



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO

Escuela de Pregrado

EL CONTRATO DE FRANQUICIA EN DERECHO COMPARADO

Memoria de Título para obtener el Grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

María Pía Araya Ramírez

Profesor Guía: Gonzalo Eyzaguirre Smart
Abogado

Santiago, Chile

Año: 2010

Índice.

Introducción.....	05
CAPÍTULO I.....	08
Nociones básicas sobre el contrato de Franquicia.....	08
1. Origen Histórico.....	08
2. Concepto de Franquicia.....	09
3. Contrato de Franquicia ante la Legislación chilena.....	16
4. Naturaleza Jurídica del Contrato de Franquicia	19
5. Paralelo entre contrato de Franquicia y otros contratos similares.....	22
6. Clasificación de Franquicias.....	29
a) Según su Objeto.....	29
b) Contratación Internacional.....	30
c) Otras clasificaciones son.....	31
CAPITULO II.....	32
Obligaciones del Contrato de Franquicia.....	32
1. Obligaciones de Franquiciador.....	32
2. Obligaciones del Franquiciado.....	33
CAPITULO III.....	36
Análisis de las Cláusulas utilizadas frecuentemente.....	36
1. Cláusulas Generales.....	36
2. Cláusulas Especiales.....	41
CAPITULO IV.....	46
Terminación del Contrato de Franquicia.....	46
1. Contrato de Duración Determinada.....	46
2. Contrato de Duración Indeterminada.....	47

3. Resolución Unilateral por Incumplimiento de Obligaciones.....	47
CAPITULO V.....	49
Contabilidad y Tributación del Contrato de Franquicia.....	49
CAPITULO VI.....	51
Libre Competencia y el contrato de Franquicia	
1. Comisión Resolutiva, Comisión Preventiva Central y Comisiones Resolutivas Regionales.....	54
2. Fiscalía Nacional Económica y Tribunal de Defensa de Libre Competencia..	59
CAPITULO VII.....	62
Jurisprudencia de Tribunales de Justicia.....	62
1. Jurisprudencia de Tribunales europeos.....	62
2. Jurisprudencia de Estados Unidos.....	70
CAPITULO VIII.....	73
Legislación sobre Contratos de Franquicia en el Derecho Comparado.....	73
1. E.E.U.U.....	75
2. Bélgica.....	78
3. Italia.....	79
4. República Popular China.....	82
5. Brasil.....	84
6. Francia.....	85
7. Federación Rusa.....	87
8. Federación Europea de la Franquicia y el Código Deontológico de Franquicia.....	88
9. Reino Unido.....	92
10. Alemania.....	94

11. España.....	95
CAPITULO VII.....	98
Conveniencia de Solemnidad del Contrato.....	98
Conclusión.....	102
Glosario.....	104
Bibliografía.....	106
ANEXOS.....	113

Introducción.

En la actualidad, como consecuencia de los procesos de Integración y Globalización, las barreras de proteccionismo han sido casi totalmente derrumbadas por los Tratados de Libre Comercio y el flujo de exportación e importación entre los mercados los liga estrechamente, de manera que el Mercado Internacional se proyecta como una sombra sobre los mercados locales.

Los productos extranjeros están disponibles para todos los consumidores del mundo con la capacidad económica para adquirirlos, o en otros casos son colocados en sus mercados a precios muy competitivos, pero con un estándar de calidad igual al del país de origen del producto, sin importar el nivel de desarrollo económico del país en que habita el consumidor, y por ello puede acceder a un especie de “igualdad universal”.

Un claro ejemplo de esto es la Franquicia, como operación económica que permite utilizar la patente, marca, signos distintivos y fabricar un producto de igual calidad al que se vende y que goza de gran prestigio en otro lugar del planeta.

Para obtener dichos beneficios se debe suscribir un Contrato de Franquicia, el que se da mayoritariamente entre contratantes de diferentes países, lo que puede originar una serie de contratiempos en el caso de encontrar disposiciones contrarias en su ordenamientos o carecer de ellas simplemente, por lo quedan entregados a lo estipulado en el Contrato que celebrarán.

Lo anteriormente mencionado es de capital importancia para el tema específico de esta investigación, ya que en un ámbito dinámico en el cual es menester la rapidez de sus acuerdos, como es el caso del Comercio y las normas que lo rigen, las actuaciones de los contratantes pueden verse algo afectadas, producto de la falta de certeza jurídica o caer víctimas del “oportunismo” de su co-contratante generado en parte por la falta de apropiada descripción del clausulado. Por ello, es fundamental un ambiente legal adecuado que permita desarrollar las Franquicias, debido a que ellas están sujetas tangencialmente a una variada gama de leyes y reglamentos nacionales, y además pueden estar sujetas a legislaciones extranjeras.

La dispersión de normas legales de diferentes rangos puede dificultar la adquisición de certeza sobre la aplicación de leyes relevantes a los contratos de Franquicia. Ejemplos de esto es que si bien la ley contractual general de Derecho Civil y de Derecho Comercial tienen normas aplicables al consentimiento y obligaciones en general presentes en ambos Códigos también es necesario considerar las leyes nacionales relativas a la propiedad intelectual y en relación a las convenciones internacionales sobre Propiedad Intelectual; normas sobre la Libre Competencia; la responsabilidad extracontractual empresarial; temas tributarios, especialmente referido a los impuestos de retención, entre muchas otras ramas del Derecho.

A pesar de que pueda carecer de regulación jurídica, las Franquicias se han difundido ampliamente en el ámbito internacional, debido a que es una fórmula comercial de éxito probado y que ofrece garantías de peso a quienes pretenden establecer un negocio de este tipo, ya que contará con una marca de prestigio, apoyo técnico y un método de distribución de los productos.

La masiva aplicación en países que no tienen leyes específicas respecto de este contrato, como es el caso de Chile, es precisamente lo que hace necesaria su regulación, ya que el hecho de que no esté contenido en nuestro Código Civil lo convierte en un Contrato Innominado, y que tampoco se asimila a otros contratos de corte tradicional regulados en Chile, lo convierte en un Contrato de aquellos que se denominan Atípicos. Pero es su amplia proyección, en la mayoría de los casos Internacional, la que nos señala la conveniencia de crear una Legislación adecuada y con ello me refiero a una normativa que armonice con aquellas que poseen los países que sí han regulado el tema, y que obtenga el beneficio de sus experiencias.

CAPITULO I

Nociones básicas sobre el contrato de Franquicia.

1. Origen Histórico:

El origen de este contrato parece encontrarse en la Edad Media en Francia, en la palabra *Franchise*, que significaba la concesión de un privilegio por parte de un Señor Feudal o de un Noble para que un vasallo hiciera uso de tierras o bienes con un pago previo, pero libre de otros impuestos, y sin dejar de reconocer el dominio del Noble.

Sin embargo, este no es el contenido que actualmente reconocemos en el contrato de Franquicia, y es más adelante en la historia, en Estados Unidos de América, el lugar en que surgiría por primera vez este contrato de la manera en que hoy se le comprende.

Durante la década de 1850, surge esta nueva forma de hacer negocios en que el éxito está casi totalmente garantizado para el que adquiere la Franquicia y que es una forma de expandir un negocio sin invertir para el dueño de la Franquicia y, a más abundamiento, recibiendo ingresos por esa expansión. Esta es la modalidad que adoptó en esa época la compañía Western Union, que controlaba los ferrocarriles y el telégrafo, pero que eran manejados por operadores locales. En esta década también optó por esta modalidad la Singer & CO, productora de máquinas de coser, que aún en la actualidad distribuye y vende así sus productos, lo que es prueba de la conveniencia de este sistema.

A finales del siglo XIX, las fábricas automotrices de General Motors también tomaron este modo de hacer negocios, para efectos de expansión en los Estados Unidos, entregando la distribución y ventas de sus productos a distribuidores locales.

Durante la década de 1930 surgen las Franquicias de Howard Johnson's, como *restaurante* tradicional, con unos 25 locales al principio y posteriormente, y debido a su éxito, se expande al rubro de la hotelería. Ese es el origen también de la masiva introducción de franquicias de comida rápida en los Estados Unidos, en la década de los 50's, como son McDonalds, Wendy's, etc.

La verdadera explosión de este tipo de operación se dio en la década de los 70's, cuando las Franquicias comenzaron a expandirse de tal manera dentro y fuera de los Estados Unidos, que fue necesario establecer normas estatales, que con el tiempo se hicieron más específicas y de tal número que debieron imponer además, una Legislación Federal al respecto.

2. Concepto de Franquicia:

El contrato de Franchising o Franquicia no se encuentra en nuestro Código Civil, ni en ley alguna que tenga vigencia en Chile, es decir, es de aquellos contratos que la doctrina califica de Innominados, y por lo tanto, cuando la modernidad del comercio alcanzó al ordenamiento jurídico, este no estaba preparado, y recayó en la Comisión Preventiva Central el deber de establecer los contornos de este contrato, y suyo es el concepto que la Jurisprudencia nacional ha aceptado de manera más o menos uniforme:

“Las franquicias son acuerdos de distribución mediante los cuales el franquiciado adquiere el derecho a comercializar el producto del franquiciante, dentro de una cierta área de mercado, utilizando la marca comercial del que éste es dueño o licenciado.”¹

Lamentablemente, el antedicho concepto nacional no contiene todos los elementos necesarios para comprender a cabalidad lo que este contrato realmente entraña, y debido a que carecemos de Legislación en el tema, debemos dirigirnos a las definiciones que proveen ordenamientos jurídicos extranjeros, y organismos extranjeros e internacionales para tener un entendimiento acabado de este contrato. Por ello es conveniente ejemplificar con las definiciones legales de los países que tienen legislación vigente al respecto y definiciones de organizaciones especializadas.

En la legislación española se encuentra el siguiente concepto y establece que la Franquicia es *“...actividad comercial en régimen de Franquicia... aquella que se realiza en virtud del contrato por el cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, en un mercado determinado, a cambio de una contraprestación financiera, directa, indirecta o ambas, el derecho a la explotación de una Franquicia, sobre un negocio o actividad mercantil que el primero venga desarrollando anteriormente con suficiente experiencia y éxito, para comercializar determinados tipos de productos o servicios y que comprende, por lo menos:*

¹ Creada por la Comisión Preventiva Central en base al DL 211 de 1973, consultada sobre este Contrato en 1995.

- a) *El uso de una denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato.*
- b) *La comunicación por el Franquiciador al Franquiciado de unos conocimientos técnicos o un “saber hacer”, que deberá ser propio, sustancial y singular.*
- c) *Y la prestación continua por el Franquiciador al Franquiciado de una asistencia comercial, técnica o ambas durante la vigencia del acuerdo; todo ello sin perjuicio de las facultades de supervisión que puedan establecerse contractualmente”.²*

La Asociación Británica de Franquicias (cuyas siglas en inglés son BFA) la define de otra manera, iluminando un aspecto diferente de este contrato, que será tratado más adelante, pues se refiere a su naturaleza jurídica: “Es la concesión de una licencia por una persona (el franquiciante) a otra (el franquiciado), lo cual le da derecho para comerciar bajo la marca o nombre de una marca del franquiciante y para hacer uso de un paquete completo, incluyendo todos los elementos necesarios para establecer a una persona sin entrenamiento previo en el negocio y para administrarlo con asistencia continua o en bases predeterminadas.”

La Asociación Internacional de Franquicia (sigla inglesa IFA) fue creada en 1960 para la protección, mejora y promoción de concesiones de Franquicias,

² Real Decreto 419 /2006 de 7 de Abril, relativo a la regulación del régimen de Franquicia y el Registro de Franquiciadores.

define este contrato como *“un método de distribución de productos o servicios en que al menos dos niveles de personas están envueltas en un sistema de Franquicia:*

- 1) *Franchisor o Franquiciante, quien presta su marca comercial o nombre de comercio y un sistema de negociación , y*
- 2) *Franchisee o Franquiciado, quien paga una regalía (“royalty”) y una tarifa inicial por el derecho de hacer negocios bajo el nombre y sistema del franchisor. Técnicamente, la Franquicia es el contrato que obliga a las dos partes, pero el término es a menudo usado para referirse al negocio mismo que el Franchisee opera”. Este concepto es más claro e ilustra mejor el contenido y obligaciones de los contratantes, concentrándose en la relación Franquiciador-Franquiciado.”*

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), en cambio, la define como *“una operación de franquicia es una relación contractual entre un franquiciante y un franquiciado en la que el primero ofrece mantener un interés continuo en el negocio del segundo, respecto a áreas tales como know-how y entrenamiento, en tanto el franquiciado opera bajo un patrón establecido o controlado por el franquiciante, haciendo aquél una inversión financiera sustancial con sus propios recursos y en su propio negocio.”*³ Este concepto se centra sobre una especie de transferencia de conocimientos entre los contratantes.

³ Citado por Silvia Tanzi y Elena Núñez, en Contrato de Franchising, 1999.

Para la Asociación Alemana de Franchising, la franquicia es *“un sistema de distribución utilizado por empresas legalmente independientes y con una organización vertical cooperativa, basada en una relación contractual permanente. Esta organización aparece en el mercado con un formato uniforme y se caracteriza por un programa que divide las tareas entre las diferentes partes, así como también por un sistema de instrucciones y de controles que aseguran el cumplimiento del sistema por el franquiciado.”*⁴ Este concepto ilumina el aspecto de la organización y la relación vertical que existe entre las partes.

La Corte de Apelaciones de París, en fallo del 28/04/78, dio la siguiente definición: *“la franquicia es un método de colaboración entre dos o más empresas comerciales, por el cual el franquiciante, propietario de un nombre o una razón social conocido, de siglas, símbolos o marcas de fábrica o de comercio o de servicios, así como también un savoir faire particular, pone a disposición del franquiciado, el derecho a usar, mediante un canon o ventaja, la colección de productos o servicios, originarios o específicos, para explotarlos obligatoriamente según las técnicas comerciales experimentadas, puestas a punto y periódicamente recicladas, de una manera exclusiva, a fin de obtener un mejor impacto en el mercado y obtener un desarrollo acelerado de la actividad comercial de las empresas implicadas”*.⁵ Podría decirse que es este concepto el que mejor expone los diversos aspectos de este contrato, sin duda debido a la ventaja que provee la experiencia de la jurisprudencia, exponiendo las

⁴ Ob. Cit.

⁵ Ob. Cit.

Obligaciones centrales de ambas partes, el método y la relación existente entre ellos.

La Federación Europea de la Franquicia trabajó sobre las bases de la experiencia para desarrollar el Código de Deontología Europeo de La Franquicia, un cuerpo normativo no vinculante de buenas practicas, pero que es ampliamente seguido por los Franquiciadores de la Comunidad Económica Europea desde su entrada en vigencia 1 de enero de 1991, y que también ha sido adoptado por la Corte Europea de Justicia. La definición se encuentra en el Artículo primero del mencionado Código:

“La Franquicia es un sistema de comercialización de productos y/o servicios y/o tecnologías, basada en una estrecha y continua colaboración entre empresas jurídica y financieramente distintas e independientes, el Franquiciador y sus Franquiciados, 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 aporte económico, 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 el marco de un contrato de Franquicia escrito suscrito por las partes a este efecto.”

La Ley Número 120 de 2004 titulada “Normas para la disciplina de la Afiliación Comercial” de la República Italiana define en su artículo primero el contrato de Franquicia, al que denomina como Afiliación comercial para evitar el

uso de una palabra sin traducción textual en su idioma, haciendo referencia entre paréntesis a ella:

“La afiliación comercial (franchising) es el contrato, cualquier nombre que se le dé, entre dos partes jurídica y económicamente independientes, por el cual una parte concede a otra, a título oneroso, un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual, relacionado a marcas, denominación comercial, insignias, modelo de utilidad, diseño, derecho de autor, know-how, patentes, asistencia y consultaría técnica y comercial, bajo el cual el afiliado (franchisee) se une a un sistema constituido por una pluralidad de afiliados (franchisee) distribuidos en el territorio, para el propósito de comercializar determinados bienes o servicios.”

La falta de una traducción exacta para la palabra *Franchising* al idioma nacional fue resuelta de modo similar por el Código Civil de la Federación Rusa, y en su Artículo 1027 no hace mención a la palabra extranjera, sino que denomina como contrato de “Concesión Comercial” al concepto que es evidentemente el contrato de Franquicia:

“Bajo el contrato de concesión comercial una parte (poseedor del derecho) concederá a la otra parte (usuario) a cambio de una remuneración por un tiempo de duración definida o sin referencia a la duración, el derecho de usar en el negocio del usuario un conjunto de derechos exclusivos pertenecientes al poseedor del derecho, incluyendo el derecho al nombre de la empresa y/o la designación comercial del poseedor del derecho, a información comercial

protegida, y también a objetos contractuales de derechos exclusivos- marcas registradas, marcas de servicio, etc.”

La República Popular China legisló sobre este contrato en el 2004, con la creación de las Medidas para la Regulación de Franquicias Comerciales y define la “Franquicia Comercial” en su artículo segundo como:

“Un acuerdo por el cual un Franquiciador, a través de un contrato con un Franquiciado concede el derecho de usar recursos operacionales comerciales, incluyendo marcas registradas, nombres comerciales, modelos de negocio, etc., en el cual el Franquiciador tiene el derecho de otorgar a otros su uso; y el franquiciado operará bajo el sistema uniforme de la franquicia y pagará tarifas al Franquiciador de acuerdo con el contrato”.

3. Contrato de Franquicia ante la Legislación Chilena:

La mencionada calidad de Innominado del Contrato de Franquicia, y la aceptación del concepto creado por la Comisión Preventiva Central, nos lleva a analizar las normas y principios del Ordenamiento Jurídico nacional que permiten el funcionamiento de dicho contrato en el ámbito comercial chileno. Entre ellas podemos mencionar:

a) Constitución Política de la República de Chile: Nuestra Carta Fundamental establece a grandes rasgos el régimen de Libertad Económica, Derecho de Propiedad y la Protección que se asigna a la Propiedad, como se explica a continuación:

- Artículo 19 N° 21: Consagra la Libertad Económica, abriendo la puerta a bastas posibilidades comerciales como es el caso de negocios que distan de los tradicionales y a los contratos Innominados que están aparejados a ellos, al establecer en su texto que la Constitución asegura a todas las personas *“El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.”*
- Artículo 19 N° 25, inciso 3° y 4°: Estos incisos señalan que *“Se garantiza, también la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley.”*

“Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y ala propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior”.

- Artículo 19 N° 24: El texto garantiza *“El derecho de Propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”*, y a continuación, en sus incisos segundo, tercero, y cuarto señala la protección legal de la propiedad y sus atributos.

“Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.”

“Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.”

“A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.”

b) Código Civil: En su Libro IV, “De las Obligaciones en general y de los Contratos” contiene los Principios que entregan la suficiente libertad creativa en el ámbito legal para configurar los contratos Innominados, como es el Principio de la Buena Fe y el Principio de Autonomía de la Voluntad, que da origen al Principio de la Libertad Contractual, consistente en libertad de decisión en cuanto a si se celebra o no un contrato, con quién se celebra y cómo ha de configurarse internamente, es decir, el contenido de las cláusulas de dicho contrato.

- Artículo 1437: *“Las obligaciones nacen, ya del concurso de voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones.....”*.
- Artículo 1438: *“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte*

puede ser una o muchas personas". En el contrato de Franquicia se encuentra los tres tipos de obligaciones, como se explicará más adelante.

- Artículo 1545: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. Este artículo contiene la consagración del Principio de la Autonomía de la Voluntad.
- c) **Código de Comercio:** Su Libro II, “De los Contratos y Obligaciones Mercantiles en General” establece ciertas normas diferentes a las del Código Civil, pero del espíritu del Párrafo Primero, del Título Primero “De la Constitución, forma y efectos de los Contratos y Obligaciones” se desprende que acepta los Principios de la Autonomía de la Voluntad y Libertad Contractual, y que incluso otorga mayor libertad a los contratantes en materias referentes a la prueba de los contratos y obligaciones.
- Artículo 96: *“Las prescripciones del Código Civil relativas a las obligaciones y contratos en general son aplicables a los negocios mercantiles, salvo las modificaciones que establece este Código.”*
- d) **Ley N° 19.039 sobre Propiedad Industrial:** En cuanto se refiere a en su artículo 19 y siguientes a las Marcas Comerciales, Patentes de Invención, Modelos de Utilidades y Diseños Industriales.

4. Naturaleza Jurídica de la Franquicia.

De los conceptos anteriormente expuestos, de las semejanzas con otros contratos y de las obligaciones que emanan de los contratos mismos, podemos extraer las siguientes características estructurales de este contrato:

- a) **Bilateral**, según lo establecido por el artículo 1539 del Código Civil, porque los contratantes se obligan recíprocamente, pero debe observarse que el franchisor se obliga de manera múltiple a la misma prestación con tantos franchisees como deseen contratar con él.

