Artículo: Operación de franchising
Revista: Nº190, año LIX (Jul-Dic, 1991)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 190
AÑO LIX
JULIO - DICIEMBRE
1991

ISSN 0303-9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Operación de franchising
Revista: Nº190, año LIX (Jul-Dic, 1991)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

OPERACION DE FRANCHISING

RICARDO SANDOVAL LOPEZ
Prof. Derecho Comercial
Universidad de Concepción

1. *Utilidad económica.* La actividad mercantil de nuestros días no sólo se efectúa con la mira de obtener una ganancia proveniente de la diferencia entre el costo de adquisición de los bienes del productor y el precio de venta al consumidor, sino además con el propósito de actuar en forma eficiente para lograr resultados favorables, en una palabra, en procura del éxito comercial. La antigua noción de lucro, piedra angular del comercio tradicional, ha sido reemplazada por la idea de *eficiencia*, en el tráfico mercantil moderno.

El empresario de comercio intenta ahora conseguir la eficiencia vinculándose con otro empresario propietario o titular de una organización, de un nombre de comercio, de una marca de comercio o de *servicio*, de símbolos distintivos, de *know-how* o saber hacer, con una cadena de establecimientos de comercio sobre un determinado territorio. El empresario dueño de la idea o de la organización se denomina *franchisor* y el empresario que contrata con él, enajenando en cierta medida su libertad de iniciativa individual, pero asegurando su éxito comercial, se llama *franchisee*. La relación que los une se denomina *franchising*, que algunos han traducido al español, literalmente, como *franquicia comercial*, llamando, en consecuencia, a los participantes en la operación, *franquiciante* y *franquiciado*. Mientras tal traducción no tenga reconocimiento general preferiremos emplear la terminología original.

La vinculación entre el franchisor y el franchisee es recíprocamente beneficiosa. El franchisor se beneficia porque obtiene una contraprestación en dinero, representada por una tarifa inicial *initial fee* y un pago continuo de *royalties* denominado *Continual Royalty Payment*, además de una ganancia conjunta con todos los miembros de la red o cadena de establecimientos. El franchisee se favorece económicamente porque a él se le confía el uso del nombre comercial, de la marca, de los símbolos distintivos, del know-how y, en general, se beneficia con la idea y la organización que son propiedad del franchisor. Asimismo, el franchisee recibe asesoramiento en los aspectos contables, financieros, de publicidad, de relaciones públicas, de *marketing* o producción de técnicas de comercialización, de manejo de personal, etc. Con ello el franchisee tiene los elementos para enfrentar eficientemente su actividad, se encuentra en el comercio *por sí mismo, para sí mismo, pero no está solo.*

Artículo: Operación de franchising
Revista: Nº190, año LIX (Jul-Dic, 1991)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El franchising es más que un método adecuado de distribución de productos o servicios, más que una concesión en sentido lato del término, es una forma desarrollada de actividad negocial. Constituye un mecanismo exitoso de comercialización que implica que los nombres, las marcas, las licencias de marcas, el know-how, el marketing y la asistencia técnica son puestos por el franchisor a disposición del franchisee, manteniendo interés permanente en el negocio de este último.

En los Estados Unidos de Norteamérica donde tuvo su origen esta operación, según informaciones del Ministerio de Comercio, durante 1988, las compañías vendieron mediante ella productos al menudeo por 640.000 millones de dólares. La gente vinculada a este mecanismo de cooperación mercantil ese mismo año fue de 7,5 millones de personas, con 520.000 establecimientos en todo el país. No es exagerado señalar que de cada 3 dólares que un norteamericano gasta por día, uno de ellos va a un negocio que opera en franchising.

Durante el año 1986 en Francia, el 15% de los negocios se hacían mediante la operación de franchising; en España, en la misma época, el 10% de las actividades comerciales adoptaban la forma de esta operación.

La operación de franchising no es desconocida en el continente latinoamericano donde actúan grandes empresas norteamericanas tales como Coca- Cola, Mac Donald, etc., que emplean este tipo de negociación en sus actividades. En Chile, si bien es cierto que hasta ahora no se conocen cifras, no es menos cierto que la operación se encuentra en aplicación.

2. *Legislación aplicable al franchising.* En el derecho chileno no existen normas que regulen la operación de franchising, no obstante que encontramos una referencia a ella en el Compendio de Normas de Cambios Internacionales del Banco Central de Chile, en el capítulo sobre "Regalías".

Por ser el franchising una operación integrada por varios actos jurídicos o contratos, al convenirla deberá observarse, respecto de todos ellos, las reglas y los principios del derecho común. Generalmente la operación se celebra con el solo consentimiento de los sujetos que en ella intervienen, aunque en ciertos casos es necesaria la firma de determinados contratos o la suscripción de ciertos documentos, especialmente cuando implica cesión o traspaso de marcas comerciales, de patentes o de modelos industriales o de licencias, con el propósito de practicar las inscripciones o las anotaciones correspondientes, en los respectivos registros, que faculten al franchisee para ejercer los derechos o las prerrogativas cedidas o transferidas por el franchisor.

La autonomía de la voluntad, principio consagrado en diversas disposiciones de nuestro Código Civil (arts. 12, 1545, etc.) es la fuente de donde emana el derecho a celebrar esta operación y a darle el contenido que convenga a quienes intervienen en ella, con tal que no se infrinja ninguna disposición de orden público. Gracias a la libertad contractual los sujetos interesados pueden integrar la operación con determinados actos jurídicos o con ciertos contratos, de los cuales surgirán los derechos y las obligaciones recíprocas.

Atendida la circunstancia que la operación de franchising se inserta en el dominio

Artículo: Operación de franchising
Revista: Nº190, año LIX (Jul-Dic, 1991)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de la distribución y en la comercialización de bienes y servicios, suelen pactarse cláusulas de exclusividad de compra, de exclusividad de venta y otras que podrían atentar contra las normas que regulan la libre competencia.

Creemos que cuando la operación en estudio tenga mayor aplicación práctica en Chile, se requerirá de normas que la regulen sistemáticamente, como ocurre en los Estados Unidos de Norteamérica y en los países de la Comunidad Económica Europea, donde se ha demostrado que ella, en vez de ser un obstáculo es un mecanismo que favorece la competencia en el tráfico comercial, caracterizado por la búsqueda de la eficiencia y no del simple fin lucrativo.

SECCION I: ASPECTOS GENERALES DEL FRANCHISING

3. Concepto de franchising. El primer concepto que en Europa se dio a la operación en estudio tiene su origen en una sentencia del Tribunal de Bressier, Francia, en 1973, noción que posteriormente fue adoptada por la Federación Francesa de Franchising. Se le definió como: "un método de cooperación entre una compañía que ofrece una franquicia por una parte y otra o muchas compañías que actúan como franquiciadas, por la otra. Para el franquiciante esto involucra, primeramente la propiedad de un nombre de comercio, de símbolos distintivos, de una marca de comercio o de servicio, así como cierto know-how que son confiados al franchisee"[1].

