquiciadores y sub-franquiciadores estarán de acuerdo en que o bien el franquiciador apruebe los materiales publicitarios, o el franquiciador proporcione pautas o estándares que se espera que sigan los sub-franquiciadores al desarrollar sus propios materiales publicitarios locales.

I. APROBACIÓN DE TODOS LOS MATERIALES

Si el franquiciador debe aprobar todos los materiales publicitarios utilizados por los sub-franquiciadores, habrá que tomar una decisión en cuanto a si el franquiciador debería tener derecho de pre-aprobación o derechos de post-aprobación. En el caso de los derechos de pre-aprobación se exigirá a los sub-franquiciadores que presenten todos los materiales publicitarios que desarrollen al franquiciador para aprobación antes de su uso. Todo material de este tipo estará sujeto a revisión y a renovación de la aprobación por parte del franquiciador a intervalos determinados. Alternativamente, un franquiciador puede exigir a los sub-franquiciadores extranjeros que presenten todos los materiales publicitarios que desarrollen dentro de un cierto período de tiempo después de que comiencen a utilizar tales materiales. Este último tipo de exigencia se acompaña normalmente de una disposición en el contrato que permite al franquiciador rechazar cualesquiera materiales presentados y que exige a los sub-franquiciadores que cesen de utilizar todo material no aprobado inmediatamente. En ambos casos, las presentaciones se hacen de ordinario tanto en el idioma local como en el idioma del franquiciador. Frecuentemente se establece que el rechazo del franquiciador está sujeto a un término: si el franquiciador no ha respondido en un determinado período de tiempo, se supone la aprobación.

II. PROPORCIONAR PAUTAS O ESTÁNDARES PUBLICITARIOS

Un franquiciador que proporcione pautas o estándares para ayudar a los sub-franquiciadores extranjeros en el desarrollo de sus propios materiales publicitarios tiene varias cuestiones que considerar. Estas cuestiones incluyen:

- ◆ cómo deben identificarse las pautas o estándares (por ejemplo, si se deben describir en el contrato de franquicia internacional o en el manual de operaciones del sistema);
- ◆ si se exigirá a los sub-franquiciadores que preparen planes de mercadotecnia periódicos;
- ◆ cuando se exija a los sub-franquiciadores que preparen planes de mercadotecnia, si tales planes deben presentarse al franquiciador;
- y
- ◆ cuando se exija a los sub-franquiciadores que presenten planes de mercadotecnia, si el franquiciador debe aprobar los planes, o si el franquiciador y el sub-franquiciador simplemente discutirán los planes juntos.

Además, las partes deberían tener presente que, mientras los planes de mercadotecnia normalmente indican los objetivos que las partes esperan cumplir, sólo muy raramente se logran estos objetivos completamente. Los franquiciadores y sub-franquiciadores prudentes redactan por lo tanto disposiciones sobre publicidad que prevén la posibilidad de que los planes de mercadotecnia puedan no ser cumplidos y que identifican un medio por el que el éxito o fracaso general de un plan de mercadotecnia puede ser calculado.

B. TRADUCCIONES

Una segunda decisión importante que se debería tomar en las etapas iniciales de la expansión en el extranjero de un sistema de franquicia concierne a cuándo y cómo se traducirán los materiales publicitarios al idioma extranjero. Las partes han de decidir si el franquiciador traducirá los materiales publicitarios al idioma local antes de dárselos al sub-franquiciador, o si el franquiciador dará al sub-franquiciador material publicitario en su propio idioma y luego exigirá al sub-franquiciador que traduzca los materiales. Si se exige al sub-franquiciador que proporcione la traducción de los materiales, se debería tomar una decisión en cuanto a quién debería pagar por la traducción².

² Véase Capítulo 1, Sección B, Sub-Sección V *lit* (a) "Idioma del contrato y de los otros documentos" y Capítulo 6, Sección E "Idioma".

Los franquiciadores a menudo prefieren dar a los sub-franquiciadores materiales publicitarios y promocionales traducidos, pues aquellos que exigen a los sub-franquiciadores que proporcionen la traducción de los materiales corren el importante riesgo de perder derechos exclusivos respecto a tales traducciones en el país en cuestión.

A los franquiciadores que exijan a los sub-franquiciadores que traduzcan materiales sería bueno aconsejarles que les exijan presentar tales traducciones para su aprobación final, ya sea previa a, o simultánea con, su utilización efectiva de los materiales. De este modo el franquiciador conservará alguna influencia sobre la manera en que la publicidad para el sistema aparece en la traducción en el extranjero. Con el fin de proteger sus derechos respecto a los materiales traducidos, también se debería aconsejar a los franquiciadores que exijan a los sub-franquiciadores, así como a cualesquiera sub-contratistas a quienes los sub-franquiciadores hayan confiado las traducciones, que celebren contratos otorgando todos los derechos exclusivos en las traducciones al franquiciador. En tales casos debería concluirse un contrato a este efecto antes de la traducción de los materiales.

Finalmente, los franquiciadores deberían considerar si quieren que sus marcas se traduzcan al idioma local para su utilización en los materiales publicitarios que van a ser utilizados en ese territorio. Los franquiciadores que opten por traducir sus marcas conservarán con toda probabilidad los derechos de propiedad sobre la traducción. Las partes también habrán de determinar quien debería soportar el coste de registrar la traducción como marca en el país del sub-franquiciador.

El término "traducción" se limita casi siempre a la traducción técnica de palabras y frases de un idioma a otro. Sin embargo se debe reconocer que, especialmente cuando el negocio franquiciado supone la venta de bienes o la prestación de servicios a gran número de clientes particulares, hay también una dimensión cultural en el proceso de traducción.

C. CONSIDERACIONES FINANCIERAS

I. FUENTES DE INGRESOS PARA GASTOS DE PUBLICIDAD

Los ingresos disponibles para gastos de publicidad se generan normalmente, pero no exclusivamente, de la dirección de las unidades de franquicia por los sub-franquiciados. La gama normal de fuentes de tales ingresos incluyen:

- ◆ una suma de dinero que se exige al sub-franquiciador que pague y que se calcula como un porcentaje de los ingresos brutos del sub-franquiciado de una manera bastante similar a como se calcula la cuota periódica de franquicia. Las sumas recibidas de los sub-franquiciados se gastan en publicidad y promoción;
- ◆ las cuotas periódicas de franquicia, incluyendo el franquiciador o sub-franquiciador los gastos de publicidad dentro de la cuota periódica de la franquicia y comprometiéndose a gastar no menos de un porcentaje mínimo de tales cuotas en publicidad y promoción;
- ◆ otras fuentes, comprometiéndose el franquiciador o el sub-franquiciador a dedicarse a la publicidad y promoción en la medida que considere adecuada sin recaudar una aportación o asignar una suma fija con tal propósito. Un ejemplo de esta opción es cuando el franquiciador o sub-franquiciador es un fabricante que es ya un sólido anunciante por su propia cuenta y los miembros de la red se beneficiarán inevitablemente de sus actividades publicitarias³.

II. REPARTO DE COSTES

Una vez que se han determinado los medios mediante los que deben alcanzarse los objetivos de la estandarización global de la imagen de la red de franquicia y la protección en el extranjero de las marcas exclusivas utilizadas con el sistema, la última gran cuestión a considerar por las partes es quién debería soportar los costes de publicidad.

Las posibilidades disponibles son que el sub-franquiciador deba tener una total responsabilidad económica de la publicidad en su territorio, que el sub-franquiciador deba tener una parte sustancial de tal responsabilidad, pero deba aportar lo que normalmente es un porcentaje bastante pequeño de sus ingresos brutos al franquiciador por la publicidad del franquiciador en el territorio, y que el franquiciador deba tener una total responsabilidad económica de la publicidad en el territorio del sub-franquiciador.

De hacer el sub-franquiciador una aportación a los fondos disponibles del franquiciador, las partes deberían decidir los fines para los que las aportaciones de los sub-franquiciadores puedan o no ser utilizadas por el franquiciador y la manera en que el franquiciador será responsable ante los sub-franquiciadores por los gastos reales hechos. De ser en

³ Respecto a las cuotas por concepto de publicidad véase, Capítulo 4 "Cuestiones Financieras".

cambio el sub-franquiciador totalmente responsable de la publicidad las partes deberían clarificar si los gastos del sub-franquiciador en publicidad local serán abonados contra la(s) cantidad(es) que se exige al sub-franquiciador que gaste en otras actividades publicitarias (como, por ejemplo, aportaciones a un fondo regional de publicidad) y si, y de ser así por qué medios, el franquiciador ha de verificar que el sub-franquiciador haya gastado la cantidad exigida en publicidad local. Este segundo asunto puede ser significativamente más difícil de hacer cumplir para un franquiciador cuyo sistema se haya expandido en el extranjero que en el caso de la franquicia puramente nacional.

Con referencia a la discusión anterior sobre la relación entre franquiciador y sub-franquiciador, se debería observar que se debe afrontar una serie paralela de cuestiones en el contexto de la relación entre el sub-franquiciador y los sub-franquiciados y que estas cuestiones deben ser abordadas en el contrato de sub-franquicia.

III. FONDOS DE PUBLICIDAD

En lugar de establecer un sistema de franquicia internacional que prevea sólo la publicidad local, muchos franquiciadores controlan el modo en que sus sistemas se anuncian en el extranjero estableciendo fondos de publicidad. Estos fondos de publicidad pueden ser específicos para una región o territorio administrativo dentro de un país, nacionales, supranacionales (es decir, abarcar una región geográfica que comprenda más de un país, por ejemplo la Unión Europea), o internacionales, incluyendo dentro de su ámbito algunos países diferentes no necesariamente dentro de la misma región. Los fondos de publicidad se implementan más frecuente y más exitosamente cuando las áreas que comprenden un territorio de franquicia tienen mercados altamente diferenciados y/o están geográficamente distantes.

Se debería observar que en el caso de establecerse fondos de publicidad internacionales, es conveniente que el franquiciador acepte que se introduzca un mecanismo de control en relación con su uso de los fondos, aunque este es un asunto que será negociado por las partes.

a) Términos del acuerdo

Los franquiciadores que exijan a los sub-franquiciadores extranjeros que participen en un fondo de publicidad incluirán normalmente una disposición en el contrato de franquicia internacional que obligue a cada

sub-franquiciador periódicamente a aportar una cantidad muy pequeña de sus ingresos brutos al fondo. Los fondos que se recaudan se gastan en publicidad para el beneficio de los sub-franquiciadores en la región geográfica concreta concernida. El contrato de franquicia contendrá generalmente una cláusula renunciando a que los fondos se gasten en proporción a la aportación de algún sub-franquiciador concreto al fondo y a que algún anuncio específico para el que se utilice el fondo beneficie a algún sub-franquiciador contribuyente concreto.

b) Establecimiento

Los franquiciadores que establezcan fondos de publicidad normalmente o bien gestionarán tales fondos ellos mismos, o establecerán entidades separadas para gestionar las actividades de los fondos. Los franquiciadores que elijan la última opción a menudo crearán fondos de publicidad de tal manera que conserven el derecho a vetar las acciones de los fondos, por ejemplo colocándose a sí mismos en la Junta Directiva de la entidad que gestione el fondo. Un franquiciador puede, sin embargo, optar por delegar esta autoridad en un sub-franquiciador.

c) Otras aportaciones

Además del sub-franquiciador y los propios sub-franquiciados, los fabricantes y los proveedores de la red pueden también contribuir a las actividades publicitarias, de mercadotecnia y promocionales de la red, tanto a un nivel nacional como en lo que respecta a cada unidad particular⁴.

d) Ventajas

Aunque los fondos regionales de publicidad se utilizan relativamente pocas veces en la franquicia internacional, tienen al menos dos ventajas. Una ventaja es que los fondos regionales de publicidad permiten a los sub-franquiciadores alcanzar economías de escala mediante la coordinación de esfuerzos de publicidad y promoción. Una segunda ventaja es que los sub-franquiciadores participantes pueden beneficiarse del uso de una publicidad uniforme o consistente, coordinada así como del acceso a recursos de investigación y producción más sofisticados, que los que de otro modo les estarían disponibles.

⁴ Véase discusión en Capítulo 4 *cit.*

e) Problemas

Se debería hacer notar que puede haber un problema fiscal cuando los fondos ingresados en un fondo de publicidad en un año no se gastan hasta el año siguiente, ya que a efectos fiscales estos fondos van a ser normalmente considerados propiedad de alguna de las partes. En vista de lo anterior, es importante que las partes declaren explícitamente a quién pertenecen los fondos.

D. EL IMPACTO DE LA FRANQUICIA PRINCIPAL

La franquicia principal proporciona al franquiciador la oportunidad de delegar una cantidad importante de decisiones en otros íntimamente relacionados con la expansión internacional del sistema de franquicia. Además, tiende a facilitar el establecimiento de fondos para la publicidad. Esto se refleja más claramente en el hecho de que a un considerable número de sub-franquiciadores a quienes se conceden tanto derechos de desarrollo como operacionales, se les exige que creen un fondo de publicidad, al menos para las propias unidades franquiciadas del franquiciador. Independientemente de si a un sub-franquiciador se le exige que establezca un fondo de publicidad solamente para sus propias unidades, o para sus propias unidades así como para aquellas para las que ha concedido sub-franquicias, el franquiciador frecuentemente conservará el control sobre la publicidad exigiendo que el sub-franquiciador presente planes periódicos de mercadotecnia para su territorio. Además, al sub-franquiciador puede exigírsele que periódicamente justifique y dé cuenta de los gastos del fondo a los sub-franquiciados que contribuyen con el fondo.

Se exigirá una decisión en cuanto al reparto preciso de los fondos entre los gastos exigidos para la publicidad local y los necesitados para la red internacional en general. Además, es necesaria la coordinación entre las actividades publicitarias y promocionales que afecten a la red en general y de las cuales el franquiciador tendrá la principal responsabilidad, la publicidad a nivel regional o nacional de la que el sub-franquiciador será responsable (también por causa de su conocimiento del mercado local y de su capacidad para adaptar cualesquiera programas o materiales a las exigencias locales) y la publicidad local de la cual el sub-franquiciado tendrá la responsabilidad. Los diferentes niveles de autorización que son necesarios habrán de ser considerados y determinados. Así, por ejemplo,

la cuestión de si la publicidad local ideada por el sub-franquiciado exigirá la aprobación tanto del sub-franquiciador como del franquiciador, o si la aprobación del sub-franquiciador solo será suficiente, habrá de ser examinada por las partes.

Finalmente, es necesario considerar los problemas que podrían surgir de haber concedido a algunos sub-franquiciadores franquicias principales en territorios que estén cercanos geográficamente y cuya publicidad por consiguiente no puede verse limitada a sus propios territorios. En algunos casos se concederán varias franquicias principales en un sólo país, especialmente si es un país grande, mientras que en otros casos los sub-franquiciadores podrían estar geográficamente cercanos pero en diferentes países. Incluso si a cada sub-franquiciador se le concede un territorio exclusivo, como por lo general es el caso, las actividades de uno es probable que afecten a los otros, ya que casi nunca es posible asegurar que cada territorio franquiciado sea un mercado segregado a efectos de publicidad. Aun si hay sólo un sub-franquiciador en un país, la creciente viabilidad de la publicidad transfronteriza e incluso global, especialmente mediante la utilización de satélites, subraya la necesidad de reconocer el hecho de que el reparto de responsabilidades, la responsabilidad de las acciones y el reparto de la carga de pagar por la publicidad, pueden exigir un tratamiento más complejo en los acuerdos internacionales que en los nacionales.

[<Volver al Índice>](#)

CAPÍTULO 9

SUMINISTRO DE EQUIPO, PRODUCTOS Y SERVICIOS

La franquicia, cualquiera que sea la forma adoptada, supondrá invariablemente la distribución de productos o servicios a través de las franquicias de unidad. El franquiciador exigirá a menudo que los productos o servicios claves cumplan ciertas especificaciones y estándares bien definidos. Para que una red de franquicia funcione adecuadamente, y con el fin de mantener los estándares de integridad y calidad de cada unidad así como la uniformidad del sistema de franquicia en general, es necesario que los franquiciados tengan un adecuado suministro de estos productos y acceso a los servicios. Es esencial identificar las fuentes de suministro apropiadas de los productos y servicios, a veces de hecho decisiva, para el éxito de la mayoría de redes de franquicia. Sólo una fuente de suministro eficiente permitirá al franquiciador ejercer un control apropiado sobre lo que se suministra, y al mismo tiempo asegurará que los sub-franquiciados tengan un acceso adecuado y eficiente a los productos y servicios que necesiten.

Con el fin de garantizar que los estándares de calidad se mantengan adecuadamente, el franquiciador exigirá a menudo que estos productos o servicios claves se obtengan de proveedores que él haya aprobado. En el contexto internacional es por razones naturales más difícil que el franquiciador apruebe los proveedores locales. Cualquier indicación de un proveedor local se dejará por tanto normalmente al sub-franquiciador local. Alternativamente, el franquiciador puede disponer el suministro de productos o servicios a los sub-franquiciados bien directamente o, como es más probable, a través del sub-franquiciador.

Los sub-franquiciados generalmente necesitarán dos clases diferentes de productos o servicios. En primer lugar, necesitarán los productos o servicios, o sus partes componentes, que son distintivos del sistema de franquicia y que pudieran estar protegidos por las leyes de propiedad intelectual. Estos productos o servicios son normalmente los que se ofrecen para su venta a los clientes de los sub-franquiciados. En segundo lugar, necesitarán una amplia variedad de otros productos y servicios, así como equipo, que son esenciales para la dirección de sus operaciones.

Estos productos, servicios y artículos de equipo se utilizan por los propios sub-franquiados y no se revenden a sus clientes.

El suministro por el franquiciador, ya sea directamente o a través del sub-franquiador, de productos o servicios que son únicos al sistema franquiciado puede ofrecer algunas ventajas. En primer lugar, el mantenimiento de los estándares de calidad necesarios puede estar asegurado si los artículos se suministran por el franquiciador, en vez de ser suministrados por un contratista independiente. La uniformidad resultante en los productos o servicios ofrecidos es importante para el mantenimiento de la integridad del sistema de franquicia en conjunto. El franquiciador (y también el sub-franquiador) tiene el deber de controlar la calidad de los productos o servicios que llevan sus marcas, con el fin de mantener tanto la ejecutabilidad de las marcas como los estándares que forman parte esencial del sistema de franquicia. En segundo lugar, si el franquiciador suministra los productos, esto puede asegurar no sólo que los productos estén disponibles, sino también que el precio cobrado por ellos sea razonable y los franquiciados puedan pagarlo. En tercer lugar, el franquiciador puede esperar obtener una ganancia adicional de los productos, servicios o equipo que proporcione a los sub-franquiados.

El suministro de estos productos y servicios puede sin embargo ser incómodo, inconveniente y caro para el franquiciador, en particular considerando el hecho de que el franquiciador y los sub-franquiadores y sub-franquiados de su sistema se encuentran a menudo a grandes distancias unos de otros. Además, pueden surgir cuestiones de justicia a causa de la falta de independencia de las partes. Por lo tanto es más probable que sea el sub-franquiador a quien se le confíe la tarea de proporcionar los productos o servicios requeridos.

Se debería observar que en muchos países la manera de proporcionar los productos o servicios, particularmente de estar una de las partes contractualmente obligada a realizar tales compras al otro, está regulada por ley. Estas normativas generalmente buscan asegurar que las compras se hagan bajo condiciones competitivas y que el comprador sea tratado justamente.

A. NATURALEZA DE LOS PRODUCTOS O SERVICIOS SUMINISTRADOS

Como se indicó anteriormente, los productos o servicios suministrados pueden ser de dos categorías diferentes. En el primer caso pueden ser productos o servicios que se identifiquen con las marcas del sistema y que se ofrecen a los clientes de los sub-franquiados. Tales

productos o servicios son un atributo del sistema y son a menudo únicos para ese concreto sistema de franquicia. La razón por la que son únicos es o bien que el franquiciador utilizará su método exclusivo para su fabricación o realización, o que tienen características que están disponibles sólo dentro de ese sistema de franquicia. Ejemplos de productos de esta naturaleza incluyen artículos de comida, productos del petróleo y partes de equipo.

Por otro lado, el equipo, los productos o servicios pueden ser suministrados como formando parte integrante del sistema de franquicia y que como tales dan a los miembros de la red una ventaja competitiva. En otras palabras, los miembros de la red utilizan el equipo, los productos o servicios para la dirección de las unidades. Una cadena hotelera puede, por ejemplo, tener un único sistema de reservas para todo el sistema que sea dirigido y controlado por el franquiciador o por un solo representante autorizado del franquiciador. En otros casos, los productos o servicios pueden ser aquellos importantes para garantizar que las operaciones de los sub-franquiados se dirijan de acuerdo con los estándares de calidad que identifican al sistema. Ejemplos de tales productos y servicios incluyen su software operativo exclusivo y servicios relacionados de expertos en software, suministros de paquetes, mobiliario, identidad comercial y equipo especial.

El equipo, productos o servicios concernidos pueden a veces no ser exclusivos para el sistema de franquicia, aun siendo generalmente necesarios para la dirección de la operación del franquiciado. Aunque los sub-franquiados pueden normalmente obtener tales productos o servicios de proveedores independientes, el franquiciador o sub-franquiador podría estar en una posición especial para asegurar que estén disponibles a un precio competitivo. Ejemplos incluyen financiación, ayudas publicitarias, servicios de contabilidad, software operativo comercialmente disponible, equipo, suministros, ingredientes o partes componentes y formación. El franquiciador puede proporcionar estos productos y servicios bien mediante la venta, o conforme a contratos de arrendamiento o alquiler. En vista de la disponibilidad general de estos productos y servicios normalmente hay poca necesidad de que el franquiciador los suministre. El franquiciador o sub-franquiador puede no obstante desear hacerlo como una actividad comercial relacionada.

B. FUENTES DE SUMINISTRO

Hay una variedad de acuerdos que el franquiciador puede considerar para el abastecimiento de equipos, productos o servicios a sub-franquiados situados en el extranjero. Como se indicó anteriormente, el

franquiciador puede proporcionar tal equipo, productos o servicios directamente a los sub-franquiados y puede exigir que compren lo que necesiten directamente de él. Alternativamente, el franquiciador puede autorizar o exigir que el sub-franquiador suministre el equipo, productos o servicios. El franquiciador, o el sub-franquiador si así se le autoriza o exige de acuerdo con el contrato de franquicia principal, pueden también nombrar ciertos proveedores aprobados. Es posible que tales proveedores puedan estar afiliados con el franquiciador o sub-franquiador, bien porque sean propiedad del franquiciador o sub-franquiador, o como resultado de un acuerdo entre ellos. Por otro lado, pueden ser completamente independientes y pueden simplemente producir y suministrar los productos designados. El franquiciador puede o no tratar de recibir un pago o comisión de cualquier proveedor independiente que designe como proveedor autorizado¹.

Muchos franquiciadores desarrollan programas de proveedor aprobado que establecen especificaciones para equipo, productos o servicios importantes y que identifican a los proveedores que están autorizados para suministrar esos artículos de equipo, productos o servicios a los sub-franquiados de la red. Tales programas pueden también incluir un procedimiento para la aprobación de proveedores propuestos bien por el sub-franquiador o por un sub-franquiado. La aprobación de los proveedores dependerá normalmente de que satisfagan ciertas condiciones que intentan asegurar tanto la calidad como la disponibilidad del equipo, los productos o servicios.

Cualquiera que sea el método elegido para el suministro del equipo, productos o servicios necesitados, es posible que el franquiciador derive un beneficio económico adicional de ello. El franquiciador puede, por ejemplo, cobrar a los sub-franquiados directamente por el equipo, productos o servicios que suministra, generando así una ganancia adicional. Cuando el equipo, productos o servicios son proporcionados por el sub-franquiador o por otros proveedores independientes, el franquiciador puede recibir regalías o cuotas de consulta de estas partes. En estos casos es necesario considerar la justicia de la compensación total que el franquiciador recibe de todas las fuentes, incluidos los ingresos generados de las propias operaciones de franquicia, de la licencia o transferencia de tecnología de apoyo y del suministro directo de equipo, productos o servicios².

¹ Sobre este último punto, véase Capítulo 4, Sección C, Sub-Sección III "Pagos de Productores o Proveedores".

² Véase Capítulo 4 "Cuestiones Financieras".

C. LA RELACIÓN FRANQUICIADOR/SUB-FRANQUICIADOR

La relación entre un franquiciador en un país y un sub-franquiciador en otro tiene algunas características únicas que pueden influir en el enfoque adoptado por las partes al determinar el método que se debería seguir para el suministro de equipo, productos o servicios por el franquiciador. El sub-franquiciador, en su calidad de sub-franquiciador, no trata con el público directamente, ni dirige unidades que utilicen el mismo equipo, productos o servicios que las franquicias de unidad en el sistema. Las disposiciones de un contrato de franquicia principal que se refieran al suministro de equipo, productos o servicios serán por tanto diferentes de las disposiciones de suministro contenidas en un contrato de sub-franquicia tipo.

Como el sistema de franquicia es nuevo para el país anfitrión cuando al primer sub-franquiciador se le conceden derechos territoriales exclusivos, algunos productos o servicios que sean únicos para el sistema pueden no estar disponibles en ese territorio. El sub-franquiciador puede por lo tanto desear asegurarse del suministro inicial de equipo, productos o servicios que sean esenciales para proporcionar al sistema de franquicia sus características únicas. En esta situación el franquiciador puede también desear abastecer al sub-franquiciador de lo que inicialmente necesite, con el fin de garantizar que la calidad del equipo, productos o servicios se mantenga. El contrato puede por lo tanto establecer que el franquiciador provea todos estos suministros que el sub-franquiciador pudiera necesitar.

Se debería hacer notar, no obstante, que podrían surgir problemas si el franquiciador es el único proveedor de los productos necesarios para la franquicia y, por ejemplo se introducen embargos comerciales o restricciones de cuota inesperadamente. Las partes deberían por tanto prever fuentes alternativas de suministro, para poder así ocuparse de situaciones de emergencia de esta naturaleza.

El franquiciador y el sub-franquiciador preferirán normalmente que los productos y servicios únicos para el sistema sean suministrados de fuentes dentro del país anfitrión, antes que de fuentes situadas en el extranjero, también en vista de los costes extras implicados en el transporte como resultado de la distancia entre los establecimientos del franquiciador en un país y los de los sub-franquiciados en otro. En el caso de los productos los costes del transporte podrían ser sustanciosos. Impuestos y otras complicaciones podrían además surgir cuando los productos cruzan las fronteras del país de destino. Además podría haber necesidad de adaptar los productos a las exigencias del derecho local o a las condiciones del mercado local³.

³ Véase Capítulo 20 "Exigencias Normativas".

El franquiciador y el sub-franquiciador pueden por tanto firmar un contrato detallado que regule la fabricación de los productos esenciales en el país anfitrión. Este contrato será a menudo distinto del contrato de franquicia principal y puede prever un periodo inicial durante el cual el franquiciador suministrará los productos al sub-franquiciador, o incluso a los sub-franquiciados, después del cual, cuando el número de sub-franquiciados haya alcanzado un cierto nivel, el sub-franquiciador se encargará del suministro de los productos. El contrato entre las partes que licencia la fabricación de los productos prevería en este caso la eventual transferencia de la tecnología necesaria, la aplicabilidad de estándares de calidad y el pago de regalías. También contendría cualesquiera otras disposiciones que pudieran normalmente aparecer en un contrato de ayuda técnica relativo a la fabricación de productos.

El sub-franquiciador puede también ser autorizado por el franquiciador a sub-contratar la fabricación de los productos con un proveedor independiente. En este caso el franquiciador exigirá normalmente un documento en el que el fabricante acepte respetar las marcas del franquiciador y se comprometa a utilizar las marcas sólo en la manera aprobada por el franquiciador. De manera similar, el sub-franquiciador puede sub-contratar la prestación de algunos servicios con contratistas independientes.

Alternativamente, las partes pueden acordar el nombramiento de uno o más proveedores independientes que hayan sido aprobados por el franquiciador. El franquiciador mismo podría firmar acuerdos de licencia y fabricación con tales proveedores independientes, en cuyo caso las partes podrían acordar el pago de regalías u otra compensación al franquiciador.

D. REGULACIÓN DE LAS RELACIONES DE SUMINISTRO

Muchos países tratan de evitar abusos que pueden resultar de la imposición de obligaciones de compra por una parte a la otra regulando las condiciones que rigen estas obligaciones. Tales regulaciones proteccionistas tratan de garantizar que las obligaciones sean comercialmente razonables o necesarias con el fin de proteger un legítimo interés de la parte que impone las obligaciones, asegurando al mismo tiempo el suministro del equipo, productos o servicios a un precio justo y sin prefijar condiciones competitivas. Normalmente se enfocan a evitar la discriminación de precios, los pagos impropios de compensación al proveedor y la vinculación o condicionamiento de la venta de uno o más productos necesitados a la venta de cualquier otro producto necesitado. En el contexto de la franquicia, un franquiciador puede desear forzar a los

franquiados a comprar ciertos productos de él, o de un proveedor con quien tenga una relación particular. Este puede ser el caso cuando el franquiciador recibe compensación del proveedor por compras hechas por los franquiciados. Los Estados Unidos, los países de la Unión Europea y Japón son ejemplos de países que en sus leyes *antitrust* o de competencia regulan el modo en que empresarios como los franquiciadores pueden imponer exigencias o restricciones a la compra de productos o servicios de sus afiliados. Otros países regulan estos acuerdos mediante leyes de transferencia de tecnología.

En los Estados Unidos, el acuerdo enlazado está regulado como un asunto de Derecho *antitrust*. Por lo tanto es ilegal que un franquiciador exija la compra de uno o más productos (“productos enlazados”) como condición para vender otros productos cuando el franquiciador tenga suficiente poder para forzar la venta de los productos enlazados. Puede también haber un caso de “producto enlazado” cuando el franquiciador vende los productos y recibe una comisión u otra compensación por la venta del producto enlazado. Tales prácticas vinculadas pueden justificarse por la necesidad de garantizar la protección de secretos comerciales o el mantenimiento de exigencias de calidad únicas, así como por otras importantes razones comerciales. Con el fin de evitar los alcances de las prohibiciones sobre acuerdos enlazados, los franquiciadores utilizan a menudo programas de proveedor aprobado. Otras prácticas consideradas que violan el deber de buena fe y lealtad negocial, tales como la discriminación de precios entre franquiciados y otros distribuidores y la oferta de comisiones confidenciales por un proveedor al franquiciador, están también proscritas⁴.

De manera similar, en la Unión Europea, el Artículo 85 del Tratado de Roma⁵ contiene una prohibición general de acuerdos que restrinjan fuentes de suministro⁶, a menos que pueda demostrarse que resultan ciertos beneficios económicos de esta restricción⁷. Por lo que respecta a las franquicias, el Reglamento de la Comisión Europea que exige a ciertas categorías de acuerdos de franquicia de la aplicación del Artículo 85(1), permite que se le exija a un franquiciado “vender, o utilizar en el marco de la prestación de servicios, exclusivamente productos que cumplan las

⁴ Véase también Capítulo 4, *cit.*

⁵ Tratado que establece la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma, el 25 de marzo de 1957.

⁶ Artículo 85 (1) (c).

⁷ Artículo 85 (3).

especificaciones mínimas objetivas de calidad establecidas por el franquiciador⁸, o “vender, o utilizar en el marco de la prestación de servicios, productos fabricados exclusivamente por el franquiciador o por terceros designados por éste, cuando resulte imposible aplicar especificaciones objetivas de calidad debido a la naturaleza de los productos objeto de la franquicia⁹, en la medida que sea necesario para proteger la propiedad intelectual del franquiciador o para proteger la identidad común y reputación de la red de franquicia¹⁰.

En Japón, según la Ley Anti-Monopolio las vinculaciones injustas y los abusos de una posición dominante son ilegales constituyendo prácticas comerciales injustas¹¹. En 1983 la Comisión de Comercio Justo publicó una guía sobre la aplicabilidad de la Ley Anti-Monopolio a los acuerdos de franquicia. Esta guía prevé un estándar doble. En primer lugar, el contrato de franquicia en su totalidad puede llegar a ser considerado inválido por causa de abuso de una posición dominante por parte del franquiciador, a menos que las restricciones contenidas en él sólo se apliquen a los franquiciados por el tiempo necesario para el funcionamiento del sistema de franquicia. En segundo lugar, las disposiciones individuales pueden llegar a ser tenidas como inválidas. Factores tales como la situación del franquiciador, la medida en que se limita al franquiciado en sus actividades y el número de franquiciados en el sistema también se toman en cuenta.

Otros varios países tienen regulaciones similares diseñadas para asegurar el tratamiento justo de los distribuidores o para promover la competencia generalmente. La importancia de la legislación de competencia está de hecho creciendo sin parar en, por ejemplo, los países de Europa Central y Oriental.

E. DISPOSICIONES CONTRACTUALES

En el curso de las negociaciones, al definirse la relación entre el franquiciado y el sub-franquiciador, una cuestión que las partes deberían abordar es claramente el abastecimiento de equipo, productos o servicios

⁸ Reglamento n. 4087/88 de la Comisión (CEE) de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia, en DOCE L 359/46 de 28 de diciembre de 1988, Artículo 3(1)(a).

⁹ Artículo 3(1)(b)

¹⁰ Artículo 3(1).

¹¹ Decreto concerniente a la Prohibición del Monopolio Privado y Mantenimiento del Comercio Justo, Ley N° 54 de 1947, Artículo 19.

esenciales. Esto podría no ser necesario si el equipo, productos o servicios esenciales para el funcionamiento de las unidades franquiciadas están generalmente disponibles dentro del futuro país anfitrión, aunque en este caso debe realizarse una disposición para el mantenimiento de los estándares de calidad. Por ejemplo, en un sistema de franquicia hotelera los hoteles dentro del sistema podrían utilizar equipo, productos y servicios que estén completamente disponibles de proveedores independientes.

En el caso de cierto equipo, productos o servicios específicos, las partes pueden sin embargo desear definir las circunstancias bajo las que se suministrarán a las unidades de franquicia e indicar cuáles de los servicios de suministro son de carácter regional o global. Puede ser suficiente simplemente referirse al suministro de los artículos especificados en el contrato de franquicia principal y /o los contratos de sub-franquicia. Por ejemplo, un contrato de franquicia hotelera puede exigir que los sub-franquiciados de la red participen en el sistema de reservas de todo el sistema y puede establecer que se cobre una cuota por tal participación. O puede establecer que todos los sub-franquiciados estén obligados a participar en un programa publicitario común administrado por el franquiciador o por el sub-franquiciador. Estos asuntos se incluyen normalmente en los propios contratos de franquicia, antes que en los documentos accesorios, a causa de su relativa simplicidad y porque son parte integrante de las operaciones de franquicia.

Cuando el contrato de franquicia incluye estas disposiciones, es a menudo necesario considerar si la disposición de indemnización del mismo contrato debería modificarse. No es raro que un acuerdo de franquicia principal exija que el sub-franquiciador compense completamente al franquiciador por cualquier pérdida o daño que se haya causado como resultado de algunas, o todas, las actividades u operaciones del sub-franquiciador. Por otro lado, en casos donde es el franquiciador quien proporciona equipo, productos o servicios al sub-franquiciador, podría ser apropiado que el franquiciador compensase al sub-franquiciador por cualquier pérdida o daño causado por ese equipo o esos productos o servicios.

Puede ser apropiado que las partes firmen un contrato de suministro separado cuando deben suministrarse numerosos artículos, o cuando hay un número considerable de cuestiones importantes que se refieren al suministro de esos artículos. Un contrato separado permitiría a las partes tratar todas las cuestiones adecuadamente. Estas cuestiones incluyen, por ejemplo:

- ◆ la adaptación de las especificaciones de los productos a las necesidades o exigencias del país anfitrión;
- ◆ la manera en que deberían fabricarse los productos en el país anfitrión;
- ◆ la manera en que se asegurará la calidad;
- ◆ las medidas para garantizar suministros adecuados; y
- ◆ la prestación de asistencia técnica, el uso de marcas y el pago de regalías.

Se debería observar que cuando los productos son vendidos por el franquiciador, el contrato de suministro es de hecho un contrato para la venta de bienes e incluirá cláusulas relativas a la exclusividad, las especificaciones de los productos, los precios, los pagos, la entrega, las garantías, el incumplimiento y la rescisión. En tales casos puede ser apropiado prever que el franquiciador/vendedor conserve derechos sobre los productos hasta que se efectúe el pago.

De manera similar, debería realizarse una disposición apropiada bien en el contrato de franquicia principal o en un contrato de suministro separado si el sub-franquiciador va a ser el proveedor del equipo, productos o servicios.

Si hay un contrato separado, las partes deberían considerar la interacción entre este acuerdo separado y el contrato de franquicia principal, con el fin de garantizar que los dos sean consistentes y de tomar en cuenta las implicaciones de una posible rescisión del contrato de franquicia principal. El franquiciador puede, por ejemplo, no querer que un sub-franquiciador cuyo contrato haya sido rescindido continúe como proveedor del sistema de franquicia.

Finalmente, la aplicabilidad de la legislación tanto del país del franquiciador como del sub-franquiciador, incluida la aplicabilidad de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos para la Compraventa Internacional de Mercaderías*, debe ser tenida en cuenta cuando se firma un contrato de suministro de esta naturaleza¹².

Como se indicó anteriormente, el franquiciador puede en cambio desear asegurar que los suministros de productos de la calidad necesaria estén disponibles por medio de proveedores que sean completamente independientes tanto de él mismo como del sub-franquiciador. Para llevar esto a cabo, el franquiciador puede reservarse en el contrato el derecho a especificar que ciertos productos puedan ser suministrados solamente por proveedores de los que él haya aprobado y con quienes él o el sub-

¹² Véase Capítulo 19 "Documentos Accesorios"

franquiciador haya firmado un contrato de fabricación o de suministro. Tal contrato de fabricación o suministro puede contener elaboradas disposiciones relativas a, por ejemplo, especificaciones exigidas, equipo y condiciones de fábrica, estándares de calidad, mantenimiento de inventarios y garantías de los productos. El franquiciador, y posiblemente el sub-franquiciador, pueden prever el pago de regalías u otra compensación por el derecho a fabricar y suministrar el producto que se concede mediante tal contrato. Se debería hacer notar que un contrato de esta naturaleza puede tener que ser aprobado por las autoridades del país anfitrión si así lo exige la legislación aplicable a la transferencia de tecnología, o cualquier otra legislación nacional aplicable.

El franquiciador puede no desear entrar en cuestiones del suministro directo o indirecto del equipo, productos o servicios exigidos. En este caso, es posible que el franquiciador, en el contrato de franquicia principal simplemente se reserve el derecho a aprobar proveedores que sean nombrados por el sub-franquiciador. En ciertas circunstancias el franquiciador puede también descalificar a proveedores que ya hayan sido nombrados, como por ejemplo cuando el proveedor deje de cumplir ciertos estándares de actuación. Finalmente, un franquiciador puede simplemente reservarse el derecho a insistir en que se mantengan ciertos estándares mínimos de calidad especificados, sin indicar que de cualquier modo controlará las fuentes de suministro.

El franquiciador puede reservarse el derecho a cambiar sus especificaciones de las características de proveedores aceptables de vez en cuando. Puede especificar las condiciones que deben cumplirse antes de aprobar un proveedor, tales como el tamaño del mercado, el tamaño del proveedor y la capacidad del proveedor para controlar, fiscalizar y comprobar la calidad del equipo, productos o servicios que suministre.

[<Volver al Índice>](#)

CAPÍTULO 10

PROPIEDAD INTELECTUAL

En la mayoría de países del mundo hay ciertos derechos que se crean por la legislación y que los titulares tienen la facultad de utilizar con exclusión de todas las demás partes. Cualquier otra parte que desee hacer uso de tales derechos está por consiguiente obligada a obtener una licencia del titular que autorice su uso. Algunos otros derechos, aunque de índole similar, no están protegidos por la legislación, sino que en cambio están protegidos exclusivamente por los términos del contrato entre las partes¹. Colectivamente estos derechos se conocen como propiedad intelectual.

En acuerdos de franquicia tanto nacionales como internacionales los derechos que se crean por ley y que son propiedad del franquiciador incluirán casi siempre el derecho a una marca. En ciertos casos también incluirán derechos de autor, por ejemplo en un manual de operaciones. La mayoría de los países tienen legislación específica para marcas y para derechos de autor. Aunque los franquiciadores a veces tendrán también patentes y otros derechos de la propiedad intelectual que licenciarán a los franquiciados cuando sea necesario, estos derechos serán normalmente objeto de acuerdos de licencia, bajo los cuales se le concede a un licenciatario el derecho a fabricar un producto haciendo uso de las patentes y otros derechos de la propiedad intelectual² del licenciador y a distribuir tales productos bajo la marca del licenciador.

A. LAS MARCAS

El uso de una marca es un elemento esencial de un sistema de franquicia. La manera en la que un franquiciador obtiene el registro de una marca de la autoridad gubernamental apropiada y después la mantiene, variará de país a país. La manera en que se utiliza una marca y los diferentes métodos que están disponibles para las partes de un acuerdo de

¹ Véase Capítulo 11 "*Know-How* y Secretos Comerciales".

² A los efectos de ésta Guía el término "propiedad intelectual" incluye también lo que se conoce como "propiedad industrial".

franquicia principal para proteger la marca, son en cambio similares de un acuerdo de franquicia a otro.

En un acuerdo de franquicia principal típico un franquiciador concederá a un sub-franquiciador no sólo el derecho y la licencia para usar las marcas del franquiciador, sino también el derecho y la licencia para conceder derechos y sub-licencias a sub-franquiciados. Se debería observar, sin embargo, que en ciertos países no se permite sub-licenciar una marca y que en estos países no será posible un acuerdo de franquicia principal que implique la concesión de tal sub-licencia por el sub-franquiciador. En estos casos tendrá que preverse un acuerdo por el cual el franquiciador licencie la marca directamente al sub-franquiciado³.

I. CONTROL POR EL FRANQUICIADOR DEL USO DE LA MARCA POR PARTE DEL SUB-FRANQUICIADOR Y LOS SUB-FRANQUICIADOS

En la mayoría de países la legislación sobre marcas establecerá que para que el propietario de una marca licencie el uso de su marca a otro, debe controlar la manera en que el último utiliza la marca. En el caso de la franquicia principal al franquiciador se le exigirá de este modo que controle la manera en que el sub-franquiciador utiliza la marca. El contrato de franquicia principal por lo tanto incluirá normalmente disposiciones como las siguientes:

- ◆ una disposición por la que el uso de una marca por el sub-franquiciador se limite al uso de conformidad con el sistema de franquicia y de conformidad con los estándares y especificaciones contenidas en el manual de operaciones, que es propiedad del franquiciador y se presta al sub-franquiciador;
- ◆ una disposición que prohíba al sub-franquiciador el uso de la marca como parte de su nombre corporativo o comercial sin el consentimiento del franquiciador. Si se le permite al sub-franquiciador utilizar la marca como parte de su nombre corporativo o comercial, entonces debería especificarse la manera en la que el sub-franquiciador puede utilizar la marca. En estos casos el sub-franquiciador estará obligado a cambiar su nombre corporativo o comercial si el contrato de franquicia principal se rescinde o de otro modo llega a su fin;

³ Véase Capítulo 2 "Naturaleza y Alcance de los Derechos Otorgados y de la Relación de las Partes".

- ◆ una disposición general que especifique la manera en que se puede utilizar la marca también por los sub-franquiados. En cierta medida esto vendrá en gran parte dictado por la legislación según la cual se registre la marca;
- ◆ una disposición que imponga una obligación al sub-franquiador de supervisar la manera en que se utilice y exponga la marca por los sub-franquiados, así como la manera en que se realicen los servicios asociados con la marca. La cláusula impondrá también una obligación al sub-franquiador de hacer cumplir la conformidad con el uso exigido de las marcas, así como con los estándares y especificaciones establecidas por el franquiciador.

El contrato de sub-franquicia entre el sub-franquiador y los sub-franquiados contendrá disposiciones correspondientes.

Debería hacerse notar que puede haber casos en que una marca no pueda utilizarse de manera realista en el futuro país anfitrión. Esto puede ser debido a, por ejemplo, el hecho de que en el idioma local corresponda a la marca un significado ofensivo, o a que ya exista en ese país una marca que sea similar a la de la franquicia y con la cual haya por consiguiente un riesgo de confusión. En tales casos el franquiciador podría decidir modificar la marca y registrar la marca modificada.

II. INFRACCIÓN POR TERCERAS PARTES NO AUTORIZADAS DE ALGUNA DE LAS MARCAS DEL FRANQUICIADOR

Los contratos de franquicia principal normalmente abordarán las consecuencias de la infracción o amenaza de infracción de alguna de las marcas del franquiciador por terceras partes, y cómo deberían tratarse tales incidentes. Se debería hacer notar que el registro de una marca generalmente concede al propietario el derecho de uso exclusivo de la marca en asociación con los bienes y/o servicios enumerados en el registro. El derecho del propietario de la marca registrada se considera violado por cualquier persona que venda, distribuya, o anuncie bienes y/o servicios en asociación con una marca confusamente similar. De manera parecida, al propietario de una marca se le puede a veces permitir plantear una acción por infracción, por lo que en los países del "*common law*" se conoce como "*passing off*", o por competencia desleal, o puede recurrir a cualquier otra acción similar que pueda estar disponible, contra una persona que, en el curso ordinario del negocio, emplea una marca que causa, o es probable que cause, confusión entre los bienes, servicios o

negocios de esa persona y los del propietario de la marca. Este derecho del propietario puede a veces ser conferido a otro a quien se le hayan concedido derechos por el propietario, como por ejemplo, en el caso de franquicia, al sub-franquiciador.

Las opciones disponibles para las partes del contrato de franquicia principal en casos de infracción o contravención ("*passing off*") incluirán normalmente las siguientes:

- ◆ el franquiciador puede conservar el derecho exclusivo, a su discreción, para decidir si entablar o no una acción de infracción contra terceras partes por el uso no autorizado de la marca. Los diferentes elementos a considerar por el franquiciador con relación a esto incluyen el coste de los procedimientos de infracción y la posibilidad de que tales procedimientos, de no resultar exitosos, puedan hacer posible que otros infrinjan su marca;
- ◆ el sub-franquiciador puede ser autorizado a entablar una acción por infracción en ciertas circunstancias especificadas en el contrato de franquicia principal si el franquiciador opta por no hacerlo. Si éste es el caso, entonces debería tratarse la manera en que se autoriza al sub-franquiciador a proseguir y fijar tales procedimientos; y
- ◆ las partes pueden conjuntamente llevar a cabo procedimientos de infracción contra el usuario no autorizado de la marca.

Otras cuestiones que se tratan normalmente incluyen el reparto de los costes en que incurrirán o bien el franquiciador o el sub-franquiciador al entablar procedimientos de infracción y el reparto de cualesquiera recompensas monetarias que se pudieran obtener.

III. PROCEDIMIENTOS DE INFRACCIÓN LLEVADOS A CABO POR UNA TERCERA PARTE CONTRA EL SUB-FRANQUICIADOR

La cuestión de los procedimientos de infracción llevados a cabo contra el sub-franquiciador por una tercera parte que reclama derechos previos para uso de la marca, es normalmente tratada en el contrato desde el punto de vista de la asignación del riesgo. En este caso la cuestión que se debería decidir es cuál de las dos partes, el franquiciador o el sub-franquiciador, asumirá el riesgo si al sub-franquiciador se le impide el uso de la marca que le fue licenciada. Si una tercera parte tiene éxito en evitar

que el sub-franquiciador continúe utilizando la marca las consecuencias pueden ser significativas, especialmente cuando el uso de la marca por parte de los sub-franquiciados también se prohíba como resultado.

Un problema significativo en esta área es que, incluso en lo que respecta a las marcas registradas, no hay absoluta certeza de que alguien en algún lugar no tenga mejores derechos por razón de uso previo de la misma marca o de una similar. El que se pueda o no esperar, o en qué medida, que el franquiciador garantice su titularidad de la propiedad intelectual que licencia, y por consiguiente la medida en que se pueda esperar que el sub-franquiciador garantice que tiene el derecho a conceder a sus sub-franquiciados la sub-licencia para utilizar las marcas, es una cuestión importante, entre otras cosas por las consecuencias que la respuesta es probable que tenga para la posible responsabilidad del franquiciador y el sub-franquiciador respectivamente.

De asumir el riesgo el franquiciador, no es raro encontrar una disposición que limite su responsabilidad. La responsabilidad puede, por ejemplo, limitarse a una cantidad específica de dinero, o alternativamente al importe de las regalías ya pagados al franquiciador por el sub-franquiciador. De nuevo, la responsabilidad puede limitarse a los gastos que no hayan sido presupuestados y en los que se haya incurrido como resultado de la necesidad de cambiar los signos de todas las unidades de franquicia propiedad del sub-franquiciador y los sub-franquiciados, así como a los gastos en que se haya incurrido como resultado de la necesidad de modificar o sustituir algún material en el que aparezca la marca. Lo que es de la mayor importancia es que estas cuestiones se traten no sólo en el contrato de franquicia principal, sino también en los contratos de sub-franquicia.

IV. MARCAS NO REGISTRADAS

En muchos casos cuando se firme el contrato de franquicia principal el franquiciador habrá presentado una solicitud de registro de la marca, pero el registro no habrá tenido lugar aún. Además, no es posible estar seguros de que la solicitud de registro de una marca será aceptada. Por tanto es necesario tratar cualesquiera consecuencias que pudieran resultar si la solicitud es rechazada. De nuevo, esta es una cuestión de asignación de riesgo y las consecuencias y la manera de tratar esta cuestión son similares a las discutidas anteriormente en relación con los procedimientos de infracción.

V. CONTRATOS DE USUARIO REGISTRADO

Muchos países con un sistema legal inspirado por el sistema que existía bajo el *"common law"* británico tradicional han adoptado lo que se conoce como sistema de "usuario registrado" para el registro de una parte que no es la propietaria de una marca, pero a la que se le ha concedido el derecho a utilizar la marca por parte del propietario. Hablando en términos generales, un contrato de usuario registrado establece las condiciones que rigen la relación entre las partes. Incluirá disposiciones por las cuales el propietario de la marca establece los estándares para la calidad de los productos o servicios a ofrecer, prevé su derecho a inspeccionar la producción de dichos productos o la realización de tales servicios e indica la duración del llamado uso permitido. Debería tenerse presente que, en vista del tipo de relación implicada, puede ser necesario que los contratos de franquicia se registren ante las autoridades competentes incluso si el país concernido no tiene un sistema de usuario registrado.

VI. SUB-LICENCIA DE LA MARCA

Como se indicó anteriormente, en ciertos países la legislación sobre marcas puede no permitir que un sub-franquiciador sub-licencie una marca, ya que sólo el propietario de una marca puede licenciar su uso a otros. En estos países la estructura de la relación de franquicia principal será una causa de considerable preocupación.

En tales circunstancias una opción disponible para las partes es recurrir a tres contratos, a saber un contrato de franquicia principal entre el franquiciador y el sub-franquiciador, un contrato de franquicia de unidad entre el sub-franquiciador y el sub-franquiciado y un contrato de licencia de marca entre el franquiciador y el sub-franquiciado que abarque el uso de la marca por el sub-franquiciado⁴.

Otra opción es utilizar un contrato de franquicia de unidad tripartito que incluya al franquiciador, el sub-franquiciador y el sub-franquiciado, conforme al cual el sub-franquiciador sub-franquicie el uso del sistema de franquicia y el franquiciador licencie el uso de la marca directamente al sub-franquiciado.

⁴ Sobre las diferentes opciones disponibles, véase también Capítulo 2, Sección F "Relaciones contractuales directas".

En relación con las dos opciones anteriores, debería observarse que al propietario de una marca normalmente se le exige por ley que supervise tanto la manera en que se producen y comercializan los productos y servicios respecto de los que la marca ha sido registrada, como la manera en que se mantiene la calidad de los productos y servicios que ostentan la marca. Como el franquiciador no está normalmente en situación de realizar tales funciones supervisoras en el país anfitrión, y como además de sus obligaciones legales también ha de asegurar el carácter distintivo de la marca, está obligado de una forma u otra a transferir esta carga u obligación al sub-franquiciador. Además, debe recordarse que frecuentemente el franquiciador elige el vehículo de la franquicia principal precisamente para no tener que tratar directamente con los sub-franquiciados. Firmando una relación contractual directa con los sub-franquiciados, aun cuando sólo sea con el único propósito de proteger sus derechos de la propiedad intelectual, el franquiciador habrá frustrado sus objetivos.

El hecho de que el franquiciador firme contratos de licencia directamente con los sub-franquiciados, o se convierta en parte del contrato de franquicia de unidad, parecería en realidad invitar a los sub-franquiciados a buscar ayuda y supervisión mas allá del sub-franquiciador y animarles a tratar directamente con el franquiciador siempre que surjan problemas. Esto es especialmente cierto cuando tales problemas se refieren al uso de la marca o al sistema de franquicia. Además, el uso de un contrato conforme al cual el franquiciador evita al sub-franquiciador y licencia el derecho a utilizar la marca directamente a sub-franquiciados puede dar lugar a un riesgo de reclamaciones de responsabilidad de una tercera parte contra el franquiciador. Puede existir un riesgo similar también en el caso de contratos tripartitos.

