

**Raquel Núñez García**

Abogado, egresada de la Universidad Católica Andrés Bello  
Especialista en Derecho Mercantil de la Universidad Central de Venezuela  
Profesora de Contratos y Garantías de la Universidad José María Vargas



# EL CONTRATO VERBAL DE FRANQUICIA

Tribunal Supremo de Justicia  
Colección Nuevos Autores, N°5  
Caracas / Venezuela / 2004

KIIW1098

N9724 Núñez García, Raquel

El contrato verbal de franquicia / Raquel Núñez García;  
Fernando Parra Aranguren, editor. Caracas: Tribunal Su-  
premo de Justicia, 2004.

154 p. - (Colección Nuevos Autores, N° 5)

1. Derecho mercantil - Venezuela 2. Franquicias - Vene-  
zuela. 3. Contratos - Venezuela

El Tribunal Supremo de Justicia no se hace responsable de las  
ideas expresadas por la autora

© República Bolivariana de Venezuela  
Tribunal Supremo de Justicia  
Colección Nuevos Autores, N° 5  
Fernando Parra Aranguren, Director  
Depósito Legal lf: (Colección)  
Depósito Legal lf: 51820013472345  
ISBN: 980-6487-62-1

KHW1098  
N 9724  
e.2

**Raquel Núñez García**

Abogado, egresada de la Universidad Católica Andrés Bello  
Especialista en Derecho Mercantil de la Universidad Central de Venezuela  
Profesora de Contratos y Garantías de la Universidad José María Vargas

DONACIÓN

# EL CONTRATO VERBAL DE FRANQUICIA



**Tribunal Supremo de Justicia  
Colección Nuevos Autores, N° 5  
Caracas/Venezuela/2004**

## TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

### SALA CONSTITUCIONAL

Dr. Iván Rincón Urdaneta  
*Presidente del Tribunal y de la Sala*  
Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero  
*Vicepresidente de la Sala*  
Dr. José M. Delgado Ocando  
Dr. Antonio García García  
Dr. Pedro Rondón Haaz

### SALA ELECTORAL

Dr. Alberto Martini Urdaneta  
*Presidente de la Sala*  
Dr. Luis Martínez Hernández  
*Vicepresidente de la Sala*  
Dr. Rafael Hernández Uzcátegui

### SALA DE CASACIÓN PENAL

Dr. Alejandro Angulo Fontiveros  
*Presidente de la Sala*  
Dr. Rafael Pérez Perdomo  
*Vicepresidente de la Sala*  
Dra. Blanca Rosa Mármol de León

### SALA POLITICOADMINISTRATIVA

Dr. Levis Ignacio Zerpa  
*Presidente de la Sala*  
Dr. Hadel Mostafá Paolini  
*Vicepresidente de la Sala*  
Dra. Yolanda Jaimes Guerrero

### SALA DE CASACIÓN CIVIL

Dr. Franklin Arrieche Gutiérrez  
*Primer Vicepresidente del Tribunal  
y Presidente de la Sala*  
Dr. Carlos Oberto Vélez  
*Vicepresidente de la Sala*  
Dr. Antonio Ramírez Jiménez

### SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Dr. Omar Alfredo Mora Díaz  
*Segundo Vicepresidente del Tribunal  
y Presidente de la Sala*  
Dr. Juan Rafael Perdomo  
*Vicepresidente de la Sala*  
Dr. Alfonso Valbuena Cordero



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA  
PRESIDENCIA

## Palabras Preliminares

Este libro, *El contrato verbal de la franquicia*, divulga el trabajo de grado presentado por la Abogada Raquel Núñez García para optar al Título de Especialista en Derecho Mercantil por ante la Ilustre Universidad Central de Venezuela, precedido de un reconocimiento preparado por el doctor René de Sola, ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia, hoy Magistrado Emérito, y prólogo de Ramón Escovar León. En la oportunidad de su discusión pública, el 3 de diciembre de 2003, el estudio que se difunde fue aprobado con la calificación de Excelente por el Jurado Examinador, integrado por los Profesores Alfonso Riera Seijas, Tutor-Coordinador; Haydée Maradei y Adriana Domínguez.

El tema escogido es una de las formas más en boga, sin que nuestro país sea una excepción, en el sistema de negocios dentro de lo que se ha denominado la globalización, razón por la cual su vigencia y su importancia son innecesarias de destacar. El libro, además, como indica el prologuista, permite "que el lector se acerque al conocimiento de las particulares formas de relación económicas y jurídicas que surgen dentro del proceso de desarrollo de la franquicia, es decir, las que surgen de los acuerdos y contratos entre las partes con el fin de hacer negocios en condiciones especiales", pues, "además de los elementos conceptuales vinculados a aspectos jurídicos en general, la autora sitúa el problema

dentro del marco formal y lo relaciona con los requerimientos de orden moral previstos en el Código de Ética de la Cámara Venezolana de Franquicias”, texto que constituye uno de los marcos de regulación a los que se deben someter los sujetos de la relación.

Al congratular a la autora –cuyo ensayo sobre otro novedoso tema, *El arbitraje en el contrato de arrendamiento*, divulgó este Tribunal Supremo de Justicia en la obra *Estudios de Derecho Civil, Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*– esperamos, como lo apunta el Magistrado Emérito René De Sola, que su publicación, por su metodología y el amplio espectro que abarca el examen del asunto analizado, sea “un útil instrumento de trabajo para sus colegas en el ejercicio profesional y una excelente guía de aprendizaje para los futuros estudiantes de la materia”.

Caracas, 30 de marzo de 2004.

*Iván Rincón Urdaneta*

## Contenido

<b>Palabras preliminares, Iván Rincón Urdaneta</b> .....	5
<b>Reconocimiento cordial, Andrés De Sola</b> .....	11
<b>Prólogo, Ramón Escovar León</b> .....	13
<b>Introducción</b> .....	17
<b>CAPÍTULO I.- DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA</b> .....	21
<b>CAPÍTULO II.- ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA</b> .....	29
1. Primera Generación. 2. Segunda Generación. 3. Tercera Generación. 4. <i>Franchising</i> de Empresas: 4.1 <i>Franchising</i> de Producto. 4.1.1 Franquiciante Fabricante Minorista. 4.1.2 Franquiciante Fabricante Mayorista. 4.1.3 Franquiciante Fabricante Mayorista-Minorista. 4.2. <i>Franchising</i> bajo una Marca Registrada. 4.2.1 Franquiciante Licenciante Marca Registrada-Franquiciante. 4.2.2 Asociación Licenciante de Marcas-Miembros Asociados. 4.2.3 Franquiciante Licenciario Marca-Minorista	

**CAPÍTULO III.- CARACTERES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA** .....

37

1. Comercial. 2. Bilateral. 3. Oneroso. 4. Innominado o Atípico. 5. *Intuito Personae*. 6. Principal. 7. Conmutativo. 8. De Tracto Sucesivo. 9. Tipo. 10. De Adhesión. 11. Consensual

**CAPÍTULO IV.- ELEMENTOS PARA LA VALIDEZ DE LOS CONTRATOS EN GENERAL** .....

49

1. Consentimiento: 1.1 Concepto. 1.2 Ausencia de Vicios del Consentimiento. 1.3 Capacidad. 1.4 Forma del Consentimiento: 1.4.1 Posiciones de la Doctrina Extranjera en cuanto a la forma del contrato: 1.4.1.1 Kleidermacher. 1.4.1.2 Hernández Giménez. 1.5 Acuerdos Preliminares. 2. El Objeto. 3. La Causa

**CAPÍTULO V.- DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS** .....

61

1. Contrato de Licencia: 1.1 Licencia de Marca. 1.2 Licencia de *Know How*. 2. Contratos de Distribución

**CAPÍTULO VI.- ELEMENTOS PARA LA VALIDEZ DEL CONTRATO DE FRANQUICIA** .....

67

1. Elementos Personales. 2. Elementos Reales: 2.1 Esenciales: 2.1.1 La Marca. 2.1.2 El *Know How*. 2.1.3 Asistencia Técnica o Comercial. 2.1.4 Contraprestación. 2.1.5 Territorio. 2.2 No Esenciales: 2.2.1 Los Compromisos de Asistencia o Soporte Financiero. 2.2.2 Las Cláusulas de Publicidad. 2.2.3 Cláusulas de No Competencia. 2.2.4 Cláusulas de Confidencialidad. 2.2.5 Compra de Insumos y Servicio y Calidad de Productos. 2.2.6 Plazo. 3. Aspectos Legales. 4. Costumbre y Usos Mercantiles

**CAPÍTULO VII.- REGULACIONES EN EL DERECHO VENEZOLANO** .....

79

1. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 2. Código de Comercio. 3. Código Civil. 4. Regulaciones para la Libre Competencia: 4.1 Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (Procompetencia). 4.2 Reglamento N° 1 de la Ley de Procompetencia. 4.3 Resolución N° SPPL/036-95. 4.4 Lineamientos de Evaluación de los Contratos de Franquicia. 5. Propiedad Intelectual: 5.1 Decisión 486 Régimen Común sobre Propiedad Industrial de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. 5.2 Ley de Propiedad Industrial. 5.3 Convenios Internacionales. 5.4 Ley sobre Derecho de Autor. 5.5 Reglamento de la Ley sobre El Derecho de Autor y de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que contiene el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. 5.6 Decisión 351 Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. 5.7 Anteproyecto de Ley de Propiedad Industrial. 6. Inversión Extranjera. 6.1 Decisión 291 de la Comunidad Andina sobre el Régimen Común de Tratamiento de los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías. 6.2 Decreto 2.095. 7. Ley de Protección al Consumidor y al Usuario: 7.1 Anteproyecto de Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. 8. Ley de Arbitraje Comercial. 9. Código de Ética de la Cámara Venezolana de Franquicias .....

**CAPÍTULO VIII.- EL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL DERECHO COMPARADO** .....

103

1. América: 1.1 Canadá. 1.2 Estados Unidos de América. 1.3 México. 1.4 Brasil. 1.5 Argentina. 2. Europa: 2.1 Unión Europea: 2.1.1 Austria. 2.1.2 Bélgica. 2.1.3 Francia. 2.1.4 España. 2.1.5 Reino Unido. 2.1.6 Dinamarca. 2.2 Suecia. 2.3 Suiza. 2.4 Hungría. 3. Asia: 3.1 Singapur. 3.2 Hong Kong (China). 4. Oceanía. 4.1 Australia. 5. Ley Modelo de UNIDROIT

Conclusiones .....	119
Anexo A Código de Ética de la Cámara Venezolana de Franquicias .....	125
Anexo B Ley Modelo UNIDROIT .....	133
Bibliografía .....	149

## Reconocimiento cordial

Verdadera complacencia y euforia patriótica me produce el acercamiento a las nuevas generaciones de profesionales del Derecho. Muy contrariamente a lo que suele sostenerse, percibo en sus integrantes una franca voluntad de superación, que se manifiesta por una parte en su afán de ampliar sus conocimientos en cursos de postgrado o de especialización y, por otra, en ofrecer el resultado de sus estudios y reflexiones en obras de gran utilidad para el enfoque de cuestiones novedosas en el desarrollo de la vida social y económica del país.

Tal es el caso de la joven y ya distinguida colega Raquel Núñez García, cuya trayectoria he podido seguir de cerca en razón de la eficaz colaboración que hace más de dos años viene prestando a la organización profesional de la que fui fundador.

Con la publicación de su primeros aportes bibliográficos –**El Arbitraje en el Contrato de Arrendamiento y Los Contratos de Adhesión en el Comercio Electrónico**– dio ella una clara demostración de su vocación para emprender el análisis de nuevas figuras jurídicas, cuyo empleo –cada día más corriente– va abriendo nuevas vertientes en el ámbito del Derecho Mercantil.

Hoy nos brinda Raquel Núñez García un nuevo testimonio de su preocupación por las cuestiones de interés actual: su tesis –**El Contrato Verbal**

**de Franquicia**-, presentada para optar al Grado de Especialista en Derecho Mercantil otorgado por la Universidad Central de Venezuela.

Sin que ello signifique necesariamente solidaridad con todas sus opiniones, no puedo menos que recomendar este trabajo, tanto por su metodología, como por el amplio espectro que abarca en el examen del tema. Su valioso aporte será, sin duda, un útil instrumento de trabajo para sus colegas en el ejercicio profesional y una excelente guía de aprendizaje para los futuros estudiantes de la materia.

Reciba Raquel Núñez García mis sinceras felicitaciones y mis mejores votos de aliento para que siga adelante en la ruta que se ha trazado, en la que me es grato augurarle nuevos triunfos en sus labores de investigadora y docente universitaria.

*René De Sola*

## Prólogo

El libro *El Contrato verbal de la franquicia*, de Raquel Núñez, profesora de la Universidad Central de Venezuela, constituye un valioso aporte para el estudio de las franquicias, una de las más novedosas modalidades que ha asumido el sistema de negocios dentro del mercado global. La vigencia del tema, la metodología utilizada y la claridad explicativa, permiten que el lector se acerque al conocimiento de las particulares formas de relación económicas y jurídicas que surgen dentro del proceso de desarrollo de la franquicia, es decir, las que surgen de los acuerdos y contratos entre las partes con el fin de hacer negocios en condiciones especiales.

Como fenómeno global, el *boom* de las franquicias ha alcanzado un alto desarrollo, y nuestro país no ha escapado a ellas. Si bien se puso de manifiesto en el ramo conocido como *fast food* con las archiconocidas cadenas de venta de hamburguesas, la licencia o concesión se expandió rápidamente hacia otros ramos de la economía como lo son restaurantes, textiles, tiendas de ropa, imprentas, tintorerías, farmacias, sólo por mencionar algunos. Ello permite observar que gran parte de la actividad comercial puede funcionar mediante la modalidad de contrato de franquicia, el cual es generalmente un acuerdo de adhesión que presenta el otorgante o franquiciante al franquiciado.

El trabajo de la profesora Raquel Núñez hace el recorrido del contrato partiendo de sus antecedentes, describe su evolución hasta llegar a la clara definición de lo que son las franquicias. De manera conjunta presenta los diversos criterios que existen en cuanto a la definición de este particular contrato y lo distingue de otras figuras jurídicas, destacando los elementos personales y reales que los caracterizan, sobremanera aquellos que provienen de la ley y los que son producto de la costumbre o de los usos mercantiles.

Además de los elementos conceptuales vinculados a aspectos jurídicos en general, la autora sitúa el problema dentro del marco formal y lo relaciona con los requerimientos de orden moral previstos en el Código de Ética de la Cámara Venezolana de Franquicias, la cual si bien no es ley –apunta la autora– constituye el marco de regulaciones a las que se deben someter franquiciantes y franquiciados. El estudio del caso venezolano permitió a la autora hacer un ensayo de derecho comparado, estableciendo diferencias y semejanzas entre las formas en que operan las franquicias.

El hilo conductor del trabajo que realizó la autora le permitió llegar a importantes y ordenadas conclusiones. Entre ellas destaca que el contrato implícito en la franquicia es atípico o innominado porque no entraña una relación de subordinación o dependencia laboral. Debe ser escrito porque las partes deben conocer con precisión las obligaciones que asumen en la búsqueda de la uniformidad del sistema. Para apuntalar su conclusión de excluir la forma verbal, señala, como razón adicional, que por ser un contrato de adhesión, debe constar por escrito. También predica que en este tipo de contrato, el otorgante toma en cuenta las cualidades y características del franquiciado, todo lo cual también elimina la posibilidad de un contrato verbal.

Pese a que la autora no lo trata directamente, creo conveniente incluir en este prólogo un aspecto de sumo interés como es el de la resolución del contrato de franquicia cuando el franquiciado vende, traspasa o cede la totalidad o parte de la franquiciada. Esta posible venta o cesión no debe hacerse de manera inconsulta sino que debe ser notificada al Fran-

quiciante, puesto que éste para otorgar el contrato tuvo en cuenta las cualidades y características del Franquiciado; y, además, la cesión o venta de la franquicia a un tercero puede estar dirigida a burlar el pago del canon de adhesión, en los contratos que así lo prevean. En efecto, la cesión o venta de una parte o la totalidad de las acciones de la sociedad franquiciada debe considerarse como un incumplimiento contractual y, por consiguiente, causal de resolución del contrato. Por eso, conviene destacar que en el trasfondo del asunto está la valoración de la buena fe en este tipo de contratos y, en todo caso, cualquier cesión, venta o transmisión del negocio franquiciado debe equipararse a la cesión no autorizada de las marcas y signos distintivos.

Las obligaciones inherentes al franquiciante son fundamentales y, entre éstas, destacan las que tienen que ver con el ramo publicidad, no en cuanto al diseño de la misma sino en la transparencia con que debe ser conducido el presupuesto destinado a dicha actividad. Como es sabido, los fondos para la actividad publicitaria provienen de los aportes calculados sobre la base de un porcentaje de las ventas de cada franquiciado y, por lo tanto, cada uno de ellos tiene derecho a fiscalizar el empleo de estos fondos. De tal manera que, en caso de que el franquiciante no utilice los fondos en publicidad, ocurre una situación de causal de resolución:

No vacilo en calificar este estudio de la profesora Raquel Núñez como excelente y, sin duda, va a ser un texto de obligatoria consulta en materia de franquicias y una obra que enriquece la bibliografía jurídica venezolana. Este trabajo suyo, junto con su monografía titulada "El Arbitraje en el Contrato de Arrendamiento", en el Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona, publicado también por el Tribunal Supremo de Justicia, así como su estudio (inédito) "Los Contratos de Adhesión en el Comercio Electrónico", colocan a la profesora Núñez como una joven jurista que escribe sobre temas modernos con inteligencia y claridad.

Marzo de 2004.

*Ramón Escovar León*

## Introducción\*

El tema del presente estudio surgió como una inquietud ante un caso de la vida real. Un cliente que decía haber invertido todos sus ahorros en la apertura de una Franquicia de un negocio determinado, presentaba problemas en la ejecución del contrato. Al revisar la documentación, se constató que el Contrato de Franquicia no había sido suscrito entre las partes, de allí surge la duda sobre la validez de un contrato verbal de franquicia.

Esta inquietud fue el objeto de este trabajo, que se elaboró como requisito para optar al grado de Especialista en Derecho Mercantil de la Universidad Central de Venezuela, el texto que ahora se publica es básicamente el mismo que fuera presentado y aprobado en su momento ante esta casa de estudio.

Así bien, el trabajo pretende examinar la naturaleza jurídica del contrato de franquicia. Para ello se responderá la pregunta siguiente: ¿puede existir un acuerdo de franquicia verbal, donde no exista un contrato celebrado por escrito entre las partes?

---

\* Trabajo de Tesis presentado como requisito parcial para optar al Grado Académico de Especialista en Derecho Mercantil.

Responder la interrogante formulada en el párrafo *infra*, nos llevará a examinar los antecedentes del contrato de franquicia, su evolución, sus características relevantes, así como su regulación en el derecho comparado.

El trabajo se divide en ocho capítulos.<sup>1</sup> El primero trata la definición del contrato de franquicia, tanto en sus inicios como actualmente. El Capítulo II analiza los antecedentes del Contrato de Franquicia y su evolución. Seguidamente en el Capítulo III se establecen los caracteres de esta figura desde el punto de vista jurídico. El Capítulo IV profundiza sobre los elementos de validez de los contratos y sus notas relevantes en el Contrato de Franquicia. Para afianzar la autonomía del contrato en el Capítulo V se hace su distinción de otras figuras jurídicas con las que guarda similitud como lo son los Contratos de Licencia y los Contratos de Distribución. Siguiendo este orden lógico, se procede a señalar en el Capítulo VI los elementos personales y reales que debe reunir el contrato, diferenciando entre los que se consideran esenciales y aquellos que no lo son. Este capítulo revisa además los que requiere expresamente la ley y aquellos que constituyen costumbre o usos mercantiles. El Capítulo VII expone las normas que existen en el derecho venezolano que pueden resultar relevantes para concluir si el contrato de franquicia debe hacerse por escrito, tomando en consideración desde los aspectos contenidos en la Constitución vigente hasta el Código de Ética de la Cámara Venezolana de Franquicias, que si bien esta última no es una ley formalmente, puede ilustrarnos sobre los usos y costumbres que están siendo adoptados en este sector. Por su parte el Capítulo VIII hace un breve análisis del derecho comparado, incluyendo la Ley Modelo propuesta por UNIDROIT.

Finalmente se presentarán las conclusiones del trabajo y se destacarán que en nuestro ordenamiento el Contrato de Franquicia es atípico

<sup>1</sup> Se eliminaron los Capítulos I y II que estaban originalmente en el trabajo de tesis, correspondientes al objeto y a la metodología por considerar que no le aportan claridad a su presentación como Libro. Igualmente, la presente introducción y las conclusiones se han modificado para incorporarse de forma más idónea a este nuevo formato. Con respecto a los anexos, algunos de ellos han sido omitidos, ya que pueden fácilmente ubicarse a través de la web.

o innominado, ya que no se encuentra regulado de forma específica, pero siempre debe ser escrito, lo cual excluye la posibilidad de un contrato verbal de esta especie. Además se destaca que en este tipo de contratos una de las partes, el Franquiciante, le confiere a otra denominada Franquiciado, sobre la base de sus cualidades y características, el deber y el derecho de reproducir un negocio que ha comprobado ser exitoso, o que las partes consideran que puede serlo, bajo un mismo método y una imagen uniforme, por su cuenta y riesgo, sin que exista relación de dependencia o subordinación entre las partes de tipo laboral, a cambio de contraprestaciones directas o indirectas para el Franquiciante.