UNIDROIT, Instituto de Derecho dependiente de las Naciones Unidas, con sede en Roma, en 1987, recomienda a los países una definición uniforme de franchising, en los siguientes términos: "Es una operación de franchising aquella que se conviene entre un franchisor y un franchisee, en la cual franchisor ofrece o es obligado a mantener un interés permanente en el negocio del franchisee, en aspectos tales como know-how y asistencia técnica. El franchisee opera bajo un nombre comercial conocido, un método y procedimiento que pertenece o que es controlado por el franchisor, y en el cual el franchisee ha hecho o hará una inversión sustancial en su propio negocio con sus propios recursos".

En ninguno de los grandes países europeos existe una definición legal de franchising, no obstante que hay acabados estudios sobre la materia. La Comisión de las Comunidades Económicas Europeas ha dictado, en el marco de la legislación sobre libre competencia, una reglamentación general relativa al franchising, que entró en vigencia el 1 de febrero de 1989, en la cual se la define para los efectos de exceptuar estos contratos de las normas sobre competencia contempladas en el artículo 85, inciso 3º, del Tratado de Roma.

En Japón, Corea y Taiwan donde en la práctica se utiliza el franchising, no está reglamentado sistemáticamente en el derecho positivo.

[1] Guyenot, Jean *Qu'est-ce le franchising.* Dunod Entreprise. Paris 1973. p.16; "La franchise commerciale". *Revue Trimmestrielle de Droit Commercial.* Paris 1973. p.165; Note en *Gazzette du Palais* Nº 308. Paris 1979.

Artículo: Operación de franchising
Revista: Nº190, año LIX (Jul-Dic, 1991)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Definiciones legales de franchising se han establecido en aquellos ordenamientos jurídicos que han legislado sobre la materia, como ocurre en Estados Unidos de Norteamérica y en Canadá, donde se han reglamentado a nivel federal y estatal. En los Estados Unidos, la legislación federal no define particularmente la operación de franchising sino regula la *oferta pública de franchising*, en la mira de proteger la buena fe respecto de personas inescrupulosas que venden negocios inexistentes. La normativa federal norteamericana contempla las condiciones mínimas que deben reunir las ofertas públicas de franchising y las sanciones civiles y penales que se aplican a quienes las transgreden. Entre los requisitos de la oferta pública de franchising deben indicarse los antecedentes del franchisor, las características del negocio que ofrece, no sólo en cuanto al objeto del mismo sino también su rentabilidad, a la competencia en el rubro y en general una serie de detalles que tienden a cautelar el interés del franchisee.

A nivel estatal se han formulado definiciones de franchising los estados de Minnesota, de California y de Nueva York. Las diferencias estriban en que la legislación del estado de Minnesota destaca la *relación continua* como la característica fundamental del franchising, tanto que las otras legislaciones ponen de relieve como elemento esencial el *método que se transmite*. Según la normativa legal de Minnesota, "el término franchising significa cualquier relación comercial continua creada por un acuerdo o acuerdos por el cual,

a) una persona denominada franchisee ofrece, vende o distribuye a cualquier persona diferente al franchisor, bienes, mercaderías o servicios que están identificados por una marca, marca de servicio, nombre comercial, publicidad o cualquier otro símbolo comercial que designa el franchisor, directa o indirectamente, y asimismo en segundo lugar debe cumplir con los estándares de calidad prescriptos por otra persona a la que se denomina franchisor y donde el franchisee opera bajo el nombre y utilizando la marca, la marca de servicio, el nombre comercial, la publicidad u otro símbolo comercial designado por el franchisor,

b) el franchisor ejerce o tiene autoridad para ejercer un grado significativo de control sobre el método de operación del franchisee, incluyendo pero no limitado a la organización de negocios del franchisee, sus actividades promocionales, gerenciales o su plan de negocios o actividades"[2].

En la legislación de California se define la operación en estudio en los siguientes términos: "El franchising es un acuerdo expreso o implícito en forma oral o escrita entre dos o más personas por la cual al franchisee le es concedido el derecho de ingresar en el negocio de ofrecer, vender o distribuir bienes o servicios bajo un plan de *mercadeo* o sistema prescripto o sugerido en parte sustancial por el franchisor y la operación del negocio del franchisee de acuerdo con este plan o sistema, está materialmente asociada con

[2] Véase: Brown, Harold *Franchising: realities and remedies*. Rev. ed. New York. N.Y. Law Journal Seminars Press, 1989. p.15; Kaufmann, David J. *Franchising 1989: business strategies and compliance issues*, New York. N.Y. Practice Law Institute, 1989. p.8.

Artículo: Operación de franchising
Revista: Nº190, año LIX (Jul-Dic, 1991)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la marca del franchisor, la marca del servicio, el nombre comercial, el logotipo, la publicidad o cualquier otro símbolo del franchisor o una afiliada de ésta, y la persona a la cual se le concede el derecho de ingresar a dicho negocio se le requiere a pagar directa o indirectamente, un derecho de franquicia de US $ 100 o más dólares".

La normativa legal del estado de Nueva York no alude a la cantidad de 100 o más dólares y dice que el franchising es un "acuerdo en forma oral o escrita entre dos o más personas por el cual al franchisee se le concede el derecho de ingresar a un negocio, de ofrecer, vender o distribuir bienes o servicios, la operación del franchisee se hace de acuerdo con el plan de negocios o sistema sustancialmente asociado con la marca del franchisor y el franchisee debe pagar, directa o indirectamente, un honorario".

En la doctrina se ha definido el franchising "como la concesión de una marca de productos o servicios a la cual se le agrega la concesión del conjunto de métodos y medios propios que permitan a la empresa franchisee asegurar la explotación racional de la concesión y de administrar su gestión comercial, que es su soporte, en las mejores condiciones de rentabilidad para sí misma y el franchisor"[3]. Este mismo autor señala esclareciendo la noción definida que "se admite que una empresa pueda hacer pagar sus consejos y su colaboración cuando es propietaria de una marca y cuando ofrece un conjunto de productos o de servicios específicamente originales y explotados obligatoria y totalmente según técnicas comerciales renovadas, lo que es denominado franchising"[4].

Para la doctrina nacional, el franchising "es un contrato por el cual un fabricante o, más en general, un prestador de servicios que se llama franchisor -llamémoslo también concedente- da a un comerciante independiente llamado franchisee -llamémoslo también concesionario- el derecho a explotar o a comercializar una marca sobre un determinado producto o sobre un servicio comprometiéndose, además, a asistirlo en la organización, en la formación, en las técnicas de comercialización, etc., mediante el pago de un precio"[5].