- b) **Oneroso**, según el artículo 1440 del Código Civil, es decir, este contrato *“tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro”*, ya que el *franchisee* debe pagar una *“Entry fee”* y una *“Franchise fee”* periódicamente y el *franchisor* debe proveer el uso de licencias, marcas, signos distintivos y asistencia técnica regularmente.

- c) **Conmutativo**, según lo señalado por el artículo 1441 del Código Civil, *“ya que cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra debe dar o hacer a su vez”*; ya que ambos tienen obligaciones proporcionales recíprocas en los pagos que se realizan.

- d) **De tracto sucesivo**, ya que su perfeccionamiento se desarrolla a lo largo del tiempo.

- e) **Principal**, según lo establecido en el artículo 1442 del Código Civil, que establece que lo será “*cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención*”.
- f) **Consensual**, según lo indica el artículo 1443 del Código Civil, “*cuando se perfecciona por el solo consentimiento*”, en consideración de la doctrina mayoritaria, debido a que la regla general señala que todo contrato se perfecciona consensualmente, y solo será “*solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil*”.
- g) **Innominado**, ya que no está contemplado en el Código Civil chileno, y tampoco existiría legislación orgánica en Chile, pero sí existe en otros ordenamientos, por ejemplo en España y en el Common Law existe legislación dispersa.
- h) **Atípico**, ya que no es posible encuadrarlos dentro de los contratos nominados o tradicionales presentes en el Código Civil.
- i) Es un contrato **Tipo**, pues la naturaleza misma del contrato propende a la homogeneidad de condiciones y funciones en las franquicias.
- j) Es de **Adhesión**, porque sus cláusulas son impuestas unilateralmente por el Franchisor, sin espacio para la negociación de los términos.
- k) Es eminentemente **Mercantil**, ya que es una operación de negocios para ambas partes, pues buscan obtener ganancias de él.

Debido a que es un contrato indiscutiblemente **Innominado, Tipo y de Adhesión**, y de manera contraria a la doctrina mayoritaria que lo considera **Consensual**, en esta memoria abogaré por la escrituración del Contrato de Franquicia como **Solemnidad**, por las razones que expondré al final de este trabajo, y siguiendo legislaciones y doctrinas extranjeras, que gracias a la experiencia, ya han establecido esta formalidad para el Contrato de Franquicia.

5. Paralelo entre contrato de Franquicia y otros similares.

La **naturaleza jurídica** desde un punto de vista causal es muy compleja, debido a la combinación de figuras contractuales diversas que la conforman como la licencia para el uso de marcas comerciales y signos distintivos, transferencia de *know-how* (que incluye el conocimiento de formulas, técnicas y sistemas de producción, prestación de servicios como entrenamiento del personal del *franchisee*), suministro de bienes y/o servicios.

De esas ideas se desprende que el Contrato de Franquicia presenta cierta semejanza a algunos contratos nominados, y también diferencias:

- a) **Contrato de Suministro:** Aquel contrato por el que una parte entrega productos periódicamente a la otra, a cambio de un precio determinado por ellos, y ocasionalmente, tendrá el derecho exclusivo a revenderlos.

Si bien la Franquicia de Productos otorga esas mismas facultades, además da Licencia para el uso de la marca comercial, la transmisión del *Know-how* sobre el negocio y asistencia técnica permanente, con interés por parte del Franquiciante en el éxito del negocio.

- b) Contrato Preliminar o Normativo:** Un contrato en cual las partes fijan los términos de un contrato que celebrarán en el futuro, estableciendo un marco de acción para el contrato a futuro.

Es claramente diferente del contrato de Franquicia, ya que si bien es cierto que este contrato fija las condiciones de la operación comercial en el futuro, algunas de sus obligaciones que nacen con el mismo contrato.

- c) Contrato de Concesión o Distribución:** Es aquel contrato por el cual el distribuidor compra con la intención de revender los productos del proveedor, con derecho de exclusividad.

La mayor parte de la doctrina francesa ha sostenido junto al autor Jean Guyénot, que la franquicia sería una modalidad de la Concesión, y que la variedad de Distribución, es jurídicamente una concesión, y denominando “*Franchising a la americana*” a la franquicia propiamente tal y “*Franchising a la europea*”, a la concesión comercial misma. Aún así existen diferencias notables entre ambos contratos, ya que en el contrato de concesión faltan una serie de elementos propios de la Franquicia, los cuales son:

- El concesionario puede utilizar sus propios signos distintivos junto a los del concedente, así como también puede distribuir productos de otras marcas en su establecimiento, y usar los distintivos de todas ellas, mientras que en la Franquicia solo puede usar los signos y vender los productos del Franquiciador.

- En la concesión no existe la obligación de transmisión de *Know-How*, de asistencia técnica o comercial, mientras que dichas obligaciones se encuentran siempre, y en cada variedad de la Franquicia.
 - En la concesión no hay instrucciones del Concedente, que el concesionario deba seguir al pie de la letra, que en la Franquicia es una obligación esencial de franquiciado, ya que hay una uniformidad que mantener.
 - En la Concesión, el concesionario solo paga por los productos que revenderá, sin pagar *royalties* y *entry fee*, que son esenciales en la Franquicia como contraprestación económica.
 - En la Concesión, el concesionario jamás tendrá la oportunidad de fabricar el producto objeto de la distribución, mientras que en las Franquicias Industriales y de Producción, es esencial, como veremos más adelante.
 - La concesión generalmente se da respecto de bienes industriales, y la Franquicia se da en el sector de servicios.
 - En la Concesión no hay coordinación de funciones entre el concedente y el concesionario, mientras que en la Franquicia, sí se produce, y existe un interés por parte del franquiciante en que el negocio del franquiciado tenga éxito.
- d) Sociedad en Sentido amplio:** Algunos autores españoles han intentado este ejercicio jurídico, por las siguientes razones:

- El interés que presenta el Franquiciador en el negocio del Franquiciado.
- Existe cierta integración entre la empresa original y la Franquiciada.
- El Franquiciador entrega bienes al Franquiciado en las variedades de Franquicia de Distribución, Industrial y de Producción.

Sin embargo, dicha postura no pueden sostenerse ante las siguientes razones:

- La empresa original no se fusiona con la Franquiciada.
 - La integración entre la empresa original y la Franquiciada es meramente funcional.
 - El Franquiciado no tiene control, voz o voto sobre la empresa que constituye la Franquicia.
 - No existe relación entre un Franquiciado y los otros Franquiciados.
 - La relación producida por el contrato de Franquicia tiene un origen y causas de terminación diversas a las de las sociedades.
 - En la Franquicia no existe el *Affectio Societatis*, que es requisito *sine qua non* de cualquier tipo de Sociedad comercial.
- e) **Contrato de *Know-How*:** Conjunto de procesos, invenciones, formulas, diseños no patentados o no patentables que incluyen experiencia y habilidad técnica, transmisible preferente o exclusivamente, por medio de

la prestación de servicios personales, a título oneroso de una empresa a otra.

- Es muy frecuente que el *Know-How* forme parte del Contrato de Franquicia, pero no es su único elemento.
- La Franquicia añade además del *Know-How*, el uso de la marca, la patente y la entrega de bienes, entre otros derechos.
- Dentro de la Franquicia, el Know-How puede adquirir el carácter de secreto industrial, si así se estipula.

f) Contrato de Licencia de Marca y Patentes Industriales: Esta idea es la aceptada por el Tribunal Supremo español y la jurisprudencia norteamericana, ya que invariablemente, el contrato de Franquicia está unido a la Licencia de una Marca, pues este sería un elemento central de la estructura legal de una Franquicia, asemejándolo también a la sub-licencia de Marcas.

- Una vez más debemos aceptar que este contrato, si bien es esencial, es solo uno de los elementos que forman la Franquicia, pues es parte de un sistema integrado de comercialización de productos y servicios
- El licenciante tiene control pasivo sobre el licenciatario, a diferencia del control activo que tiene un Franquiciante (por medio de instrucciones estrictas para mantener una uniformidad) sobre los franquiciados.

- Los derechos de Uso de Marca no se extienden tanto como los de una Franquicia en que se otorgan un conjunto de derechos.
 - A veces, por todos estos argumentos la doctrina ha calificado al contrato de Franquicia como una Licencia de Empresa, pues tiene una serie de derechos.
- g) Contrato de Agencia:** Acogido por la doctrina alemana mayoritariamente, no es aceptado en Francia ni España, debido a las diferencias en sus ordenamientos respecto de las disposiciones sobre el contrato de Agencia.
- Este contrato, si bien es respecto de la distribución de bienes y servicios bajo el nombre o marca de otro, es en virtud de un Mandato, ya que el agente comercial actúa por cuenta y riesgo del Mandante, mientras que el Franquiciado actúa por cuenta y riesgo propio, con la autorización de usar la marca, patentes, productos, etc. del Franquiciante.
- h) Contrato de Aprovisionamiento:** Presenta la misma formación de obligaciones que el contrato de Suministro y por lo tanto las mismas diferencias y semejanzas que dicho contrato con la Franquicia, con un solo detalle que crea otro argumento de diferenciación, y es que el Aprovisionamiento puede darse respecto empresas privadas y públicas, con un precio fijo de antemano durante toda la duración del contrato, por lo que es más similar a un contrato marco o normativo, que puede incluso resultar en contrato ley de ser celebrado con el Estado, pero sin los demás derechos que surgen de una Franquicia.

- i) **Contrato de *Joint-Venture*:** Pertenece al grupo de los denominados contratos de tipo asociativo, en los cuales existe cierto nivel de integración entre los contratantes.

El contrato de *Joint-Venture* consiste en la asociación de dos o más empresas, generalmente de distintos países, para crear una tercera empresa que genere utilidades. Se asemeja a la Franquicia pues ambos son contratos asociativos, sin embargo hay diferencias fundamentales:

- En el contrato de *Joint-Venture* surge un tercer ente jurídico, diferente de las dos empresas que se asocian para darle origen, mientras que en la Franquicia no surge un nuevo ente jurídico.
- El *Joint –Venture* supone una vinculación entre las sociedades que le dan origen y la que se origina, mientras que en la Franquicia sigue existiendo independencia entre las partes.
- En el *Joint-Venture* existen riesgos compartidos, pues ambos contratantes se ven afectados por el desarrollo económico que el tercer ente o empresa pueda tener, lo cual no se da en la Franquicia, si bien existe preocupación del Franquiciante por un buen desarrollo del negocio del Franquiciado.
- En el *Joint-Venture* existe *affectio societatis*, mientras que en la Franquicia existe solo un *animus cooperandi*.
- Las utilidades en el *Joint-Venture* son divididas proporcionalmente a su inversión entre los contratantes, mientras que en la Franquicia los resultados económicos son independientes del pago de *royalties*, que

pueden ser porcentuales o fijos según el resultado, pero que no son utilidades del Franquiciante directamente.

6. Clasificación de los Contratos de Franquicia:

Una vez determinados el concepto, la naturaleza jurídica y las características del contrato de Franquicia, podemos distinguir varias clases o modalidades de este Contrato, según diferencias más específicas:

a) **Según su Objeto**, la doctrina española las clasifica en:

- **Franquicia de Servicios**, también denominada como Comercial, es la más dinámica y de mayor proyección, ya que es una fórmula de éxito probado anteriormente en el mercado, y consiste en que el Franquiciador cede el derecho a utilizar y comercializar un servicio con la marca, signos distintivos, y sistema creado por él a un Franquiciado, que presta el servicio al cliente final (por ejemplo, Hertz y Holliday Inn).
- **Franquicia Industrial** es aquella en que el franquiciado fabrica y comercializa los productos de la franquicia, ya que el franquiciador le cede al franquiciado el derecho de fabricación, tecnología, marca, procedimientos administrativos, gestión y técnica de venta. Por esto, se da entre dos industriales un vínculo jurídico y económico que requiere una inversión de capital importante (el ejemplo por excelencia es la Coca-Cola).

- **Franquicia de Producción** es a veces confundida por la doctrina con la Franquicia Industrial, que en realidad es una clase diferente, ya que en la franquicia de Producción, la empresa dueña de la marca es la misma que fabrica y distribuye el producto (por ejemplo, Levi's y Mango).
- **Franquicia de Distribución** es aquella en que el franquiciador actúa como central de compras, al seleccionar o fabricar productos que el franquiciado venderá en los puntos de venta franquiciados (local de la marca y con los símbolos distintivos, como es el caso de Benetton).

b) También se puede clasificar desde el punto de vista de la **Contratación Internacional**:

- **Direct Franchising** es aquella en que el franquiciador contrata directamente e individualmente con un número reducido de franquiciados de otro país, por razones de complejidad o exclusividad del negocio a desarrollar.
- **Master Franchising** es aquel consistente en la exportación de la franquicia de un país a otro, pues el franquiciador cede a una persona de otro estado el uso de la marca, tecnologías, métodos, etc. quien tiene la calidad de "Master Franchisee", que será el franquiciado principal o sub-franquiciador, que actúa como franquiciado y que además, tendrá la responsabilidad de difundir la franquicia en ese territorio específico y la representación exclusiva en ese país, con la obligación adicional de

seleccionar a los sub-franquiados y adaptar la franquicia a la realidad del Estado en que se desarrollará.

c) Otras clasificaciones son:

- **Franquicias Integradas** son aquellas en que el franquiciador es fabricante y distribuidor, exclusivo y directo a través de la integración vertical de los canales de distribución (red de locales minoristas de la franquicia).
- **Franquicias In Corner** es aquel establecimiento comercial que tendrá un espacio franquiciado y por ello, dedicado exclusivamente a la marca de la franquicia (no un establecimiento de franquicia, sino solamente la marca), donde comercializan productos o servicios del franquiciador. Por lo general, el franquiciado es el dueño del local, y el franquiciador es el que tiene una parte del local con su imagen y marca, en el que habrá una mayor independencia del franquiciado (por ejemplo, las diversas marcas de cosméticos en las grandes tiendas comerciales).
- **Franquicia Shop In Shop** es una variación de la Franquicia In Corner, y esta modalidad es aquella en que se decora de manera idéntica a los establecimientos de la franquicia, en que se vende una determinada marca dentro de otro establecimiento de mayor tamaño (por ejemplo, marcas específicas de ropa dentro de tiendas departamentales, como Liz Claiborne, Laura Ashley, Cacharel en de Ripley o Fallabella).

CAPITULO II

Obligaciones en el Contrato de Franquicia.

Debido a que este contrato no está legislado, las obligaciones establecidas en él pueden variar de acuerdo a la voluntad de los contratantes y según las modalidades que decidan adoptar, indicadas en el Capítulo precedente. Sin embargo, existen obligaciones comunes y que se presentan en todas las modalidades, siendo la obligación de uno, el derecho del otro, por contraprestación:

1. Obligaciones de Franquiciador:

- a) Derivado del elemento de Licencia de Marca, debe permitir el uso de sus signos distintivos, nombre comercial, marca, patentes, Know-How, secretos industriales. Todo es tendiente a que el Franquiciado pueda explotar comercialmente su establecimiento con la individualidad del Franquiciante.
- b) Proveer asistencia técnica y de comercialización al Franquiciado como por ejemplo en lo que se refiere a la gestión administrativa y contable, estudios de mercado, actividades de marketing y publicitarias, desarrollo de nuevas metodologías, etc.
- c) Con el objeto de que exista una identidad entre el establecimiento modelo y el establecimiento franquiciado, proveerá las directrices de

entrenamiento al personal del establecimiento franquiciado, decoración del local, características que debe poseer el mismo, vestuario uniforme para el personal.

- d) Ejercer controles de calidad sobre el producto o servicios, asegurarse de que el franquiciado se ajuste a las indicaciones de prestación de servicios y de presentación del Producto o servicio.
- e) Debe suministrar los productos de forma regular e igualitaria entre los Franquiciados.
- f) En caso de que se haya estipulado la Exclusividad del Franquiciado, habrá que distinguir entre:

1° Cláusula Exclusiva Abierta consistente en que el Franquiciante no podrá designar otros franquiciados para la misma zona geográfica.

2° Cláusula Exclusiva Cerrada en que el Franquiciante debe impedir que otros franquiciados actúen dentro del territorio asignado a ese Franquiciado.

2. Obligaciones del Franquiciado:

- a) Se compromete a pagar un derecho de entrada o “*entry fee*”, como contraprestación al Franquiciante, la que se basa en la cantidad de Franquiciados, el prestigio de la marca, etc., y pagos periódicos o

“*royalties*”, que podrá ser calculado sobre el porcentaje de las utilidades en determinado período de tiempo o un porcentaje sobre los productos adquiridos por el Franquiciado. También podrá ser necesario que pague por otros derechos, como contribución a campañas publicitarias, lo que no podrá ser visto como ingreso o utilidades por el Franquiciante, sino como una cuota de cooperación.

- b) Utilizar los signos distintivos de la red franquiciada, para mantener la apariencia uniforme de los establecimientos.
- c) Secreto sobre Know-How, patentes y secretos industriales, metodologías, cualquier información transmitida confidencialmente por el Franquiciador.
- d) Mantener la actividad objeto del contrato según las directivas comerciales, administrativas, financieras y sometiéndose al control del Franquiciante.
- e) Realizar inversiones adecuadas respecto de los locales en que se desarrolla la actividad comercial.
- f) Incrementar la notoriedad de la marca mediante publicidad adecuada.
- g) Adquirir los productos con exclusividad del Franquiciante o del proveedor que este designe, con el fin de garantizar homogeneidad en la calidad y características, cantidades mínimas, mantenimiento de existencias, o incluso a vender una cantidad determinada de los productos.

- h) Derivado de la exclusividad, puede haber un pacto de no competencia con el franquiciante y a explotar la franquicia por si mismo, sin sub-franquiciar (a menos que tenga el consentimiento del franquiciador).

CAPITULO III

Análisis de las Cláusulas utilizadas frecuentemente.

A continuación se explican las cláusulas más comunes en los contratos de Franquicia, algunas de las cuales son obligatorias en los casos de las Legislaciones que contemplan expresamente este tipo de contrato y que son recomendadas tanto por la Comunidad Económica Europea en el Código Deontológico Europeo de la Franquicia como por entidades no gubernamentales que propenden a la expansión de las Franquicias en los países en que no está legislado el tema, y que no están afiliados a la C.E.E. Debido a su aplicación, dichas Cláusulas pueden denominarse Generales, mientras que otras tienen una aplicación menos extendida, las que podrían denominarse Cláusulas Especiales:

1. Cláusulas Generales:

a) Cláusulas de Obligación de Pago:

Esta cláusula establece la obligación por parte del Franquiciado de realizar pagos por las prestaciones que recibe del Franquiciador, entre ellas el *know-how*, patentes, exclusividad territorial, productos, etc. Estos pagos se dividen en:

- **Entry Fee:** Se traduce estrictamente como “tarifa de entrada”, y consiste en una cantidad de dinero predeterminada por adelantado, como requisito para acceder a la concesión de la Franquicia.

- **Royalties, Regalías o Canon de Venta:** Consiste en una cuota cuyo pago periódico está relacionado con la entrega de las prestaciones anteriormente mencionada, fijando generalmente un porcentaje mínimo de las ventas mensuales. Este pago se realiza hasta la terminación del contrato.

b) Cláusulas de Obligación de Cuota:

El Franquiciante tiene la obligación de adquirir una cierta cantidad de provisiones periódicamente, de artículos o productos suficientes con el fin de cumplir con la demanda del público.

c) Cláusulas de Obligación de Precio:

Este tipo de cláusula solamente permite al Franquiciador sugerir o recomendar los precios, rebajas y promociones, con el objeto de mantener la uniformidad y la identidad de la Franquicia a través de la red de Franquiciados, debido a que la fijación de precios determinados por parte del Franquiciador, o incluso la imposición de parámetros de precios mínimos y máximos para la venta de los productos o servicios en los locales de la cadena para el público general es necesario para conservar el buen nombre y la calidad de la marca.