Una tercera opción vería al sub-franquiciador nombrado agente del franquiciador. En este caso el sub-franquiciador sería el agente del franquiciador sólo respecto a asuntos relacionados con la marca, a saber, para la licencia efectiva del uso de la marca a los sub-franquiciados, para la supervisión del modo en que se esté utilizando la marca y para el control de la calidad de los productos y servicios que ostenten la marca. Si se elige esta opción, entonces deberían contenerse también en cada contrato de sub-franquicia de unidad disposiciones que traten esta relación, junto con un reconocimiento por el sub-franquiciado del nombramiento del sub-franquiciador como agente del franquiciador a tales fines. Las obligaciones de las partes en relación con esto deberían especificarse. Además, como se indicó anteriormente, cualquier contrato de usuario registrado que pueda ser exigido por ley debería normalmente

celebrarse directamente entre el franquiciador y el sub-franquiciado. De manera alternativa, al sub-franquiciador se le puede dar un poder para celebrar el contrato de usuario registrado en nombre del franquiciador. Debería observarse no obstante que la opción de que el franquiciador designe al sub-franquiciador como su agente no defenderá al franquiciador de potenciales demandas de responsabilidad de una tercera parte, especialmente cuando tales demandas sean resultado del uso de la marca.

VII. LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LAS MARCAS

Se debería hacer notar que muchos países del mundo son signatarios de convenciones internacionales que tratan de las marcas, las más importantes de las cuales son examinadas en las siguientes sub-secciones.

a) El Convenio de París

La mayoría de las naciones industrializadas son parte del *Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883*⁵ y como tales son miembros de la *Unión de París*⁶. El Convenio de París trata de la propiedad industrial, que abarca las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen y la represión de la competencia desleal⁷.

Las disposiciones de mayor interés en el contexto de la franquicia son aquellas que exigen a cada país parte del Convenio de París que conceda a los nacionales de los otros países miembros el mismo tratamiento que concede a sus propios nacionales (el principio de "tratamiento nacional")⁸. Ningún requisito en cuanto al domicilio o establecimiento en el país donde se reclama la protección puede ser exigidas a los nacionales de países miembros como condición para que se beneficien de un derecho de la propiedad industrial⁹. El mismo tratamiento se

5 Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883, revisada en Bruselas (1900), Washington (1911), La Haya (1925), Londres (1934), Lisboa (1958) y Estocolmo (1967) y modificada en 1979.

6 Al 22 de Junio de 1998, el Convenio de París tenía 149 Estados Contratantes.

7 Artículo 1(2). Las marcas son tratadas en los Artículos 5C(1), (2) y (3) y 6 bis.

8 Artículo 2(1).

9 Artículo 2(2)

extiende también a los nacionales de países que no son parte del Convenio de París si están domiciliados en un país miembro o si tienen un establecimiento comercial “efectivo y serio” en dicho país¹⁰.

Uno de los beneficios más prácticos del Convenio es el “derecho de prioridad” conforme al cual, sobre la base de una solicitud ordinaria de un derecho de la propiedad industrial presentada en uno de los países miembros, un solicitante puede, dentro de un período de tiempo determinado, solicitar protección en todos los demás países miembros. Estas solicitudes posteriores serán consideradas entonces como si hubieran sido presentadas el mismo día que la primera solicitud y por lo tanto disfrutarán de un status de prioridad con respecto a todas las solicitudes relativas al mismo objeto presentadas después de la fecha de la primera solicitud. También gozan de un status de prioridad con respecto a todos los actos realizados después de esa fecha que normalmente serían idóneos para destruir los derechos del solicitante. En el caso de las marcas el período de tiempo dentro del cual deben realizarse las solicitudes posteriores es de seis meses¹¹.

b) Arreglo de Madrid

De las partes contratantes *del Arreglo de Madrid de 1891 relativo al Registro Internacional de Marcas*¹², se puede mencionar a Francia, Alemania, Egipto, Italia, China, la Federación Rusa, España y Suiza. Países importantes no firmantes del Arreglo incluyen los Estados Unidos y Canadá. Las partes contratantes de este Arreglo y del *Protocolo de 1989 concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas* forman la *Unión de Madrid*¹³.

De conformidad con el Arreglo de Madrid, los nacionales de países parte del Arreglo están facultados para solicitar registro internacional. De manera similar, los nacionales de países no parte del Arreglo de Madrid, pero parte del Convenio de París, que tengan su domicilio o un

¹⁰ Artículo 3

¹¹ Véase artículo 4.

¹² Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas de 14 de abril de 1891, revisado en Bruselas (1900), Washington (1911), La Haya (1925), Londres (1934), Niza (1957) y Estocolmo (1967) y modificado en 1979 y Protocolo de 1989 concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas (Protocolo de Madrid).

¹³ Al 25 de mayo de 1998, el Arreglo Madrid tenía 48 Partes Contratantes y el Protocolo de Madrid 31. En total 56 Estados forman la Unión de Madrid.

establecimiento industrial o comercial efectivo y serio en un país parte del Arreglo de Madrid, se colocan en una posición igual con los nacionales de países parte del Arreglo de Madrid.

La solicitud de registro internacional está sujeta a ciertas condiciones. En primer lugar, la marca para la que se solicita el registro internacional debe estar registrada a nivel nacional en la oficina de la propiedad industrial del país de origen, siendo el país de origen aquel

“país de la Unión particular donde el depositante tenga un establecimiento industrial o comercial efectivo y real; si no tuviera un establecimiento semejante en un país de la Unión particular, el país de la Unión particular donde tenga su domicilio; si no tuviera domicilio en la Unión particular, el país de su nacionalidad cuando sea nacional de un país de la Unión particular”¹⁴.

Las solicitudes de registro internacional se hacen en la oficina de la propiedad industrial del país de origen y es ésta oficina la que remitirá la solicitud a la *Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)*, después de comprobar y certificar que la marca tal como se reproduce en la solicitud de registro internacional está inscrita en el registro nacional de marcas a nombre del solicitante y que los bienes y/o servicios enumerados en la solicitud internacional están cubiertos por el registro nacional. Debería hacerse notar que el registro internacional tiene efecto solamente en aquellos países para los que se ha solicitado explícitamente protección¹⁵. La solicitud es cursada con posterioridad a los otros Estados miembros cuyas oficinas locales de marcas tienen doce meses dentro de los que revisar y aceptar o rechazar la solicitud con base en exigencias locales. Por consiguiente, un solicitante puede obtener el registro de la marca en varios países por medio de una sola solicitud, aunque debería tenerse presente que el registro internacional no tiene efectos en el país de origen, que la marca es protegida en ese país bajo el registro nacional que constituye la base para el registro internacional.

El Arreglo ha sido criticado porque durante un periodo de cinco años desde la fecha del registro internacional la protección resultante del registro internacional queda dependiente de la protección dada en el país de origen, con la consecuencia de que si durante este periodo de cinco años la marca deja de disfrutar de protección en el país de origen,

¹⁴ Artículo 1(3) del Arreglo de Madrid.

¹⁵ Artículo 3 *ter*(1) del Arreglo de Madrid.

la protección resultante del registro internacional no puede ser ya invocada en ninguno de los países para los que se concedió. Esto mismo es cierto si la protección de la marca en el país de origen cesa como resultado de procedimientos entablados en el período de cinco años (lo que se conoce como los procedimientos de "ataque central"). El registro internacional se hace independiente del registro nacional cuando el período de cinco años llega a su fin. La protección dada en otros países de la Unión de Madrid por el registro internacional ya no se verá afectada por una pérdida de la protección de la marca en el país de origen.

El régimen del Arreglo de Madrid fue modificado por el *Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas*¹⁶, que fue adoptado para hacer el sistema de Madrid aceptable para más países. Los principales cambios introducidos por el Protocolo de Madrid pueden ser resumidos como sigue¹⁷:

- ◆ el Protocolo permite que los registros internacionales, a opción del solicitante, se basen en solicitudes nacionales (y no sólo en registros nacionales)¹⁸;
- ◆ el Protocolo, a opción de las Partes Contratantes, permite dieciocho meses en lugar de doce para las negativas, y un plazo incluso mayor en caso de objeciones¹⁹;
- ◆ el Protocolo permite la transformación de un registro internacional fallido (fallido, por ejemplo, a causa de un ataque central) en solicitudes nacionales o regionales en cada Parte Contratante designada. Tales solicitudes tendrán la fecha de presentación y, de ser aplicable, la fecha de prioridad del registro internacional²⁰.

Las modificaciones introducidas por el Protocolo de Madrid han hecho el sistema de Madrid aceptable para un número de Estados que no se habían adherido al Arreglo de Madrid, incluido el Reino Unido. Los Estados Unidos está también examinando la posibilidad de adherirse a él en un futuro próximo.

¹⁶ Madrid, 28 de junio de 1989.

¹⁷ Véase Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (ed.), *Introduction to Intellectual Property – Theory and Practice*, Londres/La Haya/Boston, 1997, p. 416.

¹⁸ Artículo 2 (1) (i).

¹⁹ Artículo 5 (2)(b) a (d).

²⁰ Artículo 9 quinquies.

Un segundo propósito importante del Protocolo de Madrid se señala como el establecimiento de un vínculo entre el sistema de Madrid y el sistema regional de marcas de las Comunidades Europeas, con la consecuencia de que un registro de Madrid pudiera basarse en una solicitud o registro de la Comunidad y que las Comunidades Europeas pudieran ser designadas en un registro de Madrid²¹. Esto sería posible como resultado de la disposición del Protocolo de Madrid de conformidad con la cual no sólo Estados, sino también ciertas organizaciones intergubernamentales, como las Comunidades Europeas, pueden llegar a ser parte del Protocolo²².

c) La marca de la Comunidad Europea²³

El sistema de marcas de la Comunidad Europea está ideado para proporcionar un registro único que abarque a todos los Estados miembros de la Comunidad. Los sistemas nacionales de protección de marcas no son sin embargo abolidos por la adopción del sistema de marcas de la Comunidad. Los Estados miembros son libres para mantener su propia legislación nacional sobre protección de marcas para su territorio nacional. Las principales características de las legislaciones nacionales han sido armonizadas por la *Directiva del Consejo 89/104/CEE de 21 de diciembre de 1988*²⁴. Una oficina europea de marcas ha sido establecida en Alicante, aceptándose las solicitudes presentadas ante la oficina desde el 1 de enero de 1996. La armonización del proceso de registro de marcas claramente facilitará la entrada en la Unión Europea de franquiciadores que deseen exportar su sistema de franquicia a la Unión Europea y servirá para reducir barreras al comercio entre Estados miembros.

B. DERECHOS DE AUTOR

El derecho de autor protege las obras literarias, artísticas y científicas originales. En el contexto de franquicia los derechos de autor concernirán así principalmente a manuales de operaciones, formas o modelos, materiales publicitarios o ciertos materiales decorativos. En la mayoría de

²¹ Véase Artículo 2 del Protocolo.

²² Artículo 14(1)(b).

²³ Reglamento (CE) n° 40/94 del Consejo de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria, en DOCE L 11/1 de 14 de enero de 1994.

²⁴ Primera directiva 89/104 del Consejo de 21 de diciembre de 1988 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, en DOCE L 40/1 de 11 de febrero de 1989.

jurisdicciones, el derecho de autor surge inmediatamente con la creación. No hay en otras palabras exigencia de registrar una obra particular para obtener derechos ejecutables. Normalmente, el derecho de autor subsiste durante la vida del autor de la obra particular en cuestión, más unos cincuenta o setenta años adicionales.

El registro es no obstante posible en algunos países. En estos casos el registro crea una presunción en cuanto al hecho de que el derecho de autor en la obra existe y en cuanto a la titularidad de ese derecho de autor. Además, constituye un aviso para el mundo entero de que el derecho de autor existe, y que puede ser importante a la hora de valorar las acciones legales.

A menudo se afirma que el derecho de autor proporciona al titular un conjunto de derechos, que incluye el derecho a producir, reproducir, ejecutar o publicar la obra, o cualquier parte importante de la misma, en cualquier forma material. Es importante tener presente que el derecho de autor no protege ideas, sino sólo la manera en que se expresan esas ideas. Una obra de derecho de autor es, por ejemplo, infringida si una persona sin el permiso del propietario produce una obra que sea sustancialmente similar a la original o una imitación engañosa de la misma. Los contratos de franquicia principal tratarán por lo general las consecuencias de la piratería de los derechos de autor.

También es importante apuntar que si un autor es ciudadano de un país que es parte contratante de una convención internacional, ese autor podrá obtener la misma protección en los otros Estados contratantes de esa Convención que en su propio país. En este sentido las disposiciones de *la Convención de Berna de 1886 para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*²⁵, el *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)*²⁶ y regulaciones regionales como las de las Comunidades Europeas deberían tomarse en consideración.

[<Volver al Índice>](#)

²⁵ Convenio de Berna de 1886 para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, completada en París (1896), revisada en Berlín (1908), completada en Berna (1914), revisada en Roma (1928), en Bruselas (1948), en Estocolmo (1967) y en París (1971) y modificada en 1979 (la Unión de Berna).

²⁶ Marrakesh 1994, contenido en un Anexo al Acuerdo que Establece la Organización Mundial del Comercio.

CAPÍTULO 11

KNOW-HOW Y SECRETOS COMERCIALES

A. LA FUNCIÓN DEL *KNOW-HOW* EN LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA

El término *know-how* se refiere generalmente al conjunto de conocimientos profesionales que es adquirido por las personas dedicadas a una actividad específica y que es distintivo de esa actividad. Este conocimiento es usualmente una combinación de información fáctica acerca de la actividad y de la experiencia obtenida en su ejercicio. Dependiendo de la naturaleza de la actividad, el *know-how* puede ser técnico o comercial. Lo que se requiere para calificar un cuerpo de conocimientos como *know-how* variará de actividad en actividad y de país en país, aunque puede apreciarse un creciente consenso en la adopción de definiciones similares en ámbito supranacional e internacional¹. Este es un progreso reciente. Tradicionalmente, la protección del *know-how* no estaba regulada legislativamente y su protección estaba, y en gran medida todavía está, confiada a los términos del contrato entre el dueño del *know-how* y la persona a la que se le concede el derecho a usarlo. El *know-how* es por lo tanto un derecho especial del propietario que, al contrario de lo que sucede en el caso de las patentes, marcas y derecho de autor, no puede ser protegido contra el mundo en general. Quizá no sea sorprendente, considerando la naturaleza del *know-how*, que no haya registros públicos en los que los derechos de propiedad del *know-how* puedan ser inscritos o mediante los cuales puedan ser determinados. A pesar de esta falta de regulación y protección legislativa, el *know-how* es normalmente incluido entre los derechos de la propiedad intelectual².

El *know-how* comercial es un elemento esencial de la franquicia. Es de importancia fundamental para todas las partes implicadas en el acuerdo de franquicia. Es de importancia en primer lugar para el franquiciador, ya

¹ V., *infra*, Sección B "*Know-how*, secretos comerciales e información confidencial o no comunicada".

² V. Capítulo 10 "Propiedad Intelectual".

que es el *know-how* que ha acumulado durante años, en su actividad como empresario y sobre todo como franquiciador, el que, junto a sus otros activos de propiedad intelectual, es distintivo de su sistema de franquicia y dará a todos los miembros de la red una ventaja sobre sus competidores. La comunicación de este *know-how*, junto con la concesión de las necesarias licencias de propiedad intelectual e industrial, formará la base sobre la cual los miembros de la red conduzcan sus negocios. Que lo hagan de manera uniforme está asegurado por las funciones supervisoras del franquiciador y, en el caso de la franquicia principal, del sub-franquiciador.

Para el sub-franquiciador y el sub-franquiciado la comunicación del *know-how* comercial del franquiciador tiene gran valor económico, ya que ese *know-how* comercial les permitirá beneficiarse de un sistema que ya ha sido probado y que ha demostrado ser exitoso.

B. *KNOW-HOW*, SECRETOS COMERCIALES E INFORMACIÓN CONFIDENCIAL O NO COMUNICADA

Know-how no es la única expresión utilizada en terminología comercial y redacción jurídica para designar un cuerpo distintivo de conocimientos profesionales. Expresiones como “trade secrets” (secretos comerciales) y “confidential or undisclosed information” (información confidencial o no comunicada) son también utilizadas. Aunque los autores jurídicos distinguan entre estos conceptos, las diferencias son tan pequeñas, que para los propósitos de esta Guía la expresión *know-how* incluirá también los secretos comerciales y la información confidencial o no comunicada.

El desarrollo del conocimiento que forma el *know-how* requiere una inversión por parte de la empresa. El incentivo para tal inversión es la rentabilidad del producto o servicio desarrollado y/o la ventaja obtenida sobre los competidores. Esta ventaja continuará existiendo mientras el secreto del conocimiento sea protegido con éxito.

Una característica del *know-how* es que debe ser comunicado por el propietario de la empresa a, por ejemplo, sus empleados o colaboradores, para que les sea posible utilizar el *know-how* en el curso ordinario de los negocios. Es por tanto un activo de alto riesgo, ya que cuanto más se explote, mayor riesgo habrá de que el secreto se pierda.

Con el fin de proteger el *know-how*, es por tanto necesario que a todas y cada una de las personas que tengan acceso al conocimiento del mismo se les imponga una obligación de no comunicarlo a otras personas.

Esto se consigue por medio de acuerdos o cláusulas de confidencialidad. Además, deben estar obligados a no hacer uso del *know-how* que han adquirido para dedicarse a una actividad mercantil que compita con la del propietario de los secretos. Esto está normalmente previsto en las que son conocidas como “cláusulas de no-competencia” o “convenios de no competir”³.

Se deben incluir preferentemente cláusulas contractuales para la protección del *know-how*, tanto en el contrato principal de franquicia como en el de sub-franquicia. Todos los sistemas legales no obstante pretenden asegurar que no se impongan a un licenciataria o un sub-licenciataria obligaciones que no pueden ser impuestas a terceros. En las naciones industrializadas este control se logra mediante disposiciones antimonopolio o de competencia económica (*anti-trust*) y en los países en desarrollo por las normas que regulan la transferencia de tecnología.

El *know-how* se define indirectamente en el Artículo 39(2) del *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio* (Acuerdo sobre los ADPIC, también conocido por sus siglas en inglés “TRIPs”), el cual está contenido en un anexo al Acuerdo por el que se establece la *Organización Mundial del Comercio* firmado en Marrakesh el 15 de abril de 1994. Ese precepto, que se ocupa de la información no revelada, señala tres condiciones que la información no comunicada debe satisfacer para que pueda ser sujeta a protección: “Las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, en la medida en que dicha información: a) sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, conocida en general ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y b) tenga un valor comercial por ser secreta; y c) haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla”. Una definición del *know-how* que es similar a la de información no comunicada contenida en el Art. 39(2) del Acuerdo sobre los ADPIC, es la contenida en la Regulación de Exenciones para la Franquicia de la Unión Europea⁴. La regulación interna de algunos países

³ V. *infra* letra I, apartados (b), (c) y (d).

⁴ Reglamento n. 4087/88 de la Comisión (CEE) de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia, en BOCE CEE L 359/46, de 28 de diciembre de 1988, Artículo 1(3)(f): ““know-how”, [significa] un conjunto de conocimientos

también contiene definiciones similares. Debería hacerse notar que la adopción de, o el acceso a, el Acuerdo sobre los ADPIC conducirá a que se ofrezca al *know-how* similar protección en un amplio número de jurisdicciones. Las partes de un contrato principal de franquicia deben por lo tanto asegurarse de que lo que llaman *know-how* reúne las condiciones de protección según el Acuerdo sobre los ADPIC. Los requisitos del Artículo 39(2) pueden ser analizados como sigue:

I. EL SECRETO DEL KNOW-HOW

La condición de secreto es una de las repetidas en los instrumentos internacionales adoptados. Este es también el caso del Acuerdo sobre los ADPIC, que de hecho proporciona una definición de secreto cuando afirma en el Artículo 39(2) que, para que la información no comunicada sea secreta, no debe, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, ser “generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión”⁵. Esta definición deja claro que el secreto absoluto de la información no es necesario, ya que es suficiente para la información no ser fácilmente accesible a quienes normalmente tratan con la información en cuestión.

II. EL VALOR COMERCIAL

El Artículo 39(2) del Acuerdo sobre los ADPIC afirma además que para que la información no comunicada sea protegida, debe tener “un valor comercial por ser secreta”⁶. La información afectada es por lo tanto sólo información cuyo valor comercial es un resultado directo de su secreto, con la consecuencia de que si la información fuese a ser hecha pública, su valor podría perderse.

III. MEDIDAS PARA SALVAGUARDAR EL SECRETO

Además, a la persona legalmente en poder de la información se le exige que adopte “medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta”⁷. La obligación de adoptar medidas razonables es así impuesta no sólo al propietario de la información, sino también a

prácticos no patentados, derivados de la experiencia del franquiciador y verificados por éste, que es secreto, substancial e identificado”.

⁵ Artículo 39(2)(a).

⁶ Artículo 39(2)(b).

⁷ Artículo 39(2)(c).

quienquiera esté legítimamente en su poder. En el caso de la franquicia, por tanto, no sólo al franquiciador, sino también al sub-franquiciador y a los sub-franquiciados se les exigiría que adoptasen las medidas necesarias para proteger la información.

En muchas jurisdicciones los tribunales han aplicado la llamada "prueba de racionalidad" a las medidas de protección adoptadas para fijar qué información debería ser considerada "secreta". La filosofía subyacente a este examen consiste en que no sea posible reclamar protección contra las violaciones de la información "secreta" si el comportamiento del propietario o de la persona que controla la información no es compatible con la intención de mantenerla secreta.

C. LAS GARANTÍAS DEL SUB-FRANQUICIADOR Y DEL FRANQUICIADOR

Es de considerable importancia para el sub-franquiciador tener la certeza de que el franquiciador es el verdadero propietario del *know-how* del sistema de franquicia y para los sub-franquiciados saber que al sub-franquiciador realmente se le han concedido los derechos que está transmitiendo. En ausencia de registros públicos sobre los derechos de propiedad del *know-how*, las cuestiones por tanto surgen acerca de en primer lugar, hasta qué punto al franquiciador se le debería exigir que garantizase que es el propietario de los derechos que está concediendo al sub-franquiciador o al franquiciado y, en segundo lugar, hasta qué punto se le debería exigir al sub-franquiciador que garantice que se le han otorgado los derechos que está transmitiendo a los sub-franquiciados. Las respuestas a estas preguntas variarán de país en país.

D. LA DIFERENCIA ENTRE "CESIÓN" Y "LICENCIA" DEL KNOW-HOW

El propietario del *know-how* puede disponer de él en cualquiera de estas dos formas: cediéndolo a otra persona, o licenciando su uso. En el caso de la cesión el propietario del *know-how* transmitirá tanto el *know-how* como la propiedad del *know-how* a otra persona. En su calidad de nuevo propietario, esta otra persona no estará sujeta a limitaciones relativas a cómo puede utilizar o disponer del *know-how*, ya que el anterior propietario dejará de tener capacidad para explotarlo. El efecto legal del contrato de cesión es normalmente fortalecido por medio de una cláusula de no-competencia que obliga al cedente hasta que el *know-how* llega a ser de conocimiento público.

Cuando el *know-how* es el objeto de una licencia, el propietario del *know-how* concede a otra persona el derecho a usarlo bajo ciertas condiciones, por un periodo y para un territorio determinados. El licenciante conserva sin embargo la propiedad de, o los derechos de propiedad sobre, el *know-how*. En este caso el licenciatario no adquiere un derecho de propiedad sobre el *know-how*. Esto último es lo más frecuentemente utilizado en la franquicia.

Aunque no todos los sistemas legales exigen que las licencias se pongan por escrito, puede darse por sentado que en el caso de los contratos internacionales de franquicia todas las condiciones reguladoras de la licencia del *know-how* serán puestas por escrito.

La duración de una licencia de *know-how* no puede extenderse más allá del momento en el que el *know-how* llegue a ser de conocimiento público. Si sólo parte de la información que forma el *know-how* llega a ser de conocimiento público, la validez de la licencia se reducirá correspondientemente.

Una licencia puede limitarse a productos específicos o ámbitos de actividad (las llamadas "restricciones al ámbito de uso" ("*field of use restriction*"). En este caso el licenciante conservará el derecho a explotar el *know-how*, directamente o a través de otros licenciarios, para otros productos o en otros campos de actividad. En el caso de la franquicia el *know-how* puede en la mayoría de los casos ser tan sólo utilizado para la explotación de la fórmula de la franquicia.

Por lo que se refiere al territorio, puede concederse una licencia sin ninguna exclusividad, con exclusividad limitada, en cuyo caso el licenciario no estará expuesto a competencia por parte de otros licenciarios, o con absoluta exclusividad, en cuyo caso el licenciario estará protegido no sólo de la competencia de otros licenciarios, sino también de la competencia del licenciante.

E. ADQUISICIÓN POR TERCERO DE CONOCIMIENTOS DEL *KNOW-HOW*

Una situación que puede ocurrir es la de que un tercero adquiera conocimientos del *know-how* sin que el franquiciador, o una persona autorizada por el franquiciador, haya transmitido estos conocimientos. La posibilidad de que tal situación pudiera presentarse requiere ser tenida en cuenta por las partes, con independencia del modo en que el tercero pueda adquirir los conocimientos y si los adquiere o no de buena fe,

puesto que surgirán importantes preguntas en tal caso. Una de las preguntas que podrían surgir es si el sub-franquiciador, y los sub-franquiciados, estarían o no aún obligados por el acuerdo de confidencialidad con respecto al *know-how*, a pesar de que ya no sería secreto. La situación variará según la jurisdicción. En algunas jurisdicciones seguirían obligados, mientras en otras no, ya que la obligación de confidencialidad dejaría de existir tan pronto como la información cubierta por ella dejara de ser secreta. Las partes están por lo tanto bien avisadas para prestar especial atención en la redacción de su contrato a las consecuencias de que el *know-how* llegue a ser público sin culpa de ellos.

F. LA COMUNICACIÓN DEL *KNOW-HOW* EN LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA PRINCIPAL

En una relación de franquicia principal es naturalmente de considerable importancia para el franquiciador que su *know-how* sea usado correctamente por el sub-franquiciador y los sub-franquiciados y que el secreto del *know-how* sea totalmente protegido. Además, el franquiciador necesitará asegurarse que conserva el derecho a explotar por sí mismo el *know-how* y la facultad de transmitirlo a los otros sub-franquiciadores o franquiciados.

En la práctica, el *know-how* será normalmente comunicado mediante el manual de operaciones⁸ y mediante la formación inicial y continua proporcionada por el franquiciador⁹. En una situación de franquicia principal, la obligación de transmitir el *know-how* se refiere no sólo al *know-how* que está disponible al comienzo de la relación, sino también al que se desarrolle durante el tiempo de vida del contrato.

Con el tiempo, las técnicas adoptadas por el sistema de franquicia serán actualizadas para tener en cuenta la experiencia ganada en el ejercicio de la franquicia, así como el desarrollo de nuevas técnicas y otras mejoras. Los medios por los que las técnicas actualizadas son comunicadas a los miembros de la red son típicamente nuevas ediciones u otras actualizaciones del manual de operaciones y la organización por el franquiciador de programas y/o encuentros periódicos de formación

⁸ Este manual estará cubierto, normalmente, por la protección del derecho de autor. V. Capítulo 10, Sección B "Derechos de autor". V. también Capítulo 5, Sección C "Manuales".

⁹ V. Capítulo 5, Sección B "Formación".

adicional¹⁰. Sobra decir que es responsabilidad del franquiciador mantener al sub-franquiciador al corriente del desarrollo del *know-how* del sistema de franquicia durante toda la relación. El sub-franquiciador, por otro lado, debe asumir la obligación de asistir y/o que su personal y sub-franquiciados asistan a tales cursos y encuentros.

G. PROTECCIÓN DEL *KNOW-HOW* EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE FRANQUICIA

El problema crucial en la franquicia principal, que requiere que el *know-how* sea transmitido a una serie de usuarios sucesivos, es impedir que el *know-how* sea comunicado por los sub-franquiciados situados al final de la cadena, pues podría no ser suficiente la protección legal de los secretos comerciales en el país de los franquiciados para otorgar protección efectiva, también teniendo en cuenta el hecho de que los sub-franquiciados no tienen relación contractual directa con el franquiciador. Sin embargo se puede asegurar la protección contractual del *know-how* mediante la incorporación de cláusulas apropiadas tanto en los contratos de franquicia principal como en los contratos de sub-franquicia.

Debe advertirse que el sub-franquiciador puede ser tenido como contractualmente responsable por cualquier infracción de la obligación de no comunicar el *know-how* por parte de sus sub-franquiciados, sus empleados o colaboradores. En tales casos el sub-franquiciador también puede ser tenido por responsable si no adopta las medidas apropiadas para remediar este incumplimiento, como por ejemplo si deja de presentar una demanda. El hecho de revelar el *know-how* por los sub-franquiciados puede además ser tenido en cuenta como equivalente al incumplimiento de la obligación del sub-franquiciador de seleccionar a los sub-franquiciados con cuidado, aunque es posible que el sub-franquiciador no sea tenido como responsable si el franquiciador se reservó el derecho de aprobar los contratos que se celebren entre el sub-franquiciador y los sub-franquiciados¹¹. Para que el sub-franquiciador pudiera ser tenido como responsable se necesitaría una cláusula específica en el contrato de franquicia principal.

¹⁰ V. Capítulo 5 "El Papel del Franquiciador".

¹¹ Acerca de la cuestión de la aprobación previa de los sub-franquiciados por el franquiciador, v. Capítulo 2, Sección E "La estructura a tres niveles de los acuerdos de franquicia principal".

H. CLÁUSULAS EN LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA PRINCIPAL PARA PROTEGER EL *KNOW-HOW*

Aunque el *know-how* puede ser protegido mediante disposiciones jurídicas de otras materias, por ejemplo de índole penal, de responsabilidad extracontractual o por competencia desleal, siempre dicha protección será insuficiente para un activo de la naturaleza del *know-how*. Por lo tanto se deben incluir cláusulas apropiadas para asegurar la protección del *know-how*, tanto durante la vigencia del contrato como para después de su terminación.

I. CLÁUSULAS UTILIZADAS PARA PROTEGER EL *KNOW-HOW* DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO

a) Cláusulas de confidencialidad

El contrato de franquicia principal y los contratos de sub-franquicia incluirán normalmente una cláusula de confidencialidad para brindar protección tanto al *know-how* del franquiciador como a cualquier otra información confidencial que se entregue al sub-franquiciador y los sub-franquiciados. Mediante tales cláusulas el sub-franquiciador y el sub-franquiciado se comprometen a no comunicar el *know-how* del franquiciador a terceros. En este caso los terceros claramente no incluyen a aquellos a quienes la información deba ser comunicada para asegurar el correcto funcionamiento del negocio, por ejemplo empleados u otros colaboradores.

Tales empleados o colaboradores pueden sin embargo encontrarse con que el deber de confidencialidad que obliga a su empleador, independientemente de que sean empleados por el sub-franquiciador o un sub-franquiciado, puede extenderse también a ellos. Alternativamente, el franquiciador podría exigir que se celebre un acuerdo específico de confidencialidad entre esas personas y él mismo, para hacerlas así directamente responsables frente a él, pues podría no considerar suficientes las obligaciones de aquéllas hacia su empleador. Hablando en términos generales, en todos los países industrializados puede imponerse legítimamente a empleados o antiguos empleados cláusulas que protejan el *know-how*.

Digno de mención, es el hecho de que el alcance de una cláusula de confidencialidad no está necesariamente limitado al *know-how* técnico y/o comercial que pueda ser protegido. Tal cláusula también puede incluir otra información, o incluso partes componentes del *know-how*, que normalmente carecerían de cualificación para la protección legal,

siempre que esta información no fuera generalmente conocida y que no estuviera ya por lo tanto en posesión del destinatario, y asumiendo que esta información, en combinación con los otros elementos que forman el *know-how*, es un elemento esencial del *know-how*. En ocasiones se requiere una declaración por parte del sub-franquiciador o del sub-franquiciado indicando lo que él o ella conocía, o ignoraba, hasta el momento de la firma del contrato de franquicia principal o sub-franquicia para ayudar en la delimitación del *know-how* que es protegido.

La obligación de confidencialidad no llega a su fin con la terminación del contrato, sino que normalmente durará hasta que la información haya llegado a ser pública. Sin embargo se debe hacer notar que en algunas jurisdicciones esta obligación continuará obligando a la parte que la ha asumido incluso cuando el *know-how*, sin culpa de ninguna de las partes implicadas, haya llegado a ser de conocimiento público durante la duración del contrato¹².

Finalmente, se debe señalar que las restricciones contractuales sobre el uso de información confidencial no requieren normalmente que se ofrezca una compensación específica a la parte que es restringida en sus actividades.

b) Cláusulas de no-competencia

Otra cláusula normalmente incluida tanto en los contratos de franquicia principal como de sub-franquicia es la cláusula de no-competencia. El principal propósito de esta cláusula es proteger el *know-how* y evitar que se diluya la imagen de la red de franquicia. La validez de tal cláusula puede ser limitada en algunas jurisdicciones, en particular por lo que respecta a restricciones territoriales de competitividad. No obstante, incluso si puede no ser siempre posible hacer cumplir tal cláusula respecto de territorios que no son parte del mercado actual o potencial del franquiciador, su presencia en el contrato asegurará que el sub-franquiciador o sub-franquiciado no pueda utilizar el *know-how* del franquiciador sin permiso. La validez de una cláusula de no-competencia se prolongará normalmente durante toda la vigencia del contrato¹³. Si el sub-franquiciador en el momento de la celebración del contrato de franquicia principal estuviera ya comprometido en un negocio competidor, este hecho conviene que se mencione en el contrato.

¹² V. también Sección E "Adquisición por terceros de conocimientos del *know-how*".

¹³ V., en cualquier caso, la Sub-sección II, letra (b) "Cláusulas de no-competencia Posteriores a la conclusión".

Al sub-franquiciador o sub-franquiciado puede además exigírsele que no adquiera intereses financieros en el capital de una empresa competidora, puesto que tal interés financiero colocaría al *know-how* en serio riesgo de ser comunicado a competidores y sería extremadamente difícil probar que el competidor no hubiera desarrollado él mismo el *know-how* que estaba utilizando.

c) Cláusulas de reciprocidad (“grant-back”)

Los contratos de franquicia principal y sub-franquicia podrían también incluir lo que se conoce como cláusulas de reciprocidad (“grant-back”). De acuerdo con estas cláusulas al sub-franquiciador, o sub-franquiciado, se le pide que transmita cualquier experiencia que haya obtenido en la explotación de la franquicia al franquiciador, así como que conceda al franquiciador, y a los otros sub-franquiciadores y sub-franquiciados de la red, una licencia no exclusiva para el *know-how* resultante de esa experiencia. Un sub-franquiciador o sub-franquiciado puede en otras palabras ser contractualmente obligado a conceder al franquiciador una licencia para los desarrollos y mejoras que haya hecho al *know-how* como resultado de su propia experiencia en el negocio. La razón por la que las cláusulas de reciprocidad (“grant-back”) son generalmente admitidas, es que la red de franquicia es una estructura integrada que está basada en la cooperación de un número de empresas diferentes y que el franquiciador y todos y cada uno de los sub-franquiciadores y sub-franquiciados deben estar pues igualmente facultados para obtener las ventajas de cualquier mejora realizada en el sistema. La uniformidad de la red disminuiría, y consecuentemente su valor decrecería, si sólo uno de sus miembros pudiera beneficiarse de todas las mejoras realizadas al *know-how*.

d) Restricciones al ámbito de uso

Las “restricciones al ámbito de uso” son cláusulas contractuales que limitan el uso al que puede ser destinado el *know-how* concedido. En el caso de una franquicia tal cláusula obligará al sub-franquiciador o sub-franquiciado a no usar el *know-how* para propósitos diversos del giro de la empresa franquiciada. Asegurará por tanto que el sub-franquiciador o sub-franquiciado no emplea el *know-how* del franquiciador para una actividad sin compensar al franquiciador como propietario del *know-how* y sin que el franquiciador tenga control alguno sobre cómo se utiliza su *know-how*.

II. CLÁUSULAS UTILIZADAS PARA PROTEGER EL KNOW-HOW DESPUÉS QUE EL CONTRATO HA LLEGADO A SU FIN

Muchas de las restricciones estipuladas para la vigencia del contrato pueden continuar aplicándose después que éste haya llegado al fin, si así se previó en el contrato.

a) Cláusulas de confidencialidad

Para el caso del deber de confidencialidad, la observancia de este deber después que el contrato de franquicia principal o sub-franquicia haya llegado a su fin no puede imponerse al sub-franquiciador o sub-franquiciado si el *know-how* ha llegado a ser generalmente conocido o fácilmente accesible. Debe recalarse, en cualquier caso, que el *know-how* no puede considerarse que haya llegado a ser generalmente conocido si no es conocido por, o fácilmente accesible para, personas que pueden utilizarlo en los negocios. El mero hecho de que una persona ajena a los miembros de la red haya adquirido conocimiento del *know-how* no es suficiente para liberar al sub-franquiciador o sub-franquiciado de la obligación de no comunicar la información confidencial.

Se debe hacer notar que la regla que prohíbe la protección del *know-how* generalmente disponible después que el contrato haya llegado a su fin no se aplica cuando fue el sub-franquiciador o sub-franquiciado quien divulgó el *know-how* a pesar del hecho de que se encontraba obligado a conservar la información en su poder como confidencial.

b) Cláusulas de no-competencia posteriores a la conclusión

Otra restricción común posterior a la conclusión es la obligación asignada al sub-franquiciador (o sub-franquiciado) de no comprometerse directa o indirectamente en algún negocio similar a la franquicia en el territorio en el cual explotaba la franquicia, o en un territorio donde competiría con otro miembro de la red de franquicia o con el franquiciador. Aquél puede normalmente ser sometido a esta obligación por un periodo de tiempo razonable después que el contrato haya llegado a su fin.

El contrato debería pues establecer hasta qué punto se permite, o prohíbe, al sub-franquiciador comprometerse en actividades que compitan con el sistema de franquicia del que fue previamente parte. El franquiciador deseará prohibir a su antiguo sub-franquiciador que se comprometa en otras actividades que compitan con el sistema de franquicia por un cierto número de años: después de todo, realmente

puede haber enseñado al sub-franquiciador cómo dirigir el negocio que es objeto de la franquicia. El franquiciador no mirará con agrado una competencia que en el fondo es resultado de sus propias enseñanzas. El sub-franquiciador, por otra parte, no querrá perder las ventajas de lo que aprendió en el curso de su periodo como sub-franquiciador, durante el cual invirtió tiempo y recursos. El sub-franquiciador podría pedir compensación si va a tener el deber de no utilizar los activos sustanciales que invirtió en su franquicia.

El contenido de una cláusula de no-competencia debe ser negociado y las leyes del territorio examinadas para establecer hasta qué punto puede hacerse cumplir en términos de duración, ámbito y aplicabilidad territorial. En algunas jurisdicciones la duración no puede exceder de un año (este es el caso de la Unión Europea), en otras el territorio no debe ser tan grande que impida al sub-franquiciador dedicarse a cualquier actividad negocial. En cuanto al ámbito, el contrato debería tener en consideración dos situaciones diferentes: aquella en que el sub-franquiciador fuera totalmente ignorante de los negocios en ese concreto sector comercial y por lo tanto tuviera que aprender todo del franquiciador, y aquella en que el sub-franquiciador estuviera ya comprometido en el negocio determinado (por ejemplo si el sub-franquiciador estuviera ya dirigiendo un hotel antes de firmar un contrato con una red de franquicia hotelera). En el último caso una cláusula de no-competencia impidiendo al sub-franquiciador operar en un sector que ya conocía apenas puede estar justificada y la defensa del *know-how* del franquiciador está más bien basada en una cláusula de confidencialidad redactada de manera que incluya una prohibición de que el sub-franquiciador utilice el *know-how* del franquiciador para sus propios proyectos.

c) *Know-how* desarrollado por el sub-franquiciador y sub-franquiciado

El sub-franquiciador y los sub-franquiciados desarrollarán a menudo su propio *know-how*) en el proceso de dirigir el negocio. En este caso, si este *know-how* fuera desarrollado completamente independiente por el sub-franquiciador o sub-franquiciado, no sería posible impedirles que utilizaran el *know-how*) que han desarrollado para sus propios proyectos después que el contrato de franquicia haya llegado a su fin.

d) Restricciones al ámbito de uso

Las restricciones al ámbito de uso, generalmente, pueden ser prolongadas después del fin del contrato.

[<Volver al Índice>](#)

CAPÍTULO 12

CAMBIOS EN EL SISTEMA

A. LA FUNCIÓN DEL CAMBIO EN LA RELACIÓN DE FRANQUICIA: UNA PERSPECTIVA

El éxito de un sistema de franquicia depende de su capacidad para evolucionar y modificarse con el tiempo. Para que una relación de franquicia pueda subsistir es indispensable que sea fluida y flexible. Si la relación es demasiado rígida, el sistema de franquicia puede volverse obsoleto o, por lo menos, no competitivo¹. El contrato de franquicia proporciona el marco para la relación de franquicia. Sin embargo no es posible redactar un contrato de franquicia, ya sea un contrato de franquicia principal o de sub-franquicia, que expresamente prevea todos y cada uno de los cambios en las circunstancias que pudieran presentarse durante la vida del contrato y que pudieran afectar al sistema de franquicia. Por lo tanto es indispensable asegurarse que es posible adaptar el sistema de franquicia, pero también el contrato que regula la relación de las partes con respecto al sistema, a las circunstancias cambiantes.

I. *LOS DIFERENTES OBJETIVOS DE LAS PARTES*

Muy posiblemente diferirán los intereses de las partes con respecto a la adaptación del sistema de franquicia, imagen y productos. Mientras que los franquiciadores desearán conservar la mayor flexibilidad posible para implementar cambios en el sistema de franquicia, y así lo reflejarán en cláusulas apropiadas del contrato, los sub-franquiciadores y sub-franquiciados naturalmente preferirán las obligaciones claramente detalladas que están reflejadas en un contrato del que no se permita modificación, ya que comprensiblemente pueden temer que el franquiciador incrementará unilateralmente y sin limitación sus obligaciones y gastos. Sub-franquiciadores y sub-franquiciados pueden pues ver los cambios propuestos por el franquiciador desde la perspectiva

¹ Acerca de la necesidad de adaptar el sistema de franquicia a los requerimientos locales antes de dar comienzo a las operaciones, v. Capítulo 1, Sección B, Sub-sección VI "La internacionalización del sistema de franquicia".

de su efecto adverso sobre ellos, en lugar de apreciar la perspectiva del beneficio a largo plazo para el sistema. Por otra parte, el franquiciador podría dudar en introducir los cambios propuestos por el sub-franquiciador, por falta de conocimiento de las circunstancias que motivaron tales propuestas.

Por lo que respecta a las relaciones entre las partes, el reto es por tanto crear las condiciones para que compartan la idea de adoptar los cambios propuestos. Es importante que todos los cambios propuestos al sistema de franquicia sean razonables, o de acuerdo con el principio de buena fe, tanto por cuanto se refiere al alcance de los cambios interesados como a los costes que suponga su introducción. De otra forma el franquiciador puede tener dificultad en implementar cambios que el sub-franquiciador y los sub-franquiados podrían obviamente no haber previsto cuando firmaron los contratos de franquicia principal y sub-franquicia, y el sub-franquiciador puede encontrar resistencia a sus propuestas por parte del franquiciador. Por lo que toca a la redacción, el reto es anticipar la necesidad de cambio y prevenirla de modo que sea tolerable para ambas partes.

II. EL CICLO DE VIDA DE UNA FRANQUICIA : COMO SURGIRÁN DIFERENTES NECESIDADES DE CAMBIO EN LAS DIVERSAS ETAPAS DE DESARROLLO DE UNA FRANQUICIA

Los tipos de cambios que beneficiarán a un sistema de franquicia están relacionados frecuentemente con la etapa de desarrollo en que el sistema se encuentre. En la primera etapa de un sistema de franquicia, una modificación del sistema reflejará probablemente las tempranas experiencias del franquiciador y de sus iniciales franquiciados, y puede implicar, por ejemplo, el ajuste de los artículos del inventario o del menú del sistema, así como la introducción de marcas adicionales, o el uso de diferentes medios de publicidad. De modo similar, en la franquicia internacional las modificaciones iniciales van a reflejar probablemente diferencias en la cultura, las costumbres y las leyes entre el país del franquiciador y el país anfitrión.

Mientras el sistema de franquicia crece hasta llegar a considerarse un sistema establecido, y mientras la fórmula de éxito del franquiciador se refina, puede ser necesario hacer cambios más substanciales al sistema de franquicia como un resultado de, por ejemplo, modificaciones demográficas, cambios en los gustos del consumidor, nuevas tecnologías, o nuevos competidores. Como respuesta a esos cambios, un franquiciador puede desear hacer modificaciones a su sistema de varias maneras, tales como:

- ◆ añadir o suprimir líneas de producto enteras (por ejemplo, un sistema de restaurante que introduce un mostrador de ensalada fría/caliente o un servicio de reparto);
- ◆ cambiar la imagen del sistema (por ejemplo, rediseñando los logotipos);
- ◆ incrementar la publicidad y las actividades promocionales (por ejemplo, aumentando los pagos previstos al fondo de publicidad);
o
- ◆ cambiar los estándares de funcionamiento.

En ciertos casos los cambios totales en la dirección del sistema de franquicia, o la conversión de unidades franquiciadas en unidades propias de la compañía, pueden no ser excluidos, como tampoco puede serlo la apertura de nuevas cadenas de unidades que vendan líneas de productos que directa o indirectamente compitan con los vendidos por los miembros de la red de franquicia.

III. EL ESPECIAL PAPEL DEL CAMBIO EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Tanto en los acuerdos internacionales, como en los puramente nacionales, el franquiciador será quien sugiera la mayoría de los cambios y modificaciones al sistema que serán incorporados durante la vigencia del contrato. No es poco común que modificaciones introducidas como resultado de la experiencia obtenida en un país se incorporen en el sistema y se hagan efectivas también en otros países.

Una situación delicada puede surgir en relación con los cambios en el sistema de franquicia que el franquiciador desee que introduzca el sub-franquiciador y que los sub-franquiciados apliquen. En la mayoría de estos casos esta petición por parte del franquiciador será perfectamente legítima, ya que el franquiciador naturalmente siempre estará procurando mejorar su sistema de franquicia. A pesar de la legitimidad de la petición, sin embargo, el franquiciador debe reconocer que podría ser difícil para el sub-franquiciador exigir que sus sub-franquiciados adopten todos esos cambios. Las dudas de parte del sub-franquiciador pueden explicarse por el hecho de que no todos los cambios podrían ser adecuados para todos los países. La introducción de cambios implicará además un cierto gasto y éste es un factor importante en la evaluación de la conveniencia de introducir los cambios propuestos. Dependiendo de la naturaleza, grado y costo de los cambios propuestos, al sub-franquiciador se le debería dar el derecho a probarlos en el mercado y sólo debería estar obligado a introducirlos si los resultados del examen del mercado resultaran positivos. Además podría ser considerada la posibilidad de conceder al sub-franquiciador ciertos periodos fijos de tiempo para realizar cambios.

B. CIRCUNSTANCIAS QUE HACEN LOS CAMBIOS PROBABLES O INEVITABLES

Los factores que dan lugar a la necesidad de cambio dentro de los sistemas de franquicia durante la vida del contrato pueden ser o externos o impulsados por el franquiciador.

I. FACTORES EXTERNOS

La mayoría de los factores que obligan a un franquiciador a modificar su sistema son externos al propio sistema. Estos incluyen, por ejemplo, los siguientes:

- ◆ cambio demográfico;
- ◆ cambio tecnológico;
- ◆ cambio en las condiciones de competencia;
- ◆ cambios en el derecho;
- ◆ cambios en las fuentes de suministro como resultado de cambios en la infraestructura local.

II. CAMBIOS IMPULSADOS POR EL FRANQUICIADOR

Los franquiciadores decidirán a menudo modificar su sistema de franquicia cuando estimen que tales cambios mejorarán el sistema. La necesidad de introducir modificaciones puede ser resultado de una variedad de razones, incluyendo:

- ◆ el desarrollo de nuevos productos y servicios;
- ◆ la posibilidad de desarrollar nuevas oportunidades de mercadotecnia llegando a nuevos consumidores y mercados;
- ◆ el deseo de usar nuevos canales de mercadotecnia y distribución, aunque debería tenerse cuidado de no infringir los derechos del sub-franquiciador y los sub-franquiados, ya que el hecho de que el franquiciador conserve un derecho a vender su producto o distribuir sus servicios a través de otras vías puede reducir el valor de la franquicia para el sub-franquiciador y los sub-franquiados;
- ◆ la obsolescencia de los locales de la franquicia en cuanto al equipamiento utilizado y la imagen que se presenta a los clientes, lo que hace necesaria una renovación de los locales por los sub-franquiados de la red.

Algunos cambios que son más importantes o que son menos urgentes se retrasan a menudo hasta que el contrato de franquicia haya de ser renovado.

III. CAMBIOS INICIADOS POR EL SUB-FRANQUICIADOR

Tal como ocurre con las modificaciones iniciales hechas al sistema, las subsiguientes modificaciones o mejoras pueden también ser introducidas siguiendo sugerencias hechas por el sub-franquiciador o, a través del sub-franquiciador, por los sub-franquiciados. Como propietario del *know-how* del sistema de franquicia, el franquiciador conservará sin embargo el derecho de aprobar la introducción de modificaciones o mejoras al sistema, con independencia de si estas modificaciones o mejoras se originan por el sub-franquiciador o por un sub-franquiciado. Si el franquiciador no conservara tal derecho, la uniformidad del sistema y de los estándares del sistema se pondría a la larga en peligro. En estos casos es importante señalar quién es el titular de las mejoras efectuadas.

C. EL EFECTO DE LOS PRINCIPIOS LEGALES

Una parte de los principios legales generalmente reconocidos limitará la capacidad del franquiciador para modificar unilateralmente su sistema de franquicia. Mientras los franquiciadores podrían ver estas limitaciones como un impedimento a su capacidad para responder efectivamente a un mercado cambiante, los franquiciados podrían por otro lado considerarlas como una garantía contra modificaciones arbitrarias por parte del franquiciador.

I. CUESTIONES DE DERECHO CONTRACTUAL

Una primera observación al considerar las cuestiones de derecho contractual, es que se deben tener en cuenta las diferentes técnicas de redacción adoptadas en los sistemas pertenecientes a las variadas tradiciones legales².

El contrato debería ser redactado de tal manera que refleje la intención de las partes de permitir que se realicen cambios al sistema de franquicia en el futuro. Los cambios al sistema pueden, no obstante, implicar cambios a las obligaciones de las partes, y es por lo tanto necesario prever también esta posibilidad. Las cláusulas contractuales para este efecto son imprecisas, ya que no es posible prever qué cambios serán necesarios. La cuestión de su efectividad es consecuentemente probable que surja. En general, si el contrato de franquicia no evidencia que las partes tuvieran intención de conceder al franquiciador la facultad

² V. Capítulo 1, Sección B, Sub-sección V, letra (b) "Técnica de redacción".

discrecional para modificar las obligaciones del sub-franquiciador o de los sub-franquiados en relación con una modificación propuesta para el sistema de franquicia, el franquiciador no podría realizar la modificación que deseara introducir. Por esta razón, es conveniente que el contrato conceda expresamente al franquiciador el derecho discrecional para modificar el sistema unilateralmente y para introducir las modificaciones que pudieran dar por resultado el incremento de obligaciones para las otras partes del acuerdo. Debería señalarse no obstante que las cláusulas de esta naturaleza estarían con toda probabilidad bajo minucioso examen desde el punto de vista de su justicia. Podrían de hecho ser consideradas cláusulas contractuales injustas, en cuanto que un derecho unilateral concedido al franquiciador podría capacitarle para modificar los términos del contrato arbitrariamente, aumentando así las obligaciones del sub-franquiciador y/o sub-franquiados hasta un punto en que pudieran sobrevenir efectos negativos para las unidades de franquicia situadas al final de la cadena. La legislación aplicable a cláusulas contractuales injustas necesita por lo tanto ser tenida en consideración en la redacción de una disposición de esta naturaleza. Además debería observarse que cualquier ambigüedad en el contrato será interpretada contra el redactor del contrato, que en el caso de contratos de franquicia normalmente es el franquiciador, aunque en el contexto internacional es más probable que el contrato sea el producto de intensas negociaciones entre el franquiciador y el sub-franquiciador.

Además de las obligaciones expresas de las partes impuestas por las cláusulas del contrato, cada parte tiene en la mayoría de los países un deber implícito de no realizar acciones que impidan a la otra parte beneficiarse del contrato. Mientras este deber no puede ser usado para anular las cláusulas expresas del contrato, no siempre será claro hasta qué punto las partes han cubierto expresamente una materia en su contrato de franquicia. Como no es posible prever cada tipo de cambio que puede ser necesario, sería especialmente difícil demostrar que este deber implícito no es violado cuando un franquiciador ejercita su facultad discrecional contractualmente concedida para modificar el sistema de franquicia y consecuentemente varía las obligaciones impuestas en el propio contrato.

La técnica de efectuar un cambio incorporando por referencia documentos que son modificados por rutina mientras el sistema se desarrolla, tales como los manuales de operaciones, se puede ver además frustrada por la rígida aplicación de algunos principios de derecho contractual. Debería observarse en todo caso que esas reglas han sido mitigadas en la mayoría de las jurisdicciones y que un estándar de buena

fe y razonabilidad se extiende por este área del derecho contractual. Consecuentemente, al franquiciador se le permitirá normalmente que introduzca las modificaciones que juzgue necesarias cuando dificultades imprevistas surjan en el cumplimiento de un contrato, o cuando una modificación propuesta a un contrato se ajuste a los estándares comerciales de razonabilidad. Otros principios legales que podrían entrar en juego en este contexto son el principio que prohíbe el trato discriminatorio a partes que se encuentren en las mismas circunstancias y, desde luego, el de fuerza mayor.