En nuestro concepto el franchising es una operación mercantil que vincula, mediante diversos actos jurídicos, a una persona o empresa denominada franchisor que otorga a otra llamada franchisee, a cambio de una retribución, una franquicia consistente en el derecho de explotar una actividad económica, generalmente relativa a la comercialización de diversas clases de bienes o servicios incluyendo el uso de un nombre comercial común, una presentación uniforme de las instalaciones, la comunicación de un know-how o saber cómo y el suministro continuo de asistencia técnica mientras ella esté vigente.

Creemos que el franchising es una operación y no un simple contrato, porque involucra una serie de actos jurídicos que lo integran o le sirven de soporte, tales como el contrato de licencia sobre uso de marca comercial, el contrato de suministro de know-how

[3] Guyenot, Jean. ob. cit. p.3.
[4] Guyenot, Jean. *Gazette du Palais* Nº 308. 1979. p.6.
[5] López Santa María, Jorge "Las nuevas figuras contractuales". Apuntes de clases Universidad Católica de Valparaíso. Sin editar. 1978.

Artículo: Operación de franchising
Revista: Nº190, año LIX (Jul-Dic, 1991)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

o saber cómo y el contrato de prestación de asistencia técnica, por mencionar sólo los más importantes.

4. *Clases de franchising.* En los Estados Unidos de Norteamérica, de donde es originaria la operación que nos ocupa, se distingue entre:

a) *product franchising* y

b) *format franchising.*

El *product franchising*, como su nombre parece indicarlo, consiste, fundamentalmente, en un sistema de distribución que supone la entrega de un producto para comercializarlo o la enseñanza acerca de cómo prestar cierto servicio.

El *format franchising* implica no sólo la entrega de un producto a distribuir o la instrucción relativa a la forma de prestar un servicio, sino el traspaso de la información completa para operar un negocio de venta de productos o de prestación de servicios. En esta última clase de franchising, el franchisee no requiere tener ningún tipo de experiencia para emprender la actividad de que se trata. Resulta un tanto difícil imaginar que un sujeto obtenga una franquicia para comercializar automóviles sin ser un empresario avezado en el mundo de los negocios, pero es perfectamente posible suponer que una persona pueda vender langostas o aprender a cocinarlas, sin tener ninguna experiencia. El segundo tipo de operación que hemos señalado se denomina también *"business format franchising"* o franquicia de empresa.

En Alemania se distingue también entre *"Produkfranchise"* y *"Vertriebfranchising"*, ejerciendo una gran influencia en un orden conceptual de estas nociones sobre los otros países europeos. Sin embargo, estas dos clases de franchising no son operaciones estáticas, sino dinámicas porque se advierte que el *product franchising*, basado en la distribución de un producto evoluciona hacia el *business format franchising*, implicando generalmente la eventualidad para el franchisor de aumentar la red de distribución y para el franchisee la posibilidad de iniciar un negocio en el que tiene todo explicado.

En Europa, en general, se distinguen tres clases de operaciones de franchising: la de productos, la de servicios y la industrial. Esta última está excluida de las normas que regulan la protección de la libre competencia porque en ella el franchisee no entra en contacto con el público. El franchising industrial consiste, fundamentalmente, en el otorgamiento de una licencia de fabricación para desarrollar un bien intermedio.

Tocante la forma de otorgar las franquicias se advierte el empleo de dos métodos diferentes, que permiten distinguir entre el denominado *"development agreement"* y el llamado *"master franchisee agreement"*. En el primer tipo de franchising se otorga a un sujeto la facultad de comercializar un producto en una determinada región, con el compromiso de tener un cierto número de locales propios. En cambio en el *"master franchisee agreement"* se concede el derecho de subfranquiciar a terceros la franquicia otorgada. En esta última operación el franchisee actúa como tal y al mismo tiempo como franchisor frente a los terceros respecto de quienes subcontrata el franchising.

5. *Diferencia entre franchising y otras operaciones y contratos.* La operación de franchising está inserta en el campo de la distribución mercantil, pero tiene caracteres

Artículo: Operación de franchising
Revista: Nº190, año LIX (Jul-Dic, 1991)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

propios que la diferencian de otras operaciones y contratos que aparentemente resultan muy similares a ella, tales como la agencia, el contrato de distribución y la concesión, por señalar sólo los más conocidos.

La agencia, la distribución y la concesión son figuras que contienen sus propias características y difieren de la operación de franchising, como veremos a continuación. Las diferencias con la agencia, no con el agente artístico ni el agente marítimo o teatral, sino con el agente que vende productos, mercaderías o servicios, consiste en que éste siempre vende por cuenta y orden del comitente, en tanto que el franchisee tiene un negocio propio, donde vende por su cuenta y riesgo.

La diferencia con el contrato de distribución radica en que el distribuidor tiene el derecho exclusivo de reventa, pero normalmente no tiene la prestación de garantía y de otras ventajas tales como la asistencia técnica, que el franchisee adquiere mediante la operación de franchising.

A diferencia del simple distribuidor exclusivo, el concesionario asume la responsabilidad directa de prestar garantía de los productos que vende mediante la concesión, por lo que su relación con el concedente es mucho más íntima y profunda, a tal punto que puede afirmarse que no existirían diferencias notables con el vínculo entre el franchisor y el franchisee, especialmente tratándose del "product franchising". Ahora bien, en el caso del "business format franchising" o franchising de empresa, existe similitud con la concesión sólo porque tanto el concesionario como el franchisee actúan por su propia cuenta, pero en el franchising se le enseña cómo desarrollar un negocio conforme a un método. Así por ejemplo, en la concesión, al concesionario se le venden automóviles para que los revenda sin enseñarle técnicas de venta, en cambio al franchisee se le traspasa toda la metodología de la venta y una completa asistencia en mercadotecnia a tal punto que el franchisee no necesita ser comerciante experimentado en el rubro.

6. *Diferencia entre el franchising y el contrato de licencia.* Lo característico del contrato de licencia es que, en virtud de él, un sujeto titular de una patente de invención o de una marca, denominado licenciante, faculta a otro llamado licenciatario, para que la use y registre en un espacio territorial en forma exclusiva, pero sin desprenderse de su dominio. El objeto del contrato consiste en autorizar a una persona para que explote una invención patentada por otra o en suministrar una fórmula de fabricación para que la otra persona elabore un producto.