A la presente fecha, ha sido aprobada la nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, aun cuando no ha sido publicada en Gaceta Oficial, por lo que debe tenerse presente al momento de la lectura del Capítulo VII. Espero que el presente texto pueda ser de utilidad para el desarrollo de la doctrina nacional sobre esta materia.

Caracas, 10 de marzo de 2004

*Raquel Núñez García*

## Capítulo I

### Definición del Contrato de Franquicia

El hecho de que en la mayoría de los países no exista legislación especial sobre el Contrato de Franquicia ha generado que haya múltiples definiciones. Sin embargo es innegable que, tanto nacional como internacionalmente, existe un concepto al menos económico de lo que es el Contrato de Franquicia.

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia (DRAE)<sup>1</sup> ha ampliado las acepciones de la palabra Franquicia, para incluir el contrato como lo concebimos hoy en día. Así bien, define la Franquicia como: "(De Franco). f. Exención que se concede a alguien para no pagar derechos por las mercaderías que introduce o que extrae, o por el aprovechamiento de algún servicio público. 2. Concesión de derechos de explotación de un producto, actividad o nombre comercial otorgada a una empresa a una o varias personas en una zona determinada. 3. Der. En el contrato de seguro, cuantía mínima del daño a partir del cual surge

<sup>1</sup> Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Edición. Tomo 5. Madrid, 2001. p. 735.

la obligación del asegurador". Entre los significados señalados, se verifica, aun cuando no se atribuya a la rama del derecho, que la definición expresada en el punto 2 es la que nos interesa, la cual incluye varios de los elementos esenciales del Contrato de Franquicia.

Por su parte la doctrina coincide en señalar que etimológicamente el Contrato de Franquicia, *Franchising o Franchise*, proviene de la voz *Franc*, de origen francés, que significa Libre. Partiendo de esta idea y revisando la evolución del término, ECHEVARRÍA<sup>2</sup> sostiene que en el sistema feudal de la alta edad media la Franquicia era el privilegio concedido por el señor feudal al vasallo con respecto a exacciones de impuesto u otros pagos del sistema de vasallaje, siendo su primera vinculación comercial las *chartes o lettres de franchise*, donde la exención del pago de los impuestos está relacionada con la organización de las ferias, por lo que se concluye que la Franquicia era un privilegio personal o "estatuto de libertad", que en primer término era de carácter público y fue evolucionando hasta entrar en la esfera privada, teniendo especial relevancia que los riesgos del negocio son independientes para cada una de las partes.

KLEIDERMACHER<sup>3</sup> hace énfasis en que no debe olvidarse que el nacimiento del Contrato de Franquicia y su desarrollo se encuentran atados a un modelo de negocio exitoso, por lo que desde este punto de vista, la apertura de un nuevo local o negocio será un nuevo Contrato de Franquicia.

Veamos entonces, qué se entiende hoy día por el Contrato de Franquicia. Harold BROWN lo define como el acuerdo "oral o escrito por un período definido o indefinido, por el cual una persona cede a otra la licencia para el uso del nombre comercial en la cual se implica una comunidad de intereses en la comercialización de mercaderías o servicios al por mayor, menor, en localización o cualquier otra forma de negocio adoptado bajo dicha licencia".<sup>4</sup>

<sup>2</sup> ECHEVARRÍA, Joseba. *El Contrato de Franquicia*. McGraw-Hill. Madrid, 1995. pp. 6 y 7.

<sup>3</sup> KLEIDERMACHER, Jaime. *Franchising, Aspectos Económicos y Jurídicos*. Abeledo-Perrot. 2ª Ed. Actualizada. Buenos Aires, Argentina. 1995. p. 95.

<sup>4</sup> KLEIDERMACHER, Jaime. *Opus cit.* p. 98.

Acertadamente MALDONADO<sup>5</sup> señala que el Contrato de Franquicia "se trata en el fondo de una relación múltiple que involucra una diversidad de prestaciones: servicios, desarrollo de programas de promoción y propaganda, formación y capacitación técnica, y en general, todas las que se hagan necesarias durante el transcurso de la explotación".

El tratadista argentino MARZORATI<sup>6</sup> define la Franquicia como "aquel contrato **celebrado por escrito** en el cual el otorgante, por lo general denominado "franquiciante", ofrece individualmente a muchos tomadores, que forman un sistema de distribución de su producción para vender o distribuir bienes o prestar servicios de manera exclusiva, un sistema para desarrollar un negocio, con lo cual crean una relación de asistencia del otorgante al Franquiciado con carácter permanente, al amparo de una marca, nombre comercial o enseña, bajo el control del franquiciante y de conformidad con un método, sistema o plan preestablecido por éste, contra el pago de un canon y otras prestaciones adicionales" (negritas nuestras). Aun cuando discrepamos de MARZORATI en el énfasis sobre el aspecto de la distribución, encontramos interesante la mención que hace sobre la necesidad de que el contrato se realice por escrito.

En cuanto a los Estados Unidos de América, la definición contenida en la "*Disclosure Requirements and Prohibition Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures*",<sup>7</sup> establece que existirá un Contrato de Franquicia en todos los casos en que exista un acuerdo entre las partes, de carácter continuo. Esta normativa reduce el contrato a dos caracterizaciones y varias exclusiones. La primera alternativa viene dada por las Franquicias que tienen por objeto la venta, distribución, oferta de productos o servicios identificados por una marca propiedad del Franquiciante.<sup>8</sup> La segunda se refiere a la oferta, venta o

<sup>5</sup> MALDONADO, Sonia. *Contrato de Franchising*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1994. p. 24.

<sup>6</sup> MARZORATI, Osvaldo. *Franchising*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2001. p. 5.

<sup>7</sup> *Disclosure Requirements and Prohibition Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures*, promulgada en fecha 21 de diciembre de 1979.

<sup>8</sup> El otorgante de la Franquicia suele denominarse Franquiciante, Franquiciador o *Franchisor*.

distribución de bienes o servicios provisto por el Franquiciante, por un proveedor señalado por el Franquiciante o bien sugerido por éste. Las exclusiones son amplias y variadas, algunas de ellas son: a) las operaciones en que las regalías no alcancen a US\$ 500.00 durante los seis primeros meses; b) si se trata de miembros de una cooperativa sin fines de lucro; c) los acuerdos que permiten el uso comercial de una marca en medios publicitarios; d) y llama especialmente la atención a la exclusión expresa de aquellos donde no haya un material escrito que revele los términos de la relación entre otros.

Interpretando los antecedentes de la "*Disclosure Requirements and Prohibition Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures*", KLEIDERMACHER afirma que la razón de estas exclusiones no es otra que el reconocimiento expreso del objetivo de la ley, la cual limita su ámbito de aplicación para dedicarse sólo a la regulación de determinados problemas que se suscitan en el desarrollo de determinados contratos de Franquicia.

Dentro de los aspectos resaltantes de la ley se observa que se requiere:

1. Un fin de lucro como elemento definitorio del contrato;
2. Existencia de control y asistencia o colaboración por parte del Franquiciante;
3. La independencia jurídica de cada una de las partes de la relación, y;
4. La escrituración del contrato.

La ley del Estado de California de los Estados Unidos de Norteamérica define la Franquicia como el "Contrato expreso entre dos o más personas en virtud del cual una persona es autorizada o le es concedido:

a) El derecho de vender o distribuir bienes o servicios bajo un plan de comercialización o sistema prescrito en lo sustancial por el otorgante o Franquiciante.

b) La operación del negocio del Franquiciado<sup>9</sup> está básicamente asociado con una marca de comercio o nombre comercial o una marca de servicio, logotipo, publicidad u otro símbolo comercial, designando al otorgante o a su afiliada; y

c) El Franquiciado debe pagar un derecho de franquicia directa o indirectamente<sup>10</sup>...

Entre las normas dictadas por los Estados, se aprecian "...dos corrientes importantes, ambas coinciden en dos elementos, el uso de los signos distintivos y el pago de un derecho de franquicia (*franchise fee*), difieren en que mientras la corriente californiana fija su atención en el literal a), referente a la configuración de la empresa, la otra lo hace en la existencia de una comunidad de intereses entre Franquiciante y Franquiciado. Actualmente, la jurisprudencia norteamericana se inclina por la corriente californiana".<sup>10</sup>

La Asociación de *Franchising* Italiana define el contrato como "una forma de colaboración continuada para la distribución de bienes y servicios de un Franquiciante a uno o más Franquiciados, jurídica y económicamente independientes uno del otro, que estipulan un **contrato expreso** a través del cual el Franquiciante concede al Franquiciado la autorización de las propias fórmulas comerciales comprensiva del derecho de disfrutar del *know how* propio de su empresa y de los distintivos y enseññas propias, unido ello a otras prestaciones y formas de asisten-

<sup>9</sup> El Franquiciado, quien es la persona que desarrolla el negocio, suele también denominarse Franquiciatario.

<sup>10</sup> NÚÑEZ GARCÍA, Raquel. *El Contrato de Franquicia. Algunos Aspectos Esenciales y/o Problemáticos*. Ponencia presentada en el 2º Foro Nacional, Franquicias en Venezuela, después de 4 años, Caracas, 11 de mayo de 2002.

cia que incluyen el consentimiento para que el Franquiciado lleve adelante la gestión de su propia actividad con la misma imagen de la empresa del Franquiciante. Asimismo, el Franquiciado se compromete a llevar adelante su propia política comercial con la imagen de la empresa Franquiciante en el interés recíproco de ambas partes contratantes y de los consumidores finales, sin perjuicio del respeto de las condiciones contractuales libremente pactadas".<sup>11</sup>

De las definiciones antes expuestas puede destacarse que todas ellas coinciden en que con ocasión del Contrato de Franquicia nace una relación de colaboración entre las partes, a los fines del desarrollo de un esquema de negocio que ha demostrado ser exitoso o que las partes consideran que tiene posibilidades de serlo. Igualmente los autores concuerdan, que el Contrato de Franquicia es un sistema de mercadeo de bienes y servicios bajo un mismo método y una imagen uniforme,<sup>12</sup> donde uno de los elementos esenciales en la repetición del modelo del negocio, es que el Franquiciado asume los riesgos del negocio de forma independiente.

En nuestro ordenamiento jurídico el Contrato de Franquicia se caracteriza por ser un contrato atípico o innominado, puesto que no se encuentra regulado de forma expresa, y el cual se ha venido desarrollando conforme a las exigencias del propio mercado. En virtud de esto, no existen normas o regulaciones que establezcan las obligaciones de cada una de las partes, en caso de silencio. De allí la importancia de las estipulaciones y los acuerdos celebrados entre las partes, para poder entender los alcances, responsabilidades y riesgos que asume cada una de las personas involucradas.

No obstante, recientemente fueron publicados los Lineamientos de la Evaluación de los Contratos de Franquicia<sup>13</sup> que definen la Franquicia como:

<sup>11</sup> KLEIDERMACHER, Jaime. *Opus cit.*, p. 104.

<sup>12</sup> Para lograr una imagen uniforme es indispensable que el Franquiciante realice la transmisión del *Know How* y del uso de la marca al Franquiciado.

<sup>13</sup> Lineamientos de la Evaluación de los Contratos de Franquicia, Resolución N° SPPLC-038-99, de fecha 9 de julio de 1999 y publicada en *Gaceta Oficial Extraordinario* N° 5.431 de fecha 07 de enero de 2000.

un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, "know-how" o patentes, que deberán explotarse para la reventa de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales.

Partiendo de esta definición se conceptualiza el Contrato de Franquicia, como el acuerdo:

a través del cual una empresa, el franquiciador, cede a la otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios y que comprende por lo menos:

- El uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato.
- La comunicación por el franquiciador al franquiciado de un "know-how", y
- La prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial y/o técnica durante la vigencia del acuerdo.

Por su parte la Cámara Venezolana de Franquicias en su Código de Ética<sup>14</sup> ha propuesto como definición que:

La Franquicia es un sistema de comercialización de productos, servicios y/o tecnología, basado en una colaboración estrecha y continua entre personas legal y financieramente distintas e independientes, el franquiciante y sus respectivos franquiciados, por el cual el franquiciante concede a sus franquiciados el

<sup>14</sup> Texto Reproducido en Anexo A.

derecho e impone la obligación, de llevar a cabo una explotación de conformidad con el concepto de negocio desarrollado por el franquiciante.

Este derecho faculta y obliga a cada franquiciado a desarrollar un negocio bajo los requerimientos determinados por el respectivo franquiciante, para lo cual utilizará el nombre comercial, marcas comerciales y otros derechos de propiedad intelectual, el *know-how*, los métodos técnicos y de negocio, los procedimientos y otros derechos de propiedad industrial del franquiciante, a cambio del pago de una contraprestación económica a favor de este último. En el desarrollo de cada negocio de franquicia, el franquiciante deberá prestar, de manera continua, apoyo y asistencia comercial y técnica a sus franquiciados, según se prevea en las estipulaciones y por la duración acordada en un contrato de franquicia escrito, celebrado entre las partes a tal efecto.

Es importante resaltar que el Código de Ética no constituye una disposición legal, por lo que sólo será vinculante entre los miembros de la Cámara. No obstante, sirve de guía para el mejor desarrollo del sector franquicia, orientado en lo que es la buena fe y costumbre comercial.

Ensayando una definición propia, diremos, que el Contrato de Franquicia es aquel en virtud del cual una de las partes denominada Franquiciante le confiere a otra denominada Franquiciado, en atención a sus cualidades y características, el deber y el derecho de reproducir un concepto de negocio, que ha comprobado ser exitoso o que las partes consideran que puede serlo, bajo un mismo método y una imagen uniforme, por cuenta y riesgo del Franquiciado, sin que exista relación de dependencia o subordinación entre las partes de tipo laboral, a cambio de contraprestaciones directas o indirectas para el Franquiciante.

## Capítulo II

### Antecedentes del Contrato de Franquicia

El Contrato de Franquicia inicia su desarrollo con los contratos de distribución que eran celebrados por la Singer Sewing Machine Company, entre 1851 y 1863, y los cuales fueron imitados por sus competidores en 1874. Pero no es hasta los años '20 del siglo XX, que como consecuencia de la legislación *Anti-trust* producto del desarrollo del sector automotriz,<sup>15</sup> y su adopción por la empresa General Motors, que se configura el contrato como lo conocemos hoy en día. En esta misma época, en el continente europeo, específicamente en Francia, la firma Pingouin, otorgaba el primer Contrato de Franquicia para la distribución de prendas de lana.

Poco a poco el concepto de Franquicia se fue desarrollando, con especial éxito en Estados Unidos, siendo entre los más renombrados y exitosos las experiencias desarrolladas por las empresas Coca Cola, McDonald's y Kentucky Fried Chicken. El *boom* de la Franquicia se

<sup>15</sup> Mediante la cual se prohibía las ventas directas de vehículos de los productores a los consumidores.

produce luego de la Segunda Guerra Mundial y coincide con una crisis económica.

ECHEBARRÍA<sup>16</sup> siguiendo a MARTINEK habla de varias generaciones de Franquicias:

**1. Primera Generación:** comprenden los primeros contratos de distribución como los de la Singer, distribución petrolera y de automóviles, que presentaban al comerciante minorista como una filial del fabricante de los productos. Así bien, el comerciante que en principio es independiente, renuncia a parte de esa libertad, para vincularse, ligarse o atarse a uno o más bienes producidos por el Franquiciante y comercializados de forma uniforme por el Franquiciado. Este último asume los riesgos financieros de la operación del negocio, por lo que a través de esta figura contractual, el fabricante o Franquiciante puede expandir su negocio. Este modelo también es denominado *Franchising* de producto y adicionalmente reviste entre sus características la ausencia de transferencia de *know how* y la falta de existencia de un plan negocial. En nuestros días no es frecuente que este tipo de acuerdos sea controlado o regido por las normas de Franquicias, siendo regulados por las normas de distribución exclusiva, aplicables sí a los contratos de Franquicia.

**2. Segunda Generación:** aparecen luego de la Segunda Guerra Mundial, fuertemente vinculadas con el estudio del Mercadeo como ciencia. Sobre los aportes de la concepción de la planificación comercial del negocio, se fortaleció el control del Franquiciante de la relación, no ya sólo el aspecto económico, sino también sobre el aspecto de la gestión comercial, por lo que se fijan conductas y parámetros, que como bien señala ECHEBARRÍA, "si no equiparables a la relación laboral patrón-empleado", cercanos a lo que se refiere a las políticas que debe seguir la empresa filial. En esta etapa es que aparece una de las características esenciales del Contrato de Franquicia, como lo es la uniformidad, no sólo en los productos o servicios ofrecidos, sino también en la apariencia de los establecimientos y de las conductas o políticas implementadas

<sup>16</sup> ECHEBARRÍA, Joseba. *Opus cit.* p. 10.

en todos ellos, constituyendo "la imagen" de la Franquicia. El Contrato de Franquicia, así concebido tuvo un éxito sin precedentes durante el siglo XX y continúa siendo uno de los modelos de negocio más atractivo.

**3. Tercera Generación:** se presentan durante los años 70 del siglo XX mediante la introducción de la figura asociativa dentro del esquema. No obstante, los elementos de las Franquicias de Segunda Generación, se mantienen casi sin alteración y no se puede decir que éstas hayan desplazado a las otras, más bien conviven y se utilizan atendiendo a los lineamientos o políticas que haya fijado el Franquiciante para su negocio en especial.

Por su parte KLEIDERMACHER señala que la distinción básica dentro del concepto de Franquicia es la diferencia entre el contrato inicial o rudimentario de sus orígenes y su concepción actual. Así bien distingue entre *Franchising* de Producto, que coincide con la definición de las Franquicias de primera generación y el *Franchising* de empresa, *format business Franchising*, que es el modelo contemporáneo, donde la complejidad de los elementos involucrados y su sofisticación van más allá de un simple sistema de comercialización de un producto determinado.

**4. Franchising de Empresa:** la doctrina norteamericana, dentro del denominado *Franchising* de Empresa, distingue fundamentalmente entre aquel que involucra un producto o *Franchising* de productos y servicios; y aquel que se fundamenta en la autorización de trabajar bajo el nombre de una marca registrada. A su vez estos dos amplios grupos presentan variantes dentro de cada uno de ellos.

**4.1 Franchising de Productos:** siguiendo la clasificación tratada por KLEIDERMACHER,<sup>17</sup> puede distinguirse:

**4.1.1 Franquiciante Fabricante Minorista;** en el cual el Franquiciante se limita a Franquiciar:

<sup>17</sup> KLEIDERMACHER, Jaime. *Opus cit.* p. 106 y ss.

- i) un negocio completo de venta al público, como en el caso de los productos derivados del petróleo;
- ii) una línea de productos, como en el caso de las tiendas por departamentos que tienen espacios especiales donde sólo se expenden ciertas marcas; o
- iii) un solo producto, este supuesto no es muy común, pero se identifica con el caso de las fotocopiadoras de una determinada marca que se ubican dentro de un negocio distinto como librerías y otros comercios cuyo objeto principal no sería el servicio de fotocopiado. Estos dos últimos casos usualmente no revisten relevancia para la aplicación de las características del Contrato de Franquicia.

**4.1.2 Franquiciante Fabricante Mayorista:** el Franquiciante es una empresa que se encarga de elaborar la base de un producto determinado, mientras el Franquiciado se dedica posteriormente a desarrollarlo, envasarlo y/o empaquetarlo. El ejemplo usual son las compañías productoras de refrescos o bebidas gaseosas, que producen el jarabe y luego otras se encargan de elaborar el producto final, envasarlo y comercializarlo.

**4.1.3 Franquiciante Fabricante Mayorista-Minorista:** se dan dos supuestos relevantes:

- i) Las Uniones Cooperativas, que reúnen un grupo de comerciantes minoristas que se organizan para beneficiarse de estándares comunes de organización y venta y posteriormente utilizan el sistema de Franquicia para introducir nuevos miembros.<sup>18</sup>
- ii) Los comerciantes que siendo mayoristas se reúnen con los minoristas a los fines de beneficiarse de una imagen y calidad comunes.

<sup>18</sup> En este caso es importante no olvidar que algunos autores consideran que el ánimo de lucro del Contrato de Franquicia es esencial, en virtud de lo cual este supuesto no reuniría los caracteres.