Sin embargo, la mayoría de la legislación europea, así como también la doctrina mayoritaria mantienen una postura común al considerar que un Franquiciador no puede imponer precios determinados, así como tampoco precios mínimos ni máximos para los productos y materias primas que utilizarán posteriormente los Franquiciados, ya que la libertad de los precios es un factor

básico de la competencia y al fijar los precios de productos junto a la determinación previa de los distribuidores autorizados de las materias primas, estarían dando lugar a prácticas de concertación de precios. Por ello, las legislaciones prohíben y sancionan esta práctica, así como también han sancionado la utilización de cláusulas relacionadas con el control de la publicidad y la contabilidad que puedan derivar en una determinación indirecta de precios.

d) Cláusulas de Protección de Identidad de Marca Registrada y su Representación:

- **En relación al Cliente:** Se produce una obligación del Franquiciado de vender productos o servicios objeto de la Franquicia a clientes finales de la red, y a otros Franquiciados, así como también a revendedores autorizados por el Franquiciador que pertenezcan a la red. Esto se debe a que el nombre, marca e identidad de la Franquicia pueden ser dañados si sus productos son revendidos a distribuidores fuera de la red, sin el *know-how* necesario o sin el interés de mantener el prestigio o la uniformidad de la Franquicia.
- **En relación a la Uniformidad del Precio:** Se admite la recomendación de precios por parte del Franquiciador a los Franquiciados para el público general que es en definitiva el cliente final, con el objeto de mantener la uniformidad que caracteriza a una Franquicia, sin embargo este precio debe ser establecido como valor mínimo que permita a los clientes finales seguir confiando en la buena calidad del producto o servicio que ofrece la marca.

- **En relación a la Decoración del Local :** Existe en este caso una obligación del Franquiciado de explotar la Franquicia solo en los locales que están expresamente incluidos en el contrato, los cuales deben cumplir con los requisitos materiales y de presentación de los locales y medios de transporte objeto del contrato, debiendo permitir al Franquiciador inspeccionarlos.
- **En relación a la Publicidad:** En el contrato se establece la obligación del Franquiciado de destinar un determinado porcentaje de las ganancias producidos para publicidad, así como también realizar su propia publicidad con el consentimiento del Franquiciador sobre ella. Todo esto es con el objeto de mantener la uniformidad, el prestigio e imagen de la Franquicia.

e) Cláusulas de Plazos:

La duración de este contrato está dada por lo pactado entre las partes. Esto significa que pueden libremente fijar los términos según sea la voluntad de las partes (este es un tema de Derecho Civil transversal en los diferentes estados). De la misma manera pueden pactar prórrogas automáticas y periódicas del contrato, el que se extinguirá según se explicará en el Capítulo IX.

La doctrina europea y algunos estados que tienen legislación al respecto propenden a establecer periodos de duración razonable que beneficien al Franquiciado, apropiados para conseguir amortizar sus inversiones, dado que estos se encuentran en una posición más débil respecto del Franquiciador.

f) Cláusulas de Inexistencia de Relación Laboral y de Sociedad:

El Franquiciador puede multiplicar indefinidamente su actividad, sin necesidad de establecer sucursales con personas dependientes, es decir, no es necesario que incurra en más inversiones ni refuerce las ya realizadas.

A pesar del alto grado de control que el Franquiciador posee sobre el Franquiciado, esto no deriva en un contrato laboral, así como tampoco en una sociedad, ya que el Franquiciado es un empresario que arriesga su propio capital y es el dueño de los activos en sus propios locales.

Este tópico fue anteriormente desarrollado en el Capítulo V sobre la Naturaleza Jurídica de este contrato, y la conveniencia de manifestarlo expresamente mediante la cláusula contractual radica en la los efectos probatorios como protección

En caso de quiebra de alguno de los Franquiciados, caso en el cual los acreedores del fallido solo podrán cobrar sus deudas al respectivo deudor, y no al Franquiciador ni a los demás integrantes de la red, pues queda de manifiesto la independencia económica que gozan. Si el Franquiciador fuese el fallido, las deudas no podrían ser cobradas a los Franquiciados, sin perjuicio de los derechos que los acreedores puedan hacer valer sobre los bienes de propiedad de la empresa Franquiciadora y los elementos que componen la Franquicia (marca, signos distintivos, locales instalados por el mismo Franquiciador, etc.).

Lo anterior se aplica también en caso de demandas laborales, el Franquiciador no tomará sobre sí las responsabilidades económicas que puedan corresponder al Franquiciado.

Respecto de la responsabilidad extracontractual por daños ocasionados por los productos o servicios que alguno de los Franquiciados, podrá variar dependiendo del grado de control ejercido por el Franquiciador en la manufactura del producto, o si el Franquiciador mismo fabricó el producto, con el fin de determinar la eventual existencia de responsabilidades solidarias, sin que exista una regla general al respecto.

g) Cláusulas de Asistencia al Franquiciado:

El Franquiciador debe realizar un estudio de mercado previo a la concesión de la Franquicia y debe facilitarlos al Franquiciado, así como también debe entregar planos del “*local tipo*”, ofreciendo capacitación continuamente al personal mediante cursos de formación que deberá organizar, lo que se traduce en una obligación del Franquiciado de enviar a su personal a dichos cursos. Además, deberá prestar apoyo e información al Franquiciado, especialmente respecto del *know-how* concedido.

2. Cláusulas Especiales:

a) Cláusulas de Exclusividad de Territorio:

El Franquiciador está obligado a entregar protección territorial limitada a los Franquiciados, para proteger sus inversiones. Esta cláusula puede ser de dos tipos:

• Cláusula Territorial Simple:

Consiste en la obligación del Franquiciador de no explotar por sí mismo la franquicia, así como tampoco comerciar por sí mismo los productos o servicios

objetos de la Franquicia. No le está permitido suministrar por sí mismo sus productos a terceros y el Franquiciador no puede conceder el territorio en explotación de la franquicia a los terceros.

- **Cláusula Territorial Reforzada:**

Consiste en la exclusión de competencia activa por parte del Franquiciado, quien tiene prohibido buscar clientes fuera del territorio objeto del contrato y así, Franquiciado debe concentrar sus esfuerzos en el territorio que le han asignado por medio del contrato.

Además, esto obliga al Franquiciado a no explotar la franquicia fuera del lugar asignado en el contrato o fuera de su base (si es una Franquicia móvil), o de abrir un nuevo local en zona de otro Franquiciado.

- b) Cláusulas de exclusividad de compra de productos:**

El Franquiciado se obliga a comprar solamente productos manufacturados por el Franquiciador o por un tercero que el Franquiciador designe.

La finalidad es la cohesión y uniformidad de la cadena de establecimientos de la Franquicia, y de esta manera venden, distribuyen o comercializan un producto de una sola marca, con igual presentación e igual calidad. El mismo principio se aplica para piezas de repuesto y accesorios.

No es considerada como una cláusula restrictiva de competencia porque estas medidas son necesarias para la protección de los derechos de propiedad industrial o intelectual del Franquiciador o para mantener una identidad común y representativa de la red.

c) **Cláusula en relación al Know-How:**

Debemos recordar el término “Know – How”, cuya traducción estricta del inglés significa “saber cómo” y se relaciona con la idea “saber hacer” y designa el conjunto de conocimientos teóricos y prácticos que en este caso el Franquiciador transmite al Franquiciado, y que se comprende dentro de la naturaleza jurídica del contrato de Franquicia.

- **Protección Directa:**

Su finalidad es proteger el Know-How, y el franquiciado está obligado a no divulgar la información relacionada a él, así como tampoco utilizarla de forma diferente a la establecida en el contrato o utilizarla fuera del ámbito de la Franquicia. Dicha obligación permanece luego de finalizado el contrato, y puede extenderse incluso por un período de un año.

Una excepción a esta cláusula tiene lugar en opinión de la doctrina mayoritaria europea en caso que el know-how se haya vuelto de conocimiento general o haya sido aprendido por medio diferente al quebrantamiento de la obligación de no divulgar la información, y bajo este supuesto, el franquiciado podrá seguir usando las técnicas comprendidas en el know-how.

Además, la protección directa también incluye la obligación de notificar al Franquiciador de la infracción a los derechos de propiedad industrial o intelectual relacionados a los contenidos de know-how concedido. Así mismo, está obligado a entablar acciones judiciales en contra del infractor con el objeto

proteger el contenido del know-how, y a cooperar con las acciones judiciales emprendidas por el Franquiciador.

- **No competencia:**

Consiste en la obligación del franquiciado de no utilizar el Know-how transmitido por el Franquiciador para fines diferentes de los comprendidos en el marco de la Franquicia, por el período de duración de esta, y hasta el plazo razonable luego de finalizado el contrato. La legislación extranjera y la doctrina mayoritaria europea consideran uniformemente que la extensión de un “plazo razonable” sería de un año, para que el ex - Franquiciador no use el conocimiento concedido ni se lleve la clientela de la Franquicia o un nuevo punto de venta en que ejerza una actividad comercial similar a la desarrollada en el marco de la Franquicia.

- **Transferencia de nuevo conocimiento:**

Es lícito obligar al franquiciado a transmitir todo nuevo conocimiento obtenido a través de la explotación del know-how al Franquiciador, lo que podrá transmitir a su vez al resto de los Franquiciados de la cadena o red, y podrán conceder licencia No exclusiva sobre know-how a los demás involucrados en la Franquicia.

d) Cláusulas de Exclusividad de Compra y Venta Recíprocas:

El Franquiciado se obliga a proveerse exclusivamente de ese Franquiciador y a la vez, el Franquiciador se obliga abastecer solo a ese Franquiciado en ese territorio.

Esta cláusula se basa en la Obligación anteriormente explicada referente a mantener una identidad de producción de marca y en la obligación que tiene el Franquiciador de No perjudicar al Franquiciado, perjuicio que se configuraría al originar competencia en ese territorio.

CAPITULO IV

Terminación del Contrato de Franquicia.

Las causales de extinción naturales de este contrato se relacionan con el cumplimiento de los plazos determinados por las partes, mientras que las causales de terminación anormal están relacionadas con el incumplimiento de obligaciones por alguna de las partes contratantes.

De ello pueden derivar variadas obligaciones y efectos patrimoniales:

- 1) **Contrato de Duración Determinada:** Se ha estipulado por las partes que el contrato se extinguiría por el cumplimiento de un plazo pactado, los que pueden variar según la complejidad de la actividad comercial, por lo habrá que distinguir:
 - a) Mediano a largo plazo, de 5 a 10 años que beneficiaría al franquiciado, al permitirle recuperar parte de su inversión o amortizarla al menos.
 - b) Plazo breve de 1 a 3 años, prórrogas o extensiones breves supeditadas al logro de utilidades mínimas anuales, lo que supuestamente, incentivaría el rendimiento del franquiciado.

Ambas opciones pueden existir en compatibilidad con los acuerdos de prórroga Automática o Condicionada, en cuyo caso habrá que distinguir nuevamente:

1° Si es Prórroga Automática, el contrato continuará produciendo sus efectos, a menos que una de las partes decida poner fin al contrato mediante la denuncia dentro del plazo fijado para ello o preaviso de terminación.

2° Si es Prórroga Condicionada, para que el contrato continúe su vigencia, alguna de las partes deberá expresar su voluntad de continuar con la relación contractual, dentro del plazo destinado para este preaviso.

2) Contrato de Duración Indeterminada: Es poco frecuente, por la tendencia a la apropiada definición en las cláusulas de los contratos de Franquicia, y debido a que no es posible considerar la perpetuidad de un contrato, cabe realizar las siguientes observaciones:

- Se podrá terminar el contrato por la denuncia de cualquiera de los contratantes dentro del plazo destinado para ello en el contrato, sin necesidad de expresar justa causa, siempre que se mantenga dentro de los parámetros de la Buena Fe.
- También podrá finalizar por necesidades de la empresa Franquiciante, ya que en caso de escasez de cupos para Franquiciados, lo que deberá ser notificado dentro de un plazo razonable y suficiente, de acuerdo a la complejidad organizativa y las dificultades de reorganización del Franquiciado.

3) Resolución Unilateral por Incumplimiento de Obligaciones: Las siguientes causas pueden dar lugar a la terminación anticipada por del

contrato, y como compensación, la parte incumplidora deberá pagar una indemnización de perjuicios a la parte cumplidora:

- a) El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones por parte del Franquiciante o del Franquiciado, tratadas en el Capítulo precedente (fallar en las obligaciones de asistencia comercial y técnica, o divulgar el secreto industrial, de Know-How, respectivamente).
- b) Preaviso en un plazo inadecuado o diferente del acordado en el contrato, en caso de denuncia unilateral del contrato.
- c) Abuso o mala fe por parte de alguno de los contratantes en el cumplimiento de sus obligaciones.

Además, puede ser necesario considerar los siguientes puntos:

- Compensación por gastos de confianza e inversiones, que debido a la duración del contrato no pudieron ser amortizadas.
- Compensación por productos en existencia sobrantes (stock), las que pueden ser recuperadas por el Franquiciante, por medio de una compra, o este puede darle un plazo al Franquiciado para que las venda.
- Compensación por la cartera de clientes, que no seguirá negociando con el Franquiciado terminado el contrato, sino con otro franquiciado, o con el Franquiciante directamente.

CAPITULO V

Contabilidad y Tributación del Contrato de Franquicia.

La contabilidad y el tratamiento tributario específico para este contrato está asignado en el Oficio N° 203 del Servicio de Impuestos Internos, de 17 de Enero de 2001, el cual fue creado con ocasión de un Recurso de Consulta elevado por la Dirección Regional Metropolitana de Santiago Centro.

En dicho oficio se establece que los ingresos o egresos que provengan de la actividad de un contribuyente se podrán registrar bajo los principios y normas contables de general aceptación, impartidas por el Colegio de Contadores de Chile, sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 16 del Código Tributario, sobre la obligación de llevar la contabilidad adecuadamente.

El Servicio de Impuestos Internos, estableció que el derecho de Entrada, o “*entry fee*”, denominada en el Oficio como Cuota de Incorporación, está gravada con el Impuesto Adicional del inciso primero del Artículo 59 de la Ley de la Renta, ya que se aplica “ *un impuesto del 30% sobre el total de las cantidades pagadas o abonadas en cuenta, sin deducción alguna, a personas sin domicilio ni residencia en el país, por el uso de marcas, patentes, formulas, asesorías y otras prestaciones similares, sea que consistan en regalías o cualquier forma de remuneración.....*”, y en relación a los artículos 74 N° 4 y 79 de la Ley de la Renta, tributo que será considerado único a la Renta.

En cuanto a los pagos de *royalties*, o pagos periódicos de derechos, denominados en el Oficio “*comisiones*”, las que estarán afectas al mismo impuesto que la Cuota de Incorporación, puesto que donde existe la misma razón se aplica la misma disposición.

Se refiere también el Oficio en análisis a los bienes de producción entregados por el Franquiciante al Franquiciado, los que no se contabilizarán como activo fijo, pues pertenecen al primero, y se contabilizan como Pasivo exigible, pues debe ser devuelto en caso de terminación del Contrato, y deberá llevar una nota explicativa de los estados financieros.

El financiamiento por medio de créditos otorgados por el Franquiciante al Franquiciado, y su posterior pago con intereses por parte del último, los que se remesarán al exterior, queda afectado por el artículo 59, N° 1, con una tasa especial del 4% , si cumple con los requisitos de las letras b) y c) de ese artículo. De lo contrario, los pagos de préstamos con interés, se gravan con la tasa de Impuesto Adicional de 35% sobre el exceso de endeudamiento, si cumple con los requisitos previstos. Este impuesto, es de retención y se debe declarar al Fisco por el pagador de la Renta, según las normas de los Artículos 74 N° 4 y 79 de la Ley de la Renta.

Debido a que la Franquicia es una operación comercial, de venta de productos y servicios, está afecto a impuestos en relación a dichas prestaciones, en virtud de el Artículo 2, N° 1 y 2 de la Ley de Impuesto al Valor Agregado, D.L. N° 825 de 1974 . Estarán exentos de I.V.A. las sumas remesadas al extranjero en cumplimiento del contrato, según lo establecido en el Artículo 12, letra E, N° 7 en relación al 59 de la Ley de Renta.

CAPITULO VI

Libre Competencia y el Contrato de Franquicia.

Un fundamento primordial de la economía de mercado es la Libre Competencia, y para explicar el contrato de Franquicia en el mercado económico, es necesario referirse a dicho concepto.

La Libre Competencia resulta de la libre concurrencia de ofertantes que producen bienes o servicios similares, sumados a los consumidores que toman sus decisiones libremente basados en la información sobre características de precio y calidad de los productos, sin que intervengan fuerzas ajenas a las del mercado mismo, esto es, ningún agente debe tener excesiva influencia sobre los precios, productos, servicios o agentes de mercado. Esto tiene como resultado un mercado más equilibrado.

Por regla general, los Estados tienen un rol subsidiario en el mercado, y solo entran en juego cuando deben garantizar a sus ciudadanos, en cuanto estos son agentes de mercado, que la Competencia sea justa, libre, eficiente y equilibrada, de modo que en esos casos deberán crear un marco legal efectivo y una organización que asegure su cumplimiento, con el fin de prevenir fallas en el mercado.

Ese es el fundamento del Derecho de la Competencia, denominado *Competiton Law* o *Antitrust Law* en los sistemas del *Common Law*. Esta rama del Derecho Económico es un conjunto de normas que prohíbe las prácticas

anticompetitivas, así como también las prácticas comerciales injustas. Ejemplos de estas prácticas son los acuerdos con restricción de comercio, monopolios, fusiones contrarias a la libre competencia, discriminación en precios de venta de bienes, ventas condicionadas o ventas atadas, etc.

La gran mayoría de los países en el hemisferio occidental tienen leyes respecto de la Libre Competencia, y las primeras expresiones de este tipo de regulación al mercado comenzaron en E.E.U.U. a fines del siglo XIX, y la Unión Europea tomó provisiones sobre la libre competencia de manera oficial en el Tratado de Roma de 1957.

Bajo los mismos fundamentos de protección de libertades dentro del contexto económico y de mercado es que se originó el Decreto Ley N° 211 de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se fija en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del 18 de octubre del año 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, conocido como Ley para la Defensa de la Libre Competencia, cuya función es promover y defender la libre competencia en los mercados.

Estas normas regulan tangencialmente al contrato de Franquicia debido a que se encuadra dentro las denominadas “restricciones verticales”, las cuales consisten en acuerdos comerciales celebrados entre dos o más empresas que están en distintos niveles o etapas de producción, de manera que podrían restringir la competencia, pero también establecen eficiencia que producen un mayor bienestar del consumidor.

Las restricciones verticales contienen elementos de contratos de distribución, comercialización de bienes y servicios, contrato de concesión, contrato de suministros exclusivos, sugerencias de precios y cláusulas de exclusividad de distintas especies, lo que está fuertemente relacionado con las conductas que afectan de manera negativa a la Libre Competencia.

El D.L. N° 211 en su Artículo 3° se refiere a la Libre Competencia y las distorsiones que ella puede sufrir, las que se encuentran señaladas a continuación:

“Artículo 3°.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de

mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.

b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

d) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.”

1) Comisión Resolutiva, Comisión Preventiva Central y Comisiones Preventivas Regionales:

Para asegurar el cumplimiento de la normas el legislador dispuso en el Decreto Ley N° 211 la creación de la Comisión Resolutiva, la Comisión Preventiva Central y las Comisiones Preventivas Regionales, concentraban las funciones de juez, investigador y parte en un procedimiento inquisitivo, ejerciendo las facultades de su competencia por medio de Resoluciones y Dictámenes.

Para mantener ciertas libertades de elección de los Franquiciados respecto de productos y servicios, así como también entregarle cierta protección respecto de abusos de la posición dominante que el Franquiciador posee respecto del Franquiciado, es que dichos organismos prohibieron ciertas cláusulas y prácticas, mediante la dictación de resoluciones que sientan precedente

jurisprudencial. Las Resoluciones relevantes para el estudio del contrato de Franquicia son las referidas a cláusulas de Exclusividad Territorial, de Exclusividad de Compra de productos, de no competencia, Exclusividad de compraventa recíproca, que quedan comprendidas especialmente en la las letras a y b del artículo 3 antes transcrito. A continuación se explica en detalles las resoluciones y su sus fundamentos:

- **Resolución N° 9 de 9 de Abril de 1975:**

Referente a cláusulas de Territorialidad y discriminación arbitraria. Se inició por denuncia en contra de Automotriz Corfo-Citroen S.A. y de S.A.C. e Importadora Citroen, por parte de dos de sus concesionarios.

Esto debido a que los fabricantes, importadores, comerciantes o proveedores pueden fijar condiciones de sus ventas y descuentos según volumen y frecuencia de compra, forma de pago, pero debe ser basado en condiciones generales y objetivas, de lo contrario constituye una discriminación arbitraria. Además, les asignaron territorios específicos, lo cual importa el reparto de zonas de mercado y es un arbitrio atentatorio de la libre competencia.