El contrato de licencia obliga al licenciatario a producir el invento bajo las mismas condiciones técnicas que el producto original sin alterar el procedimiento de elaboración patentado. Se advierte que el objeto del contrato de licencia es diverso del propósito que se persigue con la operación de franchising, que es mucho mas vasto y que precisamente incluye, en el conjunto de aspectos que comprenden la franquicia, el uso de una patente de invención, esto es, una licencia. Así el franchisee debe producir por sí mismo los artículos o servicios objeto de la distribución, respecto de los cuales el franchisor le ha concedido licencia, toda vez que este último tiene la patente de invención registrada a su nombre. De esta suerte, el franchisor deja de tener monopolio absoluto sobre el producto o servicio, permitiendo que el franchisee lo fabrique y distribuya en el espacio territorial

Artículo: Operación de franchising
Revista: Nº190, año LIX (Jul-Dic, 1991)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

convenido, cautelando que se venda o se preste según las técnicas y procedimientos propios de la patente.

7. *Diferencia entre franchising y la cesión de patente.* El contrato de cesión de patente se caracteriza porque el titular de ella transfiere su propiedad y todos los derechos emergentes de su calidad de propietario industrial, a su co-contratante. Al igual que en la situación anteriormente analizada, la diferencia con el franchising estriba el la extensión del objeto.

Por ser el franchising una operación mercantil integrada por varios contratos, sin duda, es factible que el franchisor, titular de la patente, convenga en cedérsela al franchisee reservándose, en el caso que explote un establecimiento, la facultad de usarla y registrarla en la zona en donde desarrolla sus actividades.

8. *Paralelo entre el franchising y know-how.* La expresión del idioma inglés *"know-how"* puede producirse literalmente por: "saber cómo", esto es, poseer los conocimientos necesarios para hacer una cosa. Se emplea esta alocución para referirse a procesos complejos y precisos cuyo valor pecuniario se encuantra en el grado de novedad y secreto de los mismos.

La doctrina de los autores ha elaborado numerosas definiciones de la idea know-how, así por ejemplo, para Guillermo Cabanellas,[6] "es un conjunto de invenciones, procesos, fórmulas o diseños no patentados o no patentables que incluyen experiencia y habilidad técnica acumulada, la que puede ser transmitida preferentemente o exclusivamente, a través de servicios personales". Se trata de traspasar a título oneroso el conocimiento de una empresa a otra, generalmente de distinto nivel tecnológico.

Habida consideración de su objeto el know-how es diferente de la operación de franchising, pero nada obsta a que forme parte de ella como ocurre frecuentemente en la práctica. En el franchising no sólo se trata de tener el uso de un nombre o de una patente o marca, sino también de tener acceso al conocimiento del método que permite explotar con éxito un determinado negocio. El franchising suele estar integrado por un contrato de suministro de know-how, cuando comprende el sector de la preparación de alimentos, donde se requiere crear y mantener la novedad, que es lo que permite conservar e incrementar la clientela. El dueño del procedimiento o técnica, en lugar de optar por el registro o la patente del mismo, que implica revelar el secreto, puede omitir este trámite y conceder al beneficiario una protección de hecho mediante el know-how, que conlleva la preservación del secreto.

9. *Comparación entre franchising, aprovisionamiento y suministro.* El contrato de aprovisionamiento tiene por objeto proveer de cosas muebles a una persona natural o jurídica, durante un tiempo determinado, para satisfacer ciertas necesidades, mediante un

[6] Cabanellas Cuevas, Guillermo, *Los contratos de licencia y de transferencia de tecnología.* Buenos Aires, 1980. p. 93.

Artículo: Operación de franchising
Revista: Nº190, año LIX (Jul-Dic, 1991)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

precio convenido de antemano y que se mantendrá durante toda la vigencia del contrato. Es frecuente que las empresas públicas y privadas celebren estos contratos para proveerse de determinados bienes muebles que requieren durante todo el año.

Por su parte, el suministro es un contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de un precio, a ejecutar, a favor de otra, una prestación periódica o continuada de un bien o de un servicio, para satisfacer una necesidad particular o colectiva de carácter permanente. El contrato de suministro representa un mecanismo jurídico apropiado para lograr la satisfacción de necesidades generalmente colectivas y permanentes de la vida en sociedad, tales como el uso de agua potable, electricidad, gas, teléfono, telecomunicaciones, medios de comunicación masiva, etc.

A menudo la operación de franchising comporta aprovisionamiento y suministro, sobre todo cuando se trata del "product franchising" que tiene por objeto la distribución de productos o bienes corporales. En tales casos el franchisee queda obligado a aprovisionarse en forma permanente, continua y generalmente exclusiva, de las existencias del franchisor si es fabricante. Asimismo, se compromete a obtener en forma permanente ciertos suministros de determinadas empresas del franchisor o vinculadas a él. Como puede advertirse los contratos de aprovisionamiento y de suministro pasan a integrar una operación económica de más amplios alcances.

10. *Comparación entre franchising y engineering.* Lo que tipifica al engineering es un conjunto de operaciones previas o vinculadas a la realización de una obra que, no obstante, se pueden separar de su ejecución propiamente tal.

Mediante el engineering un sujeto se obliga a proporcionar a otro determinados antecedentes y estudios técnicos, generalmente de un alto nivel de especialización, relativos a un proyecto específico y se compromete además a efectuar la instalación industrial de que se trata.

A primera vista la operación de franchising y el engineering no tienen nada en común, toda vez que la primera concierne un mecanismo de distribución y ventas y el segundo se refiere a la industria. Pero como hemos venido indicando en todas las otras comparaciones, el franchising puede estar integrado también por el engineering, sobre todo cuando se trata de la instalación y la explotación de los distintos establecimientos afiliados a la red del franchising que requieran de conocimientos de gran especialización tecnológica o científica. Gracias al engineering una empresa, vinculada al franchisor, se compromete a asesorar técnicamente o a efectuar la instalación y el montaje del establecimiento o industria que requiere el franchisee. La operación de engineering la toman a cargo empresas o entidades especializadas en ciertos rubros, que cuentan con equipos dotados de tecnología de punta, que están relacionadas con otras en el plano nacional e internacional, lo que les permite llevar a cabo, en inmejorables condiciones, los proyectos e instalaciones industriales.

Artículo: Operación de franchising
Revista: Nº190, año LIX (Jul-Dic, 1991)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

SECCION II: EFECTOS DEL FRANCHISING

11. *Explicación previa.* Los derechos y obligaciones que el franchising genera para las partes no pueden enunciarse de manera precisa y determinada. Se trata de una operación compuesta de varios actos o contratos, que se conviene bajo diversas modalidades, gracias a la autonomía de la voluntad y según las necesidades y condiciones del mercado.

Es preciso además, para determinar los efectos de la operación, distinguir el caso del franchising destinado a la distribución de bienes corporales y el franchising relativo a distribución de servicios. En el primer caso, los derechos y obligaciones se originarán en ciertas estipulaciones de exclusividad, que comportan una renuncia, en gran medida, de la libertad comercial de las partes.