**4.2 Franchising bajo una Marca Registrada:** por lo que respecta a la autorización para trabajar bajo el amparo de una marca registrada, conocido también como el *Franchising* de Licencia de Marca Registrada se señala, si bien todos los contratos de Franquicia involucran el aspecto marcario, aquí el acento o eje principal del Contrato de Franquicia viene dado por la relevancia e importancia de la marca para posicionar de forma exitosa el negocio dentro del mercado. Este tipo de contratos es uno de los más desarrollados, aun cuando en virtud de las normas del *Common Law* que inicialmente no autorizaban la licencia de una marca, tuvo algunos inconvenientes. Esta prohibición de cesión de la marca se fundamentaba en la protección del consumidor, quien podría confundirse sobre la procedencia de los productos y su calidad. Afortunadamente la Teoría de la Garantía, en virtud de la cual se mantiene la responsabilidad dentro de toda la cadena productiva con relación a la calidad y características del producto, permitió que se concedan licencias en estos casos, sin afectar los intereses de los consumidores.<sup>19</sup>

**4.2.1 Franquiciante Licenciante de Marca Registrada-Fabricante:** se entiende como aquel por el cual el Franquiciante concede al Franquiciado la autorización para fabricar el producto y comercializarlo dentro de un área determinada.

**4.2.2 Asociación de Licenciados de Marcas-Miembros Asociados:** viene dado por la unión de grandes estructuras comerciales, para estandarizar sus productos y los individualizan a través de una marca registrada.<sup>20</sup>

**4.2.3 Franquiciante Licenciario de Marca-Minorista:** este es el caso del comerciante que carece de tiempo, interés o capital para abrir o establecer nuevas sucursales por cuenta propia, por lo que concede la

<sup>19</sup> KLEIDERMACHER considera que la Teoría de la Garantía permitió el desarrollo del Contrato de Franquicia como lo conocemos actualmente. KLEIDERMACHER, *Isime. Opus cit.* p. 108.

<sup>20</sup> Aunque esta estructura resulta extraña a nuestra cultura, ésta ha tenido gran éxito en los Estados Unidos de América, existiendo poderosos sistemas de comercialización de lácteos. Uno de los casos exitosos de este tipo de Franquicia es el de los productores de colchones SERTA.

Franquicia a otro comerciante que sí cuenta con los recursos y el interés necesarios para desarrollar el concepto. Este es el tipo de Franquicia de mayor desarrollo y es el caso de las famosas cadenas de comida rápida como McDonald's y Burger King, entre otras.

En Venezuela la utilización del Contrato de Franquicia como modelo económico experimentó su primera etapa con la aparición de Franquicias extranjeras, de gran reconocimiento, como McDonald's, Burger King y KFC. Esta etapa ocurrió a comienzos de los años 80.

A finales de los años 80 e inicios de los años 90 se puede apreciar la aparición de las primeras Franquicias locales y la diversificación de los rubros de las franquicias.

Por lo que respecta al *boom* de la Franquicia se manifiesta propiamente en los años 1996 y 1997,<sup>21</sup> cuando gran cantidad de negocios locales adopta este formato y se introducen mayor número de Franquicias extranjeras. También se observa la aparición del concepto de las Franquicias Master.

A estas alturas del proceso, no sólo se trata de modelos de negocios norteamericanos o europeos que se han traído a Venezuela, sino que destaca especialmente la aparición de Franquicias nacionales, cuyos modelos están siendo llevados al extranjero, para su implementación en nuevos mercados.

La explosión de los años 90 coincide con una fuerte crisis económica, que lleva a las personas que están interesadas en abrir negocios, bien por la falta de empleos, la pérdida de éstos u otras razones, a inclinarse por las Franquicias donde el riesgo es menor que en un nuevo concepto comercial, debido a que en principio, se trata de un negocio ya probado y las estadísticas sobre este punto así lo han demostrado. La idiosincrasia del venezolano, permitió que para el año 2001 Venezuela ocupara el tercer lugar en América Latina, entre los mercados con mayor número

<sup>21</sup> Información suministrada por Front Consulting.

de Franquicias, siendo la tasa de crecimiento de este mercado superior al 20% desde el año 1998.<sup>22</sup> Para el año 2002 el crecimiento del sector fue de aproximadamente un 15%, existiendo para finales del año un total de 250 Franquicias operativas con 1.300 locales en el país. La difícil situación económica que atraviesa el país, hace esperar que el crecimiento del sector se desacelere internamente para el 2003.<sup>23</sup>

Sin embargo, se ha observado que algunos conceptos de negocios, que han comprobado ser exitosos en el mercado venezolano, han transitado hacia su adaptación al esquema de la Franquicia y están siendo implementados en otros países, bien por venezolanos que ya conocen el concepto o por terceros que se ven atraídos por las características propias de éstos, bajo el formato de Franquicia.

De allí que podamos afirmar, que el Contrato de Franquicia es un fenómeno social, económico y jurídico, donde todos estos aspectos se encuentran íntimamente relacionados. La falta de regulación o tipificación especial, así como los fenómenos de explosión, han permitido ir perfilando los límites de esta figura y sus aspectos relevantes al momento de la contratación y durante su desarrollo, a través de las diferencias que se han presentado en la ejecución de estos, entre las partes.

<sup>22</sup> RIERA, Alfonso. *Lo Elemental de las Franquicias*. Front Consulting, Caracas, 2001.

<sup>23</sup> Datos suministrados por Front Consulting indican que la reducción del sector será entre un 8% y un 10%, con un cierre de un 10% de los locales, sin afectar el funcionamiento de las cadenas en sí.

## Capítulo III

### Caracteres del Contrato de Franquicia

Atendiendo a las definiciones del Contrato de Franquicia, así como de los antecedentes antes expuestos, podemos señalar los caracteres relevantes del contrato en el derecho venezolano:

1. Es un **Contrato Comercial**, no hay duda que las partes celebran el contrato con fines de lucro. El Contrato de Franquicia conlleva la repetición, copia o puesta en práctica de un modelo de negocio, que previamente y en principio ha sido implementado por el Franquiciante, y ha demostrado ser exitoso.<sup>24</sup> El Franquiciante busca expandir su negocio y obtener beneficios patrimoniales de la celebración del contrato, el Franquiciado por su parte, se interesa en la explotación del negocio con la intención de obtener ganancias.

Nuestro Código de Comercio en su artículo 2 hace mención expresa de los actos que se consideran mercantiles, los cuales se conocen en la

<sup>24</sup> La práctica ha evidenciado la necesidad de restringir el formato de Franquicia sólo a aquellos negocios que efectivamente han sido probados y han funcionado, a los fines de evitar fraudes y estafas a los posibles Franquiciados.

doctrina como actos objetivos de comercio. De la lectura de sus 23 ordinales se evidencia la ausencia del Contrato de Franquicia como acto de comercio objetivo. No obstante, seguidamente el legislador en el artículo 3 *ejusdem* establece los actos subjetivos de comercio como aquellos que provengan de "cualesquiera otros contratos y cualesquiera otras obligaciones de los comerciantes, si no resulta lo contrario del acto mismo, o si tales contratos y obligaciones no son de naturaleza esencialmente civil", lo cual encuadra perfectamente en la intención del Contrato de Franquicia que es la repetición de un modelo de negocio, con el interés de ambas partes de obtener un beneficio o lucro.

Así bien, la naturaleza comercial del Contrato de Franquicia implica que las normas aplicables y la jurisdicción que corresponde es la ley mercantil. Aun cuando, actualmente, no reviste mayor importancia determinar la competencia del Tribunal por la jurisdicción, ya que éstos usualmente conocen a su vez del aspecto civil y mercantil, sí es relevante para la aplicación de las normas comerciales.

2. Es un **Contrato Bilateral**, ya que nacen obligaciones para ambas partes, así lo recoge nuestro Código Civil en su artículo 1.134.- "El contrato es unilateral, cuando una sola de las partes se obliga; y bilateral, cuando se obligan recíprocamente". PLANIOL y RIPERT<sup>25</sup> consideran que en los contratos sinalagmáticos la reciprocidad de las obligaciones conlleva que cada una de las partes se compromete, sólo en virtud de lo que la otra promete, de allí que se afirme que los contratos deben cumplirse "dando y dando" y sólo quedará obligada una de las partes a cumplir con su prestación, sin que la otra lo haga, cuando se haya fijado un plazo o término para el cumplimiento de ésta. Si bien, dentro de los modelos de Contratos de Franquicia que se aplican usualmente, la mayoría de las obligaciones recaen fundamentalmente sobre el Franquiciado, el Franquiciante tiene a su cargo una serie de obligaciones no menos importantes. No es posible pensar en un Contrato de Franquicia que sea

<sup>25</sup> PLANIOL y RIPERT. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo VI. Las Obligaciones. Primera parte. Cultural, S.A. La Habana, Cuba, 1946, p. 45.

sinalagmático imperfecto,<sup>26</sup> es decir, que en principio el Franquiciante no tenga obligaciones para con el Franquiciado, y menos aún concebir el Contrato de Franquicia como unilateral, donde sólo existan obligaciones para el Franquiciado. La naturaleza misma del contrato es opuesta a concebirlo como unilateral o sinalagmático imperfecto.

3. Es **Oneroso**.<sup>27</sup> Genera obligaciones patrimoniales para ambas partes, en el sentido de que ambas reciben una ventaja de carácter económico como contrapartida de lo que se entrega a la otra. En este sentido PLANIOL y RIPERT<sup>28</sup> señalan que cada parte recibe una dación inmediata o una promesa de una ventaja que es la contrapartida de lo que ésta le procura a la otra. ECHEBARRÍA señala que en algunos casos, aunque las partes tengan contraprestaciones, éstas no son necesariamente recíprocas. Ahora bien, el Contrato de Franquicia, ya sea de forma directa o indirecta representa una ventaja para ambas partes. El Franquiciante podrá recibir su contraprestación mediante las regalías, el canon de entrada y/o la compra de determinados productos directamente a él, lo que representa un aumento de sus ventas y un incremento de su mercado. El Franquiciado obtendrá el *know how* y todos los otros elementos que configuran el Contrato de Franquicia y mediante la operación del negocio consigue una ganancia. Consideramos que la reciprocidad de las prestaciones se encuentra estrechamente ligada a la subjetividad de cada una de las partes, ya que cada una recibe, a cambio de lo que entrega, lo que espera.

4. Es un **Contrato Innominado o Atípico**, ya que no se encuentra expresamente regulado por nuestro ordenamiento jurídico y "aun cuando se le menciona por su nombre en algunos textos legales, no se esta-

<sup>26</sup> Los contratos sinalagmáticos imperfectos son aquellos que al momento de su celebración sólo producen obligaciones para una de las partes, con la posibilidad de que en el desarrollo del contrato se generen obligaciones para la otra parte, como en el caso de los contratos de depósito, comodato o mandato.

<sup>27</sup> El artículo 1.135 del Código Civil define el contrato a título oneroso como aquel por el cual cada una de las partes trata de procurarse una ventaja mediante un equivalente; por contraposición es a título gratuito o de beneficencia cuando una de las partes trata de procurar una ventaja a la otra sin equivalente.

<sup>28</sup> PLANIOL y RIPERT. *Opus cit.* p. 50.

blece una regulación específica del modo en que las partes quedan vinculadas, derechos, obligaciones y extinción del contrato".<sup>29</sup> Los contratos innominados son producto de la imposibilidad de prever una norma jurídica para cada situación, y en especial, de las realidades sociales y económicas que superan las instituciones reguladas específicamente, con facilidad por la práctica mercantil.<sup>30</sup> De allí que se diga que los contratos innominados son fruto de la libertad contractual de la cual gozan los particulares y que se manifiesta como: a) Poder de autorregulación de intereses; b) Poder de libre discusión de las condiciones del contrato; y c) Poder de escoger el tipo de contrato que conviene mejor a sus intereses.<sup>31</sup> La no regulación por parte del Estado conlleva a que las partes deben establecer sus propias normas y a falta o silencio de éstas deberá atenderse supletoriamente a las disposiciones legales aplicables de las figuras análogas existentes en el ordenamiento jurídico.<sup>32</sup>

5. **Contrato Intuitio Personae**, partiendo del conocimiento de que el Contrato de Franquicia se fundamenta en la cooperación de ambas partes para alcanzar un fin común, "quiénes" son las partes pasa a jugar un aspecto de vital relevancia. El Franquiciado por su parte estudia con detenimiento el negocio y la empresa que lo lleva a cabo, quien le brinda seguridad y confianza para realizar la inversión. El Franquiciado invierte, no sólo porque el negocio le parece interesante, sino porque determinada persona lo está llevando a cabo; por su parte, el Franquiciante elige cuidadosamente a las personas que reúnen el perfil del negocio para llevarlo adelante, ya que el fracaso del mismo, implica un detrimento para su propio negocio y en especial su imagen. Si bien en el caso del Franquiciante en la práctica no se expresa que sea *intuitio*

<sup>29</sup> NÚÑEZ GARCÍA, Raquel. *Opus cit.*

<sup>30</sup> En el derecho moderno todos los contratos tienen fuerza obligatoria, a diferencia de los tiempos del derecho romano, donde se expresaba una desigualdad entre los modos de obligarse, revistiendo gran importancia si se trataba de un contrato innominado o nominado.

<sup>31</sup> MASNATTA, Héctor. *El Contrato Atípico*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 13.

<sup>32</sup> Como soporte legal a lo aquí señalado expresamente el artículo 1.140 del Código Civil de Venezuela señala que todos los contratos, tengan o no denominación especial, están sometidos a las reglas generales establecidas en materia de contratos, sin perjuicio de las que se establezcan en las demás leyes especiales.

*personae* y se permite la cesión, no se relaja generalmente este aspecto por lo que respecta al Franquiciado, a quien se prohíbe la cesión e incluso cuando el Franquiciado es una compañía anónima o sociedad, se trata de restringir la modificación en la participación accionaria o de los socios que la integran, siendo causales de terminación anticipada del contrato. Incluso, es usual ver en los Contratos de Franquicia estipulaciones relativas a la muerte de algunos de los socios o accionistas de las personas jurídicas y la reserva que hace el Franquiciante a dar su aprobación a los herederos para continuar el negocio. En consecuencia, en la práctica el Contrato de Franquicia es *intuitio personae* al menos por lo que respecta al Franquiciado.<sup>33</sup>

6. Se trata de un **Contrato Principal**, ya que no requiere de la existencia de otro contrato para que éste tenga toda su fuerza o validez, existe aisladamente, por sí mismo e independientemente de otros. No debe confundirse la existencia de múltiples contratos, que es lo que configura al Contrato de Franquicia, con la necesidad de que exista un contrato distinto del acuerdo de Franquicia, para que éste tenga plena validez y autonomía. En el caso de los contratos accesorios, como sería en el caso del contrato de hipoteca o de prenda, cuando el contrato principal no tiene validez o se extingue, se extinguen también los accesorios.

7. Es un **Contrato Conmutativo**, en el que las partes necesariamente conocen sus obligaciones desde el inicio del contrato, por tanto pueden apreciar la ganancia o pérdida que el contrato generará en sus patrimonios de forma inmediata.<sup>34</sup> Es muy importante resaltar que no se trata de un contrato aleatorio,<sup>35</sup> ya que si bien el éxito o no del negocio no es

<sup>33</sup> KLEIDERMACHER. *Opus cit.* p. 133, disiente de la opinión generalizada de que el carácter *intuitio personae* es un elemento esencial del contrato y lo considera un elemento recurrente o habitual. Resalta el autor que cuando hablamos del carácter *intuitio personae* del contrato debemos analizar si es para ambas partes o sólo con respecto a una de ellas.

<sup>34</sup> PLANIOL-RIPERT en su obra *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés* nos señalan que la mayoría de los contratos onerosos son a su vez conmutativos.

<sup>35</sup> El Código Civil Venezolano en su artículo 1.136 establece que "el contrato es aleatorio, cuando para ambos contratantes o para uno de ellos, la ventaja depende de un hecho casual".

garantizado por el Franquiciante y por tanto dependerá de diversos factores, unos determinados y otros imprevisibles, esta particularidad no lo transforma en aleatorio. Así bien, las partes al celebrar el acuerdo han fijado claramente las obligaciones que las atan en esta relación. No pueden nacer obligaciones que no sean acordadas por las partes de mutuo acuerdo. A pesar de esta característica del Contrato de Franquicia, muchas veces el Franquiciado desconoce el alcance de sus obligaciones y los riesgos que efectivamente está asumiendo, ya que por su propia falta no maneja el contenido del contrato.

8. Es De Tracto Sucesivo, en éste, ambas partes quedan sometidas a prestaciones continuas o que se repiten, dentro de los plazos convenidos, durante la vigencia del contrato. Generalmente los lapsos establecidos en los contratos de Franquicia son considerablemente largos o extensos. Esto se debe a la propia naturaleza y dinámica del contrato, usualmente la duración oscila entre cinco (5) y diez (10) años, pudiendo ser mayor o menor, dependiendo de las inversiones y el retorno o recuperación de éstas. La práctica demuestra que el contrato siempre se celebra por un tiempo determinado, nunca por tiempo indeterminado, incluyéndose en algunos casos prórrogas por períodos iguales. RUIZ PERIS<sup>36</sup> señala que es común establecer prórrogas automáticas.

9. Se trata de un Contrato Tipo, porque tiende a la estandarización, homogeneidad y uniformidad de los establecimientos que conforman la red. Ello conlleva a que sus miembros deban adoptar normas comunes, por lo que usualmente existe un contrato tipo. MALDONADO<sup>37</sup> señala que es distinto el contrato tipo que se celebra entre empresas o grupos económicos cuyos intereses son coincidentes, ya que en este caso estamos en presencia de un cartel, donde no hay negociación con los futuros clientes o consumidores y éstos no participan en el acto jurídico, sino que se les impone una fórmula cuando desean contratar; de cuando las partes que participan tienen intereses divergentes. Así bien la idea

<sup>36</sup> RUIZ PERIS, J. *Los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1991. p. 91.

<sup>37</sup> MALDONADO, Sonia. *Opus cit.*

de intereses divergentes se ve atenuada en el Contrato de Franquicia, que si bien hay dos partes, y ambas buscan una relación fundada en la cooperación, sin embargo, cada parte tiene sus intereses particulares. MESSINEO<sup>38</sup> señala entre las diferencias del contrato tipo y el contrato de adhesión, que en principio no puede excluirse la posibilidad de un contrato de adhesión verbal, pero que no sería posible admitirlo en los contratos tipo, ya que "orgánicamente" se requiere de un modelo o formulario.

10. Es un Contrato de Adhesión, como sabemos la regla general es que los contratos conlleven una discusión y negociación libre de sus cláusulas por las partes intervinientes, sin embargo, el Contrato de Franquicia es un simple contrato de adhesión.

MADURO LUYANDO, señala que los Contratos de Adhesión se caracterizan porque sus estipulaciones son fijadas o impuestas por una sola de las partes, no teniendo la otra sino la posibilidad de aceptarlo de la forma como fue propuesto o rechazarlo en su totalidad, por lo que los tratadistas distinguen en los Contratos de Adhesión dos voluntades, la constitutiva o dominante, que es la que establece las cláusulas y fija las condiciones de la negociación y la adhesiva, que se limita a aceptarla.

El artículo 18 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario establece que se entiende por Contrato de Adhesión aquel cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios sin que el consumidor pudiera discutir o modificar su contenido. Se observa de la presente definición, que el legislador a los fines de evitar dudas ha incluido dentro del texto, que tanto las cláusulas que son impuestas por la única voluntad del proveedor como aquellas que lo son por mandato de la ley.

<sup>38</sup> MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Tomo IV. Derecho de las Obligaciones Parte General. Buenos Aires, 1955. p. 487.

Por su parte Juan FARINA señala, que se entiende por contrato estándar aquel cuyo contenido uniforme se aplica a la celebración de una determinada especie de contratación. El contrato estándar está conformado por las denominadas cláusulas predispuestas, que son las que han sido previamente establecidas por la parte dominante de la relación. Cuando estas cláusulas se vuelven inmodificables por la otra parte, es decir, no son negociables, se está en presencia de un contrato por adhesión.

Coinciden los autores al destacar que los Contratos de Adhesión se caracterizan por:

- a) La posición dominante de una de las partes, que impone ciertas estipulaciones o cláusulas que no pueden ser modificadas por la otra parte, y que;
- b) La cláusula predispuesta es fijada unilateralmente por la parte que propone el contenido del contrato, usualmente el empresario y en el caso específico del e-commerce, la empresa.com por lo que no hay negociación.<sup>39</sup>

Para SANTOS BRIZ, citado por VALLESPINO,<sup>40</sup> en los contratos de adhesión "el consentimiento sigue siendo el alma del contrato". Por su parte VALLESPINO<sup>41</sup> señala que cuando se habla de adhesión, nos referimos a una "particular forma de expresar el consentimiento que difiere de la aceptación del contrato". No obstante, igualmente sostiene que aun cuando se trate de un consentimiento "minimizado" siempre

<sup>39</sup> NÚÑEZ GARCÍA, Raquel. *Los Contratos de Adhesión en el Comercio Electrónico*. Cámara Venezolana de Comercio Electrónico CAVECOM. Obra en imprenta.

<sup>40</sup> VALLESPINO, Carlos. *El Contrato por Adhesión a Condiciones Generales*. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1984. p. 308.