Además, coartaron su libertad comercial, ya que les prohibieron a los concesionarios comerciar otras marcas de automóviles, vender artículos distintos de los específicamente autorizados y expandir su giro comercial, entrometiéndose injustificadamente en la actividad, lo cual constituye una ilegitimidad desde el punto de vista legal en la actividad comercial de los concesionarios.

- **Resolución N° 28 de 19 de Enero de 1977:**

Iniciada por denuncia ante la Comisión Resolutiva, que estimó restrictivo a la Libre Competencia en el mercado de la elaboración de bebidas alcohólicas el contrato de distribución exclusiva entre las Cooperativas Agrícolas y Písqueras Elqui Ltda., Vitivinícola del Valle del Huasco Ltda., Control Písquero de Elqui Ltda. y Joseph E. Seagram & Sons Incorporated.

Se determinó que atentaban contra la Libre Competencia, las cláusulas del contrato que establecían la distribución exclusiva de los productos, si es entregada a un solo agente en Estados Unidos y Canadá; también contenía una cláusula de obligación de los productores de no vender ni exportar a terceros países sin exigir que el importador garantizara que el producto no sería reexportado a Estados Unidos ni a Canadá, además de cláusulas de exclusividad en la compra venta recíproca.

- **Resolución N° 48 de 27 de Septiembre de 1978:**

Referente a discriminación arbitraria y cláusulas de territorialidad, se inició por denuncia en contra de Compañía Chilena de Tabacos S.A. y Chiletabacos, en el contexto del comercio por mayor y en comisión.

La Comisión estimó que el proveedor o productor que vende a un comerciante independiente está obligado a venderle a todos y en las mismas condiciones, según pautas razonables, generales y objetivas de diferenciación, relativas a la venta misma y no a la persona del comprador. Tampoco puede restringir la libertad de comercio de este último imponiendo zonas preferentes o

clientes a los que no puede acceder, o dar un trato discriminatorio arbitrario al otorgar descuentos a comerciantes minoristas que si cumplen con los requisitos de la Compañía.

La asignación de zonas preferentes y la prohibición de venderles a ciertos clientes, solo porque las compañías los proveen constituye una denegación de venta, lo cual es contrario a la Libre Competencia.

- **Resolución N° 90 de 28 de Enero de 1981:**

Iniciada por mediante consulta de la Compañía General Motors Chile S.A. ante la Comisión Resolutiva en referencia a sus propias acciones. La compañía trabajaba con un sistema de comercialización que impedía a comerciantes ajenos a la red General Motors y posteriores revendedores de sus automóviles acceder a la mantención, reparación y venta por menor de repuestos necesarios para los automóviles fabricados por esa compañía, ya que la consultante había previamente designado a los miembros para formar una red exclusiva en Chile para dichos fines, impidiendo la participación y competencia a terceros ajenos a ella. Dichas acciones constituían conductas de discriminación arbitraria, a las cuales se refiere el artículo 2, letra e) del DL 211.

- **Dictamen N° 875/737 de 24 de Septiembre de 1993:**

La Comisión Preventiva Central recibió una consulta de Cientec S.A. sobre las disposiciones legales vigentes sobre libre competencia en relación a los contrato de Franquicia de Infoland.

La Comisión emitió un dictamen, exponiendo como doctrina que las cláusulas que impone la prohibición al cónyuge o parientes del Franquiciado a no interesarse, directa o indirectamente, en un negocio o negocios de características iguales o similares a Infoland, y la prohibición al franquiciado de contratar a un ex-empleado de esa empresa o de otro Franquiciado, ya que ambas cláusulas vulneran lo prescrito en el artículo 2, letra e) del decreto ley 211, de 1973, sobre libre competencia, ya que se considera como arbitrario todo hecho, acto o convención que impida o entorpezca el legítimo acceso a una actividad, trabajo o entorpezca la libertad de trabajo. . Debido a que esas restricciones no tienen por objeto hacer más eficientes el contrato o sistema de Franquicia, no son aceptables ni aún en el uso de canales contractuales que, por su naturaleza, restringen los derechos del contratante que a ellos adhiere.

- **Dictamen N° 925 de 6 de Enero de 1995:**

Esso Chile Petrolera Limitada sometió al análisis de la Comisión el contrato de Franquicia y las estipulaciones en él contenidas sobre los autoservicios y estaciones de comida rápida que posteriormente colocaron en cada punto comercial de su red de Franquicia:

El Franquiciado se obliga a aceptar la asesoría del Franquiciador concerniente a prácticas de mercado, administración y controles contables, selección de productos, programas de entrenamiento en el uso adecuado y seguro de los equipos, uniformes estándares, asesoría en el abastecimiento de productos y selección de proveedores, promociones para la inauguración y programas mensuales de promoción, etc.

Se prohíbe la comercialización de cualquier producto o servicio que pueda ser ofensivo para parte considerable del público o adverso a la imagen, reputación y plusvalía del Franquiciador.

El Franquiciado se compromete a mantener en todo momento ciertos “productos de conveniencia” para la venta al público; mantener las condiciones de limpieza, higiene y salud; velar por la imagen facultando a la compañía para efectuar inspecciones periódicas, corregir las eventuales deficiencias, bajo la sanción de terminación o no renovación del contrato si no fueren enmendadas y la prohibición de borrar u ocultar la identificación del local

Debido a que el Franquiciado se somete a varias restricciones con el objetivo de proporcionar un mejor servicio bajo una marca con un prestigio que proteger en un mercado altamente competitivo, la Comisión consideró que las cláusulas no significaban un atentado a la libre competencia.

2) Fiscalía Nacional Económica y Tribunal de Defensa de Libre Competencia:

La ley 19.911 de 2004 refundió el texto original del Decreto Ley N° 211 con aquellos que lo complementaban, y disolvió la Comisión Resolutiva, la Comisión Preventiva Central y las Comisiones Preventivas Regionales, reemplazándolas por la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, para concentrar las funciones de manera más eficiente e independizar la investigación de la etapa decisiva.

La Fiscalía Nacional Económica, conocido también como F.N.E. tiene sus funciones establecidas en el artículo 39 del D.L. 211, el cual le otorga la facultad de investigar de oficio periódicamente cualquier mercado en el que se sospeche existan distorsiones de la Libre Competencia o si existe riesgo de ello. El objetivo de esto es fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la ley y de la Resoluciones del T.D.L.C., así como también las disposiciones de los organismos de defensa de la Libre Defensa disueltos, ya que sus resoluciones retienen su fuerza vinculante, a menos que el T.D.L.C. expresamente las prive de ella. Además, recepciona e investiga los casos de denuncias formales e informales de una situación semejante a las descritas en el artículo 3° del D.L. 211.

El artículo 5° del D.L. 211 dispone que el Tribunal para la Defensa de la Libre Competencia también conocido como T.D.L.C., tiene por función prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia.

El T.D.L.C. ejerce su competencia por medio de un procedimiento escrito en el cual tiene la facultad de conocer y juzgar, dictando para ello Sentencias, Resoluciones e Instrucciones de carácter general sobre las materias que hayan sido sometidas a su conocimiento, ya sea mediante consultas o demandas.

Debido a que tanto la FNE como el TDLC tienen por misión continuar las labores de las Comisiones derogadas, ha sido necesario que el Tribunal continúe dictando resoluciones sobre algunos de los aspectos esenciales del contrato de Franquicia, ya que contiene elementos de contratos de distribución, comercialización de bienes y servicios, contrato de concesión, contrato de suministros exclusivos, sugerencias de precios y cláusulas de exclusividad de

distintas especies, lo que ha sido mal mirado históricamente en relación a la Libre Competencia por las Comisiones y ahora por el TDLC:

- **Resolución N° 15 de 3 de Agosto de 2006:**

La Fiscalía Nacional Económica presentó una consulta ante el TDLC sobre el contrato de Franquicia de SOCOFAR S.A. sobre la red de farmacias Cruz Verde, debido a sospechas de que no se ajustaba a las normas de Libre Competencia, ya que por su volumen de ventas y cantidad de farmacias asociadas a la red, ha producido una reducción de farmacias independientes en condiciones de competir, es decir, reducción de tamaño del mercado por los demás distribuidores.

El TDLC determinó que si bien no atentaba abiertamente en contra de la Libre Competencia debido a la falta de claridad en el asunto, la FNE debía continuar vigilando atentamente la industria de la distribución farmacéutica para asegurarse de que no infringieran las normas del DL N° 211.

La FNE recibió una denuncia por parte del Servicio Nacional de Salud y tras investigar la información durante varios meses, presentó un requerimiento ante el TDLC en contra de Salcobrand, Cruz Verde y Farmacias Ahumada (FASA) fines del año 2008. Finalmente, se llegó a la conclusión las tres cadenas de farmacias, que cubrían el 90% del mercado, habían realizado prácticas contrarias a la Libre Competencia en la forma de colusión de precios.

CAPITULO VII

Jurisprudencia de Tribunales de Justicia

1) Jurisprudencia de Tribunales Europeos:

Los sistemas de Derecho imperantes en los diversos países de Europa Continental consideran que las sentencias sólo son obligatorias en las causas en que se dictan, por lo que la jurisprudencia no es una fuente de Derecho principal. A pesar de ello, se ha formado Jurisprudencia en base al Derecho comunitario europeo prescrito en el Tratado de Roma, respecto al Derecho de Competencia.

Las siguientes sentencias son las más importantes, y están fundamentadas en el mencionado Tratado, y a partir de ellas se ha creado la doctrina y los principios que guían a las demás sentencias:

- **Asunto N° 161/84 Pronuptia de París GmbH con Schigallis, resuelto por sentencia de 28 de enero de 1986 del Tribunal de Luxemburgo:**

Conocido también como Pronuptia v. Schigallis, sentó las bases doctrinarias en la Comunidad Europea respecto de los contratos de Franquicia.

En los hechos, la compañía francesa Pronuptia de París S.A. (vestidos de novia) tenía una filial en Alemania bajo el nombre de Pronuptia de París GmbH Frankfurt am Main, la cual suscribió 3 contratos de Franquicia con la Sra. Irmgard Schigallis para las ciudades de Hamburgo, Oldenburgo y Hannover.

Los contratos contenían las cláusulas ahora consideradas como típicas o generales, tales como las cláusulas de obligación de pago, obligación de precio, protección de identidad de la marca registrada y su representación, además de la cláusulas especiales de Exclusividad de Territorio y de No competencia.

La Sra. Schigallis cayó en mora en cuanto a los pagos de cánones, por lo que fue demandada por Pronuptia de París GmbH, y posteriormente fue condenada al pago de ellos en primera instancia, lo cual fue revocado en segunda instancia, ya que la Oberlandesgericht de Frankfurt consideró que los contratos debían reputarse nulos, debido a que infringían el Artículo 85.1 del Tratado de Roma en relación a los principios señalados en el Artículo 81 del mismo cuerpo normativo, los cuales prescribían:

Artículo 101 (Antiguo artículo 81 TCE)

“1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;*
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;*

c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.”

Artículo 105 (Antiguo artículo 85 TCE)

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 104, la Comisión velará por la aplicación de los principios enunciados en los artículos 101 y 102. A instancia de un Estado miembro o de oficio, y en colaboración con las autoridades competentes de los Estados miembros, que le prestarán su asistencia, la Comisión investigará los casos de supuesta infracción de los principios antes mencionados. Si comprobare la existencia de una infracción, propondrá las medidas adecuadas para poner término a ella.”

Al ver anulados sus contratos de Franquicia, Pronuptia de París GmbH Frankfurt am Main interpuso un recurso de Revisión ante el Tribunal Supremo Alemán, el cual consideró que dependía de la interpretación del Artículo 85.1 del Tratado de Roma y, si es que éste era aplicable o no a los contratos de Franquicia con todo lo que estos entrañan.

El Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas con sede en Luxemburgo dictó sentencia el 28 de enero de 1986 estableciendo el primer cuerpo de doctrina sobre la franquicia en Europa: su naturaleza jurídica, sus elementos esenciales y las obligaciones principales de franquiciador y franquiciado, con énfasis en la existencia de las restricciones de comercio en los contrato de Franquicia.

La sentencia expuso varias conclusiones en relación a los contratos de Franquicia y las prácticas anticompetitivas prohibidas en el artículo 85.1 del Tratado de Roma, entre las cuales se encuentran:

1. La compatibilidad de los acuerdos de franquicia de distribución con el artículo 85.1 del Tratado está en función del contenido de sus cláusulas y del contexto económico en que se desenvuelve el mismo.
2. Las cláusulas que sean indispensables para impedir que los competidores puedan beneficiarse del know-how de la asistencia aportada por el franquiciador no constituyen restricción de la competencia según el artículo 85.1 del Tratado.
3. Las cláusulas que establezcan un control indispensable para mantener la identidad y prestigio de la red de distribución no constituyen restricción de la competencia tal y como la define el artículo 85.1.
4. Las cláusulas relativas al reparto de mercados entre franquiciador y franquiciado o entre franquiciados constituyen restricción de la competencia tal y como se define en el artículo 85.1.

5. El hecho de que el franquiciador comunique al franquiciado precios indicativos no es constitutivo de restricción de la competencia siempre que no exista entre el franquiciador y los franquiciados (o entre los franquiciados) una práctica concertada para aplicar, de manera efectiva, esos precios.

6. Los contratos de franquicia de distribución que contengan cláusulas sobre reparto de mercados entre franquiciador y franquiciado (o entre franquiciados), pueden afectar al comercio entre Estados miembros.

El Derecho europeo comunitario de la competencia tenía un esquema de regla y excepciones, de modo que el Tratado enumeraba una serie de conductas (art. 85.1) que resultan prohibidas con carácter general y después enumera una serie de supuestos o circunstancias (art. 85.3) en que las dichas prácticas prohibidas pueden ser autorizadas o declaradas lícitas, las cuales se fundamentan en la sentencia de Pronuptia, la cual fue además la base del Reglamento 4087/88, de 30 de noviembre de 1988, publicado en el Diario Oficial de la Comunidad Europea edición L359 de 28 de Diciembre de 1988, y cuya vigencia entre el 1º de Febrero de 1989 y se mantuvo hasta el 31 de diciembre de 1999.

Debido a diversas modificaciones realizadas a través de los años, el Artículo 81 pasó a ser el artículo 101 del Tratado de Roma, y fue enmendado posteriormente, con el fin de incluir de forma definitiva los contratos de Franquicia que habían sido protegidos por medio del Reglamento 4087/88, durante toda una década, agregando un tercer apartado al texto:

“3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

— cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,

— cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas.

— cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) Ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.”

Otros importantes contratos de Franquicia que han sido examinados por la Comisión europea para verificar que fuesen adecuados al Derecho Comunitario antes de la publicación del reglamento 4087/88, y que extendieron la doctrina sobre los contratos de Franquicia fueron:

- **Yves Rocher, Decisión 87/14/CEE de la Comisión de 17 de diciembre de 1986 publicada en el DO N° L 8 de 10 de enero de 1987:**

La empresa Yves Rocher sometió al exámen de la Comisión los contratos celebrados por dicho grupo para la distribución de productos cosméticos dentro de la comunidad.

Siguiendo la doctrina creada en el caso Pronuptia, la Comisión decidió que los contratos tipo con cláusulas de mantenimiento de precio de reventa,

prohibición de intercambio de productos entre Franquiciados, lista de precios por menor recomendados y los precios a pagar por los Franquiciados en los estados miembros de la Comunidad Europea no constituían restricciones de libre competencia y postuló que la Franquiciadora tenía el derecho de seleccionar a sus concesionarios en función de su personalidad y de su aptitud general presumible para la explotación del comercio y de los resultados obtenidos al final del curso de formación, de modo que los contratos suscritos eran “intuitu personae” y los contratos solo podían ser transferidos o cedidos con acuerdo escrito previo por parte del Franquiciador, lo cual es una de las cláusulas que pueden agregarse al contrato de Franquicia.

- **Computerland, Decisión 87/407/CEE de la Comisión, de fecha 13 de julio de 1987 publicada en el DOCE N° L222 de 10 de agosto de 1987:**

Respecto de un procedimiento de revisión del contrato tipo que utilizaba Computerland Europa S.A. de Luxemburgo, filial de Computerland Corporation de California, para la venta al por menor de productos microinformáticos, lo cual fue solicitado a la Comisión por dicha empresa.

El contrato tipo de Computerland se caracterizaba por garantizar a sus Franquiciados que no se abriría ningún otro local de la misma red en sus alrededores; libertad de aprovisionamiento de los productos autorizados; libertad en los territorios en que operan y la clientela que desean servir, sin exclusividad en materia de comercialización o de clientela, lo que significa que los Franquiciados eran libres de buscar activamente clientes; no imponía ni recomendaba los precios de venta aplicables al cliente final, lo que, unido a la libertad de aprovisionamiento de los Franquiciados, implica una competencia

considerable en los precios dentro de la red. En adición a esto, los Franquiciados ofrecían productos que se vendían simultáneamente en numerosos establecimientos competidores de otras redes.

Las condiciones de ese mercado eran muy competitivas por lo que la Comisión estimó que si bien había cláusulas de exclusividad territorial, las restricciones a la competencia eran apenas las indispensables para garantizar la existencia de la red de Franquicia, y que por lo tanto no había una alteración de la libre competencia.

- **Decisión 89/94/CEE de la Comisión de fecha 2 de diciembre de 1988 publicada en el DOCE de 7 de febrero de 1989:**

La sociedad Charles Jourdan AG, con sus sociedades filiales poseía un gran número de sociedades en Francia, en el resto de la Comunidad y fuera de ella y llevaban a cabo un gran volumen de negocios a través del sistema de Franquicias, cuyos contratos se caracterizaban por celebrarse *intuitu personae* en función de las cualidades morales y profesionales del candidato, sin posibilidad de cesión del contrato a un tercero sin el acuerdo del grupo. Además, el Franquiciado sólo podía ejercer su actividad comercial en los locales comerciales definidos en el contrato, con la ventaja de que no podía existir más de un Franquiciado en el mismo territorio.

La decisión señaló que no constituían restricciones de la competencia, las cláusulas indispensables para impedir que los conocimientos técnicos transmitidos y la asistencia prestada por el Franquiciador beneficien a los competidores, así como aquellas que organicen el control indispensable para

preservar la identidad y la reputación de la red y sus distintivos, las que se manifiestan en las cláusulas de protección directa en relación al know-how y la Obligación de No Competencia, así como también la cláusula de protección de identidad de Marca Registrada y su representación.

2) Jurisprudencia de Estados Unidos.

El Derecho de dicho país pertenece al sistema del Common Law, y se caracteriza porque las decisiones que los diversos Tribunales de Justicia toman son vinculantes para los demás tribunales, formando lo que se conoce como precedentes, lo cual constituye el denominado “Case Law”. A continuación, los precedentes más relevantes respecto de la Franquicia en los Estados Unidos:

- **Dayan v. McDonald’s Corporation:**

En 1984, la Corte de Apelaciones del estado de Illinois determinó en el caso Dayan v. McDonald’s Corporation que el Franquiciado había incumplido su obligación de mantener los criterios de calidad, servicio y limpieza impuestos por el Franquiciador, lo que constituía causa suficiente para la terminación anticipada del contrato

- **Scheck v. Burger King Corporation:**

En 1992, el caso de Scheck v. Burger King Corporation, la Corte del Distrito Federal de Florida declaró que el Franquiciador había infringido el pacto de buena fe contractual al abrir otro local de la Franquicia a menos de 3 kilómetros del Franquiciado, lo cual infringía los principios contrarios a la

invasión de territorio. Además, concluyó que el acuerdo implícito de la buena fe existente en cada contrato no puede sobrepasar a los términos expresados en un contrato escriturado, pero si no hubiese sido expresado, el Franquiciador no puede beneficiarse de la falta de estipulación, ya que constituiría un acto de mala fe.

La tendencia corporativa de los últimos 20 años en los Estados Unidos ha sido la omisión de cláusulas relacionadas con la Exclusividad Territorial, que en teoría no es esencial para el contrato de Franquicia, debido a que en ese país, la prioridad corporativa es la expansión de la red y por lo tanto, dicho tipo de cláusulas no son tan importantes para el Franquiciador, cuyo interés es mantener e incentivar el sistema de Franquicias.

A pesar de ello, hasta dos tercios de los Franquiciados requiere algún tipo de exclusividad territorial en sus contratos, por lo que las partes pueden acordar un derecho territorial limitado, concediendo cierta libertad al Franquiciador para continuar expandiéndose, pero sin llegar a invadir el territorio del Franquiciado.

En doctrina, se ha sostenido que la exclusividad territorial debe entenderse como un elemento del Know- How y como parte de las bases territoriales del éxito inicial del Franquiciado, y por ello, muchas veces se presume por parte de los Franquiciados que la exclusividad de territorio es parte del pacto de la buena fe y del trato justo que esperan recibir por parte del Franquiciador, pero es en realidad un cláusula especial.