D. ASPECTOS DE LA RELACIÓN DONDE ES MÁS PROBABLE QUE EL CAMBIO SEA NECESARIO

Una relación de franquicia es típicamente una relación de larga duración. Es por tanto natural que muchos aspectos más tarde o más temprano probablemente requieran modificación. En lo posible, estos aspectos deberían ser considerados en el propio contrato de franquicia. Aquéllos que más comúnmente requieren modificación son la naturaleza del negocio, su apariencia externa, cambios en las obligaciones del sub-franquiciado y cambios en el ámbito de las actividades del franquiciador.

I. LA NATURALEZA DEL NEGOCIO

a) Ubicación y naturaleza del establecimiento

Como la demografía, los trazados del tráfico, o la división de zonas en el mercado cambian con el tiempo, puede ser deseable reubicar los establecimientos de las franquicias o cambiar su naturaleza.

b) Derechos territoriales

Las características del mercado que determinaron la amplitud de los derechos territoriales concedidos a un sub-franquiciador o sub-franquiciado probablemente cambien pasado un tiempo, con el resultado de que ahí puede ser necesaria la modificación de los derechos territoriales originalmente concedidos.

c) Clientes a los que el sistema está dirigido

El cliente tipo de un sistema de franquicia cambiará a menudo con el tiempo.

d) Productos y servicios ofrecidos

Las investigaciones de mercado se deben realizar periódicamente para percibir cambios y tendencias en el mercado, a los cuales el sistema

puede responder añadiendo, suprimiendo, o mejorando los productos y servicios que son parte del sistema.

e) Métodos de mercadotecnia y distribución

El franquiciador debe estar en disposición de aprovechar las ventajas de nuevas oportunidades de mercadotecnia que surjan como un resultado del desarrollo de nuevos medios de comunicación. De forma similar, las demandas de comodidad por parte de los consumidores pueden ser atendidas haciendo uso de canales alternativos de distribución, dedicándose a la combinación de franquicias o haciendo uso de otras técnicas similares.

II. LA APARIENCIA EXTERNA

a) Marcas comerciales / Imagen comercial

Las marcas comerciales, logotipos, o la imagen comercial del sistema pueden ser modificadas durante la vigencia del acuerdo de franquicia para introducir colores nuevos o un logotipo más moderno, o porque el sistema haya evolucionado hasta tal punto que las marcas ya no representen la serie completa de productos o servicios ofrecidos por el sistema de franquicia. En estos casos, así como cuando la validez de las marcas está en cuestión, el franquiciador será compelido a introducir marcas adicionales o sustitutas para aumentar la efectividad del sistema.

b) Renovación

La renovación de los locales de franquicia es frecuentemente una condición previa para la renovación o transmisión de una franquicia. Muchos franquiciadores también exigen a sus franquiciados que remodelen y mejoren sus locales y equipo en el curso del contrato de franquicia, especialmente cuando el contrato es de larga duración. La remodelación y mejora de los locales de la franquicia acarrearán normalmente una inversión significativa de capital por el franquiciado. Muchos contratos de franquicia proporcionarán por tanto un nivel de comodidad a los franquiciados fijando estándares claros, o limitando la discreción del franquiciador en este área. Esta limitación se expresa a menudo como una máxima cantidad de dinero que a un franquiciado se le puede exigir que invierta en la renovación de locales, como un número determinado de renovaciones que serán exigibles durante la vigencia del contrato de franquicia, o como una exigencia de que la renovación ponga a la unidad de franquicia a la altura de los actuales estándares del franquiciador para el sistema. En el contexto de una

estructura de franquicia principal el franquiciador deseará asegurar que estos derechos y obligaciones estén claramente descritos en el contrato de sub-franquicia.

III. CAMBIOS EN LAS OBLIGACIONES DEL SUB-FRANQUICIADOR Y DE LOS SUB-FRANQUICIADOS

a) Nuevas obligaciones

El franquiciador debe ser capaz de establecer y mantener la calidad y uniformidad de los productos y servicios que su red ofrece, así como lograr la aceptación por parte de los consumidores. La capacidad del franquiciador para hacerlo dependerá a menudo de su capacidad para modificar las obligaciones del sub-franquiciador y de los sub-franquiciados, en particular aquellas obligaciones que tienen relación con las contribuciones al fondo de publicidad³, nuevos programas de mercadotecnia otras semejantes.

b) Estándares de cumplimiento superiores

Además de tener obligaciones que cambien durante el tiempo, el sub-franquiciador y/o sub-franquiciado pueden también encontrarse con que sus estándares de cumplimiento son ajustados en el curso del contrato. Para algunos tipos de estándares de cumplimiento, tales como las cuotas de ventas, podría ser factible la fijación de esos estándares, así como cualesquiera cambios que vayan a ser hechos, directamente en el propio contrato de franquicia, pero la mayoría de sistemas de franquicia exigirán a los sub-franquiciadores y/o sub-franquiciados que cumplan con los estándares y los procedimientos especificados en los manuales de operaciones del sistema y el acuerdo de franquicia reservará normalmente en su lugar al franquiciador el derecho a actualizar esos manuales durante la completa vigencia del acuerdo.

IV. CAMBIOS EN EL ÁMBITO DE LAS ACTIVIDADES DEL FRANQUICIADOR

No sólo cambian las obligaciones de los sub-franquiciadores y los sub-franquiciados durante la vigencia del contrato de franquicia, las obligaciones del franquiciador respecto de sus sub-franquiciadores, y a través de ellos de sus sub-franquiciados, están también sujetas a modificación mientras el sistema de franquicia se desarrolla. Esto es particularmente cierto en el caso de la franquicia nacional. Ciertas

³ Sobre los fondos de publicidad, v. Capítulo 8, Sección C, Sub-sección III "Fondos de publicidad".

obligaciones del franquiciador pueden surgir sólo después que haya pasado un periodo de tiempo o haya ocurrido un evento específico, mientras otras pueden estar presentes al principio de la relación pero pueden ser eliminadas más tarde o hacerse menos importantes. El contrato de franquicia puede por eso conceder al franquiciador la facultad de decidir cuáles de sus obligaciones son permanentes, cuáles son efectivas intermitentemente o sólo cuando las circunstancias así lo dicten y cuáles deberían ser introducidas, o eliminadas, en el sistema. Esta decisión puede depender de factores tales como el costo de la obligación para el franquiciador y el beneficio de la obligación para los sub-franquiciadores y la red.

Un ejemplo de obligación que puede estar presente al principio de la relación, pero que se vería afectada por eventos posteriores, sería un compromiso del franquiciador de suministrar un producto concreto a los miembros de la red de franquicia. Inicialmente, el franquiciador puede ser la única fuente de este producto, en particular si el producto no está disponible de otro modo o no es de la calidad requerida, pero si otros productores, más eficientes y menos caros entran en el mercado, entonces el franquiciador podría no querer continuar sirviendo como proveedor de ese producto.

E. TÉCNICAS PARA EFECTUAR UN CAMBIO

Varias técnicas diferentes están a disposición de los franquiciadores que deseen realizar cambios en sus sistemas de franquicia. Algunas de las técnicas más comunes están perfiladas a continuación.

I. EL USO DE LA EXPIRACIÓN DEL CONTRATO

a) Expiración del contrato

La oportunidad más obvia de efectuar un cambio surge a la expiración del contrato de franquicia. La importancia de realizar cambios en un sistema de franquicia particular será a menudo de relevancia para determinar la duración del contrato. Un franquiciador que prevé introducir cambios importantes en el sistema o en las cláusulas de su contrato de franquicia preferirá un plazo más corto.

b) Renovación del contrato

Una oportunidad casi igualmente efectiva para efectuar cambios surge en el momento de la renovación del contrato de franquicia, suponiendo que la renovación sea una opción que esté prevista⁴.

⁴ V. Capítulo 3 "Duración del Contrato y Condiciones de Renovación".

II. OTRAS TÉCNICAS

Además de emplear el vencimiento como una técnica para efectuar cambios, existen otras alternativas que se pueden utilizar cuando se redacta el contrato⁵. Una de tales técnicas que se está haciendo cada vez más importante en un tiempo de rápidos cambios es la reserva de derechos. Esto podría implicar que el franquiciador se reservara el derecho a vender los mismos o similares productos o servicios a través de canales alternativos de distribución, quizás en una época posterior y quizás de manera no fácilmente accesible para el sub-franquiciador o los sub-franquiciados (ventas por catálogo, por ejemplo). Si bien es cierto que un sub-franquiciador o un sub-franquiciado podrían preocuparse por que esto pudiera reducir sus propias ventas, ello bien podría producir un beneficio neto debido al incremento de exposición de los productos o servicios que se ofrece al público consumidor. Las partes deberían abordar este asunto, y los métodos para satisfacer los objetivos de cada cual, al principio.

III. USO DE DOCUMENTOS DISTINTOS AL CONTRATO DE FRANQUICIA

Como no es posible reflejar todos los cambios de funcionamiento que se requieren para mantener al día el sistema de franquicia mediante enmiendas al contrato de franquicia principal, estos cambios de funcionamiento se reflejan típicamente en cambios hechos a los manuales. Debería apuntarse no obstante que el franquiciador tendrá gran dificultad para hacer cumplir disposiciones contenidas en los manuales que contradigan los términos expresos del contrato de franquicia. Además, el uso de los manuales para realizar cambios importantes en el sistema, para imponer obligaciones significativamente nuevas y no contempladas previamente, o para imponerlas de manera que sea manifiestamente inconsistente con las expectativas razonables de los franquiciados, podría ser problemático o no posible en absoluto. En algunos sistemas legales puede ser requerida una aceptación expresa de las nuevas condiciones.

El franquiciador también puede modificar el sistema solicitando que sean cumplidos los cambios comunicados por medios menos formales que una enmienda de los manuales de operaciones, tales como, por ejemplo, boletines, declaraciones de objetivos, anuncios y comunicaciones similares.

⁵ V., en general, la discusión en el Capítulo 1, Sección B, Sub-secciones IV "Negociación de contratos internacionales" y V "Redacción de contratos de franquicia internacional".

IV. CAMBIOS EN FUNCIÓN DE QUE SUCEDAN ACONTECIMIENTOS OBJETIVAMENTE DETERMINABLES

a) Acontecimientos que ocurren fuera del sistema

Un ejemplo de un cambio motivado por un acontecimiento que ocurre fuera del sistema incluiría el pago de una cuota adicional para el fondo de publicidad cuando los competidores hubieran adoptado ciertas acciones.

b) Acontecimientos que ocurren dentro del sistema

Los ejemplos incluyen la revocación de la exclusividad del sub-franquiciador o sub-franquiciado en el territorio que ha sido concedida, o una reducción en el tamaño del territorio, si no alcanza las cuotas de ventas establecidas en el contrato.

c) Acontecimientos que ocurren como consecuencia de acciones de otros franquiciados

El franquiciador puede desear que ciertos cambios se implementen sólo después que una cualificada, o absoluta, mayoría de sus sub-franquiciadores los aprueben.

V. CIRCUNSTANCIAS QUE PUEDEN PROPORCIONAR OPORTUNIDADES APROPIADAS PARA EFECTUAR UN CAMBIO

A los franquiciadores se les presentan a menudo algunas circunstancias que facilitan la introducción de modificaciones al sistema. El franquiciador no se amparará en estos casos en su derecho a imponer las modificaciones, sino que en su lugar requerirá la introducción de los cambios como contrapartida a la concesión de lo que el sub-franquiciador haya solicitado. Estas circunstancias surgen a menudo en las ocasiones que se ilustran a continuación.

a) El deseo de expandirse del sub-franquiciador

El franquiciador, que no tiene obligación de conceder un territorio o franquicia adicional, puede elegir hacerlo a condición de que el sub-franquiciador acepte introducir las modificaciones propuestas por el franquiciador y con la exigencia de que los sub-franquiciados se sometan a ellas.

b) El deseo del sub-franquiciador de prolongar el plazo

El franquiciador podría consentir prolongar el plazo del contrato de franquicia principal, o renovarlo, a condición de que el sub-franquiciador consienta en la introducción de las modificaciones que aquél propone.

c) El deseo del sub-franquiciador de transferir

La solicitud de un sub-franquiciador de transferir parte o todo su interés en la franquicia a otro sub-franquiciador presenta al franquiciador la oportunidad, por ejemplo, de insistir en la conformidad del cesionario con sus requisitos y estándares actuales. Esto puede estar expresamente previsto en el propio contrato⁶.

d) Sub-franquiciador en falta de cumplimiento

Si el sub-franquiciador no ha cumplido adecuadamente el contrato de franquicia principal, o desea ser liberado de una deuda que debe al franquiciador, el franquiciador puede exigir que el sub-franquiciador consienta en introducir las modificaciones que propone como una condición para no proceder por incumplimiento contra el sub-franquiciador.

e) El franquiciador desarrolla un nuevo producto o servicio que no está contractualmente obligado a poner en disposición del sub-franquiciador

El franquiciador podría conceder al sub-franquiciador el derecho de ofrecer el nuevo producto o servicio que ha desarrollado a cambio de la introducción de los cambios propuestos. Debe cuidarse que no se oculten tales oportunidades a un sub-franquiciador si el hacerlo podría tener un efecto negativo en la viabilidad de la operación del sub-franquiciador.

VI. MECANISMOS CORRECTIVOS Y DE EJECUCIÓN

Un franquiciador que prevé y planea futuros cambios en el sistema incluirá a menudo medidas correctivas en el contrato de franquicia para casos de, por ejemplo, iliquidez del sub-franquiciador. Estas medidas en general tendrán efecto automático y normalmente conducirán a cambios

⁶ V. la discusión más extensamente en Capítulo 13 "Venta, Cesión y Transferencia".

que son menos drásticos que una terminación efectiva de la relación. Ejemplos comunes pueden ser la reducción del territorio exclusivo del sub-franquiciador o la eliminación del derecho exclusivo del sub-franquiciador sobre un territorio si deja de satisfacer ciertos requisitos (tales como la consecución de un cierto volumen de ventas), la pérdida del derecho del sub-franquiciador a renovar el contrato, o la pérdida del derecho del sub-franquiciador a llevar todos los productos o servicios ofrecidos por el franquiciador. Esta forma de proceder podría permitir al franquiciador facilitar el cambio en el sistema de franquicia de forma que pueda causar menos fricción entre las partes de la que se produciría de otro modo.

VII. HACIENDO LOS CAMBIOS MÁS ACEPTABLES

Los franquiciadores tienen algunos mecanismos a su disposición para hacer los cambios en el sistema de franquicia más aceptables para los sub-franquiciadores. Esos medios pueden jugar un importante papel para facilitar la modificación de los programas de franquicia y para preservar una relación constructiva. Muchos franquiciadores emplearán por consiguiente tales medios incluso aunque no tengan obligación legal de hacerlo.

a) Revelación de la probabilidad de un cambio

Los franquiciadores pueden informar a los sub-franquiciadores de que es probable que ocurra una modificación del sistema de franquicia.

b) Asegurar la posibilidad de efectuar los cambios

Un ejemplo de mecanismo para asegurar que sea posible para los sub-franquiciadores introducir los cambios requeridos es el establecimiento de un fondo de amortización, que exija a los sub-franquiciadores apartar una cantidad específica de dinero cada año en previsión de alteraciones que requerirán una importante inyección de capital.

c) Incentivos

El franquiciador puede tener capacidad para estimular a sus sub-franquiciadores y sub-franquiciados en la realización de los cambios requeridos ofreciéndoles ciertos incentivos, tales como la concesión de un territorio mayor, o adicional, la concesión de una ampliación del plazo o de una renovación, o haciendo disponible un producto o servicio adicional que el franquiciador no esté obligado a proporcionar.

d) Ayuda

El franquiciador puede tener la voluntad de ofrecer, o disponer, beneficios financieros (tales como la suspensión del pago de las cuotas periódicas) u otra ayuda para quienes hagan las modificaciones deseadas.

e) Limitaciones sobre los cambios requeridos

Los sub-franquiciadores o sub-franquiciados pueden ser más proclives a las solicitudes de modificación si son conscientes de que tales solicitudes no se presentarán frecuentemente. El contrato de franquicia o el manual de operaciones deberían por tanto especificar cualesquiera limitaciones a esas solicitudes, tales como un límite a la frecuencia de tales solicitudes, la máxima cantidad de inversión de capital que será requerida, o los acontecimientos o condiciones que podrían poner en marcha solicitudes de modificación del sistema de franquicia.

[<Volver al Índice>](#)

CAPÍTULO 13

VENTA, CESIÓN Y TRANSFERENCIA

Una eventualidad que usualmente no es contemplada cuando el contrato de franquicia principal está siendo negociado, es la de que el franquiciador, o sub-franquiciador, tengan la necesidad de transferir a un tercero sus derechos resultantes del acuerdo a una tercera parte incluso si el contrato no ha expirado. La importancia de la cesión o transferencia de derechos resultantes de contratos de franquicia principal, y de las normas o condiciones que regulan tales cesiones o transferencias, no sólo para las dos partes directamente afectadas sino para la red entera, no debería no obstante ser subestimada.

Los contratos de franquicia principal son casi invariablemente contratos de larga duración. En la mayoría de los casos las partes inician una relación de franquicia principal con la intención de permanecer en la relación al menos durante el periodo inicialmente pactado, si no mayor. La selección de un socio adecuado es por tanto de primordial importancia. Las partes dedicarán tiempo y esfuerzo para identificar a una persona o empresa que ellos consideren que ofrece las necesarias garantías para una relación duradera y que en general responda a sus requerimientos. Así, en buena medida, cada parte basará su decisión de entrar en una relación concreta en la naturaleza y cualidades de la otra parte, en su compromiso y en su eficacia para cumplir sus obligaciones de manera que elevará al máximo la oportunidad de un desarrollo exitoso del sistema de franquicia. Es por tanto natural para una parte que prefiera que la otra no transfiera sus derechos resultantes del contrato, o que tal posibilidad esté restringida o limitada de algún modo. Es sin embargo igualmente natural para esa misma parte desear tener la posibilidad de transferir sus propios derechos. El franquiciador y sub-franquiciador deben por tanto ofrecer cuidadosa consideración a cualesquiera circunstancias que pudieran surgir durante la vigencia del contrato y que pudiera resultar en una necesidad por su parte de transferir o ceder sus derechos resultantes del contrato de franquicia principal, al igual que a las condiciones bajo las que cada uno de ellos consentirá una cesión o transferencia por el otro. Las mismas consideraciones deben ser hechas para el sub-franquiciador y el eventual sub-franquiciado cuando negocian los términos del contrato de sub-franquicia.

Las leyes de muchas jurisdicciones proporcionan normas para regular la transferencia o cesión de derechos resultantes de contratos tales como los contratos de franquicia, pero las partes podrían considerar estas reglas insuficientes por no llegar al detalle. Por tanto los contratos de franquicia principal y los contratos de sub-franquicia contendrán normalmente disposiciones para ordenar la transferencia de derechos. Se debe mencionar que mientras usualmente no hay razón para limitar los derechos del franquiciador de transferir o ceder sus derechos¹, y por tanto el contrato de franquicia principal contendrá poco, si algo, acerca de transferencias por parte del franquiciador, hay más razones para limitar los derechos del sub-franquiciador y, en la relación de sub-franquicia, del sub-franquiciado. Las diferencias en las relaciones que existen entre el franquiciador y el sub-franquiciador por un lado y el sub-franquiciador y sub-franquiciado por otro, ocasionan sin embargo ciertas diferencias en la redacción de las disposiciones de los contratos. Aquellas contenidas en contratos de sub-franquicia van de hecho probablemente a ser bastante detalladas en cuanto a las diferentes condiciones bajo las cuales el sub-franquiciador consentirá una transferencia por parte del sub-franquiciado, mientras que los contratos internacionales de franquicia principal podrían simplemente afirmar que una transferencia no es posible sin el consentimiento del franquiciador, quien sin embargo no debería negar su consentimiento irrazonablemente.

A. CIRCUNSTANCIAS QUE DAN LUGAR A UNA TRANSFERENCIA

I. REESTRUCTURACIÓN INTERNA

Una parte de un contrato de franquicia, sea un contrato de franquicia principal o un contrato de sub-franquicia, puede desear transferir sus intereses o derechos resultantes del contrato por una variedad de diferentes razones. Puede, por ejemplo, desear simplemente reestructurar sus intereses internamente, careciendo de intención de alterar su última propiedad, participación o cometido en la relación de franquicia. Consideraciones acerca del gobierno corporativo interno, de la facilitación en la sucesión de la propiedad y de índole fiscal van a encontrarse entre las razones para una cesión o transferencia de los intereses en un contrato de franquicia a una entidad legal distinta. Cambios en el escenario político pueden ser también la causa de cambios de esta naturaleza. Puede, por ejemplo, haber situaciones en economías emergentes en las cuales empresas total o parcialmente propiedad del estado que

¹ Véase *infra*, Sección C “Los infrecuentes límites para la transferencia de los derechos del franquiciador”

originalmente recibían franquicias son privatizadas y esto puede requerir un tratamiento especial en el contrato. La otra parte en el contrato de franquicia carecerá normalmente de objeción a una cesión que es una parte de tal reorganización. Aunque técnicamente el resultado de la cesión es que una nueva entidad llega a ser parte del contrato, en realidad no hay cambio en la propiedad final del sistema de franquicia. La parte que no ha transmitido puede desear sin embargo tener garantías de que el cumplimiento de la nueva entidad estará respaldado o garantizado por la parte que transmite.

II. INCAPACIDAD O MUERTE

Puede ser necesario transferir los intereses de un individuo que es parte en un contrato de franquicia principal como resultado de su incapacidad o muerte. Las disposiciones sobre cesión deben resolver de algún modo las cuestiones que surjan en estas circunstancias, tales como bajo qué circunstancias los herederos, o sucesores, de un individuo pueden estar facultados para asumir sus derechos y obligaciones resultantes del contrato. Mientras esto puede ser relativamente indiscutible en el caso de un franquiciador, necesita ser tratado en relación con la muerte o incapacidad de un sub-franquiciador. Aunque debe ser posible transferir los intereses del subfranquiciador en estos casos, es natural que el franquiciador quiera disponer de la facultad de ejercer un cierto control sobre quien entra en la relación de franquicia por virtud de tal transferencia. El franquiciador, para poder salvaguardar la red, necesita asegurarse que el transferido es capaz de actuar como sub-franquiciador, sustituto adecuado del sub-franquiciador original.

III. INSOLVENCIA

La insolvencia de una parte puede también dar lugar a una transferencia de todo o parte de sus intereses en el contrato de franquicia principal. En tales casos las leyes del país en el cual esa parte reside pueden dictar cómo y bajo qué circunstancias debe ser hecha la transferencia. Se debe hacer notar que estas leyes sobre insolvencia pueden anular las disposiciones contractuales que las partes hayan pactado. Las partes deberían en consecuencia cerciorarse de que sus disposiciones no entran en conflicto con las leyes de insolvencia aplicables.

IV. DESEO DE TERMINAR LA RELACIÓN

Cada parte puede desear por motivos financieros o de otra índole finalizar su participación en la relación de franquicia y puede por tanto

decidir transferir sus derechos. Esta decisión puede reflejar un cambio en la valoración por esa parte del atractivo de la franquicia, o puede reflejar cambios en sus propósitos negociales o un deseo de capturar una oportunidad financiera con la venta de sus intereses a un tercero sin relación. Cuando una parte desea transferir sus intereses por razones de este estilo, la otra parte estará a menudo motivada para asegurar que el transferido sea aceptable para él. De hecho, su interés a este respecto estará plenamente justificado. En el caso de una transferencia por un sub-franquiciador, el franquiciador puede incluso requerir que él apruebe la transferencia antes de que sea hecha y puede exponer ciertas condiciones como un prerrequisito para la concesión de esta aprobación previa. Cualesquiera condiciones de esta naturaleza estarán diseñadas para darle algo de certeza de que el cumplimiento de las obligaciones asumidas o transferidas continuarán con la nueva parte.

B. RAZONES PARA IMPEDIR A LOS SUB-FRANQUICIADORES LAS TRANSFERENCIAS NO RESTRINGIDAS

La razón por la que un franquiciador puede desear la restricción del derecho del sub-franquiciador para transferir sus intereses es impedir una cesión de los intereses del sub-franquiciador a una parte cuyo estado financiero, capacidad o reputación no sea satisfactoria. También desearía claramente evitar una cesión a un negocio competidor o a una parte afiliada con un negocio competidor. Una relación de franquicia se basa en la confianza de cada una de las partes en la otra. El franquiciador ha entrado en la relación por su convicción de la calidad del sub-franquiciador y a su creencia de que el sub-franquiciador es apropiado y está comprometido a hacer de la relación un éxito. Es naturalmente dudoso tomar en consideración la posibilidad de que otro sub-franquiciador, cuya capacidad o compromiso es desconocido, tome el lugar del primero.

El franquiciador requerirá algo más que una promesa acerca de que la nueva parte cumplirá con las disposiciones del contrato de franquicia principal. Preferirá a un nuevo sub-franquiciador que tenga la capacidad y el deseo de dedicarse activamente a la oportunidad de la franquicia. Las cualidades que permiten a un sub-franquiciador dedicarse a la oportunidad de la franquicia son con frecuencia difíciles de precisar y son, al menos en cierta medida, un tema de juicio subjetivo².

² Véase la discusión de la selección de un sub-franquiciador en el Capítulo 1, Sección B, Sub-sección II "La selección de un sub-franquiciador".

C. LOS INFRECIENTES LIMITES PARA LA TRANSFERENCIA DE LOS DERECHOS DEL FRANQUICIADOR

Las razones por las cuales un sub-franquiciador querría tener el derecho a restringir transferencias de los intereses y obligaciones del franquiciador en el contrato de franquicia principal son similares a aquellas por las que el franquiciador querría restringir transferencias de los intereses del sub-franquiciador. Es sin embargo poco usual para un contrato de franquicia principal restringir el derecho del franquiciador a transferir o ceder sus intereses. Hay dos razones principales por las cuales el franquiciador no está limitado en este sentido. Primeramente, un franquiciador es probable que tenga muchos sub-franquiciadores diferentes en su sistema. Sujetar la transferencia de derechos del franquiciador al consentimiento de todos sus sub-franquiciadores daría lugar en última instancia a un procedimiento extremadamente gravoso. Podría de hecho efectivamente impedir al franquiciador la cesión de sus derechos. En segundo lugar, las restricciones a la capacidad del franquiciador de ceder sus intereses reducirían sumamente la comerciabilidad tanto del propio franquiciador como del sistema de franquicia del franquiciador, si desease vender el negocio de franquicia.

Además, como redactor del contrato principal de franquicia el franquiciador normalmente insertará una disposición que le permita ceder sus derechos sin restricción. Esta disposición raramente es objeto de discusión. La razón para esto quizá sea que una cesión por el franquiciador se ve como una posibilidad muy remota. La mayoría de los contratos de franquicia concederán al franquiciador en consecuencia la libertad de transferir sus intereses como guste. Si ocurre tal transferencia, a menudo también liberará completamente al franquiciador de ulteriores responsabilidades frente al sub-franquiciador, al menos en la medida en que el cesionario del franquiciador haya asumido las obligaciones respectivas.

D. ENFOQUES CONTRACTUALES COMUNES

Las disposiciones contractuales que rigen los derechos del sub-franquiciador a vender, ceder o transferir de otro modo sus derechos en un contrato de franquicia principal pueden ser simples o muy complejas, dependiendo a qué circunstancias deseen atender las partes.

I. DEFINICIÓN DE TRASFERENCIA

La mayoría de los contratos describen qué transferencias estarán restringidas y por tanto sujetas a la previa aprobación del franquiciador. La

cláusula de transferencia frecuentemente restringirá cualquier transferencia "directa o indirecta" de intereses. Cualquier transferencia directa o cesión de los intereses del sub-franquiciador estará por tanto cubierta, como lo estará normalmente también cualquier prenda o hipoteca u otra cesión contingente de los intereses del sub-franquiciador. El contrato tratará normalmente un cambio de propiedad o control en una sociedad sub-franquiciada como una cesión o transferencia que está sujeta a la aprobación del franquiciador. A veces especificará qué constituye un cambio de propiedad o control. Un cambio de propiedad que asciende a más del 49% de la propiedad del sub-franquiciador dentro de un periodo de tres años puede, por ejemplo, ser considerado como una transferencia sujeta a restricciones.

II. CONDICIONES PARA PERMITIR LA TRANSFERENCIA

El contrato de franquicia principal requerirá a menudo el consentimiento escrito del franquiciador para cualquier transacción que constituya una transferencia restringida. Al franquiciador se le puede conceder el derecho único y absoluto de conceder o negar su consentimiento, o su consentimiento puede estar sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones. Las condiciones que se imponen suelen estar diseñadas para asegurar que el nuevo sub-franquiciador tiene las cualidades que se consideran necesarias en un buen sub-franquiciador. Ejemplos de los tipos de condiciones que son impuestas serían:

- ◆ el sub-franquiciador debe estar en conformidad a todos los aspectos con el contrato de franquicia principal;
- ◆ el sub-franquiciador debe renunciar y abandonar cualesquiera reclamaciones que pueda tener contra el franquiciador al tiempo de la transferencia o cesión propuesta;
- ◆ el cesionario propuesto debe demostrar para satisfacción del franquiciador que posee las características de administración, financieras y empresariales apropiadas para llegar a ser un sub-franquiciador adecuado. Esta condición puede contener minuciosos detalles, que hagan referencia a, por ejemplo, la buena reputación del sub-franquiciador propuesto, el valor neto, el límite de crédito, la capacidad para supervisar activamente el funcionamiento de las unidades franquiciadas en el territorio, la aptitud general y la experiencia económica y comercial, o puede simplemente referirse a los estándares fijados por el franquiciador para el nombramiento de nuevos sub-franquiciadores. El cumplimiento de condiciones de este tipo dependerá en cierta medida de evaluaciones subjetivas por parte del franquiciador y el

sub-franquiciador y podría conducir a diferencias de criterio entre los dos;

- ◆ el pago por el sub-franquiciador transmitente de una cuota de transferencia que sirve como reembolso parcial de los gastos contraídos por el franquiciador en su revisión de la transferencia propuesta;
- ◆ la realización de un nuevo acuerdo de franquicia principal por el cesionario propuesto que se ajuste a la última versión del contrato de franquicia principal del franquiciador, así como de otra documentación que el franquiciador suele requerir cuando nombra nuevos sub-franquiciadores; y
- ◆ el cumplimiento por el cesionario propuesto de los requisitos de formación del franquiciador.

La primera y segunda condiciones indicadas arriba tratan de identificar, atender y resolver diferencias entre el franquiciador y sub-franquiciador iniciales antes de que la relación entre ellos se rompa. Mientras la primera condición es raramente una de las debatidas durante la negociación del contrato de franquicia principal, la segunda condición, la liberación del franquiciador por parte del sub-franquiciador, es a veces protestada por el sub-franquiciador, que puede preguntarse por qué debe renunciar a derechos que tiene frente al franquiciador para que se le permita ejercer su derecho de cesión. La respuesta del franquiciador podría ser que es deseable o importante olvidar cualquier reclamación entre ellos mientras aún estén trabajando juntos. Si ese es el propósito del franquiciador, entonces podría ser considerada la posibilidad de adoptar una formulación de la disposición más claramente equilibrada.

Las condiciones tercera, quinta y sexta son generalmente consideradas como salvaguardas razonables para asegurar que el nuevo sub-franquiciador está adecuadamente cualificado y comprometido para cumplir su papel como sub-franquiciador. Un sub-franquiciador propuesto puede no obstante comprensiblemente oponerse a estándares subjetivos que otorguen al franquiciador una discrecionalidad excesiva en la determinación de si un cesionario propuesto es adecuado para ser un buen sub-franquiciador. Las partes pueden llegar a un arreglo estableciendo que la aprobación por parte del franquiciador del cesionario propuesto no será denegada injustificadamente.

El sub-franquiciador querrá desde luego tener la libertad de transferir sus intereses en el contrato de franquicia en las circunstancias apropiadas. Debería por tanto al menos tratar de asegurar que las condiciones que ha de satisfacer para obtener el consentimiento del franquiciador a la transferencia sean razonables. El sub-franquiciador puede además tratar de imponer la aplicación de estándares de razonabilidad cuando el

franquiciador ejercite cualquier discreción que pudiera tener en la determinación efectiva de si las condiciones requeridas han sido o no satisfechas.

Finalmente, las condiciones impuestas para la transferencia de intereses pueden diferir según las circunstancias. Una transferencia originada por la insolvencia o quiebra del sub-franquiciador estará, por ejemplo, sujeta a diferentes reglas o procedimientos que una transferencia que sea completamente voluntaria. En este sentido las leyes especiales de insolvencia de los países involucrados deben ser examinadas a fin de comprender las implicaciones de cada una de las partes bajo los especiales requisitos de esas leyes.

Del mismo modo, una transferencia involuntaria debida a la muerte o incapacidad de una parte puede merecer un tratamiento diferente al de una transferencia iniciada voluntariamente por una parte que desea transferir sus intereses.

III. DERECHO DE TANTEO

El franquiciador puede desear estar facultado para impedir la transferencia propuesta mediante la retención del derecho a adquirir los intereses del sub-franquiciador en los mismos términos y condiciones que los ofrecidos por el cesionario propuesto. Si el franquiciador ejercita este derecho, entonces las unidades de franquicia que eran dirigidas por el sub-franquiciador se convertirán en unidades del franquiciador y las unidades que eran dirigidas por los sub-franquiciados pasarán a ser unidades de franquicia ordinarias. Si el franquiciador no ejercita su derecho a adquirir los intereses del sub-franquiciador, entonces la transferencia al cesionario propuesto podría estar sujeta a la satisfacción de condiciones del tipo descrito anteriormente.

[<Volver al Índice>](#)

CAPÍTULO 14

RESPONSABILIDAD POR HECHOS DE OTRO, INDEMNIZACIÓN Y SEGURO

Cualquier contrato de franquicia, sea nacional o internacional, deberá incluir disposiciones que traten los temas de responsabilidad por hechos de otro, indemnización y seguro. La cláusula o cláusulas en cuestión deberían ser redactadas teniendo en cuenta tanto las normas legales que se refieren a responsabilidad, así como las prácticas en materia de seguros que se aplican en el país anfitrión. Donde sea posible, las cláusulas deberían especificar no sólo las obligaciones generales de las partes, sino también el contenido y extensión de tales obligaciones.

Se debe hacer notar que los temas considerados en este capítulo se presentan como consecuencia de problemas con, o reclamaciones y acciones ejercidas por, terceras partes. El capítulo no se ocupa de la responsabilidad de cada parte en un contrato de franquicia principal por el cumplimiento o incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

A. RESPONSABILIDAD POR HECHOS DE OTRO

Los litigios a causa de demandantes que intentan hacer responsable al franquiciador por los actos, omisiones o faltas (referidos a continuación como "incumplimientos") de un miembro de su red son cada vez más un factor de riesgo para los franquiciadores. La regla general es que, en ausencia de una relación legal en que pueda basarse tal reclamación, por ejemplo una alegación de que existe una relación de agencia, el franquiciador no es responsable por los incumplimientos del sub-franquiciador, ni tampoco de los sub-franquiciados.

Para que una relación de agencia pueda dar lugar a una reclamación, debe basarse en el derecho del principal (en este caso el franquiciador) a controlar las operaciones diarias del negocio del agente (el sub-franquiciador o sub-franquiciado). En una relación de agencia, el derecho de control se extenderá no sólo al día a día del negocio, sino también al resultado del trabajo y la forma en que el trabajo se realiza. Una reclamación también podría basarse en la premisa de que empleando el

nombre del franquiciador, el sub-franquiciador y sub-franquiciado son mostrados al público como agentes del franquiciador, o de hecho, como el mismo y que por tanto tienen aparente autoridad para comprometer al franquiciador y para hacerle responsable por los incumplimientos de aquéllos. Es importante en consecuencia para el franquiciador revisar la forma en que tales reclamaciones pueden ser hechas según las leyes relevantes, con vista a elucidar cómo sería posible reducir o eliminar este riesgo. Un método común es requerir al sub-franquiciado que declare, por ejemplo mediante la exhibición de un anuncio en su unidad, que dirige su negocio bajo franquicia y que es independiente del franquiciador.

La relación de franquicia casi siempre implicará la imposición por parte del franquiciador de un sistema y método de operación acompañados de controles. La conducta del sub-franquiciado en el cumplimiento de sus obligaciones podría ser perfectamente correcta y en concordancia con los requerimientos del franquiciador, pero aún así originar un daño a un cliente o a un tercero que carezca de relación contractual con el sub-franquiciado. Esto podría llevar a que un tribunal encontrara al franquiciador responsable por los actos u omisiones del sub-franquiciado. Cuestiones tales como si era exigible un deber de cuidado, y si la pérdida sufrida por el tercero era previsible, serían en tales casos examinadas por el tribunal. Si el cliente o tercero afectado considera que los daños son substanciales, que el sub-franquiciado no cuenta con suficiente capacidad económica pero que el franquiciador posee abundantes fondos, ese cliente o extraño podría estar tentado de demandar al franquiciador fundándose en la relación principal-agente, o sobre la base de una responsabilidad por hechos de otro. Por otra parte, el sub-franquiciador podría ser demandado por igual motivo y con idénticos fundamentos.

Para eludir que sean tenidos por responsables, un franquiciador o sub-franquiciador podría alegar que el sub-franquiciado no hubiera seguido instrucciones y que no hubiera actuado de acuerdo con los requisitos del franquiciador y/o sub-franquiciadores. En este caso el alcance y comportamiento del método del franquiciador o sub-franquiciador para regular y controlar el negocio del sub-franquiciado serían examinados por el tribunal, con vistas a determinar si el franquiciador o sub-franquiciador pudieran eximirse de la responsabilidad con fundamento en que el sub-franquiciado hubiera dejado de observar los requisitos.

Un franquiciador o sub-franquiciador también puede ser víctima de los incumplimientos del sub-franquiciado y el tribunal podría necesitar investigar si el sub-franquiciado no hizo hecho caso de la presión del

franquiciador o sub-franquiciador para ajustarse a los requerimientos del sistema. En conexión con eso, el tribunal también necesitaría determinar si el franquiciador o sub-franquiciador actúa razonablemente en la exigencia o falta de exigencia de sus requisitos. Esto podría someter la relación de franquicia a tensiones, pues el sub-franquiciado podría ofenderse por lo que consideraría como sobrerregulación por parte del franquiciador o del sub-franquiciador. Ello podría también llevar a un franquiciador o sub-franquiciador a la conclusión de que, en orden a satisfacer al tribunal, debe tomar estrictas medidas legales de coacción estrictamente, en vez de recurrir a técnicas menos formales para inducir al sub-franquiciado a que cumpla.

Las consideraciones anteriores apuntan a la necesidad de un franquiciador o sub-franquiciador que sea cauto, no sólo con respecto a la redacción de los contratos de franquicia, sino también en la manera de dirigir la relación continua con los sub-franquiciados. Mientras un franquiciador tiene interés que el franquiciado se adhiera a su sistema a fin de lograr consistencia y de proteger el prestigio de la marca o nombre comercial, un excesivo control sobre el sub-franquiciado podría dar lugar a que franquiciador y sub-franquiciador queden expuestos a responsabilidad por los actos u omisiones de los sub-franquiciados.

Un franquiciador o sub-franquiciador deberá por tanto tener cuidado para evitar un control de las operaciones diarias de los sub-franquiciados. Es improbable que quiera hacerlo así, pues eso negaría los principios en los que la franquicia se basa y podría crear también otros problemas.

B. INDEMNIZACIÓN

I. RESPONSABILIDADES DEL SUB-FRANQUICIADOR

Es usual para un sub-franquiciador asumir la responsabilidad por cualquier pérdida, perjuicio, costo o gasto (incluidas costas judiciales y honorarios legales razonables) que surjan de cualesquiera reclamaciones, acciones, peticiones administrativas u otras investigaciones relacionadas con el funcionamiento de su negocio. Estas reclamaciones, acciones o peticiones pueden, y desde el punto de vista del franquiciador deberían, incluir cualquier reclamación o acción atribuible a la conducta de cualquier sub-franquiciado del sub-franquiciador, si fuese aplicable también por la vía de la responsabilidad por hechos de otro. Esta responsabilidad puede además incluir una obligación de indemnizar al franquiciador, y donde sea necesario a sus ejecutivos, funcionarios u otros licenciatarios, por cualquier pérdida, perjuicio, costo o gasto (incluyendo costas judiciales y honorarios legales razonables) en que puedan haber

incurrido o que surja de cualquier reclamación, acción, petición administrativa o investigación, independientemente de si está o no basada en la responsabilidad por hechos de otro. Esto puede incluir perjuicios en que incurre el franquiciador como resultado de una actividad del sub-franquiciador que está prohibida por un deber general de carácter legal o por contrato y que da por resultado la pérdida de un derecho perteneciente al franquiciador (como por ejemplo un derecho de propiedad intelectual), la pérdida de beneficios o la no aplicación de leyes ventajosas, por ejemplo leyes fiscales, cualquier otra ley concreta favorable al franquiciador o, en la Unión Europea, el Reglamento de exención por categorías por la franquicia.

Por otro lado, el sub-franquiciador no tiene que mantener al franquiciador libre de responsabilidad si se plantean acciones contra el sub-franquiciador resultantes de accidentes que han ocurrido como consecuencia de un uso legítimo y adecuado de la franquicia, o si se plantean acciones contra el franquiciador como consecuencia del uso por el sub-franquiciador de las marcas o del sistema de franquicia, si las marcas o el sistema se utilizaron conforme al contrato.

II. RESPONSABILIDADES DEL FRANQUICIADOR

Es natural para el franquiciador asumir exclusiva y absoluta responsabilidad por cualquier pérdida, perjuicio, costo o gasto (incluidas costas judiciales y honorarios legales razonables) que surja de cualquier reclamación, acción, petición administrativa u otra investigación relacionadas con la gestión del negocio, con independencia de la razón que la provocó. Ejemplos de tales reclamaciones o acciones incluirían las reclamaciones por responsabilidad derivadas del producto o las reclamaciones de infracción de los derechos de propiedad intelectual. Parecería apropiado para el contrato de franquicia principal que se incluyera una cláusula relativa a la asunción por el franquiciador de cualquier responsabilidad de dicha índole.

III. OBLIGACIÓN DE INFORMAR

Es también usual obligar a cada parte, el franquiciador o el sub-franquiciador según sea el caso, a informar a la otra rápidamente o dentro de un específico corto plazo de tiempo de cualquier reclamación de responsabilidad presentada, de cualquier pleito legal, procedimiento, petición administrativa u otra investigación iniciada, al igual que de la emisión de cualquier orden, interdicto, fallo o decreto de cualquier tribunal, agencia u otra institución, según la cual esa otra parte, sus ejecutivos o funcionarios, se afirma que son culpables o por la que podrían resultar afectados.

IV. RESPONSABILIDAD POR DEFENSA

Es conveniente que en el contrato de sub-franquicia se establezcan reglas especificando cuándo el franquiciador o el sub-franquiciador está facultado, o bajo qué circunstancias cualquiera de ellos está obligado, a acometer o a asumir la defensa de cualquier reclamación de responsabilidad, acción, petición o investigación, a riesgo y gasto de quién debería asumirse tal defensa y las condiciones bajo las que podría hacerse un acuerdo. Con frecuencia, será la parte en cuyo país se plantea la acción quien asumirá la defensa principal, siempre proveyendo a la otra de información detallada en el curso de los procedimientos, pero en el análisis final dependerá de sobre quién recaiga en última instancia la responsabilidad, pues esa persona probablemente querrá tener el derecho de asumir la defensa principal. El franquiciador está usualmente facultado para elegir si él mismo debería o no asumir la defensa frente a la reclamación del tercero, siempre con tal que esto esté permitido por las leyes procesales del país anfitrión. Por lo que respecta a los derechos de propiedad intelectual del franquiciador, la situación variará de país en país. En algunas jurisdicciones es sólo el dueño, el franquiciador en este caso, quien tiene el derecho de asumir su defensa, mientras en otras es posible para un licenciatario exclusivo, como el sub-franquiciador, hacerlo¹. Cuando es la forma en que el sub-franquiciador lleva su negocio la causa de la necesidad de tal defensa, es natural que sea el sub-franquiciador quien soporte las costas y gastos de la defensa. Quienquiera que asuma la defensa, el consentimiento previo por escrito del otro es normalmente necesario antes de que pueda realizarse un acuerdo.

V. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS

Las responsabilidades arriba mencionadas en las Sub-secciones III y IV recaerán normalmente sobre la parte que de hecho haya firmado el contrato, esto es el franquiciador o el sub-franquiciador, y no sobre sus directivos, agentes, accionistas o socios, a menos que surja una reclamación como consecuencia de un incumplimiento de tal persona. Los directivos u otras personas pueden sin embargo resultar personalmente responsables si, en el contrato de franquicia principal o en un contrato accesorio, han emitido una garantía personal por las obligaciones de la parte contractual. Éste podría ser el caso cuando la parte contractual es una entidad societaria.

¹ Véase Capítulo 10, Sección A, Sub-sección II "Infracción por terceras partes no autorizadas de alguna de las marcas del franquiciador".

VI. LÍMITES A LAS REPRESENTACIONES Y GARANTÍAS

Con objeto de reducir los riesgos de responsabilidad, el contrato de franquicia principal contendrá habitualmente la prohibición al sub-franquiciador de ejercer cualquier representación, o dar cualquier garantía, con respecto a cualquier producto que haya obtenido del franquiciador que vaya más allá de las representaciones o garantías dadas por el franquiciador y/o más allá de los estándares normales en el país anfitrión.

VII. LA CORRESPONDIENTE COBERTURA DEL SEGURO

Finalmente, es muy importante tanto para el franquiciador como para el sub-franquiciador que examinen escrupulosamente sus propias pólizas de seguro de responsabilidad al detalle. Es aconsejable que verifiquen que estas pólizas de seguro cubren la amplitud de sus posibles riesgos de responsabilidad, o al menos que las disposiciones de indemnización en los contratos que firman no van más allá de la cobertura del seguro.

C. SEGURO

Los riesgos de responsabilidad y las obligaciones de indemnización discutidos antes en las Secciones A y B llevan naturalmente a una consideración acerca de soluciones posibles al problema de garantizar que los pagos se obtengan también en el caso de que la parte responsable carezca de fondos para pagar las cantidades implicadas (el cual podría fácilmente ser el caso de un sub-franquiciado). Un seguro de responsabilidad civil podría ser la solución más adecuada a este problema.

I. OBLIGACIONES DE SEGURO DEL SUB-FRANQUICIADOR

En los contratos de franquicia principal de origen norteamericano, europeo o australiano es usual encontrar una disposición según la cual el sub-franquiciador queda obligado a contratar un seguro, en primera instancia contra los riesgos de responsabilidad ante una tercera parte pero también contra los riesgos que pueda sufrir la propiedad. El sub-franquiciador está normalmente obligado a imponer una obligación similar a sus sub-franquiciados. Tales cláusulas contractuales pueden a veces establecer tan sólo una obligación general de "suscribir una póliza de seguro adecuada", dejándole al sub-franquiciador o sub-franquiciado decidir lo que entiende por "adecuada", pero frecuentemente la cobertura necesitada será especificada.

Al franquiciador y el sub-franquiciador se les aconsejaría discutir los riesgos de responsabilidad que existen en el país anfitrión, no sólo en las leyes sino también en los precedentes judiciales, así como qué cobertura de seguro está disponible o es usualmente suscrita en dicho país. Puede

haber países en los cuales suscribir un seguro contra los riesgos de responsabilidad ante una tercera parte sea inusual o inaudito, o en los cuales la cobertura de seguro sea muy cara o simplemente no esté disponible. En tales países podría también ser inusual acudir a los tribunales con reclamaciones de responsabilidad ante una tercera parte. Hay siempre, sin embargo, un riesgo de que terceras partes, tales como clientes de los sub-franquiados, pudieran interponer una acción directamente contra el franquiciador, ya sea en el país anfitrión o en el país natal del franquiciador donde los tribunales podrían estar habituados a que se interpongan este tipo de reclamaciones y donde podrían incluso conceder sustanciales sumas en compensación. Como este riesgo puede incrementarse en el futuro, los franquiciadores y sub-franquiadores tienen interés en encontrar una manera de asegurarse contra él. Una posibilidad podría ser la de incluir al sub-franquiador y a los sub-franquiados en la póliza de seguro del franquiciador, otra encontrar cobertura asegurativa en un mercado de seguro extranjero. La última posibilidad puede, sin embargo, ser menos viable en casos donde las leyes de divisas del país anfitrión prohíban o limiten la exportación de dinero para pólizas de seguro extranjeras.

II. ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES DEL SEGURO

Las cláusulas de seguro que son comúnmente incluidas en los contratos de franquicia principal prescribirán típicamente que el sub-franquiador suscribirá y mantendrá a su propia costa cobertura asegurativa completa para todos los casos en los que sea requerida por ley, o para los cuales sea de otro modo necesaria o al menos útil a fin de garantizar la continuada existencia del sub-franquiador. Es recomendable que el franquiciador fije una cobertura mínima por daños a la propiedad y por daños causados por la interrupción del negocio, así como por riesgos de responsabilidad ante tercera parte por daños personales, muerte, daño a la propiedad y responsabilidad por productos. Esta mínima cobertura debería ajustarse a los riesgos y práctica prevalecientes en el país anfitrión. Las pólizas de seguro deberían ser periódicamente revisadas y, cuando sea necesario, las cantidades mínimas de la cobertura asegurativa ajustadas.

El sub-franquiador puede estar obligado a proporcionar al franquiciador copias de las pólizas de seguro antes de iniciar el funcionamiento de la franquicia principal y puede a partir de entonces estar obligado regularmente a dar prueba de que tales pólizas de seguro están aún en vigor. La provisión de tal prueba podría ser automática en cada renovación de las pólizas, o podría hacerse a intervalos específicos o sólo a solicitud expresa del franquiciador.

El franquiciador usualmente requiere que la cobertura del seguro se extienda a él y a sus ejecutivos o funcionarios, accionistas, socios u otros

licenciarios cuando los intereses de estas personas puedan resultar afectados por los riesgos cubiertos por las pólizas de seguro. Para que esto sea posible, la práctica asegurativa del país anfitrión debe permitir tal ampliación, que debe también ser asequible a un precio razonable. Si no es éste el caso, podría ser más apropiado para el franquiciador ampliar su propia cobertura asegurativa a posibles riesgos derivados de terceras partes y recuperar la prima adicional del seguro a través de las cuotas de franquicia.

III. SUBROGACIÓN DEL FRANQUICIADOR

El franquiciador normalmente requerirá que las pólizas de seguro establezcan que el franquiciador debe, dentro de un periodo de tiempo específico, recibir noticia de la cancelación antes de que cualquier cancelación por el sub-franquiciador pueda tener efecto y que debería recibir copias de todas las cancelaciones efectuadas por el sub-franquiciador.

Si está permitido, el franquiciador también puede requerir que le sea permitido subrogarse en las pólizas de seguro del sub-franquiciador, si así lo deseara, en caso de cancelación o impago de las primas del seguro por el sub-franquiciador. El franquiciador puede también requerir que se le faculte para suscribir cobertura asegurativa y para pagar las primas del seguro en los casos en que la cobertura asegurativa requerida por el contrato de franquicia principal no haya sido suscrita por el sub-franquiciador. En tales casos el franquiciador solicitará posteriormente el reembolso por parte del franquiciador de todos los costos y gastos en que haya incurrido.

IV. OBLIGACIONES ASEGURATIVAS DE LOS SUB-FRANQUICIADOS

En todos los casos en que el franquiciador considere una suficiente cobertura asegurativa como obligatoria para un subfranquiciador, es aconsejable que prescriba y garantice que las pólizas de seguro correspondientes son requeridas para los sub-franquiciados en los contratos de sub-franquicia y que los sub-franquiciados mantienen tales pólizas de seguro y pagan sus primas de seguro de manera oportuna. A fin de evitar que las disposiciones sobre una póliza de seguro en los contratos de sub-franquicia sean letra muerta, el franquiciador debería animar al sub-franquiciador a que intente asegurar que sea ofrecido a los sub-franquiciados un conjunto completo de seguros con una cobertura apropiada y primas ventajosas.

[<Volver al Índice>](#)

CAPÍTULO 15

ACCIONES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO

El incumplimiento de un contrato de franquicia principal se relacionará con dos áreas principales:

- ◆ el derecho de desarrollo, su ejercicio y la elección del momento de la apertura de unidades; y
- ◆ las funciones del sub-franquiciador como “franquiciador” en el país anfitrión y en relación con la red de sub-franquiciados.

Además de tener un deseo natural de ver el sistema de franquicia desarrollarse conforme al plan de desarrollo, el franquiciador verificara que el sub-franquiciador supervise y controle la calidad y estándares de ejecución de los sub-franquiciados. Como los sub-franquiciados comercian utilizando el *know-how* y los sistemas del franquiciador, los activos del franquiciador están en peligro si ocurre algo que pueda afectar adversamente a sus intereses y derechos de propiedad. El sub-franquiciador es el guardián de esos intereses y derechos en el territorio respecto del cual le ha sido otorgado el derecho a desarrollar el sistema de franquicia. El contrato debería por tanto prever el control y mantenimiento de estándares de calidad en la prestación¹, pero también debería prever acciones por si el sub-franquiciador no verificara que estos estándares se mantengan. Se recomienda que las disposiciones sobre incumplimiento del contrato, que son aquellas que proporcionan la base para las acciones, se redacten con precisión, ya que tratan de lo que son asuntos cruciales no sólo para el franquiciador, sino también para el sub-franquiciador y los sub-franquiciados.

Como ocurre con otros asuntos de relevancia en una relación de franquicia principal, debe tenerse en consideración la legislación aplicable dentro del país anfitrión, ya que puede imponer limitaciones al derecho a rescindir un contrato o al pago de indemnizaciones. También debería tenerse presente que cada parte puede cuestionar la validez de cualquier

¹ Véase Capítulo 6 “El Papel del Sub-Franquiciador”.

rescisión del contrato de franquicia principal por la otra parte, con independencia de si fue o no rescindido de acuerdo con sus términos.