<sup>41</sup> VALLESPINO, Carlos. *Opus cit.* p. 309.

hay consentimiento, y agregamos nosotros que de lo contrario no podríamos estar en presencia de un contrato.

Resulta interesante analizar las formas en que puede manifestarse la voluntad en los contratos de adhesión. VALLESPINO<sup>42</sup> trae a colación las relaciones contractuales fácticas, entendiéndose por éstas, aquellas en las que el contacto social o una conducta típica nos hace entender que se ha manifestado la voluntad. Ejemplifica claramente este supuesto cuando se va al cine y compramos las entradas para ver una película. Al recibirlas estamos aceptando las condiciones del contrato, aunque no hayamos realizado declaración alguna. Obsérvese que estamos ante una conducta tácita, no ante una declaración verbal o escrita. Sostiene el autor que la adhesión "nacida de cualquiera de los supuestos de conducta social típica es perfectamente válida como expresión de la voluntad".

Discrepamos de los autores que consideran que el Contrato de Franquicia puede ser de adhesión o de libre discusión, ya que la uniformidad del modelo de negocio y de la cadena vendrá dado por el contrato en sí. La fuerza de negociación del Franquiciado podrá conseguirle un menor precio de entrada o quizás unas condiciones un poco más flexibles, pero que no podrán perjudicar a la cadena o sistema.

Saber que se trata de un contrato de adhesión es fundamental para su interpretación, ya que en éstos, el juez en caso de duda se inclina por interpretar la disposición a favor del Franquiciado, mientras que en los de libre discusión se inclina a favor del deudor de la obligación.

Pero no sólo a los efectos de la interpretación del contrato es relevante determinar si se trata de libre discusión o adhesión, también lo es para determinar la aplicación o no de las normas de protección al consumidor, donde expresamente se establecen restricciones o limitaciones a la validez de algunas de las cláusulas de los contratos de adhesión cuando éstas no respeten la normativa vigente.

<sup>42</sup> VALLESPINO, Carlos. *Opus cit.* p. 315.

Finalmente, creemos de suma importancia resaltar que la adhesión en el Contrato de Franquicia se da tanto en los elementos esenciales del acuerdo como sobre los accidentales, siendo de carácter capital que el adherente conozca las estipulaciones y que su voluntad obedece a los distintos elementos que lo llevan a contratar: como la publicidad, información precontractual, declaraciones verbales del estipulante y las fórmulas del contrato de adhesión; lo cual en su conjunto puede resultar distinto lo querido de lo adherido.

**11. Es un Contrato Consensual;** a este respecto la doctrina sostiene que se trata de un contrato que se perfecciona con el consentimiento, con prescindencia de las formalidades *ad solemnitatem*. La regla general en el derecho moderno es que en materia de perfeccionamiento todos los contratos son consensuales, salvo que la ley los afecte del cumplimiento de una formalidad. Las partes podrán en consecuencia acordar que el contrato no quede perfecto hasta su escritura, pero esto no es más que un acuerdo convencional, que somete el perfeccionamiento de un contrato a la formalidad de la escritura y que sólo será aplicable entre las partes.

A este respecto HERNÁNDEZ GIMÉNEZ<sup>43</sup> considera que desde el mismo momento en que haya acuerdo entre las partes sobre la cosa y la causa del contrato, éste se perfecciona y que no queda sometido a formalidades, siendo indiferente la forma en que las partes manifiesten su voluntad, bien sea oral o escrita, en virtud del principio de libertad de forma de la declaración de voluntad (oral o escrita) contenido en el artículo 51 del Código de Comercio Español y el artículo 1.278 del Código Civil Español. Señala HERNÁNDEZ que la forma escrita del contrato tiene importancia a los efectos *ad probationem* para la existencia del contrato y su contenido.

RUIZ PERIS<sup>44</sup> resalta que por el carácter atípico del contrato, se recomienda realizarlo por escrito a fin de facilitar la prueba de su contenido.

<sup>43</sup> HERNÁNDEZ GIMÉNEZ, Aurora. *El Contrato de Franquicia de Empresa*. Civitas. Madrid. 2000. p. 176 y ss.

<sup>44</sup> RUIZ PERIS, J. *Los tratos preliminares en el Contrato de Franquicia*. Editorial Arazandi. Navarra. 2000. p. 89 y ss.

KLEIDERMACHER señala que siempre será un contrato consensual, pero que la manifestación del consentimiento debe ser expresa. Por lo que respecta a la legislación mexicana ARCE<sup>45</sup> opina que se requiere de la formalidad de la escritura, por cuanto debe inscribirse el contrato ante la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial de México para producir efectos frente a terceros y agrega, siguiendo a DÍAZ BRAVO, que es consensual sólo frente a las partes.

Por su parte las normas de *Disclosure Requirements and Prohibition Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures*, expresamente prevén la necesidad de que el contrato sea por escrito, de forma tal de excluir de su aplicación expresamente los acuerdos verbales cuya dificultad probatoria es evidente para lo que se refiere a las obligaciones asumidas por las partes.

<sup>45</sup> ARCE, J. *El Contrato de Franquicia*. Editorial Themis. México, D.F. 4ª. Ed. 1997. 2ª reimpresión. 2001. p. 43.

## Capítulo IV

### Elementos para la Validez de los Contratos en General

El artículo 1.133 de nuestro Código Civil define al contrato como “una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico”. Ahora bien, para que el contrato pueda surtir sus efectos, es necesario que contenga tres elementos esenciales para su validez: el consentimiento de las partes, objeto y causa, así lo recoge expresamente el artículo 1.141 del Código Civil de Venezuela.

#### 1. El Consentimiento

**1.1 Concepto:** El consentimiento no es más que el acuerdo de voluntades que deben expresar las partes para que el contrato sea válido. MESSINEO<sup>46</sup> nos dice que el consenso es un fenómeno complejo,

<sup>46</sup> MESSINEO, *Opus cit.* p. 437.

debido a que no sólo se requiere de ambas voluntades sino de su combinación. En consecuencia, cada declaración debe ser emitida y comunicada a la otra, de forma que se integren recíprocamente y sean complementarias.

PLANIOL y RIPERT por su parte señalan que el consentimiento es el "asentimiento dado por cada una de las partes a las condiciones del contrato proyectado, con la voluntad de hacerle producir efectos jurídicos",<sup>47</sup>

La voluntad o el consentimiento que debe manifestarse, no debe confundirse con el carácter consensual del contrato, ya que todos los contratos requieren del consentimiento para su validez, sólo que algunos necesitan de otros elementos para su perfeccionamiento, como en el caso de los contratos reales que requieren la entrega de la cosa o en los contratos solemnes donde es esencial el cumplimiento de las formalidades de ley. La doctrina extranjera sostiene que el Contrato de Franquicia se perfecciona con el solo consentimiento de las partes, sin que ello niegue *a priori* el requerimiento de formalidades, al menos en nuestra legislación.

**1.2 Ausencia de Vicios del Consentimiento:** Para que el consentimiento surta todos sus efectos legales, debe ser manifestado libremente, es decir, que no exista violencia, de tipo físico ni psíquico; y que sea suficiente para inspirarle a una persona sensata justo temor de exponer su persona o sus bienes a un mal notable. Los actos que generan la violencia son muy subjetivos y por ello manda la ley que se atienda al sexo, edad y condición de la persona que lo alega. Igualmente no debe existir dolo en la celebración del contrato. Se entiende por dolo la conducta, positiva o negativa, que induce a una persona a manifestar su consentimiento, bien sea porque la persona ha sido sorprendida en su buena fe o por haber sido inducida a error, o como reza el artículo 1.154 de nuestro Código Civil, "cuando las maquinaciones practicadas por uno de los contratantes o por un tercero, con su conocimiento, han sido tales que sin ellas el otro no hubiera contratado". Finalmente el consentimiento debe estar libre de error, bien sea de hecho o de derecho.

<sup>47</sup> PLANIOL y RIPERT. *Opus cit.* p. 122.

Evidentemente la falta de consentimiento, expreso o tácito, no podrá producir sus efectos, es decir, constituir uno de los elementos esenciales para la validez del contrato. Ahora, cuando se desconoce la totalidad del objeto, cabe preguntarse si habría una falta de conocimiento del objeto o error. Esta interrogante surge del carácter complejo del Contrato de Franquicia en el cual, en la práctica, los aspectos que se requieren para la copia o réplica del negocio pueden ser tan variados y disímiles que generalmente se requieren de extensos y detallados manuales, así como de contratos por escrito sumamente explícitos, para lograr configurar el negocio en sí y su uniformidad. Consideramos que la falta de conocimiento de la totalidad de las obligaciones y particularidades que le confieren su individualidad y determinación al modelo de negocio representaría no un vicio del consentimiento, que incluso podría ser convalidado, sino falta de conocimiento, por lo que no podría formarse el contrato. Sobre la forma como debe llegarse a ese conocimiento disertaremos *infra*.

**1.3 Capacidad:** En cuanto a la capacidad de obrar de los contratantes, se aplican las normas de derecho común y por cuanto se trata de un contrato atípico, no existen disposiciones especiales que deban considerarse. Así bien, quizás lo más relevante sería determinar si se requiere capacidad de administración o de disposición.<sup>48</sup>

Sin entrar a distinguir entre las personas naturales y las jurídicas, consideramos que la capacidad requerida es de simple administración, al menos por lo que respecta al Franquiciante, ya que éste no dispone de sus bienes, sino que se limita a dar licencias de uso sobre éstos o a transferir sus conocimientos sobre un negocio, reservándose su titularidad o propiedad y con las consiguientes cláusulas de confidencialidad.

<sup>48</sup> La capacidad negocial para las personas naturales viene dada por las normas del Código Civil, cuya regla general es que los mayores de edad (en Venezuela la mayoría se adquiere a los 18 años) tienen capacidad negocial plena (salvo los inhabilitados o entredichos) y que aquellos que no han alcanzado la mayoría de edad, no gozan de una capacidad negocial plena, general y uniforme. Sin embargo, debe atenderse a las normas especiales establecidas por el Código de Comercio, como por ejemplo los artículos 11, 15 y 483, así como en otras leyes especiales.

dad<sup>49</sup> y no competencia que suelen incluirse en estos contratos. Por parte del Franquiciado, debe examinarse el caso concreto, ya que muchos contratos incluyen la constitución de garantías.

Independientemente de la parte en cuestión, cuando se refiera a sociedades deberá atenderse también al objeto social, para precisar si se requieren de actos de simple administración o de disposición y a las limitaciones intrínsecas de los estatutos para la celebración de contrataciones o negocios en cabeza de los administradores, apoderados o representantes.

Para el caso de las personas naturales es igualmente relevante verificar los límites de la representación,<sup>50</sup> en los casos en que la hubiere. Como los límites entre los actos de simple administración y los de disposición, no son siempre nítidos, especialmente en esta materia, donde la envergadura de las negociaciones puede variar sustancialmente entre un caso y otro, sugerimos que en caso de duda, siempre es conveniente exigir capacidad de disposición.

**1.4 Forma del Consentimiento:** El principio general en material contractual es la libertad de las partes para escoger las formas como expresan su voluntad. La excepción a la regla es cuando la ley o las partes han escogido que la manifestación debe reunir ciertas formalidades sin las cuales se entienden que no se ha formado el consentimiento.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> Valga decir con respecto a la confidencialidad, que se observa en la práctica que se considera la obligación de confidencialidad sujeta a los mismos límites temporales que la no competencia, cuando en realidad la confidencialidad puede exigirse por todo el tiempo que la información suministrada sea de carácter secreto o confidencial, por lo que los términos se extienden más allá del vencimiento del contrato. Pensar lo contrario sería negar la posibilidad de que el negocio pudiera ser relevante o que la información que se suministra deja de tener el valor intrínseco que conlleva, llegado el fin del contrato, cualquiera que fuere la causa.

<sup>50</sup> Debe tenerse en cuenta que el mandato concebido en términos generales sólo faculta para realizar actos de simple administración, conforme lo dispuesto por el Artículo 1.688 del Código Civil, por lo que para ejecutar cualquier otro acto que exceda de la administración ordinaria, el mandato debe ser expreso.

<sup>51</sup> Cuando se trata de contratos consensuales, que requieren del cumplimiento de determinadas formalidades, no es suficiente con que exista la oferta y la aceptación consensual para que el consentimiento nazca, se requiere adicionalmente de las formalidades previstas en cada caso, sin las cuales no existiría el acuerdo. Nuestro Código Civil establece en su Artículo 1.352, que cuando un acto que requiera del cumplimiento de determinadas formalidades careciere de ellas, este vicio no podrá ser convalidado por ningún acto confirmatorio. Si la obligación no ha llegado a nacer, mal puede confirmarse mediante otro acto.

El principio que priva en materia mercantil, para garantizar la agilidad de las operaciones, es la libertad de formas contractuales y en la mayoría de los casos el sistema adoptado es la consensualidad, sin embargo, la celeridad del tráfico mercantil y la seguridad de las transacciones, ha dado lugar a un retorno al llamado "Neoformalismo".<sup>52</sup>

Retomando la libertad que tienen las partes de establecer ciertas formalidades, podemos distinguir entre:

a) **Formalidad Sustancial (*ad solemnitatem*):** cuando la formalidad es necesaria para la existencia del contrato. La formalidad puede ser requerida por la Ley o acordada por las partes. Esta última, conocida como la "forma solemne voluntaria", establece que el acuerdo sólo será vinculante cuando la voluntad de las partes es expresada de una manera determinada;

b) **Formalidades *ad probationem*:** Que se establezca que la forma adoptada o requerida sólo tiene carácter probatorio.

Generalmente la utilización de la forma escrita es coetánea a la celebración del contrato, no obstante, pueden darse casos en que se omita provisionalmente y se proceda a su documentación "sucesiva" o "demorada" y las partes consideren que hasta tanto no se cumpla con este elemento se carece de uno de los aspectos esenciales a su perfeccionamiento.

**1.4.1 Posiciones de la Doctrina Extranjera en cuanto a la forma del contrato:** La doctrina señala que habitualmente se hace por escrito,

<sup>52</sup> El triunfo de la regla *solum consensus obligat* (el perfeccionamiento del contrato por el solo consentimiento de las partes), presenta grandes inconvenientes, ya que la complejidad de las relaciones acrecienta la posibilidad de riesgos para las partes menos expertas, en cuanto a error o fraude, igualmente para los terceros en cuanto a la dificultad de demostrar la existencia del contrato y sin ir más lejos, la prueba de las obligaciones entre las partes. Es así como esta regla fue rápidamente atenuada por los edictos que exigían prueba escrita de los contratos cuando se excediera de determinado monto o cantidad. Es evidente que la complejidad de las relaciones jurídicas ha venido creciendo a medida de la evolución de la civilización y esto ha dado lugar a un renacimiento del formalismo, que será más o menos riguroso dependiendo del acto jurídico en sí.

pero que ni ésta ni otras formalidades se requieren para su validez. Sin embargo, se aconseja que se celebre por escrito a los efectos de facilitar la prueba de las obligaciones asumidas por las partes. No debe descartarse tan llanamente la necesidad de la formalidad de la escritura, cuando las partes no la han expresado como un requisito *ad solemnitatem* del contrato, pues en este caso, no habría duda sobre la necesidad del cumplimiento de esta formalidad para la existencia del contrato.

**1.4.1.1 KLEIDERMACHER:** Con relación específica al Contrato de Franquicia sostiene que la manifestación del consentimiento debe ser expresa. De esta aseveración necesariamente debe concluirse que no podría nacer un Contrato de Franquicia que surja de un consentimiento tácito. Por consentimiento expreso se entiende aquel que se ha manifestado verbalmente o por escrito de manera indubitable.<sup>53</sup> El consentimiento tácito sería aquel que se desprende de los actos u omisiones realizadas por las partes.

De adoptar como cierta la necesidad del consentimiento expreso se negaría la existencia de contratos de Franquicia que fueren producto de la realización de actos por las partes que den la impresión de un Contrato de Franquicia cuando éstas no han manifestado de forma expresa su voluntad.

**1.4.1.2 HERNÁNDEZ GIMÉNEZ:** Si bien considera que para la existencia del Contrato de Franquicia no se requiere de la forma escrita, destaca su necesidad para la fase de cumplimiento del contrato, tomando en cuenta la necesidad del acuerdo escrito a los fines de los efectos de las licencias de marcas y patentes, así como cuando el contrato contempla la transmisión de un local inmueble donde debe cumplirse con los requerimientos de la Ley Especial en materia de arrendamiento. En consecuencia, "dada la complejidad que alcanza, muy a menudo el contenido contractual" recomienda la celebración del Contrato de Franquicia de forma escrita.

<sup>53</sup> Incluso, se entiende como una manifestación expresa de voluntad, las señas o gestos que normalmente sustentan las palabras, y que están destinadas a exteriorizar la voluntad, porque como bien señalan PLANIOL-RIPERT. *Opus cit.* p. 129 y ss., la voluntad no puede producir efecto alguno hasta que no es manifestada o revelada exteriormente. Por lo que se refiere al consentimiento tácito, cuando "se trata de cualesquiera otros hechos o actos tácitos que no pudieren explicarse si faltara el consentimiento".

El Código Civil Español en su artículo 1.279<sup>54</sup> establece que cuando la ley exija la escritura para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, las partes podrán compelerse recíprocamente al cumplimiento de esta formalidad, a partir del momento en que se reunieron los requisitos para la validez del contrato. Se observa que esta norma no desconoce la validez o la existencia del acuerdo celebrado verbalmente, incluso faculta a la parte afectada a exigir su cumplimiento a la otra, mas, sin esta formalidad ciertas obligaciones no podrían surtir los efectos queridos.

No existe norma expresa que recoja en el derecho venezolano lo establecido en esta disposición. No obstante, es evidente que si el contrato ha nacido por el cumplimiento de los elementos esenciales para su existencia, esto conllevará sólo una dificultad probatoria cuando se trate de un acuerdo verbal, por lo que la parte que se sienta afectada podrá ocurrir ante las autoridades judiciales competentes y una vez dilucidado el asunto por el juez, la sentencia ordenará la ejecución de los efectos que de la obligación se deriven y en los casos en que así sea requerido, deberá procederse a su registro en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.920 ordinal 8° del Código Civil de Venezuela.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> Artículo 1.279 Código Civil Español.- Si la Ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez.

<sup>55</sup> Artículo 1.920.- Además de los actos que por disposiciones especiales están sometidos a la formalidad del registro, deben registrarse:

- 1°.- Todo acto entre vivos, sea a título gratuito, sea a título oneroso, traslativo de propiedad de inmuebles, o de otros bienes o derechos susceptibles de hipoteca.
- 2°.- Los actos entre vivos que constituyan o modifiquen servidumbres prediales, derechos de uso o de habitación, o que transfieran el ejercicio del derecho de usufructo.
- 3°.- Los actos entre vivos, de renuncia a los derechos enunciados en los dos números precedentes.
- 4°.- Los actos de adjudicación judicial de inmuebles u otros bienes y derechos susceptibles de hipoteca.
- 5°.- Los contratos de arrendamiento de inmuebles que excedan de seis años.
- 6°.- Los contratos de sociedad que tengan por objeto el goce de bienes inmuebles, cuando la duración de la sociedad exceda de seis años o sea indeterminada.
- 7°.- Los actos y las sentencias de los cuales resulte la liberación o la cesión de alquileres o de rentas que no vencidas, por un término que exceda de un año.
- 8°.- Las sentencias que declaren la existencia de una convención verbal de la naturaleza de las enunciadas en los números precedentes.

Por su parte el ordenamiento español en el artículo 1.280 del Código Civil señala los instrumentos que deben constar en documento público y en su aparte final establece que además de los que expresamente se mencionan, **deberán estar por escrito** todos aquellos actos en que las prestaciones de una o ambas partes excedan de 1.500 pesetas.<sup>56</sup>

El artículo *in commento* parece tener su correlativo en el artículo 1.920 del Código Civil Venezolano que regula los títulos que deben registrarse, así como en el artículo 1.387 *ejusdem*. En el primer caso, al analizar los supuestos no existe ninguno de ellos en el cual pueda subsumirse el caso del Contrato de Franquicia. En el segundo supuesto, aun cuando se menciona que no podrán ser objeto de la prueba por testigos, el establecimiento o la extinción de una obligación cuando el valor del objeto exceda de dos mil bolívares, no se requiere la escritura, por lo que estaríamos ante un simple elemento probatorio y no sustancial.

El Código de Comercio de Venezuela por su parte establece:

**Artículo 126.-** Cuando la ley mercantil requiere como necesidad de forma del contrato que conste por escrito, ninguna otra prueba de él es admisible, y a falta de escritura, el contrato no se tiene como celebrado.

Si la escritura no es requerida como necesidad de forma, se observarán las disposiciones del Código Civil sobre la prueba de las obligaciones, a menos que en el presente Código se disponga otra cosa en el caso.

Como se indicó *supra* el Contrato de Franquicia es atípico, por lo tanto no se encuentra regulado de forma expresa en el Código Civil, en el Código de Comercio ni por leyes especiales.