- **Vylene v. Naugles:**

En 1997, el Noveno Circuito de Apelaciones expandió la doctrina enunciada en *Scheck v. Burger King Corp.*, cuando falló en favor del Franquiciado en *Vylene v. Naugles*, caso en el que uno de los Franquiciados de una cadena de restaurantes de comida mexicana dejó de pagar las regalías al Franquiciador (*Vylene Enterprises*), debido a que este último estableció un nuevo local de la Franquicia a 2 kilómetros del local del Sr. Naugles. La sentencia contenía los mismos fundamentos de *Scheck*, es decir, que existía una infracción a la buena fe y al trato justo en esa conducta, considerando un acto de mala fe la instalación de un local competidor con el potencial de perjudicar al Franquiciado, sino que también podría reducir las regalías de las operaciones que recibe el Franquiciador.

- **Burger King Corporation v. Weaver:**

En 1999, el Onceavo Circuito de Apelaciones dictó sentencia en la causa de *Burger King Corporation v. Weaver* y es que al considerar la política de larga data que esta empresa mantenía en contra de la invasión y canibalización comercial, reforzaba la misma línea establecida en *Scheck v. Burger King Corp.*, concluyendo que ninguno de los contratos concedidos por Burger King daba derechos absolutos para establecer nuevas Franquicias en otra locación a su arbitrio, lo que permitía al Franquiciado fundar su reclamo en el pacto implícito de buena fe.

CAPITULO VII

Legislación sobre Contratos de Franquicia en Derecho Comparado

La gran complejidad de relaciones y el gran número de áreas involucradas hacen que la legislación sobre el contrato de Franquicia sea variada y diferente en cada país, enfocándose a menudo en dos aspectos:

- a) Divulgación de Información de manera previa a la celebración del contrato, por parte del Franquiciador hacia el Franquiciado y viceversa:

Se requiere información en variados niveles y en detalle sobre la Franquicia para que el postulante a la red pueda decidir si ingresa o no a ella, y suele ocurrir que los problemas surgen una vez que ya es parte de la red, debido a las expectativas incumplidas que el Franquiciado tenía sobre los resultados económicos futuros.

Ejemplos de la información en el documento de divulgación de información por parte de del Franquiciador:

- Quiénes conforman el Directorio de la Empresa.
- Estructura legal de la Empresa.
- Propiedad intelectual relativa a la Franquicia.
- Informes del estado financiero de los últimos 2 o 3 años de la Empresa, según cada país.
- Otros miembros de la Franquicia.

- Información general: duración, condiciones de renovación, terminación y concesión del contrato.
- Información sobre exclusividades.

Por la misma razón antes explicada, puede imponerse el deber de divulgar la información relevante sobre sí mismo al postulante a Franquiciado o sub-franquiciado en beneficio del Franquiciador, para que este pueda evaluar si es o no adecuado para ser miembro de la red de Franquicia.

Ejemplos de información en el documento de divulgación de información por parte de del Franquiciado o sub-franquiciado:

- Historia crediticia.
 - Antecedentes legales y litigios pendientes.
 - Experiencia comercial.
- b) Las obligaciones entre las partes una vez celebrado el contrato de Franquicia, es decir, el contenido del contrato mediante las cláusulas de uso más frecuente, sobre las que trató el Capítulo VIII.

Hay países que eligen cubrir solo uno de estos aspectos, dejando el resto a la voluntad de las partes, mientras que otros cubren ambos, lo que da menor flexibilidad, pero provee mayor certeza jurídica, y a continuación se explica a modo ejemplar algunas legislaciones extranjeras:

1. Estados Unidos de América:

Es el país de origen de esta forma de actividad comercial y del contrato, cuyo intenso desarrollo y la consiguiente experiencia obtenida de él, les permitió crear una legislación a nivel Federal, es decir, vinculante en todo el territorio de los Estados Unidos, es el Reglamento sobre Requisitos de Divulgación y Prohibiciones respecto del *Franchising* y Empresas de Oportunidades de Negocios, emitida en 1979 por la Comisión de Comercio Federal o F.T.C., con el fin de proveer cierta protección a las partes.

Este Reglamento se encuentra en el Título 16, de Prácticas Comerciales, Capítulo Primero de la Comisión Federal de Comercio, Parte 436, en el cual explica con gran detalle qué información debe ser entregada por el Franquiciador al postulante a Franquiciado, y cuales son las excepciones a esa cobertura.

Para complementar al Reglamento, la F.T.C. creó una guía llamada Circular de Oferta Uniforme de Franquicia, conocida por sus siglas en inglés U.F.O.C., cuyo objetivo era facilitar el cumplimiento de los requisitos de divulgación prescritos por el Reglamento. Esta guía fue revisada y modificada en 2007 por la F.T.C., y pasó a denominarse Documento de Divulgación de Franquicia, o por sus siglas en inglés, F.D.D el cual es un documento legal de divulgación de información sobre la Franquicia, cuya entrega es obligatoria en cada uno de los estados de ese país, desde el 1° de Julio de 2008.

El reglamento original fue enmendado para incluir el uso de tecnologías electrónicas para la entrega de la información y notificaciones (copias en papel, copias electrónicas en C.D., copias enviadas por correo electrónico, etc.), para

añadir más requisitos de divulgación sobre la naturaleza de la relación entre el Franquiciador y los Franquiciado, además de otros tipos de información que no era solicitada en la guía U.F.O.C. La nueva versión también exenta a algunos tipos de empresas de entregar información, que el reglamento original no consideraba e incluye prohibiciones sobre ciertas prácticas.

La Parte 436.1 del Reglamento contiene varias definiciones, entre las que se encuentra la de Afiliado, Cláusula de Confidencialidad, Divulgación, Representación de rendimiento financiero, Franquicia, Franquiciado, Franquiciador, etc.

El 436.2 del Reglamento prescribe la obligación de proveer documentos, y señala que una copia con datos actualizados del F.D.D. debe ser entregada al menos 14 días calendarios antes de firmar cualquier tipo de acuerdo vinculante o de realizar un pago, y otorga el mismo plazo si hubiese algún cambio en el contrato.

Se aplica el mismo plazo en caso de que el Franquiciador altere unilateralmente y de manera importante las condiciones básicas del contrato de Franquicia o contratos relacionados.

Además, una copia tangible del documento, en papel o en C.D., debe ser enviado por medio de correo certificado a la dirección provista por el postulante a Franquiciado, en un plazo mínimo de 3 días previos a la firma de los contratos.

La información a entregar se refiere al Franquiciador, a sus predecesores, afiliados; experiencia comercial; juicios en los que se haya visto involucrado

como parte, bancarrotas; tarifas iniciales y tarifas periódicas; inversión inicial estimada; restricción de fuentes de producción y de servicios; obligaciones del Franquiciado; financiamiento; asistencia del Franquiciador en cuanto a publicidad, sistemas computacionales y entrenamiento; territorios; marcas comerciales, patentes, derechos intelectuales y propiedad intelectual; obligación de participar en la Franquicia; restricciones sobre los artículos que el Franquiciado puede vender; renovación, terminación, transferencia de derechos emanados del contrato; resolución de disputas; reportes de rendimiento financiero; información sobre canales y otros Franquiciados; estados financieros; contratos existentes; facturas y boletas; y una copia del contrato de Franquicia que se firmará.

El resto del Reglamento continúa profundizando de forma exhaustiva los detalles del contenido del F.D.D., el formato, la tabla de contenidos, formatos, las instrucciones para preparar el documento de divulgación y actualización de los datos, exenciones de informar sobre algunos temas para algunas empresas, etc.

La parte 436.9 incluye las prohibiciones de entregar información contradictoria, de entregar testimonios falsos como método publicitario, incumplir en la divulgación temprana de información, incumplir en la actualización de la información, incumplir la obligación de notificar modificaciones unilaterales, prohibición de renunciar a acciones y derechos, incumplir en cuanto a reembolsos prometidos.

A nivel estatal, varios estados tienen leyes de divulgación que incluyen la obligación de los Franquiciadores de registrarse en instituciones estatales. Otros

estados tratan sobre el contenido de los contratos, es decir las obligaciones y la relación entre Franquiciador y Franquiciado, mientras que otros tantos estados solo cumplen con la normativa Federal.

2. Bélgica:

El 1° de Febrero del 2006 entró en vigencia la “Ley relativa a la información pre-contractual en el cuadro de acuerdos de contratos de sociedad comercial”, la cual incluye a la Franquicia entre muchos otros contratos. Esta ley establece la obligación del Franquiciador de entregar un borrador del contrato y un documento especial de divulgación de información al menos un mes antes de celebrar el contrato y toda la información entregada es confidencial.

Ese documento se divide en dos partes y la primera parte debe señalar si es un contrato *intuitu personae*, las obligaciones de los contratantes, las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones, compensación en caso de que sea necesario por revisión del contrato a lo largo de su cumplimiento o su renovación, cláusulas de no competencia, duración y condiciones de ella, requerimientos de notificación y requerimientos de terminación del contrato, etc. Si alguno de estos requisitos no es cumplido, el Franquiciado puede impetrar la acción de nulidad del contrato dentro de 2 años desde que este se ha ejecutado.

La segunda parte se refiere a la individualización de la persona jurídica o persona natural con que se contrata, y en caso de que sea persona jurídica, quien es la persona natural que la representa y a qué título; la naturaleza del giro del Franquiciador; derechos de propiedad intelectual; experiencia comercial en

sociedades y, si es necesario, el estado financiero de los últimos tres años del Franquiciador, entre otros datos relevantes. Si falta alguno de los datos requeridos en el documento de información, el Franquiciado podrá invocar la nulidad de las cláusulas contractuales relativas a la información faltante.

Otras prescripciones de esta se refieren a temas contractuales generales, como por ejemplo que el documento de información y el contrato deben ser expresados de manera clara y completa, y en caso de que una cláusula o información sea poco clara, la interpretación favorable al Franquiciado prevalecerá; se tendrán por no escritas las cláusulas en cuanto contradigan lo prescrito por la ley; la ley aplicable en la fase precontractual será la ley belga, la cual será la aplicada también en caso de que la actividad comercial se desarrolle principalmente dentro del territorio del Reino de Bélgica.

3. Italia:

La ley N° 129 de 6 de mayo de 2004 denominada “Normas para la disciplina de la afiliación comercial”, define en el primero de sus 9 artículos el contrato denominado “afiliación comercial” (en el texto aparece a continuación la palabra *franchising* entre paréntesis), y a continuación enumera y define los elementos que la componen: el *know-how*, el cual debe ser secreto, substancial e identificado; la tarifa de entrada, las regalías, y los bienes del Franquiciador.

El segundo artículo se refiere a la alcance de esta ley, que es aplicable tanto a los contratos de Franquicia Comercial o *Master Franchise* como a la *Corner Franchise*.

El tercer artículo se refiere a la forma y contenido del contrato, prescribiendo que debe manifestarse por escrito bajo pena de nulidad. En los siguientes artículos se refiere al contenido de las cláusulas y requisitos, entre ellos que la red Franquiciada debe ser una formula comercial ya probada en el mercado; si la duración del contrato es por un período limitado, el Franquiciador debe garantizarle al Franquiciado un tiempo de duración mínimo para amortiguar sus inversiones, el que nunca debe ser menor a 3 años, y la excepción se encuentra en el caso de que una de las partes incumpla alguna de las obligaciones del contrato.

Además, el contrato debe mencionar expresamente los siguientes puntos relacionados a la actividad desarrollada dentro de territorio de la República Italiana:

- Monto de inversión y tarifa de entrada previa al inicio de la actividad.
- Forma de calcular royalties, y pago de ellos, con un volumen de ventas mínimo antes de pagarlos.
- Derechos territoriales exclusivos ante otros franquiciados o ante otros canales de venta administrados por el Franquiciador.
- Detalles del *Know -How* proveído por el Franquiciador y medios posibles de reconocimiento a cualquier contribución al *Know- How* hecho por el Franquiciado.
- Lista detallada de servicios que el Franquiciador debe proveer al Franquiciado, ya sean técnicos, asistencia comercial o entrenamiento.
- Condiciones de renovación, resolución y transferencia de derechos en el contrato.

En el cuarto artículo establece las obligaciones del Franquiciador sobre la divulgación de información:

- Al menos 30 días antes de de firmar el contrato debe entregar el contrato completo y los apéndices con la información a revelar.
- Información importante del Franquiciador, como nombre legal de la empresa y su capital, y si es solicitado por el franquiciado, una copia del estado financiero de los últimos tres años o desde la fecha de inicio de la compañía, si es que hubiese sido creada si tiene menos de 3 años.
- Insignias de la red con detalles del registro de ella, o la licencia concedida al Franquiciado principal por parte del Franquiciador en caso de que se trate de una sub-franquicia y los documentos que lo acrediten.
- Concisa descripción del giro de la actividad de la Franquicia.
- Lista de Franquiciados anuales actualizada con sus respectivas ubicaciones y los canales de venta administrados por el mismo Franquiciador en los últimos tres años y o desde el inicio de la Franquicia si el período es inferior a aquel.
- Concisa descripción de cualquier proceso judicial o arbitral concluido en los últimos tres años, hincados en contra del Franquiciador por parte de alguno de los Franquiciados, por terceras partes o por las autoridades, sin perjuicio de las normas generales sobre privacidad y confidencialidad.

En el quinto artículo se establecen que Franquiciado solo tiene las obligaciones de no transferir el canal comercial sin el consentimiento previo del Franquiciador y respetar la confidencialidad de la información a él entregada.

El sexto artículo se refiere a la conducta pre-contractual de ambas partes, que deben actuar de manera leal, honesta y de buena fe, obligando a ambas partes a entregar la información que esotro consideraría necesaria o útil para celebrar el contrato, y el Franquiciador debe dar la información si el Franquiciado la solicita, mientras que el Franquiciado debe entregarla siempre.

El artículo séptimo señala que si recurren a un procedimiento judicial o arbitral, la conciliación previa será llevada a cabo ante la Cámara de Comercio del territorio en que el Franquiciado tenga su domicilio.

El artículo octavo concede la acción de nulidad del contrato a cualquiera de las partes que haya recibido información falsa por parte de la otra, y el derecho de solicitar indemnización de perjuicios por ello. El noveno artículo y final contiene las disposiciones transitorias de la ley.

4. República Popular China:

En 1997 crearon la Circular del Ministerio de Comercio Doméstico concerniente a la promulgación de las Medidas para la Administración de Operaciones de Empresas, solo para aplicación en juicios.

Dicha circular fue reemplazada por las Medidas para la Regulación de Franquicias comerciales, promulgadas por el Ministerio de Comercio de la República Popular China y se convirtió en el único marco legal en China, y está compuesto por 42 artículos divididos en nueve Capítulos.

En el primer capítulo define la Franquicia Comercial, señala las ideas generales y establece el derecho del Franquiciador de usar los contratos de Franquicia y sub-franquicia.

El segundo capítulo se refiere a las partes, sus derechos y obligaciones, las cuales son obligaciones generales, que se entiende son las cláusulas de uso frecuente.

El tercer capítulo trata sobre la información generalmente incluida en los contratos de Franquicia, que son la individualización de las partes; contenido, duración, ubicación y exclusividad territorial; tarifas; entrenamiento y guía; uso de la marca registrada, propiedad intelectual; responsabilidad por incumplimiento; control de calidad; responsabilidad por los productos vendidos o servicios ofrecidos; duración del contrato, que no podrá ser inferior a 3 años y su renovaciones y si es que pueden ser negociadas caso a caso, especificación de otras obligaciones.

El cuarto capítulo es sobre la divulgación de información, la cual se logra a través de la entrega de una copia completa del contrato y un documento de divulgación de información, los cuales deben ser puestos a disposición de del postulante a Franquiciado al menos 20 días antes de la celebración del contrato. Establece además que la información debe ser proveída sobre el Registro de la Propiedad Intelectual; juicios en que esté involucrado en los cinco años previos a la celebración del contrato; información sobre bienes y servicios; directorio de la Franquicia e información sobre su responsabilidad en caso de bancarrota de alguna compañía si es que lo hubiese; existencia de condenas penales.

El Franquiciado a su vez se encuentra obligado a divulgar información al Franquiciador sobre su condición legal, historia crediticia, además de estar obligado por un deber de confidencialidad previa a la celebración del contrato, durante su vigencia y posterior a ella, al igual que para los candidatos a la Franquicia que no firmen el contrato.

El capítulo quinto se refiere a la formas de publicidad de la red (colores, insignias, marcas distintivas, etc.), y el sexto capítulo establece la obligación del Franquiciador de inscribir el contrato de licencia de la marca comercial en un Registro, para efectos de superintendencia y regulación.

El capítulo séptimo establece las reglas especiales para las empresas con Inversiones extranjeras, las cuales deben recibir la aprobación de la autoridad para iniciarse y emitir un reporte en enero cada año.

El octavo capítulo establece las responsabilidades legales y sus sanciones las cuales escalan desde multas hasta la cancelación de la licencia del negocio.

Finalmente, el noveno capítulo contiene las disposiciones transitorias y fechas de entrada en vigencia de dichas medidas.

5. Brasil:

La ley N° 8.955 promulgada con fecha de 15 de Diciembre de 1994 y que entró en vigencia el 1° de Enero de 1995 se refiere al contrato de Franquicia denominado en el mencionado texto como *Franquia Empresarial*, se refiere específicamente a la divulgación de información que el Franquiciador debe

proveer al menos 10 días antes de la celebración del contrato de Franquicia o contrato de promesa de la Franquicia , así como también antes del pago de cualquier tipo de tarifa por parte del Franquiciador al Franquiciado a una compañía relacionada.

Si no se cumplen los requisitos, el Franquiciado puede solicitar la nulidad del contrato y el reembolso de lo pagado más intereses. También puede pedir indemnización de daños y perjuicios (prescrito en su 4º artículo).

Las sanciones previstas aplicables al Franquiciador que incluye la ley son de carácter económico, como multas e indemnizaciones, sin perjuicio de las sanciones penales aplicables.

Se aplica a sistemas de Franquicia establecidos y operados dentro del territorio Brasileiro, así como también a los Franquiciadores Master.

6. Francia:

Fue el primer país en Europa en legislar respecto a Franquicia mediante la Loi Dubin, Ley N° 89-1008 de fecha 31 de Diciembre de 1989, relativa al desarrollo al desarrollo de empresas comerciales y artesanales y la mejora de su ambiente económico, jurídico y social.

Sólo el primer artículo de esa ley se refiere a la divulgación de información, lo que no está limitado a los contratos de Franquicia, ya que fue creado para una serie de contratos comerciales.

El cuarto párrafo del artículo 1º de la Ley Doubin prescribe la entrega de un documento de divulgación con la información que deber ser entregada al menos 20 días antes de celebrar el contrato, o antes del pago de cualquier monto de dinero requerido, especialmente si es para obtener los derechos de exclusividad sobre un territorio.

Otra norma que exige al Franquiciador dar un documento de información precontractual al postulante a Franquiciado es el Decreto N° 91-337 de 4 de abril de 1991 sobre aplicación del Artículo 1º de la Ley Doubin, el que pasó a ser el artículo L 330-3 del Código de Comercio de Francia.

Se compone por tres artículos, el primero de los cuales se refiere a la información que debe ser divulgada, mientras que el segundo se refiere a las multas que aplicables a quienes no cumplan con la obligación prescrita en el artículo primero. El tercero se refiere a los ministerios encargados de su ejecución.

Para facilitar la entrega de la información que debe ser divulgada, la Federación Francesa de la Franquicia, o F.F.F. propone un modelo del documento de información precontractual, el cual requiere se señale:

- **La individualización del Franquiciador**, ya sea persona natural (nombre completo, nombre comercial, experiencia comercial en los últimos 5 años y domicilio legal) o persona jurídica (denominación social, forma social, monto del capital social, nombre del gerente o su directorio, experiencia profesional de los últimos 5 años).

- **Descripción de a la empresa del Franquiciador** con la fecha de creación, desarrollo de la empresa en los últimos 5 años, número de Registro de Comercio, Número de registro de la marca y fecha en el Registro Nacional de Marcas, domicilios legales inscritos en los bancos y actividad o giro de la empresa.
- **Presentación de la red de explotación** con una lista de sucursales y filiales; lista de Franquiciados (con direcciones y fecha de término de contratos); lista de otras empresas que sean parte necesaria del modo de explotación; nombre de Franquiciados que hayan pertenecido a la red y cuyo contrato haya terminado, señalando el motivo de dicho término (cumplimiento del plazo del contrato, resciliación, anulación); zonas asignadas a otros Franquiciados con exclusividad territorial.
- **Los resultados de del Franquiciador** por los períodos de ejercicio anteriores disponibles y publicar los informes proporcionados.
- El **estado general de la venta** de los productos o servicios, así como también el estado local y perspectivas de desarrollo del negocio.