A. ACCIONES DISTINTAS A LA RESCISIÓN

Varias acciones posibles se prevén normalmente en el contrato, la más drástica de las cuales es la rescisión. En los contratos de franquicia principal suelen encontrarse disposiciones que permiten la rescisión por el franquiciador por incumplimiento del sub-franquiciador. Hay también casos en los cuales el contrato prevé la rescisión formal por el sub-franquiciador por el incumplimiento del franquiciador, pero éstos son la minoría. No debería olvidarse sin embargo que en caso de incumplimiento por parte del franquiciador un sub-franquiciador siempre tendrá acceso a las acciones que están normalmente disponibles por incumplimiento de contrato. A veces se sugiere que la reciprocidad exigida al sub-franquiciador tenga los mismos derechos rescisorios que el franquiciador. La naturaleza del acuerdo y de los derechos a ser protegidos son sin embargo tales como para hacer esa posibilidad impracticable.

I. ACCIONES DISPONIBLES PARA EL FRANQUICIADOR

La rescisión no es un paso que guste dar a los franquiciadores. Para ambas partes es mucho mejor y menos traumático tratar de conseguir nuevamente un cumplimiento contractual satisfactorio o un arreglo negociado.

La relación entre franquiciador y sub-franquiciador no es tan estrecha como la que existe entre franquiciador y franquiciado. La actuación al nivel de la unidad en un contrato de franquicia principal es desarrollada por los sub-franquiciados. El papel del sub-franquiciador es reclutar, formar y supervisar la actuación de los sub-franquiciados y proveerles de la gama apropiada de servicios del "franquiciador"².

Las funciones generales de supervisión del franquiciador no implicarán normalmente una participación diaria en las actividades de la red en el país anfitrión³. Mientras el franquiciador puede visitar el país anfitrión, sólo con dificultad podrá mantenerse al día del funcionamiento de la red o de cualquier insatisfacción de los sub-franquiciados respecto a

² Véase Capítulo 6, *cit.*

³ Véase Capítulo 2, Sección E "La estructura a tres niveles de los acuerdos de franquicia principal".

la actuación del sub-franquiador. El incumplimiento por parte del sub-franquiador a menudo conducirá a un cumplimiento deficiente por parte de los sub-franquiados. Para el momento en que un franquiciador descubra la naturaleza y alcance del incumplimiento del sub-franquiador un gran perjuicio puede haberse producido. Los sub-franquiados pueden, por ejemplo, estar muy descontentos con la pobre actuación del sub-franquiador y desilusionados con el franquiciador y el sistema en consecuencia. En tal situación sería muy difícil para el franquiciador recuperar la confianza de los sub-franquiados, o para un nuevo sub-franquiador tomar posesión.

Situaciones como las descritas anteriormente pueden originarse si el sub-franquiador se ha apartado del sistema del franquiciador y se resiste a los intentos del franquiciador de reimponer la disciplina necesaria a una red mal llevada, o si el sub-franquiador ha llegado a la conclusión de que conoce mejor que el franquiciador cómo debería dirigirse el sistema. Si la relación se ve afectada por estos problemas, entonces corregirlos mediante una discusión y persuasión directas puede ser difícil. No obstante, el franquiciador, y de hecho el sub-franquiador, saldrán mejor parados si las cuestiones pueden ser negociadas y el sistema y los estándares restablecidos. La posibilidad general de que el contrato pueda ser rescindido, y una consideración del gran gasto para ambas partes si esto ocurriera, debería estimularlas a buscar una salida de consenso.

A fin de evitar la rescisión debe encontrarse un medio para aliviar los problemas que están causando las dificultades. Las alternativas que las partes deberían considerar a este respecto incluyen:

- ◆ el suministro por el franquiciador de un mayor nivel de apoyo en el territorio para ayudar a elevar los estándares hasta el nivel requerido por el franquiciador;
- ◆ la formación y readaptación del personal clave del sub-franquiador, hasta asegurar que entienden lo que se requiere y la forma en que están fallando; y
- ◆ la posibilidad de apoyo publicitario y de mercadotecnia para estimular el crecimiento de las ventas por la red.

Un sub-franquiador que experimenta dificultades financieras puede ser alentado o ayudado:

- ◆ a considerar la venta del negocio a una tercera parte bien financiada;
- ◆ a encontrar un socio financiero; o
- ◆ a obtener apoyo de un fondo de inversión de capital.

Cuando el sub-franquiciador tiene dificultad para el cumplimiento de sus compromisos financieros con el franquiciador, una posible solución es que el franquiciador reestructure la deuda. El franquiciador puede sin embargo no estar preparado para la reestructuración de las deudas en absoluto, o puede estar preparado para hacerlo sólo si existe la posibilidad de que el capital adecuado estará disponible, asegurando así que los pagos futuros se harán integralmente y a tiempo.

Las acciones que no dan lugar a rescisión, pero que implican procedimientos judiciales, es improbable que concluyan en una mejora de las relaciones de trabajo, a menos que puedan ayudar a las partes a alcanzar un arreglo mutuamente satisfactorio. Acciones tales como interdictos o cumplimientos específicos son inapropiadas, ya que un franquiciador no querría tener un sub-franquiciador renuente dirigiendo simplemente porque el tribunal lo ha ordenado. Hay jurisdicciones en las cuales la solución interdictal no está disponible y hay dudas en cuanto a si en muchos países los tribunales podrían ordenar el cumplimiento específico de contratos de franquicia.

En los casos en que el incumplimiento por parte del sub-franquiciador está limitado al impago de una deuda, el franquiciador puede no desear ejercitar un derecho a rescindir el contrato y en cambio puede elegir demandar para recuperar lo debido y/o los perjuicios, mientras insiste en que el contrato debería continuar para ser cumplido en otros aspectos.

II. ACCIONES DISPONIBLES PARA EL SUB-FRANQUICIADOR

Varias acciones distintas a la rescisión están disponibles para el sub-franquiciador en el caso de incumplimiento del contrato por parte del franquiciador, o si el franquiciador llegara a ser declarado en quiebra. Estas incluyen convertir el contrato en un contrato de simple licencia y comprar las marcas del sistema para el uso en su país. Esto por supuesto implicará negociaciones, quizá con un liquidador o depositario del negocio del franquiciador o con el franquiciador. Es extraño encontrar tratados estos puntos en un contrato de franquicia principal.

B. RESCISIÓN

I. RESCISIÓN POR EL FRANQUICIADOR

Las cláusulas de rescisión en un contrato de franquicia principal generalmente se reducirán a seis categorías:

- ◆ aquellas que tratan cuestiones tales como insolvencia, liquidación y quiebra: estas serán las mismas que las comúnmente encontradas en todos los contratos comerciales;
- ◆ aquellas que tratan sobre el fracaso del sub-franquiador en el mantenimiento de la programación de desarrollo acordada;
- ◆ aquellas que se relacionan con el mal uso o la infracción de marcas y otros derechos de la propiedad intelectual poseídos por el franquiciador que el sub-franquiador y sub-franquiado están autorizados para utilizar;
- ◆ aquellas que tratan acerca de cuestiones de funcionamiento y contractuales tales como el cumplimiento por los sub-franquiados de sus obligaciones según los contratos de franquicia de la unidad;
- ◆ aquellas que tratan de las obligaciones de información y pago; y
- ◆ aquellas que se refieren a un fallo en el cumplimiento de cualquier otra disposición del contrato.

Algunas infracciones es más probable que ocurran que otras. Estas incluyen:

- ◆ incumplimiento de la realización de pagos a su debido tiempo;
- ◆ incumplimiento en la presentación de informes;
- ◆ incumplimiento en la observación de los procedimientos para la transferencia del negocio (lo cual podría incluir incluso la realización de una transferencia no autorizada);
- ◆ incumplimiento en la observancia de restricciones a la implicación en negocios competitivos;
- ◆ incumplimiento del respeto a la información confidencial y de asegurar que los sub-franquiados también lo hacen; e
- ◆ incumplimiento en la verificación de un uso adecuado de las marcas, nombre comercial y sistema de franquicia por sub-franquiados.

Una disposición que se encuentra en los contratos de franquicia principal es la que permite al franquiciador la rescisión en caso de un incumplimiento material o substancial. Expresiones tales como "incumplimiento material o substancial" suelen ser difíciles de interpretar. Lo que un franquiciador entienda como un "incumplimiento material o substancial" puede no ser entendido tan material o substancial por un sub-franquiador. Las partes deberían acordar lo que es material o substancial, pues se encontrarán con que si no lo hacen, el tribunal lo decidirá y la forma en que el tribunal resolverá una disputa podría estar abierta a discusión. Es importante que ambas partes sepan a qué atenerse. Si se usa una expresión tal como "incumplimiento material o substancial", entonces debería ser claramente definida.

El que un sub-franquiador no asegure que los sub-franquiados cumplan con los términos de sus contratos es una cuestión seria para un

franquiciador, pero el franquiciador puede tener que aceptar que la prestación idónea puede requerir un tiempo razonable y un manejo cuidadoso para ser alcanzada. El problema no está necesariamente mejor resuelto exigiendo al sub-franquiciador que emprenda acciones legales. La solución de problemas de funcionamiento que han llevado a una reducción de estándares puede a menudo ser tratada mediante discusión directa, persuasión, readaptación y apoyo, antes que recurrir a la ley. Las partes deben conocer que hay una amplia gama de métodos disponibles para hacer frente a estos problemas y el contrato debería reconocer la necesidad de ser flexible. En última instancia, por supuesto, el franquiciador debe poder hacer lo posible para proteger sus intereses y la integridad de su nombre y otros derechos de propiedad intelectual. El franquiciador y el sub-franquiciador deben averiguar si la ley aplicable al contrato (que en este caso puede ser la ley del país anfitrión como asunto de carácter público) prevé procedimientos especiales, restricciones de penalizaciones directas o indirectas en alguna forma u otras que puedan inhibir el ejercicio de un derecho contractual a rescindir el contrato.

Antes de recurrir a la rescisión, normalmente se le dará al sub-franquiciador un cierto periodo de tiempo para subsanar el incumplimiento. El periodo de tiempo permitido para la subsanación ha de ser adecuado para la naturaleza de la infracción. En el caso de sumas de dinero que no han sido pagadas, el incumplimiento probablemente será tratado con más seriedad por el franquiciador, dándose un periodo de tiempo más corto para subsanar el incumplimiento. Los fallos en el control de calidad pueden necesitar un periodo más largo para ser corregidos, ya que la acción que ha de adoptarse para hacerlo implicará invariablemente derechos de imposición contra los sub-franquiciados. Para un número de incumplimientos, sin embargo, un corto periodo será suficiente, tal como por ejemplo en el caso de inobservancia de las exigencias de higiene en los negocios de comida rápida.

Rescisión del derecho de desarrollo

Con toda probabilidad el derecho de desarrollo conllevará un derecho de exclusividad territorial y el programa de desarrollo estipulará cuantas sub-franquicias han de establecerse en ese territorio exclusivo y en qué periodo de tiempo⁴. Del contrato se esperará por lo tanto que trate las cuestiones que surgirán si los requisitos del programa de desarrollo no se cumplen.

⁴ Véase Capítulo 6, Sección B "Plan de desarrollo".

El franquiciador deseará tener disponibles acciones rápidas y efectivas, mientras que el sub-franquiciador probablemente deseará ver flexibilidad en los acuerdos. Estas perspectivas opuestas suelen ser difíciles de reconciliar. Si un contrato va a ser alcanzado, ambas partes habrán de considerar las diversas sanciones que pueden ser impuestas por un fallo en la consecución de los requisitos del programa de desarrollo. El contrato puede prever:

- ◆ la pérdida por el sub-franquiciador de los derechos territoriales exclusivos que le han sido concedidos por el franquiciador;
- ◆ el mantenimiento de la exclusividad sólo para parte del territorio;
- ◆ la reducción del territorio contractual;
- ◆ el pago de una sanción (si es legalmente posible en el territorio);
- ◆ el pago de daños y perjuicios;
- ◆ incrementos de pagos por regalías o la pérdida del beneficio de una escala móvil reductora para las cuotas de franquicia (aunque tal escala no es común);
- ◆ una reducción en el número de sub-franquiciados que puede ser nombrados o una pérdida del derecho a nombrar más sub-franquiciados;
- ◆ la pérdida del derecho del sub-franquiciador a renovar o extender el derecho de desarrollo; y
- ◆ la pérdida del derecho de desarrollo del sub-franquiciador, quien sin embargo tiene un derecho de conservar el número de sub-franquiciados entonces existente aunque esto también podría causar problemas prácticos.

En algunos casos donde hay un fallo al ejecutar el programa de desarrollo las partes pueden acordar una fórmula que permitirá al sub-franquiciador pagar las que se llaman "regalías fantasmas", las cuales pueden ser consideradas como una forma de liquidación por daños, en orden a preservar los derechos de desarrollo. Las regalías fantasmas son una suma de dinero calculada de acuerdo con una fórmula predeterminada y diseñada para compensar al franquiciador por la pérdida de ingresos que ha sufrido como resultado del incumplimiento del sub-franquiciador en la consecución del programa de desarrollo. Este derecho a pagar regalías fantasmas estará normalmente limitado a un periodo de dos o tres años. Si el sub-franquiciador no se pone al día del programa durante ese periodo, el derecho de hacer pagos por regalías fantasmas cesará y las acciones contractuales por incumplimiento en la consecución del programa volverán a estar disponibles para el franquiciador. También es posible que las partes puedan renegociar el programa de desarrollo si se pone de manifiesto que no era realista.

La eliminación de los derechos territoriales exclusivos del sub-franquiciador cuando no ha cumplido sus obligaciones según el programa de desarrollo puede no dar el resultado que buscan el franquiciador y el sub-franquiciador, ya que incluso si el sub-franquiciador continúa abriendo más unidades de franquicia, podría desmotivarse y esta pérdida de moral pudiera reflejarse justamente en una falta de cumplimiento de sus obligaciones con los sub-franquiciados.

El franquiciador puede no sólo tener este problema con el sub-franquiciador, puede también tener dificultad para persuadir a algún otro a que acepte el desafío de desarrollar el potencial restante del área de desarrollo. La presencia continuada del primer sub-franquiciador al mando de una red, posiblemente con sub-franquiciados de bajo cumplimiento pero aún intentando vender sub-franquicias en competencia con su sucesor, hace difícil para un sucesor establecer una red que no sea viciada por los defectos del predecesor. Éste es un factor que es probable que disuada a muchos posibles sub-franquiciadores.

Los consumidores podrían además confundirse por la existencia de dos redes que operan bajo el mismo nombre, pero que podrían no tener los mismos niveles de calidad. Si el primer sub-franquiciador continúa vendiendo, entonces puede haber problemas de invasión, con el primer sub-franquiciador deseando vender a sub-franquiciados que estarán ubicados demasiado cerca de los sub-franquiciados nombrados por el segundo sub-franquiciador. También puede haber problemas con la reubicación de las unidades de franquicia existentes cuando esto llega a ser necesario como resultado de cambios demográficos o porque no sea posible renovar un arrendamiento. Podría además haber dificultades sobre el ejercicio de derechos de renovación, pues probablemente no será posible extender el contrato del primer sub-franquiciador. Los sub-franquiciados no podrán expandir sus operaciones. Los programas de publicidad han de ser coordinados y el primer sub-franquiciador puede estar lo suficientemente preocupado con la pérdida de sus derechos para no ser cooperativo. Por estas razones esencialmente prácticas muchos franquiciadores pueden no desear llegar a un contrato que prevea la rescisión de los derechos de exclusividad del sub-franquiciador en casos de incumplimiento del programa de desarrollo, pero pueden en cambio insistir en la rescisión del contrato en su integridad.

La situación en que el sub-franquiciador pierde su derecho de desarrollo pero se le permite conservar a los sub-franquiciados que haya en su red, no debería ser pasada por alto. En tales casos los problemas antes descritos no desaparecerán. Las partes tendrán que afrontarlos e

idear métodos para minimizar su efecto. También es posible que el sub-franquiciador no desee continuar si su ámbito es acortado.

Debería señalarse que la rescisión del derecho de desarrollo puede no dar lugar necesariamente a la rescisión de otras disposiciones del contrato que no estén relacionadas con ese derecho o su ejercicio. Así, por ejemplo, el sub-franquiciador tendría todavía el derecho de recaudar cuotas por los servicios de los sub-franquiciados existentes.

II. RESCISIÓN POR EL SUB-FRANQUICIADOR

En la práctica es extraño encontrar cláusulas que faculden a un sub-franquiciador para rescindir por el incumplimiento por parte del franquiciador. El criterio usualmente adoptado por los franquiciadores para justificar esta diferencia entre los derechos concedidos a los franquiciadores y sub-franquiciadores es que, mientras es suficiente para el sub-franquiciador confiar en las acciones disponibles en la ley para incumplimiento por parte del franquiciador, el franquiciador necesita las cláusulas específicas de rescisión que le faculden para actuar rápidamente para ejercer las acciones necesarias para preservar su nombre comercial, marcas de fábrica, marcas de servicio y el prestigio asociado con ellos y con sus otros derechos de propiedad intelectual, así como para proteger su información confidencial y *know-how*. El franquiciador también considerará que necesita poder decidir rápidamente qué hacer con la red de sub-franquiciados y actuar sobre su decisión sin un retraso que podría causar un considerable perjuicio.

Si el sub-franquiciador considera que el franquiciador está dejando de proporcionar los servicios o productos que tiene obligación de suministrar, y considera que este incumplimiento tiene consecuencias adversas para él mismo y sus sub-franquiciados, entonces la acción de daños por incumplimiento del contrato está disponible. El sub-franquiciador tendrá en cualquier caso que decidir si desea continuar con la relación a pesar del incumplimiento por parte del franquiciador. Para llegar a una decisión, necesitará evaluar si la razón para el incumplimiento es temporal y podría ser remediada en el futuro. De hecho a menudo hay disposiciones en los contratos que tratan del incumplimiento o incapacidad del franquiciador para suministrar bienes y que facultan al sub-franquiciador para obtener bienes de similar calidad donde sea⁵.

⁵ Véase Capítulo 9 "Suministro de Equipo, Productos y Servicios".

Si el sub-franquiciador está facultado para rescindir el contrato de franquicia cuando el franquiciador incurre en incumplimiento “material” de sus obligaciones, es declarado en quiebra o puesto en liquidación, entonces surge el problema de las consecuencias de tal rescisión para el sub-franquiciador y la red. La cuestión es si en esas circunstancias el sub-franquiciador debería estar en la misma posición que lo estaría si el contrato se rescindiera por infracción del sub-franquiciador. En estas circunstancias un sub-franquiciador puede reclamar que debería estar facultado a continuar como antes, usando por completo los derechos de propiedad intelectual del franquiciador, incluyendo el nombre y *know-how*, mientras continúe pagando las cuotas debidas por tal uso.

Un franquiciador tendría que considerar si podría acordar que el sub-franquiciador tuviera ese derecho, teniendo presente que el efecto sería eliminar un activo que en el caso de una causa relacionada con la insolvencia dejaría de estar disponible para acreedores o para sus accionistas. Puede que sea necesario tomar en consideración el efecto de los procedimientos de quiebra en la jurisdicción del franquiciador, particularmente de aquellos procedimientos que permiten un comercio continuado bajo supervisión judicial con una moratoria en las reclamaciones de los acreedores y que impiden la rescisión de conformidad con el contrato. Otro efecto de tal disposición podría ser la eliminación del incentivo para que el franquiciador resuelva sus dificultades y restablezca el cumplimiento apropiado, o disponga de su negocio para una tercera parte que proporcionará el servicio continuo.

En términos prácticos, pese a lo injusto que pueda parecer, muy pocos franquiciadores considerarán las consecuencias de una rescisión por el sub-franquiciador por incumplimiento por parte de aquellos como algo diferente de lo que serían si el sub-franquiciador fuera la parte incumplidora. La realidad es que en la práctica el sub-franquiciador afrontará el riesgo de perder su negocio cuando el franquiciador falle, independientemente de si el fallo surge voluntaria o involuntariamente. Esto supone una responsabilidad mayor para el sub-franquiciador de asegurar que el franquiciador es viable y financieramente seguro. Hay muchos franquiciadores que ofrecen oportunidades de franquicia principal que pueden encontrar difícil satisfacer ese criterio.

[<Volver al Índice>](#)

CAPÍTULO 16

LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS

A. MODOS EN QUE LA RELACIÓN DE FRANQUICIA PUEDE LLEGAR O SER LLEVADA A SU FIN

Hay cuatro modos posibles en los que la relación de franquicia principal puede llegar o ser llevada a su fin:

- ◆ la vigencia del contrato de franquicia principal puede llegar a su fin;
- ◆ el contrato puede ser rescindido por el franquiciador de acuerdo con sus cláusulas¹;
- ◆ el contrato puede ser rescindido por el sub-franquiciador de acuerdo con sus cláusulas²;
- ◆ el sub-franquiciador puede ejercer una acción legal para rescindir el acuerdo.

I. EL TÉRMINO DEL CONTRATO LLEGA A SU FIN

Las circunstancias a ser consideradas incluyen:

- ◆ si el contrato es por una duración fija sin derecho a ampliar o renovar la duración. Esto daría por resultado que el sub-franquiciador no tuviera más derechos que los que pueda negociar si desea continuar. Esto puede no estar por completo a la discreción del franquiciador, lo cual sería claramente indeseable, porque habrá una red de sub-franquiciados en marcha que tendrá que ser considerada. El franquiciador necesitará a alguien para atender esa red y tendrá que decidir si debería hacerlo él mismo, o si debería hacerlo el sub-franquiciador cuyo término ha llegado

¹ Para una discusión de los modos en que la relación puede ser llevada a su fin, v. Capítulo 15 "Acciones en Caso de Incumplimiento"

² Véase Capítulo 15, cit.

a su fin o un sub-franquiciador recién reclutado. Siempre que el sub-franquiciador existente haya hecho bien su trabajo, tendrá algún poder de negociación. En estas circunstancias, si el sub-franquiciador no puede negociar una ampliación o renovación no dudará en considerar que el negocio que ha desarrollado tiene un valor por el cual debería ser remunerado. El franquiciador probablemente se opondrá a esa reclamación sobre la base de que el sub-franquiciador tenía un contrato limitado y sólo podía aspirar a beneficiarse mientras ese contrato durase y que la red de sub-franquiciados que utiliza el nombre y sistema del franquiciador pertenece al franquiciador una vez que el contrato de franquicia principal llega a su fin. Éstas son cuestiones que necesitan ser consideradas y negociadas cuando se establecen los acuerdos contractuales. La supervivencia de los contratos de sub-franquicia cuando el contrato de franquicia principal llega a su fin habrá de ser tratada tanto en los contratos de franquicia principal como de sub-franquicia;

- ◆ si el contrato es por un término fijo y el sub-franquiciador tiene la opción de ampliar o renovar el término. Esto podría dar lugar a alguna de estas tres alternativas:
 - ◇ tratándose de una opción, el sub-franquiciador decide no ejercerla. En este caso el sub-franquiciador está adoptando una decisión consciente de no continuar. Es improbable que el sub-franquiciador contemplara tal resultado en el momento de la negociación, pero las partes deberían considerar esa posibilidad y discutir cómo afrontarla;
 - ◇ el sub-franquiciador decide ejercitar la opción, pero el franquiciador rechaza aceptarla porque el sub-franquiciador no ha cumplido sustancialmente el acuerdo o se halla actualmente en incumplimiento. Estas dos reservas se encuentran de forma común en los acuerdos de franquicia principal. Es probable que las consecuencias sean similares a las discutidas anteriormente en el supuesto de un término fijo sin derecho a renovar; y
 - ◇ el sub-franquiciador decide ejercitar la opción y las partes firman un nuevo acuerdo apropiado³.

³ Véase Capítulo 3 "Duración del Contrato y Condiciones de Renovación"

II. EL CONTRATO ES RESCINDIDO POR EL FRANQUICIADOR DE ACUERDO CON SUS CLÁUSULAS

Si hay una rescisión lícita de acuerdo con las disposiciones del contrato de franquicia principal que tratan de la rescisión, el franquiciador esperará que la lista completa de consecuencias listadas en la Sección B, Subsección I tengan efecto. Un sub-franquiciador que no esté satisfecho con alguna de esas consecuencias debe negociar soluciones alternativas cuando el contrato esté siendo establecido. Es sin embargo probable que resulte difícil persuadir al franquiciador para que acepte cualquier "debilitación" de lo que él probablemente considerará como exigencias fundamentales.

Hay otras dos cuestiones que pueden suscitarse:

- ◆ los franquiciadores esperarían poder disuadir al sub-franquiciador de que infrinja restricciones posteriores al término mediante orden judicial o interdicto. En algunos países estas acciones no están disponibles, por lo que puede pactarse alguna forma de sanción económica, liquidación por daños u otra coacción financiera lícita que disuada al sub-franquiciador que esté tentado a ignorar las exigencias contractuales;
- ◆ la cuestión de si al franquiciador se le debería exigir hacer un pago al sub-franquiciador por la transferencia de la sub-franquicia. Las siguientes cuestiones se plantean:
 - ◇ los contratos de sub-franquicia puede considerarse que han llegado a su fin automáticamente cuando el contrato de franquicia principal finaliza. Es por tanto necesario establecer una disposición tanto en el contrato de franquicia principal como en el de sub-franquicia en favor de una ampliación del término de los contratos de sub-franquicia más allá de la finalización del contrato de franquicia principal, de modo que se proporcione al franquiciador suficiente tiempo para adoptar la decisión correctamente informada sobre qué posición desea adoptar con respecto a la red de sub-franquicia;
 - ◇ un sub-franquiciador que desea rescindir por cualquier razón, o que desea vender pero no puede encontrar un comprador, podría deliberadamente incumplir el contrato para forzar al franquiciador a rescindir y "comprar" la red;
 - ◇ la red de sub-franquicia puede estar descontenta con el sub-franquiciador y esto puede dar lugar a sub-franquiciados rebeldes que busquen separarse de la franquicia;
 - ◇ si el franquiciador en cualquier caso estará obligado, o si simplemente tendrá la opción, de hacerse cargo de la red sub-

franquiciada, o si debería poder seleccionar a los sub-franquiciados con los que quiere tratar y rescindir con los otros;

- ◊ a la vista de los problemas que el franquiciador puede percibir como posibles con una red de sub-franquiciada en estas circunstancias, si el franquiciador debería poder exigir al sub-franquiciador rescindido que lo compense por el gasto adicional en que incurrirá y por las pérdidas probables de los sub-franquiciados insatisfechos.

Otras disposiciones relativas a la rescisión incluirían inevitablemente la quiebra, insolvencia o liquidación del sub-franquiciador. Debería recordarse que las leyes locales pueden tener incidencia en lo que ocurra a las redes sub-franquiciadas. Estas cuestiones requieren por tanto una consideración cuidadosa cuando las negociaciones tienen lugar.

III. EL CONTRATO ES RESCINDIDO POR EL SUB-FRANQUICIADOR DE ACUERDO CON SUS CLÁUSULAS

Es comparativamente infrecuente encontrar una disposición en un contrato de franquicia principal que permita la rescisión por el sub-franquiciador por incumplimiento del franquiciador. De hecho ni siquiera es común encontrar una disposición en un contrato de unidad de franquicia otorgando al franquiciado un derecho a rescindir contractualmente el contrato. En los contratos de franquicia principal el debate se centra en la injusticia inherente en una situación en la cual las consecuencias para el sub-franquiciador son las mismas ya estén o no él o el franquiciador en incumplimiento del contrato. El problema a ser afrontado, y sobre el cual un franquiciador necesita estar satisfecho, es la adecuada protección de los activos propiedad del franquiciador en el país anfitrión si su nombre y sistema dejan de ser empleados por el sub-franquiciador. El sub-franquiciador por otro lado encontraría difícil entender por qué, cuando el franquiciador está en incumplimiento, tiene que elegir entre permitir que continúe el incumplimiento o rescindir y perder el derecho a continuar comerciando como antes. El derecho a rescindir podría por tanto no dar al sub-franquiciador la satisfacción que necesita, pues podría dar lugar a una cesación del derecho a usar las marcas para la totalidad de la red de sub-franquicia.

IV. EL SUB-FRANQUICIADOR EJERCITA UNA ACCIÓN LEGAL PARA RESCINDIR EL CONTRATO

Las dos acciones más comunes disponibles para un sub-franquiciador son un derecho a rescindir el contrato y la posibilidad de aceptar una rescisión o repudiación por el franquiciador. La naturaleza y alcance de las

acciones puede variar de país en país y el sub-franquiciador habrá de conocer esas acciones y las circunstancias en las que pueden estar disponibles. Además de estas acciones (así como normalmente formando parte de ellas) el sub-franquiciador puede estar facultado para reclamar daños por incumplimiento de contrato. En algunos países puede también ser posible solicitar a un tribunal que ordene al franquiciador que cumpla sus obligaciones.

B. CONSECUENCIAS DE QUE LA RELACIÓN DE FRANQUICIA PRINCIPAL LLEGUE A SU FIN

I. CONSECUENCIAS PARA EL SUB-FRANQUICIADOR

Cuando la relación de franquicia principal llega a su fin las consecuencias para el sub-franquiciador serán normalmente:

- ◆ que perderá los derechos de desarrollo futuro;
- ◆ que tendrá que dejar de actuar como el “franquiciador” de los sub-franquiciados en el área de desarrollo;
- ◆ que se le exigirá que suspenda el uso de elementos del franquiciador como:
 - ◇ marcas de fábrica, nombres comerciales y otras marcas;
 - ◇ materiales protegidos por el derecho de autor, incluyendo los manuales de operaciones que el franquiciador le ha entregado o que él tiene en su posesión o bajo su control, todas las copias de los cuales se le requerirá que devuelva al franquiciador;
 - ◇ todos los materiales que lleven las marcas de fábrica o nombres comerciales del franquiciador o que indiquen una asociación entre el franquiciador y el sub-franquiciador;
 - ◇ sistemas, *know-how* e información confidencial, la cual se le requerirá también que no use en el futuro;
 - ◇ otros derechos de propiedad intelectual, los cuales podrían ser bastante amplios e incluir, por ejemplo, en el caso de la comida rápida, las recetas;
- ◆ que tendrá que des-identificar cualesquiera establecimientos que pudiera tener;
- ◆ que, a opción del franquiciador, se le exigirá que transfiera todos los contratos de sub-franquicia al franquiciador;
- ◆ que por un periodo de tiempo limitado se le exigirá que no dirija negocio alguno que compita con el tipo de negocio del franquiciador; y
- ◆ que en algunos casos se le exigirá que venda determinados activos suyos al franquiciador si el franquiciador ejercita su opción de adquirir los activos concernientes.

Las disposiciones de leyes locales pueden afectar bastante a algunas de estas consecuencias. Así, por ejemplo:

- ◆ las leyes de propiedad intelectual habrán de ser cumplidas para garantizar que los derechos que han sido ejercitados son correctamente rescindidos;
- ◆ en el uso de sistemas, *know-how* e información confidencial se verán afectadas por la ley aplicable a tales derechos de propiedad, pero también por las leyes de competencia en algunos países;
- ◆ la transferencia de los contratos de sub-franquicia puede verse afectada por:
 - ◇ leyes locales que regulan quién puede ejercitar negocios en un territorio (por ejemplo, en algunos países es una exigencia que los nacionales locales deben tener al menos el 51% de cualquier entidad que comercie en ese país);
 - ◇ la posibilidad de que si el contrato de franquicia principal se rescinde también se rescindan los contratos de sub-franquicia, a menos que los contratos traten esta cuestión;
- ◆ las restricciones contra la competencia posteriores al término pueden verse afectadas por las leyes locales en su aplicación general así como por la aplicación de leyes de competencia;
- ◆ las leyes locales pueden conferir un derecho al sub-franquiciador a reclamar compensación; y
- ◆ es posible que, si el contrato se pretende que se rescinda por insolvencia u otros motivos relacionados, puede haber leyes según las cuales se nombran administradores para preservar los activos para acreedores y que afecten al derecho a rescindir.

Donde exista una opción a adquirir ciertos activos la naturaleza y alcance de los activos habrá de anticipada en la medida de lo posible. Los activos del sub-franquiciador (diferentes a los contratos de sub-franquicia) pueden incluir:

- ◆ los establecimientos centrales del sub-franquiciador;
- ◆ el almacén del sub-franquiciador (si es una franquicia de productos); y
- ◆ el derecho de propiedad o arrendamiento en establecimientos ocupados por sub-franquiciados donde el sub-franquiciador ha llegado a relacionarse con la propiedad.

También puede haber una serie de otros contratos entre el sub-franquiciador y los sub-franquiciados⁴. Es importante que la forma en la cual cada uno de estos contratos accesorios va a ser tratada al final de la

⁴ Véase Capítulo 19 "Documentos Accesorios"

relación sea considerada por las partes ya en la fase de negociaciones, aunque el resultado deseado puede no ser fácil de alcanzar, particularmente cuando los contratos tratan de activos (por ejemplo arrendamientos de inmuebles) que pueden tener un valor agregado que haga las "compras globales" demasiado caras.

Un funcionamiento efectivo de las unidades de sub-franquicia requiere un servicio y una asistencia adecuados por parte del sub-franquiciador. En casos de rescisión o expiración del término del contrato de franquicia principal, el riesgo es que sub-franquiciados con contratos que expiran después de la expiración del contrato de franquicia principal puedan quedarse sin la asistencia apropiada. A fin de evitar este problema, el sub-franquiciador puede optar por no establecer unidades cuando el contrato apunta a su conclusión. Sin embargo, es recomendable que el programa de desarrollo continúe durante la última parte del término del contrato de franquicia principal, ya que los franquiciadores desearán fomentar el establecimiento de unidades de franquicia a lo largo del término. Parecería por tanto justo y equitativo establecer que, a pesar de la expiración del término, ciertas partes del contrato de franquicia principal permanecieran en vigor solamente con respecto a las unidades de franquicia para las que se hayan firmado contratos de sub-franquicia antes de tal expiración y que el sub-franquiciador perdiera su derecho a desarrollar unidades adicionales de franquicia según el contrato de franquicia principal. Esto permitiría al franquiciador establecer para sí, o para otras franquicias, nuevas unidades dentro del territorio en cuestión.

Cada unidad de franquicia existente a la fecha de expiración del plazo del contrato de franquicia principal continuaría en otras palabras siendo atendida por el sub-franquiciador por el resto del término del contrato de sub-franquicia. En este caso el sub-franquiciador continuaría recibiendo las regalías y otros pagos que le fueran debidos hasta la expiración del término de cada contrato de sub-franquicia. Asumiendo que un contrato de sub-franquicia, que vence a los diez años, es suscrito por el sub-franquiciador durante el último año del término del contrato de franquicia principal, un acuerdo tal como el descrito tendría como consecuencia que ciertas disposiciones del contrato de franquicia principal permanecerían en vigor durante un periodo de entre nueve y diez años después de la expiración de su término. Debería anotarse que en ciertas jurisdicciones este tipo de disposición es útil para obtener la aceptación de contrato de franquicia principal por autoridades gubernamentales y agencias autorizadas a revisar su aceptabilidad.

Una alternativa sería hacer coincidir la expiración del contrato de franquicia principal con la expiración del término del último de los contratos de sub-franquicia en expirar. En algunos países una razón válida para adoptar tal solución se va a ver en las cláusulas de no-competencia después del término, en que, dependiendo de las circunstancias del caso, podría ser deseable desde el punto de vista del franquiciador que las cláusulas de no-competencia funcionen a partir del periodo de tiempo ampliado y no desde la expiración del término del contrato.

En caso de rescisión puede haber una reclamación por daños si los procedimientos de rescisión no siguen o no están justificados por las disposiciones contractuales. El caso puede ser el mismo si la rescisión es efectuada mediante la aplicación incorrecta de alguna acción legal que pueda estar disponible según el sistema legal relevante. La naturaleza y alcance de cualesquiera tales reclamaciones dependerá de las leyes relativas a daños en el país anfitrión.

II. CONSECUENCIAS PARA EL SUB-FRANQUICIADO

En muchas jurisdicciones sería probablemente verdad decir que cada contrato de sub-franquicia se rescindiría automáticamente si el efecto de la expiración del término del contrato de franquicia principal o de su rescisión sobre los contratos de sub-franquicia no se trata en el contrato de franquicia principal y en los contratos de sub-franquicia. En este caso a cada sub-franquiciado se le exigiría:

- ◆ que cesara en el uso del sistema de franquicia y de las marcas de fábrica; y
- ◆ que retirara cualesquiera decoraciones o indicaciones que identifiquen la unidad de franquicia como perteneciente a la red de franquicia.

El sub-franquiciado estaría también probablemente obligado a cumplir los convenios de no-competencia. Las repercusiones de la falta de tratamiento de los efectos de la rescisión del contrato de franquicia principal sobre los contratos de sub-franquicia serían por tanto extremadamente serias, no sólo para el franquiciador, sino también para cada sub-franquiciado. La redacción de las disposiciones del contrato de franquicia principal que se refieren a los efectos de la expiración de su término requiere por tanto cuidadosa consideración tanto por [el] franquiciador como por [el] sub-franquiciador. La incidencia de tales disposiciones debería también ser tratada en cada contrato de sub-franquicia.

Considerando el riesgo de rescisión automática del contrato de sub-franquicia en caso de rescisión, o expiración del término, del contrato de franquicia principal, está en el interés del sub-franquiciado obtener una

promesa del franquiciador al efecto de que, si tal evento ocurriese o cuando lo hiciera, él firmara un contrato de franquicia directamente con el sub-franquiciado, al menos por la parte no expirada del contrato de sub-franquicia. De este modo el sub-franquiciado no perderá su derecho de continuar operando como franquiciado. Si ésta es o no una opción que esté realmente disponible para sub-franquiciados en el contexto de la mayoría de acuerdos internacionales es no obstante incierto.

III. CESIÓN DE LOS DERECHOS DEL SUB-FRANQUICIADOR EN LAS SUB-FRANQUICIAS

En consideración de las consecuencias examinadas anteriormente en las Sub-Secciones II y III, la única alternativa práctica en el tratamiento de los efectos de la rescisión de los contratos de franquicia principal sobre los contratos de sub-franquicia parecería ser prever la cesión por el sub-franquiciador al franquiciador de todos los derechos, título e interés del sub-franquiciador en y para cada contrato de sub-franquicia.

Las partes deberían abordar cuestiones tales como si la opción del franquiciador de hacerse cargo de la red debería referirse a la red en su integridad, si el franquiciador debería estar obligado a aceptar la cesión de los derechos del sub-franquiciador según cada contrato de sub-franquicia, si al franquiciador se le debería permitir elegir las unidades que le serán cedidas y a seleccionar los apropiados acuerdos financieros (si los hay), o si se le debería conceder simplemente una opción a obtener tales cesiones.

En la medida en que el franquiciador está obligado a aceptar cesiones tras la expiración del término del contrato de franquicia principal, se le exigirá que asuma un papel que puede no estar preparado para asumir, a saber el de franquiciador en un país extranjero en que no tendrá el beneficio de una organización establecida que apoye sus actividades. Además, puede estar perfectamente asumiendo obligaciones en que ha incurrido el sub-franquiciador frente a sus sub-franquiciados. Así, si el sub-franquiciador ha suscrito un contrato con un sub-franquiciado renunciando a su derecho a recibir regalías, el franquiciador estará obligado por tal contrato a pesar del hecho de que puede no conocerlo. En la medida en que el sub-franquiciador se halle en incumplimiento con respecto a una de sus obligaciones según un contrato de sub-franquicia, el franquiciador que ha asumido los derechos y obligaciones del sub-franquiciador según ese contrato podría perfectamente enfrentarse a un pleito. Mientras pudiera ser

cierto que el franquiciador tendría un recurso contra el sub-franquiciador en esas circunstancias, en la mayoría de los casos tal recurso puede resultar ser ilusorio.

Otra cuestión de considerable importancia es si el sub-franquiciador debería o no tener derecho a compensación financiera por parte del franquiciador si la terminación del contrato da lugar a la cesión de los contratos de sub-franquicia al franquiciador. Debería apuntarse que las autoridades en algunas jurisdicciones podrían cuestionar la validez de tales cesiones en ausencia de compensación financiera en una forma u otra. En tales jurisdicciones sería por tanto aconsejable establecer una disposición para la compensación del sub-franquiciador por el franquiciador tras tales cesiones, para evitar así el riesgo de que se las declare nulas e inválidas.

Las dificultades prácticas relacionadas con la imposición de disposiciones sobre cesión han hecho necesario que se pongan en marcha mecanismos adecuados. No es por tanto inusual incluir en el contrato de franquicia principal una obligación por parte del sub-franquiciador de proporcionar al franquiciador un poder que le autorice a ejecutar todas esas cesiones de los contratos de sub-franquicia por, y en nombre de, el sub-franquiciador, por si el sub-franquiciador dejara de hacerlo. Por otra parte, el franquiciador puede exigir del sub-franquiciador una cesión no fechada de cada contrato de sub-franquicia según y cuando cada contrato sea suscrito. Esta cesión sería mantenida por el franquiciador en custodia hasta la expiración del término del contrato de franquicia principal. En el caso de que el contrato de franquicia principal fuera a ser rescindido, el franquiciador estaría autorizado a fechar la cesión y a hacer uso de ella para efectuar la cesión del sub-franquiciador a sí mismo. Si la imposición de cada disposición fuese o no sostenida por los tribunales de una jurisdicción particular es una cuestión importante con respecto a la cual el franquiciador prudente buscará consejo en cada jurisdicción relevante.

Además de que el contrato de franquicia principal contenga una disposición sobre cesión, cada contrato individual de sub-franquicia debería contener un reconocimiento por el sub-franquiciado de que cuando el término del contrato de franquicia principal haya expirado, el derecho, título e interés del sub-franquiciador en el contrato de sub-franquicia serán cedidos al franquiciador. En ciertas jurisdicciones el contrato de sub-franquicia debería por tanto incluir un reconocimiento por el sub-franquiciado de que el franquiciador es una tercera parte beneficiaria de tales derechos.

[<Volver al Índice>](#)

CAPÍTULO 17

DERECHO APLICABLE Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La consecución de un grado de certeza en la obligatoriedad de un contrato de franquicia principal internacional dependerá en gran medida de que las partes hayan elegido el derecho que se ha de aplicar a su relación y de su acuerdo sobre el modo en que resolverán cualesquiera conflictos que puedan surgir entre ellos. Esto incluye su acuerdo sobre el foro en el cual los conflictos podrían ser resueltos. Conectado con esto las partes deberían considerar al principio la posibilidad de recurrir al arbitraje en lugar del litigio, así como el uso de la mediación, negociación o conciliación.

Estos asuntos son los que usualmente consideran las partes cuando negocian las tradicionales cláusulas de elección de foro y elección de derecho en un contrato internacional.

A. LA CONVENIENCIA DE HACER UNA ELECCIÓN

La selección del derecho que se ha de aplicar a un contrato internacional comprendido en un acuerdo de franquicia principal y el alcance de un acuerdo sobre el foro preferente para el arreglo de conflictos son dos cuestiones que no deberían ser pasadas por alto en la negociación de acuerdos de franquicia principal internacionales, o abandonarse hasta después que todos los elementos sustantivos de tales acuerdos entre las partes hayan sido establecidos, o, aún menos aceptable, hasta que surja un desacuerdo real.

Las decisiones sobre estos dos aspectos están estrechamente relacionadas y similares consideraciones se aplican a ambos. La indicación del régimen legal que se ha de aplicar ayuda a clarificar desde el principio la interpretación que las partes tienen la intención que se dé a los principales términos de su contrato.

El derecho elegido determinará con abundancia las verdaderas obligaciones suscritas por las partes. Es relevante para muchas de las cuestiones abordadas en los otros capítulos de esta Guía y las repetidas referencias en esos capítulos al derecho aplicable dan una clara indicación

de la importancia de elegir el derecho de una jurisdicción concreta para que se aplique al contrato de franquicia principal.

Si las partes no eligen el Derecho que se ha de aplicar a su contrato, la determinación de las leyes de qué Estado deberían regirlo se dejará a las normas aplicables de conflicto de leyes. En este proceso cualquier tratado internacional o convención aplicable, tal como el *Convenio Europeo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales*¹, la *Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*² y otras normas relevantes de derecho internacional privado, serán tenidas en cuenta.

En muchos casos este análisis del conflicto de leyes dará lugar a que el derecho aplicable sea el derecho del país en que el sub-franquiciador dirige el negocio franquiciado, pero podría también suceder que diferentes derechos se encuentren aplicables a las diferentes partes que componen el conjunto de la franquicia principal.

B. DERECHO APLICABLE

I. ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE

La aplicación de las normas de conflicto de leyes de un Estado para determinar qué derecho se debería aplicar es algo sofisticado y a veces complejo. En el caso de contratos hay varias normas diferentes que se emplean para determinar la ley aplicable. Según una de estas, la ley del lugar donde el contrato fue celebrado es aplicable, según otra es la ley del lugar de cumplimiento la que regirá la relación, o la ley elegida por las partes. La ley que rige la validez de un contrato no es necesariamente la misma que la ley que rige otras cuestiones, como la capacidad de una parte para concluir un contrato o las formalidades que se requieren. La materia del contrato también es relevante. Así, por ejemplo, la banca y los instrumentos negociables poseen sus propias normas de elección de ley.

Al negociar la elección de un Derecho para que se aplique al contrato, cada parte tenderá a presionar para que la elección recaiga en el derecho de su propia jurisdicción. Hay muchas razones posibles para esto: la familiaridad de ese sistema legal para los representantes legales de las partes, la suposición de que ese derecho concreto ofrecerá ventajas, o, en

¹ Roma, 1980.

² México, 1994.

el caso de los franquiciadores, porque ellos quieren que el mismo derecho se aplique a todos los contratos de franquicia principal que tienen en marcha por el mundo. Más que proceder sobre esta base claramente intuitiva, a las partes les sería más útil considerar de forma sistemática las situaciones en que los conflictos es probable que surjan y dónde se celebraría más eficazmente el litigio para que el resultado fuese exigible. Debería tenerse presente que un tribunal seleccionado como foro se sentirá, con toda probabilidad, más cómodo aplicando el derecho de su propia jurisdicción.

La elección de un derecho concreto tendrá naturalmente un efecto sobre los términos del contrato de franquicia principal, al igual que sobre la forma en que se redacten. Además, las partes tendrán que cumplir cualquier legislación particular de la jurisdicción en que el negocio franquiciado vaya a ser explotado, en primer lugar y sobre todo aquella dirigida a hacer cumplir los derechos de propiedad intelectual, pero también aquella que encierra el orden público interior, tal como las leyes de competencia y las leyes de protección del consumidor y de inversión extranjera. Leyes como éstas son imperativas y es probable que establezcan que algunas de sus disposiciones no serán anuladas por cláusulas contractuales contradictorias o por la aplicación de las normas de conflictos de leyes. Características particulares de las siguientes áreas del derecho sustantivo de la jurisdicción relevante han de ser atentamente consideradas a este respecto:

- ◆ orden público;
- ◆ derecho de la inversión extranjera;
- ◆ derecho de sociedades y normas relacionadas;
- ◆ derecho de la competencia;
- ◆ protección de la propiedad intelectual;
- ◆ derecho financiero;
- ◆ derecho de la venta de bienes;
- ◆ derecho aduanero;
- ◆ protección del consumidor;
- ◆ derecho del seguro y responsabilidad ante terceras partes;
- ◆ derecho tributario, incluyendo retenciones de impuestos;
- ◆ derecho laboral; y, donde fuese aplicable,
- ◆ reglamentación específica de franquicias nacionales.

Si el futuro país anfitrión carece de un sistema bien desarrollado de derecho de los negocios que proporcione protección efectiva, en particular de las marcas y otros derechos de la propiedad intelectual

asociados con el negocio franquiciado pero también del negocio como tal, entonces el franquiciador no tendrá más opción que elegir la ley de su propio domicilio si desea continuar con su desarrollo comercial en un entorno tan altamente arriesgado.

II. OBLIGATORIEDAD DE LA ELECCIÓN

A las partes de un contrato en algunos países no se les permite determinar el derecho aplicable a su contrato, pues existe legislación que o bien establece cuál debería ser la ley aplicable, o de otra forma limita la libertad de las partes para hacer una elección. En la mayoría de las jurisdicciones, sin embargo, a las partes se les permite determinar qué ley desean ver aplicada a su contrato, aunque con algunas limitaciones específicas.

La posición más común se aplica, por ejemplo, en la Unión Europea, los Estados Unidos de América, Australia y Japón y garantiza que los tribunales, conservando cierta discreción, harán cumplir las cláusulas de elección de derecho en los contratos internacionales como indicativa del derecho aplicable a la interpretación de ese contrato.

En cada caso individual las partes habrán de identificar, y considerar los efectos de, las limitaciones particulares que se aplican en las jurisdicciones específicas con las que se relacionan. En esas jurisdicciones donde puede realizarse una elección de derecho las limitaciones que más comúnmente se encuentran son las siguientes:

- ◆ el contrato en cuestión debe tener un genuino elemento internacional;
- ◆ debería existir una relación razonable entre la ley del estado elegido y el contrato franquicia principal o las partes del mismo;
- ◆ la elección de derecho debe haber sido hecha de buena fe, ser legal y no debe haber sido hecha simplemente para validar lo que de otro modo sería inválido según la que en ausencia de una elección de derecho sería la ley reguladora del contrato (por ejemplo los intentos de eludir normas imperativas de orden público); y
- ◆ cualesquiera limitaciones que se encuentren en disposiciones legales específicas dirigidas a contratos de franquicia, incluyendo contratos de franquicia principal internacionales.

III. RESULTADO MÁS PROBABLE

A menos que el futuro país anfitrión carezca de un sofisticado sistema de derecho de los negocios y usos y prácticas comerciales, lo más

probable es que las partes elijan el derecho del futuro país anfitrión, que normalmente es el derecho del domicilio del sub-franquiciador, como el derecho aplicable a todo salvo al propio contrato de franquicia principal. Este resultado podría también ser pretendido por un sub-franquiciador, aun si las leyes de la jurisdicción del franquiciador ofreciesen a sus intereses una mejor protección que las leyes de su propia jurisdicción, como podría ser el caso si la jurisdicción del franquiciador tiene fuertes leyes de franquicia y protección del consumidor. Una razón para la adopción del derecho de la jurisdicción del sub-franquiciador también en tales casos es el hecho de que con toda probabilidad puede ser caro y difícil hacer cumplir los derechos del sub-franquiciador si las leyes de la jurisdicción del franquiciador fuesen elegidas.

Con independencia de la elección hecha, serán en cualquier caso las leyes de la jurisdicción del sub-franquiciador, particularmente su legislación de propiedad intelectual, las que regularán el archivo, registro y protección de las marcas del franquiciador y otros derechos de la propiedad intelectual y que serán por tanto particularmente importantes. En la mayoría de las circunstancias es también probable que sea la ley de la jurisdicción del sub-franquiciador la que regirá las relaciones entre el sub-franquiciador y los sub-franquiciados, el régimen legal de la propiedad y las transacciones de esas partes. La aplicación del derecho de una jurisdicción a todas las transacciones y acuerdos comprendidos en las relaciones franquiciador / sub-franquiciador / sub-franquiciado tendría beneficios prácticos significativos.

Tal resultado práctico puede no obstante no siempre ser posible. En algunos contratos de franquicia internacionales ni el domicilio del franquiciador ni el del sub-franquiciador estarán en la jurisdicción en que el negocio franquiciado va a ser dirigido. El derecho aplicable al contrato de franquicia principal y a la protección de los derechos de la propiedad intelectual puede en consecuencia ser por buenas razones diferente de aquél aplicable a los contratos de sub-franquicia.

IV. EFECTOS DEL DERECHO UNIFORME INTERNACIONAL

Cuando las partes efectúan una elección de derecho en estas y otras circunstancias de franquicia internacional también han de tener presente que no es sólo el derecho nacional, incluidas las normas de derecho internacional privado, el que debería ser tenido en cuenta, el derecho uniforme internacional debe ser también considerado. Así, por ejemplo, si el Estado del domicilio de cada parte es un Estado Parte de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG)*, las disposiciones de la CISG, antes que cualquier

derecho nacional, se aplicarán a cualquier contrato de compraventa que sea parte del acuerdo de franquicia, a menos que se excluya expresamente por las cláusulas del contrato.

Las partes pueden con notable razón desear ir más lejos y, en la medida en que un contrato de franquicia principal tenga que ver con la venta de bienes, tratar de incorporar por referencia las disposiciones de la CISG a pesar de que de otra forma no se aplicasen.

Además, si las partes desean perseguir la alternativa de tratar que los mismos principios legales se apliquen a todos los contratos del acuerdo de franquicia principal, podrían establecer que la interpretación de las disposiciones de su contrato habría de estar de acuerdo con los *Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales internacionales*.

Por otro lado, al seleccionar el derecho aplicable al contrato, las partes pueden considerar si esta elección está o no pensada para incluir no sólo las leyes nacionales del país cuyo derecho ha sido seleccionado, sino también el derecho uniforme internacional (tratados, convenciones) del cual ese país es Estado Parte y sus normas de derecho internacional privado. Debería anotarse que, mientras es posible seleccionar el derecho sustantivo nacional de una jurisdicción así como sus normas y reglamentos aplicables en el contexto internacional, no es posible seleccionar sus normas de derecho internacional privado a menos que esté específicamente permitido.

En suma, mientras hay una serie de consideraciones legales que las partes asumen sobre la factibilidad y exigibilidad de todo el acuerdo de franquicia principal (contrato de franquicia principal y contratos de sub-franquicia), consideraciones prácticas y políticas muy a menudo conducen a que la elección del derecho que ha de aplicarse al contrato recaiga sobre el derecho del país en que las unidades de franquicia están ubicadas, a menos que el sub-franquiciador no esté domiciliado en ese país, el contrato principal de franquicia cubra más de un país, o el negocio franquiciado esté siendo explotado en un país con un sistema legal poco sofisticado.

C. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

I. NEGOCIACIÓN, MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN

En la resolución de conflictos comerciales ha habido en años recientes un alejamiento del litigio y del arbitraje, con la adopción de otras

técnicas y procedimientos tales como la mediación. También se está haciendo uso de negociaciones más estructuradas entre las partes, acuerdos de asociación y conciliación. Estos procesos difieren del arbitraje y del litigio porque ninguna tercera parte implicada está autorizada a resolver el conflicto efectuando una resolución obligatoria: el tercero simplemente ayudará a las partes a que arreglen ellas mismas el conflicto.

El mini-juicio tal como se usa en los Estados Unidos es otra técnica novedosa. Comprende una breve presentación de los argumentos de cada parte a un panel compuesto por representantes de cada parte y un auxiliar neutral. Los representantes de las partes son ejecutivos superiores que tienen autoridad para arreglar el conflicto. Después de las presentaciones de los argumentos los ejecutivos se reúnen para discutir vías de resolución. Pueden solicitar la asistencia del auxiliar neutral a quien pueden solicitar que exprese su opinión acerca de las cualidades de los argumentos, pero de nuevo, ningún tercero tiene autoridad para emitir una resolución obligatoria. El arreglo se deja a las partes por sí mismas.

Si un conflicto surge en un contrato de franquicia principal, es preferible como la primera respuesta de las partes que hay que buscar que lo resuelvan ellas mismas mediante la discusión. Si esto no es posible, entonces las negociaciones estructuradas a través de comunicaciones escritas o electrónicas serían el mejor paso siguiente.

Por otro lado podría ser que las circunstancias que existan en el momento del conflicto tengan como consecuencia que las negociaciones personales se vieran facilitadas por la presencia de un intermediario neutral. El papel de tal mediador o conciliador no es resolver el conflicto: son las partes quienes han de hacerlo. El mediador facilita las discusiones entre las partes, identifica las cuestiones y los intereses de las partes con relación a ello, ayuda a las partes a desarrollar opciones para el arreglo y mantiene a las negociaciones moviéndose sobre una base constructiva.

Las ventajas vistas en estos procedimientos consensuales de resolución de conflictos son que en general, comparados con los procesos compulsivos, son menos caros, más expeditivos y conducentes al mantenimiento de una relación comercial continua después que el desacuerdo ha sido resuelto. Además, tienen un papel importante que jugar en casos en que sería difícil ejecutar una sentencia extranjera en el país del demandado.

El *Reglamento de Conciliación* publicadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-

UNCITRAL) y la Cámara de Comercio Internacional (CCI)³ son guías útiles para las partes y sus mediadores o conciliadores en la conducción de tales métodos consensuales de resolución de conflictos.

Por contraste, arbitraje y litigio implican una resolución obligatoria de una tercera parte (el juez o árbitro). Esto distingue a estos procedimientos de la negociación y la mediación. A pesar del hecho de que la jurisdicción del árbitro se deriva del contrato original de las partes de remitir conflictos al arbitraje, el arbitraje no es verdaderamente consensual, de hecho, posee mucho del carácter imperativo del litigio. En importantes aspectos el arbitraje difiere, no obstante, del litigio. Los árbitros no ejercitan la autoridad judicial del Estado y la composición de un tribunal arbitral está, en una medida significativa, determinada por el contrato de las partes, como lo están el alcance y los procedimientos del arbitraje y sus reglas, la lengua a ser empleada y el lugar del arbitraje.

Es importante para las partes de un contrato de franquicia principal que consideren cómo la resolución de conflictos puede verse afectada por el carácter internacional de su contrato. En primer lugar y sobre todo está la cuestión de la efectividad legal del procedimiento de resolución de conflictos. En lo relativo al litigio, en una relación internacional la autoridad del tribunal puede no estar del todo clara. Si el demandado no está presente en el territorio del tribunal, una cuestión de jurisdicción o competencia puede suscitarse. Más aún, la efectividad de una sentencia fuera del país en que se emite puede ser también cuestionable. Consideraciones culturales son también de importancia en este contexto.

Partes con diferentes formaciones culturales pueden tener diferentes percepciones del pacto que están cerrando, pueden no entender sus obligaciones contractuales de igual modo y pueden adjudicar diferente significado al propio contrato de franquicia principal.

Personas de una formación cultural determinada pueden tener una preferencia por una forma de resolución de conflictos sobre otra. Las personas de los países del "*common law*" están, por ejemplo, acostumbradas a un sistema de resolución de conflictos de adversario y hasta hace poco han tendido a considerar el litigio como usual y aceptable. Las personas de algunos sectores de formación asiáticos por otro lado han huido tradicionalmente de la confrontación de adversario y han buscado la resolución de conflictos por medios más consensuales e informales.

³ El título completo de las Reglas de la CCI es *Reglas de arbitraje de la CCI – Reglas de conciliación facultativa de la CCI* pues la publicación también incorpora las reglas relativas a arbitraje.

En las relaciones de franquicia principal internacional es importante para las partes estar atentos y considerar la resolución de conflictos en la etapa inicial de la formación de su contrato. El contrato mismo debería contener disposiciones para la resolución de conflictos y debería fijar los procedimientos que las partes acuerdan seguir. Si la resolución de conflictos no es tratada en el contrato, entonces una de las partes puede encontrarse con que no hay modo efectivo de resolver un conflicto cuando un problema surja más tarde. Por otro lado, una parte puede encontrarse a sí misma envuelta en una forma de resolución de conflictos que es inapropiada o no deseable.

Con respecto a las disposiciones presentes en el contrato de franquicia principal, las partes han de considerar la posible necesidad de una reparación interdictal y otras medidas provisionales en caso de incumplimiento. Mientras que tanto los jueces como los árbitros pueden estar facultados para dictar medidas provisionales, desde la perspectiva de la ejecutabilidad los sistemas judiciales estatales normalmente es probable que sean más eficientes y efectivos. No es inusual que la convocatoria de un tribunal arbitral implique un elemento de retraso. Por tanto, si las partes optan por el arbitraje, sería prudente excluir cualesquiera asuntos que requieran medidas de solución urgente y provisional de la aplicación de la cláusula de arbitraje y en su lugar recurrir al mencionado sistema judicial estatal para esos asuntos.

Si se elige el arbitraje, podría ser también preferible por razones de ejecutabilidad que se excluyan ciertos incumplimientos particulares, tales como infracciones de la propiedad intelectual, del arbitraje y que se las someta en cambio a litigio⁴. El resultado de tal postura sería disponer de diferentes procesos para la resolución de conflictos que se apliquen a diferentes cláusulas del contrato de franquicia principal. Ésta parecería ser una postura mejor y que sería más aceptable para la mayoría de los tribunales que, por ejemplo, tener que considerar que se rescinde la totalidad del contrato antes de poder proceder contra el sub-franquiciador en caso de infracción de una marca de fábrica.

II. LITIGIO

a) Elección de foro

Si las posturas consensuales fallan, o si las órdenes obligatorias son consideradas necesarias por una o ambas partes, el litigio o el arbitraje habrán de ser considerados.

⁴ Debería anotarse que en el caso de algunos asuntos, notablemente derechos de propiedad intelectual e industrial, en muchos países no será posible en ningún caso el recurso al arbitraje, pues tal posibilidad quedará excluida por ley.

Desde la perspectiva del demandante potencial el litigio internacional requiere una decisión acerca de dónde debería ser entablada la acción. Una vez que la acción se ha iniciado el demandado tendrá que definir su respuesta. Puede participar en el litigio y contestar la demanda, puede renunciar a los procedimientos o puede tratar de que concluyan. Un demandado puede tratar de que concluyan los procedimientos bien en el tribunal en que la acción se ha entablado (mediante una solicitud para detener los procedimientos sobre la base de falta de jurisdicción o *forum non conveniens*), o mediante una solicitud a un tribunal de otro Estado para prohibir al demandante que proceda en el tribunal original.

En la selección del foro de litigio el demandante puede tener una selección de tribunales disponibles para él. Las alternativas incluyen el tribunal del lugar de residencia del demandante, el tribunal del lugar de residencia del demandado y el tribunal de un tercer país con el cual el objeto de la acción esté relacionado o donde el demandado tenga activos.

Los criterios principales en la selección del foro para el litigio se relacionan con la efectividad de los procedimientos del tribunal. Esto depende en primer lugar de la jurisdicción del tribunal y de la ejecutabilidad de cualquier sentencia resultante. Los tribunales no reclaman una jurisdicción universal y el demandante debe determinar si los tribunales del sistema judicial seleccionado poseen jurisdicción o competencia según sus propias reglas. Habiendo determinado que existe jurisdicción, el demandante debe considerar la cuestión de la ejecución. Si el demandado posee activos en la jurisdicción del sistema judicial seleccionado, entonces la ejecución será relativamente sencilla, aunque el demandante puede desear valerse de medidas provisionales para verificar que el demandado no transfiera esos activos. Si, sin embargo, el demandado no posee activos en la jurisdicción del tribunal seleccionado, entonces la sentencia sólo será efectiva si el demandado voluntariamente acuerda satisfacerla, o si es ejecutable en los tribunales de otro país donde el demandado tenga activos. Esto dependerá de las normas para la ejecución de sentencias extranjeras del lugar de ejecución.

Aparte de consideraciones de jurisdicción y ejecución, el demandante debería también evaluar los costes comparativos de litigar en los distintos foros. Esto dependerá de varias cuestiones, incluidos los gastos legales en que se incurrirá al litigar en los distintos foros y si los

tribunales de esas jurisdicciones adjudican las costas judiciales a la parte ganadora o si cada parte soporta sus propias costas.

Otra consideración es la conveniencia. Esto implica consideraciones geográficas, tales como las residencias de las partes y de los testigos probables a llamar para dar su testimonio. También implica consideraciones legales tales como el derecho que rige el contrato. El idioma es un asunto de relieve y se debería prestar consideración al idioma de cada una de las partes y al idioma del contrato. Otro aspecto a considerar es el tiempo dentro del cual una acción será atendida y finalmente resuelta, tanto en el tribunal de primera instancia como, quizá, en los tribunales de apelación. Cuanto más dura el litigio, más caro se vuelve y mayor el retraso en la resolución del conflicto. Aun otra consideración es la actuación del tribunal seleccionado, especialmente al tratar de asuntos mercantiles, y si tiene reputación de juicios ponderados.

Antes que esperar a que surja una disputa que requiera litigio, las partes deberían considerar si el contrato de franquicia principal debería contener un acuerdo sobre el foro que prevea la sumisión de conflictos al sistema judicial de un determinado país. Algunas cuestiones se suscitan en relación con tal acuerdo. La primera es si el acuerdo sobre el foro es exclusivo o no. Un acuerdo sobre el foro no exclusivo constituye una sumisión a la jurisdicción de los tribunales designados, pero no supone excluir litigios en otra parte. Un acuerdo exclusivo, por otro lado, tiene doble efecto: confiere jurisdicción en los tribunales designados y supone impedir litigios en otra parte. Algunas veces el acuerdo sobre el foro no exclusivo se referirá específicamente a la posibilidad de presentar demandas en otra parte. Tal acuerdo sobre el foro puede estar incluido en el contrato de franquicia principal originario o en un acuerdo accesorio.

b) Reconocimiento de las cláusulas de elección de foro

Mientras que es preferible para las partes acordar un foro cuando el contrato de franquicia principal original se negocia, hay algunas jurisdicciones en que la elección de un foro está proscrita por ley. En algunas jurisdicciones, además, prevalecen doctrinas jurídicas que mantienen que los extranjeros no deberían tener derechos legales más amplios que los nacionales y que las acciones disponibles para extranjeros deberían por tanto ser las que se obtienen de los tribunales locales.

Los asesores jurídicos han de valorar cómo será interpretada su cláusula particular cuando examinen si una elección será reconocida en jurisdicciones donde no hay proscripción absoluta de la elección de foro. En términos de reconocimiento de una elección, una distinción parece haber sido dibujada en algunas jurisdicciones entre cláusulas que confieren jurisdicción a los tribunales del país concernido (prórroga) y aquéllas que suprimen jurisdicción de esos tribunales (derogación). En general, parecería más probable que los tribunales no reconocieran una cláusula de derogación que una cláusula de prórroga, especialmente si la cláusula de derogación funcionase para impedir a una parte normalmente domiciliada en la jurisdicción mantener una acción disponible según la ley nacional.

A lo largo de los años se ha desarrollado una línea de autoridad en algunas jurisdicciones según la cual una cláusula de elección de foro puede no ser sostenida si:

- ◆ se causa una inconveniencia sustancial por litigar en el foro elegido, incluyendo gastos añadidos y dificultades de idioma; o
- ◆ una acción efectiva, disponible de otro modo en el sistema judicial cuya jurisdicción se excluye, está siendo rechazada por la elección; o
- ◆ hay prueba de que la cláusula de elección de foro deriva de fraude, influencia indebida o engaño; o
- ◆ la ejecución de la elección significaría una violación del orden público del foro en que se plantea el litigio.

En las últimas dos o tres décadas se ha desarrollado sin embargo una tendencia general en los Estados Unidos, Japón, la Unión Europea y otros países de la OCDE, para que los tribunales mantengan la libertad de las partes de restringir el litigio a una jurisdicción particular mientras que las partes dejen claro que la jurisdicción elegida por ellas es su opción exclusiva.

Un intento significativo de producir una solución razonable de derecho uniforme es el *Convenio de las Comunidades Europeas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*⁵ (el *Convenio de Bruselas*), la aplicación del cual se extendió a los miembros de la *Asociación Europea de Libre Comercio (AELC-EFTA)* por el *Convenio de Lugano*⁶. El artículo 17 de

⁵ Bruselas, 1968. El Convenio fue después modificado para permitir la adhesión al Convenio a Estados que se unieron a la Comunidad Europea después de 1968 (Convenios de Adhesión de Luxemburgo, 1978 y Donostia-San Sebastián, 1989).

⁶ Lugano, 1988.

estos Convenios establece que cuando una de las partes del contrato está domiciliada en un Estado contratante, el sistema judicial designado en una cláusula de elección de foro tiene jurisdicción exclusiva para conocer cualesquiera conflictos conectados con esa concreta relación legal.

Los Convenios se aplican a elecciones de foro en la Unión Europea o Estados contratantes de la AELC en contratos:

- ◆ entre una parte domiciliada en un Estado de la Unión Europea o contratante de la AELC y otra parte domiciliada en otro Estado de la Unión Europea o contratante de la AELC; o
- ◆ donde sólo una parte está domiciliada en un Estado de la Unión Europea o contratante de la AELC y la otra está domiciliada fuera de las áreas de la Unión Europea y la AELC.

Los Convenios no se aplican a acuerdos que confieren jurisdicción a tribunales fuera de los Estados contratantes de la Unión Europea y la AELC.

Es relevante también anotar que cuando se aplican, conforme al Artículo 16, se establece una competencia exclusiva, sin consideración del domicilio, como sigue:

- ◆ derechos reales inmobiliarios y contratos de arrendamiento de bienes inmuebles: competencia de los tribunales del Estado donde el inmueble se halle sito;
- ◆ validez, nulidad, o disolución de una sociedad o persona jurídica de un Estado concreto: competencia de los tribunales de dicho Estado;
- ◆ *validez de inscripciones en registros públicos*: competencia de los tribunales del Estado en que se encuentren los registros;
- ◆ validez de patentes, marcas, diseños y modelos y derechos de propiedad intelectual similares sometidos a depósito o registro: competencia de los tribunales del Estado en el cual el depósito o el registro fue solicitado o efectuado; y
- ◆ ejecución de resoluciones judiciales: competencia de los tribunales del Estado del lugar de la ejecución.

Cada una de estas áreas de competencia exclusiva es relevante en la medida en que cada uno de los Convenios se aplique a la relación entre franquiciador, sub-franquiciador y sub-franquiciados. En la práctica, limitan sustancialmente el área de libertad de la elección del foro.

En la medida en que se podría tener que depender del litigio como método aplicable para la resolución de conflictos y elegir un foro exclusivo o no-exclusivo, es también importante para las partes determinar si el *Convenio de La Haya de 1965 relativo a la notificación*

o traslado en el extranjero de documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil o comercial se aplica con respecto a los servicios en el extranjero.

c) Ejecución de sentencias judiciales

La prueba crucial de una cláusula de elección de foro exitosa es si la sentencia y órdenes del sistema judicial seleccionado serán ejecutadas en otras jurisdicciones relevantes. Los tribunales de una jurisdicción no ejecutarán necesariamente una sentencia u orden de un tribunal de otra, particularmente si esa sentencia u orden es contraria a fuertes consideraciones de orden público de esa jurisdicción.

En la práctica, antes de que se acuerde una elección de foro, cada parte debería haber recibido garantía por su asesor jurídico de que no sólo aceptará la jurisdicción el tribunal relevante, sus órdenes serán ejecutables en el país en que la otra parte está normalmente domiciliada y/o en que está ubicada su propiedad relevante. Idealmente, obligaciones de tratado bilateral entre las jurisdicciones concernidas, o disposiciones en la forma de una legislación de reconocimiento de sentencias extranjeras, deberían estar en vigor en cada jurisdicción en que se pretende la ejecución. Esto permitiría un sistema relativamente simple de registro de ejecuciones que se aplicase a sentencias extranjeras.

De nuevo, los Convenios de Bruselas/Lugano adecuadamente en el Título III establecen procedimientos de reconocimiento y ejecución que han de aplicarse a la ejecución de decisiones emitidas en un Estado contratante en todos los otros Estados contratantes.

Con respecto a las decisiones emitidas por tribunales de Estados que no son parte de estos Convenios, habrán de iniciarse procedimientos de ejecución distintos planteando una acción sobre la sentencia extranjera en la jurisdicción en la que se pretende la ejecución, a menos que tratados multilaterales o bilaterales distintos apliquen un proceso adecuado de registro o ejecución. La única alternativa es probable que sea la presentación en la causa original de la acción planteada ante el tribunal extranjero.

En el caso de sentencias dinerarias, existe una tercera posibilidad en jurisdicciones cuya legislación nacional de sentencias extranjeras, aún sin tratado bilateral, sobre una base de reciprocidad permite al ejecutivo de ese Estado extender la ejecución a las sentencias dinerarias de un país extranjero por medio de la ley procesal de la jurisdicción concernida.

Dada la significativa posición que los franquiciadores de los Estados Unidos juegan en la franquicia internacional, debería anotarse que los Estados Unidos no tienen tratados con otros países para garantizar la

ejecución en el extranjero de sentencias emitidas por tribunales federales o estatales. Con excepción de los veinticuatro estados que han adoptado la Ley Uniforme de Reconocimiento de Sentencias Monetarias Extranjeras (UFMJRA), y por tanto tienen disponible un proceso judicial sumario, las sentencias se ejecutan planteando una nueva acción bien sobre la sentencia extranjera o sobre la causa original de la acción. La Subdivisión 5(a)(3) de UFMJRA establece que una sentencia extranjera no dejará de ser reconocida por la falta de competencia personal si el demandado antes del comienzo de los procedimientos hubiera acordado someterse a la jurisdicción del tribunal extranjero con respecto al asunto en cuestión. La inclusión de una cláusula de elección de foro es probable que elimine cualquier discusión sobre si una parte está sujeta a la jurisdicción *in personam* del tribunal seleccionado.

Las partes y sus asesores legales necesitan llevar a cabo cuidadosas investigaciones para identificar si hay tratados multilaterales y bilaterales para la ejecución de sentencias extranjeras y/o si los Estados relevantes poseen legislación sobre sentencias extranjeras que prevea la ejecución sobre la base de la reciprocidad.

III. ARBITRAJE

a) La alternativa del arbitraje

Además de acordar un foro para la resolución judicial de conflictos, es probable que las partes opten por incluir una cláusula de arbitraje como alternativa, pues:

- ◆ les permite acordar la forma del arbitraje y quiénes serán los árbitros o cómo han de ser seleccionados;
- ◆ pueden determinar bien la ley a aplicar o bien decidir que los árbitros tendrán el poder de amigables componedores (*amiable compositeurs*) sin que se especifique ley alguna;
- ◆ pueden elegir las normas de arbitraje;
- ◆ pueden mantener la confidencialidad de los procedimientos;
- ◆ con respecto a una mayoría de jurisdicciones tienen disponible un proceso de procedimiento sumario para la ejecución de un fallo en la forma del Convenio de 1958 de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras⁷; y
- ◆ los intereses de terceras partes inocentes pueden ser tenidas en cuenta en un arbitraje, lo cual, dependiendo de la naturaleza de la acción, puede no ser siempre el caso en un tribunal.

⁷ A 20 de junio de 1998, 119 Estados eran Partes Contratantes de la Convención de Nueva York.

El recurso a los tribunales sería por otro lado preferible al arbitraje en casos que impliquen alegaciones de fraude y conflictos que requieran un proceso de investigación obligatorio.

En la mayoría de las jurisdicciones de la OCDE, hay una política y una ley nacional de arbitraje que favorece el reconocimiento de las cláusulas de arbitraje en contratos internacionales y establece un sencillo método para cumplir las obligaciones de la Convención de Nueva York.

El acuerdo de arbitraje casi siempre excluirá que cada parte evite el arbitraje buscando reparación en un tribunal. Los tribunales otorgarán generalmente a los árbitros una amplia libertad para decidir asuntos que entren en el ámbito de su propio mandato.

Al redactar sus cláusulas las partes deberían también considerar si, permitiéndolo la jurisdicción cuyo derecho se elige, cualquier arbitraje se destina a tratar no sólo causas de acción relacionadas con, por ejemplo, interpretación de contratos y incumplimiento, sino también reclamaciones relacionadas con las acciones legales de la ley sustantiva de la jurisdicción elegida, tales como aquellas disponibles según las leyes de competencia, valores, protección del consumidor y antifraude. La ley en Estados Unidos a escala federal parece admitir que se sometan tales reclamaciones a arbitraje en casos de transacciones internacionales.

Hay además algunos asuntos que son problemáticos para las partes y que se refieren a la medida en que puede recurrirse a la asistencia de los tribunales cuando el arbitraje ha sido aceptado como el mecanismo de resolución de conflictos. Puede, por ejemplo, ser difícil para una parte obtener un embargo pre-judicial de activos para asegurar una demanda que ha de presentarse a los árbitros.

Por lo general resulta más barato acudir al arbitraje que al procedimiento judicial pero se debe tener cuidado por que si existen retrasos pudiera llegar a ser más oneroso que el litigio.

Todo esto sugiere que en la práctica la negociación y la mediación pudieran ser más preferibles en la resolución de conflictos que no amenacen acabar con la relación de franquicia principal.

Cuando las partes eligen el arbitraje, deberían seleccionar en su cláusula de arbitraje:

- ◆ un ente administrativo que tenga autoridad sobre cualquier arbitraje que se efectúe, tal como la *Asociación Americana de*

Arbitraje, la *Corte Internacional de Arbitraje* de la Cámara de Comercio Internacional, la *Corte de Londres de Arbitraje Internacional* o el *Centro Australiano de Arbitraje Comercial Internacional*; y

- ◆ dependiendo de cuál ente administrativo sea seleccionado, las reglas de arbitraje que se seguirán. Cada uno de los entes antes mencionados posee sus propias reglas. Existen no obstante también las *Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (CNUDMI-UNCITRAL) que pueden ser seleccionadas con independencia de cuál sea el ente administrativo elegido.

b) Ejecución de laudos de arbitraje comercial internacional

La Convención de 1958 de Nueva York es considerada, y con razón, como una de las convenciones más exitosas en cuanto al número de ratificaciones o adhesiones, pues una alta proporción de miembros de las Naciones Unidas son partes de la Convención, incluyendo Estados de todas las regiones del mundo que comprenden diferentes sistemas legales, sociales y económicos.

En sí mismo esto no garantiza su efectividad: la ratificación no significa que la ejecución sea poco más que una formalidad en el país de ratificación. Las partes de un contrato de franquicia principal habrán por tanto de verificar si:

- ◆ el (los) Estado (s) concernido(s) ha(n) alguna reserva a las obligaciones de la Convención y, si las ha(n) hecho, cuáles son esas reservas;
- ◆ la necesaria legislación nacional ha sido aprobada para dar efecto a la Convención si el derecho constitucional de la jurisdicción así lo requiere;
- ◆ las disposiciones legales nacionales relevantes para la ejecución son prácticas y particularmente si favorecen y respaldan el arbitraje y tratan a las partes equitativamente; y
- ◆ si entienden completamente los efectos que tendrán sobre ellos las razones por las cuales un tribunal puede no acceder a ejecutar un laudo. Ejemplos de tales razones incluyen que la materia no fuera susceptible de arbitraje según el derecho del país en el cual se pretende la ejecución, y que el reconocimiento o ejecución del laudo sería contrario al orden público de ese país.

[<Volver al Índice>](#)

CAPÍTULO 18

OTRAS CLÁUSULAS GENERALMENTE USADAS

Además de las cláusulas que se relacionan específicamente con la franquicia, hay algunas otras cláusulas que pueden ser encontradas en contratos de franquicia principal y que podrían ser de importancia considerable. Estas incluyen cláusulas:

- ◆ relativas a la autonomía de cada una de las cláusulas del contrato de tal suerte que si una resulta inválida no afectaría la validez del contrato (“separabilidad”);
- ◆ de acuerdo completo;
- ◆ renunciaciones;
- ◆ cláusulas de fuerza mayor y de excesiva onerosidad;
- ◆ cláusulas relativas a la naturaleza del contrato;
- ◆ cláusulas de derechos cumulativos;
- ◆ disposiciones sobre notificación; y
- ◆ disposiciones relativas a los diferentes tipos de daños.

Se debería prestar atención al impacto del derecho relevante en la efectividad de cada una de estas disposiciones.

A. CLÁUSULAS RELATIVAS A LA SEPARABILIDAD

No sorprendentemente, es muy importante tanto para el franquiciador como para el sub-franquiciador que su contrato continúe en vigor por un período de tiempo considerable, entre otras cosas habida cuenta de las inversiones efectuadas por ambos son a menudo considerables. Los contratos de franquicia principal pueden por tanto contener cláusulas que establezcan que si una cláusula particular, o incluso parte de una cláusula, llega a ser inejecutable, inválida o ilegal, entonces la invalidez, ilegalidad o inejecutabilidad de esa cláusula particular o parte de la misma no afectará a la validez o ejecutabilidad del resto del contrato. La cláusula inválida o ilegal, o parte de la misma, es en otras palabras considerada como separable del resto del contrato. A veces, esta separabilidad se condiciona a que el resto del contrato no parezca distorsionado o injusto a una de las partes. Hay tres posibles enfoques de las cláusulas inválidas o ilegales en caso de separabilidad:

- ◆ la cláusula es considerada como si nunca se hubiera estipulado, o

- ◆ la cláusula es reemplazada por otra válida, legal y ejecutable que alcance los objetivos de las partes, o
- ◆ la cláusula es modificada e interpretada de tal forma que su propósito puede ser alcanzado con toda legalidad.

A construcciones similares se recurre en el caso de una laguna en el contrato.

En lo que respecta a las cláusulas parcialmente inválidas, los contratos pueden a veces indicar que deberían ser consideradas ejecutables en la medida en que sean válidas.

Hay contratos que ofrecen cierta discreción al franquiciador, en ellos se establece que el franquiciador puede rescindir el contrato:

- ◆ si considera que la exclusión de la disposición particular concernida afecta adversamente su derecho a percibir el pago de cuotas u otra remuneración;
- ◆ si la exclusión afecta adversamente las marcas de fábrica, el nombre comercial, los secretos comerciales, el *know-how* o los métodos del sistema; o
- ◆ si el franquiciador determina que el descubrimiento de ilegalidad afecta adversamente los fundamentos en que el contrato se basa.

Los contratos listarán frecuentemente las entidades que pueden declarar las cláusulas como inválidas, por ejemplo los tribunales nacionales o entidades gubernamentales, el Tribunal Europeo de Justicia o la Comisión Europea, y los tipos de instrumento por los cuales puede hacerse, tales como decisiones de los tribunales o entidades gubernamentales, un decreto del Parlamento, legislación nacional, legislación y reglamentos de la Comunidad Europea u otras ordenanzas o reglamentos.

Los contratos que son empleados en algunas jurisdicciones diferentes pueden contener cláusulas al efecto de que si una cláusula es inválida en una jurisdicción, no tendrá fuerza o efecto en esa jurisdicción particular, pero su validez o efecto en otra jurisdicción no deberían verse afectados.

B. CLÁUSULAS DE CONTRATO COMPLETO

A fin de salvaguardarse contra cualesquiera reclamaciones sorpresivas, los franquiciadores incluirán a menudo una cláusula que afirme que el contrato es el contrato completo entre las partes y que incorpora todas las negociaciones previas y/o todos los acuerdos previos alcanzados. El grado de detalle de tales cláusulas variará desde frases muy breves al efecto de que, por ejemplo, sean inválidos los acuerdos orales accesorios, hasta largas descripciones de lo que se pretende. El grado de

detalle dependerá también de la técnica de redacción jurídica adoptada en el país del franquiciador¹. En otros casos la cláusula de contrato completo puede especificar que además de los contratos principales existen también contratos específicos entre las partes, por ejemplo un contrato de arrendamiento para los establecimientos, o que se adjuntan otros documentos, tales como condiciones generales de comercio o, en el caso de franquicias americanas, la Circular de Oferta de Franquicia.

A veces, ciertas excepciones serán previstas. Así, por ejemplo, la obligación del sub-franquiciador de cumplir con las especificaciones que el franquiciador determine de cuando en cuando no se verán afectadas por el hecho que no sean considerados válidos acuerdos orales o accesorios.

Otras disposiciones pueden estar ligadas a la cláusula de contrato completo. Ejemplos de tales disposiciones incluyen un reconocimiento por el sub-franquiciador de que no ha adoptado el contrato como resultado de cualesquiera peticiones, garantías, incentivos o promesas y una exigencia de que si el sub-franquiciador piensa que cualesquiera peticiones, garantías, incentivos o promesas han sido hechas, y que han contribuido materialmente a hacerle tomar la decisión de suscribir el contrato, entonces debería presentar al franquiciador una declaración escrita al efecto, a fin de permitir la inclusión en el contrato de los contenidos de la declaración escrita.

C. RENUNCIAS

Los contratos de franquicia contendrán a menudo cláusulas renunciando a la responsabilidad del franquiciador y/o rechazando la renuncia de cualesquiera derecho del franquiciador. De nuevo, el grado de detalle variará dependiendo del origen del contrato, entrando en mucho más detalle aquellos de países del "*common-law*".

La renuncia de responsabilidad será a menudo en la forma de un reconocimiento por el sub-franquiciador de que el éxito del negocio depende de sus propios esfuerzos y que incluso si el franquiciador y su equipo han proporcionado consejo y ayuda, manuales de operaciones y cursos de formación, el franquiciador, sus directivos y empleados no serán responsables de ninguna pérdida o daño sufridos por el sub-franquiciador. A veces esta renuncia de responsabilidad se extenderá incluso a pérdida o

¹ Véase Capítulo 1, Sección B, Sub-sección V, lit. (b) "Técnica de redacción" sobre las diferencias en el estilo de redacción jurídica.

daño sufridos como resultado del sistema o del consejo y ayuda dados. La excepción podría ser si la pérdida o el daño fue directamente causado por el incumplimiento del franquiciador de una disposición expresa del contrato, o por fraude por parte del franquiciador, pero incluso entonces podría haber una limitación en la cantidad de compensación que el contrato admite.

Los rechazos de la renuncia de derechos del franquiciador tomarán la forma de disposiciones afirmando que el hecho de que el franquiciador no ejercite sus derechos o los poderes que se le han otorgado no significa que renuncie a estos derechos o que no pueda ejercitarlos en el futuro. Esto se afirmará para que se aplique en general así como para cualquier incumplimiento específico. En la mayoría de los casos estas cláusulas no se referirán a límites temporales para el ejercicio de los derechos por el franquiciador. Sin embargo, se podría, eventualmente, hacer referencia a la duración aunque si se excluirá únicamente la idea de cualesquiera límite temporal. El contrato puede también especificar que si el franquiciador no ejercita sus derechos en una ocasión, esto no significa que no lo haga en otra ocasión.

En el caso de que la franquicia sea vendida a un nuevo sub-franquiciador, es posible que el sub-franquiciador sucesor pueda ser requerido a renunciar a cualesquiera derechos o acciones que pudiera heredar como resultado del incumplimiento del contrato por el franquiciador con el sub-franquiciador precedente.

En la mayoría de los casos estas cláusulas de renuncia sólo se referirán al franquiciador, aunque las hay que se refieren a incumplimientos tanto por parte del franquiciador como del sub-franquiciador y que rechazan cualquier renuncia por cualquiera de las partes.

D. FUERZA MAYOR Y EXCESIVA ONEROSIDAD

Los contratos contendrán a menudo cláusulas que prevean bien la renegociación del contrato en casos de cambio de circunstancias (las así llamadas "cláusulas de excesiva onerosidad" ("hardship clauses") o bien una suspensión del cumplimiento en casos de fuerza mayor. La existencia de una situación real de fuerza mayor podría de hecho ser considerada una razón válida para que una parte fuera excusada de cumplimiento indefinidamente. La formulación de estas cláusulas en los contratos de franquicia principal seguirá la formulación de cláusulas similares en otros tipos de contrato.

No siempre es fácil distinguir claramente entre acontecimientos que dan lugar a una situación de excesiva onerosidad y acontecimientos que

han de ser considerados como fuerza mayor. Sin embargo, una indicación podría ser la gravedad y la naturaleza del acontecimiento. La excesiva onerosidad a menudo no hará totalmente imposible el cumplimiento, incluso si se convierte en excesivamente oneroso o difícil (por ejemplo una subida inesperada y exorbitante del coste de las materias primas) y una renegociación del contrato consecuentemente llega a ser necesaria si la relación se ha de mantener. La fuerza mayor, por otro lado, es posible que ~~de~~ [dé] lugar a una imposibilidad objetiva de cumplir, aun si se trata de una imposibilidad que está limitada en el tiempo (por ejemplo una declaración de guerra). Las cláusulas de excesiva onerosidad y de fuerza mayor tendrán que ver por lo general con el incumplimiento por cualquiera de las partes.

Una definición de excesiva onerosidad que fue preparada a nivel internacional y que está adquiriendo un reconocimiento internacional creciente es la contenida en los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales:

“Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;

(b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse del contrato;

(c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y

(d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja”².

De igual manera, la definición de fuerza mayor contenida en los Principios de Unidroit afirma que:

“(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.

(2) Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.

² Artículo 6.2.2.

[(3) (...)

(4) (...)]³.

El propósito de la cláusula de excesiva onerosidad es por tanto no rescindir el contrato, sino hacer posible una renegociación de sus términos. Las cláusulas de fuerza mayor por otro lado pueden ser consideradas la base sobre la cual un incumplimiento puede ser excusado, a menudo de forma permanente, pero también con carácter temporal. Como la línea de separación entre los dos conceptos no siempre es clara, el mismo acontecimiento podría ser considerado un caso de excesiva onerosidad o alternativamente un caso de fuerza mayor. Queda entonces al tribunal la decisión de si el acontecimiento constituye excesiva onerosidad o fuerza mayor.

Las cláusulas de fuerza mayor pueden encontrarse bien en forma de fórmulas generales o en forma de listas de acontecimientos que deberían ser considerados como constitutivos de fuerza mayor. Ejemplos de los acontecimientos incluidos en las disposiciones de fuerza mayor son el fuego, la tormenta, la inundación, el terremoto, los desastres naturales en general, las explosiones, los accidentes, los actos de enemigos públicos, la guerra, la insurrección, el sabotaje, las epidemias, los embargos, los retrasos en el transporte, los cortes de energía o petróleo, los conflictos laborales, las huelgas, el incumplimiento de los subcontratistas, los actos de cualquier gobierno ya sea nacional, municipal o de otra clase y la acción judicial. Las fórmulas generales pueden ser para el caso de que la fuerza mayor sea causada por alguna contingencia ajena al control de la parte incumplidora, o ajena a la razonable capacidad de control de la parte. Con frecuencia las dos opciones se combinarán, incluyendo la disposición una declaración general seguida por una lista de ejemplos.

Si los acontecimientos que constituyen fuerza mayor están limitados en el tiempo, entonces el deber de cumplir la obligación será suspendido sólo por la duración del acontecimiento.

Hay también cláusulas de fuerza mayor que afirman que sólo tendrán efecto a discreción del franquiciador, a menos que el acontecimiento haga imposible el cumplimiento por un periodo más largo y continuado de tiempo.

Otras condiciones pueden también vincularse a la aplicación de la cláusula, como la exigencia de que el evento no debería haber sido causado o exacerbado por la parte incumplidora.

La relevancia de estas cláusulas para los contratos de franquicia principal debería ser considerada, en particular en lo concerniente a la excesiva onerosidad como una excusa para el incumplimiento del programa de desarrollo.

³ Artículo 7.1.7.

E. CLÁUSULAS RELATIVAS A LA NATURALEZA DEL CONTRATO

La naturaleza del contrato de franquicia es a menudo un punto de disputa. Esto es también debido al hecho de que, como hay un número considerable de diferentes tipos de contrato que se incluyen bajo el término "franquicia", no hay una única, generalmente reconocida definición que pueda ser aplicada. Además, en la mayoría de los países los contratos de franquicia no están específicamente regulados y en varias jurisdicciones los tribunales aplicarán por tanto la legislación escrita para otros tipos de contrato. Examinarán la relación para determinar la forma legal con la cual el contrato guarda mayor semejanza: un contrato de agencia, por ejemplo, o un contrato de licencia, o un contrato de venta a plazos, o incluso un contrato de trabajo, y aplicarán la legislación que sea aplicable a ese tipo de contrato.

En un intento de evitar que el contrato pueda ser considerado como algo que en realidad no es, el contrato puede específicamente afirmar que no debería identificarse con, por ejemplo, un contrato de agencia o una sociedad, una *joint venture* o un contrato de trabajo, o que no crea una relación fiduciaria entre las partes. En la mayoría de los casos afirmará claramente que las partes del contrato son empresarios independientes. Para subrayar este punto puede afirmar también que el franquiciador carece de control sobre los contratos de trabajo de los empleados del sub-franquiciador, incluso si en realidad éste no es siempre el caso⁴.

El contrato podría además afirmar que el sub-franquiciador no está en modo alguno autorizado a hacer ningún contrato, acuerdo, garantía o petición en nombre del franquiciador, y que el sub-franquiciador no puede crear obligación alguna en nombre del franquiciador. Unido a esto está a menudo una disposición afirmando que el sub-franquiciador debe asegurarse que los franquiciados indican claramente que sus unidades son franquicias dirigidas por ellos.

Una afirmación al efecto de que el contrato no es de agencia o de trabajo no conducirá necesariamente al resultado deseado, pues en algunas jurisdicciones los jueces no siempre aceptarán tal afirmación sin examinarlas, sino que mirarán los contenidos del contrato para determinar si es correcto o no. Si no lo es, las partes pueden encontrarse con que la legislación que se aplique será aquella que se aplica al tipo de contrato que el juez considera más próximo a la verdadera naturaleza del contrato concernido.

⁴ Véase Anexo 3, Sección A, Sub-sección XIII "Derecho laboral".

F. DERECHOS CUMULATIVOS

En los contratos de franquicia principal puede encontrarse una cláusula afirmando que los derechos y deberes del franquiciador son cumulativos y que la ejecución de cualquiera de estos derechos o deberes no excluirá la ejecución de cualquier otro derecho o deber. También puede encontrarse una disposición similar respecto a los derechos y deberes del sub-franquiciador .

G. DISPOSICIONES SOBRE NOTIFICACIÓN

Las disposiciones de importancia en un contrato de franquicia principal incluyen también las disposiciones sobre notificación. Éstas deberían especificar lo que constituye una notificación válida y lo que constituye una aceptación válida (por ejemplo, una exigencia de que cualquier comunicación de este tipo sea por escrito), la forma en que la notificación debería entregarse y las fechas límite aplicables a la misma.

H. DAÑOS

Los tipos de daños que pueden adjudicarse varían de un sistema legal a otro. En algunos sistemas legales las cláusulas penales no están permitidas (por ejemplo en los países del "*common law*" que en cambio admiten lo que se conoce como liquidación por daños), mientras que en otros países lo están, aunque pueden estar sujetas a control judicial (este es el caso, por ejemplo, de Alemania). A menudo el importe de la compensación dependerá del tipo de daños admitidos. Como los conceptos varían de un país a otro⁵, los contratos de franquicia principal pueden optar por especificar exactamente de qué daño se puede obtener compensación (por ejemplo, sólo por el daño real sufrido).

I. EL PREÁMBULO DEL CONTRATO

El Preámbulo del contrato podría también ser de importancia, aunque su importancia dependerá en gran medida de la técnica de redacción adoptada. El Preámbulo es por tanto probable que sea de mayor importancia en países del "*common law*" que en países del "*civil law*".

⁵ Los diferentes conceptos incluyen: daños por beneficios futuros perdidos, por oportunidades perdidas, por ganancias perdidas, por pérdidas sufridas, "*negatives Vertraginteresse*", "*positives Vertraginteresse*", etc.

En la tradición del *"common law"* el Preámbulo está diseñado para ayudar a la identificación de las partes y de las cláusulas. En algunos casos se utiliza para identificar el propósito básico del contrato o los fundamentos para su cumplimiento.

La importancia del Preámbulo en los contratos de franquicia principal internacionales puede encontrarse en la necesidad de clarificar conceptos, derechos y deberes en vista de las posibles disparidades en la experiencia y entendimiento de las dos partes del contrato. Así, por ejemplo, una definición del sistema de franquicia y sus elementos constitutivos y de la obligación principal del sub-franquiciador podría ser incluida en el Preámbulo.

Además, en caso de litigio el Preámbulo puede servir como una guía para la interpretación del contrato si debe ser ejecutado en un país en el cual la franquicia no es una forma bien conocida de negocio, o si los tribunales y/o los árbitros no están familiarizados con la franquicia.

En algunas jurisdicciones la ley podría exigir al tribunal referirse al propósito del contrato que está interpretando y el Preámbulo podría servir para declararlo precisamente. En algunos países del *"civil law"* el Preámbulo podría además referirse a las secciones relevantes de la legislación, código o ley civil o comercial, que es aplicable.

J. OBLIGACIONES IMPLÍCITAS

Un cierto número de obligaciones podrían no estar declaradas expresamente, pero podrían sobreentenderse, ya sea del contrato o de la ley. La medida en que las obligaciones puedan sobreentenderse variará de un sistema legal a otro. En general, los sistemas de *"civil law"* se inclinan más a aceptar la idea de obligaciones implícitas que los sistemas del *"common law"*. Esto es también una consecuencia del estilo de redacción adoptado. En los países del *"civil law"* las disposiciones relevantes no imperativas de los códigos serán consideradas parte del contrato a menos que las partes establezcan otra cosa (claramente las imperativas serán siempre aplicables). Es también posible que las obligaciones pudieran sobreentenderse del contrato mismo, a través de una interpretación de sus cláusulas. Este es el caso en particular en que el contrato guarda silencio en puntos específicos y el tribunal debe interpretarlo para llegar a la voluntad de las partes.

Hay también algunos principios generales que se consideran aplicables aunque no estén expresamente mencionados en el contrato. Un ejemplo ilustrativo de esto es el principio de buena fe. En los países del *"civil law"* el principio de buena fe impregna el sistema legal en su totalidad, se espera que las partes traten entre sí con buena fe, no sólo una

vez que el contrato ha sido celebrado, sino también en la etapa precontractual. Tradicionalmente este no es el caso en los países del "*common law*", aunque hay un lento movimiento hacia un reconocimiento de la necesidad de aplicar el principio de buena fe también en la etapa precontractual, especialmente en Australia. En los Estados Unidos la exigencia de buena fe también está llegando a ser más aceptada de forma general, como puede verse en las leyes de franquicia que han sido adoptadas recientemente y en las propuestas de legislación presentadas al Congreso⁶. No obstante, los tribunales han sostenido que el principio de la buena fe no siempre anula las cláusulas contractuales expresas.

[<Volver al Índice>](#)

⁶ Véase, por ejemplo, Sección 5(a) de las propuestas Ley Federal de Prácticas de Franquicia Leal, H.R. 1717, presentada el 25 de mayo de 1995 al Congreso de los Estados Unidos.

CAPÍTULO 19

DOCUMENTOS ACCESORIOS

A. LA DOCUMENTACIÓN DE OTRAS RELACIONES

Un franquiciador frecuentemente tiene relaciones con un sub-franquiciador, o franquiciado, que estrictamente hablando no son inherentes a la relación de franquicia misma. Además de su relación como franquiciador y sub-franquiciador o franquiciado, las partes pueden ser también, por ejemplo

- ◆ vendedor y comprador;
- ◆ prestamista y prestatario;
- ◆ propietario e inquilino; o
- ◆ principal y agente.

Casi cualquier relación mercantil tradicional puede existir de hecho simultáneamente con la relación de franquicia. Estas otras relaciones, como la franquicia misma, acarrearán inevitablemente derechos y obligaciones, beneficios y cargas. Las partes encontrarán por tanto necesario, o deseable, documentar sus obligaciones respectivas.

Cuando estas otras obligaciones sean del tipo antes mencionado, esto no presentará mayores dificultades: los contratos de préstamo o los de arrendamiento son, después de todo, documentos conocidos. Mientras la práctica puede diferir dependiendo de la naturaleza del negocio, estos documentos aparecerán normalmente separados del contrato de franquicia, aunque pueden estar conectados mediante cláusulas de incumplimiento entrelazadas o por otras técnicas.

Hay no obstante muchas otras obligaciones que una parte puede desear imponer a la otra y que en gran medida forman parte integral de la relación de franquicia, pero que, por una u otra razón, pueden ser incluidas en un documento separado en vez de en el contrato principal entre el franquiciador y el sub-franquiciador o franquiciado. Estos documentos separados son frecuentemente referidos como "documentos accesorios".

B. DESCRIPCIÓN DE LOS DOCUMENTOS ACCESORIOS

El término "documentos accesorios" se refiere a los contratos preliminares, contratos secundarios y addenda que, además del contrato

de franquicia principal mismo, se emplean en la formación y administración de una relación de franquicia principal. Los documentos accesorios tienden a ser contratos separados por varias razones. Algunos documentos accesorios lógicamente preceden al contrato de franquicia principal, como por ejemplo los contratos de *joint venture*. Otros lógicamente siguen al contrato de franquicia principal, como los contratos de transferencia. Muchos comprometen a partes distintas al sub-franquiciador. Los acuerdos de confidencialidad son, por ejemplo, normalmente acuerdos entre los propietarios de un sub-franquiciador (cuando el sub-franquiciador es una sociedad), o los empleados del sub-franquiciador, y el franquiciador. Algunos documentos accesorios se emplean sólo en ciertos casos, por ejemplo los contratos de financiación o las cartas de crédito. Los términos de algunos documentos accesorios no es probable que se conozcan cuando se celebra el contrato de franquicia principal, como es el caso de los contratos de rescisión negociada. Los contratos accesorios también pueden ser documentos que simplemente pretenden poner de relieve los términos del contrato de franquicia principal.

En situaciones en que un franquiciador utiliza un cierto documento accesorio rutinariamente en casi toda transacción de franquicia principal, sus términos podrían constituirse en una parte del propio contrato de franquicia principal. Este es el caso, por ejemplo, de los contratos de suministro en ciertos sistemas de franquicia. Sin embargo, algunos contratos accesorios tienden a permanecer como documentos separados.

Muchos documentos accesorios que son iguales, o similares, a aquellos usados entre un franquiciador y un sub-franquiciador también podrían ser utilizados entre un sub-franquiciador y un sub-franquiciado. Este es el caso, por ejemplo, de los acuerdos de confidencialidad y de no-competencia. El franquiciador puede, de hecho, exigir al sub-franquiciador que utilice estos documentos con sus sub-franquiciados. Cuando los documentos accesorios utilizados por el sub-franquiciador son similares en esencia a los utilizados por el franquiciador, puede haber diferencias debidas al hecho de que el sub-franquiciador y los sub-franquiciados es probable que estén localizados en el mismo país, mientras que el franquiciador y el sub-franquiciador generalmente tienden a estar situados en países diferentes. Esto puede afectar a cuestiones tales como el derecho que rige el contrato auxiliar y el foro para resolver los conflictos que surjan en relación con él. El franquiciador puede desear además insertar una cláusula otorgándole el derecho a ejecutar el contrato accesorio directamente contra el sub-franquiciado o sus propietarios, agentes, o empleados. En muchos casos estas cuestiones se tratan en el contrato principal y no en documentos accesorios.

En este ámbito también debería hacerse mención de los manuales de franquicia. Aunque los manuales no son, y no deberían ser considerados, contratos en sí mismos, habitualmente se encuentra una obligación de adherirse a los manuales en los contratos de franquicia¹.

C. LOS PROPOSITOS DE LOS DOCUMENTOS ACCESORIOS

Los franquiciadores utilizan documentos accesorios por una variedad de razones. En primer lugar, separando en documentos accesorios cláusulas negociadas, transacciones únicas, y cuestiones no centrales de un contrato de franquicia principal, los franquiciadores pueden mantener un contrato de franquicia principal básico y uniforme que contenga todos los términos que han de permanecer constantes de un sub-franquiciador a otro. Esta constancia es importante para los franquiciadores, sub-franquiciadores, y sub-franquiciados igualmente, pues el valor de la franquicia estará basado con toda probabilidad en el reconocimiento de la marca y en la constancia de la calidad del producto o servicio ofrecido.

En segundo lugar, los documentos accesorios se emplean para obligar a personas concretas a promesas a las cuales no estarían obligadas por el contrato de franquicia principal. Los convenios de confidencialidad y no-competencia, y a veces los convenios contra transferencias de intereses en la propiedad en la entidad sub-franquiciadora, son por ejemplo típicamente incluidos en documentos separados para ser firmados por individuos que no firmaron el contrato de franquicia principal, tales como accionistas y empleados del sub-franquiciador. Hacer cumplir tales promesas contra estos individuos puede ser difícil o imposible si no firman contratos separados.

En tercer lugar, los franquiciadores utilizan documentos accesorios para hacer ajustes si la relación cambia después de formarse, por ejemplo si el sub-franquiciador vende su negocio o introduce nuevos inversores. Los cambios de esta naturaleza normalmente no requerirán la ejecución de un nuevo contrato de franquicia principal, de hecho, la renegociación del contrato es a menudo indeseable. Los cambios en la relación de franquicia pueden por lo tanto documentarse mediante documentos accesorios sin perturbar las obligaciones subyacentes de las partes.

En cuarto lugar, los franquiciadores utilizan documentos accesorios para cumplir con las leyes de una determinada jurisdicción. Algunos países por ejemplo requieren el archivo de un contrato de usuario registrado para licencias de marca, o un contrato de licencia de marca separado.

¹ Véase Capítulo 5, Sección C "Manuales".

D. EJEMPLOS DE DOCUMENTOS ACCESORIOS

Los ejemplos de documentos accesorios seguidamente expuestos se agrupan como sigue: el primer grupo incluye documentos accesorios que a menudo acompañan a contratos de franquicia principal, el segundo grupo incluye contratos cuyo uso depende de la naturaleza del negocio franquiciado, el tercer grupo incluye documentos accesorios cuyo uso depende de la estructura de la transacción, y el cuarto grupo incluye documentos que pueden ser requeridos por el derecho local.

I. DOCUMENTOS ACCESORIOS COMUNMENTE UTILIZADOS CON CONTRATOS DE FRANQUICIA PRINCIPAL

a) Acuerdos de confidencialidad

Los acuerdos de confidencialidad son casi universalmente utilizados en la franquicia internacional. Su propósito es obligar a personas que no hayan firmado los contratos de franquicia principal o sub-franquicia (por ejemplo accionistas, agentes y/o empleados del sub-franquiciador y de los sub-franquiciados) a los convenios de confidencialidad que se hallen en el contrato de franquicia principal o en el de sub-franquicia. Estos convenios son críticos para la protección del *know-how* del franquiciador y de los secretos comerciales.

Los acuerdos de confidencialidad también se utilizan antes de que la relación de franquicia principal se firme. En este caso la intención es proteger a cada una de las partes, particularmente al franquiciador, de la revelación por la otra de información confidencial intercambiada durante la negociación del contrato de franquicia principal. Si las negociaciones no conducen a la celebración de un contrato de franquicia principal, las partes seguirán legalmente obligadas a no revelar información confidencial sobre la otra o el negocio de la otra.

Los acuerdos de confidencialidad normalmente contienen cláusulas que corresponden a los convenios de confidencialidad que se encuentran en el contrato de franquicia principal o en el de sub-franquicia². Por lo tanto contendrán promesas de que el individuo que firma el acuerdo de confidencialidad no revelará, divulgará, o hará mal uso de información confidencial obtenida a través de las operaciones del sub-franquiciador o del sub-franquiciado en el sistema de franquicia. Un acuerdo de confidencialidad puede también especificar ciertas acciones

² Véase Capítulo 11, Sección H, Sub-secciones I, lit. (a) y II, lit.(a), relativas a las cláusulas de confidencialidad previas y posteriores al término (del contrato).

contra un individuo que viole el acuerdo, tales como un interdicto o daños y perjuicios. Las liquidaciones por daños son a menudo la única acción viable en el caso de una violación, bien porque los interdictos o formas similares de reparación no están disponibles en el país en que acontece la violación, o porque la información confidencial, una vez revelada, con toda probabilidad no puede ser restablecida.

b) Acuerdos de no-competencia

Como ocurre con los acuerdos de confidencialidad, los acuerdos de no-competencia son documentos separados utilizados para obligar a no firmantes de los contratos de franquicia principal o sub-franquicia (por ejemplo accionistas, agentes y/o empleados) a los convenios de no-competencia que se encuentren en el contrato de franquicia principal o en el contrato de sub-franquicia. Los convenios de no-competencia son importantes para los franquiciadores como un modo de preservar la singularidad de sus sistemas y el prestigio asociado con el sistema en el territorio de un sub-franquiciador o sub-franquiciado actual o pretérito.