Asimismo, debe considerarse que el franchising crea una serie de obligaciones de naturaleza especial, que no siempre están expresamente señaladas, pero que se entienden incorporadas a él, teniendo en cuenta el fin económico perseguido. Así por ejemplo, el franchisor está obligado a animar y a dirigir la red de establecimientos comprendidos en la operación, para lograr el cumplimiento de los objetivos comunes perseguidos por las partes.

Con todo, intentaremos sistematizar los principales derechos y obligaciones que el franchising origina para las partes, destacando el carácter eventual y variable de algunos de ellos.

12. *Derechos del franchisor.* A cambio del conjunto de prestaciones que el franchisor ejecuta en favor del franchisee, tiene como derecho esencial el de percibir determinadas retribuciones o remuneraciones. En primer lugar, el franchisor está facultado para exigir del franchisee el pago de una cantidad de dinero, denominada *derecho de entrada,* que se estima equivalente al derecho de este último a formar parte de la red de establecimientos integrados en la operación y de la prerrogativa de usar la marca o los signos distintivos que pertenecen al primero. Su monto se conviene en relación al prestigio que el nombre comercial, la marca y los otros signos tengan en el mercado. Este derecho de entrada se paga por una sola vez cuando se conviene la operación, salvo pacto expreso en contrario.

Conjuntamente con el derecho de entrada, el franchisor está autorizado para exigir del franchisee el pago de determinadas sumas, por períodos de tiempo convenidos, que se llaman *rentas periódicas* destinadas a retribuir los servicios y ayuda que regularmente le presta. Las rentas periódicas se fijan estipulando un tanto por ciento sobre las ventas brutas mensuales, trimestrales, o semestrales y se pagan por todo el tiempo que dure la operación.

Otra prerrogativa que le corresponde al franchisor es la de establecer las directivas financieras, administrativas, comerciales y de control a las que debe ajustarse el franchisee. En el ejercicio de este derecho el franchisor pasa a ser un órgano ejecutor y de control, quedando autorizado para elaborar y hacer respetar todas las directivas que estime adecuadas para el logro de los objetivos económicos de la operación. Tal facultad se ejerce mediante circulares, misivas, memorandum, etc., que revelan una *presencia* del franchisor en el establecimiento del franchisee. Este último debe organizar administrativamente su negocio según el modelo creado por el franchisor, con lo cual se facilita el control de su

Artículo: Operación de franchising
Revista: Nº190, año LIX (Jul-Dic, 1991)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

gestión y se garantiza un buen servicio y la calidad de los productos ante el público.

En el plano financiero, el franchisor tiene la facultad de establecer la suma de dinero que el franchisee debe disponer, inicialmente, para financiar las operaciones de instalación y explotación. Puede tratarse de recursos propios o facilitados por el franchisor para que los utilice estrictamente en los objetivos señalados y se los restituye en la forma y tiempo pactado. Asimismo, es costumbre que el franchisor se reserve la facultad de fijar volúmenes mínimos de operaciones y de aplicar medidas correctivas si éstos no se observan.

Tratándose de la organización comercial, es donde la presencia del franchisor en la empresa del franchisee resulta más notoria, en términos que este último, en cierta medida, renuncia a su libre iniciativa para integrarse al método de comercialización ideado por el primero. Esto se advierte claramente por el ejercicio de las siguientes facultades de que goza el franchisor:

- derecho de establecer la forma y decoración del establecimiento mercantil de franchisee;
- derecho a determinar los procedimientos y técnicas de comercialización;
- derecho a determinar la calificación técnica y comercial del personal;
- derecho a fijar zonas de exclusividad territorial;
- derecho a fijar volúmenes mínimos de venta;
- derecho de abastecer exclusivamente al franchisee de sus existencias o a indicar fuentes de abastecimiento complementarias, y
- derecho a establecer precios, catálogos, etc.

En el dominio del control el franchisor está facultado para vigilar las instalaciones materiales, la calificación técnica del personal y la aptitud de los métodos de trabajo empleados por el franchisee. Esta *supervisión* es fundamental para el buen funcionamiento de la cadena de negocios, para la comercialización de los productos y la adecuada prestación de los servicios, porque el cliente compra cuando se le proporciona información técnica sobre el empleo o el manejo de un determinado artículo y cuando se le asegura un servicio de post-venta.

Por último, en lo relativo al control de gestión, el franchisor puede examinar los resultados logrados periódicamente por el franchisee en el ejercicio de su actividad. La fiscalización permite al franchisor enterarse del contenido de la contabilidad del franchisee, de sus balances ordinarios, ordenar la confección de balances extraordinarios, como así también adoptar y aplicar diversas medidas, salvo en cuanto entorpezcan el rubro de actividad de este último. No debe perderse de vista que del control de los resultados depende el monto de las rentas periódicas que cobra el franchisor.

13. *Obligaciones del franchisor.* Una de las prestaciones esenciales que el franchisor tiene consiste en permitir que el franchisee use su nombre comercial, su marca y signos distintivos para que este último pueda explotar su establecimiento con esa individualidad frente al público. El derecho correlativo del franchisee consiste en poder usar esos signos, imprimirlos y exhibirlos en todos sus documentos, instalaciones, etc. De esta suerte el

Artículo: Operación de franchising
Revista: Nº190, año LIX (Jul-Dic, 1991)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

franchisee beneficia del prestigio y del renombre que el franchisor ya ha conquistado en el mercado regional, nacional o internacional.

El franchisor debe asimismo proporcionar al franchisee el conocimiento y el empleo de técnicas y de los sistemas de comercialización del producto o del servicio, que corresponden a las utilizadas en el *establecimiento modelo*. En el evento en que los procesos de comercialización y otros estén jurídicamente amparados bajo una patente o un registro de know-how, será preciso ceder legalmente el uso de la patente o de la licencia o del know-how, en su caso.

Incumbe al franchisor la obligación de prestar permanentemente al franchisee asistencia y determinados servicios, en todo lo concerniente a la instalación y a la explotación de su negocio. Dicha asistencia dependerá de la clase de productos o de servicios objeto de la distribución o comercialización y de los diversos requerimientos que se le planteen al franchisee durante la vigencia de la operación. En la generalidad de los casos se traduce en asistencia para la localización de un buen lugar para el establecimiento, cuando el franchisee no lo tiene, ayuda para la construcción, instalación y decoración del local donde funcionará el establecimiento, capacitación técnica y comercial del personal, desarrollo de programas de promoción y de publicidad, asistencia financiera, asistencia jurídica y servicio de aprovisionamiento.