7. Federación Rusa:

El Código Civil Ruso de 1996 trata el contrato de Franquicia en su capítulo 54, entre los artículos 1027 y 1040, denominándolas “Concesiones Comerciales”, no como *Franchising*, pero el contenido se refiere claramente a la Franquicia y la aplicación hecha por los tribunales rusos lo entiende así.

El Artículo 1027 provee una definición de la Concesión Comercial, la cual es sin lugar a dudas un contrato de Franquicia, y en adelante trata sobre la individualización de las partes, formas del contrato y su inscripción es un requisito, ya sea franquicia o sub-franquicia. En el 1030 se refiere a los pagos, los artículos 1031 y 1032 se refieren a las obligaciones de las partes en y las limitaciones de sus derechos, responsabilidad por actos ajenos; renovación, modificación y término del contrato (1035, 1036, 1037); efectos de transferir la “concesión” o Franquicia (1038); consecuencias de cambio en el nombre de la marca (1939); consecuencias de la terminación de los derechos concedidos en el concedidos en el contrato (1040).

A diferencia de la mayoría de la Legislaciones no trata sobre la divulgación de información, más que en el artículo 1031 en que el Franquiciador tendría la obligación de transmitir documentos técnicos y comerciales al usuario y cualquier otra información necesaria para que ejercite los derechos concedidos bajo el contrato, pero no prescribe la entrega de información legal, registros financieros, listas de Franquiciados, por nombrar algunos ejemplos.

8. Federación Europea de la Franquicia y el Código Deontológico de Franquicia:

Esta federación, también conocida por sus siglas F.E.F. en español, fue fundada en 1972 y ha tenido un código de prácticas éticas para la Franquicia desde su inicio. Su objetivo es permitir la autorregulación de la práctica de las Franquicias en los mercados europeos, y la existencia de este Código ha garantizado un rol creíble ante la Unión Europea y la Corte Europea de Justicia, instituciones que incluso han adoptado el concepto de Franquicia contenido en el

Código Deontológico Europeo para la Franquicia, que además ha inspirado los Principios éticos del *World Franchise Council* o Consejo Mundial de la Franquicia.

Algunos de los países miembros de la F.E.F. son Austria, Alemania, Bélgica, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Italia, Holanda, Portugal, y entre ellos, los que no poseen legislación específica sobre este contrato se apoyan en el Código a través de las asociaciones, a pesar de no estar legalmente obligados a ello.

Además, hay países que a pesar de contar con una legislación específica sobre el contrato de Franquicia, igualmente se apoyan en el Código Deontológico para suplir lagunas de la ley, o han basado sus legislaciones en las normas del Código y en estudios realizados por la F.E.F.

Si una asociación nacional se une a la F.E.F. se debe adherir al Código también, sin modificar o rechazar la versión íntegra. Sólo pueden crear Anexos con normas propias, siempre que éstas no sean contradictorias al espíritu del Código, y sólo si son reflejo de la evolución de la jurisprudencia o legislación del país al que pertenece la Asociación, ya que el Código no debe contradecir el Derecho de los países en que se aplicará, sólo complementarlo.

La versión actual del Código data de 1990 cuando la Federación decidió armonizar las normas de los códigos de las diversas federaciones de Franquicias existentes hasta ese momento en Europa, creando un sólo código uniforme, el cual entró en vigencia completamente en 1992.

El primer artículo del Código Deontológico de la Franquicia la define en los términos referidos en el Capítulo II de esta memoria, concepto que incluso han adoptado la Unión Europea y la Corte Europea de Justicia en sus resoluciones.

El segundo artículo se refiere a los Principios Rectores, que señala las obligaciones tanto del Franquiciador como del Franquiciado. El Franquiciador que inicia un negocio debe explotar la cadena por un tiempo razonable antes de franquiciarla; ser titular los de derechos de signos y marcas; velar por su continuidad; entregar la formación inicial; proveer asistencia comercial y técnica a lo largo de la vigencia del contrato.

El Franquiciado a su vez, debe mantener el desarrollo de la cadena, la identidad común y su reputación; facilitar el acceso al Franquiciador a los estados financieros de la sucursal de la Franquicia y al local, para la determinación de resultados; no debe divulgar a terceros el *know-how* proporcionado por el Franquiciador. También prescribe la manera de actuar entre ellos, que debe ser justa, leal y de buena voluntad.

El tercer artículo trata sobre el Reclutamiento, Publicidad y Divulgación, y es que la información en la publicidad usada por el Franquiciador para reclutar a los postulantes a la Franquicia debe ser directa y verdadera; los resultados financieros provistos para efectos publicitarios deben ser objetivos y verificables; el Franquiciador debe además, proporcionar una copia del Código Deontológico al postulante a la Franquicia, para que tenga pleno conocimiento de las obligaciones a las que se verá sometido e información completa por escrito de las cláusulas del contrato.

Antes de firmar el contrato de reserva debe entregar información escrita sobre el contenido y los gastos que deberá realizar. Si el contrato ya está firmado, los desembolsos hechos deben devolverse, o ser compensados con la tarifa de entrada o *entry fee*.

Además, debe especificar la duración del contrato de reserva y las cláusulas de indemnización, así como también puede imponer una cláusula de no competencia y de confidencialidad sobre la información entregada durante la vigencia del contrato.

El cuarto artículo se denomina Selección de Franquicia, y establece que el Franquiciador sólo seleccionará a los Franquiciados que cumplan razonablemente los requisitos necesarios para desarrollar la actividad de la empresa.

El quinto artículo se refiere al Contrato de Franquicia, en cuanto a su forma y fondo. Señala que debe ser acorde con el Derecho nacional, el Derecho de la Comunidad Europea y el Código Deontológico. Especifica sobre los temas a los que debe dar protección, como son los intereses de los miembros de la Franquicia, de la propiedad intelectual o industrial, de la identidad común de cadena de Franquicia Además debe estar traducido al idioma del país en que se desarrollará. El contenido del contrato debe referirse a las obligaciones y responsabilidades de las partes, Derechos y Obligaciones tanto del Franquiciador como del Franquiciado, a los bienes y servicios objetos de la Franquicia, duración del contrato, posibilidad de cesión de derechos, causales de rescisión del contrato, etc.

El sexto artículo se refiere a la Franquicia Maestra o Franquicia Principal, señalado que las normas del Código sólo se aplica a las relaciones entre el Franquiciado Master o Franquiciado principal y sus Franquiciados o sub-franquiciados.

9. Reino Unido:

La Asociación Británica de Franquicias, conocida por sus siglas BFA, había adoptado el Código de la E.F.F. original, pero cuando fue reemplazado en 1990, la B.F.A. decidió hacer enmienda al nuevo Código, agregando una extensión e interpretación de 7 puntos, ya que la B.F.A. reconoció la necesidad de establecer ciertas cláusulas diferentes, y con el consentimiento de la F.E.F. se aplica el Código con las enmiendas en los territorios del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

El primero de los siete puntos enmendados hace referencia a la aplicación del Código Deontológico, el cual es parte del acuerdo entre la B.F.A. y las compañías asociadas a ella, y el texto no forma parte de los contratos entre Franquiciados y Franquiciadores, a menos que expresamente se estipule así en el contrato.

El segundo punto enmendado se refiere a la divulgación o revelación de información, específicamente a material disponible al público, ya que se reconoce que las proyecciones comerciales individuales de Franquiciadores y Franquiciados siempre incluyen suposiciones que solo la práctica puede disipar.

La confidencialidad con respecto al *Know-How* es el tercer punto referido, entendiéndola en los términos del Artículo 85 del Tratado de Roma, pero se acepta que los Franquiciadores impongan cláusulas de No Competencia y de Confidencialidad, para proteger otra información y sistemas considerados razonablemente como capitales para la operación de la Franquicia.

El cuarto punto de la Franquicia es el lenguaje del contrato, ya que los Franquiciadores deben ofrecer a los Franquiciados contratos en el idioma oficial del país en que la Franquicia se vaya a desarrollar.

La duración del contrato es el quinto punto y se refiere la sugerencia que se encuentra en el Artículo 5.4 del Código Europeo Deontológico señalando que el período necesario para amortizar la inversión inicial del Franquiciado puede ser:

- i. En el caso de algunas de las Franquicias más grandes, puede que el objetivo principal no sea la amortización de esa inversión, pero debe concederse al menos por un período razonable para equiparar los intereses de las partes en el contrato.
- ii. En el resto de los casos, los períodos de concesión pueden sujetarse a leyes nacionales sobre restricciones de comercio, las que pueden ser cumplidas por medio de cláusulas de renovación.

El sexto punto enmendado se relaciona con la renovación del contrato, y es que se debe considerar la duración del período original, la extensión de poder que el contrato da al Franquiciador para requerir inversión de las Franquicias para su renuncia o renovación, y la extensión en que el Franquiciador puede

variar las condiciones de un contrato en su renovación. El objetivo es asegurar que el Franquiciado tiene la oportunidad de recuperar sus inversiones iniciales, posteriores y que pueda explotar el negocio franquiciado por la duración del contrato.

El séptimo punto enmendado se refería a la fecha de entrada en vigencia.

10. Alemania:

El contrato de Franquicia se regula mediante las normas de Derecho Civil y Comercial, y de manera supletoria, utilizan el Código Deontológico de la F.E.F., cuyos lineamientos se cumplen gracias al apoyo de la *Deutsche Franchise-Verband* o Asociación Alemana de Franquicias.

Dicha asociación fue fundada en 1978, como asociación de empresarios, abogados y consultores comerciales afiliados interesados en la Franquicia como modelo de empresa comercial.

Su función es representar los intereses de negocios de Franquicia a nivel nacional e internacional, colaborar permanentemente con la Federación Europea de Franquicia.

Apoya los sistemas de franquicia alemanes e internacionales para establecer en el mercad alemán y presta apoyo para expandirse en el extranjero, con la meta de incrementar la popularidad de la Franquicias a largo plazo y garantizar su financiamiento.

11. España:

Originalmente, fue regulada por la Ley N° 7/1996 de fecha 15 de enero de 1996, de Ordenación del Comercio Minorista, específicamente por el Artículo 62, en el Capítulo VI, que fue parcialmente derogada, por cambios sucesivos de ese artículo.

Debido al desarrollo que estaba alcanzando esta forma de actividad comercial en España, el artículo 62 debió ser extendido y se elaboró sobre sus contenidos, mediante el Real Decreto N° 2585/1998, de 13 de noviembre de 1998, en el cual se reguló el régimen de la Franquicia y se creó el Registro de Franquiciadores, que consiste en un registro estatal cuyo objetivo es reunir la información sobre los Franquiciadores existentes en España.

La información es registrada por el gobierno de cada una de las Regiones Autónomas de dicho país, dependiendo del lugar en que el Franquiciador tenga su sede, y también está la opción de que el propio Franquiciador se inscriba en el Registro, si es que tiene sus oficinas en el extranjero.

Posteriormente, se modificó el Real Decreto N° 2585/1998 con el fin de ahondar en el tema, con el Real Decreto N° 419/2006, de 7 de abril de 2006, el cual buscaba fortalecer al Registro, para que este contara con información fidedigna y actualizada.

La versión actual del Decreto tiene 9 artículos, numerados del artículo 2 al 12, de manera no correlativa, algunos de los artículos “faltantes” se mantienen vigentes en el artículo 62 de la Ley N° 7/1996.

El artículo segundo define Franquicia en los términos mencionados en el Capítulo II de esta memoria, para luego definir Franquicia Principal o Franquicia Maestra, y luego explica que contratos y figuras quedan fuera de la calificación de Franquicia.

El artículo tercero indica que información debe ser divulgada por el Franquiciador al postulante a Franquiciado antes de firmar cualquier tipo de contrato antes de que alguna suma de dinero sea entregada, y pertenece a la norma original, el artículo 62 de la Ley 7/1996.

En el artículo quinto es prescribe la creación del Registro de Franquiciadores, y es original del Real Decreto N° 2585/1998, institución que posteriormente fue fortalecida.

El artículo sexto enumera de manera no taxativa las funciones del Registro de Franquiciadores.

El artículo séptimo indica la documentación necesaria para obtener la inscripción en el Registro.

El artículo octavo señala las obligaciones de los Franquiciadores inscritos en el Registro, los cuales deben informar al Registro de cualquier variación en los datos registrados en un plazo máximo de 3 meses, así como también el cese de la actividad; presentar reportes anuales en el mes de enero sobre cierre o apertura de establecimientos, propios o franquiciados; si no hay alteraciones, debe presentar un informe anual que así lo indique, acreditando lo informado; además, impone la pena de baja automática de la empresa que no cumpla con lo ordenado.

El artículo noveno se refiere a la informatización del Registro, los medios y soportes electrónicos utilizados para recibir, enviar y almacenar la información.

El artículo décimo se refiere a la coordinación entre registros de las diferentes regiones autónomas.

El undécimo artículo se refiere a los documentos de inscripción voluntaria en el Registro, con fines de publicidad e información.

El duodécimo se refiere a la clasificación de las empresas, señalando que se considerarán “Franquiciadores consolidados” los que cumplan 2 condiciones copulativamente y es que deben haber desarrollado la actividad comercial al menos durante 2 años en 2 establecimientos franquiciados, y, que disponga de un número mínimo de cuatro establecimientos, de los cuales al menos 2 deberán ser propios.

CAPITULO VIII

Conveniencia de la Solemnidad del Contrato.

La investigación realizada y presentada en los capítulos precedentes apoya los argumentos que presento a continuación para sostener la innegable conveniencia de establecer la escrituración completa y apropiada de contratos de Franquicia como Solemnidad:

- 1) Si el contrato mismo es Innominado, y sin regulación, la ley no establecerá una solemnidad para su perfeccionamiento, pues no lo contemplan, entonces sería muy fácil para alguna de las partes sacar una ventaja injusta de la otra.
- 2) El contenido de estos contratos puede ser muy variado según la modalidad que adopte, por lo que la autonomía de la Voluntad cobra capital importancia, y por lo mismo deberá plasmarse en un contrato con todo detalle.
- 3) En un contrato incompleto, el Legislador regulará las situaciones no previstas de modo expreso por las partes supliendo la voluntad de los contratantes con normas pertenecientes al Código Civil sobre las obligaciones y contratos tradicionales, pero que precisamente debido a que son tradicionales, no comprenden en sus estructuras las obligaciones complejas de los nuevos contratos, como es el de Franquicia.

- 4) Debido a que algunos aspectos de este tipo de contratos son muy particulares, la aplicación de las normas generales de Derecho pueden resultar perjudiciales para la esencia de este contrato. Un ejemplo de esto sería el trato que ha recibido de parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que tradicionalmente ha considerado a las cláusulas de exclusividad y a las cláusulas territoriales como contrarias a la Libre Competencia.
- 5) El Contrato de Franquicia se encuadra dentro de los Contratos Comerciales de Cooperación Internacional, y debido a que se producen entre contratantes de diferentes nacionalidades, las normas que poseen los diferentes Estados pueden ser contradictorias, por lo que es necesario establecer en un contrato la jurisdicción a la cual se someterán para resolver los conflictos suscitados entre las partes, y bajo que Legislación se ampararán en caso de necesitar normas supletorias.
- 6) Es un contrato Tipo y de Adhesión, es decir, el Franquiciante tiene contratos previamente diseñados para desarrollar la red o cadena de establecimientos, y el Franquiciado no tendrá poder de negociación al respecto de estos contratos, por lo que su aceptación está sometida a la voluntad de la parte con mayor poder.
- 7) Debido a la relación vertical de poder entre las partes, el Franquiciado puede verse perjudicado por la falta de posibilidades de negociar.
- 8) La misma relación vertical antes descrita, y la imposibilidad de obligar legalmente en Chile al Franquiciador a entregar información relevante

sobre las operaciones comerciales para efectuar proyecciones realistas dejan al Franquiciador en una desmedrada posición.

- 9) Países como Estados Unidos, Francia e Italia, han establecido al respecto de este contrato que debe ser escrito, por lo que si se desea establecer una Franquicia de alguna de esas procedencias, existirán solemnidades precontractuales y contractuales establecida por la ley del país del cual proviene el Franquiciador extranjero, las cuales podría soslayar y modificar el contenido del contrato a su arbitrio y para su propia conveniencia, en desmedro de los derechos que el Franquiciado nacional tendría de existir una legislación nacional.
- 10) Debido a la amplitud y complejidad de las obligaciones generadas por el Contrato de Franquicia, los alcances y limitaciones que puede tener con otros contratos modernos e Innominados, es imprescindible establecer su contenido claramente en las cláusulas de un contrato.
- 11) La existencia de una normativa que regule este contrato de forma similar o con características comunes a las creadas por otros países, permitiría a los tribunales y árbitros nacionales conocer y juzgar de mejor manera ante eventuales conflictos entre partes de diferentes nacionalidades. Por ejemplo, un Franquiciador extranjero y un Franquiciado nacional.
- 12) Si en el país de origen del Franquiciador existe normativas sobre el contrato de Franquicia, al expandir su cadena en Chile, con Franquiciados

nacionales, podría fácilmente soslayar las normas que lo obligaban a las buenas prácticas comerciales.

- 13)** Por último, ya sea que una controversia surja como resultado de un contrato incompleto, del incumplimiento de las obligaciones contractuales por una o ambas partes, o proyecciones financieras erradas, la conveniencia probatoria de un contrato escriturado es innegable, una vez que las partes han decidido resolverlo por medio de un procedimiento arbitral o judicial.

Conclusión.

La variedad de modalidades, la amplitud del principio de Autonomía de la Voluntad y de Libertad Contractual dejan espacio para demasiadas interpretaciones, lo que junto a un contrato incompleto y a la aplicación de normas destinadas a contratos tradicionales del Código Civil chileno, los cuales no comparten características ni contenidos con los contratos mercantiles modernos, hacen que resulte inadecuado en la práctica, lo que acarreará como consecuencia errores y conflictos jurídicos, lo que perjudica y entorpece la actividad mercantil y económica de los pueblos.

La gran mayoría de estos contratos se produce entre contratantes de distintos países, por lo que es un contrato Internacional, y por lo tanto, los conflictos de Jurisdicción surgirían, si no se establecen disposiciones al respecto en un contrato, o incluso puede suceder que los países tengan normas al respecto, pero que sean contradictorias, lo que generará más conflictos.

Otra fuente potencial de conflicto entre los contratantes, son los malos resultados económicos obtenidos y que se basan en información equivocada, o simplemente la falta de ella, y que puede afectar tanto al Franquiciador como al Franquiciado, ya que cualquiera de los dos puede carecer de aptitud para desarrollar la cadena o desarrollar solo uno de los establecimientos. Esto podría evitarse mediante la entrega recíproca de información, entre el Franquiciador y el postulante a Franquiciado en la fase pre contractual.

Un contrato de Franquicia apropiadamente diseñado, de acuerdo a las normas jurídicas creadas específicamente para ese tipo de acto jurídico y que sean resultado de un estudio acabado, permitirían ese contrato proporcionara mayor certeza jurídica a las partes y previniera conflictos futuros, puesto que estarían cubiertos por el contrato o incluso, por las normas.

La armonía y cierta uniformidad de algunos criterios normativos permitirán avanzar económicamente a las partes, y evitar los conflictos *ex - post* generados por contratos incompletos, con la consecuente protección de ambos contratantes, un menor desgaste de la actividad jurisdiccional y mejores relaciones económicas entre los Estados.

Por lo tanto, y a la luz de lo expuesto en los capítulos anteriores de este trabajo, es manifiesta la necesidad de entregar una regulación jurídica a este creciente mercado de las franquicias, por lo que es absolutamente esencial al momento de crear la mencionada legislación, que sea establecida la Solemnidad de la escrituración de los contratos de Franquicia, tanto como requisito de Existencia como de Validez, pues se ha visto en la experiencia extranjera que ese es el sendero a seguir.

Glosario.