En el caso de los Estados miembros de la Unión Europea, los acuerdos de no-competencia estarán sujetos a las leyes de competencia tanto de la Unión Europea como de los países concretos. Podrían encontrarse problemas por lo tanto bajo estas leyes en relación con la ejecución de estos acuerdos. Los acuerdos de no-competencia más fácilmente cuestionados son aquellos con empleados de los sub-franquiciadores o de los sub-franquiciados que podrían encontrar difícil ganarse la vida si están obligados por restricciones de no-competencia después que su empleo ha llegado a su fin. Por esto en algunos países los convenios de no-competencia posteriores al término pueden llevar una compensación obligatoria por la duración del periodo de no competir.

Los acuerdos de no-competencia contendrán a menudo cláusulas que correspondan a los convenios de no-competencia que se encuentran en el contrato de franquicia principal³. Esto incluye, por ejemplo, promesas de que el individuo firmante del acuerdo de no-competencia no tendrá un interés, ni estará de otra forma implicado, en negocios similares al negocio del sub-franquiciador, tanto durante su asociación con el sub-franquiciador como por un periodo limitado de tiempo después. El periodo de tiempo durante el cual el acuerdo de no-competencia continúa después de acabada la asociación, por ejemplo el periodo de tiempo después que el empleado dimite o que el propietario transfiere su interés en el sub-franquiciador, puede variar, pero lo común es de uno a

³ Véase Capítulo 11, Sección H, Sub-secciones I, lit. (b) "Cláusulas de no-competencia" y II, lit. (b) "Cláusulas de no competencia posteriores a la conclusión"

dos años. Puede haber limitaciones por ley con respecto a la duración y alcance territorial del convenio de no-competencia.

Los acuerdos de no-competencia también pueden especificar las acciones por violación. La acción puede ser o bien un interdicto o, en países donde los interdictos o el cumplimiento específico no son acciones disponibles, una liquidación por daños. Si el acuerdo de no-competencia es entre el sub-franquiciador y su sub-franquiciado, accionista o empleado, el franquiciador puede insistir en una estipulación que le dé el derecho a ejecutar el acuerdo directamente si el sub-franquiciador no lo hace así.

c) Garantía e indemnización

Los contratos de garantía e indemnización están diseñados para proteger al franquiciador de pérdidas causadas por el incumplimiento de un sub-franquiciador bajo un contrato de franquicia principal. Las garantías se utilizan normalmente cuando el sub-franquiciador es una corporación u otra entidad. Normalmente, los accionistas del sub-franquiciador deben firmar la garantía. La garantía permite al franquiciador recurrir a los accionistas si el sub-franquiciador no cumple sus obligaciones con el franquiciador. El franquiciador ante todo busca certeza de pago, pero la garantía puede cubrir también el cumplimiento de obligaciones no monetarias del sub-franquiciador. Por otro lado, y quizás de manera más realista pues los accionistas generalmente no están en condiciones de cumplir obligaciones no monetarias, las obligaciones no monetarias pueden cubrirse por una indemnización. La indemnización obliga a los accionistas a compensar al franquiciador por pérdidas que pueda sufrir como resultado del incumplimiento del sub-franquiciador o del funcionamiento del negocio del sub-franquiciador. Por ejemplo, si el sub-franquiciador deja de proporcionar formación a sus sub-franquiciados y el franquiciador se ve forzado a proporcionar directamente la formación, o si un cliente demanda al franquiciador para ser compensado por un perjuicio sufrido en una unidad de franquicia y el franquiciador es tenido por responsable subsidiario, el franquiciador podría reembolsarse sus gastos y costes de los accionistas que firmaron un contrato de garantía e indemnización⁴.

Normalmente, la garantía establecerá que los garantes tienen responsabilidad conjunta y solidaria y que renuncian a cualquier derecho a exigir que el franquiciador proceda en primer lugar contra el sub-franquiciador para el pago o agote cualquier acción contra el sub-franquiciador. También puede prever la supervivencia de las obligaciones de un garante si el contrato de franquicia principal se

⁴ Véase Capítulo 14, Sección A "Responsabilidad por hechos de otro".

rescinde o si el garante deja de ser accionista. Normalmente, el garante será responsable por el periodo hasta la fecha de rescisión o hasta la fecha en que deje de ser accionista. Menos comúnmente, la garantía puede limitar la responsabilidad dineraria de cada garante. Si hay una disposición sobre indemnización, puede especificar que los garantes deben proporcionar consejo para defender al franquiciador contra reclamaciones o pérdidas, así como reembolsar ellos mismos al franquiciador por las pérdidas. Finalmente, la garantía puede contener disposiciones relativas a los requisitos legales, tales como renunciaciones de disposiciones reglamentarias o exigencias notariales. Es altamente deseable para el franquiciador solicitar la opinión de un asesor local en el país del sub-franquiciador en relación con los términos del contrato de garantía e indemnización.

d) Contratos de transferencia

El contrato de franquicia principal contendrá normalmente duras limitaciones a la capacidad del sub-franquiciador para transferir sus derechos. Una prohibición completa es sin embargo improbable que sea aceptable como asunto negocial. El compromiso habitual es una capacidad para transferir, pero sólo con el consentimiento del franquiciador, cuyas condiciones se establecen normalmente al detalle en el contrato de franquicia principal⁵.

e) Contratos de rescisión

Los contratos de rescisión establecen las condiciones para la rescisión de un acuerdo de franquicia principal por consentimiento mutuo de las partes. Su propósito es establecer un marco para una separación amistosa cuando el franquiciador y el sub-franquiciador determinen que la relación no debería continuar pese al hecho de que el contrato no ha expirado. El contrato de rescisión debe regular en particular el destino de los sub-franquiciados⁶.

f) Liberación

Mediante los contratos de liberación la parte liberadora renuncia a cualesquiera reclamaciones que pueda tener contra la otra parte. El propósito de estos contratos es esencialmente dar al franquiciador y al sub-franquiciador la oportunidad de empezar de nuevo en ciertas etapas

⁵ Véase Capítulo 13, Sección D, Sub-sección II "Condiciones para permitir la transferencia".

⁶ Véase también Capítulo 16 "La Terminación de la Relación y Sus Consecuencias".

claves de la relación, dar a la parte liberada la seguridad de que incidentes hace tiempo olvidados no serán presentados de repente como reclamaciones legales. Las liberaciones son muy a menudo utilizadas en la renovación o transferencia del contrato de franquicia principal, pero también pueden utilizarse en la expiración o rescisión del contrato⁷.

La liberación puede ser unilateral, en cuyo caso será normalmente el sub-franquiciador quien libere al franquiciador, o puede ser mutua. La liberación puede aplicarse sólo a reclamaciones particulares, o puede ser general, con o sin excepciones para conservar demandas específicas. Las liberaciones incluirán con frecuencia declaraciones al efecto de que la parte que libera a la otra tiene autoridad para hacer tales promesas, reconocimientos de que la liberación excluirá cualquier reclamación posteriormente hecha por la parte que libera a la otra con referencia a hechos que ocurran hasta la fecha de la liberación e incluida ésta, así como otras cláusulas para facilitar la ejecución, tales como disposiciones de elección de derecho y selección del foro. Es importante anotar que en algunos países las liberaciones de ciertas reclamaciones pueden violar el orden público y pueden por lo tanto no ser válidas.

II. DOCUMENTOS ACCESORIOS QUE PUEDEN SER EXIGIDOS PARA EL NEGOCIO FRANQUICIADO

a) Contratos de suministro

Cuando el propósito de la franquicia es o incluye la distribución o el uso de productos con o sin una marca particular el contrato de suministro puede especificar las condiciones en las que los productos son vendidos al sub-franquiciador por el franquiciador⁸. Aunque los contratos de suministro están a veces incorporados en el propio contrato de franquicia principal, un contrato separado permite mayor flexibilidad para modificar las condiciones de venta en el transcurso del contrato. Como los contratos de suministro pueden imponer restricciones al comercio, deberían siempre ser revisados para adecuarlos a las pertinentes leyes de competencia o transferencia de tecnología del país en que el contrato será empleado.

Las partes pueden decidir que ciertas leyes, convenciones, o principios legales, como por ejemplo la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG)*, deberían aplicarse, o en cambio que su aplicación debería ser excluida.

⁷ Véase en relación con la transferencia, Capítulo 13, Sección D, Sub-sección II, cit.

⁸ Véase Capítulo 9, Sección E "Disposiciones contractuales".

b) Los contratos de compra o arrendamiento de equipo

Si la franquicia requiere un equipo especializado el franquiciador puede recomendar proveedores autorizados o dar especificaciones del equipo o incluso puede él mismo vender o arrendar tal equipo al sub-franquiciador⁹. Este último acuerdo es más probable que se use en mercados donde no está disponible un equipo comparable. Las condiciones de compra y arrendamiento de equipo pueden aparecer en el contrato de franquicia principal o en un contrato separado, lo que de nuevo permite mayor flexibilidad. Como en el caso de los contratos de suministro, los contratos de compra y arrendamiento de equipo deberían ser revisados bajo las leyes de competencia nacionales.

Con la excepción de una posible disposición de resolución recíproca u otro vínculo con el contrato franquicia principal, los contratos de compra y arrendamiento de equipo es probable que sean similares a contratos semejantes que se encuentran fuera del contexto de la franquicia. Regularán en particular las condiciones de pago y el traspaso de propiedad en el caso de contratos de compra.

c) Contratos de licencia de “software”

El “software” de ordenador está convirtiéndose cada vez más en un elemento central en los sistemas de franquicia. Los contratos de licencia de “software” establecen las condiciones bajo las cuales el sub-franquiciador puede utilizar y sub-licenciar el “software” desarrollado para el sistema. El contrato de licencia de “software” será entre el franquiciador y el sub-franquiciador si el franquiciador posee el “software” o si tiene un derecho exclusivo para el uso del “software”. Por otro lado el contrato de licencia de “software” puede ser entre el sub-franquiciador y el creador, o vendedor, del “software”.

Un contrato de licencia de software típico define el ámbito de la licencia para el uso del “software”. La licencia puede, por ejemplo, ser para una ubicación específica o para el uso del “software” sólo en cierto equipo (“hardware”). Especificará:

- ◆ el derecho (si lo hay) a sub-licenciar el “software” a otros (en el caso de la franquicia principal a los sub-franquiciados);
- ◆ las obligaciones del franquiciador o vendedor de mantener y actualizar el “software” ;
- ◆ garantías y/o exenciones en cuanto al funcionamiento del “software”;
- ◆ una limitación de responsabilidad si el “software” no funciona como se garantizó;

⁹ Véase Capítulo 9, Sección C “La relación franquiciador/sub-franquiciador”.

- ◆ las obligaciones (si las hay) del franquiciador o del vendedor si se descubre que el “software” infringe derechos de la propiedad intelectual de otros; y
- ◆ motivos para la rescisión, que normalmente incluye la rescisión del contrato de franquicia principal y procedimientos para la resolución de conflictos.

En la rescisión de la licencia el usuario del “software” estará generalmente obligado a eliminar el “software” de su sistema informático, a no conservar copia alguna del “software” y a devolver todos los manuales de usuario y documentación similar al franquiciador o vendedor.

III. DOCUMENTOS ACCESORIOS REQUERIDOS POR LA ESTRUCTURA DE CIERTOS NEGOCIOS

a) Cartas de intenciones

En una carta de intenciones las partes que piensan firmar un contrato definitivo establecen su acuerdo de principio sobre las cuestiones principales. Es similar a un “acuerdo de compromiso” y puede ser utilizada en el contexto de las negociaciones para contratos de franquicia principal o de empresa común. Las cartas de intenciones se usan muy a menudo en relación con los negocios que suponen grandes desembolsos de capital, como por ejemplo hoteles. La carta de intenciones se utiliza para expresar las condiciones básicas del contrato previsto. Cualesquiera negociaciones ulteriores sobre esas condiciones se reducen de este modo a un mínimo. Una carta de intenciones puede también proporcionar al futuro sub-franquiciador la prueba del acuerdo pretendido que necesita a fin de obtener dinero de inversores o para pedir dinero a los bancos.

Los términos de la carta de intenciones dependerán naturalmente del negocio previsto en la carta. Una carta de intenciones normalmente:

- ◆ identificará a las partes y la naturaleza del negocio;
- ◆ describirá cualquier investigación adicional a ser realizada por cada parte;
- ◆ obligará a las partes a emplear sus mejores esfuerzos para negociar un contrato definitivo en un cierto plazo;
- ◆ distribuirá la responsabilidad por los gastos en que se incurrirá en la negociación y redacción del contrato final;
- ◆ prohibirá la difusión de información compartida durante las negociaciones ; y
- ◆ obligará a las partes a coordinar cualquier anuncio público de su negocio.

De manera muy importante, especificará qué obligaciones, y cuáles no, se pretende que sean obligaciones para las partes. Si se pretende que la carta de intenciones sea obligatoria, probablemente incluirá cláusulas para la resolución de conflictos. Si la carta de intenciones se refiere a un contrato de franquicia principal, es también probable que contenga cláusulas en relación con el territorio de la franquicia, las cuotas de la franquicia, las cuotas periódicas, las obligaciones de desarrollo, y posiblemente la elección de derecho y foro.

b) Contratos de *joint venture*

El franquiciador y un socio extranjero pueden por ciertas razones encontrar apropiada la creación de una entidad de propiedad conjunta que será el sub-franquiciador (o el franquiciado, aun siendo esto menos común) en un determinado país o países¹⁰. El contrato de empresa común es entonces usualmente establecido en un documento separado. La propiedad parcial de la entidad operante permite al franquiciador mayor control sobre la operación de franquicia, y una cuota mayor en los beneficios, respecto a lo que habría tenido sólo a través de un contrato de franquicia principal o de unidad de franquicia. El marco legal de un país puede en algunos casos no permitir franquicias directas y puede por lo tanto necesitarse un contrato de empresa común por motivos prácticos. Igualmente, una empresa común puede ser deseable en países donde las leyes que regulan la ayuda técnica extranjera no son favorables a las relaciones de licencia y/o franquicia. En tales casos podría ser preferible para el franquiciador licenciar su tecnología a una empresa común.

Los contratos de empresa común a menudo toman la forma de contratos de accionistas o, si la empresa común no es una sociedad, de un contrato análogo entre los propietarios de la entidad. Los contenidos de un contrato de empresa común variarán considerablemente dependiendo de los acuerdos entre las partes. Generalmente, no obstante, el contrato definirá:

- ◆ la forma jurídica y las actividades autorizadas de la empresa común;
- ◆ las aportaciones dinerarias y las aportaciones en especie a ser efectuadas por cada parte;
- ◆ la distribución de las participaciones en la propiedad y de los ingresos entre las partes;
- ◆ el órgano de gobierno y toma de decisiones (por ejemplo el consejo de administración, o su equivalente, en el país anfitrión);

¹⁰ Véase también Capítulo 1, Sección A, Sub-sección III "Métodos para franquiciar internacionalmente".

- ◆ las circunstancias bajo las cuales se disolverá la empresa común, así como las condiciones de disolución; y
- ◆ los procedimientos para la resolución de conflictos.

En un mercado en que el concepto de franquicia no haya sido probado, podría preverse también una fase de prueba para la empresa común.

c) Contratos sobre los métodos de pago

Un contrato de franquicia principal especificará normalmente el método mediante el cual el sub-franquiciador ha de pagar las cuotas periódicas y otras cantidades debidas al franquiciador, por ejemplo mediante transferencia electrónica a una cuenta bancaria en el país del franquiciador¹¹. En algunas circunstancias el franquiciador podría desear solicitar el pago por otros métodos, como por ejemplo mediante la carta de crédito. Una carta de crédito es esencialmente una carta de la institución financiera del sub-franquiciador al franquiciador, afirmando que el sub-franquiciador ha depositado fondos que el franquiciador puede retirar previa presentación de ciertos documentos. Las cartas de crédito se utilizan a menudo con contratos de suministro. Ocasionalmente se utilizan para respaldar obligaciones de cuotas periódicas.

d) Contratos que evidencian arreglos de financiación

Los franquiciadores rara vez prestan dinero internacionalmente para financiar la inversión u operación inicial de un sub-franquiciador. El franquiciador podría no obstante ayudar a un sub-franquiciador aplazando el pago de las cuotas iniciales o periódicas y/o facilitándole el inventario o equipo de arranque a crédito y posiblemente mediante la constitución de una garantía real en el inventario o en el equipo que se financie. En tales casos, y en los casos extraños en que un franquiciador adelanta fondos como prestamista, es probable que las partes ejecuten contratos específicos para esta financiación por parte del franquiciador. Un acuerdo de este tipo puede tener varias ventajas para el sub-franquiciador. El franquiciador podría cobrar un tipo de interés inferior al que cobrarían otros inversores y puede esperarse que el franquiciador sea más conocedor del negocio del sub-franquiciador, y esté más comprometido con su éxito definitivo. El préstamo del franquiciador podría también permitir al sub-franquiciador que evite onerosos procedimientos de solicitud y una documentación más detallada. Por otra parte, una desventaja para el sub-franquiciador es que la deuda va a estar probablemente vinculada al contrato de franquicia principal, lo cual

¹¹ Véase Capítulo 4, Sección D "Cálculo de pagos y procedimientos".

no sería necesariamente el caso con la financiación de una fuente independiente. Si el sub-franquiciador no cumple con sus obligaciones en relación con su deuda, podría por lo tanto encontrarse con que se pone en peligro el contrato principal de franquicia entero.

El contrato de financiación puede ser tan simple como un pagaré si el franquiciador simplemente aplaza el pago de las cuotas. El franquiciador puede sin embargo solicitar al sub-franquiciador que proporcione una garantía para el pago de la deuda, o solicitar a los accionistas o a otros que garanticen el pago. En este caso los contratos de financiación pueden incluir un contrato de garantía, que mantenga el derecho del franquiciador a la propiedad dada en garantía en el caso en que el sub-franquiciador deje de hacer los pagos oportunos, y garantías por escrito separadas. Los términos de los contratos de financiación no van a diferir probablemente de contratos similares que se encuentran fuera del contexto de la franquicia.

IV. DOCUMENTOS ACCESORIOS QUE PUEDEN SER REQUERIDOS POR EL DERECHO LOCAL

a) Contrato de licencia de marca

Aunque la licencia de marca no está generalmente contenida en un contrato separado, en algunos países imposiciones reglamentarias, como por ejemplo exigencias de registro¹², o consideraciones fiscales pueden a veces hacerlo aconsejable. Cuando se utilizan contratos de licencia de marca separados, el contrato de franquicia principal se dividirá en un contrato de licencia de marca y un contrato de asistencia técnica. Separando el contrato de franquicia principal en estas dos partes el franquiciador puede registrar el contrato de licencia de marca con la autoridad apropiada, mientras los términos del contrato de asistencia técnica permanecen confidenciales entre el franquiciador y el sub-franquiciador.

La división del contrato de franquicia principal en un contrato de licencia de marca y un contrato de asistencia técnica puede también permitir una división de las cuotas periódicas con propósitos fiscales en países en que se imponen diferentes tipos de retención para las cuotas periódicas cobradas por licencias de marcas y por asistencia técnica.

Los contratos separados de licencia de marca contienen las condiciones y términos que normalmente se incluirían en el contrato de

¹² Véase Capítulo 20, Sección A, Sub-sección II "Inscripción en los registros apropiados".

franquicia principal en relación con el uso de las marcas del franquiciador¹³. La licencia de marca durará el mismo periodo de tiempo que el contrato de asistencia técnica. La renovación del contrato de licencia de marca está sujeto con frecuencia a la del contrato de asistencia técnica.

b) Contrato de usuario registrado

Los contratos de usuario registrado son contratos separados de los contratos de licencia de marca y de los contratos de franquicia principal y que identifican al sub-franquiciador o sub-franquiciado como un usuario legítimo y autorizado de la marca del franquiciador a los ojos de las autoridades de ejecución de un país determinado¹⁴. Las leyes de algunos países exigen que los contratos de usuario registrado se inscriban en la oficina de marcas.

Los contratos de usuario registrado contienen cláusulas similares a aquellas que se encuentran en los contratos de licencia de marca, así como cualquiera relativa a formalidades específicas exigidas por el derecho nacional. Aunque el derecho nacional puede autorizar a los usuarios registrados a ejecutar sus derechos sobre la marca contra terceros en su país, por contrato el franquiciador prohibirá normalmente al sub-franquiciador adoptar una acción semejante a menos que esté específicamente autorizado a hacerlo.

[<Volver al Índice>](#)

¹³ Véase Capítulo 10, Sección A "Las marcas".

¹⁴ Véase Capítulo 10, Sección A, Sub-sección V "Contratos de usuario registrado".

CAPÍTULO 20

EXIGENCIAS NORMATIVAS

El funcionamiento de cualquier empresa comercial está sujeto a algunas condiciones previas, algunas de naturaleza subjetiva, tales como medios financieros adecuados o suficiente pericia y *know-how* por parte del empresario, otras de carácter objetivo, como las exigencias legales que deben ser cumplidas.

Las exigencias legales aplicables a un contrato internacional pueden diferir en cierta medida de aquéllas relevantes en una situación puramente nacional. En el primer caso puede ser necesario cumplir algunas exigencias adicionales a aquéllas aplicables a un contrato nacional, tales como, por ejemplo, la obtención de aprobación previa del contrato de comercio internacional subyacente por las autoridades del futuro país anfitrión y la obtención de licencias y permisos específicos.

Las exigencias nacionales incluirán exigencias industriales específicas (conformidad con las regulaciones sanitarias en el caso de restaurantes, por ejemplo) y exigencias generales aplicables a todos los negocios (como la inscripción en los registros comerciales apropiados). Los permisos exigidos pueden además ser de aplicabilidad nacional, regional o municipal, dependiendo a qué se refieran. Cualquier empresario que comience una actividad debe asegurarse de que todos los permisos necesarios han sido obtenidos y que se cumplen todas las exigencias legales. Ésta es la práctica empresarial normal en todos los negocios, incluida la franquicia.

Cualquier empresario dedicado a un negocio de carácter internacional debe asegurarse por tanto de que, además de todas las exigencias aplicables a los negocios nacionales, también las aplicables específicamente a la actividad internacional concernida han sido cumplidas. Debería solicitarse el consejo de un asesor legal especializado, entre otras cosas porque la situación diferirá de país en país. Las inscripciones que se exijan, los permisos y licencias que deban obtenerse, y sobre todo quién tenga que obtenerlos, variarán además dependiendo del tipo de franquicia que sea, de si es una franquicia directa o una franquicia principal, así como de si hay implicada una sucursal o filial o se

utiliza una empresa común, aunque hay algunos permisos para los cuales la responsabilidad recae claramente en una parte o la otra.

Los ejemplos dados en este capítulo son por tanto ejemplos de lo que podría exigirse en términos generales y no específicamente para la franquicia, pero debería resaltarse que la lista no es exhaustiva. Otras exigencias específicas para un negocio o un cierto país, como por ejemplo la inscripción de las ventas o del impuesto sobre el valor añadido que es aplicable en algunos países, deberían ser también cuidadosamente considerados.

A. EJEMPLOS DE EXIGENCIAS DE LICENCIA Y PERMISO

I. APROBACIÓN PREVIA

La aprobación previa por una autoridad gubernamental podría exigirse para el establecimiento o incorporación de, por ejemplo, sucursales, filiales, empresas comunes y sociedades de control.

En algunos países las leyes de transferencia de tecnología podrían también exigir la aprobación previa del contrato concernido. Cuando se exija la aprobación previa, el contrato debe ser sometido a las autoridades competentes que lo examinarán y después concederán o rechazarán la aprobación. Eventualmente, las autoridades pueden requerir que se hagan ciertas enmiendas como condición para la obtención de la aprobación. Después de la aprobación, puede también exigirse que el contrato sea registrado en el registro apropiado.

Las peticiones por las autoridades de una enmienda al contrato de franquicia podría no ser bien recibida por el franquiciador, pues puede creer que las enmiendas solicitadas tienen un efecto negativo sobre su sistema de franquicia. Para cubrir también la eventualidad de que los cambios requeridos pudieran resultar ser inaceptables para el franquiciador, pueden ser encontradas en los contratos cláusulas que establezcan que el franquiciador puede rescindir el contrato si de buena fe determina que las enmiendas requeridas van en detrimento de sus intereses. A la vista del hecho de que la rescisión no depende de los actos u omisiones del sub-franquiciador, podría preverse en el contrato un reembolso de los gastos contraídos por el sub-franquiciador.

II. INSCRIPCIÓN EN LOS REGISTROS APROPIADOS

El procedimiento para la aprobación previa del contrato comercial puede acabar en la inscripción fáctica del contrato. En otros casos la obtención de aprobación previa por una autoridad gubernamental es un

primer paso, seguido por la inscripción en el registro mercantil o en cualquier otro registro oficial en el que el contrato o el negocio debe ser registrado.

Ejemplos de inscripción que podría exigirse incluyen:

- ◆ inscripción de la compañía o empresa concernida en registros mercantiles; e
- ◆ inscripción de las marcas, nombres comerciales, símbolos, patentes y diseños en los registros apropiados¹.

Ejemplos de autoridades gubernamentales a las que el contrato debería ser sometido para aprobación previa y subsiguiente registro incluyen:

- ◆ las Comisiones de Comercio Justo que se han establecido en una serie de países;
- ◆ las autoridades de competencia ; y
- ◆ las autoridades que vigilan la transferencia de tecnología.

La facilidad a la hora de obtener una decisión administrativa variará de país en país. Debería anotarse que la posibilidad de obtener aprobación previa o registro podría limitarse mediante la adopción en el país anfitrión de políticas de protección de los intereses de los empresarios nacionales, particularmente de los artesanos. Políticas protectoras de esta naturaleza pueden afectar seriamente la posibilidad de venta de una franquicia y podrían limitar el mercado a la red de franquicias extranjera.

En lo concerniente a las marcas, los sub-franquiciadores normalmente no se verán implicados en el registro de la marca pues el franquiciador intentará en la mayoría de los casos conservar el registro de la marca a su propio nombre, a fin de evitar que el sub-franquiciador u otro cualquiera obtenga algún derecho sobre su marca.

Debería anotarse que un creciente número de países están introduciendo legislación específica de franquicia². Mientras la mayoría no prevén exigencia alguna de inscripción, exigen que se sigan procedimientos específicos. Esta legislación puede ser modificada de vez en cuando y las partes no deberían dejar por tanto de revisarla regularmente, para asegurar así que todas las exigencias legales actuales relevantes para sus actividades son cumplidas.

III. PERMISOS REQUERIDOS PARA LOS ELEMENTOS EXTRANJEROS

En una situación transfronteriza la posición de los elementos extranjeros, ya sea de los mismos extranjeros, por ejemplo restricciones en

¹ Véase Capítulo 10, "Propiedad Intelectual".

² Véase Anexo 3, "Legislación y Reglamentos Relevantes para la Franquicia".

el número de extranjeros permitidos en la composición del consejo de administración de una compañía, o de otros elementos tales como los permisos exigidos para una inversión extranjera o las exigencias de inscripción aplicables a una marca extranjera, ha de ser determinada. Las exigencias deben por tanto ser cuidadosamente consideradas en cada caso particular.

IV. EMPLEADOS EXTRANJEROS DEL FRANQUICIADOR

La formación y asistencia que el franquiciador ofrece a sus sub-franquiadores implicarán a menudo la presencia física de empleados del franquiciador en la unidad de franquicia u oficina central del negocio en el país anfitrión. Para que estos empleados puedan permanecer durante cualquier período de tiempo en el país anfitrión, y para que puedan operar y trabajar allí, frecuentemente necesitan tener visados, permisos de residencia y de trabajo otorgados por las autoridades del país concernido. Los contratos de franquicia principal establecerán a menudo que la obtención de estos permisos es una obligación que recae sobre el sub-franquiador.

V. AGENTES DEL FRANQUICIADOR

Si el franquiciador opera a través de un agente, ese agente puede tener que registrarse como tal, suponiendo que haya un registro para agentes en el país concernido. Los permisos que permiten al agente operar pueden también tener que ser obtenidos de las autoridades apropiadas.

VI. LICENCIAS DE IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN Y OTROS PERMISOS EXIGIDOS COMO UNA CONSECUENCIA DE RESTRICCIONES A LA IMPORTACIÓN O A LA EXPORTACIÓN

Las licencias a menudo serán exigidas cuando la franquicia implique la exportación o importación de productos, o la importación de artículos que van a ser utilizados en la franquicia (materias primas, por ejemplo). Será también necesario garantizar que estos productos o artículos cumplen con todas las exigencias normativas (incluyendo las aprobaciones) y con cualesquiera especificaciones particulares que las regulaciones nacionales puedan exigir, como las aplicables al etiquetado. En la mayoría de los casos la obtención de estas licencias y aprobaciones recaerá sobre el sub-franquiador. La cuestión de las cuotas y otras restricciones asociadas habrá de ser considerada, pues la existencia de cualquiera de dichas cuotas puede dar lugar a la necesidad de solicitar una exención.

VII. RESTRICCIONES A LA EXPORTACIÓN DE GANANCIAS Y DIVISA

La exportación de ganancias en forma de cuotas periódicas y otras cuotas a menudo requerirá permisos especiales de las autoridades gubernamentales. Esto es particularmente cierto en países que tienen una deficiencia de moneda firme, pues éstos exigirán a menudo que se reinviertan ganancias en el país. Estos permisos serán relativos a restricciones de divisa en general, pero también al régimen tributario aplicable. En términos generales normalmente será el sub-franquiciador quien solicite los permisos necesarios y a quien se exigirá que pague cualesquiera impuestos asociados.

VIII. RETENCIONES IMPOSITIVAS

Un punto importante relativo a la exportación de ganancias es el que concierne a la retención impositiva. Debería anotarse que hay países en los que es necesario obtener el permiso de un banco específico para el pago de la retención impositiva cuando se remiten al extranjero cuotas periódicas y otras cuotas³.

IX. EXIGENCIAS DEL NEGOCIO ESPECÍFICO

Cada negocio requiere un cierto número de permisos específicos para ese negocio. Así, por ejemplo, la industria alimentaria requiere licencias para vender alimentos o bebidas alcohólicas. La legislación sanitaria establecerá ciertos estándares que deben ser observados, el incumplimiento de los cuales podría llevar a una suspensión de la licencia. La ubicación elegida para una actividad particular puede también necesitar un permiso particular como resultado, por ejemplo, de regulaciones zonales, aunque en este caso el permiso necesario será con toda probabilidad de carácter municipal y no de aplicación nacional.

B. QUIÉN DEBERÍA OBTENER LOS PERMISOS

En una situación de franquicia principal internacional la franquicia va a ser operada en el extranjero. La obtención de la mayoría de los permisos recaerá por tanto en el sub-franquiciador local. En la mayoría de los casos el contrato simplemente indicará una obligación por parte del sub-franquiciador de obtener cuantos permisos o licencias pudieran ser necesarios para el funcionamiento del negocio y de cubrir los gastos asociados con la obtención de los permisos, gastos de aduana aplicables

³ Para una discusión de los aspectos financieros en general, véase Capítulo 4, "Cuestiones Financieras".

incluidos. En términos generales es lógico que la parte responsable de la obtención de *todos los* permisos necesarios sea la parte local, el sub-franquiador en el caso de franquicia principal. El sub-franquiador tendrá claramente el conocimiento necesario para determinar qué permisos y registros son necesarios y sabrá cómo proceder para cumplir con estas exigencias. Recaerá por tanto en la mayoría de los casos sobre el sub-franquiador el ejercicio de la diligencia debida tanto en la determinación de las exigencias como en el cumplimiento de ellas. Debería apuntarse que el riesgo de incumplimiento puede ser en algunos casos que el contrato pudiera ser considerado inválido.

Hay muchas ocasiones en las cuales no hay un candidato natural para la obtención de los permisos necesarios. En tales casos las partes deberían determinar en su acuerdo quién de ellos debería obtener qué permiso y soportar su coste.

Algunos de los permisos o licencias enumeradas arriba en la Sección A caerían, sin embargo, normalmente bajo las competencias del franquiciador, tales como el registro de la marca, nombre comercial, patentes, diseños y símbolos asociados con la franquicia⁴, y el registro para la aprobación reglamentaria de productos.

Si el franquiciador establece una sucursal o filial en el país anfitrión, podría exigirse el registro de esa sucursal o filial en el registro comercial. Si el franquiciador pretende actuar mediante una sucursal o filial, recaerá sobre los directivos locales del franquiciador la obtención de todos los permisos necesarios para realizar el negocio.

En el caso de una empresa común establecida por el franquiciador junto con un socio local, el franquiciador confiará naturalmente en el socio local para que ayude en la obtención de los permisos, aunque la responsabilidad recaería sobre ambos. El contrato de empresa común trataría con toda probabilidad este asunto. Lo que claramente recaería sobre el franquiciador es la obtención de los permisos que puedan exigirse para la inversión que pretende hacer, ya que las inversiones extranjeras pueden estar sujetas a una serie de condiciones.

A veces, la existencia del contrato puede que tenga que ser condición para la obtención de todos los permisos necesarios. De modo similar, la suspensión temporal, o permanente, de cualesquiera permisos o licencias cuya posesión sea un requisito previo para el funcionamiento de la

⁴ Para una revisión de los problemas asociados con los sistemas de usuario registrado y los acuerdos de franquicia principal, véase Capítulo 10, Sección A, Sub-sección V "Contratos de usuario registrado".

franquicia, puede llevar a la rescisión del contrato por incumplimiento del sub-franquiciador. Esto resultará de la obligación que recae en el sub-franquiciador de obtener y mantener vigentes todos los permisos y licencias exigidos.

Como el sub-franquiciador es un empresario por derecho propio, estará sujeto a las exigencias de inscripción usuales para su comercio. Al sub-franquiciador se le exigirá por tanto que se inscriba en cualquier registro mercantil que pueda haber, en su propio nombre y no en el del franquiciador. De ser posible, podría añadirse una anotación a efecto de que la inscripción en el registro se refiera a una franquicia de éste o de otro franquiciador.

[<Volver al Índice>](#)

ANEXO 1

LA FRANQUICIA: NOCIONES GENERALES

La compleja estructura de un acuerdo principal de franquicia no es lo que normalmente cautiva la imaginación del público. El consumidor de un producto o servicio tiene la imagen proyectada por la franquicia de unidad en mente cuando compra un particular producto o servicio. Qué forma de franquicia se utiliza para esa unidad no es algo de lo que un consumidor será normalmente consciente. En la mayoría de los casos, no obstante, la franquicia con la que un consumidor por lo general se encontrará será una franquicia de formato comercial.

A. DIFERENTES FORMAS DE FRANQUICIA

Como se indicó en el Capítulo 1, la franquicia se divide a menudo en franquicias industriales, franquicias de distribución y franquicias de servicio. En este caso las franquicias industriales se definen como concernientes a la fabricación de productos y como consistentes en licencias de fabricación basadas en patentes y/o *know-how* técnico acompañada de licencias de marcas, las franquicias de distribución se definen como referentes a la venta de productos y las franquicias de servicio se definen como la prestación de servicios¹. Otras descripciones de franquicia dividen a las franquicias en franquicias de distribución de productos y franquicias de formato comercial. En este caso una franquicia de distribución de productos es aquella en que el franquiciado vende productos fabricados o suministrados por el franquiciador bajo la marca del franquiciador a cambio del pago de cuotas y, más a menudo, la promesa de limitar sus ventas a los productos del fabricante o proveedor, y una franquicia de formato comercial es aquella en que se concede el derecho a utilizar un formato comercial específico². Se debería tener en cuenta quizás que en muchos negocios el término "franquicia" se usa de un modo genérico, para describir una amplia serie de transacciones sobre

¹ Reglamento (CEE) n° 4087/88 de la Comisión relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia, en DOCE L 359/46 de 28 de Diciembre de 1988, marginales 3 y 4.

² Véase la descripción contenida en la Introducción a la *Business Franchise Guide* de la CCH, en ¶ 100. Acerca de la franquicia de formato comercial, véase Sección B, más abajo.

licencias que estrictamente hablando no pueden ser consideradas franquicia.

B. FRANQUICIA DE FORMATO COMERCIAL

La mayoría de la gente que oiga la palabra “franquicia” pensará en negocios tales como McDonald’s o Pizza Hut, todos los cuales son franquicias de formato comercial.

I. ELEMENTOS BÁSICOS

Los elementos básicos de una franquicia de formato comercial son que:

- ◆ un empresario (el franquiciador) ha desarrollado un sistema de hacer negocio que funciona, y decide conceder a otro empresario (el franquiciado) el derecho a utilizar este sistema;
- ◆ los dos empresarios son legal y económicamente empresas independientes: el franquiciado invierte su propio dinero y asume el riesgo de perder el dinero que ha invertido si la empresa no tiene éxito;
- ◆ la concesión del derecho a utilizar el sistema de franquicia conllevará el derecho del franquiciado a utilizar los activos del franquiciador, [o sea] especialmente su *know-how*, en la forma de los métodos comerciales y técnicos que son parte de su sistema, sus marcas y otros derechos de la propiedad intelectual;
- ◆ el franquiciado a cambio se compromete a seguir el método elaborado por el franquiciador y a pagar la compensación que se le pida, normalmente una cuota de entrada y/o cuotas periódicas, calculándose esto último normalmente como un porcentaje de la facturación realizada;
- ◆ el franquiciador conserva los derechos de supervisión sobre la manera en que el franquiciado implementa el sistema de franquicia; y
- ◆ el franquiciador normalmente se compromete a proporcionar al franquiciado formación y asistencia continua.

II. COMPROMISOS ADICIONALES

Además de lo anterior, una variedad de acuerdos y compromisos de las partes pueden estar presentes en el contrato o en documentos accesorios³. Algunos de estos son potencialmente controvertidos y no todos están presentes en todos los contratos al mismo tiempo. Cuáles estén presentes lo determinará el objeto del contrato. Ejemplos de tales acuerdos o compromisos son:

³ Véase Capítulo 19, “Documentos Accesorios”.

- ◆ un compromiso del franquiciador de no conceder otras franquicias, o no dedicarse él mismo al negocio franquiciado, dentro de una cierta área específica la cual el franquiciado se le concede el derecho a desarrollar ("exclusividad territorial");
- ◆ una obligación por parte del franquiciado de vender sólo los productos del franquiciador ("exclusividad de producto");
- ◆ una obligación por parte del franquiciado de comprar los productos que vende o utiliza en el negocio de la franquicia sólo del franquiciador o de proveedores aprobados y/o recomendados por el franquiciador; y
- ◆ el suministro por el franquiciador de listas indicativas de precios al franquiciado por los bienes que el franquiciado vaya a vender o los servicios que vaya a prestar.
Debería hacerse notar que el suministro de listas de precios, aunque sólo sean de naturaleza indicativa, puede a veces acercarse a, o puede ser considerada como, una forma de fijación de precios. La cláusula contractual en cuestión debería por tanto prepararse prestando particular atención al Derecho de la competencia del país concernido.

Además, el franquiciador:

- ◆ podría arrendar al franquiciado el equipo que el franquiciado necesita para su actividad;
- ◆ podría ser el propietario o arrendatario de los locales que el franquiciado va a utilizar y podría arrendar o subarrendarlos al franquiciado, creando de ese modo una relación de propietario/inquilino;
- ◆ podría prestar asistencia para la decoración interior de la unidad a fin de garantizar que se ajuste a la de las otras unidades de la red;
- ◆ podría ayudar al franquiciado a encontrar recursos económicos a través de sus contratos con instituciones financieras; y
- ◆ podría incluso centralizar la contabilidad de la red de franquicia entera.

También se van a encontrar cláusulas contractuales que:

- ◆ liberen al franquiciador de responsabilidad por acciones u omisiones por parte del franquiciado; y
- ◆ exijan al franquiciado que contrate cobertura asegurativa con el franquiciador como beneficiario.

A menudo, aunque no siempre, aun habiendo quienes lo consideren como un elemento fundamental de un acuerdo de franquicia, el franquiciador ayudará al franquiciado en la elección de la sede de la unidad. El franquiciador proporcionará en este caso estudios de mercado que examinen la comunidad en que va a situarse la unidad propuesta y puede estimar las posibilidades de éxito de la franquicia y los posibles

ingresos del franquiciado en esa área particular (“pretención de ingresos”). Que el franquiciador pueda o no, o desee, proporcionar tales estimaciones variará de país en país, dependiendo también de la posible responsabilidad del franquiciador si la estimación resulta equivocada. Claramente, la posibilidad de que el franquiciador proporcione este tipo de asistencia en una situación internacional es muy limitada por las dificultades que surgen como resultado de que el franquiciador y el franquiciado estén ubicados en dos países diferentes.

Además pueden encontrarse cláusulas por las que el franquiciador se reserve el derecho a distribuir los bienes que sean objeto de la franquicia por medios de distribución alternativos, por ejemplo el franquiciador se reserva el derecho a vender los bienes que proporciona al franquiciado, y por tanto a competir con el franquiciado, en, por ejemplo, el gran almacén a una manzana de distancia, o a través de otras tiendas que no posee ni franquicia.

Dependiendo del tipo de franquicia de que se trate, el franquiciado se comprometerá:

- ◆ a cumplir con los estándares y/o procedimientos elaborados por el franquiciador;
- ◆ a no revelar el *know-how* que le sea transmitido por el franquiciador a terceras partes (las llamadas “cláusulas de confidencialidad”); y
- ◆ a no dedicarse a una actividad que compita con la de la franquicia (“cláusulas de no-competencia” o “convenios restrictivos”).

Los convenios restrictivos a menudo se impondrán también por un cierto periodo de tiempo después de la rescisión del contrato de franquicia. Al franquiciado se le impedirá en este caso dedicarse a una actividad que compita con la de la franquicia, primera y principalmente dentro del área geográfica que estaba encargado de desarrollar, pero a veces también dentro de una cierta distancia de otras franquicias de unidad de la red de franquicia.

Si los miembros de la red de franquicia se van a beneficiar de la imagen común que presentan al consumidor, debe haber algún control sobre la calidad de los bienes y servicios que ofrecen, a fin de asegurar que no estén por debajo del estándar. El franquiciador, como propietario de la marca y formato comercial concernidos, tiene un interés legítimo en asegurar que la calidad de la prestación de los franquiciados se mantiene. Los contratos de franquicia por lo tanto proporcionarán al franquiciador amplios poderes para controlar que el franquiciado mantenga los estándares exigidos y siga los procedimientos fijados. También preverá

extensos derechos para que el franquiciador rescinda el contrato si el franquiciado no cumple con sus términos. Las disposiciones sobre rescisión normalmente atañerán sólo al derecho del franquiciador a rescindir si el franquiciado no cumple. Un derecho específico del franquiciado a rescindir si el franquiciador dejara de cumplir sus obligaciones se prevé sólo muy raramente en los contratos de franquicia de unidad, aunque se van a encontrar en los contratos de franquicia principal. El derecho contractual general se aplicará por tanto en estos casos.

Los elementos básicos de un contrato de franquicia descritos anteriormente se presentan normalmente con independencia de si el negocio de franquicia es conducido como una franquicia directa entre el franquiciador y franquiciado, o si el franquiciador opera a través de una sucursal o filial, a través de un contrato principal de franquicia o recurriendo a una empresa común. Debería apuntarse que todas estas técnicas se utilizan tanto en la franquicia nacional como en la internacional⁴.

C. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA FRANQUICIA PARA LOS OPERADORES

La franquicia es con frecuencia caracterizada como una forma de negocio que beneficia a todas las partes concernidas. En esencia esto puede ser considerado correcto, pero no hay forma de negocio que no tenga sus inconvenientes y la franquicia no es una excepción a esta regla.

I. VENTAJAS PARA EL FRANQUICIADO

Una de las principales ventajas para el franquiciado se considera normalmente el hecho de que entra en el negocio portando una marca o nombre comercial conocidos. El franquiciado, en otras palabras, no tiene que gastar tiempo, dinero y esfuerzos intentando hacerse conocido y apreciado en el mercado, no tiene que correr el riesgo del desarrollo estableciendo el negocio pues el franquiciador ya ha corrido este riesgo. En efecto, el franquiciado ya tiene una clientela potencial. Esto es por supuesto cierto si la marca del negocio franquiciado es conocida, pero hay muchos negocios de franquicia que no son conocidos y por los cuales el franquiciado habrá de gastar tiempo, dinero y esfuerzo para darlos a conocer. Esto es particularmente cierto en una situación internacional, pues, con pocas excepciones, incluso los negocios de franquicia exitosos no serán a menudo conocidos en otros países.

⁴ Véase Capítulo 1 "Conceptos y Elementos Fundamentales".

Como al franquiciado no se le exige normalmente que invierta para hacer conocida y rentable una marca completamente nueva, la inversión que tenga que hacer será en la mayoría de los casos de tamaño ventajoso, comparada con la inversión que se exigiría para un negocio completamente nuevo. La información estadística sobre los índices de fracaso en las franquicias de unidad nacionales indicaría también que el índice de fracaso de las franquicias de unidad es sustancialmente inferior al de los negocios tradicionales. Un factor importante en este sentido es la madurez del sistema de franquicia, siendo la madurez el resultado de la experiencia obtenida por el franquiciador primeramente, en la prueba del sistema y, en segundo lugar, en la dirección de la red. Si un sistema de franquicia no está maduro, entonces el índice de fracaso puede ser muy superior incluso al de un negocio tradicional.

De particular importancia para los franquiciados que entran en un negocio con el cual no están familiarizados es la formación y asistencia proporcionadas por el franquiciador. Esta formación y asistencia se proporciona primera y principalmente al inicio de la relación, a fin de permitir al franquiciado operar eficazmente. A menudo regularmente se proporciona formación adicional en el curso del contrato, a fin de asegurar que el franquiciado esté siempre al día de los nuevos progresos. La asistencia se proporciona también en el curso del contrato, con vistas a ayudar al franquiciado a solventar los problemas que encuentre en la llevanza del negocio. Los grandes franquiciadores pueden incluso tener un servicio veinticuatro horas a disposición de los franquiciados de la red.

La publicidad coordinada es un medio eficaz para difundir una imagen unitaria de la red. La publicidad a nivel nacional es por lo tanto a menudo dirigida por el franquiciador en nombre de toda la red de franquicia, siendo compartidos los gastos por todos los participantes. La publicidad local se deja a menudo a los franquiciados locales.

Por último, en algunos negocios las redes pueden obtener tarifas preferentes por compras al por mayor.

II. DESVENTAJAS PARA EL FRANQUICIADO

La contrapartida de las ventajas antes descritas está el hecho de que el franquiciado no es verdaderamente independiente y por tanto no siempre está en situación de decidir la política de su empresa. Todas las decisiones importantes se tomarán o por el franquiciador o por el franquiciador de acuerdo con toda la red de franquiciados. La capacidad y seriedad profesionales del franquiciador es por tanto crucial para el franquiciado, pues de muchas maneras depende del franquiciador.

Además, el control ejercido por el franquiciador podría parecer como excesivo, de hecho podría en ocasiones ser excesivo. Esto pesará duramente sobre el franquiciado una vez que empiece a conocer el negocio y a creer que puede arreglárselas sin el franquiciador.

La franquicia se concede por un periodo fijo de tiempo, que normalmente es renovable. No hay, no obstante, absoluta garantía de que el contrato será renovado a su expiración. El franquiciado por tanto corre el riesgo de establecer un negocio eficaz y rentable, sólo para ver cómo el franquiciador toma posesión de él a la expiración del término.

Es muy difícil calcular cuál será la ganancia económica del negocio. El franquiciado por tanto ha de aceptar que podría ser al principio bastante inferior a lo esperado. A esto se añade el hecho de que las cuotas que el franquiciado tiene obligación de pagar al franquiciador pudieran ser considerables y podrían por lo tanto reducir más, a veces bastante dramáticamente, las ganancias del franquiciado.

El hecho de que es el franquiciado quien tiene que soportar el riesgo económico de su negocio debe entenderse claramente: si el negocio fracasa, es el franquiciado quien pierde el dinero que ha invertido.

III. VENTAJAS PARA EL FRANQUICIADOR

Para el franquiciador, la principal ventaja es la posibilidad de expandir el negocio en un periodo de tiempo relativamente corto, pero sin tener que hacer inversiones directas en nuevos lugares de negocio, pues son los franquiciados quienes hacen la inversión de capital. Además, el franquiciador percibirá en la mayoría de los casos cuotas de los franquiciados.

Expandiendo su negocio con la ayuda de franquiciados, el franquiciador puede llegar también a mercados más pequeños, pues confiará en franquiciados que tengan conocimiento de las condiciones e intereses locales y por tanto es probable que puedan explotar mejor esos mercados.

El franquiciador no es además responsable de los actos u omisiones del franquiciado pues los dos son, y siguen siendo, empresarios independientes.

Otras ventajas incluyen el hecho de que los franquiciados son propietarios de negocios motivados con un espíritu empresarial y esto es probable que aumente las ventas. En general, los franquiciados tendrán mejores relaciones con los empleados que los directores de establecimientos propiedad de una compañía, así como una mayor capacidad para motivar a los empleados, lo que dará como resultado un aumento de la productividad. Un beneficio indirecto de la franquicia puede ser además que para los empleados de la compañía la posibilidad de que pudieran en el futuro llegar a ser franquiciados puede ser un incentivo para que mejoren su actuación.

IV. DESVENTAJAS PARA EL FRANQUICIADOR

Si la relación de franquicia no funciona, el daño sufrido por el franquiciador, de hecho por la red entera, podría ser bastante considerable. En realidad, como propietario de la marca o nombre comercial el franquiciador es en última instancia quien sufrirá más (con, por ejemplo, una reducción en las ventas en toda la red) si cualquiera de las unidades no se ajusta a los estándares de calidad establecidos.

Es muy importante que el franquiciador pueda ejercer control sobre la actuación de los franquiciados, precisamente para evitar cualquier efecto perjudicial para el buen nombre del sistema. Para el franquiciador una desventaja del acuerdo de franquicia es que el grado de control que tiene sobre las unidades es menor que si fueran propiedad de una compañía. La posibilidad de que varios franquiciados actúen conjuntamente contra el franquiciador podría además resultar ser una desventaja para el franquiciador, debiendo estar su derecho a formar asociaciones de franquiciados claramente reconocido.

El riesgo de que los franquiciados se separen del sistema y establezcan negocios competitivos ha de contarse también entre las desventajas de la franquicia.

La relación de franquicia además ha desarrollado en sí un cierto número de tensiones naturales. Se incluye la resistencia por parte de los franquiciados a modernizar sus locales y a adquirir equipo más moderno, lo cual podría no siempre percibirse como necesario. La posibilidad de que solicitudes injustificadas a este efecto pudieran ser realizadas por algunos franquiciadores no debería ser pasada por alto, pero los franquiciados deberían también ser conscientes de la necesidad de cambiar según se desarrolla el mercado. El mismo razonamiento es también cierto en lo que respecta a la introducción de cambios al sistema en el curso del contrato.

Finalmente, las retribuciones económicas del franquiciador serán inferiores a lo que sería el caso con una filial o un establecimiento de su total propiedad, ya que no recibirá todos los ingresos económicos de la empresa, sino sólo un porcentaje de los mismos.

[<Volver al Índice>](#)

ANEXO 2

LA FRANQUICIA EN LA ECONOMÍA

A. LA RELEVANCIA ECONÓMICA DE LA FRANQUICIA

Las estadísticas sobre franquicia son a menudo difíciles de comparar, ya que en diferentes países bajo el término “franquicia” se incluyen diferentes tipos de negocios. Las gasolineras están, por ejemplo, incluidas dentro de la franquicia en los Estados Unidos de América mientras que no lo están en Europa. Los criterios adoptados para los estudios realizados también varían, al igual que los lapsos de tiempo abarcados por los datos. A pesar de esto, el modo más simple de comprender la importancia económica del fenómeno es sin duda el del examen de los datos disponibles. Un cuadro que proporciona la información más actualizada para un número de países cierra por tanto este Anexo. Las cifras reunidas en este cuadro tienen distintas fuentes. Los datos relativos a los países europeos están tomados del *European Franchise Survey*¹ publicado por la *Asociación Británica de la Franquicia* (en sus siglas en inglés, *BFA*) actuando en su calidad de Secretariado de la *Federación Europea de la Franquicia* (en sus siglas en inglés, *EFF*). Este Estudio abarca a doce países europeos². Con la excepción de Japón y Malasia, los datos del cuadro que se refieren a países no europeos se basan en el Cuadro 6 del *Industry and Trade Summary on Franchising* publicado por la Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos³. Tanto en el Estudio europeo como

¹ *European Franchise Survey* de la EFF, patrocinado por NatWest Bank, Agosto de 1997. Las cifras, en ECU en el Estudio, han sido convertidas a dólares americanos con fines comparativos. Unidroit desea dar las gracias a la BFA y la EFF por el permiso para utilizar las cifras del Estudio.

² Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Hungría, Italia, Países Bajos, Portugal, Suecia y Reino Unido.

³ *Industry and Trade Summary on Franchising, Report by the Office of Industries*, de la Comisión de Comercio Internacional de los EE.UU., Septiembre de 1995, p. 23. Las fuentes de la información son la *International Franchise Association*, la *Canadian Franchise Association*, la Asociación Japonesa de la Franquicia, la Federación Europea de la Franquicia, la Asociación Británica de la Franquicia, la Asociación Mexicana de Franquicias, US&FCS Cables y estimaciones del personal de la USITC.

en el *Industry and Trade Summary* los datos se refieren solamente a la franquicia de formato comercial. La información sobre Japón y Malasia está tomada de la publicación *Franchising in Asia-Pacific*, un Informe de Investigación Industrial elaborado por el Consejo de Desarrollo Comercial de Singapur en colaboración con Arthur Andersen Business Consulting⁴.