En consecuencia, en principio debe concluirse que la jurisdicción positiva vigente en materia mercantil no requiere de la escritura del contrato

<sup>56</sup> Al mes de abril de 2003, un Euro equivale aproximadamente a 166,386 pesetas.

como elemento *ad solemnitatem*, como sí se requiere para el contrato de prenda comercial, el de fianza mercantil y el contrato de fletamento, entre otros. Sin embargo, existen disposiciones que requieren la formalidad de registro de ciertos contratos, y por tanto de la escritura, para que puedan surtir plenos efectos, como es el caso de los contratos de asistencia técnica o los de licencias de marcas y/o patentes.

**1.5 Acuerdos Preliminares:** Con respecto al consentimiento que se expresa en los acuerdos preliminares de Franquicia o acuerdos de intención como comúnmente se les denomina, consideramos importante resaltar que éstos pueden variar mucho unos de otros, pero generalmente tratan sobre alguno de los elementos principales del acuerdo como son: el precio de la Franquicia la forma de pago de este precio, el momento de firma del acuerdo definitivo y la definición o mención del negocio que se va a replicar; y es la intención de las partes firmar luego el acuerdo definitivo, que contiene las obligaciones principales y las "secundarias", pero no menos esenciales al Contrato de Franquicia, por lo que no puede pretenderse que este acuerdo de intención puede sustituir el Contrato de Franquicia. El contrato preliminar permite vincular a ambas partes en un momento donde no es posible realizar el acto regular y completo.

Consideramos que las estipulaciones "secundarias", que por la naturaleza del contrato brindan a éste sus características propias y determinantes, lo diferencian de los otros negocios del mismo ramo, parecidos o similares.

Nos preguntamos si en los casos en que se suscriben preacuerdos o cartas de intención, donde las partes manifiestan su voluntad de celebrar con posterioridad un Contrato de Franquicia y donde en principio no se conocen todas las características del negocio, ni de las obligaciones de cada una de las partes, podría obviarse el acuerdo expreso para la vigencia del Contrato de Franquicia, por el solo hecho de que las partes realicen actos de los cuales se desprendan la celebración del Contrato de Franquicia. A este respecto y siguiendo la posición de la *manifestación expresa de voluntad* nos inclinamos por negar esta posibilidad, así como también sobre la base de que el preacuerdo o la carta de intención refleja sólo la intención o voluntad de las partes de discutir

y fijar las condiciones del futuro Contrato de Franquicia el cual aún no ha sido celebrado.

**2. El Objeto:** Nuestro Código Civil regula lo referente al objeto de los contratos en sus artículos 1.555 y 1.556, limitándose a señalar que el objeto debe ser lícito, posible, determinado o determinable y que las cosas futuras pueden ser objeto de los contratos, salvo las excepciones que establezca la ley.

PUIG BRUTAU<sup>57</sup> habla sobre el problema del contenido del contrato y señala que su objeto es una definición abreviada que abarca desde la celebración del acuerdo hasta la obligación de determinada conducta, pero que más allá de distinguir entre el objeto del contrato y de una de las múltiples obligaciones que puede contener éste, lo importante es determinar la posibilidad y licitud del contrato.

PLANIOL y RIPERT<sup>58</sup> definen el objeto como lo que debe el deudor y dependiendo si se trata de una obligación positiva o negativa, será una prestación o una abstención.

MARTY<sup>59</sup> dice que el objeto del contrato son las obligaciones que nacen de él, mientras que el objeto de cada obligación es la prestación o abstención prometida, por la que la parte se obliga. Es redundante destacar que no es posible concebir una obligación sin objeto, de allí la importancia no sólo de su existencia, sino de su determinación.

Es claro que el objeto del contrato varía según la parte de la cual se trate. Para el Franquiciante el objeto fundamental es el precio que recibirá y el cumplimiento de las obligaciones que garantizan el correcto desarrollo del sistema o la red de replicación del negocio. Este precio

<sup>57</sup> PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo II, Volumen I. Bosch. Barcelona 1954. p. 141 y ss.

<sup>58</sup> PLANIOL y RIPERT. *Opus cit.* p. 340 y ss.

<sup>59</sup> MARTY, G. *Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones*. Volumen I. Editorial José M. Cajica, Puebla, México. p. 77.

puede estar constituido por un canon de entrada que es establecido previamente por el Franquiciante y por las regalías que generalmente son cobradas sobre las ventas. Esto dependerá primordialmente del Contrato de Franquicia de que se trate, ya que si se refiere a un contrato de primera generación puede darse el caso que no existan regalías, sino simplemente un canon de entrada o inversión y la obligación del Franquiciado de adquirir determinados bienes o productos directamente del Franquiciante.

Para el Franquiciado su objeto será el *know how*, del modelo de negocio, del concepto de la Franquicia en sí, del uso de las marcas, hay que entender que el objeto del Franquiciado es complejo, ya que el concepto de negocio que está adquiriendo requiere de elementos variados y de soporte y seguimiento constante para lograr la replica de éste.

Consideramos que la complejidad del objeto del Contrato de Franquicia para ambas partes viene determinado por la intangibilidad que lo rodea, ya que a diferencia del contrato de compraventa, donde el comprador recibe una cosa determinada y el vendedor recibe el precio, aquí las obligaciones establecidas para cada una de las partes, es lo que permite el logro del objeto intangible que es la duplicación o clonación del negocio. Esta característica nos resulta esencial a la naturaleza misma del Contrato de Franquicia, y no debe ser despreciada o desechada simplemente, sin tomar en consideración los efectos del no cumplimiento de los aspectos vinculados a la noción misma de repetición del negocio.

BAREIRO<sup>60</sup> dedica en su obra especial atención al objeto del contrato, ya que estima que es allí donde debe centrarse la protección que brindará el ordenamiento jurídico. Señala que ante la ausencia de legislación sobre la materia, debe protegerse especialmente "el negocio formatado que se cede, su validez, su viabilidad y, por sobre todas las cosas, que no constituya estafa al venderse un paquete que en la práctica no podrá desarrollarse".

<sup>60</sup> BAREIRO, Gladys. *Contrato de Franchising*. Intercontinental Editora. Asunción-Paraguay. 2000. pp. 82 y 83.

3. **La Causa:** Siguiendo la metodología adoptada diremos que nuestro Código Civil regula la causa en los contratos en los artículos 1.157 y 1.158, donde hace énfasis en la presunción de que existe causa, aun cuando no se exprese, y de que esta es lícita. Esta presunción es *juris tantum* por lo que admite que aquel que tenga interés demuestre lo contrario. La doctrina se refiere a la causa como un elemento teleológico, que no tiene que ver con la descripción del contrato o del negocio jurídico, sino con su finalidad, desde el punto de vista objetivo e independientemente de los sujetos involucrados, ya que siempre se obtendrá el mismo resultado. La causa entendida como finalidad es distinta de la motivación del sujeto, porque esta motivación es de carácter subjetivo y puede variar dependiendo de la persona que intervenga, mientras la causa como finalidad objetiva que es, no varía. MESSINEO considera que es errónea la posición que niega la causa como un elemento autónomo, queriendo asimilarlo al consentimiento. Por tratarse de un contrato bilateral, la causa será distinta para cada una de las partes y diversa aunque se trate de un mismo contrato.

En los contratos innominados, la causa es atípica, porque se diferencia de las causas de los contratos ya existentes. La causa del Contrato de Franquicia, según RUIZ PERIS,<sup>61</sup> es el derecho de usar temporalmente un modelo de empresa ajeno. Si analizamos este planteamiento desde los aspectos señalados *supra* podemos evidenciar, que puede comportarse como la finalidad objetiva del contrato, ya que no importa el negocio en sí, el fin perseguido por las partes siempre será el mismo. Para el Franquiciante la finalidad es que un tercero reproduzca el modelo de empresa, sin que por ello se haga dueño del mismo, mientras que el Franquiciado por su parte tendrá como causa la de llevar a cabo la reproducción del negocio, en el entendido de que será por un período de tiempo determinado. La causa se constituye en la verdadera diferencia del Contrato de Franquicia, que le da su independencia y carácter individual.

<sup>61</sup> RUIZ PERIS, J. *Opus cit.* p. 84.

## Capítulo V

### Distinción con otras Figuras Jurídicas

Atendiendo a la evolución del contrato y a su complejidad, se ha observado como éste puede estar integrado por otras figuras jurídicas, sin que esto implique la identidad del Contrato de Franquicia con alguno de ellos. De allí la relevancia de diferenciarlo de éstos.

RUIZ PERIS<sup>62</sup> sostiene que en el Contrato de Franquicia se da la transmisión de un bien inmaterial, "el modelo de empresa", que si bien no se encuentra directamente tutelado por el derecho, logra su protección a través de la protección de los diversos elementos que lo integran (*know how*, signos distintivos, etc.). La transmisión de estos derechos, que si están tutelados expresamente en el ordenamiento legal a través de la figura jurídica de la licencia de uso, podría confundirse en algunos casos con el Contrato de Franquicia.

<sup>62</sup> RUIZ PERIS, J. *Opus cit.* p. 98 y ss.

**1. Contrato de Licencia:** fuera del ámbito de las regulaciones a la competencia, no se pretende "la subsunción en una licencia de bienes inmateriales, ya que se tiende a identificar la licencia con un medio de transmisión o prolongación de derechos sobre bienes patrimoniales (materiales o inmateriales)",<sup>63</sup> lo cual deja por fuera ciertos aspectos fundamentales de la Franquicia, como el efecto de integración de la red y las estrategias o lineamientos de comercialización, entre otros.

Reducir la Franquicia a una simple licencia, dejando algunos de sus elementos esenciales como accesorios, significaría desnaturalizar el contrato tal como se conoce hoy día, negando su evolución y complejidad.

**1.1 Licencia de Marca:**<sup>64</sup> el Contrato de Franquicia puede diferenciarse de la licencia de marca, en principio por el objeto de cada uno de ellos. En el caso de la licencia, si lo vemos desde la posición del Licenciario, el objeto será el uso de la marca en sí. En consecuencia, el objeto del contrato de licencia puede subsumirse completamente en el del Contrato de Franquicia, sin que por ello sean idénticos, ya que como se estudió con anterioridad, la Franquicia es más compleja y comprende mucho más que la transmisión del uso de una marca. Si observamos el objeto desde el Licenciante, generalmente éste obtiene a cambio una regalía por el uso de la marca, que no es más que un precio por la contraprestación recibida. El Franquiciante igualmente recibe un precio o un beneficio como contraprestación, pero esta similitud tampoco identifica los contratos.

Dentro de este orden de ideas, la causa de ambos contratos es disímil, ya que en la licencia de marcas es la transmisión del uso de una marca por un precio. De allí que los condicionados o las estipulaciones que contienen los contratos sean distintos.

En nuestro criterio el contrato de licencia de marca siempre estará contenido en el Contrato de Franquicia, extendiéndose la Franquicia a otros

<sup>63</sup> ECHEBARRÍA. *Opus cit.* p. 128 y ss.

<sup>64</sup> La palabra marca se usa aquí en un sentido lato que incluye todos los signos distintivos tutelados por la propiedad industrial.

aspectos esenciales como la organización de la empresa del Franquiciado para la reproducción del concepto de negocio original, mientras que el primero se limitará a los criterios para la transmisión del uso, así como la explotación del signo distintivo de que se trate.

RUIZ PERIS considera que la licencia de marca no resulta esencial al Contrato de Franquicia, siendo lo esencial el uso de los signos distintivos del Franquiciante por el Franquiciado. Disentimos del autor sobre este punto, por cuanto existe una contradicción en el planteamiento. Si lo determinante es el uso de los signos, entonces necesariamente deberá haber una licencia de la marca, ya que la concesión del uso es de por sí la licencia, por más sencilla que ésta sea. La licencia de marca es un elemento de capital importancia para que se configure el Contrato de Franquicia, ya que la utilización de los signos por el Franquiciado no sólo establece uno de los principales elementos de la uniformidad de la red, sino que muchas veces representa un aspecto determinante para el éxito del negocio.

Coincidimos con MARZORATI<sup>65</sup> en que las licencias son la vía utilizada por los comerciantes o empresarios que ya se encuentran establecidos y que tienen experiencia para explotar un rubro determinado, mientras que la Franquicia es utilizada por aquellos que no tienen experiencia para iniciarse en un negocio específico.

Interesante posición sostienen BERTONE y CABANELLAS, al señalar que las licencias de marcas pueden ser contratos de cambio o de colaboración. Serán contratos de cambio, cuando se limiten a recibir una suma de dinero como contraprestación por el uso de la marca y serán contratos de colaboración cuando el objetivo de las partes involucradas es el mejor desarrollo de las operaciones que tienen en común a través de la licencia. Los autores citados opinan que el caso típico de licencias de colaboración se da en el Contrato de Franquicia.<sup>66</sup> Aun cuando no se señalan las dife-

<sup>65</sup> MARZORATI. *Opus cit.* p. 51.

<sup>66</sup> BERTONE, Luis y Guillermo Cabanellas. *Derecho de Marcas*. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1989. Tomo II, p. 377, citado por BAREIRO, Gladys. *Contrato de Franchising*. Intercontinental Editora. Asunción-Paraguay, 2000. p. 50.

rencias entre uno y otro, de la aseveración antes expresada se observa la distinción que se hace entre ambas figuras.

**1.2 Licencia de *Know How*.**<sup>67</sup> la doctrina coincide en que las diferencias entre el Contrato de Franquicia y la licencia de *know how* son más sutiles. En cuanto al objeto, la diferencia sustancial es que los conocimientos que se quieren transmitir con el *know how*, son siempre de naturaleza reservada, mientras que en el Contrato de Franquicia se transmiten éstos, pero también otros que no teniendo este carácter resultan fundamentales, como lo referente a la imagen y distribución del mobiliario del local, los cuales pueden ser fácilmente determinados por un perito o una persona experta en la materia.

Otra particularidad de la licencia de *know how* frente al Contrato de Franquicia, es que en el primer supuesto no se busca la duplicación o clonación del modelo de empresa del Franquiciante, sólo se pretende obtener una ventaja sobre los competidores, a través de los conocimientos, información o asistencia técnica que serán suministrados.

Cuando se trata del contrato de licencia de *know how*, no se transmite el uso de los signos distintivos. Como ya señalamos en el Contrato de Franquicia, la transmisión del uso de los signos, es implícito al contrato, al menos en nuestro criterio.

Igualmente, cuando se trata del *know how*, la doctrina no considera esenciales las cláusulas sobre entrenamiento del personal y asistencia técnica durante el desarrollo del contrato, aunque normalmente se encuentran presentes. Por lo contrario, ésta es unánime en aceptar que sin estas cláusulas no puede existir un Contrato de Franquicia, ya que el entrenamiento y la asistencia permanente y oportuna garantizan la uniformidad de la red y en principio el éxito de la misma.

<sup>67</sup> Citando a RUIZ PERIS, *Opus cit.* p. 111, el *know how* es "un conjunto de conocimientos técnicos, de carácter reservado patentables o no, pero en todo caso no patentados, atinentes a la fabricación o comercialización de un producto o a la prestación de un servicio o a la organización interna de una empresa, que procuran al que los domina una ventaja sobre sus competidores".

Nuevamente nos vemos en la necesidad de concluir que el contrato de licencia de *know how* se encuentra incluido dentro del Contrato de Franquicia, sin que lleguen a identificarse, ya que el segundo contiene al primero y lo rebasa.

**2. Contratos de Distribución:** son aquellos que utiliza una empresa para lograr que su producción llegue con mayor facilidad a diferentes lugares y a la mayor cantidad de clientes posibles. BAREIRO<sup>68</sup> citando a GARNER señala que la distribución "es el medio por el cual los bienes son entregados al mercado. El *Franchising* es un método de distribución".

Entre los aspectos por los cuales se confunde el Contrato de Franquicia con éste, se encuentran no sólo que la Franquicia puede contener muchos de los esquemas del contrato de distribución sino además su propia evolución.<sup>69</sup>

Acertadamente puede distinguirse la Franquicia del contrato de distribución por el hecho de que en este último no se requiere un entrenamiento o asesoría previa al inicio de las operaciones, dependiendo de la complejidad del negocio. El distribuidor pocas veces recibe una formación previa y nunca adquiere la especial relevancia de los contratos de Franquicia, especialmente los de servicios, donde el entrenamiento y asesoría previa que recibe el Franquiciado permitirá lograr la uniformidad del sistema.<sup>70</sup>

Los hermanos GONZÁLEZ CALVILLO traen a colación un aspecto interesante, al precisar que muchos de los contratos de Franquicia modernos no se han implementado, o procedido a "Franquiciar" el modelo de negocio, como una necesidad para solucionar o lograr la

<sup>68</sup> BAREIRO, Gladys, *Opus cit.* p. 50.

<sup>69</sup> De HALLER, Thierry citado por BAREIRO, *Opus cit.* p. 59 sostiene "Será de hecho justo afirmar que la Franquicia no es más un sistema de distribución. Si lo fue a la hora de su aparición, es necesario reconocer que ella ha evolucionado desde la Segunda Guerra Mundial para devenir en un sistema mucho más universal".

<sup>70</sup> FARINA, Juan, *Contratos Comerciales Modernos*. Editorial Astrea. 2ª edición actualizada y ampliada. 1ª reimpression. Buenos Aires 1999. p. 489.

mejor distribución de sus productos o servicios, sino que estas Franquicias han sido concebidas con el fin mismo de la reproducción del modelo de negocios, es decir, para otorgar este tipo de contratos. Los autores citan como ejemplo de este hecho las cadenas de Franquicias como Subway, Blockbuster y Athlete's Foot.<sup>71</sup> De allí que deba atenderse a esta nueva realidad, que viene a contribuir a la idea de diferenciación del Contrato de Franquicia y el de distribución.

Se observa, que la causa del Contrato de Franquicia no es la distribución de bienes, sino la transmisión del modelo de empresa, por lo que atendiendo al tipo de Contrato de Franquicia, la distribución podría ser su único objeto o bien ser sólo parte de éste o no tener relevancia alguna. BAREIRO<sup>72</sup> sostiene que aquellos que insisten en definir la Franquicia como un método de distribución, lo hacen partiendo de la idea de las Franquicias de Primera Generación<sup>73</sup> sin tomar en consideración la evolución del contrato y sus realidades más elaboradas.

No obstante las semejanzas que puedan presentar, se evidencia que los distribuidores son simples intermediarios en la cadena, ya que revenden a los minoristas los productos producidos por el fabricante. Por su parte la Franquicia no se trata de una simple distribución o comercialización de los productos. En el contrato de distribución no existe la necesidad de seguir o reproducir un esquema de negocios, no requiere de licencia de marcas ni de *know how*, por lo que no se pagan regalías por estos conceptos ni por la venta de los productos.

<sup>71</sup> GONZÁLEZ, Enrique y Rodrigo González. *Franquicias: La Revolución de los 90*. McGraw-Hill. Ciudad de México, 1992, p. 87 y ss., citados por BAREIRO, *Opus cit.* pp. 61 y 62.

<sup>72</sup> BAREIRO. *Opus Cit.* p. 63.

<sup>73</sup> La definición de la Franquicia de Primera Generación se encuentra en el Capítulo II, Antecedentes del Contrato de Franquicia.

## Capítulo VI

### Elementos para la Validez del Contrato de Franquicia

En virtud de las diversas formas que puede adoptar el Contrato de Franquicia y a la diversidad de definiciones sobre el mismo, la doctrina ha tratado de definir cuáles elementos son esenciales para que éste se configure.

**1. Elementos Personales:** Se trata de las personas que intervienen en la relación contractual, generalmente comerciantes. Las partes suelen identificarse como Franquiciante y Franquiciado. En cuanto a la capacidad que requieren las partes para contratar remitimos al punto 1.3 del Capítulo IV de los Elementos para la Validez de los Contratos en General, de este estudio. ARCE<sup>74</sup> considera que bajo el derecho mexicano no se requiere capacidad especial para la celebración de los acuerdos de Franquicia, por lo que sería suficiente, en principio, gozar de facultades de administración.

<sup>74</sup> ARCE. *Opus Cit.* p. 43 y ss.

No debemos olvidar que el Contrato de Franquicia puede conferir o no al Franquiciado el derecho de otorgar subfranquicias. En este caso las partes del Contrato de Franquicia Master serán el Franquiciante y el Franquiciado Master, siendo este último el facultado para desarrollar la Franquicia en un territorio determinado. Las relaciones serán pues, entre el Franquiciante y el Franquiciado Master y entre el Franquiciado Master y los subfranquiciados, de forma independiente.

**2. Elementos Reales:** pueden subdividirse en elementos esenciales y no esenciales.

**2.1 Esenciales:** siguiendo los Lineamientos de Evaluación de los Contratos de Franquicia, debe concluirse que entre los elementos esenciales se encuentran la transmisión de marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, el *know how* y la asistencia técnica o comercial.