14. *Derechos del franchisee.* Son correlativos de las obligaciones que gravan al franchisor y además emanan de ciertas modalidades bajo las cuales se conviene la operación. Al franchisee le asiste:

- el derecho de usar los signos distintivos o la marca del franchisor;
- la facultad de conocer y utilizar ciertas técnicas y procedimientos de comercialización de un producto o de un servicio;
- el derecho de gozar de la ayuda y de los servicios que regularmente debe prestarle el franchisor;
- el derecho de proponer al franchisor políticas generales de administración, de comercialización, de control, como así también las formas de su aplicación, y
- el derecho a ejecutar sus propias políticas en la explotación de su establecimiento.

15. *Obligaciones del franchisee.* La obligación fundamental del franchisee consiste en pagar al franchisor el *derecho de entrada* y *las rentas periódicas,* como así también los otros valores provenientes de créditos, de servicios adicionales y de aprovisionamiento de mercaderías.

El franchisee está obligado a cumplir en la explotación de su establecimiento con las directivas financieras, administrativas, comerciales y de control creadas por el franchisor. Esta obligación se traduce en mantener un establecimiento cuyo aspecto y decoración interior se ajusten al modelo de la organización, en aplicar los métodos de publicidad, de promoción y ventas propiciados por el franchisor, en disponer de instalaciones materiales y de personal cuya calificación técnica corresponda a los métodos de comercialización utilizados por la red, en poseer un stock de piezas de recambio y un

Artículo: Operación de franchising
Revista: Nº190, año LIX (Jul-Dic, 1991)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

stock de seguridad, en emplear los créditos en la forma y para las finalidades estipuladas, en someterse al control técnico y financiero ejercido por el franchisor, y finalmente, respetar las cláusulas de exclusividad convenidas en la operación.

16. *Cláusula de exclusividad de compra.* En todos aquellos casos en que la operación tiene por finalidad la distribución de bienes corporales, se conviene que el franchisee se obliga a proveerse solamente de los productos elaborados por el franchisor o por un tercero señalado por éste. Tal es la denominada *cláusula de exclusividad de compra*, cuyo propósito es lograr y mantener la cohesión y la uniformidad en la cadena de establecimientos explotados bajo el franchising. Gracias a esta estipulación el franchisor logra excluir a todo proveedor concurrente, obteniendo que los establecimientos vendan, distribuyan o comercialicen un producto de una sola marca, de igual presentación e idéntica calidad.

17. *Cláusula de exclusividad de compra y de venta recíproca.* Cuando el franchising contiene esta estipulación, el franchisee queda obligado a proveerse exclusivamente con el franchisor, quien se compromete, a su turno, a abastecerlo únicamente a él. De esta suerte se configura un doble vínculo de exclusividad por el franchisor: se obliga a entregar sus productos sólamente al franchisee y éste se compromete a abastecer únicamente a aquél.

18. *Cláusula de exclusividad territorial.* Si la operación de franchising está destinada a crear una red homogénea de distribución de bienes corporales, se establecen territorios exclusivos, con lo cual se logran ventajas recíprocas para el franchisor y el franchisee.

Esta cláusula implica que cada afiliado debe circunscribir sus actividades a una zona territorial determinada, la cual será su asiento y donde su tarea será distribuir o comercializar según las directivas del franchisor. Puede convenirse una cláusula de territorialidad simple, en la cual el franchisor otorga al franchisee un privilegio de aprovisionamientos exclusivos dentro de su zona, pero no se compromete a protegerlo de la competencia que puedan hacerle otros franchisees ubicados fuera de dicha zona. También puede pactarse una cláusula de territorialidad reforzada, según la cual el franchisor, tal como en el caso anterior, se obliga a proveer exclusivamente al franchisee situado en la zona convenida, pero este último queda obligado a no vender a clientes localizados fuera de ella y a no enviar vendedores a otras zonas.

SECCION III: DECISIONES DE LA COMISION RESOLUTIVA DE LA LIBRE COMPETENCIA Y LA OPERACION DE FRANCHISING

19. *Explicación.* Por encontrarse la operación de franchising inserta en el dominio de la distribución y comercialización de bienes y servicios, en cierta medida las diversas modalidades que ella puede adoptar suelen considerarse como atentatorias a las normas que regulan la libre competencia. En el caso del derecho positivo nacional sabemos que tales reglas están contenidas, básicamente, en el Decreto Ley Nº 211, que contempla tanto las figuras que según dicha normativa atentan contra la libre competencia, como así

Artículo: Operación de franchising
Revista: Nº190, año LIX (Jul-Dic, 1991)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

también los organismos preventivos y resolutivos que se crean para tales fines.

En el contexto de esta obra sólo nos limitaremos a transcribir algunas de las decisiones de la Comisión Resolutiva de la Libre Competencia, sobre la materia, tomando como fuente las publicaciones de la Fiscalía Nacional Económica.

20. *Resolución Nº 31 de 14 de julio de 1977.* En virtud de esta decisión la Comisión Resolutiva de la Libre Competencia determinó la ilegalidad del mecanismo de comercialización utilizado por una empresa productora de vinos y aguardientes. En el hecho la empresa aprovisionaba de sus productos a los distribuidores quienes sólo revendían dicha producción. Extractamos a continuación lo pertinente del fallo de la aludida Comisión: "Que la..... al realizar parte de la comercialización de sus vinos por intermedio de personas naturales o jurídicas que denomina 'distribuidores', otorga un trato preferencial en cuanto al precio en que les vende los productos y a las facilidades que les da para el pago. Esta distribución implica, además, exclusividad de venta de los productos de la viña, prohibiéndosele al distribuidor comercial otros productos similares que provengan de una línea distinta". "Los cargos recién descritos, a juicio de la Fiscalía, constituyen otras transgresiones al citado Decreto Ley, pues importan actos ilegítimos y discriminatorios del productor u oferente del bien, respecto de los denunciantes -compradores del mismo- llegando incluso a una intromisión y control en las actividades comerciales de éstos". "...Que esta Comisión concuerda asimismo con el requerimiento de la Fiscalía -opinión independiente que actúa a su propio nombre y por su propia cuenta y riesgo, no puede ser limitado en su libertad de comercio por ningún vendedor ni en cuanto a los artículos que pueda comerciar..."

21. *Resolución Nº 28 de 19 de enero de 1977.* En este caso la Comisión Resolutiva objetó la cláusula de compra y venta recíprocas en un contrato en el cual se estipulaba que una empresa norteamericana era el único comprador de toda la producción de pisco de tres empresas nacionales y que era el único distribuidor de tal producción en los mercados de Norteamérica y Canadá. La empresa norteamericana se obligaba además a no adquirir ni distribuir productos de otras empresas distintas a las tres mencionadas. Al respecto, la Comisión Resolutiva decidió: "Que conforme a los antecedentes que ya se han expuesto, esta Comisión Resolutiva comparte el planteamiento del señor Fiscal en su requerimiento, en cuanto a que las cláusulas 10º y 13º del contrato materia de esta causa contravienen la legislación aprobada por el Decreto Ley Nº 211 de 1973, sobre defensa de la libre competencia.