Las cifras citadas en el cuadro se refieren principalmente a la franquicia de formato comercial. El tamaño de las actividades de franquicia resulta incluso más evidente cuando las cifras de otras formas de franquicia se suman a las relativas a la franquicia de formato comercial. Así, en los Estados Unidos, el volumen total de ventas de bienes y servicios de establecimientos de franquicia en 1992 se estimó en 803,2 mil millones de dólares, en contraste con los 249 mil millones de dólares de ventas de establecimientos de franquicia de formato comercial. Los restantes 554,2 mil millones de dólares estuvieron relacionados con franquicias de productos y nombre comercial⁵. Además de los 429.217 establecimientos de franquicia de formato comercial, en 1992 hubo 128.908 establecimientos de productos y nombre comercial y se estimó que las ventas de franquicias representaron un 35% de las ventas al por menor en los Estados Unidos. Esta cifra aún hoy se considera válida.

De acuerdo con el *Industry and Trade Summary*, el número de establecimientos franquiciados en los Estados Unidos ha crecido significativamente en los últimos 25 años. En 1994 aproximadamente uno de cada 12 establecimientos comerciales era un negocio franquiciado. En el periodo de 1969 a 1992 el número de establecimientos franquiciados aumentó aproximadamente en un 45%, representando una tasa de crecimiento anual del 1,7% (otras fuentes indican un crecimiento anual del 10%⁶). Además, la franquicia representa un activo indudable para la balanza de pagos del país. Se calcula que en 1993 las exportaciones de servicios de franquicia sumaron aproximadamente 408 mil millones de dólares, mientras las importaciones fueron sólo 5 mil millones de dólares. El superávit comercial resultante fue por lo tanto 403 mil millones de dólares⁷.

Las ventas nacionales a través de establecimientos franquiciados en los Estados Unidos aumentaron de 113 mil millones de dólares en 1969 a 803 mil millones en 1992. Con los ajustes por inflación, las ventas crecieron aproximadamente en un 86% durante el periodo 1969 - 1992, con una tasa de crecimiento anual del 2,7%. Durante el período 1970 - 1992

⁴ *Franchising in Asia-Pacific*, del Consejo de Desarrollo Comercial de Singapur, en colaboración con Arthur Andersen Business Consulting, Singapur, 1997.

⁵ *Franchise Fact Sheet*, de la *International Franchise Association* (Abril/Mayo 1994).

⁶ *Industry and Trade Summary on Franchising*, de la Comisión de Comercio Internacional de los EE.UU., *Op. cit.*, p. 4.

⁷ *Industry and Trade Summary on Franchising*, de la Comisión de Comercio Internacional de los EE.UU., *Op. cit.*, p. 27.

las ventas de franquicias crecieron de este modo más rápidamente que la industria del comercio minorista en su conjunto, que experimentó una tasa de crecimiento media ajustada a la inflación del 1,7%. En la medida que la franquicia ha crecido, las ventas al por menor a través de establecimientos franquiciados han supuesto una proporción cada vez mayor del total de ventas al por menor, pasando del 28,2% del total de ventas al por menor en 1975 al 34% en 1990⁸.

En Canadá, en 1984 las ventas al por menor de establecimientos de franquicia superaron los 48 mil millones de dólares canadienses o aproximadamente el 45% del total de ventas al por menor canadienses⁹. De éstas, se estimó en 1985 que el 50% se generaron de franquicias de formato comercial y lo que en la época se consideraban otras formas de franquicia no tradicionales¹⁰. Entre 1981 y 1984 las ventas anuales medias de la franquicia en Canadá aumentaron en un 15%. En el mismo periodo, el total de ventas al por menor canadienses y el PIB aumentaron anualmente sólo un 8% y 7% respectivamente¹¹. En 1987 aproximadamente 1000 franquiciadores ubicados en toda Canadá y dirigiendo casi 45.000 establecimientos de franquicia reportaron ventas por un total de 61 mil millones de dólares canadienses. La tasa anual de crecimiento de las ventas de franquicias canadienses fue del 20% en 1985, del 25% en 1986 y se proyectaba que fuera del 40% durante el periodo de 1988 a 1992, aunque todavía no está disponible la confirmación de esta predicción¹².

Las estimaciones para la franquicia en Francia indican que antes de 1988 el incremento anual en número de sistemas de franquicias era del 15% y que en el mismo periodo de tiempo el incremento anual medio en número de unidades fue del 10%. Por otro lado, desde 1989 el número de sistemas y franquiciados apenas ha cambiado¹³. Las ventas generadas por franquicias en 1993 superaron los 21 mil millones de ECUS, o aproximadamente el 7,5% de todas las ventas al por menor¹⁴.

⁸ *Industry and Trade Summary on Franchising*, de la Comisión de Comercio Internacional de los EE.UU., *Op. cit.*, p.7.

⁹ *Franchising: The Current Situation*, de la Asociación Canadiense de la Franquicia, Toronto, 1985, citado en *International Franchising*, de A.S. Konigsberg, 2ª Edición, Juris Publishing, Nueva York, 1996, en II.III.7.

¹⁰ *Franchising in the Canadian Economy 1976 - 1981*, del Departamento de Comercio de los EE.UU., Administración Comercial Internacional, Oficina de Industrias de Servicios, Washington DC, citado en A.S. Konigsberg, *Op. Cit.*, en II.III.7.

¹¹ *Bringing your Franchise to Canada: Regulation of Selling Practices and the Use of Disclosure Documents*, de A. Trebillock, (sin publicar), 1988, citado en A.S. Konigsberg, *Op. Cit.*, en II.III.7.

¹² A. Trebilcock, artículo presentado en el Salón internacional de la franquicia, París, 1989, p. 24, citado en A. S. Konigsberg, *Op. Cit.*, en II.III.7.

¹³ *European Franchise Survey* de la EFF, *Op. Cit.*, p. 124.

¹⁴ Newsletter, de la Federación Europea de la Franquicia, Publicación trimestral N° 1, Octubre de 1993 citada en A.S. Konigsberg, *Op. Cit.*, en II.IV.9.

El Estudio de 1997 sobre la franquicia en el Reino Unido, dirigido por la BFA en colaboración con el National Westminster Bank plc (NatWest), indica que el número de sistemas de franquicia era de 541 (lo que representaba un incremento del 14% sobre la cifra del año anterior), que había 26.800 unidades franquiciadas (un incremento del 4,3%), que la cifra de negocios era de un total de 6,4 mil de millones de libras (un incremento del 8,5%) y que había 264.100 personas empleadas en la industria¹⁵.

La franquicia también está penetrando en los mercados recién abiertos de los países de Europa Central y Oriental, en los que las asociaciones de franquicia nacionales han promovido activamente este tipo de negocio. El entusiasmo engendrado por la franquicia fue, y en cierta medida aún lo es, debido a las esperanzas de que la franquicia pudiera resultar una herramienta útil en el proceso de privatización. Además es vista como una fuente de inversión extranjera. Las únicas estadísticas disponibles son las de Hungría, en que la franquicia en 1994 representó el 1-2% del comercio minorista¹⁶ y en 1997 el 3% (las cifras se refieren a 1996). En 1994 los ingresos generados por los negocios franquiciados alcanzaron los 2,5 mil millones de dólares y la tasa anual de crecimiento fue del 25%.

El mercado latinoamericano se está desarrollando muy rápidamente, con Brasil, México y Argentina al frente. Brasil ha visto un crecimiento explosivo de la franquicia, con una tasa de crecimiento anual de cerca del 35% desde mediados de los 80. De hecho, en 1993 los ingresos anuales por franquicia en su conjunto ascendieron a 48,1 mil millones de dólares, que equivalieron al 10% del PIB del país¹⁷. En 1994 las ventas totales de establecimientos propiedad de la empresa y de franquicia de formato comercial ascendieron a 9,87 mil millones de dólares, mientras las ventas de franquicias de producto y marca alcanzaron los 68.389 mil millones de dólares. En 1994 se estimó que había 26.716 establecimientos de franquicia de formato comercial¹⁸.

La franquicia está creciendo rápidamente en Asia, donde está extendiéndose en Hong Kong, Indonesia, Japón, Corea del Sur, Malasia,

¹⁵ *European Franchise Survey*, de la EFF, *Op. cit.*, p. 322. Aunque el Estudio da también estas cifras, que son las más recientes para la industria de franquicia en el Reino Unido, con fines comparativos utiliza las cifras del Estudio de 1996. El cuadro al final de este Anexo lo hace igualmente.

¹⁶ *Yearbook 1993/1994*, de la Asociación Húngara de la Franquicia, p. 38.

¹⁷ Cifras de la *Associação Brasileira de Franchising*, citadas en *Brazil is bound to introduce disclosure requirements*, de L. H. O. do Amaral, en *Journal of International Franchising and Distribution Law*, Vol. 8, 1994, p. 102.

¹⁸ Estadísticas de la *Associação Brasileira de Franchising*, citadas en A.S. Konigsberg, *Op. Cit.*, en II.XIV.19.

Filipinas, Singapur, Tailandia e incluso China¹⁹. La expansión de la franquicia en Japón ha sido de hecho exponencial. En 1970 había 61 franquiciadores, en 1981 había 381 y en 1995 había 755. Estos 755 franquiciadores dirigieron 158.000 establecimientos con ventas ascendientes a 13,1 billones de yenes²⁰. Japón tiene la media más alta de establecimientos por franquiciador en el mundo, con aproximadamente 200 establecimientos por franquiciado²¹.

En Nueva Zelanda, donde la franquicia sólo recientemente se ha establecido, se estima que hay aproximadamente de 250 a 350 franquiciadores y que la franquicia supone entre el 7 y el 10% del sector minorista²². En Australia, la tasa de crecimiento anual de la franquicia durante los años 1989 - 1991 alcanzó el 12,7%²³.

Con pocas excepciones, notablemente la de Sudáfrica, la franquicia aún tiene que desarrollarse en el continente africano.

B. BENEFICIOS DE LA FRANQUICIA PARA LA ECONOMIA NACIONAL

Las cifras citadas anteriormente en la Sección A son una señal clara de la importancia de esta técnica comercial en términos económicos. Los efectos de la franquicia son sin embargo de mayor alcance, tanto para la economía nacional de los países concernidos como para los operadores dedicados a esta forma de negocio²⁴.

¹⁹ Sobre la franquicia en la Región de Asia-Pacífico, véase *Franchising in Asia-Pacific*, del Consejo de Desarrollo Comercial de Singapur, en colaboración con Arthur Andersen Business Consulting, *Op. cit.*

²⁰ *Franchising in Asia-Pacific*, del Consejo de Desarrollo Comercial de Singapur, en colaboración con Arthur Andersen Business Consulting, *Op. cit.*, p. 96.

²¹ *Japan - Franchising Industry* -, del Departamento de Comercio de los EE. UU., Administración Internacional ISA9009, *Market Research Reports*, 27 de Agosto de 1994, *National Trade Data Bank, IT market 111107290*, en *Industry and Trade Summary on Franchising*, de la Comisión de Comercio Internacional de los EE.UU., *Op. Cit.*, p. 26.

²² *Franchising in Asia-Pacific*, del Consejo de Desarrollo Comercial de Singapur, en colaboración con Arthur Andersen Business Consulting, *Op. Cit.*, p. 114.

²³ *Franchising - Australia and Abroad*, Suplemento al *Franchising Task Force Final Report*, Marzo de 1992, p. 12.

²⁴ Véase Anexo 1, Sección C "Ventajas y desventajas de la franquicia para los operadores:"

I. OPORTUNIDADES DE EMPLEO

El beneficio más obvio de la franquicia para la economía nacional es la creación de nuevos empleos, no sólo directamente en la propia industria de la franquicia, sino también indirectamente en las industrias relacionadas. Así, por ejemplo, si se establece una red de franquicia de alimentación, se creará una demanda de los productos y servicios que se utilicen en, o en relación con, la franquicia. Las industrias que proporcionan estos productos y servicios habrán de expandirse para responder a las crecientes demandas recaídas sobre ellas y por lo tanto contratarán más empleados. Según la red de franquicia se extienda, los nuevos franquiciados también contratarán empleados, creando de este modo aún más nuevos empleos. Con tasas de desempleo del 10, el 12 o incluso el 20%, la importancia de una técnica comercial que crea oportunidades de empleo no puede recalcar en demasía.

En los Estados Unidos el empleo en establecimientos franquiciados se duplicó de 3,5 millones en 1975 a 7,0 millones en 1988. Aproximadamente el 90% de este aumento fue generado por franquicias de formato comercial por las que el nivel de empleo creció cerca de un 162% entre 1975 y 1988²⁵. En 1992 el número de personas empleadas en franquicias ascendía a ocho millones.

En Australia la *Review of the Franchising Code of Practice* indica que los 30.500 establecimientos ofrecen empleos a 279.000 trabajadores a tiempo completo, a tiempo parcial y eventuales²⁶. Esto representa un aumento substancial, pues el Estudio dirigido por el Departamento de Industria, Tecnología y Comercio en 1990/91 indicaba que los establecimientos franquiciados empleaban a 170.000 personas²⁷.

Las estadísticas para el Reino Unido muestran una fluctuación mayor que las de otros países. Así, los directamente empleados en franquicias en el Reino Unido aumentaron de 126.000 en 1986 a 185.000 en 1989, pero decrecieron a 184.000 en 1990 debido a factores de recesión. En Francia, por otra parte, se crearon 10.000 nuevos empleos en 1992²⁸.

²⁵ *Industry and Trade Summary on Franchising*, de la Comisión de Comercio Internacional de los EE.UU., *Op. Cit.*, p. 7.

²⁶ *Review of the Franchising Code of Practice, Report to the Hon Chris Schacht, Minister for Small Business, Customs and Construction*, de R. Gardini, Servicio Editorial del Gobierno Australiano, Canberra, 1995, p. 1.

²⁷ *Franchising-Australia and Abroad*, *Op. Cit.*, p.3.

²⁸ *Newsletter*, de la Federación Europea de la Franquicia, Publicación trimestral Nº 1, Octubre de 1993, citada en A.S. Konigsberg, *Op. Cit.*, en II.IV.9

II. ÍNDICES DE FRACASO INFERIORES

Otro factor que es de importancia, y que de hecho se encuentra relacionado con la cuestión del desempleo, es el índice de fracaso de los negocios franquiciados. Este es a menudo substancialmente inferior al de los negocios más tradicionales, aunque las cifras sobre cuánto varían considerablemente. El número de quiebras también es considerablemente menor que las cifras medias de los negocios minoristas no franquiciados, aunque aquí de nuevo hay desacuerdo en cuanto a las cifras exactas. Según un estudio encargado por la *International Franchise Association*²⁹, aproximadamente el 97% de los establecimientos franquiciados fundados en los cinco años del estudio aún estaban en funcionamiento, y aproximadamente el 86% eran aún propiedad de los dueños originales. Otros cálculos son más conservadores, estimándose el índice de éxito en el 60%. Aún de ser inferior, esta cifra es aun así substancialmente más alta que los índices de éxito de negocios nuevos en conjunto, que se estiman en el 40% después de dos años y en el 10% después de 10 años³⁰.

III. EL USO DE LA FRANQUICIA PARA LOS PAÍSES EN DESARROLLO Y LAS ECONOMÍAS EN TRANSICIÓN

Un rasgo característico de la franquicia es la prestación por el franquiciador de formación y asistencia, con el fin de permitir a los franquiciados, quienes a menudo no tienen experiencia comercial alguna, operar de la manera más eficaz posible³¹.

Este rasgo característico de la franquicia la ha hecho una forma de negocio que es particularmente atractiva para países con economías en transición, primera y principalmente los países de Europa Central y Oriental, y para países en desarrollo, muchos de los cuales afrontan problemas similares a los afrontados por los países del Centro y Este de Europa, especialmente la transformación de una economía planificada en una economía de libre mercado.

Las tareas afrontadas por los Gobiernos de países que tienen, o han tenido, una economía planificada o parcialmente planificada en la

²⁹ *Franchising in the Economy 1989 - 1992*, de Arthur Andersen & Co., p. 16, citado en *Industry and Trade Summary on Franchising*, de la Comisión de Comercio Internacional de los EE.UU., *Op. Cit.*, p.3. La *International Franchise Association* (IFA) es la Asociación profesional esencialmente de los franquiciadores americanos, aunque recientemente se abrió a los franquiciados y tiene algunos miembros extranjeros.

³⁰ *Industry and Trade Summary on Franchising*, de la Comisión de Comercio Internacional de los EE.UU., *Op. Cit.*, p. 3.

³¹ Véase Capítulo 5, Secciones B "Formación" y D "Asistencia y otros servicios" y Anexo 1, Sección C, Sub-Sección I "Ventajas para el franquiciado":

transformación de sus economías incluyen el dismantelamiento de controles económicos centralizados, la creación de empresas privadas capaces de proporcionar bienes y servicios en cantidades y calidades que cumplan las necesidades locales y la reducción del desempleo.

Es precisamente como ayuda a la solución de estos problemas que la franquicia tiene un papel que jugar³². Como se indicó anteriormente, la franquicia ofrece una rápida expansión de los negocios individuales con una mayor oportunidad de éxito que en el promedio de los negocios no franquiciados corrientes, proporciona un sistema que permite la producción de bienes o la prestación de servicios de calidad y precio consistentes, mejora la producción y distribución de bienes de consumo y es un sistema que genera oportunidades de empleo.

En el caso de los países de Europa Central y Oriental, que han estado persiguiendo activamente la transformación de sus economías durante algunos años, una tradición de pequeñas empresas sobrevivió durante las décadas de dominio socialista. A pesar de esto, una clase de empresarios capaces necesitaba, y en cierta medida aún necesita, ser formada. La formación y asistencia en administración comercial general, en contabilidad y en las habilidades relacionadas que están entre las características fundamentales de la franquicia son lo que la convierten en una herramienta eficaz en la creación, o re-creación, de una clase eficaz de empresarios en un periodo de tiempo tan breve como sea posible. Estas mismas características son también las que sugieren que la franquicia podría tener un papel que jugar en el proceso de privatización³³, aunque el que la franquicia sea o no en la práctica una herramienta eficaz para la privatización dependerá en gran medida de las condiciones locales del país concernido. Así, aunque los Gobiernos de Polonia y la República Checa han expresado un interés en utilizar la franquicia para privatizar empresas estatales³⁴, éste no ha sido el caso de Hungría.

³² Para un examen de estas tareas y el papel de la franquicia en Europa Central y Oriental, véase *Franchising in the New Markets of Eastern Europe*, de P.F. Zeidman/M. Avner/S.P. Petri, en *BNA Eastern European Reporter*, vol. 1, 1991, p. 190 y ss., y *Franchising in Eastern Europe and the Soviet Union*, de P.F. Zeidman/M. Avner, en *DePaul Business Law Journal*, vol. 3, 1991, p. 307 y ss.

³³ Véase P. F. Zeidman/M. Avner, *Op. Cit.*, p. 317 y ss.

³⁴ En 1990 la Agencia de la Propiedad Estatal Húngara sugirió que la franquicia podría tener un papel que jugar en la privatización de dos cadenas hoteleras (la *Dannubius Hotel and Spa Company*, y la *Pannonia Hotel and Catering Company*): Agencia de la Propiedad Estatal, Primer Programa de Privatización 1990, citado en P. F. Zeidman/M. Avner, *Op. Cit.*, p. 319.

En Hungría los funcionarios de la Agencia de la Propiedad Estatal (en sus siglas en inglés, SPA) indicaron que la franquicia no sería una herramienta utilizada directamente en la privatización, ya que por una parte no había suficiente capital dentro del país y por la otra la ley de Privatización no preveía la asignación de recursos a la conversión en franquicia, que de hecho la ley no consideró en absoluto³⁵. La SPA sin embargo invitó a la Asociación Húngara de la Franquicia (en sus siglas en inglés, HFA) a presentar un estudio sobre la franquicia³⁶, posterior al cual la SPA publicó un folleto en su serie sobre privatización, acerca de cómo el concepto de franquicia puede utilizarse en el proceso de privatización. En este contexto no debería pasarse por alto el papel que podrían jugar las empresas comunes.

C. ¿QUÉ SE FRANQUICIA?

Se ha dicho que no hay actividad que no se pueda franquiciar y esta afirmación parecería estar apoyada por la diversa naturaleza de los negocios que han elegido a la franquicia como vehículo para su expansión. Las enumeraciones de negocios franquiciados que han sido preparadas, en particular por las asociaciones nacionales de franquicia, dividen a menudo los negocios en categorías y subcategorías. Una lista que incluye una mayoría de categorías de negocios franquiciados es la siguiente³⁹:

³⁵ A hájót elment... (Entrevista con Tóth Attila), Figyelo, *Franchise Supplement*, 7 de Mayo de 1991, p. 34.

³⁶ *Franchising as a method of privatisation*, de la Asociación Húngara de la Franquicia (una versión reducida de este estudio está publicada en húngaro y en inglés en *PRIVINFO 1993/6*.)

³⁷ *Franchising and privatisation* (en húngaro), de I. Kiss/ J. Sajó, *Privatisation Series* No. 21, SPA, Budapest, 1994.

³⁸ Véase Capítulo 1, Sección A, Sub-Sección III "Métodos para franquiciar internacionalmente".

³⁹ Lista derivada de la unión de dos listas contenidas en *The Guide to Franchising*, de M. Mendelsohn, 5ª edición, Cassell, Londres, 1992, p.43 y ss.

actividades de comida, incluyendo:	auxilios/servicios sanitarios ayudas/servicios comerciales
barbacoa	baños de pintura/químicos
bocadillos	camping
carne asada	centros de diagnóstico de automóviles
comidas rápidas	centros de formación secretarial y de tratamiento de textos
hamburguesas	centros de reparación de la transmisión del automóvil
pastelería y café	Cerveceros
patatas al horno	clínicas de reposo
pescado/patatas	clubes de salud
fritas	coloreado de cristal
pizza	control de peso
pollo frito	control de plagas
donuts	cosméticos
especialidad	productos para el cuidado del cabello y
filetes	...de belleza
frankfurters	cuidado del césped y el jardín
hornos de pan caliente	deporte/recreo
italiana	despintado
mariscos	distribución de leche y productos lácteos
mejicana	distribuidores automáticos
menú completo	edificación y construcción
panqueques/gofres	editorial
regional	entretenimiento
smörgåsbord	equipo de acondicionamiento físico
unidades móviles	equipo expendedor (comida y bebidas)
actividades de comida	escuelas de automovilismo
diversas	
(por ejemplo, distribución de bollería)	
agencia de investigación	
agencia inmobiliaria	
agencias de viajes	
agentes de seguros	
alquiler/arrendamiento de automóviles	
alquileres y arrendamiento (equipo general)	
aparatos auditivos	

escuelas/enseñanzas	baldosas de cerámica
estudios de baile	cerraduras de seguridad
fabricación y venta de	decoración interior
distintivos, identificación, etc.	desmontaje y restauración de
formación en ventas	muebles
galerías de arte	doble acristalado
Herramientas y equipo	puesta a prueba de humedad
Hoteles	mobiliario del dormitorio
industria agropecuaria	mobiliario de cocina y cuarto de
lavado/productos/equipo de	baño
automóvil	persianas para las ventanas
productos/servicios de	recubrimiento de tejados
automoción (servicios del	renovación de la cocina
vehículo de motor)	renovaciones en el cuarto de
accesorios para el motor,	baño
motocicletas,	servicios para la erradicación de
accesorios para la bicicleta	la carcoma y la podredumbre
puesta a prueba de óxido	ventanas principales
piezas del automóvil	Moteles
reemplazo de los sistemas de	pelucas/postizos
escape	Peluquería
servicio de puesta a punto del	piscinas
coche	presentaciones sociales científicas
servicio móvil 24-horas de	productos consumibles de taller y
reemplazo del parabrisas	mantenimiento para usuarios
servicios de atención para el	industriales
coche	productos químicos de
sistema de seguridad del	mantenimiento
vehículo	productos químicos industriales
	productos/servicios para niños
	promoción de ventas
letreros	<i>rack merchandising</i>
limpieza de alcantarillas	recaudación de fondos
limpieza de desagües y cañerías	reparación de vinilo/plástico
limpieza de oficinas e industrial	revelado e impresión de películas en
limpieza industrial de vehículos	una hora
máquinas/sistemas de oficina	salones de belleza y adelgazamiento
mejora del hogar	servicio de reparación para
alquiler de entoldados	edificios de ladrillo y piedra

servicios de limpieza / mantenimiento / saneamiento	bebidas no alcohólicas café, té
servicios contables/fiscales (preparación de impuestos, sistemas de contabilidad computerizados para profesiones especializadas, pequeños negocios y comerciantes)	centros acuáticos comestibles sin marca confitería construcciones y cobertizos de jardín
servicios de chófer	cuidado de la salud y la piel
servicios de crédito/ recaudación	farmacias
servicios de empleo y ayuda temporal	helados
servicios de enmarcación inmediata	joyeros
servicios de entrega de hormigón	lavanderías por monedas
servicios de entrega de paquetes	limpieza en seco
servicios de impresión/duplicado	máquinas de coser
servicios de limpieza / mantenimiento / higiene	moda femenina
servicios de mantenimiento del paisaje	muebles de interior y exterior en cobre y otros metales
servicios de mudanza y almacenaje	muebles para el hogar
servicios domésticos	reparación de calzado
Sirvientes	salones nupciales
sistemas de acondicionamiento del agua	tiendas de regalos
sistemas de seguridad	tiendas de suministro para el automóvil
sistemas de telecopia	tiendas de rebaja
sistemas de televisión	tiendas y servicios de animales
suministros/servicios industriales	ventas por catálogo
tiendas (minoristas)	vidrio de color
accesorios	productos y servicios varios

Continente	País	Año	Número de Franquiadores	Número de establecimientos Franquiados fr.form.com.	Número de Empleados fr. form.com.	Ingresos en miles de millones de dólares fr.form.com.	Porcentaje de comercio minorista	Índice de crecimiento anual de todas las franquicias
Europa	Alemania*	1997	530	22.000	230.000	15,6		
	Austria*	1997	210	3.000	40.000	1,7		
	Bélgica*	1997	170	3.500	28.500	2,5		
	Dinamarca*	1997	98	2.000	40.000	1,0		
	España*	1997	288	13.161	69.000	7,2	5%**	
	Francia*	1997	470	25.750	355.500	9,8		
	Holanda*	1997	345	11.910	100.000	9,8		
	Hungría*	1997	220	5.000	45.000	2,7	3%	
	Italia	1992	436	21.390	49.658	12,8		
	Noruega	1997	125	3.500		3,9		
	Portugal*	1997	220	2.000	35.000	1,0		
	Reino Unido*	1997	474	25.700	222.700	9,5	19%***	10%
	Suecia*	1997	230	9.150	71.000	6,1	8%****	

* Cifras tomadas del *European Franchise Survey* de la EFF, Agosto de 1997. Las cifras en ECUs han sido convertidas a dólares norteamericanos con fines comparativos

** Cifra en *Franchising International*, publicado por los Servicios de Desarrollo de la Franquicia, Verano de 1997, p.46.

*** NatWest News Release 43/97 de 18 de marzo de 1997, *Franchising Sector continues to grow says NatWest*, p. 1.

**** Cifra proporcionada por la Asociación Sueca de la Franquicia.

Continente	Pais	Año	Número de Franquiadores	Número de establecimientos Franquiados fr.form.com.	Número de Empleados fr. form.com.	Ingresos en miles de millones de dólares fr.form.com.	Porcentaje de comercio minorista	Índice de crecimiento anual de todas las franquicias
América del Norte y del Sur	Estados Unidos	1992	2.500	429.217	4.721.387	249,0	35%	10%
	Canadá	1992	1.134	25.052		12,9	45% (1984)	40% (1988-1992)
	México	1994		5.000	75.000	3,0		
	Brasil	1993		21.244		4,9		35%
	Chile	1994	35	200	10.000	0,1		
Asia/Pacifico	Japón ^{*****}	1995	755	158.000		¥ 13,1mil.		4%
	Malaysia ^{*****}	1995	125	800		609,5 mil.	2%	10%
	Australia [‡]	1994	555	30.500	279.000	29,0		14%
Africa	Sudáfrica [◇]	1992	90	2.700		1,5		

[<Volver al Índice>](#)

***** *Franchising in Asia- Pacific*, del Consejo de Desarrollo Comercial de Singapur en colaboración con Arthur Andersen Business Consulting, 1997, p.96.

***** *Franchising in Asia-Pacific*, del Consejo de Desarrollo Comercial de Singapur en colaboración con Arthur Andersen Business Consulting, 1997, p. 107.

‡ Incluye franquicias de producto y de nombre comercial. Cifras de la Oficina Australiana de Estadística, Resultados del Estudio sobre el Sector de la Franquicia –1994, Departamento de Industria, Ciencia y Tecnología, 1994, p. 3.

◇ Incluye franquicias de producto y de nombre comercial.

ANEXO 3¹

LEGISLACIÓN Y REGLAMENTOS RELEVANTES PARA LA FRANQUICIA

Un marco jurídico mercantil sano es de primordial importancia para la franquicia. De hecho sin él la franquicia no puede funcionar. Un "marco jurídico mercantil sano" se puede definir como aquel con una legislación general sobre contratos mercantiles, con un adecuado Derecho de sociedades, donde hay nociones suficientes de las empresas comunes, donde los derechos de la propiedad intelectual están en vigor y se hacen cumplir y donde las sociedades pueden confiar en la propiedad de las marcas y el *know-how* así como en los acuerdos de confidencialidad.

Los acuerdos de franquicia están sujetos a un considerable número de leyes y reglamentos además de los que regulan los contratos mercantiles o los derechos de la propiedad intelectual. Esencialmente, estas leyes y reglamentos adicionales se encuadran en dos categorías distintas. La primera categoría incluye leyes y reglamentos que son aplicables a contratos en general, la segunda aquellos que son aplicables al contrato específico concernido (legislación de franquicia específica, cuando exista, por ejemplo).

A. RAMAS DEL DERECHO RELEVANTES PARA LA FRANQUICIA

La franquicia es una forma de negocio que toca muchas áreas diferentes del derecho, la mayoría de las cuales se regulan nacionalmente y a veces también internacionalmente.

I. DERECHO CONTRACTUAL GENERAL

El contrato naturalmente estará sujeto al Derecho contractual general. En países que distinguen la regulación de los contratos mercantiles de la de otros contratos, algunos aspectos del contrato estarán sujetos a disposiciones de las leyes o códigos que regulan los contratos mercantiles.

¹ Se invita a los lectores a consultar la página web de UNIDROIT en <http://www.unidroit.org> para una versión actualizada de este Anexo en inglés y en francés.

II. DERECHO DE AGENCIA Y DERECHO QUE REGULA OTROS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

Puede haber aspectos de la relación entre un franquiciador y sus franquiciados que estén cubiertos por el Derecho de agencia, independientemente de si los tribunales realmente asimilan la relación de franquicia en cuestión a una de agencia², o por el Derecho que regule otros contratos de distribución³. Por lo tanto se debería tener en cuenta la legislación que regula las relaciones de agencia y distribución.

III. ARRENDAMIENTO Y DERECHO DE GARANTÍA

El equipo y el local podrían ser arrendados y ello podría suponer un derecho de garantía. Este es el caso particularmente cuando se necesita un equipo específico para la franquicia y cuando el franquiciador proporciona ese equipo⁴.

IV. INVERSIONES ECONÓMICAS

Las inversiones económicas las cubrirá la legislación que específicamente regula esos asuntos.

V. PROPIEDAD INTELECTUAL

Los derechos de la propiedad intelectual son la base sobre la que se construye la relación de franquicia. Por lo tanto son de importancia fundamental⁵. En las relaciones internacionales se deben tomar en cuenta las convenciones internacionales y otras regulaciones de origen internacional⁶.

VI. DERECHO DE LA COMPETENCIA

Los términos del contrato de franquicia que podría abarcar el Derecho de la competencia son aquellos que se refieren al precio que un franquiciado debería cobrar por los productos o servicios que ofrece y aquellos relativos a los derechos exclusivos otorgados a los franquiciados en una relación de franquicia, pues podrían dar lugar a sospechas de

² Véase Capítulo 1, Sección A, Sub-Sección II, *lit.* (a) "Contratos de agencia comercial".

³ Véase Capítulo 1, Sección A, SubSección II, *lit.* (b) "Contratos de distribución".

⁴ Véase Capítulo 9, Sección C "La relación franquiciador/sub-franquiciador".

⁵ Véanse en general Capítulos 10 "Propiedad Intelectual" y 11 "Know-How y Secretos Comerciales".

⁶ Véase Capítulo 10, Sección A, Sub-Sección VII "La regulación internacional de las marcas".

reparto del mercado y acción concertada entre los miembros de una red. El problema en la franquicia es asegurar que al franquiciado se le dé la mejor protección posible para desarrollar su territorio, por ejemplo concediéndosele derechos territoriales exclusivos, pero sin que los términos del contrato violen los términos de la legislación de la competencia. Se debería tener cuidado por tanto al redactar los contratos.

VII. DERECHO DE PRÁCTICAS DE COMERCIO JUSTO

El Derecho de prácticas de comercio justo es de relevancia en particular cuando se tienen en cuenta cláusulas de no-competencia posteriores al término del contrato y en relación con el derecho que los franquiciadores pueden reservarse a distribuir sus productos a través de canales alternos de distribución. Es también relevante en relación con los acuerdos enlazados⁷. La legislación sobre proyectos comerciales particulares, como por ejemplo el *Trading Schemes Act* de 1996 adoptado en el Reino Unido que abarca la venta piramidal, también debería tenerse en cuenta. Aunque no directamente aplicable a la franquicia, esta última legislación tiene un efecto directo también sobre ciertos tipos de franquicias. Una cuestión a determinar con referencia a la venta piramidal es si las leyes abarcan también la relación interna entre las partes del contrato de franquicia y no sólo la del sub-franquiciado o franquiciado y el consumidor.

VIII. DERECHO CORPORATIVO

La forma corporativa que el franquiciador y los franquiciados adopten es también relevante, en particular para cuestiones de responsabilidad e impuestos⁸.

IX. IMPUESTOS

La regulación fiscal es de considerable importancia, y no como última razón porque las cuestiones fiscales a menudo deciden la forma corporativa que las partes adoptarán, el franquiciador para su presencia en el país anfitrión y el franquiciado para su unidad. Cuestiones tales como quién tiene que pagar retenciones han de ser reguladas en el contrato de franquicia⁹.

⁷ Véase Capítulo 9, Sección D "Regulación de las relaciones de suministro".

⁸ Véase, en general, Capítulo 2 "Naturaleza y Alcance de los Derechos otorgados y de la Relación de las Partes" para un examen de la relación de las partes y Capítulo 14, Sección A "Responsabilidad por hechos de otro" para cuestiones de responsabilidad.

⁹ Véase Capítulo 4, Sección E "Consideraciones fiscales".

X. DERECHO DE LA PROPIEDAD

El Derecho de la propiedad también habrá de ser considerado en relación con los activos de la franquicia. Es particularmente relevante en caso de rescisión del contrato.

XI. LEGISLACIÓN SOBRE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y RESPONSABILIDAD POR EL PRODUCTO

La legislación sobre protección al consumidor y responsabilidad por el producto es de relevancia particularmente cuando se trata de la posible responsabilidad del franquiciador por productos o servicios vendidos por el sub-franquiciado o franquiciado¹⁰. La protección al consumidor debe ser considerada a dos niveles: primeramente, al nivel de la responsabilidad hacia el consumidor en el sentido ordinario, en segundo lugar al nivel de la responsabilidad hacia el sub-franquiciador o sub-franquiciado. En este último nivel lo que debería tenerse en cuenta es si el sub-franquiciador o sub-franquiciado mismo puede ser considerado consumidor y por lo tanto estar cubierto por las leyes de protección al consumidor. La pregunta es si el alcance de esas leyes puede ser tan amplio como para proteger a sub-franquiciadores y sub-franquiciados que no compran artículos para consumo, sino que hacen una inversión y por lo tanto no se les considera tradicionalmente consumidores, aunque pudieran ser tratados como consumidores a efecto de las leyes.

XII. DERECHO DEL SEGURO

El Derecho del seguro es relevante ya que los contratos de franquicia principal a menudo exigirán a los sub-franquiciadores que contraten un seguro con el franquiciador como beneficiario¹¹.

XIII. DERECHO LABORAL

La cuestión de la aplicabilidad de la legislación laboral a la relación de franquicia ha sido estudiada en particular en países donde la regulación de las relaciones laborales está altamente desarrollada, como por ejemplo Alemania y Suecia. Las diferentes cuestiones implicadas incluyen:

- ◆ la relación entre el franquiciador y el franquiciado;
- ◆ la relación (si hay alguna) entre el franquiciador y los empleados del franquiciado, por ejemplo cuando el franquiciador conserva el derecho a aprobar los empleados del franquiciado; y
- ◆ la posición de los empleados del franquiciado en el sistema de franquicia, que incluye cuestiones tales como el derecho de los

¹⁰ Véase Capítulo 14, Sección A, *cit.*

¹¹ Véase Capítulo 14, Sección C "Seguro"

empleados a ser consultados sobre importantes decisiones comerciales. En este sentido la posible aplicación de la *Directiva 94/64/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria*¹², debería tenerse en cuenta, aunque su aplicación a la franquicia es controvertida.

XIV. DERECHO QUE REGULA LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA

La franquicia puede incluirse dentro de la amplia definición de transferencia de tecnología contenida en algunas legislaciones nacionales. Si la legislación sobre transferencia de tecnología se declara aplicable al contrato de franquicia concernido, éste puede tener que ser aprobado por las autoridades locales responsables de los contratos para la transferencia de tecnología y registrado en el registro apropiado. En este contexto debería señalarse el reciente Reglamento europeo sobre acuerdos de transferencia de tecnología¹³. Adoptado el 31 de enero de 1996, sustituyó a los reglamentos existentes sobre acuerdos de licencia de patente y de *know-how*¹⁴.

XV. LEGISLACIÓN QUE REGULA LAS INVERSIONES EXTRANJERAS, REGLAMENTOS DE CONTROL DE DIVISAS Y RESTRICCIONES Y/O CUOTAS A LA IMPORTACIÓN

La legislación que regula las inversiones extranjeras ha de ser considerada, así como los reglamentos de control de divisas relacionados y las restricciones y/o cuotas a la importación.

¹² DOCE L 254/64 del 30 de septiembre de 1994.

¹³ Reglamento (CE) n° 240/96 de la Comisión, de 31 de Enero de 1996, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología. (Texto pertinente a los fines del EEE), en DOCE L 31/2 de 9 de febrero de 1996

¹⁴ Reglamento (CEE) n° 2349/84 de la Comisión, de 23 de julio de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado CEE a ciertas categorías de acuerdos de licencia de patentes (DOCE L 219/15 de 16 de agosto de 1984), última reforma por el Reglamento (CE) n° 2131/95 (DOCE L 214/6 de 8 de septiembre de 1995); y Reglamento (CEE) n° 556/89 de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de licencia del "know-how" (DOCE L 61/1 de 4 de marzo de 1989).

XVI. LEGISLACIÓN QUE REGULA LAS JOINT VENTURES

Las *joint ventures* frecuentemente se utilizan para la expansión internacional de sistemas de franquicia, particularmente en situaciones donde los socios locales sufren una falta de medios económicos. En tales casos la legislación sobre las *joint ventures* habrá de ser también considerada.

XVII. LEYES O REGLAMENTOS INDUSTRIALES ESPECÍFICOS

Cualesquiera leyes o reglamentos específicos del sector comercial de que se trate (por ejemplo los reglamentos de higiene para franquicias de comida) han de ser cuidadosamente considerados en cada caso particular.

B. LEGISLACIÓN ESPECÍFICA

Aunque un número creciente de Estados están considerando la introducción de legislación específica para la franquicia, aún sólo muy pocos regulan la franquicia. Además, donde existe la legislación adoptada se refiere a la simple franquicia nacional y no a la franquicia internacional. Su aplicabilidad a transacciones de franquicia internacional, a contratos de franquicia principal y otros acuerdos, necesita por tanto ser abordada. En parte, esta falta de legislación específica para la franquicia se debe a la complejidad de la relación y al gran número de áreas del Derecho implicadas en una relación de franquicia. Con pocas excepciones la legislación adoptada es legislación para la revelación de información e no para regular la relación entre las partes. La regulación de la franquicia de la Unión Europea se encuadra en una categoría distinta, ya que trata solamente de cuestiones del Derecho de la competencia.

Con un grado de detalle cambiante las leyes sobre revelación exigirán al franquiciador que proporcione al futuro franquiciado información sobre algunos puntos que permitirán al franquiciado tomar una decisión informada.

Las leyes sobre si celebrar o no el contrato. Los puntos sobre los cuales se debería ofrecer información, o proporcionar documentos, incluyen:

- ◆ el franquiciador y los directivos de la empresa;
- ◆ la historia de la empresa;
- ◆ la constitución legal de la empresa;
- ◆ la propiedad intelectual concernida;
- ◆ la situación financiera, con declaraciones financieras auditadas respecto a los dos o tres años precedentes;
- ◆ los otros franquiciados de la red;

- ◆ información sobre el contrato de franquicia, como por ejemplo la duración del contrato, condiciones de renovación, rescisión y cesión del contrato; así como
- ◆ información sobre cualesquiera exclusividades.

Debería hacerse notar que aunque no esté sancionado por ley, hay también un deber amplio por parte del futuro sub-franquiciador o franquiciado de relevar toda información relevante al franquiciador, de manera que el franquiciador pueda evaluar si el posible sub-franquiciador o franquiciado cumple o no los requisitos para convertirse en miembro de la red. Este intercambio de información es esencial para la construcción de una relación de confianza entre las partes, que es un requisito previo para el éxito de la empresa.

I. LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

La legislación específica sobre franquicia existe a dos niveles en los Estados Unidos. A nivel federal la Norma sobre Requisitos de la Revelación y Prohibiciones Concernientes a la Franquicia y Empresas de Oportunidad Comercial de la *Federal Trade Commission* (FTC) de 1979 (*Rule on Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures*)¹⁵ regula la información que a un franquiciador se le exige que suministre al posible franquiciado con el fin de proporcionarle todos los elementos necesarios para evaluar la franquicia que se propone adquirir. Se aplica a la franquicia así como a un número de oportunidades comerciales. La Norma de la FTC se aplica en los cincuenta estados y se trata de que proporcione una protección mínima. Por lo tanto se aplica en cualesquiera estados que no hayan adoptado exigencias más rigurosas.

En el ámbito estatal la mayoría de estados no tienen legislación que regule las franquicias. Diecisiete estados han adoptado no obstante legislación exigiendo la revelación. Algunos de estos también exigen el registro del documento de revelación. Otros estados han adoptado legislación que regula aspectos de la relación de franquicia, incluyendo la rescisión. Veintidós estados han adoptado legislación que regula la oferta y venta de una oportunidad comercial y esta legislación podría ser aplicable también a los contratos de franquicia. Debiera hacer notar que además de la legislación anterior existe legislación que es específica para la industria, como por ejemplo la aplicable a las franquicias de venta al por menor y distribución de gasolina.

Según la legislación que regula la relación de franquicia el franquiciador está sujeto a un proceso de registro y examen por los administradores estatales. Este es el caso también según legislación sobre revelación cuando la obligación se impone en el ámbito estatal, pero no si

¹⁵ 16 C.F.R. § 436.

se impone a nivel federal ya que no hay agencia del gobierno federal ante la que presentar el documento de revelación.

La Norma de la FTC, que, como se indicó anteriormente, es una ley sobre revelación, exige a los franquiciadores que proporcionen a los posibles franquiciados un documento con información detallada respecto a:

- ◆ el franquiciador;
- ◆ los directores y agentes ejecutivos del franquiciador;
- ◆ los antecedentes de litigios y quiebras;
- ◆ la franquicia adquirida
- ◆ los pagos iniciales y periódicos;
- ◆ las obligaciones de compra;
- ◆ la financiación;
- ◆ la participación personal requerida;
- ◆ las disposiciones sobre rescisión, cancelación y renovación;
- ◆ las estadísticas sobre el número de franquiciados;
- ◆ la formación;
- ◆ la elección de la sede; y
- ◆ a la información financiera, incluidas declaraciones financieras auditadas¹⁶.

La *North American Securities Administrators Association (NASAA)*¹⁷ ha adoptado una Circular de Oferta de Franquicia Uniforme (en sus siglas en inglés, UFOC) que señala la información que debería suministrarse a los potenciales franquiciados. El formato prescrito varía del de la Norma de la FTC, pero la sustancia es esencialmente la misma. La FTC permite el uso de la UFOC como alternativa al documento básico que ha prescrito en su Norma. La UFOC ha sido aceptada para su uso, con modificaciones menores, en todos los estados que regulan la oferta y venta de franquicias mediante registro y/o revelación¹⁸. En agosto de 1990 la NASAA adoptó una Ley Modelo de Inversión en Franquicia para ser ofrecida a estados y provincias para su promulgación. La Ley Modelo exige a los

¹⁶ Véase *United States*, de P. Zeidman, p. 2, en *Survey of Foreign Laws and Regulations Affecting International Franchising*, 2ª edición, American Bar Association, Chicago, 1990. Para el texto de la Norma de la FTC y guías interpretativas de la misma, véase *Business Franchise Guide*, de la CCH, en ¶ 6080 y ss.

¹⁷ La *North American Securities Administrators Association* incluye entre sus miembros a los administradores provinciales estadounidenses y canadienses. Para el texto de la *Uniform Franchise Offering Circular*, véase *Business Franchise Guide*, de la CCH, en ¶ 5750. La UFOC fue recientemente revisada. La edición revisada fue adoptada por la NASAA el 25 de abril de 1993 y aprobada por la FTC el 30 de diciembre de 1993. Se reproduce en la *Business Franchise Guide*, de la CCH, en ¶ 5900.

¹⁸ Se reproduce en la *Business Franchise Guide*, de la CCH, en ¶ 3700.

franquiciadores que proporcionen un documento de revelación que contenga la información detallada indicada anteriormente. Además exige a las agencias administrativas estatales que revisen y aprueben la información revelada y otra información antes de cualquier oferta de franquicia¹⁹.

II. CANADÁ

En Canadá solamente la provincia de Alberta tiene legislación sobre franquicias. La legislación, que fue considerada como particularmente draconiana, fue modificada recientemente, entrando en vigor una nueva ley sobre revelación de franquicia y sus reglamentos de ejecución el 1 de noviembre de 1995²⁰. La nueva Ley de Franquicias suprime la exigencia del registro contenida en versión previa de la Ley, pero aún exige la revelación previa a la venta. También establece acciones civiles y promueve el autogobierno por la comunidad de franquicias. La adopción reciente del Nuevo Código Civil de la provincia de Quebec, que contiene una amplia definición de los contratos de adhesión en su artículo 1379, ha planteado la cuestión de la aplicabilidad de las disposiciones relativas a los contratos de adhesión a los acuerdos de franquicia²¹. La posibilidad de introducir legislación en la provincia de Ontario también se ha tratado recientemente, pero hasta ahora no se ha desarrollado nada más específico.

III. FRANCIA

En Europa, el primer país en adoptar una legislación relativa a las franquicias fue Francia: el 31 de diciembre de 1989 se adoptó la Ley n° 89-1008, relativa al desarrollo de empresas comerciales y artesanales y a la mejora de su entorno económico, jurídico y social²², el primer artículo de

¹⁹ *Report from America*, de P. Zeidman/A. Loweinger/J. Gilbert, en *Journal of International Franchising and Distribution Law*, 1991, p. 147 y s.

²⁰ Ley de Franquicias, (Capítulo F-17.1), del 17 de mayo de 1995, en vigor el 1 de noviembre de 1995. El texto del Decreto de Franquicias de Alberta y reglamentos de ejecución se reproduce en la *Business Franchise Guide*, de la CCH, en ¶ 7010 y ss.

²¹ El Nuevo Código Civil de Quebec entró en vigor el 1 de enero de 1994. Para una consideración de la aplicabilidad del Código Civil a los contratos de franquicia, véase *The impact of the Civil Code of Quebec on Franchising*, de B. Floriani, *Journal of International Franchising and Distribution Law*, 1995, p. 124 y ss.

²² *Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social*, en *Journal Officiel*, 2 de

la cual es relevante para las franquicias. Es una ley sobre revelación, cuyos detalles fueron posteriormente establecidos en el Decreto del gobierno n° 91-337 de 4 de abril de 1991²³. Se debería hacer notar que esta ley no es específica para la franquicia, pero sin embargo abarca a las franquicias.

IV. ESPAÑA

En España, disposiciones relativas a la franquicia se introdujeron como artículo 62 de la Ley n° 7/1996 relativa al comercio minorista²⁴. También esta disposición se refiere principalmente a la revelación, aunque contiene una exigencia de registro. Al redactar esto, aún no se habían adoptado los reglamentos de ejecución, aunque se estaban discutiendo las propuestas.

V. BRASIL

En Brasil, el 15 de diciembre de 1994 se adoptó una ley relativa a los contratos de franquicia y otras medidas²⁵. Esta ley trata principalmente de la revelación pero contiene disposiciones también sobre otros aspectos de los contratos de franquicia, tales como las cuotas de franquicia y otras cuotas periódicas.

VI. MÉXICO

Un país que ha incluido disposiciones que regulan la franquicia en su ley de la propiedad industrial es México²⁶. Se exige la revelación de información con carácter previo a la venta a los posibles franquiciados, al

enero de 1990. Esta ley se conoce más comúnmente como la *Loi Doubin* por el ministro que la presentó.

²³ *Décret n° 91-337 du 4 avril 1991 portant application de l'article 1er de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social*, en *Journal Officiel*, 6 de abril de 1991 (se publicó una corrección al Decreto en el *Journal Officiel* de 4 de mayo de 1991).

²⁴ Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, Boletín Oficial del Estado, número 15 de 17 de enero de 1996

²⁵ *Lei n. 8.955 de 15 de dezembro de 1994 - Dispoe sobre o acuerdo de franquia empresarial ("franchising"), e dá outras providências*. Entró en vigor sesenta días después de su publicación oficial.

²⁶ *Ley de la Propiedad Industrial*, en *Diario Oficial*, 27 de junio de 1991, en vigor desde el 28 de junio de 1991. Las secciones relevantes de esta ley se reproducen en la *Business Franchise Guide*, de la CCH, en ¶ 7210, en una traducción inglesa del personal de la CCH y la Oficina en Monterrey de la firma legal de Brownstein Zeidman and Schomer, Washington, D.C.

igual que la presentación de información acerca del franquiciador y el registro de la transmisión de derechos de marca al franquiciado. Los tan esperados reglamentos de ejecución de estas disposiciones y de especificación con más detalle de las exigencias exactas de la revelación fueron adoptados en noviembre de 1994²⁷.

VII. INDONESIA

El 18 de junio de 1997, el Gobierno indonesio promulgó el Reglamento gubernamental n° 16/1997, que se refiere específicamente a la franquicia. Este Reglamento exige la revelación y el registro tanto del contrato de franquicia como de la información revelada ante el Ministerio de Industria y Comercio. Se esperan los reglamentos de ejecución, pero hasta la fecha no han sido promulgados.

VIII. JAPÓN

Un deber general de revelación está previsto en la Ley de Promoción de la Pequeña y Mediana Empresa Minorista de 1973²⁸. La ley fue puesta en práctica mediante el Reglamento de ejecución de la Ley de Promoción de la Pequeña y Mediana Empresa Minorista²⁹ y es administrada por el Ministerio de Comercio Internacional e Industria (en sus siglas en inglés, MITI). La Ley no es específica para la franquicia, de hecho, sólo los artículos 11 y 12 son de relevancia para las franquicias, regulando el resto de la Ley el modo en que asignan los subsidios del Gobierno a los pequeños y medianos minoristas. También se debería hacer notar que, como es evidente por su título, la Ley es de relevancia sólo para la franquicia minorista. Otros tipos de franquicias se encuentran por consiguiente excluidos de su esfera de aplicación.

IX. LA REPÚBLICA DE COREA

El 7 de abril de 1997, la Comisión de Comercio Justo de Corea adoptó el Aviso n° 1997-4 que contiene criterios acerca de lo que constituye actos de comercio desleal en el negocio de la franquicia. Este Aviso establece un deber general de revelación, pero también trata de la relación comercial misma.

²⁷ *Reglamento de Ley de la Propiedad Industrial*, en *Diario Oficial*, 23 de noviembre de 1994. Este Reglamento entró en vigor el 8 de diciembre de 1994. Para una traducción inglesa, véase la *Business Franchise Guide*, de la CCH, en ¶ 7215.

²⁸ Ley n° 101 de 1973.

²⁹ Reglamento del MITI n° 100 de 1973.

X. LA FEDERACIÓN RUSA

La legislación adoptada en Rusia no regula la revelación, pero se propone en cambio regular ciertos aspectos de la relación entre las partes. Las disposiciones están contenidas en el Capítulo 54 del nuevo Código Civil ruso (Parte 2, artículos 1027 - 1040) que entró en vigor el 1 de marzo de 1996. El Capítulo 54 no se refiere realmente a las franquicias en el texto, sino solamente a las "Concesiones Comerciales". Las descripciones de aspectos de la relación que las disposiciones pretenden regular están sin embargo claramente referidas a las franquicias y de hecho los comentarios publicados se refieren explícitamente a las franquicias. Las disposiciones *inter alia* tratan de la forma y registro del contrato, sub-concesiones, las obligaciones de las partes y las consecuencias de la rescisión de los derechos exclusivos concedidos en el contrato.