**2.1.1 La Marca:**<sup>75</sup> se requiere que la persona titular de la marca confiera el uso de ésta al Franquiciado, el cual no sólo estará obligado a usarla sino a respetar los lineamientos establecidos para ello. La licencia de marcas requiere bajo la legislación venezolana de su registro ante la autoridad competente para que surta efectos frente a terceros. Este registro es de suma importancia, ya que para que el Franquiciante pueda aprovecharse del uso que el Franquiciado le da a la marca, debe existir el contrato registrado. La Decisión 486<sup>76</sup> de Régimen Común Sobre Propiedad Industrial emanada de la Comisión de la Comunidad Andina establece de forma clara que el registro de la marca, y por tanto su carácter exclusivo, podrá ser cancelado por la falta de uso del signo dentro del territorio nacional cuando transcurra un lapso de tres años contados a partir del registro de la marca.<sup>77</sup> En los casos en que el Franquiciante es un extranjero que no está explotando la marca en Venezuela, podría ver afectado su derecho, aun cuando la marca sí es-

<sup>75</sup> *Ibid* nota 63.

<sup>76</sup> Publicada en *Gaceta Oficial* N° 600 de la Gaceta de la Comunidad Andina, de fecha 19 de septiembre de 2000.

<sup>77</sup> Así lo dispone la Decisión 486 en el artículo 165, párrafo segundo.

tuviere siendo usada. Los signos distintivos permiten lograr la uniformidad de imagen que requiere el concepto de Franquicia.

**2.1.2 El Know How:** es un conjunto de conocimientos prácticos no patentados derivados de la experiencia del Franquiciante y verificados por éste, que comprenden fórmulas, procesos o diseños.<sup>78</sup> Este conjunto de conocimientos es secreto, sustancial e identificado. Con relación al "secreto" del *know how*, no se refiere a que cada uno de sus elementos no sea conocido, sino a que el ensamblaje de sus componentes no sea generalmente conocido o fácilmente accesible. La "sustancialidad" tiene que ver con la necesidad de que este conjunto de conocimientos aporte una ventaja o beneficio competitivo al Franquiciado. Finalmente se requiere que esté "identificado" suficientemente.

Este elemento parece indicar la necesidad de un soporte físico que permita verificar el cumplimiento de los requisitos impuestos como características esenciales de éste, a saber: la sustancialidad y el secreto. Por cuanto el *know how* es más descriptivo y detallista que la patente, los autores sugieren que se especifique en términos generales en el Contrato de Franquicia y que se remita a los Manuales, para los detalles. Nuevamente, en la práctica se recoge la costumbre o el uso de hacer las menciones pertinentes en el contrato escrito y a los fines de salvaguardar el secreto propio del *know how*, se especifica en los Manuales, los cuales son de carácter confidencial. Sin la transmisión del *know how* no puede haber Contrato de Franquicia.

**2.1.3 Asistencia Técnica o Comercial:** en algunos casos puede confundirse con el *know how* y consiste en la prestación de ayuda comercial o técnica durante todo el desarrollo del contrato. La asistencia técnica es de carácter personal, pues a diferencia del *know how* que se transmite o comunica por medio de manuales, este soporte es prestado directamente

<sup>78</sup> MARZORATI. *Opus cit.* p. 56, define el *know how* como el conjunto de conocimientos y experiencias de orden técnico, comercial y empresarial, que le permite a aquel que los recibe realizar la producción y/o venta de bienes o servicios. El *know how* se encuentra en constante desarrollo, por lo que el Franquiciante debe entrenar a su Franquiciado y podrá beneficiarse de las experiencias de éstos para perfeccionar el sistema.

por personas. Es de capital importancia, por cuanto permite mantener la uniformidad de la red, mediante la supervisión de los miembros del sistema por parte del Franquiciante y la solución oportuna de los problemas técnicos que puedan presentarse durante la vigencia del contrato.

Los contratos de *know how* y de asistencia técnica, siempre y cuando no sean domésticos, están sometidos a formalidades de registros, a fin de que surtan efectos *erga omnes*.

**2.1.4 Contraprestación:** comprende tanto las sumas fijas que paga el Franquiciado al inicio de la relación denominadas canon de entrada; las cantidades que se pagan durante la ejecución del contrato por concepto de regalías y publicidad; así como los pagos por conceptos extraordinarios como entrenamiento y tarifas por servicios de auditoría, consultas, etc. Los montos de cada uno de estos conceptos deben precisarse de forma clara en el contrato. Hemos visto como en los casos de las Franquicias nacionales, el canon de entrada suele fraccionarse para facilitar el ingreso del Franquiciado a la red. En cuanto a la fijación de las regalías, generalmente se establece un porcentaje sobre los ingresos brutos. Al tratarse de un contrato escrito, estos aspectos quedan delimitados en las cláusulas que comprenden el contrato. Por el contrario, de admitirse que el Contrato de Franquicia puede ser verbal, en caso de controversia entre las partes, podría dificultarse su prueba, especialmente cuando se trata de un contrato en el cual no se han cancelado regalías, ya que de lo contrario el recibo dado por las regalías cobradas podría ser prueba del monto o porcentaje de las mismas. A este respecto es importante destacar que la contraprestación es un elemento esencial del contrato, porque no podríamos hablar de un Contrato de Franquicia donde el Franquiciante no obtiene ningún beneficio por el objeto que entrega. Por tratarse de un contrato mercantil es oneroso para ambas partes. El beneficio puede ser directo o indirecto, pero siempre se requerirá para que se configure el Contrato de Franquicia.

**2.1.5 Territorio:** algunos autores consideran el territorio como un elemento esencial, otros señalan que se trata de un elemento recurrente, pero que no le confiere su individualidad al contrato.

Los que defienden su carácter esencial sostienen que el territorio constituye la zona de actuación del Franquiciado, garantizándole un mercado para la explotación del negocio. La escogencia y delimitación del territorio es crucial y en muchos casos puede significar el éxito o el fracaso del negocio. Muchas veces el Franquiciante se reserva la selección del Territorio.

Los Lineamientos de Evaluación de los Contratos de Franquicia no incluyen al territorio como uno de los elementos esenciales, sin embargo, es uno de los de mayor importancia.

## 2.2 No Esenciales:

**2.2.1 Compromisos de Asistencia o Soporte Financiero:** el Franquiciante suele asesorar y orientar al Franquiciado para que pueda acceder a las ayudas financieras que le permitirán llevar a cabo el negocio, es decir, entrar en el negocio de Franquicia. El Franquiciante raras veces invierte dinero propio, pero en algunos casos establece mecanismos de pago flexibles propios o a través de terceros, que hacen posible la adquisición de los equipos que se requieren para desarrollar el concepto de negocio del que se trate.

**2.2.2 Cláusulas de Publicidad:** dentro del mundo moderno es bien conocido que para el posicionamiento de la marca en el mercado y en la mente de los potenciales clientes, se requiere más que un buen producto. Los Contratos de Franquicia suelen incluir disposiciones sobre cómo deberá llevarse a cabo la publicidad y el establecimiento de fondos para estos fines específicos. Usualmente el Franquiciado aporta un porcentaje de sus ganancias al fondo y es el Franquiciante quien fija las políticas de mercadeo y publicidad en beneficio de todo el sistema. Incluso, en aquellos casos en que se permite a cada Franquiciado realizar su propia publicidad, resulta contradictorio el que se mencione a un punto de venta o Franquiciado específico, pues hace diluir la uniformidad del sistema, haciendo diferencias que en principio no se compadecen con la idea de que la calidad, atención, servicio y precios, será igual sin importar cuál punto se visite.

**2.2.3 Cláusulas de No Competencia:** como es lógico pensar, en los Lineamientos de Evaluación de los Contratos de Franquicia no se consideran esenciales las cláusulas en virtud de las cuales pueda restringirse la competencia. Sin embargo, si se estipula de forma expresa que los supuestos contenidos en el artículo N° 3,<sup>79</sup> no se considerarán restricciones a la competencia, por lo que las cláusulas que versen sobre estos aspectos serán permitidas. Los Contratos de Franquicia suelen contener disposiciones para evitar que el Franquiciado desarrolle actividades o negocios que compitan con el del Franquiciante, durante la vigencia del contrato y aun durante un tiempo después.<sup>80</sup>

<sup>79</sup> Artículo 3. Restricciones a la Competencia.

Los Lineamientos indicados en el artículo 1 se aplicarán a las siguientes restricciones de la competencia:

a) La obligación del franquiciador, en una zona determinada del mercado común, el territorio contractual, de:

- No conceder el derecho de explotar la franquicia o parte de ella a terceros.
- No explotar por sí mismo la franquicia ni comercializar por sí mismo los productos o servicios objeto de la franquicia con arreglo a una fórmula similar.
- No suministrar por sí mismo a terceros los productos del franquiciador.

b) La obligación del franquiciado principal de no concluir acuerdos de franquicia con terceros fuera de su territorio contractual.

c) La obligación del franquiciado de explotar la franquicia únicamente a partir de los locales objeto del contrato.

d) La obligación del franquiciado de abstenerse, fuera del territorio objeto del contrato, de buscar clientes a los cuales vender los productos o prestar los servicios objeto de la franquicia.

e) La obligación del franquiciado de no fabricar, vender o utilizar en el marco de la prestación de servicios, productos competidores con los productos del franquiciador que sean objeto de la franquicia. Cuando el objeto de la franquicia sea vender o utilizar a la vez, en el marco de la prestación de servicios, determinados productos y piezas de recambio o accesorios de aquellos, esta obligación no podrá imponerse en lo que respecta a las piezas de recambio o accesorios.

<sup>80</sup> La Resolución de la Superintendencia de Procompetencia que contiene los lineamientos señala que el Franquiciado podrá ser mantenido bajo la obligación de no competencia después de la expiración del contrato, por un período razonable no superior a un año, en el territorio donde haya explotado la Franquicia. Consideramos que el término de un año es corto, ya que el riesgo que asume el Franquiciante al entrenar y transmitir su *know how* a un tercero, debería estar protegido más adecuadamente. Esta deficiencia permite que una vez que el Franquiciado ha obtenido los conocimientos técnicos, guiado por distintos factores, podrá optar una vez fuera de la red por hacerle competencia al Franquiciante, con los mismos conocimientos que adquirió de él, en primer lugar, porque el término de no competencia es muy corto y en segundo, porque se establece expresamente el territorio en que se haya explotado la Franquicia. Este territorio podría ser muy vasto, como cuando se trata de un contrato master para un país íntegro e irse reduciendo hasta su mínima expresión al tratarse de puntos específicos comprendidos dentro de una misma ciudad. Así bien, bajo estos parámetros, si el territorio era una urbanización cualquiera o un centro comercial, podría concluirse que para montar un negocio igual o similar del que se fue Franquiciado, en la misma zona o territorio, sólo hace falta el transcurso de un año y si se decide desarrollarlo en otra urbanización o zona, podrá hacerlo desde el día siguiente a la extinción del contrato.

**2.2.4 Cláusulas de Confidencialidad:** existe una obligación de reserva o secreto sobre la información que se proporciona en virtud del contrato. La obligación de confidencialidad subsiste, por un tiempo razonable, aun luego de terminado el contrato.

**2.2.5 Compra de Insumos y Servicios y Calidad de Productos:** sin que se considere un aspecto esencial al contrato, contiene generalmente la obligación del Franquiciado de efectuar la compra de insumos o la contratación de servicios con ciertos proveedores, en determinadas cantidades y de una calidad específica. Si bien es cierto que no se requiere en todos los modelos de negocio, es decir, que sin este elemento no se estaría en presencia de un Contrato de Franquicia, consideramos que cuando la reproducción del negocio requiera de cláusulas de este tipo para garantizar u obtener la uniformidad y calidad esperadas dentro de la red, pasará a ser un elemento determinante de la relación y por tanto esencial para el cabal desenvolvimiento o desarrollo del contrato.

Es importante no olvidar que la esencialidad como elemento del Contrato de Franquicia se toca en este capítulo atendiendo a la configuración del contrato en sí y no a la importancia o relevancia de las obligaciones que se contraen para lograr reproducir el negocio y esto nos lleva a preguntarnos, si cuando las cláusulas del acuerdo no permiten lograr la reproducción del formato o concepto de negocio se estará ante un Contrato de Franquicia. A este respecto pensamos que no podemos estar ante un verdadero Contrato de Franquicia cuando el objeto no se puede lograr por las deficiencias del contrato, aun cuando éste reúna los elementos esenciales que requiere la ley o la doctrina para considerarse una Franquicia, en virtud de que las relaciones de las partes sólo pueden ser reguladas por el acuerdo de voluntad de éstas y a falta de éste, por la ley, cuando hubiere normas supletorias, por lo que no compete al Juez o a terceros llenar estos vacíos, cuando estos temas no hayan sido delegados expresamente por las partes.

Si bien pudiera parecer trivial o de poca importancia lo antes expresado, no lo es, ya que cuando se presentan problemas entre las partes y éstas no pueden llegar a un acuerdo, alegarán lo que sea necesario, según las circunstancias, para dar por terminado el contrato sin necesidad de pa-

gar indemnizaciones, es decir, harán uso de todos los medios a su alcance para alegar que no se incurrió en incumplimiento de las obligaciones adquiridas o que este incumplimiento no es imputable a ellas.

**2.2.6 Plazo:** los contratos escritos suelen pactar un término para la duración del contrato, el cual en principio debería estar atado a las variables del negocio, de forma tal que sea un plazo suficiente para que el Franquiciado pueda recuperar la inversión y obtener ganancias y para que el Franquiciante posicione su negocio en esa zona. MARZORATI<sup>81</sup> señala que el plazo del contrato no debería ser demasiado largo, ya que los sistemas de Franquicia suelen irse transformando y adoptando nueva tecnología, por lo que no sería sencillo actualizar el contrato. Disentimos de MARZORATI en cuanto a las dificultades de actualizar el contrato, dado que es común observar cláusulas que establecen que el Franquiciante se obliga a ir actualizando el sistema y por su parte el Franquiciado se obliga a realizar los cambios necesarios para adaptarse a las nuevas condiciones, más aún, los programas de capacitación o entrenamiento son generalmente de carácter obligatorio para el Franquiciado, de allí que la transformación del sistema se lleve a cabo paulatinamente con todos los miembros de la red. Si esto no fuere así, no podría hablarse de la uniformidad del sistema, donde unos Franquiciados, tienen un modelo de negocio distinto de los otros o la existencia de varios dependiendo de la fecha de celebración del contrato. Tampoco debe olvidarse que por tratarse de un sistema, suelen existir otros Franquiciados, y este hecho no puede ser obviado por el Franquiciante cuando celebra nuevos acuerdos.

Independientemente de la duración del contrato, es común que se establezcan renovaciones, incluso automáticas, por períodos iguales o reducidos. Insistimos que en nuestro criterio lo más relevante es que el tiempo inicial del contrato sea suficiente para poder recuperar la inversión y obtener ganancias. Cuando se trate de plazos de renovación, su duración sería más flexible, puesto que la inversión ya se ha recuperado.

<sup>81</sup> MARZORATI, Osvaldo. *Opus cit.* p. 40 y ss.

En cuanto a los contratos verbales se consideran celebrados a tiempo indeterminado, por lo que su terminación podría suceder en cualquier momento por voluntad unilateral de una de ellas, fundamentado en la imposibilidad de que las partes queden vinculadas perpetuamente. Gran parte de la doctrina considera que los Contratos de Franquicia deben celebrarse a tiempo determinado y que no sería posible un contrato a tiempo indeterminado, ya que esto abre la posibilidad de lesionar los derechos de las partes, así como los derechos de los terceros que conforman la red.

**3. Aspectos Legales:** como se observa *supra*, los Lineamientos de la Evaluación de los Contratos de Franquicia nos permiten afirmar que los elementos que deben estar presentes en el Contrato de Franquicia, para poder considerarlo como tal a los efectos de esta disposición, son: la licencia de la marca, la transferencia del *know how* y la prestación de asistencia técnica o comercial.

**4. Costumbre y Usos Mercantiles:** debido al papel relevante de la costumbre y los usos en materia comercial,<sup>82</sup> debe atenderse a cómo se va desarrollando la figura del Contrato de Franquicia en la práctica. Por ello no debe despreciarse el hecho de que el Contrato de Franquicia se realiza generalmente en forma escrita. Consideramos que esta formalidad, si bien tiene relación al interés de las partes en el aspecto probatorio del contrato, también se vincula al conocimiento en sí de su objeto.

Como se ha señalado en otros capítulos, la complejidad del Contrato de Franquicia comprende las distintas figuras jurídicas que lo integran y sus múltiples vinculaciones con las distintas áreas del derecho que se generan en su desarrollo. Esta complejidad que se refleja en la repetición o clonación del modelo de negocio, conlleva que para la mejor comprensión del objeto del contrato, el cual encierra todas las obligaciones que son necesarias que se creen para llevar a cabo el negocio, se realicen por escrito. Así bien, vemos como los países que han acogido regu-

<sup>82</sup> Dentro de la costumbre y los usos mercantiles podemos mencionar el valor del Código de Ética o las circulares de oferta al Franquiciado o acuerdos preliminares suscritos por el Franquiciante.

lar el Contrato de Franquicia, especialmente el aspecto precontractual, centran su atención en que se suministre la información, referente al negocio, al posible Franquiciado para que éste tome una decisión informada. Esta información debe entregarse por escrito y con anterioridad, de forma tal que pueda revisarse con suficiente antelación y sin presiones innecesarias. Podría considerarse que esto sólo tiene que ver con la rentabilidad del negocio y el éxito del mismo, pero va más allá, pues muchos de ellos requieren que se entregue el modelo del Contrato de Franquicia, por escrito, para que el posible interesado pueda conocer claramente el negocio y sus obligaciones.

Esta obligación de suministro de la información antes señalada, podría implicar que cuando las partes no hayan suscrito el contrato, pero sí hayan llegado a un acuerdo verbal, se estaría en presencia de un Contrato de Franquicia. Si bien el consentimiento sería verbal, las obligaciones del contrato constarían por escrito, como en el supuesto de los contratos de adhesión de los estacionamientos y otros establecimientos, que por tomar el ticket, se aceptan las condiciones impresas. Pensamos que este razonamiento podría aplicar en todos los casos en que la información haya sido suministrada y haya quedado constancia de su entrega, especialmente en las legislaciones donde este proceso es de obligatorio cumplimiento para la formación válida del contrato. Creemos que en todo caso, le correspondería probar a la parte que lo alegue que han existido modificaciones a lo presentado inicialmente.

En aquellas legislaciones donde no es obligatorio entregar o revelar esta información,<sup>83</sup> y no se ha entregado el contrato, será ya un aspecto de tipo probatorio el determinar si existe o no el contrato y cuáles son sus regulaciones.

<sup>83</sup> No debe olvidarse que el principio de la buena fe en la celebración de los contratos mercantiles conlleva que se suministre la información que sea relevante, de lo contrario podría haber dolo por parte del Franquiciante.

Lo cierto es que en el estado de desarrollo del Contrato de Franquicia a nivel global, no parece existir fundamento legal que impida la celebración válida del Contrato de Franquicia verbal, salvo las legislaciones donde se dispone que a partir de determinados montos los contratos<sup>84</sup> deben celebrarse por escrito, donde habría que analizar si se trata de una formalidad *ad solemnitatem* o *ad probationem*.

<sup>84</sup> Generalmente estos límites son rebasados ampliamente por las obligaciones contenidas en los contratos de Franquicia.

## Capítulo VII

### Regulaciones en el Derecho Venezolano

Sabemos por lo indicado *supra*, que no existe una ley especial que regule las relaciones derivadas del Contrato de Franquicia entre las partes, de forma particular. En consecuencia, evidentemente éstas serán libres de fijar sus derechos y obligaciones, atendiendo siempre a no violentar el ordenamiento jurídico vigente, en cuanto y en tanto les sea aplicable. Las principales normas que deben tomarse en consideración al momento de la redacción de los Contratos de Franquicia son:

1. En primer lugar y sin que haya duda al respecto, las disposiciones que acuerden las partes deben estar en sintonía con la **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Creemos que especial relevancia tiene el artículo 112, del Capítulo de los Derechos Económicos, en el cual se establece la libertad de las personas a dedicarse a la actividad de su preferencia, sin más restricciones que las establecidas en la Constitución y las leyes.
2. Por tratarse de materia mercantil, juegan un papel relevante las disposiciones del **Código de Comercio**, en cuanto a la regulación de las

obligaciones, las formalidades que se exigen y los medios de prueba admitidos. El Código expresamente remite a aplicar las normas contenidas en el Código Civil en los casos que no estén especialmente resueltos en él.<sup>85</sup> No debemos olvidar la importancia de las costumbres mercantiles, las cuales suplen el silencio de la Ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo que apreciarán prudencialmente los Jueces de Comercio.<sup>86</sup> En cuanto a la aplicación de las fuentes del derecho mercantil, GOLDSCHMIDT<sup>87</sup> nos recuerda que no todo el derecho mercantil se encuentra recogido en el Código de Comercio y que existen leyes especiales de carácter mercantil. Sobre la aplicación preferente de estas normas especiales, con prioridad al Código de Comercio, en cuanto sea pertinente, no existe duda. El problema se presenta sobre si debe aplicar primero directamente el Código Civil o la costumbre mercantil. Concordamos con GOLDSCHMIDT no sólo en que la redacción de los artículos 8º y 9º no es clara sobre cuál fuente priva sobre la otra, sino en la solución que aporta, al señalar que debe acudir a la costumbre mercantil antes que a los principios contenidos en el Código Civil, no sólo por el nacimiento consuetudinario del derecho comercial, sino por la especialidad de la materia.