Sin embargo, la Comisión hace extensivo su reproche a la cláusula primera del contrato, en cuanto... asume la distribución exclusiva de tres productores nacionales de un mismo artículo.

En primer término, la cláusula primera se encuentra en abierta contradicción con los artículos 1º y 2º, letra c) del Decreto Ley 211 por cuanto, de acuerdo con ella... pasa a ser el único comprador o distribuidor de pisco de tres distintos productores nacionales para los mercados de Estados Unidos de Norteamérica y de Canadá. Dicha firma, por el hecho de constituirse en comprador único de dichos mercados, respecto de tres distintos

Artículo: Operación de franchising
Revista: Nº190, año LIX (Jul-Dic, 1991)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

productores nacionales, asume la distribución exclusiva de éstos para la exportación de esos mercados.

A la inversa, la cláusula 10º del contrato constituye una verdadera prohibición para la empresa... toda vez que no puede adquirir pisco con destino a Estados Unidos y Canadá a productores nacionales distintos de su contratante..."

22. *Resolución Nº 90 de 28 de enero de 1981.* Este fallo constituye un precedente importante respecto de la validez de los sistemas de distribución de automóviles y de repuestos que se contienen en contratos de concesión que normalmente contemplan copulativamente las estipulaciones de exclusividad de compra y venta recíproca. La Comisión Resolutiva falló al respecto: "Las razones que tuvo en cuenta la H. Comisión Preventiva Central para estimar que los sistemas de distribución de vehículos motorizados y repuestos actualmente empleados por las empresas automotrices atentan contra las normas antimonopólicas, y que la Fiscalía Nacional hace suyas en el requerimiento, son las siguientes:

Los contratos de concesión presentan las siguientes características esenciales comunes a la generalidad de los contratos de distribución de automóviles... El concesionario reconoce el derecho exclusivo y privativo de la compañía para calificar y designar a los revendedores que actuarán como distribuidores autorizados de sus productos, los que conformarán una red de concesionarios en el país, habilitados para revender y prestar los demás servicios a que se refiere el contrato.

Lo anterior significa que a determinados distribuidores, cuyo número y ubicación territorial es fijado por la propia compañía, se les reserva el derecho de ser los únicos compradores que puedan adquirir vehículos a dicha compañía, y por lo tanto, ellos se constituyen en los únicos vendedores a nivel de los consumidores o usuarios.

No es admisible la existencia de sistemas de distribución comercial que excluyan la posibilidad de terceros de concurrir y competir en la adquisición y reventa de determinados productos. En este sentido, las empresas deben fijar condiciones objetivas, de general aplicación, que permitan a cualquier comerciante que cumpla con dichas condiciones tener acceso a las mercaderías ofrecidas".

Para la autoridad antimonopólica la independencia entre el fabricante, importador o distribuidor y sus concesionarios o distribuidores, no admite limitación o restricción alguna. Por ser así, el fabricante, importador o distribuidor debe satisfacer los pedidos de todos los requirentes de sus productos y bajo las mismas condiciones y los concesionarios o distribuidores pueden abastecerse de cualquiera fuente y de cualquiera marca. Cualquiera imposición o acuerdo que restrinja dicha libertad, como el haber pactado cláusulas de exclusividad, es un atentado a la libre competencia.

Sin duda que la exclusividad de compra y venta impide que cualquiera persona adquiera y comercie los artículos de un determinado fabricante, pero no siempre comporta una práctica contraria a la libre competencia, por cuanto constituye un exceso condenar, sin excepción, todos los actos que conllevan algún grado de exclusividad porque se le da a la ley protectora de la libre competencia un alcance más amplio, incluso, que el querido por el propio legislador.

Artículo: Operación de franchising
Revista: Nº190, año LIX (Jul-Dic, 1991)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

23. *Resoluciones de la Comisión relativas a cláusulas de territorialidad.* Mediante esta estipulación se pone a cada uno de los miembros de la red al abrigo de la competencia interna que pudiera generarse en ésta, porque los obliga a circunscribir sus actividades en sus propias zonas. Ningún franchisee puede enviar revendedores a otros territorios ni aceptar pedidos de clientes domiciliados fuera del suyo.

En el evento en que la cláusula de exclusividad reforzada se estipule conjuntamente con la exclusividad de compra y venta recíproca, implica que el producto del franchisor será distribuido sólamente a través de los miembros afiliados a la cadena del franchising, y únicamente por el franchisee de cada zona.

Este tipo de exclusividad territorial es de dudosa legalidad frente al artículo 2º, letra c) del Decreto Ley 211. La autoridad de control, al igual que respecto de las otras exclusividades, ha estimado que es atentatoria a la libertad de mercado bajo todo respecto y, por ende, ilícita. A 5continuación transcribiremos algunas decisiones relativas a esta materia.

24. *Resolución Nº 9 de abril de 1975.* La decisión de la Comisión Resolutiva señala: "...el concesionario es un comerciante independiente que actúa a su propio nombre y por su propia cuenta y riesgo, con capital y organización comercial también propios al concesionario, quien debe extender su actividad comercial fuera de los límites de una zona o territorio que se le asigne, importa el reparto de zonas de mercado o de distribución a que se refiere la letra c) del artículo 2º del Decreto Ley Nº 211, de 1973, y en todo caso un arbitrio contrario a la Libre Competencia..."

25. *Resolución Nº 48 de 27 de septiembre de 1978.* En lo pertinente la resolución indica: "...Sobre este punto, se ha estimado, en diversas oportunidades, que si un productor o proveedor vende sus productos a un comerciante está obligado a venderles en las mismas condiciones a todos los que se interesen en comprarle, conforme a criterios generales, objetivos y razonables relacionados con la venta misma, como volumen, forma de pago, etc., sin que le sea lícito formular otras discriminaciones entre ellos... Debe señalarse, además, que esta afirmación de la denunciada permitiría suponer que el señor... tendría asignado un sector o zona determinada, dentro del cual ha dejado de vender a ciertos comerciantes minoristas que actualmente serían abastecidos directamente por la Compañía. Esta asignación de mercado también constituiría una clara infracción de las normas del Decreto Ley Nº 211, de 1973".