- **Franquiciante:** También denominado *Franchisor*, Franquiciador, es quien presta su marca comercial o nombre de comercio y un sistema de negociación para el desarrollo en red de su empresa.
- **Franquiciado:** También denominado *Franchisee*, Franquiciatario, es quien paga una regalía (“royalty”) y una tarifa inicial por el derecho de hacer negocios bajo el nombre y sistema del franchisor
- **Sub-franquiciado o Franquiciado junior:** Franquiciado que no depende del Franquiciador, sino del franquiciado 'master'.
- **Franquiciado principal, franquiciado master, senior franchisee:** Persona natural o jurídica a quien se reconoce el derecho de conceder otras franquicias que ella misma podrá controlar o supervisar, dentro de su propio país o en el extranjero, y que es a su vez, franquiciado, pues ha adquirido el derecho de el Franquiciador.
- **Entry Fee:** Derecho o tarifa de entrada, pago realizado por el franquiciado al franquiciante al momento de celebrarse el contrato. Puede incluir la cobertura de ciertos gastos, como el costo del entrenamiento del franquiciado, el del comienzo de la actividad del franquiciado, etc.
- **Royalty:** También denominado canon periódico de pago o Regalías, que realiza el franquiciado al franquiciante regularmente como

contraprestación por el uso de las patentes y/o marcas, por el servicio de asistencia, por el entrenamiento, por la publicidad, etc. Se basa en un porcentaje de lo obtenido en utilidades de la actividad, o puede ser una suma fija de dinero, independiente de lo que el franquiciado haya obtenido en un determinado periodo de tiempo como resultado del desarrollo de la actividad.

- **Sub-franquicia:** Posibilidad que tiene el franquiciado de transformarse en sub-franquiciante dentro del territorio en el que goza la franquicia. Tiene la facultad de vender franquicias, sin operar directamente con los sub-franquiciados. El franquiciante se reserva el derecho de supervisar a los estos últimos, puesto que es él quien concede en ultima instancia la franquicia. Esta facultad del franquiciado debe estar expresada en el contrato principal. Es una manera de expandir el negocio de una forma más rápida.

Bibliografía.

Códigos de la República y Leyes.

1. Chile, Ministerio de Justicia. 1980. Edición Oficial de la Constitución Política de la República de Chile, Edición Actualizada del año 2005, Editorial Jurídica de Chile.
2. Chile, Ministerio de Justicia. 1855. Edición Oficial de1 Código Civil de la República de Chile. Edición actualizada del año 2005, Editorial Jurídica de Chile.
3. Chile, Ministerio de Justicia. 1865. Edición Oficial del Código de Comercio de la República de Chile. Edición actualizada del año 2004, Editorial Jurídica de Chile.
4. Chile, Ministerio de Justicia. 1974. Decreto Ley N° 825, Ley sobre Impuestos a las Ventas y Servicios. Modificado en 1976.
5. Chile, Ministerio de Justicia. 1974. Decreto Ley N° 824, Ley sobre Impuesto a la Renta.
6. Chile, Ministerio de Justicia. 1973. Decreto Ley N° 211, Normas para la Defensa de la Libre Competencia.
- 7.

Libros.

1. Alfonso L. Calvo Caravaca, Luis Fernández de la Gándara, Pilar Blanco-Morales Limones, 1997, Contratos Internacionales, Madrid, Editorial Tecnos, 1923 páginas. Referencia: 341.753 C764 ci 1997 MECE.
2. Enrique Guardiola Sacarrera, 1998, Contratos de Colaboración en el Comercio Internacional: Intermediación, Agencia, Distribución, Transferencia de Tecnología, Franquicia, Joint-Venture, Agrupaciones. Barcelona, Editorial Bosch, 521 páginas. Referencia: CEJMECE 341.75G914cc 1998.
3. Sonia Maldonado Calderón, 1994, El Contrato de Franchising, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 166 páginas. Referencia: 346.83048M244cf1994.
4. Jorge López Santa María, 1998, Los Contratos: Parte General, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 608 páginas. Referencia: 346.8302L864co19982°ed.

Tesis.

1. Andrés Esteban Kaplan Blamey, 2004, La Exclusividad en los Contratos Internacionales de Franchising, Licencia y Know-How, Tesis de Magíster con mención en Derecho Económico, Santiago, Universidad de Chile, 283 paginas. Referencia: TUCH.DER.MAGK17ec2004.

2. Víctor Manuel Araya Anchía, 1993, El Contrato de Franchising, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, 150 paginas. Referencia: TUCH.DER A663ef1993.
3. Juan Pablo Matus Pickering, 1993, El Contrato de Franchising, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, 122 paginas. Referencia: TUCH.DER M244 cf 1993.

Recursos Bibliográficos en Línea.

1. Jonathan Klick, Bruce H. Kobayashi, and Larry E. Ribstein, "Incomplete Contracts and Opportunism in Franchising Arrangements" (May 2006). American Law & Economics Association Annual Meetings. American Law & Economics Association 16th Annual Meeting. Working Paper 61. <<http://law.bepress.com/alea/16th/art61>>
2. Amedeo Rosboch (2005) "Franchising as an 'Atypical Contract': English and Italian Models", Global Jurist Topics: Vol. 5: No. 2, Article <<http://www.bepress.com/gj/topics/vol5/iss2/art1>>
3. República de Chile, Servicio de Impuestos Internos, 2001, Oficio N° 203, del 17 de Enero de 2001, Subdirección Normativa, Departamento de Impuestos Directos. <<http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2001/renta/ja144.doc>>

4. Jorge I. Mascheroni Lemes, Introducción al Franchising, [en línea], Monografías punto com, <<http://www.monografias.com/trabajos7/franc/franc.shtml>>, [4 de Abril de 2006].
5. Carmen Pando, Franquicias, [en línea], Monografías punto com, <<http://www.monografias.com/trabajos13/trafranq/trafranq.shtml>> [4 de Abril de 2006].
6. Wikipedia, the Free Enciclopedia, Franchising, [en línea], <<http://en.wikipedia.org/wiki/Franchising>> [17 de Mayo de 2006].
7. The British Franchise Association, What is Franchising?, [en línea], <<http://www.thebfa.org/whatis.asp>>, [17 de Mayo de 2006].
8. José Manuel Ramírez Hurtado, “La Franquicia en España: algunos aspectos, evolución y situación actual” Mayo de 2006, [en línea] <<http://www.eumed.net/ce/>>, [17 de Mayo de 2006].
9. Tipos de Franquicias, [en línea], <<http://www.trabajos.com/informacion/index.phtml?n=8&s=1>>, [25 de Abril de 2006].
10. Clases de Franquicia, [en línea], <http://www.laboris.net/static/franquicias_aseso4.aspx>[25 de Abril de 2006].
11. Tipos de Franquicia, [en línea] <<http://franquiciaweb.eurofull.com/shop/otraspaginas.asp?pagina=9>>,

[25 de Abril de 2006].

12. Silvia Y. Tanzi y Eliana A. Núñez, “Contrato de Franchising”, Julio de 1999, [en línea], <<http://www.aaba.org.ar/plen907d.htm#contrato>>, [30 de Marzo de 2008].

13. República de Chile, Comisión Resolutiva de la Libre Competencia, 1981, Resolución N° 90, de 28 Enero de 1981, [en línea] <<http://mailweb.fne.gob.cl/db/jurispru.nsf/7032b29e8be7cf5f8425733e005e3c80/4609064D7DB788A208256DDD0011081C?OpenDocument> > [3 de Abril de 2010].

14. República de Chile, Comisión Resolutiva de la Libre Competencia, 1975, Resolución N° 9 de 9 de Abril de 1975, [en línea] <<http://mailweb.fne.gob.cl/db/jurispru.nsf/7032b29e8be7cf5f8425733e005e3c80/AB15AD7D4207EAA208256DDB0007D516?OpenDocument> > [3 de abril de 2010].

15. República de Chile, Comisión Resolutiva de la Libre Competencia, 1978, Resolución N° 48 de 27 de Septiembre de 1978, [en línea] <<http://mailweb.fne.gob.cl/db/jurispru.nsf/7032b29e8be7cf5f8425733e005e3c80/420B44581AFE3D0508256DDD00110820?OpenDocument>> [3 de Abril de 2010].

16. República de Chile, Comisión Resolutiva de la Libre Competencia, 1978, Resolución N° 28 de 19 de Enero de 1977, [en línea] <<http://mailweb.fne.gob.cl/db/jurispru.nsf/7032b29e8be7cf5f8425733e005e3c>

80/B2795DB55493D98D08256D19000A3680?OpenDocument> [3 de Abril de 2010].

17. República de Chile, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2006, Resolución N° 15 de 3 de Agosto de 2006, [en línea] <<http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resolucion-15-2006.pdf>> [3 de Abril de 2010].

18. Kaplan, Ernest George, “Franquicia y Libre Competencia”, [en línea] <<http://derecho-comercial.com/Doctrina/kaplan01.pdf>>, [3 de abril de 2010].

19. Martínez Coll, Juan Carlos (2001): “Manual Básico de Economía, Enciclopedia Multimedia Interactiva Biblioteca Virtual de las Ciencias Sociales, Económicas y Jurídicas”, en EUMEDNET <<http://www.eumed.net/cursecon/3/competencia%20perfecta.htm>>, [3 de abril de 2010].

20. Código Deontológico Europeo de la Franquicia, [en línea], <http://www.mundofranquicia.com/normativalegal/Codigo_Deontologico_Europeo_de_Franquicia.pdf>, [3 de Abril de 2009].

21. Federation Belge de Franchise, [en línea], <<http://www.fbf-bff.be/>>, [3 de Abril de 2009].

22. British Franchise Association, [en línea], <<http://www.thebfa.org/>>, [3 de Abril de 2009].

23. Franchise Council of Australia, [en línea], <<http://www.franchise.org.au/>>, [3 de Abril de 2009].
24. La Asociación Española de la Franquicia, [en línea], <<http://www.franquiciadores.com/>>, [3 de Abril de 2009].
25. La Fédération Française de la Franchise, [en línea], <<http://www.franchise-fff.com/>>, [3 de Abril de 2009].
26. European Franchise Federation, [en línea], <<http://www.eff-franchise.com/>>, [3 de Abril de 2009].
27. L'Associazione Italiana del Franchising, [en línea], <<http://www.assofranchising.it/>>, [3 de Abril de 2009].
28. Código Civil de la Federación Rusa, [en línea], <<http://www.russian-civil-code.com/PartII/SectionIV/Subsection1/Chapter54.html>>, [18 de noviembre de 2010].
29. Measures for the Regulation of the Commercial Franchise, [en línea], <<http://www.lapres.net/franchise.pdf>>, [18 de noviembre de 2010].
30. Rule on Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures, [en línea], <<http://www.ftc.gov/bcp/edu/pubs/business/franchise/bus70.pdf>> [18 de noviembre de 2010].

ANEXOS.

**RENTA – ACTUAL LEY SOBRE IMPUESTO A LA – ART. 59°, ART. 74°
N° 4°, ART.79° - D. LEY N° 825, DE 1974, ART. 12°, LETRA E), N°7°.**

Contrato de Franchising – Jurídicamente es innominado – Concepto – Forma de contabilización de las diferentes operaciones o operaciones derivadas del contrato – Tributación de la cuota de incorporación que debe remesar al exterior el franquiciado nacional al franquiciante extranjero – Tributación que afectaría a las sumas remesadas al exterior denominadas por el recurrente “comisiones” – Impuesto a que se encuentran afectos los reembolsos de gastos efectuados en el extranjero por el franquiciante en su calidad de mandatario a nombre del franquiciado – Bienes entregados no son de propiedad del franquiciado no tienen calidad de bienes del activo inmovilizado – Tributación del financiamiento otorgado por el franquiciante extranjero al franquiciado – Sumas remesadas al extranjero en cumplimiento del Contrato de Franchising y clasificadas en el Art. 59° de la Ley de la Renta se encuentran exentas de IVA.

1. - Por Ordinario indicado en el antecedente, la Dirección Regional Metropolitana Santiago Centro ha remitido una consulta, en la cual se solicita un pronunciamiento respecto de la normativa contable y tributaria del contrato de franchising.

Señala el recurrente, que este contrato consiste en que una empresa ubicada en el extranjero, que posee una marca de renombre, ofrece a otra empresa en Chile ocupar su marca para que esta última produzca y/u otorgue sus servicios bajo esa marca, incluso entregando capital e infraestructura para

que la empresa chilena (franquiciada), pueda instalarse en el país. Esto se materializa mediante un contrato donde se establecen una serie de exigencias y pagos los que son usualmente una cuota de incorporación, reembolso de gastos hechos al extranjero y pagos de una comisión mensual, contemplándose dentro de las exigencias planteadas los estándares de calidad e inversión en publicidad y capacitación.

En relación con lo anterior, y asumiendo que se constituye una sociedad de responsabilidad limitada o anónima cerrada en Chile, tanto con capitales extranjeros como nacionales, formula las siguientes consultas:

- a) ¿Cómo se contabiliza y tributa la cuota de incorporación que debe ser remesada al extranjero?;
- b) ¿Cómo se contabilizan y tributan las comisiones remesadas mensualmente al extranjero?;
- c) ¿Cómo se contabilizan y tributan los egresos por reembolsos remesados correspondientes a gastos efectuados en el extranjero?;
- d) ¿Procede efectuar corrección monetaria y depreciación a los bienes entregados sin mediar cobro alguno (Activo Fijo), por la empresa franquiciante extranjera y que hayan sido ingresados al país y ocupados por la empresa chilena franquiciada según lo establece el artículo 41 de la Ley de la Renta?; y
- e) ¿Cómo se contabiliza y tributa el financiamiento otorgado por la empresa franquiciante desde el extranjero a la empresa franquiciada nacional?

- 2.- Sobre el particular, en primer término cabe señalar, que el contrato de franchising no se encuentra reglamentado en nuestra legislación, siendo definido por los autores, como un “Contrato en virtud del cual una de las partes (llamada franchisor) se obliga a ceder a otra (llamada franchisee), respecto de quien es jurídicamente independiente, el uso de una marca, de un nombre o de un emblema representativos de un producto o de un servicio, o ciertas técnicas o métodos estandarizados de comercializar ese producto o servicio, y a prestarle asistencia, quien, a su turno, se compromete a remunerarlo y a observar sus directivas en el ejercicio de su derecho“ (De la obra El Contrato de Franchising, de Sonia Maldonado Calderón, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Página 59).
- 3.- El citado contrato jurídicamente es innominado, al no encontrar un nombre ni tampoco una reglamentación en nuestro ordenamiento jurídico; es bilateral, pues ambas partes se obligan recíprocamente; es oneroso, ya que tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose uno en beneficio del otro; es consensual, al perfeccionarse por el mero consentimiento de las partes, sin que existan solemnidades en la ley para su perfeccionamiento; y comercial, pues tiene como propósito la realización de actos de comercio, ya sea de bienes o servicios.
- 4.- Ahora bien, teniendo presente lo anterior, a continuación se responden las consultas formuladas, desde el punto de vista de la Ley de la Renta.
- a) En cuanto a la forma de contabilización de las diferentes operaciones o transacciones que se deriven de dicho contrato, se señala que este Servicio carece de competencia para impartir normas contables sobre la forma en que los contribuyentes deben contabilizar los ingresos o gastos

provenientes de las operaciones o actividades que desarrollen, puesto que tal materia está radicada en los organismos técnicos que tienen facultades para ello; sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 16° del Código Tributario, en el sentido que dicha norma establece que en los casos en que la ley exija llevar contabilidad, los contribuyentes deberán ajustar los sistemas de ésta y la confección de inventarios a prácticas contables adecuadas, que reflejen claramente el movimiento y resultado de sus negocios. En consecuencia, de acuerdo a lo expresado, los contribuyentes están facultados para registrar los egresos que efectúen bajo los principios y normas contables de general aceptación impartidas por los organismos colegiados competentes.

- b) En relación con la tributación de la cuota de incorporación que debe remesar al exterior el franquiciado nacional al franquiciante extranjero, se señala que ésta se grava con el Impuesto Adicional del inciso primero del artículo 59 de la Ley de la Renta, ya que esta norma establece que se aplicará un impuesto del 30% sobre el total de las cantidades pagadas o abonadas en cuenta, sin deducción alguna, a personas sin domicilio ni residencia en el país, por el uso de marcas, patentes, fórmulas, asesorías, y otras prestaciones similares, sea que consistan en regalías o cualquier forma de remuneración; tributo que se aplica en calidad de único a la renta, y conforme a lo dispuesto por los artículos 74 N° 4 y 79 de la Ley de la Renta, debe ser retenido por el pagador de la renta y declarado y pagado al Fisco dentro de los doce primeros días del mes siguiente al de su retención. Lo anterior debido a que las sumas remesadas al exterior se efectúan precisamente en pago del uso de una marca, patente o por

cualquier otra asimilación, situación que queda comprendida claramente en la norma legal antes mencionada atendido su tenor literal.

- c) Respecto de la tributación que afectaría a las sumas remesadas al exterior denominadas por el recurrente “comisiones”, se expresa que a estas cantidades les afecta la misma tributación indicada en la letra b) precedente, ya que se trata en la especie de la cancelación de obligaciones contraídas precisamente por el uso de marcas, patentes o fórmulas y otras prestaciones similares, operaciones que quedan comprendidas en lo dispuesto por el inciso primero del artículo 59 de la Ley de la Renta.

- d) En cuanto a la tercera consulta, se informa que los reembolsos de gastos efectuados en el extranjero por el franquiciante en su calidad de mandatario a nombre del franquiciado (mandante), estas cantidades se encuentran afectas al Impuesto Adicional del artículo 59 de la Ley de la Renta, siendo necesario conocer la naturaleza o el concepto de los reembolsos efectuados al exterior para poder aplicar el impuesto que corresponda de acuerdo a lo dispuesto por la norma legal antes mencionada, en la medida de que se trate de algunos de los servicios o prestaciones gravadas que contempla dicho precepto legal.

- e) Respecto de la cuarta consulta y teniendo presente la definición del contrato en comento, los bienes entregados no son de propiedad del franquiciado, por lo tanto, no tienen la calidad de bienes del activo inmovilizado, no siendo aplicable en la especie las normas del artículo 31 N° 5 y 41 N° 2 de la Ley de la Renta.

f) Referente a la tributación del financiamiento otorgado por el franquiciante extranjero al franquiciado radicado en el país, respecto de los intereses que se remesen al exterior por los créditos concedidos u otorgados, se señala que tales sumas (intereses) quedan afectos a la tributación dispuesta por el N° 1 del artículo 59 de la Ley de la Renta, pudiendo gravarse dichos intereses con una tasa especial del 4% si se cumple con los requisitos expresos que exige dicha norma legal, o en caso contrario, las referidas cantidades se gravan con la tasa general del impuesto Adicional de 35%; tributo que debe ser retenido y declarado al Fisco por el pagador de la renta, conforme a las normas de los artículos 74 N° 4 y 79 de la ley del ramo.

5.- En lo que dice relación con el impuesto al valor agregado, cabe señalar que el artículo 12°, letra E), N° 7, del D.L. N° 825, de 1974 dispone en lo pertinente, que se encuentran exentos del impuesto al valor agregado los ingresos afectos al Impuesto Adicional establecido en el artículo 59°, de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

En consecuencia y teniendo en consideración que el franchising es una operación comercial, las sumas remesadas al extranjero en cumplimiento de ese contrato y clasificadas en el artículo 59°, de la ley de la Renta, se encuentran exentas del impuesto al valor agregado, en virtud del artículo 12°, letra E), N° 7, del D.L. N° 825.

6.- Cabe hacer presente, que la tributación señalada en los números precedentes, sólo tendrá aplicación si los pagos que se efectúen al exterior provienen de las operaciones o servicios a que se refiere el artículo 59 de

la Ley de la Renta, no así aquellos que no se comprendan en dicha disposición legal, los cuales como norma general, se incluyen en lo dispuesto en el artículo 60, inciso primero, de la ley del ramo, gravados con una tasa de 35%, y sujetos a una retención de impuesto provisoria de 20%, conforme a lo establecido por el artículo 74 N° 4 de la ley precitada, y afectos, además, al impuesto al valor agregado del D.L. N° 825, de 1974, no siendo aplicable en esta situación la exención de dicho tributo indirecto indicada en el N° 5 precedente.

JAVIER ETCHEBERRY CELHAY
DIRECTOR

Oficio N° 203, del 17.01.2001
Subdirección Normativa
Depto. Impuestos Directos

Los nuevos contratos tecnológicos

José Luis Bravo Ortíz

FORMULARIO DE CONTRATO DE FRANCHISING:

En (lugar), a (fecha), por una parte, don (datos del Franquiciador y, en su caso, de la persona que actúe en nombre y representación del Franquiciador si fuese una persona jurídica), en adelante denominado Franquiciador; y por otra, don (datos del Franquiciado, y de su representante, en su caso), en adelante, denominado Franquiciado, quienes acuerdan y exponen lo siguiente:

PRIMERA: La Sociedad Franquiciada (...) es designada Concesionaria en exclusiva a partir de esta fecha de la Sociedad Franquiciadora (...), en la ciudad de Santiago para la producción, venta, comercialización, promoción y toda otra actividad comercial relacionada con los productos (...) de la marca (...).