XI. AUSTRALIA

En Australia, en 1986 un intento de legislar se encontró con la oposición de todos los sectores implicados. En diciembre de 1990 el Ministro para la Pequeña Empresa y Aduanas nombró un Grupo de Trabajo sobre la Franquicia para examinar y proponer mecanismos para la reducción de barreras e impedimentos a la eficacia y crecimiento del sector de la franquicia. El mandato del Grupo de Trabajo era examinar e informar sobre el potencial de códigos auto-normativos para contrarrestar el fracaso comercial en la franquicia, centrándose en la franquicia de formato comercial, y recomendar las medidas mediante las que industria y Gobierno pudieran aumentar la eficacia y el crecimiento del sector de la franquicia.

El resultado del trabajo del Grupo fue el desarrollo de un Código de Práctica de la Franquicia³⁰ voluntario y auto-normativo aplicable a franquiciadores (incluidos sub-franquiciadores), franquiciados, proveedores de servicios (incluidas instituciones bancarias y financieras que presten apoyo económico en relación con la franquicia a franquiciadores y franquiciados y editores o publicistas que acepten trabajar y realizar publicidad con el fin de vender o promover sistemas de franquicia), asesores (personas, firmas o asociaciones como por ejemplo abogados, contables, consultores de mercadotecnia o gestión y agentes comerciales que presten consejo a franquiciadores y franquiciados) y Pequeñas Corporaciones Comerciales Estatales. El Código establece y regula:

- ◆ la revelación previa;

³⁰ Véase *Report by the Franchising Task Force To the Minister for Small Business and Customs The Hon. David Beddall M.P.*, diciembre de 1991, Recomendación 6.

- ◆ la certificación por los franquiciados de la recepción del documento de revelación, de una Guía para franquiciados (*Guide for franchisees*) y de una copia del Código de Práctica;
- ◆ los periodos de reflexión para los franquiciados dentro de los cuales pueden rescindir el contrato de franquicia;
- ◆ las conductas desmedidas;
- ◆ la resolución alternativa de conflictos; y
- ◆ contiene la exigencia para el franquiciado de que se le identifique como franquiciado.

Se debe hacer notar que el Código no se aplica a acuerdos de franquicia principal entre un franquiciador extranjero y un franquiciado nacional.

El Ministro para Aduanas y la Pequeña Empresa revisó el funcionamiento del Código en 1994. El informe fue acabado en octubre de 1994 y publicado algún tiempo después³¹. La publicación de este informe causó un renovado debate en cuanto a la necesidad de introducir legislación para la franquicia. La razón para esto fue el descubrimiento de que entre el 40% y 50% de los franquiciadores habían elegido no registrarse conforme al Código, de manera muy importante la industria del vehículo de motor y áreas significativas del sector inmobiliario. Además, algunos bancos importantes no se habían registrado como proveedores de servicios. Otros descubrimientos del Revisor fueron que hubo un número importante de franquiciadores no-registrados que no revelaron la información adecuada, que no ofrecieron un periodo de reflexión para nuevos contratos de franquicia y que no observaron los estándares de conducta contenidos en el Código. Algunas recomendaciones fueron propuestas por el Revisor y extensamente debatidas.

Para administrar el Código un Consejo del Código de Franquicia había sido establecido a principios de 1993 con fondos iniciales del Departamento de Industria, Ciencia y Tecnología. El Consejo constaba de cinco representantes de los franquiciadores, cinco representantes de los franquiciados, dos miembros que representaban a los proveedores de servicios y los asesores y un representante de los abogados. Siguiendo una decisión por parte del Departamento de Industria, Ciencia y Tecnología de suspender los fondos a partir de 1997/98, el Consejo dejó de funcionar el 31 de diciembre de 1996.

La situación de las franquicias fue revisada por la Comisión Permanente de Industria, Ciencia y Tecnología de la Cámara de Representantes en su examen del comportamiento de los negocios. En su informe el Comité llegó a la conclusión de que la auto-regulación no había

³¹ *Review of the Franchising Code of Practice, Report to Senator the Hon. Chris Schacht Minister for Small Business, Customs and Construction*, Servicio Editorial del Gobierno Australiano, Canberra, octubre de 1994.

funcionado y que era necesario respaldar los códigos de conducta con legislación³². Esta información impulsó al Gobierno australiano a adoptar un Código de Conducta de la Franquicia³³ obligatorio y a respaldarlo mediante modificaciones a la Ley de Prácticas Comerciales (Cth) de 1974. Las disposiciones del Código, las más significativas de las cuales son aquellas que se refieren a la revelación, se basan en el Código de Práctica voluntario³⁴. La conformidad con el Código de Conducta de la Franquicia pasó a ser obligatoria el 1 de julio de 1998.

C. LA UNIÓN EUROPEA Y LA FRANQUICIA³⁵

La Unión Europea ha limitado hasta la fecha sus actividades en relación con la franquicia al campo del Derecho de la competencia. El examen de la franquicia dentro de las Comunidades empezó con la decisión del Tribunal de Justicia Europeo en el caso de Pronuptia de París GmbH (Frankfurt am Main) y Pronuptia de París Irmgard Schillgalis (Hamburgo)³⁶. El caso se remitió al Tribunal de Justicia conforme al artículo 177 del Tratado de la CEE por el Tribunal Federal de Justicia alemán para una decisión preliminar sobre la interpretación del artículo 85 del Tratado de la CEE y el Reglamento de la Comisión n° 67/67/CEE de 22 de marzo de 1967, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de distribución exclusiva. Concernía a la obligación del franquiciado de pagar al franquiciador los atrasos de las cuotas. El Tribunal llegó a una serie de conclusiones de aplicabilidad general en su discusión del caso Pronuptia. *Inter alia*, el Tribunal admitió que el franquiciador debe estar en situación de proteger ciertos intereses vitales para el negocio y para la identidad de la red (por ejemplo el *know-how*, aunque las disposiciones deben ser esenciales para este propósito. Sin embargo, ciertas categorías de cláusulas que limitan las actividades del franquiciado (por ejemplo las cláusulas de determinación del precio) no se consideraron aceptables por el Tribunal.

³² *Finding a Balance - Towards fair trading in Australia*, Informe de la Comisión Permanente de Industria, Ciencia y Tecnología de la Cámara de Representantes, Servicio Editorial del Gobierno Australiano, Canberra, mayo de 1977, p. 114 y Recomendación en p. 120.

³³ Véase *Franchising Code of Conduct*, Commonwealth of Australia, 1998.

³⁴ Véase *Reform in the Australian Franchising Sector*, de J. Darbyshire, en *Journal of International Franchising and Distribution Law*, 1997, p. 96 y ss.

³⁵ Para un examen de la regulación de la franquicia en la UE, véase *Franchising and the EEC Competition Rules Regulation 4087/88*, de V. Korah, Oxford, 1989, y *Franchising and the Block Exemption Regulation*, de M. Mendelsohn/B. Harris, Londres, 1991.

³⁶ Asunto 161/84 de 28 de enero de 1986.

Siguiendo la decisión Pronuptia, la Comisión de las Comunidades Europeas ha emitido cinco Decisiones sobre casos de franquicia³⁷ y ha adoptado un Reglamento de exención global para la franquicia³⁸.

El Reglamento de exención global identifica diferentes categorías de acuerdos de franquicia (franquicias industriales, franquicias de distribución y franquicias de servicio), especificando que cubre "[...] acuerdos de franquicia entre dos empresas, el franquiciador y el franquiciado, relativos a la venta al por menor de productos o a la prestación de servicios a los usuarios finales o a la combinación de estas dos actividades, tal como el tratamiento o la adaptación de productos para responder a las necesidades específicas de sus clientes; también cubre los casos en que la relación entre franquiciador y franquiciados se realiza por mediación de un tercero, el franquiciado principal. No cubre los acuerdos de franquicia al por mayor por falta de experiencia de la Comisión en ese campo"³⁹.

El texto del Reglamento además proporciona lo que dentro de las Comunidades ha llegado a considerarse como una definición más o menos estándar de franquicia, cuando afirma que "a los efectos del presente Reglamento se entenderá por: "(a) "franquicia" un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, *know-how* o patentes, que deberán explotarse para la reventa de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales; (b) "acuerdo de franquicia", el acuerdo en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a la otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios y que comprende por lo menos: - el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transportes objeto del contrato, - la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un *know-how*, y - la prestación continua

³⁷ Decisión 87/14/CEE, Yves Rocher, de 17 de diciembre de 1986 (DOCE L 8/49 de 10 de enero de 1987); Decisión 87/17/CEE, Pronuptia, de 17 de diciembre de 1986 (DOCE L 13/39 de 15 de enero de 1987); Decisión 87/407, Computerland, de 13 de julio de 1987 (DOCE L 222/12 de 10 de agosto de 1987); Decisión 88/604 ServiceMaster, de 20 de agosto de 1988 (DOCE L 332/38 de 3 de diciembre de 1988) y Decisión 89/94/CEE, Charles Jourdan, de 2 de diciembre de 1988 (DOCE L 35/31 de 7 de enero de 1989).

³⁸ Reglamento (CEE) n° 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia, en DOCE L 359/46 de 28 de diciembre de 1988.

³⁹ Marginal (5).

por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo [...]"⁴⁰.

El Reglamento indica a qué restricciones de la competencia se aplicará la exención⁴¹, a cuáles se aplicará a pesar de la presencia de ciertas obligaciones⁴², a cuáles se aplicará bajo ciertas condiciones⁴³ y a cuáles no se aplicará⁴⁴. El Reglamento también prevé un procedimiento de oposición, ya que establece que la exención también se aplicará a acuerdos de franquicia que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 4 e incluyan obligaciones restrictivas de la competencia que no

⁴⁰ Artículo 1(3)(a) 7 (b) La Federación Europea de la Franquicia ha adoptado en su Código de Deontología una definición de franquicia que es conforme con la definición del Reglamento, de hecho fue preparada en conferencia con la Comisión. Esta definición indica que: "[l]a franquicia es un sistema de comercialización de productos y/o servicios y/o tecnologías, basada en una estrecha y continua colaboración entre empresas jurídicas y financieramente distintas e independientes, el Franquiciador y sus Franquiciadores, en el que el Franquiciador dispone el derecho e impone a sus Franquiciados la obligación de explotar una empresa de acuerdo con sus conceptos. El derecho así concedido autoriza y obliga al Franquiciado, a cambio de una aportación económica, directa o indirecta, a utilizar la marca de productos y/o servicios, el "know-how" (saber hacer) y otros derechos de propiedad intelectual, ayudado por la continua asistencia comercial y/o técnica, en le marco de un contrato de Franquicia escrito suscrito por las partes a este efecto". En el anexo se precisa que: "[e]l "saber hacer" es un conjunto de informaciones prácticas, no patentadas, que resultan de la experiencia del Franquiciador previamente testadas por él mismo. Es secreto, sustancial e identificable". La noción de "secreto" significa que el "know-how" (saber hacer), en su conjunto o en el de sus componentes, no es generalmente conocido ni fácilmente accesible: esto no implica el desconocimiento total de cada uno de sus componentes individuales o la imposibilidad de obtenerlos fuera de las relaciones con el Franquiciador. "Sustancial" significa que el "saber hacer" debe incluir información importante para la venta de los productos o la prestación de servicios a los usuarios finales y, especialmente, para la presentación de los productos en relación con la prestación de servicios, las relaciones con la clientela y la gestión administrativa y financiera; [...] "Identificable", significa que el "know-how" (saber hacer) debe describirse de forma tan completa que permita la verificación de que cumple con las condiciones de secreto y sustancialidad". El know-how (saber hacer) debe ser para el Franquiciado, siendo susceptible, en la fecha de terminación del contrato, de mejorar la posición competencial del Franquiciado, en particular, mejorando sus resultados o ayudando a la entrada de un nuevo mercado.

⁴¹ Artículo 2.

⁴² Artículo 3.

⁴³ Artículo 4.

⁴⁴ Artículo 5.

estén cubiertas por los artículos 2 y 3 (3) y no entren dentro del ámbito del artículo 5, a condición de que los contratos en cuestión se notifiquen a la Comisión y la Comisión no oponga tal exención en seis meses⁴⁵.

El Reglamento entró en vigor el 1 de febrero de 1989, y permanecerá en vigor hasta el 31 de diciembre de 1999. Las discusiones para su renovación, y para la introducción de posibles modificaciones, ya han comenzado, tomando parte activa los abogados de franquicia y las asociaciones de franquicia.

La Comisión también está en el proceso de renovación de su política de competencia. En enero de 1997, publicó el Libro verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria⁴⁶ en el que examina la estructura de distribución de la Comunidad, hace un análisis económico de las restricciones verticales y el mercado único, examina los procedimientos comunitarios actuales y su marco institucional, las normas vigentes para las restricciones verticales y las ventajas del sistema actual, compara el Derecho comunitario con el Derecho de Estados miembros y terceros países aplicable a las restricciones verticales, verifica los resultados de la investigación y ofrece opciones respecto al derecho de competencia para el futuro. Los contratos de franquicia así como el Reglamento y su funcionamiento también se examinan en el Libro Verde.

D. REGULACIÓN VOLUNTARIA DE LA FRANQUICIA

Algunas asociaciones de franquicia, tanto nacionales como internacionales, han adoptado Códigos de deontología que tratan de regular la conducta de sus miembros. Estos Códigos de deontología a menudo tratan de la revelación, aunque de manera más breve: en general establecen que a los futuros franquiciados se les ha de proporcionar una información exacta y completa, pero no contienen disposiciones detalladas en cuanto a qué ha de entenderse por ello.

I. EL CÓDIGO DE DEONTOLOGÍA DE LA FEDERACIÓN EUROPEA DE LA FRANQUICIA

El Código de deontología europeo para la Franquicia adoptado por la Federación Europea de la Franquicia (en sus siglas en inglés, EFF), una federación de asociaciones nacionales de franquicia de Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Holanda, Hungría, Italia, Portugal y el Reino Unido, establece que "con el fin de que el futuro Franquiciado pueda comprometerse con pleno conocimiento de causa, el Franquiciado

⁴⁵ Artículo 6.

⁴⁶ COM(96) 721.

proporcionará una copia del presente Código de Deontología, así como de una información completa y por escrito respecto a las cláusulas del contrato de Franquicia, en un plazo razonable antes de la firma del contrato"⁴⁷. La EFF está en el proceso de establecer pautas acerca de cómo debería interpretarse esta referencia a la revelación. El Código además establece una obligación general de que "la publicidad para el reclutamiento de los Franquiciados debe estar desprovista de toda ambigüedad y de informaciones engañosas"⁴⁸, especificando que "[T]odo documento publicitario en el que aparezcan directa o indirectamente resultados financieros provisionales de Franquiciado deberá ser objetivo y verificable!": El Código europeo es aplicable a los miembros de las asociaciones nacionales que sean miembros de la EFF.

II. CÓDIGOS DE DEONTOLOGÍA DE LAS ASOCIACIONES NACIONALES DE FRANQUICIA

Además del Código europeo que ha adoptado como miembro de la EFF, la *British Franchise Association* (Asociación Británica de la Franquicia, *BFA*) ha adoptado una Extensión e Interpretación del Código que contiene indicaciones adicionales sobre su aplicación y sobre cómo deberían ser entendidos algunos de sus términos. En lo que respecta a la revelación, esta Extensión e Interpretación establece que la objetividad de la literatura de reclutamiento (Cláusula 3.2) se refiere específicamente al material públicamente disponible. Se reconoce que al discutir proyectos comerciales individuales con los Franquiciados, los Franquiciadores se comprometen invariablemente a realizar suposiciones que sólo pueden comprobarse con el paso del tiempo⁴⁹.

En octubre de 1994 la Asociación Italiana de la Franquicia (*Assofranchising*) adoptó Reglamentos internos integrando el Código Europeo. Estos Reglamentos entraron en vigor el 1 de enero de 1995.

El Código de Principios y Parámetros de Conducta (*Code of Principles and Standards of Conduct*) de la *International Franchise Association* Americana establece que las relaciones de franquicia deberían *establecerse* mediante la entrega de claros y completos documentos de revelación, como se exija por ley, y por contratos de franquicia claros y no ambiguos⁵⁰. Esta obligación general es reiterada además en el Código, donde se establece que en la publicidad y concesión de franquicias, un franquiciador deberá cumplir con todas las leyes y reglamentos aplicables.

⁴⁷ Cláusula 3.3.

⁴⁸ Cláusula 3.1.

⁴⁹ Cláusula 2.

⁵⁰ Sección III. Cláusula 1, párr. 2.

Los documentos de revelación deberán cumplir con todas las exigencias legales aplicables⁵¹ y todos los asuntos esenciales para la concesión de una franquicia estarán contenidos o se hará referencia a ellos en uno o más documentos escritos, que deberán señalar claramente los términos de la relación y los respectivos derechos y obligaciones de las partes. Los documentos de revelación deberán ser proporcionados al futuro franquiciado sobre una base oportuna tal como lo exija la ley⁵². En este caso por lo tanto uno tiene que volverse hacia la legislación de franquicia para tener una idea más clara de lo exigido en cuanto a la revelación. Se debería hacer notar sin embargo que este Código de Principios es aplicable solamente a las actividades nacionales de los miembros de la IFA.

La Asociación de Franquicia de Sudáfrica (en sus siglas en inglés, FASA) ha adoptado un Código de Deontología y Prácticas Comerciales (*Code of Ethics and Business Practices*) que en su apéndice 1 da detalles sobre el documento de revelación exigido. Debería hacerse notar que la información que debería revelarse de acuerdo con este Código es considerablemente más detallada que la requerida por el Código Europeo. El Código también pide equidad en las negociaciones entre franquiciadores y sus franquiciados⁵³ y que se realicen todos los esfuerzos por parte del franquiciador para resolver las quejas, agravios y conflictos con sus franquiciados con buena fe y buena voluntad mediante una comunicación directa justa y razonable y negociación, en defecto de lo cual debería tenerse en consideración la mediación o el arbitraje⁵⁴.

De los otros Códigos de deontología o Práctica que se han adoptado se puede hacer mención del adoptado por la Asociación de Franquicia Canadiense (CFA), la Asociación de Franquicia de Nueva Zelanda (FANZ), la Asociación de Franquicia Filipina (PFA), la Asociación de Franquicia Internacional de Singapur (SIFA) y la Asociación de Franquicia de Hong Kong (HKFA). De éstos el Código de Deontología de la Asociación de Franquicia de Hong Kong es de particular interés, ya que no sólo contiene disposiciones de aplicabilidad general, también contiene disposiciones que se refieren específicamente al franquiciador, otras que se refieren al franquiciado y otras que se refieren a los consultores de franquicia. Un punto de interés es el hecho de que al franquiciado se le exige que revele de manera completa y franca toda la información considerada esencial para facilitar la selección del Franquiciador de un franquiciado apropiado para el negocio de franquicia⁵⁵.

⁵¹ Sección V. Cláusula 1, párr. 2, primer sub-párrafo.

⁵² Sección V. Cláusula 1, párr. 2, segundo sub-párrafo.

⁵³ Cláusula 15.

⁵⁴ Cláusula 17.

⁵⁵ Cláusula 19.

[<Volver al Índice>](#)

ÍNDICE ANALÍTICO

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) <i>ver</i> Propiedad Intelectual		Asociación de Franquicia de Hong Kong (HKFA) Código de deontología,	283
Acuerdos de confidencialidad <i>ver</i> Documentos Accesorios		Asociación de Franquicia de Nueva Zelanda (FANZ) Código de deontología,	283
Acuerdos de franquicia principal descripción de,	3	Asociación de Franquicia de Sudáfrica (FASA) Código de deontología,	283
estructura a tres niveles de,	41 - 44,	Asociación de Franquicia Filipina (PFA) Código de deontología,	283
	86	Asociación de Franquicia Internacional de Singapur (SIFA) Código de deontología,	283
consecución de,	86	Asociación Italiana de la Franquicia (Assofranchising) Reglamentos internos integrando el Código de deontología de la EFF,	282
inter-dependencia de los tres niveles,	41	Asociaciones de franquicia <i>ver</i> Asociación Británica de la Franquicia Asociación de Franquicia Canadiense Asociación de Franquicia de Hong Kong Asociación de Franquicia de Nueva Zelanda Asociación de Franquicia de Sudáfrica Asociación de Franquicia Filipina Asociación de Franquicia Internacional de Singapur Asociación Italiana de la Franquicia Federación Europea de la Franquicia <i>International Franchise Association</i>	
Acuerdos de no-competencia <i>ver</i> Documentos accesorios			
ADPIC <i>ver</i> Propiedad intelectual			
Arbitraje <i>ver</i> Resolución de conflictos			
Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas, (1891) <i>ver</i> Propiedad intelectual			
Asociación Americana de Arbitraje,	210 -211		
Asociación Británica de la Franquicia (British Franchise Association - BFA)	251		
Extensión e Interpretación del Código de deontología de la EFF,	282		
Asociación de Franquicia Canadiense (CFA) Código de deontología,	283		

Australia

- Código de Conducta de la Franquicia, 278
- Código de Práctica de la Franquicia, 256, 276 – 277, 278
 - review de, 256, 276 - 277
- Comisión Permanente de Industria, Ciencia y Tecnología, 277
 - Finding a Balance - Towards Fair Trading in Australia*, Reporte de la, 277
- Consejo del Código de Franquicia, 277
- Grupo de Trabajo sobre la Franquicia, 276
- Ley de Prácticas Comerciales, 278
- relevancia económica de la franquicia en,
 - ver Franquicia, relevancia económica de

Brasil

- Ley n. 8955 de 1994 relativa a los contratos de franquicia y otras medidas, 274
- relevancia económica de la franquicia en,
 - ver Franquicia, relevancia económica de

Cámara de Comercio Internacional (ICC)

- Anteproyecto de contrato modelo para la franquicia xxxiii
- Reglas de arbitraje de la CCI – Reglas de conciliación facultativa de la CCI,

Cambios en el sistema de franquicia

- ver Sistema de franquicia, cambios en el

Canadá

- Ley de Franquicias de la provincia de Alberta, 273
- relevancia económica de la franquicia en,
 - ver Franquicia, relevancia económica de

Centro Australiano de Arbitraje Comercial Internacional, 211**CISG**

- ver Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

Cláusulas de contrato completo, 213 - 214**Cláusulas de no-competencia, 133****Cláusulas relativas a la separabilidad, 212 - 213****CNUDMI - UNCITRAL**

- ver Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI - UNCITRAL)

- Reglamento de Conciliación, 201
- Reglas de Arbitraje, 211

Comunidades Europeas

- Decisión de la Comisión 87/14/EEC, Yves Rocher, 279 n.37
- Decisión de la Comisión 87/17/EEC, Pronuptia, 201 -202 279 n.37
- Decisión de la Comisión 87/407/EEC, Computerland, 279 n.37
- Decisión de la Comisión 88/604/EEC, ServiceMaster, 279 n.37
- Decisión de la Comisión 89/94/EEC, Charles Jourdan, 279 n.37
- Directiva del Consejo Europeo 86/653 de 18 de diciembre de 1986 sobre la Coordinación de las leyes de los Estados Miembros relativas a los agentes comerciales autónomos, 9

Directiva 94/64/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria,	269	cambios subsiguientes,	33
Libro verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria,	281	naturaleza del,	
Primera directiva 89/104 del Consejo de 21 de diciembre de 1988 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas,	129, 129 n. 24	cláusulas relativas a la,	218
<i>Pronuptia</i> de Paris GmbH v. <i>Pronuptia</i> de Paris Irmgard Schillgallis (Hamburgo),	278	preámbulo del,	219 - 220
Reglamento (CE) n° 40/94 del Consejo de 20 de diciembre 1993 sobre la marca comunitaria,	129 n.23	versión reducida de un contrato de franquicia principal,	12
Reglamento de la Comisión Europea 4087/88 de 30 noviembre 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia (Reglamento de exención global para la franquicia),	78, 114, 278 - 281	<i>ver también Franquicias</i>	
definición de <i>know-how</i> en,	133	Contratos de franquicia de unidad, 37 - 38	
Tratado de Roma (1957),	113	adaptación de,	87
Consejo de Desarrollo Comercial de Singapur		<i>ver también</i> Contratos de sub-franquicia	
<i>Franchising in Asia-Pacific,</i>	252	Contrato de franquicia principal	
Contrato de franquicia		descripción de,	2 - 3
contrato de franquicia de unidad,		herramienta para reproducir el concepto de franquicia del franquiciador,	87
<i>ver entrada separada</i>		otorgamiento de derechos en,	34
contrato de sub-franquicia,		exclusividad,	39
<i>ver entrada separada</i>		marcas,	36 - 37
contrato modelo nacional,	42	limitación de derechos de marca,	38
franquicia principal,	2 - 3	sistema,	35 - 36
modificación del,	31 - 33	territorio,	38
adaptamiento a las condiciones nacionales,	31 - 32	renovación de,	
		adopción del contrato vigente en el caso de,	49 - 50
		condiciones de,	48 - 50
		negociaciones para,	50
		rescisión de,	6 - 7
		término del,	47 - 48
		términos cortos,	48
		términos largos,	47 - 48
		<i>ver también</i> Incumplimiento	
		Contratos	
		de agencia comercial,	8 - 9
		de desarrollo,	13 - 14
		de distribución,	9 - 10
		de licencia,	10 - 11
		de licencia esquemáticos (" <i>bare bones licence</i> "),	12
		de representación territorial,	14 - 15
		de suministro,	

- disposición de indemnización, 115
separado, 115 - 116
ver también Servicios
- híbrido de franquicia/licencia, 12
- joint venture*, 12, 232 - 233
legislación su, 269
- transferencia de tecnología, 11
ver también Contrato de franquicia
Franquicias
- Contratos de sub-franquicia**
- adaptaciones de, 87, 89
como herramienta para reproducir el
concepto del franquiciador, 87
- conformidad con las leyes del país
anfitrión, 93
- control del franquiciador sobre
modificaciones a, 87
- efectos de la rescisión del contrato de
franquicia principal sobre, 6 - 7, 92
- ejecución de, 93 - 94
- obligaciones de información en, 83
- otorgamiento de,
a posibles sub-franquiciados
identificados por el franquiciador,
43
- prescripción de disposiciones
específicas, 90 - 92
- prescripción de una estructura
específica por, 90 - 92
- redacción de, 88
contrato tipo 88
control por parte del franquiciador
sobre la redacción de, 87 - 88
- traducción de, 88
ver también Contratos de franquicia de
unidad
- Convención de las Naciones Unidas sobre
los Contratos de Compraventa
Internacional de Mercaderías (CISG)
(Viena, 1980), 116, 199 – 200, 229**
- Convención Interamericana sobre el
Derecho Aplicable a los Contratos
Internacionales (México, 1994)**
- ver* Derecho aplicable
- Convenio de Berna de 1886 para la
Protección de Obras Literarias y
Artísticas**
ver Propiedad intelectual
- Convenio de 1958 de las Naciones
Unidas sobre el Reconocimiento y la
Ejecución de la Sentencias Arbitrales
Extranjeras (Nueva York, 1958),**
ver Resolución de conflictos, arbitraje
- Convenio de París para la Protección de
la Propiedad Industrial(1883)**
ver Propiedad intelectual
- Convenio relativo a la competencia
judicial y a la ejecución de resoluciones
judiciales en materia civil y mercantil
(Bruselas, 1968 / Lugano, 1988),**
ver Derecho aplicable
- Convenio sobre la Ley Aplicable a las
Obligaciones Contractuales (Roma,
1980),**
ver Derecho aplicable
- Convenios de no competir**
ver Cláusulas de no-competencia
- Corte de Londres de Arbitraje
Internacional, 211**
- Corte Internacional de Arbitraje de la
Cámara de Comercio Internacional,211**
- Cuotas**
- cuotas de publicidad,
retención fiscal y, 62
- cuotas iniciales pagadas para el sub-
franquiciado, 56 - 57, 58
- cuotas iniciales pagadas para el sub-
franquiciador, 51 - 54
consideraciones fiscales y, 61

factores da tenerse en cuenta en el calculo de,	52 - 53	Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas, 1968 / Lugano, 1988),	206 - 207 208
cuotas periódicas (regalías), adaptación del sistema y,	64	Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Roma, 1980),	196
calculo de,	54 - 55, 59	derecho uniforme internacional,	
como fuente de ingresos para publicidad,	102	efectos del,	199 - 200
consideraciones fiscales y,	61 - 62	elección del,	196 - 198
controles de cambio y de pago de,	60 - 61	obligatoriedad de la elección,	198
ingresos de,	110	Derechos	
moneda de,	60 - 61	cesión de,	
pagadas para el sub-franquiado,		ver transferencia de,	
calculo de,	56 - 57	otorgamiento de,	35 - 41
responsabilidad del sub-franquiador para el pago de,	59 - 60	cláusula de otorgamiento,	37
pagadas para el sub-franquiador,	54 - 55	definición de territorio,	38
disposiciones "de pago completo" y,	61 - 62	derechos exclusivos especificados en,	40
métodos para la realización del pago,	59 - 61	en contratos de franquicia principal, ver Contratos de franquicia principal	
distribución de ingresos de,	7 - 8	licenciar los activos,	37
estructuración de,	53	derecho exclusivo del sub-franquiador a los activos licenciados,	41
incrementos en el precio de los productos,	57 - 58	retención de,	
efecto de impuestos a la importación,	58	ver Franquiador, derechos	
posibilidad de conflicto con el Derecho de la competencia,	58	transferencia de,	159 - 166
ingresos continuos ver cuotas periódicas		circunstancias que dan lugar a,	160 - 162
pago de productores o proveedores,	58 - 59	deseo de terminar la relación,	161 - 162
Daños,	219	incapacidad o muerte,	161
Derecho aplicable,	195 - 200	insolvencia,	161
Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994),	196	reestructuración interna,	160 - 161
conveniencia de hacer una elección	195 - 196	condiciones para permitir,	164 - 166
		derecho del franquiciador a,	163
		derecho del sub-franquiador a,	162
		derecho del tanto del franquiciador,	166

disposiciones del contrato que regulan,	160	
restringidas,	163 - 164	
venta de,		
ver transferencia de,		
Derechos cumulativos,	219	Elección del foro
Derechos de autor ver Propiedad intelectual		
Disposiciones sobre notificación,	219	en contratos de sub-franquicia, 95 - 96 <i>ver también</i> Resolución de conflictos
Documentos Accesorios, 25 - 26, 222 - 235		Equipo
descripción de,	222 - 224	
ejemplos de,		contrato de suministro,
acuerdos de confidencialidad,	223, 225 - 226	disposición de indemnización, 115 separado, 115 - 116
acuerdos de no-competencia,	223, 226 - 227	disposiciones de suministro,
cartas de intenciones,	231 - 232	la relación franquiciador/sub-franquiciador y, 111 - 112
contratos de compra e arrendamiento de equipo,	230	esencial para la operación del sistema, 108, 109
contratos de <i>joint venture</i> ,	232 - 233	proveedores aprobados, 110, 117
contratos de licencia de marca,	234 - 234	suministro de, 107
contratos de licencia de "software",	230 - 231	disposiciones contractuales por, 114 - 115
contratos de rescisión,	228	fuentes de, 109 - 110, 111
contratos de suministro,	229	ingresos de, 110
contratos de transferencia,	228	España
contratos de usuario registrado,	235	
contratos que evidencian arreglos de financiación,	233 - 234	Ley n° 7/1996 relativa al comercio minorista, 274
contratos sobre los métodos de pago,	233	Estados Unidos de América
garantía e indemnización,	227 - 228	
liberación,	228 - 229	Comisión de Comercio Internacional, <i>Industry and Trade Summary on Franchising</i> , 251 - 253
propósitos de,	224	Derecho <i>antitrust</i> , 113
Elección de derecho		Ley Uniforme de Reconocimiento de Sentencias Monetarias Extranjeras (UFMJRA), 209
en contratos de sub-franquicia, 95 - 96 <i>ver también</i> derecho aplicable		Norma sobre Requisitos de la Revelación y Prohibiciones Concernientes a la Franquicia y Empresas de Oportunidad Comercial (<i>Federal Trade Commission Rule on Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures</i>), 271 - 272
		Propuesta Ley Federal de Prácticas de Franquicia Leal, H.R. 1717, 221 n. 6
		Relevancia económica de la franquicia en,

ver Franquicia, relevancia económica de

European Franchise Survey, 251

Excesiva onerosidad, 215 - 217
Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, 216 - 217

Exigencias de permisos
ver Exigencias normativas

Exigencias normativas, 236 - 242
aprobación previa por una autoridad gubernamental, 237
exigencias del negocio específico 240
licencias de exportación, 239
licencias de importación, 239
obligación a obtener permisos, 240 - 242
permisos requeridos para empleados extranjeros, 239
permisos requeridos para los elementos extranjeros, 238 - 239
registro de agentes, 239
registros apropiados, 237 - 238
restricciones a la exportación de ganancias y divisa, 240
retenciones impositivas, 240

Federación Europea de la Franquicia (EFF), 251
Código de deontología, 280 n. 40, 281 - 282

Federación Rusa
Código Civil, 276

Formación
ver Franquiciador, obligaciones de
ver Sub-franquiciador, obligaciones de

Franchising in Asia-Pacific
ver Consejo de Desarrollo Comercial de Singapur

Francia

Decreto n° 91-337 de 4 de abril de 1991 de implementación de la Ley n° 89-1008 relativa al desarrollo de empresas comerciales y artesanales y a la mejora de su entorno económico, jurídico y social, 274
Ley n° 89-1008 relativa al desarrollo de empresas comerciales y artesanales y a la mejora de su entorno económico, jurídico y social (*Loi Doubin*), 273
relevancia económica de la franquicia en,
ver Franquicia, relevancia económica de

Franquicia

beneficios para la economía nacional de, 255 - 259
índices de fracaso inferiores, 257
oportunidades de empleo, 256
Australia, 256
Estados Unidos, 256
Reino Unido, 256
uso para los países en desarrollo y las economías en transición, 257 - 259
Hungria, 258 - 259
Polonia, 258
República Checa, 258
desventajas para el franquiciado, 248 - 249
desventajas para el franquiciador, 250
diferentes formas de, 243
directa,
contratos de desarrollo, 13 - 14
franquicia de unidad, 13
legislación relevantes para, 265 - 270
arrendamiento y derecho de garantía, 266
control de divisas, 269
cuotas a la importación, 269
derecho contractual, 265
derecho corporativo, 267
derecho de agencia, 266

derecho de la competencia, 266 - 267	Nueva Zelanda, 255
derecho del seguro, 268	Reino Unido, 254
derecho de prácticas de comercio justo, 267	<i>ver también</i> Tabla pag. 263 - 264
derecho de propiedad, 268	tasa de fracaso, 20
derecho laboral, 268 -269	uso en el proceso de privatización, ventajas para el franquiciado, 247 - 248
derecho que regula otros contratos de distribución, 265 - 266	ventajas para el franquiciador, 249
impuestos, 267	258
inversiones económicas, 266	¿Qué se franquicia?, 259 - 262
inversiones extranjeras, 269	<i>ver también</i> Franquicias
legislación sobres las <i>joint ventures</i> , 269	Franquicia principal
leyes o reglamentos industriales específicos, 270	desventajas, franquiciador, 6 - 8
propiedad intelectual, 266	sub-franquiciador, 6, 7
protección al consumidor, 268	ventajas, franquiciador, 4
responsabilidad por el producto, 268	sub-franquiciador, 4 - 5
transferencia de tecnología, 269	Franquicias
regulación voluntaria de la, <i>ver</i> Asociación Británica de la Franquicia	franquicia de formato comercial, 243, 244-247
Asociación de Franquicia Canadiense	franquicia de servicio, 243
Asociación de Franquicia de Hong Kong	franquicias de distribución, 243
Asociación de Franquicia de Nueva Zelanda	franquicias de distribución de productos, 243
Asociación de Franquicia de Sudáfrica	franquicias industriales, 243
Asociación de Franquicia Filipina	selección de, para el sub-franquiciador, 23
Asociación de Franquicia Internacional de Singapur	diligencia en transacciones comerciales internacionales en la, 25
Asociación Italiana de la Franquicia	evaluación del franquiciador en la, 23
Federación Europea de la Franquicia	evaluación de los medios a su disposición en la, 23
<i>International Franchise Association</i>	sucursales, 13
relevancia económica de, 251 - 255	compromisos adicionales, 244 - 247
Australia, 255	elementos básicos, 244
Brasil, 254	Franquiciador
Canadá, 253	aprobación previa de, contrato de sub-franquicia, 89 - 90
Estados Unidos, 252 - 253	
Francia, 253	
Hungría, 254	
Japón, 254, 255	

planos y dibujos del local,	42	mantenimiento de estándares de	
posible sub-franquiciado,	42,	calidad,	74
	89 - 90	obligaciones de,	64 - 69
selección del local,	42	a prestar asistencia,	72 - 75
términos del contrato de sub-		asistencia continua,	73 - 74
franquicia,	42	asistencia inicial,	72 - 73
transferencia,	42	a promover la red,	75
control del franquiciador,	5 - 6	a proteger las marcas,	75
control sobre cambios introducido		asistencia a los sub-franquiciados,	74
en contratos de sub-franquicia,	87	- 75	
control sobre la redacción de los		de informar de pleito legal,	
contratos de sub-franquicia,	87 - 88	procedimiento, etc.,	170
derecho a rescindir el contrato de		de proporcionar información,	
franquicia principal,	6	información continua,	66
derecho del franquiciador de subrogarse		información inicial,	65 - 66
en las pólizas de seguro del sub-		formación inicial y transmisión	
franquiciador,	174	de,	65
derechos,	76	manuales y transmisión	
retención de,	39 - 40	de,	65
buena fe y,	40	formación infructuosa y,	68 - 69
celebración de contratos de		implícitas,	220 - 221
licencia directa con los sub-		proporcionar formación	
franquiciados,	46	formación inicial,	66 - 68
competencia desleal y,	40	formación continua,	68, 138
de intervenir en caso de unidades		proporcionar servicios,	74
de funcionamiento defectuoso,		suministro de mercancías,	75
	46	previo consentimiento de,	42
desigual poder negociador y,	40	relaciones contractuales directas	
inspección de las instalaciones de		con sub-franquiciados,	6, 44 - 46
las unidades sub-franquiciadas,	46, 76	establecido para el sub-franquiciador	
inspección de los libros y		como sub-franchisor como agente	
registros contables,	46	del franquiciador,	46
medios alternativos de		establecido para una licencia directa	
distribución y,	40 - 41	para derechos de propiedad	
relevancia de la legislación		intelectual,	45
relativa a cláusulas contractuales		establecido para un contrato de	
injustas por,	40	franquicia tripartito,	45
establecimiento de criterios mínimos		puesta en peligro de la	
para la aprobación de sub-		independencia de las partes,	45
franquiciados para el sub-		requerido para el derecho de	
franquiciador para, ,	43	propiedad intelectual,	44 - 45
ingresos de,		responsabilidad por defensa contra	
fuentes de,	51 - 55	reclamaciones de terceros,	171
		responsabilidad por hechos de otro y,	
		46, 167 - 169	

responsabilidad por pérdida, perjuicio, costo o gasto que surja de reclamaciones, acciones, peticiones administrativas u otra investigación,	170	Información no comunicada,	132
tercero beneficiario según el contrato de sub-franquicia,	44	<i>ver también Know-How</i>	
en disposiciones de indemnización,	44	Información confidencial,	132
en disposiciones de seguro,	44	<i>ver también Know-How</i>	
Fuerza mayor,	215 - 217	Ingresos	
Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, 216 - 217		<i>ver Franquiciador,</i>	
		<i>ver Sub-franquiciador</i>	
Garantías		Indonesia	
límites de,	172	Reglamento gubernamental n° 16/1997	275
Hungría		Industry and Trade Summary on Franchising	
relevancia económica de la franquicia en, <i>ver Franquicia, relevancia económica de</i>		<i>ver Estados Unidos de América, Comisión de Comercio Internacional</i>	
Idioma,	85	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit)	
Imagen comercial		Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, 200, 216 - 217	
descripción de,	37	International Franchise Association (IFA),	257
Incumplimiento		Código de Principios y Parámetros de Conducta (<i>Code of Principles and Standards of Conduct</i>),	282 - 283
acciones en caso de,	175 - 184	Japón	
distintas a la rescisión,	176 - 178	Ley Anti-Monopolio,	114
disponibles para el franquiciador,	176 - 178	Ley de Promoción de la Pequeña y Mediana Empresa Minorista,	275
disponibles para el sub-franquiciador,	178	Reglamento de Ejecución de la Ley de Promoción de la Pequeña y Mediana Empresa Minorista,	275
rescisión,	178 - 184	relevancia económica de la franquicia en,	
por el franquiciador,	178 - 180	<i>ver Franquicia, relevancia económica de</i>	
del derecho de desarrollo,	180 - 183	Know-How	
por el sub-franquiciador, 183 - 184		adquisición de conocimientos de,	
<i>ver también</i> Relación de franquicia, terminación de áreas de,	175	por tercero,	136 - 137
Información			
<i>ver Franquiciador</i>			

cesión de, 135 - 136
 cláusulas contractuales para proteger,
 139 - 143
 durante la vigencia del contrato, 139
 - 141
 cláusulas de confidencialidad, 139
 - 140
 cláusulas de no-competencia,
 140 - 141
 cláusulas de reciprocidad ("*grant-
 back clauses*"), 141
 restricciones al ámbito de uso,
 141
 posterior a la conclusión del
 contrato, 142 - 143
 cláusulas de confidencialidad, 142
 cláusulas de no-competencia
 posteriores a la conclusión, 142
 - 143
 know-how desarrollado por el
 sub-franquiciador y sub-
 franquiciado, 143
 restricciones al ámbito de uso,
 143
 cláusulas de confidencialidad y,
 133, 139 - 140, 142
 cláusulas de no-competencia y,
 133, 140 - 141, 142 - 143
 comercial, 131 - 132
 como derecho otorgado, 36, 84
 comunicación de, 132, 137 - 138
 definición,
 en el Acuerdo ADPIC, 133
 en el Reglamento de Exenciones para
 la Franquicia de la Comunidad
 Europea, 133
 descripción de, 36, 131
 garantías, 135
 licencia de, 135 - 136
 protección por los términos del
 contrato, 131, 138, 139 - 143
 responsabilidad del sub-franquiciador
 por comunicación por parte de sus
 sub-franquiciados de, 138
 secreto de, 134

medidas para salvaguardar el, 134 -
 135
 valor comercial de, 134

Licencias exigidas

ver Exigencias Normativas

Manual de operaciones

como suministro de información
 respecto al sistema, 35, 224
 control del franquiciador sobre
 cambios en el y adaptaciones del,
 70 - 71
 manuales de sub-franquiciador, 69 -
 70
 manuales de unidades de franquicia, 69
 - 70
 reflejo de las adaptaciones del
 sistema, 70
 traducción de, 70

Manuales

ver Manual de operaciones

Marcas

ver Propiedad intelectual

México

Ley de la Propiedad Industrial (1991),
 274
 Reglamento de Ley de la Propiedad
 Industrial (1994) 275

Negociación, mediación y conciliación

ver Resolución de conflictos

North American Securities

Administrators Association (NASAA)

Circular de Oferta de Franquicia
 Uniforme (UFOC), 272

Nueva Zelanda

relevancia económica de la franquicia
 en,
 ver Franquicia, relevancia económica
 de

Obligaciones del franquiciador

ver Franquiciador, obligaciones de		esenciales para la operación del sistema,	108, 109
Obligaciones del sub-franquiciador		fabricación de,	
ver Sub-franquiciador, obligaciones de		sub-contractación de la,	112
		proveedores aprobados de,	107, 110, 116 - 117
		suministro de,	107
		disposiciones contractuales por,	114 - 115
		fuentes del,	109 - 110, 111
		ingresos del,	110
		vinculación de	112 - 114
OMPI		Propiedad industrial	
ver Organización Mundial de la Propiedad Intelectual		ver Propiedad intelectual	
Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI),	127	Propiedad intelectual	
Patentes		derecho de autor,	37, 129 - 130
ver Propiedad intelectual		Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) (Marrakesh, 1994),	130, 133
Plan de desarrollo,	78 - 81	Convenio de Berna de 1886 para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas,	130
cumplimiento del,	39	en el manual de operaciones,	118
establecimiento de,	79 - 80	derechos de diseño,	37
incumplimiento bajo el,	81	marcas,	118 - 129
renovación del,	81 - 84	Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas, (1891),	126 - 129
Pólizas de seguro		como derechos otorgados,	36 - 37, 119
derecho del franquiciador de subrogación,	174	competencia desleal y,	120
Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales		contratos de licencia,	234 - 235
ver Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit)		contratos de usuario registrado,	123, 235
Productos		control del uso de,	119 - 120
acuerdos con fabricantes locales por el suministro de,	112	disposiciones relacionadas al,	119 - 120
adaptación a las condiciones locales de,	111 - 112	correspondencia de	
control de la calidad de,	108	disposiciones en el contrato de franquicia principal y el contrato de sub-franquicia,	120
contrato de suministro separado,	115 - 116		
disposiciones para el suministro, relación franquiciador/sub-franquiciador y,	111 - 112		
distintivos del sistema,	107, 108 - 109		

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial(1883) y, 125 - 126	aportaciones de los fabricantes y los proveedores , 104
derechos previos para, 121 - 122	disposiciones en el contrato para, 103
garantía de los derechos, 122	establecimiento de 104, 105
limitación de responsabilidad en relación a, 122	problemas de, 105
Marca de la Comunidad Europea, La, 129	ventajas de, 104
modificación de, 120	gastos, 105
no registradas, 122	cuenta periódica para, 101
<i>passing off</i> , 120	fuentes de ingresos para, 105 - 106
Protocolo de 1989 concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas, 126, 128 - 129	local, 105 - 106
registración de, 120	materiales publicitarios, aprobación del franquiciador, 98, 99
registrados	control de su uso, 99
infracción de, 120	suministro de para el franquiciador, 99
supervisión del uso de, 124	traducción de, 100 - 101
sub-franquiciador como agente del franquiciador para, 124 - 125	aprobación de, 101
sub-licenciar los, 119, 123 - 125	derechos de propiedad sobre, 101
Unión de Madrid, 126 n. 13, 127	registro de, 101
Unión de París, 125	nacional, 105
patentes, 37, 118	pautas o estándares publicitarios, proporcionar de, 100
	planes de mercadotecnia, presentación periódica de, 105
	regional, 105
Protocolo de 1989 concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas	Redacción del contrato, 26
<i>ver</i> Propiedad intelectual	alternativas de redacción, 31
	diferencias nacionales, 26
	idioma, 26, 27 - 29
	técnica y estilo de redacción, 26, 29 - 31
	sistemas jurídicos del "civil law", 29 - 30
	sistemas jurídicos del "common law", 30
Publicidad	Regalías
como medio para desarrollar el prestigio e imagen pública, 97	<i>ver</i> Cuotas, cuotas periódicas
control de, para el franquiciador, 98	
para evitar la publicidad falsa o engañosa, 98	Reino Unido,
para la estandarización global de la imagen, 98	relevancia económica de la franquicia en,
para la protección de la marcas exclusivas, 98	
costes de, 102	
responsabilidad para, 103	
fondos de publicidad, 103	

ver Franquicia, relevancia económica de		Rescisión de contrato de franquicia principal	
		ver Contrato de franquicia principal	
Relación de franquicia		Resolución de conflictos,	200 - 211
terminación de,	185 - 189	arbitraje,	202, 203, 209 - 211
consecuencias de,	189 - 194	Convenio de 1958 de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de la Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958),	209, 211
cesión de los derechos del sub-franquiciador en las sub-franquicias,	193 - 194	ejecución de laudos de arbitraje comercial internacional,	211
para el sub-franquiciado,	192 - 193	en contratos de sub-franquicia,	96
para el sub-franquiciador,	189 - 192	Reglas de arbitraje de la CCI – Reglas de conciliación facultativa de la CCI,	201 - 202
modos en que la relación de franquicia puede llegar o ser llevada a su fin,	185 - 189	Reglas de arbitraje de la CNUDMI,	211
contrato es rescindo por el franquiciador de acuerdo con sus cláusulas,	187 - 188	carácter internacional del contrato y,	202
contrato es rescindo por el sub-franquiciador de acuerdo con sus cláusulas,	188	formaciones culturales de las partes y,	202
sub-franquiciador ejercita una acción legal para rescindir,	188 - 189	litigio,	203 - 209
término del contrato llega a su fin,	185 - 186	ejecución de sentencias judiciales,	208 - 209
		elección de foro,	203 - 205
Relaciones de suministro		reconocimiento de las cláusulas de elección de foro,	205 - 208
regulación de,	112 - 114	medidas de solución urgente,	203
Estados Unidos de América,	113	mini -juicio,	201
Japón,	114	negociación, mediación y conciliación,	200 - 203
Unión Europea,	113 - 114	Reglamento de Conciliación CNUDMI,	201
Renuncias,	214 - 215	Responsabilidad	
Representaciones		personal,	171
límites,	172	ver también Franquiciador,	
República de Corea		responsabilidad por hechos de otro	
Aviso n° 1997-4 de la Comisión de Comercio Justo	275	Revelación	
Rescisión		característica ordinaria de la relación,	25
ver Incumplimiento		de <i>know-how</i> ,	132
		para el franquiciador,	25

como deber implícito,	25	esenciales por la operación del	
precontractual,	24	sistema,	108
para el sub-franquiador,	25	proveedores aprobados de,	107, 110, 117
Secretos comerciales,	132	suministro de,	
<i>ver también Know-How</i>		disposiciones contractuales para,	115
Seguro,	172 - 174	fuentes de,	109 - 110, 111
correspondiente cobertura de las		ingresos generados de,	110
partes,	172	sub-contratación de,	112
obligaciones del sub-franquiado,	174	Sistema de franquicia	
obligaciones del sub-franquiador,	172 - 173	adaptación a las exigencias locales de,	63 - 64
alcance de,	173 - 174	responsabilidad para,	64
Selección del instrumento apropiado, 15		cambios,	
factores objetivos,	15	<i>ver</i> modificación del	
consideraciones culturales,	16	mejoras en el,	
marco jurídico,	16 - 17	propuestas por los sub-	
mercado,	15 - 16	franquiados,	94 - 95
factores subjetivos,	17	modificación del,	31, 144 - 158
circunstancias económicas,	17 - 18	antes de entrar en el mercado	
control ejercido por el socio		extranjero,	31
extranjero,	19	aspectos donde es más probable que	
división de responsabilidades		sea necesaria,	150 - 153
e ingresos,	18 - 19	cambios en el ámbito de las	
experiencia de las partes,	18	actividades del franquiciador,	152 - 153
factores de riesgo,	20 - 21	cambios en las obligaciones del	
que deben ser considerados por el		sub-franquiador y de los sub-	
franquiador,	21 - 22	franquiados,	152 - 153
externos,	21	estándares de cumplimiento	
internos,	21 - 22	superiores,	152
que deben ser considerados por el		nuevas obligaciones,	152
sub-franquiador,	22	la apariencia externa,	151 - 152
naturaleza del negocio,	17	marcas comerciales e imagen	
Servicios		comercial,	151
contrato de suministro,		renovación,	151 - 152
disposición de indemnización,	115	naturaleza del negocio,	150 - 151
separados,	116	clientes a los que el sistema	
control de la calidad de,	108	está dirigido,	150
disposiciones de suministro,		derechos territoriales,	150
relación franquiciador/sub-		métodos de mercadotécnica	
franquiador y,	111 - 112	y distribución,	150 - 151
distintivos del sistema,	107		

ubicación y naturaleza del establecimiento,	150	fuentes de,	55 - 59
como respuesta a circunstancias cambiantes,	145 - 146	obligaciones,	
condiciones para efectuar cambios a el	71 - 72	asegurarse que su personal y sub-franquiados asisten a cursos de formación,	138
cuestiones de derecho contractual y,	148 - 150	asistir a cursos periódicos de formación,	138
en relaciones internacionales,	146	de informar de pleitos, etc.,	170
factores externos que ocasionan,	147	firmar acuerdos con sub-franquiados,	82
impulsados por el franquiciador,	147	formar a los sub-franquiados,	82
iniciados por el sub-franquiador,	148	garantir que los sub-franquiados cumplan con los contratos,	82 - 83
modificaciones iniciales,	145	implícitas,	220 - 221
técnicas para efectuar un cambio,	153 - 158	imponer la confidencialidad del <i>know-how</i> ,	84
cambios en función de que sucedan acontecimientos objetivamente determinables,	155	operacionales,	82 - 84
circunstancias que pueden proporcionar oportunidades apropiadas para efectuar un cambio,	155 - 156	de confidencialidad,	84
haciendo los cambios más aceptables,	157 - 158	infracción para sub-franquiados de la obligación,	138
mecanismos correctivos y de ejecución,	156 - 157	protección de los derechos licenciados del franquiciador,	82, 83 - 84, 171
otras técnicas,	154	que establezca operaciones piloto,	77 - 78
uso de documentos distintos al contrato de franquicia,	154	traducción del contrato de unidad tipo,	88
uso de la expiración del contrato,	153	traducción de materiales,	85
otorgamiento de derechos a,	34	trasmitir el <i>know-how</i> ,	84
		obligaciones de seguro del,	172 - 173
		alcance de,	173 - 174
		responsabilidad pos defensa frente a reclamaciones de terceros,	171
		selección de,	22 - 23
Sub-franquiador		Sub-franquiados	
atributos de,	22 - 23	comunicación con,	94 - 95
como agente del franquiciador para las marcas,	124 - 125	obligaciones asegurativas de,	174
cumplimiento con los requisitos normativos locales por,	43	selección de,	86
incumplimiento para,	94		
indemnización del franquiciador,	169 - 170	Territorio	
ingresos,		limitación en amplitud de,	38 - 39
		otorgamiento de,	38

UFOC (Circular de Oferta de Franquicia Uniforme)

ver North American Securities Administrators Association (NASAA)

Unidades sub-franquiadas

funcionamiento de los,
informes periódicos sobre, 44
reproducción del concepto comercial
del franquiciador, 86 - 87

Unidroit

ver Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit)

Unión de Berna, 130 n. 25

Unión Europea

ver Comunidades Europeas

<Volver al Índice>