26. *Resolución Nº 90 de 28 de enero de 1981.* Al respecto el fallo señala que: "...En primer lugar, cabe hacer presente que, como se ha sostenido en más de alguna oportunidad, la garantía, la asistencia técnica y la existencia de repuestos, como aspectos relacionados con el prestigio de la marca, son circunstancias que, por lo común, son propias de cualquier comercio o, al menos, del comercio de bienes de cierto valor, como sucede con los vehículos motorizados. Sin embargo, ocurre en la práctica que ello sirve de pretexto para otorgar una posición privilegiada en favor de determinados comerciantes elegidos a voluntad del productor o fabricante, sin que ese privilegio, que puede traducirse

Artículo: Operación de franchising
Revista: Nº190, año LIX (Jul-Dic, 1991)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en pactos de exclusividad y/o en diferencias de precios, tenga una justificación objetiva en las condiciones de la venta misma, sino en elementos extraños o ajenos a ella que miran más bien al interés exclusivo del productor y/o del comerciante, situación esta que ha sido invariablemente reprochada por las Comisiones Antimonopolios... Serían, por ende, reprochables, por atentatorias al principio de la libre competencia, cláusulas que impusieran al concesionario exclusividades... Lo serían, también, las cláusulas que exigieran la compra de determinadas unidades por parte del concesionario o le fijaran condiciones para determinar el precio de venta al público, o le impusieran zonas determinadas para actuar..."

27. *Franchising y derecho antitrust norteamericano.* En el derecho norteamericano la concesión de una licencia de marca obliga al licenciante a mantener un adecuado control de la calidad y de la naturaleza de los productos o servicios que el licenciatario distribuye o fabrica bajo la marca del licenciante. Hemos expresado que la operación de franchising por lo general se integra por un contrato de licencia que permite al franchisee distribuir o fabricar los productos de la marca del franchisor.

La licencia de una marca sin ejercer medidas de control de calidad puede dar origen al denominado *abandono de la marca,* que la legislación norteamericana sobre la materia ("Lanham Act") define como cualquier conducta del titular de la marca, que incluye tanto actos de acción como de omisión, que causan, de una parte, que la marca se convierta en una denominación genérica para los productos o servicios sobre o en relación con los que se usa o, de la otra parte, que pierda su significación como marca. Asimismo, la legislación citada establece que puede cancelarse el registro de una marca si ella ha sido abandonada. Siendo así, la simple licencia de marca que no va acompañada de un efectivo control de calidad, puede implicar la pérdida de la marca en cuanto símbolo que indica el origen del producto como también la cancelación de su inscripción en el registro. Para cumplir con las exigencias de la legislación sobre marca y evitar las consecuencias ya indicadas, el franchisor que concede autorización al franchisee para que apliquen la marca al producto o simplemente para que distingan los servicios que prestan con su marca, suele estipular en el franchising distintas medidas de control que varían según los casos. Entre ellas están las que consisten en el suministro al franchisee, ya sea por el propio franchisor o por un tercero autorizado por éste, de determinados productos cuyo empleo en el proceso de fabricación o comercialización del producto o servicio lo distinguen de los demás.

Por el hecho que el franchisor establece entre las medidas de control de la marca el suministro de los productos que identifican a la marca o de ingredientes o componentes que se emplean en los procesos de fabricación o comercialización de los productos o servicios, se originan problemas jurídicos importantes, a saber, la licitud de la medida de control en el marco del derecho protector de la libre competencia y las consecuencias que se derivan del incumplimiento de las medidas de control por el franchisee.

El control consistente en el suministro de productos o ingredientes da lugar a reiterados conflictos entre franchisor y franchisee, sobre todo cuando se tipifica de figura denominada *"tying agreement"*. El fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la causa "Northern P.R. Co. v. Unites States", definió los "tying agreements" como un

Artículo: Operación de franchising
Revista: Nº190, año LIX (Jul-Dic, 1991)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

acuerdo por el cual una de las partes subordina la venta de un producto (tying product) a la condición de que el comprador adquiera un segundo producto (tied product). Los "tying agreements" limitan la competencia fundada en los propios méritos y el acceso de los competidores al mercado del "tied product", no por el hecho que la parte que los impone tenga un mejor "tied product" o su precio sea más bajo, sino porque aprovecha la ventaja económica que detenta en el mercado del "tying product" para obligar a la adquisición del segundo producto. Los consumidores resultan asimismo perjudicados por este tipo de práctica restrictiva porque se ven determinados a renunciar a su libertad de elección entre los "tied products" que pueden competir entre sí en el mercado.

De la noción de "tying agreements" formulada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica se desprende que la piedra angular de estos acuerdos es la existencia de dos prestaciones separadas e independientes entre sí (two products rule). Tratándose del caso citado, cuando el franchisor adopta como medida de control el suministro a los franchisee de productos, ingredientes o componentes, el franchising se califica, por la jurisprudencia norteamericana, (Susser v. Carvel Corporation; Siegel v. Chicken Delight, Inc.; Krehl v. Baskinn-Robbins Ice Cream Co.; Principe v. Mc Donald's Corp. y Jefferson Parish Hospital Dist. Nº2 v. Hyde) como un "tying agreement", en el cual el "tying product" (prestación principal) es la licencia de marca y el "tied product" (prestación subordinada) son los productos que se distribuyen bajo la marca del franchisor o los ingredientes o componentes utilizados en la fabricación de los productos o en la prestación de los servicios objeto del franchising. En el caso Jefferson Parish Hospital Dist. Nº 2 v. Hyde, la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció una pauta general para la valoración de la regla de las dos prestaciones separadas e independientes. Se discutía en el citado caso si los servicios de anestesia proporcionados por el hospital indicado eran separables del resto de los servicios quirúrgicos que ofrecía dicho establecimiento.

Para la Corte Suprema de Estados Unidos, un "tying agreement" no puede existir a menos que se identifiquen dos mercados separados, uno para el "tying product" y otro para el "tied product", en el cual existía una demanda para el "tied product" separada de la demanda del "tying product". Al ser de esta manera del Tribunal Supremo sostiene que no hay un "tying agreement" a menos que exista una demanda suficiente para la adquisición de los servicios de anestesia sin los servicios generales del hospital, de forma que sea posible la identificación de un mercado en el que sea eficiente el ofrecimiento de los servicios anestésicos sin los servicios del hospital. Agrega el fallo del caso citado que la prueba rendida hace concluir que los pacientes diferencian los servicios de anestesia de los otros servicios facilitados por el hospital. Al ser así, la imposición de unos servicios anestésicos determinados a los pacientes combina la adquisición de dos servicios separados y distinguibles, por un lado los servicios de anestesia y, por otro, los servicios generales del hospital[7].

[7] Giner Parreño, César A. "Contrato de franquicia y origen empresarial de las mercancías". *Negocios*, año 2. Nº 13.Octubre 1991. p.6.