3. En todo aquello que el Código de Comercio y las costumbres mercantiles no regulen deberán aplicarse los principios y disposiciones contenidos en el Código Civil.

No nos detendremos en el análisis pormenorizado de cada una de las disposiciones contenidas en los textos antes mencionados, ya que no son más que la aplicación del derecho común a los contratos en general, lo cual no es el objeto de este estudio y las relevantes han sido mencionadas especialmente en el cuerpo de este trabajo.

<sup>85</sup> Artículo 8 del Código de Comercio de Venezuela.

<sup>86</sup> Artículo 9 del Código de Comercio de Venezuela.

<sup>87</sup> GOLDSCHMIDT, Roberto. *Curso de Derecho Mercantil*. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1964. p. 45 y ss.

4. **Regulaciones para la libre competencia:** La complejidad de las áreas abarcadas por el Contrato de Franquicia, hace que debamos tomar en consideración la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia<sup>88</sup> (Ley de Procompetencia) y sus regulaciones conexas como el Reglamento N° 1<sup>89</sup> y los Lineamientos de Evaluación de los Contratos de Franquicia.

4.1 Es importante destacar que la Ley de Procompetencia viene a desarrollar los artículos 112, 113<sup>90</sup> y 114 de la Constitución vigente, que corresponden a los artículos 96 y 97 de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, bajo cuya vigencia se dictó la ley. La finalidad de la norma es permitir el desarrollo de las libertades económicas, de forma tal que se logre un equilibrio entre su ejecución y el bienestar de las demás personas. Así el derecho de unas, encuentra sus límites en el derecho de las otras y la buena fe. Atendiendo a estos principios y preceptos la norma establece conductas prohibidas en forma general y otras de carácter particular, mediante las cuales sólo se prohíben conductas específicas.

<sup>88</sup> Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, publicada en *Gaceta Oficial* N° 4.353 Extraordinario, de fecha 30 de diciembre de 1991 y reimpresa en *Gaceta Oficial* N° 34.880 de fecha 13 de enero de 1992.

<sup>89</sup> Reglamento N° 1 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, publicado en *Gaceta Oficial* N° 35.202, de fecha 3 de mayo de 1993.

<sup>90</sup> Artículo 113. No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualesquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquellos o aquellas, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad. También es contrario a dichos principios el abuso de la posición de dominio que un o una particular, un conjunto de ellos o de ellas, o una empresa o conjunto de empresas, adquiriera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, de los productores y productoras y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía.

Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público.

Las conductas establecidas en la prohibición general contenida en el artículo 5º de la norma, pueden ser de carácter unilateral o multilateral, ya que la conducta, actuación o decisión de un solo sujeto puede llevar a impedir, restringir, falsear o limitar el ejercicio de la libre competencia; o bien, en virtud de un acuerdo, convenio, práctica o decisiones de un grupo se produzcan los efectos restrictivos en el mercado. Evidentemente, las limitaciones del mercado, suelen resultar en definitiva en un daño para el consumidor final, en este caso, debe demostrarse que se ha ocasionado un daño como consecuencia de la práctica que ha sido adoptada.

Las prohibiciones particulares se encuentran contenidas en los artículos 6º al 13 del dispositivo legal. En estos casos no se requiere demostrar los efectos restrictivos que puedan tener sobre la competencia, ya que el legislador considera que objetivamente la lesionan. Si analizamos las prohibiciones particulares, observaremos que muchas de ellas se incluyen de forma usual en los Contratos de Franquicia, ya que son de la esencia misma del contrato, como por ejemplo los acuerdos de repartir los mercados, áreas territoriales, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento entre competidores y fijar, de forma directa o indirecta, precios y otras condiciones de comercialización o de servicio, entre otros.

La sanción establecida por realizar prácticas y conductas prohibidas es severa y conlleva la nulidad absoluta de los actos y negocios jurídicos que las generan. No obstante, se prevé un régimen de excepciones en el artículo 18 de la ley, mediante el cual el Presidente de la República en Consejo de Ministros y oída la opinión de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Superintendencia de Procompetencia), fijará las normas dentro de las cuales podrá permitirse la realización de las siguientes actividades:

- 1º La fijación directa o indirecta, individual o concertada de precios de compra o venta de bienes o servicios,
- 2º La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones diferentes para prestaciones similares o equivalentes que ocasionen desigualdades en la situación competitiva, especialmente si son distintas de aquellas condiciones que se exigirían si hu-

biera una competencia efectiva en el mercado, salvo los casos de descuentos por pronto pago, descuentos por volúmenes, menor costo del dinero por ofrecer menor riesgo y otras ventajas usuales en el comercio; y

### 3º Las representaciones territoriales exclusivas y las franquicias con prohibiciones de comerciar otros productos. (Negrillas nuestras)

La autorización así conferida se dicta atendiendo a la eficiencia económica y ventajas que aporten a los consumidores de bienes o usuarios de servicios.

4.2 El Reglamento N° 1 de la Ley de Procompetencia, se encarga de desarrollar el artículo 18 antes señalado, el cual establece las conductas que no serán consideradas restrictivas de la libre competencia en sus artículos 4º y 5º, para luego establecer de forma expresa en su artículo 6º las conductas prohibidas, que podrán ser autorizadas por la Superintendencia de Procompetencia, cuando consideren que revisten un beneficio o ventaja para los consumidores o usuarios; para luego, en el artículo 7º, señalar aquellas conductas o prácticas que no podrán ser autorizadas por la Superintendencia de Procompetencia, por considerar que bajo ninguna circunstancia pueden beneficiar a los consumidores. Si se analiza el artículo 7º en su ordinal 1º pareciera establecer que algunas de las disposiciones usuales en los contratos de Franquicia y que le proporcionan su carácter particular, no podrían estar contenidas en el contrato, ya que podrían conllevar la nulidad del acuerdo y no sólo la nulidad de la disposición que la contiene.

No obstante, debe resaltarse que el ordinal 1º expresamente hace referencia a "Los acuerdos, decisiones, recomendaciones colectivas o prácticas concertadas entre competidores...", por lo que no podría ser aplicable a los Contratos de Franquicia, ya que los precios que se fijan en la cadena, entre otras de las prácticas que aquí se prohíben, no se establecen entre competidores, sino entre colaboradores. El sistema se estructura de forma tal que no puede hablarse que exista competencia entre los miembros de la red, por lo que los precios son fijados para

establecer uniformidad en la cadena y siempre con miras a ser competitivos dentro del mercado al que se dirigen.

Es por ello que las nuevas tendencias se inclinan por considerar que los sistemas de Franquicia no restringen la libre competencia, sino que más bien la fomentan, entre los integrantes de la cadena, considerados como una parte y el resto de los competidores en el mercado. En consecuencia, no creemos que la introducción de estas cláusulas dentro de los contratos de Franquicia pueda dar lugar a la nulidad del contrato.

En este mismo sentido el artículo 8° *ejusdem* permite a la Superintendencia de Procompetencia autorizar las "...prácticas o conductas cuando aporten ventajas a los consumidores o usuarios de los bienes o servicios objeto de las mismas, y concurrentemente contribuyan a incrementar la eficiencia económica de las personas participantes en ellas...", debiendo para ello cumplir con lo fijado por el Parágrafo Único del artículo 18 de la Ley, donde el ordinal 2° de la norma *in comento*, ratifica el argumento referente a los acuerdos entre no competidores, el cual lee:

2° Los acuerdos, decisiones, recomendaciones colectivas o prácticas concertadas, entre **no competidores** a que se refieren los artículos 10<sup>91</sup> y 12 de la Ley, que impidan una competencia efectiva y tengan efectos significativos en el mercado relevante.

Estas autorizaciones pueden ser Individuales o Excepciones Globales. Las Autorizaciones Individuales, como su nombre lo indican se dan para

<sup>91</sup> Artículo 10: se prohíben los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas para:

1° Fijar, de forma directa o indirecta, precios y otras condiciones de comercialización o de servicio;

2° Limitar la producción, la distribución y el desarrollo técnico o tecnológico de las inversiones;

3° Repartir los mercados, áreas territoriales, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento entre competidores;

4° Aplicar en las relaciones comerciales o de servicios, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros; y

5° Subordinar o condicionar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

un caso particular y pueden ser revocadas cuando la situación de hecho cambie en relación con un elemento esencial de la autorización; los interesados infrinjan una carga o condición impuesta por ésta; o la autorización se hubiere dictado sobre la base de indicaciones falsas o inexactas o se hubiera obtenido fraudulentamente. Las Autorizaciones Individuales a que alude esta Sección, se extinguirán una vez cumplido su objeto. Las Excepciones Globales podrán exceptuar categorías de prácticas y conductas que tengan por objeto, el otorgamiento de Franquicias, entre otras.

4.3 Con respecto a las Excepciones Globales, la Superintendencia de Procompetencia dictó la **Resolución N° SPPL/036-95**,<sup>92</sup> donde se excluyen de la prohibición contenida en el artículo 10, ordinal 3° de la Ley de Procompetencia a los contratos de distribución. Aun cuando esta resolución no trata especialmente del Contrato de Franquicia, muchas de las disposiciones previstas pueden aplicarse, pues no debe olvidarse que muchos de estos contratos presentan aspectos de los contratos de distribución y la propia evolución del Contrato de Franquicia pasa por éstos.

4.4 En materia de Franquicias, específicamente, mediante Resolución N° SPPLC-038-99, la Superintendencia de Procompetencia promulgó los **Líneamientos de Evaluación de los Contratos de Franquicia**. Esta resolución es adoptada en desarrollo del artículo 18 de la Ley de Procompetencia, que permite la realización de actividades, en principio prohibidas, como las representaciones territoriales exclusivas y las Franquicias con prohibiciones de comerciar con otros productos, bajo ciertas condiciones.

Para dictar estos Líneamientos la Superintendencia de Procompetencia pasa a analizar el Contrato de Franquicia y su interacción con el mercado, llegando a las siguientes conclusiones: a) las Franquicias de distribución y de servicios frecuentemente generan eficiencias económicas, aportan ventajas a los consumidores o usuarios de bienes o servicios y

<sup>92</sup> Resolución N° SPPL/036-95 de fecha 28 de agosto de 1995 y publicada en *Gaceta Oficial* N° 35.801, de fecha 21 de septiembre de 1995.

contribuyen a mejorar la producción, comercialización y distribución de bienes y la prestación de servicios, así como a promover el progreso técnico o económico; b) pueden permitir la entrada de nuevos competidores en el mercado; c) aseguran una calidad constante de los productos, en razón del carácter homogéneo de la red de distribución y de la cooperación permanente entre el Franquiciante y el Franquiciado; y d) generan un efecto favorable sobre la competencia entre marcas y que, el hecho de que los consumidores sean libres para tratar con cualquier Franquiciado, en la red de distribución, garantiza que una parte razonable de los beneficios resultantes se transmitirá a los consumidores.

Basándose en estos considerandos no estarán sujetos a la prohibición contenida en el artículo 10 de la Ley de Procompetencia los acuerdos de Franquicias que incluyan una o más de las restricciones que a continuación se señalan, siempre y cuando sigan los lineamientos:

- a) La obligación del Franquiciante, de no conceder el derecho de explotar la Franquicia o parte de ella a terceros, en un territorio determinado. Así como tampoco que el Franquiciante explote la Franquicia en este territorio ni realice actividades de comercialización.
- b) La obligación del Franquiciado principal de no concluir acuerdos de Franquicia con terceros fuera de su territorio contractual.
- c) La obligación del Franquiciado de explotar la Franquicia únicamente a partir de los locales objeto del contrato.
- d) La obligación del Franquiciado de abstenerse, fuera del territorio objeto del contrato, de buscar clientes a los cuales vender los productos o prestar los servicios objeto de la Franquicia.
- e) La obligación del Franquiciado de no fabricar, vender o utilizar en el marco de la prestación de servicios, productos competidores con los productos del Franquiciante que sean objeto de la Franquicia. Si dentro de las obligaciones del Franquiciado está la de vender o utilizar, determinados productos y piezas de re-

cambio o accesorios de aquéllos, esta obligación no podrá imponerse en lo que respecta a las piezas de recambio o accesorios.

En consecuencia, siempre y cuando se respeten los lineamientos establecidos por la Superintendencia de Procompetencia, los Contratos de Franquicias, con sus disposiciones usuales, reúnen las condiciones legales necesarias para su validez y exigibilidad entre las partes. Nótese, que la Superintendencia de Procompetencia no requiere registro alguno del contrato, ni aprobación previa para su implementación. La verificación de los supuestos, así como de su compatibilidad con la legislación local, tanto si se trata de Franquicias nacionales o extranjeras, recae en la cabeza de las partes contratantes, en especial, en el Franquiciante, que es el primer interesado en que las disposiciones previstas sean perfectamente coercibles, a fin de que en caso de incumplimiento se causen los menores daños posibles al sistema y a la red de Franquiciados que pudiere existir.

Las disposiciones aquí analizadas no requieren la escritura del Contrato de Franquicia, de forma expresa. Sin embargo, cuando los lineamientos hacen mención a la identificación del *know how*, establecen que esta identificación debe hacerse en el acuerdo de Franquicia, por documento separado o en cualquier otra forma apropiada. Consideramos que difícilmente podría realizarse la identificación del *know how*, para garantizar su protección de forma verbal, ya que debe estar descrito de una manera suficientemente completa para permitir a la Superintendencia de Procompetencia verificar que cumple las condiciones de secreto y sustancialidad,<sup>93</sup> así como la dificultad de controlar el secreto de la información suministrada si no existe un documento por escrito que sirva para constatar su infracción o su cumplimiento. Sólo si esto ha sido dejado por escrito la Superintendencia podrá realizar su evaluación.

<sup>93</sup> Por sustancial, los lineamientos definen el hecho de que el *know-how* deba incluir una información importante para la venta de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales y en particular para la presentación de productos para la venta, la transformación de productos en relación con la prestación de servicios, las relaciones con la clientela y la gestión administrativa financiera. En consecuencia, el *know-how* debe ser útil al Franquiciado para permitirle mejorar su posición competitiva o ayudándole a introducirse en un mercado nuevo.

**5. Propiedad intelectual:** Debido al conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos de utilidad, diseños, *know-how* o patentes, que deberán explotarse para la reventa de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales, involucrados con el Contrato de Franquicia, se hace necesario revisar las disposiciones pertinentes contenidas en nuestra legislación.

**5.1** Debemos partir del principio que el Franquiciante deberá ser el titular de la marca o del derecho que confiere a los Franquiciados para el uso de las marcas y demás elementos que identifican al sistema. A este respecto la materia se rige por la **Decisión 486 Régimen Común sobre Propiedad Industrial**, emanada de la Comisión de la Comunidad Andina, cuyas disposiciones son de aplicación preferente sobre las normas nacionales y la cual constituye ley interna desde el momento de su promulgación por el ente comunitario, conforme lo establece el artículo 153 de la Constitución vigente.

Aun cuando se trata de una norma comunitaria, su ámbito de aplicación es de orden territorial de cada país miembro, por lo que en virtud de sus disposiciones, en principio, para que la marca y los otros elementos del sistema protegidos por las normas de propiedad industrial puedan tener protección dentro de Venezuela, deben haber sido debidamente registrados o al menos su registro haber sido solicitado en el país.

Nuestro sistema no requiere el uso previo de la marca para proceder a su registro, por lo que esto no sería una limitante cuando quiera registrarse un signo que se haya usado en el extranjero y no haya sido utilizado con anterioridad en nuestro país, así como tampoco para el registro de un nuevo signo o elementos de los que identifican el sistema. En consecuencia, cuando se trate de una Franquicia de origen extranjero, el Franquiciante o el titular de la marca, deberá haber registrado o solicitado la marca, de forma tal que exista un derecho o una expectativa de derecho que pueda transmitirse al tercero, en este caso al Franquiciado.

La Decisión 486 regula específicamente las licencias de uso de marcas en sus artículos 162, 163 y 164, estableciendo que el titular de una mar-

ca registrada o en trámite de registro podrá dar licencia a uno o más terceros para la explotación de la marca respectiva. Esta licencia de uso deberá registrarse ante la Oficina Nacional, que en nuestro caso es el Servicio Autónomo de Registro de la Propiedad Intelectual (SAPI), para lo cual la licencia deberá de constar por escrito. La sanción por no cumplir con este requerimiento será que la licencia no surtirá efectos frente a terceros, de allí que las regalías que deban pagarse por su uso, no podrían ser deducidas del impuesto sobre la renta, ni el verdadero titular podrá beneficiarse del uso de la marca dentro del territorio con sus consiguientes consecuencias.

Es de hacer notar que el SAPI no podrá registrar los contratos de licencia o transferencia de registro de marcas que no se ajusten a las disposiciones del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías o a las disposiciones comunitarias y nacionales sobre prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia.

En cuanto a la formalidad de la escritura del contrato de licencia, vendría atada a la escritura del Contrato de Franquicia, ya que al ser la marca uno de los elementos esenciales del contrato, se encuentra contenida la licencia de forma expresa en las disposiciones que lo regulan. Consideramos que la formalidad de la escritura de la licencia y su consiguiente registro en este caso no es *ad solemnitatem* entre las partes, sino *ad solemnitatem* frente a terceros, frente a los cuales no tiene validez alguna cuando no se ha procedido al registro de la licencia. Si bien la licencia, aun cuando no se encuentre por escrito, será válida entre las partes, no lo será así frente a terceros.

**5.2** Por lo que respecta a la **Ley de Propiedad Industrial**, no obstante que no ha sido derogada, la mayoría de sus disposiciones se encuentran suspendidas en virtud de la aplicación preferente de la Decisión 486. En consecuencia, sólo aquellas disposiciones que no colidan con la norma comunitaria y ayuden a complementar sus directrices se encuentran en uso. En cuanto a la materia de las licencias de uso se encuentra específicamente regulada en la Decisión 486.

**5.3** Por lo que se refiere a los **Convenios Internacionales** que ha suscrito la República, entre ellos el Acuerdo de Marrakech y el Convenio de París, se trata básicamente de normas programáticas que contienen los requerimientos mínimos necesarios para garantizar los derechos de propiedad industrial en los países que los adoptan. Precisamente a estos efectos, la Decisión 344<sup>94</sup> de la Comunidad Andina de Régimen Común Sobre Propiedad Industrial, que estuvo vigente desde el 1º de enero de 1994 hasta el 30 de noviembre de 2000, fue modificada para adaptarse a estos acuerdos internacionales, siendo sustituida por la Decisión 486.

**5.4 Ley Sobre Derecho de Autor:**<sup>95</sup> Por lo que respecta a la normativa que regula el derecho de autor, es importante destacar que el registro de las obras no es lo que hace nacer el derecho, sino que el derecho nace en el momento que se crea la obra, por ello se entiende que el registro de la obra es meramente declarativo del derecho y es potestativo del autor.

Existen Contratos de Franquicia donde forman parte del acuerdo obras protegidas por el derecho de autor. La transmisión de los derechos de autor puede darse mediante cesión de los derechos de explotación o a través del otorgamiento de una licencia de uso<sup>96</sup> de estos derechos. Sobre la forma cómo debe realizarse la cesión, la Ley sobre Derecho de Autor expresamente consagra en su artículo 53, que "salvo disposición expresa de la Ley, los contratos de cesión de derechos de explotación y los de licencia de uso, deben hacerse por escrito".

Como excepciones a esta formalidad se contemplan los casos de obras audiovisuales, radiofónicas y programas de computación, así como todas aquellas realizadas bajo relación laboral, conforme a lo dispuesto en los artículos 15, 16, 17 y 59 de la Ley, donde existen presunciones de cesión a determinadas personas en virtud de relaciones preexistentes.

<sup>94</sup> Publicada en *Gaceta Oficial* Extraordinario N° 4.676, de fecha 18 de enero de 1994.

<sup>95</sup> Publicada en *Gaceta Oficial* Extraordinario N° 4.638, de fecha 1º de octubre de 1993.

<sup>96</sup> Es importante destacar que la licencia de uso de los derechos no confiere titularidad sobre éstos ni concurre con los derechos de explotación del autor sobre su obra.

En los casos en que se requiere la escritura, la norma no hace distinción entre las partes involucradas en la cesión y los terceros que pudieran verse afectados. De allí que podría concluirse que esta formalidad se requiere para la validez del contrato y no sólo para que surta efectos frente a terceros.<sup>97</sup>

**5.5** El artículo 23 del **Reglamento de la Ley Sobre El Derecho de Autor y de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que contiene el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos**<sup>98</sup> por su parte, ratifica la necesidad de la exigencia escrita de los contratos de cesión al señalar que cualquier persona distinta de las señaladas en la ley, que pretenda la condición de cesionario de derechos de explotación o de titular de una licencia de uso sobre la obra, deberá acreditarlo por escrito.