SEGUNDA: La franquiciada se compromete a realizar la producción, venta, servicios de postventa, promoción y asistencia técnica de todos los productos descritos en la cláusula primera, objeto de este contrato de Franchising, conforme a los documentos en los cuales se contienen las exigencias impuestas por la Sociedad Franquiciadora para todas sus franquiciadas, de manera que en la ciudad de Santiago, la sociedad Franquiciada actúe igual como lo hace la Sociedad Franquiciadora en los lugares donde está instalada.

Los requisitos y exigencias de la sociedad Franquiciadora se encuentran contenidos en la copia entregada al franquiciado, con fecha (...), documentos otorgados ante Notario Público don (...), con fecha (...).

TERCERA: La sociedad franquiciadora se obliga a proporcionar a la franquiciada toda la tecnología requerida para la fabricación de los productos (...), mediante la entrega de manuales técnicos, comerciales, de publicidad y ventas, en el momento de la firma de este contrato. Así como capacitar a las siguientes personas de confianza del Franquiciador, durante un período de dos meses en (...), para que se compenetren en el manejo, producción y comercialización de estos productos. (Se designan a las personas que serán capacitadas).

Estará obligado, además a la entrega de todos los insumos necesarios para la fabricación de estos productos, en especial de las recetas secretas para la fabricación de (...). En caso de cualquier complicación en los procesos productivos iniciales, hasta un período de (...) meses desde la firma de este contrato, estará obligado a prestarle asesoría en cada uno de los aspectos relacionados con este contrato, a petición expresa del Franquiciado, mediante una carta certificada, enviada con (...) días de anticipación.

CUARTA: Se obliga el Franquiciador a respetar el derecho de exclusividad territorial concedido al Franquiciado, no entregando otros derechos similares a terceros mediante la celebración de otros contratos que recaigan sobre el mismo objeto de éste.

QUINTA: El Franquiciado se obliga a realizar un mínimo de ventas de \$(...); por las cuales tendrá una comisión de (...) % de su importe bruto, corriendo de su cargo todos los gastos, impuestos y comisiones que el contrato implique. En caso de no alcanzar este nivel mínimo de ventas, la comisión será de (...) %.

SEXTA: El Franquiciado se compromete a mantener en bodegas, la cantidad de (...) de los productos (...), así como de los insumos para la fabricación de estos.

Para cumplir con lo anterior, el Franquiciador se obliga al envío todos los días (...) de cada mes, la cantidad de (...), de estos productos.

SÉPTIMA: El Franquiciado abonará todos los días (...) de cada mes, el importe por las ventas del período, mediante un depósito en la cuenta corriente del Banco (...), sucursal (...), N° (...).

OCTAVA: El Franquiciado se compromete a la instalación de (...) locales de venta de estos productos, en la ciudad de (...), así como usar en ellos la respectiva marca comercial que se encuentra registrada ante el departamento de Propiedad Industrial del Ministerio de Economía, con el número de registro (...), de fecha (...).

El Franquiciador deberá otorgar su aprobación a los locales de venta de estos productos, los cuales deberán cumplir con las características básicas consignadas en los documentos entregados al Franquiciado en este acto.

Todos los gastos e impuestos que conlleve la puesta en marcha y explotación de estos locales de venta serán de cargo del Franquiciado.

NOVENA: El Franquiciador podrá inspeccionar y visitar todos los locales de venta de productos (...), cuantas veces sea necesario, previo aviso de....días de anticipación a la inspección. Este aviso será enviado por (carta, carta certificada, correo electrónico, etc.).

DÉCIMA: El Franquiciado no podrá realizar en el territorio que abarca este contrato, ni en cualquier otro que no se le haya autorizado, por su cuenta o por cargo de terceros, operación o gestión alguna referente a la venta, comercialización, distribución o promoción publicitaria de productos similares a los que son objetos de este contrato.

DECIMOPRIMERA: La duración de este contrato es de (...) años, prorrogable tácitamente por igual período, salvo aviso de terminación, enviado por carta certificada al domicilio de la contraparte, con un anticipo de (...) meses a la fecha de término del contrato.

DECIMOSEGUNDA: El incumplimiento por cualquiera de las partes de las estipulaciones de este contrato, dará lugar a la inmediata terminación del mismo, y las indemnizaciones correspondientes en caso de culpa o dolo de la otra parte.

DECIMOTERCERA: Las partes fijan domicilio en (...), y se someten a los juzgados y Tribunales de (...).

En señal de aceptación, firman

Contratos Internacionales

Alfonso L. Calvo Caravaca

FORMULARIO DE CONTRATO DE FRANQUICIA

En (lugar), a (fecha), reunidas de una parte, don (datos del Franquiciador y, en su caso, de la persona que actúe en nombre y representación del Franquiciador persona jurídica), en adelante denominado Franquiciador, y de otra, don (datos del Franquiciado, y de su representante, en su caso), en adelante, denominado Franquiciado.

DECLARAN:

1. Que el Franquiciador es titular de (especificar los signos distintivos y demás bienes inmateriales a los que se va a referir el contrato), descritos en el anexo I, válidamente registrados en el ámbito territorial al que se refiere el contrato, para los productos (o servicios) especificados en el anexo II.
2. Que el Franquiciador ha desarrollado un sistema de distribución (de fabricación o de prestación de servicios). Este sistema, que ha alcanzado un notorio prestigio, se desarrolla bajo los signos distintivos del Franquiciador y gracias a los conocimientos técnicos y comerciales por él desarrollados, que se plasman en el manual operativo.

3. Que don (nombre del Franquiciado) ha sido seleccionado por el Franquiciador para formar parte de su red de distribución y que éste, tras haber sido informado, está interesado en formar parte de la cadena del Franquiciador.

En consecuencia, y reconociéndose recíprocamente las partes la capacidad legal necesaria, convienen en celebrar el presente contrato de Franquicia de distribución (producción o servicios) de conformidad con los siguientes:

ESTIPULACIONES

PRIMERA: El Franquiciador concede al Franquiciado, en los términos fijados en el presente contrato, el derecho a:

-Adoptar y usar el sistema del Franquiciador en los locales situados en la calle (...) de (determinar la ciudad).

-Usar, en conexión con los productos (o servicios) vendidos (o prestados) que han sido descritos en el anexo II, los signos distintivos del Franquiciador a los que se refiere el presente contrato, descritos en el anexo I.

-Utilizar el know-how comercial (y/o técnico) condensado en el Manual Operativo.

SEGUNDA: La Franquicia se concede para el ámbito territorial de (determinar la zona), en el que el franquiciado desarrollará su actividad en exclusiva. A tal efecto, el Franquiciador se obliga a no conceder ulteriores franquicias para el ámbito territorial asignado al Franquiciado y delimitado en el anexo III, y a no explotar por sí mismo la franquicia, de forma directa o indirecta. El Franquiciador se obliga, así mismo, a impedir la competencia activa de otros Franquiciados sobre este territorio, no pudiendo impedir a los otros Franquiciados que dejen de atender a determinados clientes por razón de su lugar de residencia.

El Franquiciado se obliga a explotar la Franquicia exclusivamente a partir de los locales situados en la calle (...) número (...) de (ciudad), que disfruta a título de (propietario/arrendatario...). El Franquiciado no podrá cambiar la situación de sus locales sin el previo consentimiento del Franquiciador. Así mismo, se abstendrá de abrir un segundo establecimiento dentro del territorio al que se refiere el presente contrato, o en cualquier otro en el que pueda competir con alguno de los franquiciados integrantes de la red o con el Franquiciador.

TERCERA: El Franquiciado se obliga a no ejercer, ni directa ni indirectamente, un comercio similar al que constituye el objeto de la Franquicia, en territorio donde pudiera competir con un miembro de la red, incluido el Franquiciador. Se considerará que existe competencia indirecta a través de persona física interpuesta cuando se ejercite el comercio a través de (indicar grado de parentesco).

Se considerará que se está infringiendo la prohibición de competencia cuando se ejercite el comercio a través de una persona jurídica en la que el Franquiciado, o cualquiera de las personas indicadas en el párrafo anterior, poseyeran un porcentaje superior al (...) del capital social.

La obligación de no competencia se extenderá a un período de (...) posteriores a la terminación del contrato, en el territorio al que se refiere el presente contrato.

CUARTA: El Franquiciado sólo podrá vender los productos (u ofrecer los servicios) a los que se refiere la Franquicia.

El Franquiciado adquirirá los productos objeto de la Franquicia exclusivamente de los proveedores especificados en el anexo IV, (si se tratara de productos con una calidad determinable objetivamente, el Franquiciado podrá adquirirlos de cualquier otro proveedor, siempre que fueran productos de calidad equivalente a los ofrecidos por el Franquiciador. Sin embargo, si se tratara de productos en los que, por su naturaleza, resulte impracticable aplicar especificaciones objetivas de calidad, valdrá la cláusula de aprovisionamiento obligatorio. Será posible establecer una cláusula de aprovisionamiento exclusivo a favor del franquiciador cuando se trate de productos fabricados por éste y que lleven su marca).

El Franquiciado deberá planificar sus pedidos con una antelación mínima de (indicar período de tiempo).

QUINTA: El local (vehículos, área de parking, etc.) objeto de la explotación de la Franquicia, será decorado, tanto antes de la puesta en marcha, como en las sucesivas modificaciones, por el Franquiciador o por quien éste designe.

A tal efecto, el Franquiciador utilizará los mismos materiales en toda la red, debiendo guardar todos los establecimientos la misma imagen y diseño.

Los costes del proyecto de decoración inicial y las sucesivas modificaciones correrán a cargo del Franquiciado.

El Franquiciado no podrá alterar el decorado del establecimiento, ni cambiar la ubicación de sus distintos elementos, sin el consentimiento del Franquiciador.

El Franquiciado está obligado a realizar las reparaciones o sustituciones que sean necesarias como consecuencia de daños o por el transcurso del tiempo o para mantener el edificio en buenas condiciones y de conformidad con el sistema del Franquiciador.

Será obligación del Franquiciado la obtención de las licencias o permisos municipales necesarios para la apertura y explotación del establecimiento y para la realización de obras.

SEXTA: El franquiciador se obliga a ceder al Franquiciado el uso de los signos distintivos descritos en el anexo I, para el ámbito de la explotación de la Franquicia.

El Franquiciador realizará todos los actos necesarios para mantener en vigor el registro y el valor de los mismos.

El Franquiciado reconoce la titularidad del Franquiciador sobre los signos distintivos.

El Franquiciado utilizará los signos distintivos objeto de la Franquicia en la forma indicada por el Franquiciador y de acuerdo con el dispuesto en la ley.

El Franquiciado se abstendrá de utilizar en el ámbito de la explotación de la Franquicia cualquier otro signo distintivo, diferente de los aprobados por el Franquiciador.

SÉPTIMA: El Franquiciador concede al Franquiciado una licencia sobre el know-how comercial (y/o técnico) por él desarrollado, para su uso en la distribución (fabricación o prestación) de los productos (o servicios) objeto de la Franquicia. Se obliga, además, a mantener informado al Franquiciado de cualquier desarrollo técnico conseguido por el Franquiciador.

A tal efecto, el Franquiciador entregará al Franquiciado el Manual operativo que contiene todas las especificaciones relativas al know-how del Franquiciador, así como cualquier modificación o adición al mismo.

El Franquiciador proporcionará, además, al Franquiciado toda la asistencia necesaria para la utilización y explotación correcta del know-how (si la transmisión del know-how comprendiera el uso de determinada maquinaria propiedad del Franquiciador, éste tendrá que proporcionar al Franquiciado los planos de instalación y descripción de la maquinaria a emplear. Se especificará además la contraprestación que el franquiciado debe abonar por el uso de la maquinaria y su régimen de reparaciones y sustituciones. Así mismo, de ser necesaria la intervención de personal técnico cualificado, habrá de especificarse el régimen de los mismos: quien asume los gastos de seguridad social y salarios, duración de su labor, etc.).

El Franquiciado reconoce la titularidad del Franquiciador sobre el know-how y su carácter secreto.

El Franquiciado se obliga a no divulgar el know-how y demás información confidencial recibida a terceros y a no utilizarla para otras actividades propias, durante la vigencia del contrato y en (indicar período) posterior al contrato (de no indicarse período se entenderá que la obligación se impone con carácter de indefinido. En cualquier caso, el Franquiciado no podrá ser mantenido en dicha obligación cuando el know-how haya devenido de general conocimiento o fácilmente accesible. Por otra parte podrá establecerse una cláusula penal para el caso de incumplimiento de la obligación de secreto).

El Franquiciado deberá comunicar al Franquiciador toda experiencia obtenida en el marco de la explotación de la Franquicia y conceder al Franquiciador y a los demás miembros de la red, una licencia no exclusiva sobre el know-how que pudiera resultar de dicha experiencia.

OCTAVA: El Franquiciado se obliga a poner en conocimiento del Franquiciador, en el plazo más breve posible, cualquier acto que razonablemente pueda considerarse como una infracción de los derechos de propiedad industrial o intelectual cuyo uso se haya transmitido en la Franquicia. El Franquiciado estará obligado a emprender las acciones legales correspondientes, salvo que la legislación aplicable no le reconozca legitimación, en cuyo caso, el Franquiciador se obliga a defender los derechos de propiedad industrial o intelectual afectados, por todos los medios previstos en Derecho. En cualquier caso, estarán obligados a asistirse mutuamente en el ejercicio de las acciones. Los gastos ocasionados por la defensa correrán a cargo de ambos contratantes por partes iguales.

NOVENA: El Franquiciador asesorará al Franquiciado en la selección y formación del personal dependiente de éste.

El Franquiciado se obliga a asistir a su personal a los cursos de formación organizados por el Franquiciador.

El Franquiciado deberá hacer que sus empleados, durante la jornada laboral, lleven los uniformes especificados por el Franquiciador en cada momento; que presenten una apariencia limpia y que desarrollen su labor en forma competente y amable.

DÉCIMA: El Franquiciado obrará con la máxima diligencia en la venta (producción o prestación) de los productos (o servicios). Explotará la Franquicia (...) días por semana y al menos durante el horario comprendido desde (...) hasta (...).

El Franquiciado se obliga a obtener un volumen mínimo de ventas de (...). (Puede establecerse la revisión de dicho mínimo, por ejemplo en relación con el índice de precios al consumo).

DÉCIMOPRIMERA: El Franquiciado fijará libremente los precios de venta al público de los productos (o servicios) ofrecidos a través de la Franquicia.

El Franquiciador le comunicará, con fines orientativos, los precios recomendados de venta al público de cada producto (o servicio) en cada momento.

DÉCIMOSEGUNDA: El Franquiciador asume la obligación de realizar, a través de expertos publicitarios una adecuada publicidad a nivel nacional e internacional.

El Franquiciado deberá someter sus propias campañas publicitarias a la previa aprobación del Franquiciador. En ningún caso las campañas publicitarias emprendidas por el Franquiciado generarán una obligación de pago a cargo del Franquiciador.

El Franquiciado invertirá en actividades promocionales y publicitarias (fijar cantidad por un año, o bien de forma fija, o bien un porcentaje de las ventas o de los beneficios) como mínimo cada año. Reducirán esa cantidad los aportes del Franquiciado a las campañas publicitarias a nivel nacional o internacional emprendidas por el Franquiciador.

DECIMOTERCERA: Como contraprestación a la concesión de la Franquicia, el Franquiciado estará obligado a pagar al Franquiciador un canon de entrada (cantidad), pagaderas de una sola vez a la firma de este contrato, mediante (especificar forma de pago).

El Franquiciado estará obligado además a pagar un canon periódico (mensual, trimestral, anual) consistente en (el porcentaje) de sus facturación (mensual, trimestral, anual), pagaderos los (...) primeros días de cada período (especificar modo de pago). Dentro del mismo plazo, el Franquiciado remitirá al Franquiciador un estado de cuentas relativo al período al que se refiere el pago. El Franquiciado se obliga además a presentar al Franquiciador, en los (...) días posteriores al cierre de cada ejercicio, la cuenta de pérdidas y ganancias y el balance.

El Franquiciador tendrá derecho de inspeccionar y/o auditar la contabilidad del Franquiciado en su establecimiento y en las horas que el mismo permanezca abierto al público, para comprobar que el Franquiciado está cumpliendo los términos del contrato (se habrá de determinar quién asume los gastos de auditoría, pudiendo, a tal efecto, establecerse una cláusula sancionadora a cargo del Franquiciado, quién deberá abonar tales gastos si de la auditoría resultara que estaba dejando de pagar determinadas cantidades).

DECIMOCUARTA: El presente contrato tendrá una duración de (...) años que comenzarán a contar desde la fecha de la firma especificada en el encabezamiento.

A su finalización, se prorrogará automáticamente por sucesivos períodos de (...), salvo que cualquiera de las partes notifique a la otra por escrito con (...) de antelación a la fecha del primer vencimiento o de la finalización de cada prórroga, su deseo de dar por finalizado el mismo.

DECIMOQUINTA: El Franquiciado no podrá transmitir sus derechos sobre la Franquicia sin el consentimiento previo y por escrito del Franquiciador. Este no podrá denegar el consentimiento de forma arbitraria (pueden establecerse los criterios en base a los cuales el Franquiciador podrá dar o denegar el consentimientos, tales como: la aptitud y experiencia laboral del adquirente; su respaldo económico; la posible existencia de conflicto de intereses, etc. Podrá además determinarse la responsabilidad del adquirente y del transmitente, respecto de las obligaciones derivadas del contrato). Con ocasión de la transmisión, el Franquiciador podrá adaptar el canon pactado en el presente contrato al que viniera exigiendo a los nuevos Franquiciados en esa fecha.

El Franquiciador se reserva la facultad de ceder libremente sus derechos y obligaciones derivados del presente contrato, quedando obligado simplemente al comunicar por escrito la transmisión al Franquiciado. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones contractuales del cedente.

DECIMOSEXTA: El Franquiciado no podrá actuar como agente o representante del Franquiciador. La firma del presente contrato no creará entre Franquiciador y Franquiciado ninguna relación laboral.

El Franquiciador es y continuará siendo un contratante independiente, que ejercerá su actividad asumiendo las obligaciones y responsabilidades derivadas de la misma.

DECIMOSÉPTIMA: El Franquiciado contratará un seguro de daños y de responsabilidad civil que cubra al menos (determinar las cantidades mínimas).

DECIMOCTAVA: Con independencia de las causales legales de extinción, constituyen causas de extinción del presente contrato las siguientes:

- El incumplimiento por cualquiera de las partes de cualquiera de las obligaciones asumidas con la celebración del contrato (puede también optarse por crear dos categorías de obligaciones, constituyendo el incumplimiento de las primeras, consideradas por las partes como esenciales, causa de extinción, mientras que el incumplimiento del resto de las obligaciones sólo serían causa de extinción si se producen de forma reiterada).
- La falta de pago a los proveedores.
- El retraso en (...) días, por parte del Franquiciado en el pago de los cánones debidos al Franquiciador en virtud del contrato.
- La liquidación, disolución, muerte o cese en el negocio y la incapacitación del Franquiciado persona física.
- El vencimiento del plazo de cualquiera de las prórrogas.

DECIMONOVENA: A la terminación del contrato, el Franquiciado devolverá al Franquiciador el Manual operativo, junto con todo el material que contuviera información confidencial. Así mismo, dejará de usar el sistema del Franquiciador y los signos distintivos cuyo uso le había transmitido, comprendiendo esta

obligación el cese en el uso de cualquier letrero, mobiliario, material publicitario, y en general , cualquier soporte material que venga identificado con los signos distintivos del Franquiciador.

El Franquiciador permitirá el uso de la marca por el Franquiciado tras la extinción del contrato, durante un plazo razonable, en los siguientes casos:

- Para la fabricación o la venta de los productos que lleven la marca para atender pedidos realizados antes de la terminación del contrato.
- Para vender cualquier stock de productos fabricados por el Franquiciado sobre los que la marca haya sido legalmente puesta antes de la extinción del contrato.

(Será también posible pactar la recompra del stock por el Franquiciador).

VIGÉSIMA: Cualquier controversia derivada o relativa a este contrato o cualquiera de sus modificaciones, así como cualquier incumplimiento del mismo, se resolverá sobre la base de la legislación de (...), por los árbitros de (...), cuya decisión unánime o mayoritaria no será apelable (esta cláusula podrá sustituirse por un pacto de sumisión expresa a determinados tribunales).

En testimonio de los cual, las partes firman por duplicado y a un solo efecto, en el lugar y fecha indicadas en el encabezamiento.