**5.6** En cuanto al Régimen de la Comunidad Andina, el artículo 30 de la **Decisión 351 Régimen Común Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos**<sup>99</sup> remite a las legislaciones internas de los Países Miembros, respecto a la cesión o concesión de derechos patrimoniales y a las licencias de uso de las obras protegidas. En consecuencia, se aplica lo dispuesto en la Ley sobre Derecho de Autor y su Reglamento.

**5.7** El **Anteproyecto de la Ley de Propiedad de Propiedad Industrial**, de fecha 6 de agosto de 2002, en su artículo 56 establece la necesidad de inscribir los Contratos de Franquicia, así como los de licencia que involucren bienes de propiedad industrial ante el órgano competen-

<sup>97</sup> La Exposición de Motivos de la Ley sobre el Derecho de Autor, señala que la anterior Ley de 1962 contemplaba la formalidad escrita sólo para los contratos de Representación y de Edición. No obstante, la tendencia en el Derecho comparado ha sido la de aplicar esta formalidad para el resto de los contratos, "tanto en garantía y seguridad para las partes, como porque dichos contratos son inscritos en el registro de la producción intelectual, lo cual supone que deben estar verificados en un instrumento escrito". "El cumplimiento de la formalidad anotada sirve igualmente para esclarecer rápidamente la conducta lícita o no de quien alega explotar una obra con la autorización del titular del derecho, pues podría acreditarse su legitimidad del documento respectivo". *Legislación Venezolana sobre Derecho de Autor*. Gestión Autoral. 1994. p. 109.

<sup>98</sup> Publicado en *Gaceta Oficial* Extraordinario N° 5.155, de fecha 9 de septiembre de 1997.

<sup>99</sup> Publicada en *Gaceta Oficial* Extraordinario N° 4.720, de fecha 5 de mayo de 1994.

te. Este señalamiento general al órgano competente crea dudas sobre si corresponde a la Superintendencia de Inversiones Extranjeras o al SAPI el registro de estos contratos.

Adicionalmente se señala que cuando se trate de Franquicias de origen extranjero, deberá cumplirse con lo dispuesto en el Régimen Común de Tratamiento de Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías.

Se entiende que con la inscripción del Contrato de Franquicia, igualmente quedan inscritas las Licencias de las marcas, siempre y cuando éstas se encuentren plenamente identificadas en el contrato de Franquicia.

El informe para la segunda discusión del proyecto de ley modifica el artículo 56 referido, cambiándole la enumeración para ser el artículo 76.<sup>100</sup> La nueva redacción esclarece que la autoridad competente ante la cual debe realizarse la inscripción del contrato será la Dirección Nacional de Registro de la Propiedad Industrial.

Igualmente, se modifica completamente que el registro del Contrato de Franquicia, de forma automática deja inscritas las licencias de uso de marcas, requiriendo su inscripción por solicitud separada.

Como novedad del anteproyecto, en ambas de sus versiones, se observa la mención expresa de los Contratos de Franquicia. No obstante, debe resaltarse que a la fecha la obligación de registro de los contratos existe en el Régimen Común de Tratamiento de Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías y que el organismo competente a estos efectos es la Superintendencia de Inversiones Extranjeras.

<sup>100</sup> El texto del artículo 76 del Informe del anteproyecto para la segunda discusión lee: "De la inscripción de los contratos de franquicias: Artículo 76. Los contratos de franquicia y de licencia que involucren bienes de la propiedad industrial se inscribirán por ante la Dirección Nacional de Registro de la Propiedad Industrial. Las licencias sobre franquicias provenientes del extranjero deberán cumplir con lo dispuesto en el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías.

Con la inscripción del contrato de franquicia ante el órgano competente, no quedan automáticamente inscritas las licencias de uso de marcas, de nombres comerciales, de lemas comerciales, de patentes de invención y modelos de utilidad y otros institutos jurídicos cuya inscripción de licencia de uso deberá ser efectuada por solicitud separada".

De las modificaciones realizadas en el informe para la segunda discusión y de los comentarios hechos se evidencia un claro desconocimiento de los elementos esenciales del Contrato de Franquicia, al señalar que no se regulan los contratos de franquicia *per se*, sino sólo aquellos que contenga bienes de propiedad industrial.

**6. Inversión extranjera:** En materia de Franquicias se observa que el contrato ha rebasado las fronteras de los países y se ha convertido en un proceso globalizado, de allí la importancia de precisar los aspectos relativos a la inversión extranjera, en tanto sean aplicables. La inversión extranjera se encuentra regulada en Venezuela por normas comunitarias y otras de orden nacional.

6.1 Siguiendo con las normas comunitarias, la **Decisión 291 de la Comunidad Andina sobre el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías**,<sup>101</sup> surge como producto del cambio de políticas adoptadas por la comunidad para el tratamiento de las inversiones extranjeras en la subregión, con miras a estimular y promover el flujo de capital y de tecnologías extranjeras hacia las economías andinas. Atendiendo a este postulado, se garantiza a los inversionistas extranjeros los mismos derechos y obligaciones a los que se sujetan los inversionistas nacionales, salvo lo dispuesto en las legislaciones de cada País Miembro.

La Decisión 291 contempla el registro de la inversión extranjera directa o de inversionistas subregionales, que cumpla con las condiciones establecidas en el presente Régimen y en las respectivas legislaciones nacionales de los Países Miembros, ante el organismo nacional competente, que en Venezuela corresponde a la Superintendencia de Inversiones Extranjeras (SIEX).

El Artículo 14 de la norma *in comento* establece que en el registro de contratos sobre transferencia de tecnología externa, marcas o sobre

<sup>101</sup> Decisión 291 de la Comunidad Andina, publicada en *Gaceta Oficial Extraordinario* N° 4.284, de fecha 28 de junio de 1991.

patentes, el País Miembro deberá velar porque no contengan cláusulas que obliguen a pagar regalías a los titulares de las patentes o de las marcas, por patentes o marcas no utilizadas o vencidas, entre otras, que se refieren a las restricciones a la competencia. Seguidamente en el artículo 15 se establece el derecho de cobrar regalías por las contribuciones tecnológicas intangibles.

6.2 Por su parte, esta norma comunitaria viene a complementarse con el Decreto 2.095 correspondiente al **Reglamento del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías**,<sup>102</sup> aprobado por las Decisiones Nos. 291 y 292 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

El Capítulo X, De la Importación de Tecnología y del Uso y Explotación de Patentes y Marcas, expresamente regula que los contratos que proyecten celebrar las empresas **extranjeras, mixtas y nacionales**, así como las personas jurídicas públicas, **sobre importación de tecnología y sobre el uso y la explotación de patentes y marcas**, cualesquiera que sean las modalidades que aquellos adopten, cuando deban surtir efectos en el territorio nacional, independientemente que prevean pago o contraprestación alguna, deberán ser presentados para su registro por ante la SIEX, para lo cual se remitirá a ese organismo, un ejemplar original firmado por las partes, dentro de los sesenta (60) días continuos siguientes a su celebración. Se observa que expresamente se exige la presentación del documento por escrito dentro de los sesenta (60) días siguientes a su celebración. Por tanto, no es un requisito para la existencia del contrato en sí, el cual puede ser celebrado verbalmente y luego vertido por escrito a estos efectos.

Específicamente se someten a este registro, los documentos relativos a los siguientes objetos: a) La concesión del uso o autorización de explotación de marcas y distribución de productos identificados bajo marcas propiedad de extranjeros; b) La concesión del uso o autorización de

<sup>102</sup> Decreto 2.095, publicado en *Gaceta Oficial* N° 34.930, de fecha 25 de marzo de 1992.

explotación de patentes de invención, de mejoras, de modelos y dibujos industriales; c) El suministro de conocimientos técnicos mediante planos, diagramas, modelos, instructivos, instrucciones, formulaciones, especificaciones, formación y capacitación de personal, y otras modalidades; d) La provisión de ingeniería básica o de detalle, para la ejecución de instalaciones, la fabricación de productos y la realización de proyectos industriales y de construcción; e) La asistencia técnica, cualquiera sea la forma y el área empresarial en que se preste; y f) Asesoría en las áreas de administración y de operación de empresas en general.

La SIEX podrá fiscalizar la ejecución de los contratos, para verificar su cumplimiento conforme a lo estipulado en ellos. Siguiendo los lineamientos establecidos en la Decisión 291, hasta tanto no se hayan registrado ante la SIEX los actos, convenios o contratos señalados, quedarán suspendidos los pagos de las contraprestaciones pactadas o sus modificaciones. Igualmente no se permitirán pagos por conceptos de regalías ni otros cánones provenientes del uso de marcas, procedimientos, patentes o modelos industriales, por un período mayor al de la vigencia de los derechos de Propiedad Industrial que otorga la Ley respectiva.

Es importante no olvidar que la obligación de registro establecida en estos términos por el Decreto 2.095, sólo se origina cuando estamos en presencia de una empresa extranjera. En caso contrario, al menos por lo que compete a la SIEX el contrato de las licencias o contratos que contenga disposiciones sobre propiedad industrial o asistencia técnica, no le corresponden.

7. La **Ley de Protección al Consumidor y al Usuario**,<sup>103</sup> tiene por objeto la defensa, protección y salvaguarda de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, su organización, educación, información y orientación; así como establecer los ilícitos y los procedimientos para la aplicación de las sanciones. Atendiendo al objetivo de la norma, debe precisarse si ésta se aplica a las relaciones entre Franquiciante y

<sup>103</sup> Publicada en *Gaceta Oficial* Extraordinario N° 4.898, de fecha 17 de mayo de 1995.

Franquiciado, para lo cual es necesario determinar si el Franquiciado encuadra dentro del concepto de consumidor o usuario. A este fin acudimos a la definición contemplada en la Ley en su artículo 2º donde lee: "se consideran consumidores y usuarios a las personas naturales o jurídicas que, como destinatarios finales, adquieran, usen o disfruten, a título oneroso, bienes o servicios cualquiera sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los produzcan, expidan, faciliten, suministren, presten u ordenen". Consideramos que dadas las características del Contrato de Franquicia, no puede concluirse que el Franquiciado pueda asimilarse a un consumidor o usuario, de forma que la ley no regularía las relaciones entre las partes. Sin embargo, el Franquiciado o el Franquiciante, según sea el caso, pueden equipararse a la definición de Proveedores, para otros efectos de la ley.

Es relevante mencionar que la Ley de Protección al Consumidor establece un conjunto de normas que regulan los contratos de adhesión<sup>104</sup> y que éstas pueden aplicarse de manera analógica a los Contratos de Franquicia, ya que a nuestro mejor saber, sólo la norma *in comento*, regula expresamente este supuesto en nuestro ordenamiento jurídico.

Así bien, en cuanto a los contratos de adhesión, el artículo 19 prevé que serán redactados en términos claros e impresos en caracteres visibles y legibles que faciliten su comprensión por el consumidor. De la redacción de la norma, se evidencia que el contrato de adhesión requiere la escritura, pues no sólo se habla de la redacción, cuyo significado es conforme al DRAE "poner por escrito cosas sucedidas, acordadas o pensadas con anterioridad" (negrillas nuestras), sino que además habla de que los términos deben ser impresos en caracteres visibles y legibles; y sin que haya lugar a dudas, la legibilidad se refiere a la lectura de los caracteres escritos. En este mismo orden de ideas, la ley ordena que cuando se trate de cláusulas que implicaren limitaciones a los derechos

<sup>104</sup> La ley de Protección al Consumidor y al Usuario define el contrato de adhesión en su artículo 18 como aquel "cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios sin que el consumidor pudiera discutir o modificar su contenido. La inserción de otras cláusulas en el contrato no altera la naturaleza descrita de contrato de adhesión".

patrimoniales del consumidor, deberán ser impresas en caracteres destacados, a los fines de permitir su inmediata y fácil comprensión.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 *ejusdem*, la sanción aplicable a las cláusulas que estén redactadas en términos vagos o imprecisos; o no impresas en caracteres legibles, visibles y destacados que faciliten su comprensión, conlleva la nulidad de estas estipulaciones. Pero la ley va más allá y establece en su artículo 103 que serán nulos los contratos de adhesión que contravengan lo establecido en los artículos 18,<sup>105</sup> 19<sup>106</sup> y 20<sup>107</sup> de esta Ley y esta nulidad en ningún caso podrá ser alegada por el proveedor.

Consideramos que estos términos generales pueden aplicarse perfectamente al Contrato de Franquicia, en virtud de lo cual, la escritura sería una formalidad necesaria para su validez, es decir, *ad solemnitatem*, incluso entre las partes.

**7.1 Actualmente existe Anteproyecto de Ley de Protección al Consumidor y al Usuario** presentado por la Comisión Permanente de Administración y Servicios Públicos en fecha 14 de marzo de 2002, que fue aprobado en primera discusión y se encuentra pendiente de su aprobación en segunda discusión en la Asamblea Nacional.

A juicio de la Comisión Ordinaria de Legislación de la Asamblea Nacional, la norma vigente no es un instrumento jurídico apropiado a las necesidades actuales, por lo que la modificación de la Ley obedece a los cambios de la realidad económica del país.

<sup>105</sup> El artículo 18 contiene la definición del contrato de adhesión, por lo que evidentemente hay un error en el enunciado del artículo 103, puesto que no hay forma de incumplirlo.

<sup>106</sup> El artículo 19 reza: "Los contratos de adhesión serán redactados en términos claros e impresos en caracteres visibles y legibles que faciliten su comprensión por el consumidor".

<sup>107</sup> El artículo 20 lee: "Las cláusulas que en los contratos de adhesión implicaren limitaciones a los derechos patrimoniales del consumidor, deberán ser impresas en caracteres destacados, que faciliten su inmediata y fácil comprensión".

El Proyecto dispone un Título especial para la Protección Contractual en el cual se regula el Contrato de Adhesión. Inicia el articulado con la definición del contrato de adhesión,<sup>108</sup> la cual se mantiene de la actual Ley.

En cuanto a la claridad del contrato, el anteproyecto repite la necesidad de que se haga con: caracteres legibles y de manera impresa. Se añade la novedad de que el contrato puede proporcionarse de forma impresa o a través de la utilización de medios electrónicos. Igualmente se añade que el contrato deberá ser redactado en idioma castellano.

En cuanto a la copia impresa o electrónica que deberá entregarse a los consumidores, se establece la obligación de hacerlo con anticipación a la fecha prevista para su otorgamiento. No se señala con cuánta anticipación debe cumplirse con esta obligación. En términos generales creemos que la disposición es imprecisa y subjetiva, ya que parece circunscribir el contrato de adhesión a sólo determinadas operaciones en las cuales la parte adherente revisa las condiciones con cierta anticipación. Somos de la opinión que a través de la forma del contrato de adhesión pueden concretizarse negocios disímiles y esta disposición podría limitar o restringir el uso de esta figura.

El artículo 86 recoge el principio sobre la interpretación del contrato del modo más favorable al usuario o consumidor, quien es la parte débil de la contratación y cuya manifestación de voluntad es la que se ve dismuida a aceptar o no, el contrato.

Con respecto a las cláusulas viciadas de nulidad en los contratos de adhesión, se amplían los supuestos contenidos en la Ley actual. Sin embargo, consideramos que algunas de las menciones son innecesarias por estar contenidas en otras normas vigentes.

Finalmente por lo que respecta a la nulidad del contrato, el artículo 125 establece la nulidad de los contratos de adhesión que contraríen lo dispuesto en la Ley. Esta nulidad será declarada por el Instituto para la

<sup>108</sup> Artículo 81.

Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), mediante decisión motivada y en ningún caso la nulidad podrá ser alegada por el Proveedor. Al referirse a los contratos de adhesión el legislador no hace distinción entre ellos, por lo que aplicaría a cualquier tipo de contrato de adhesión, más aun, cuando la única norma que regula este tipo es la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario.

Observamos a este respecto que podría suscitarse un conflicto de jurisdicción entre los órganos judiciales y el INDECU, ya que no haciendo distinción la norma, cualquier contrato de adhesión podría ser declarado nulo por esta autoridad. Somos del criterio que la autoridad competente para declarar la nulidad no debería ser otra que los órganos jurisdiccionales o bien los tribunales arbitrales, si es que existiese compromiso arbitral entre las partes.

En nuestra experiencia, esta ambigüedad que se presenta también en la Ley de Procompetencia ha generado conflictos de jurisdicción, que en definitiva perjudican, no sólo al Estado, por la multiplicidad de casos que pueden interponerse, sino evidentemente a las partes, que al ejercer su derecho ante un órgano, podrían ser llamadas nuevamente a comparecer ante otro.

En cuanto a los supuestos de hecho de la norma sobre los contratos de adhesión, algunos artículos se han vuelto más casuísticos, por lo que resultan poco flexibles, incluso para los casos que se plantean en materia de Protección al Consumidor. No obstante, consideramos, que las modificaciones propuestas, siguen manteniendo la necesidad de la escritura de los contratos para su validez. De allí que de promulgarse este cuerpo legal, en la forma en que ha sido aprobado en su primera discusión, rigen nuestros comentarios a la ley actual. Incluso se ven reforzados por la necesidad de entregar copia de los documentos antes del otorgamiento del contrato, para su lectura o información.

8. En cuanto a la **Ley de Arbitraje Comercial**,<sup>109</sup> creemos necesario incluirla, no sólo por la tendencia nacional e internacional al uso de me-

<sup>109</sup> Ley de Arbitraje Comercial, publicada en Gaceta Oficial N° 36.430, de fecha 7 de abril de 1998.

dios alternativos de solución de conflictos en todos los ámbitos, sino porque en la práctica hemos observado la inclusión de la cláusula arbitral en los Contratos de Franquicia.

Por la naturaleza misma del contrato y de las materias que regula, somos de la opinión de que no existen argumentos jurídicos que impidan la utilización del arbitraje como medio escogido por las partes para la resolución de las disputas que pudieran generarse entre ellas.

Dentro de las notas resaltantes o características de la institución arbitral encontramos la necesidad de que las partes manifiesten su "decisión inequívoca de someter el conflicto a la decisión de uno o varios árbitros. Ante esta situación debe tomarse en consideración que esta decisión, según lo establecido en la Ley de Arbitraje Comercial, deberá constar por escrito y será excluyente de la jurisdicción ordinaria".<sup>100</sup> En consecuencia, no debe olvidarse que el Contrato de Franquicia es un contrato de adhesión, donde la parte dominante, Franquiciante, establece las estipulaciones o condiciones del contrato, sin que el Franquiciado tenga la posibilidad de modificarlo y su voluntad sólo se extenderá a aceptar o no.

A este respecto la Ley de Arbitraje Comercial en su Artículo 6° establece que "En los Contratos de Adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente". Cuando se dice que debe ser en forma expresa, se requiere adicionalmente que sea por escrito y cuando la norma indica que debe ser de forma independiente al contrato de adhesión, es porque el legislador ha querido garantizar que la voluntad de la parte adherente no sea viciada por la posición dominante.

Estimamos que la nulidad de la cláusula sólo podrá ser alegada por el Franquiciado, como parte débil en la relación y cuya voluntad puede haberse visto afectada o viciada por las imposiciones hechas por el Fran-

<sup>100</sup> NÚÑEZ G., Raquel. *El Arbitraje en el Contrato de Arrendamiento*. p. 832.

quiciante. En el caso que se declare la nulidad de la cláusula arbitral por encontrarse incluida en el contrato, la nulidad sólo afectará la validez de ésta, quedando vigente el resto de las disposiciones contractuales.

**9. Código de Ética de la Cámara Venezolana de Franquicias (Profranquicias):** Si bien no es una ley desde el punto de vista material, creemos relevante incluirla porque sirve de base para la regulación del Contrato de Franquicia en nuestro ordenamiento jurídico. Fue elaborado por la Cámara siguiendo los postulados del Código propuesto por la Asociación Europea de Franquicias, entrando en vigencia a partir del 1° de enero de 1999 y siendo vinculante para los miembros de Profranquicias. Dentro de los aspectos resaltantes encontramos que en su artículo 3.3 expresamente lee "de la firma de cualquier Contrato de Franquicia". Hemos observado que generalmente se asume que el contrato se hará por escrito, nuevamente esta disposición enfatiza este criterio y siendo una normativa orientadora, nos inclinamos por pensar que requiere que el Contrato de Franquicia se realice por escrito, a fin de poder cumplir con el carácter informativo. En apoyo de esta afirmación, el Código en su artículo 5° habla de los puntos esenciales que debe contener el contrato y la necesidad de que no existan ambigüedades en las obligaciones ni las condiciones relevantes para la relación de Franquicia.

## Capítulo VIII

### El Contrato de Franquicia en el Derecho Comparado

#### 1. América

**1.1 Canadá:** no cuenta con leyes federales en materia de Franquicia, sin embargo, las provincias han dictado regulaciones locales. La Asociación de Franquicias de Canadá (*Canadian Franchise Association CFA*) nos informó que no existe la obligación de registrar el contrato. En cuanto a las normas específicas de cada provincia, por lo que se refiere a Alberta, a la fecha presenta tres normas sobre Franquicias, las cuales se encuentran orientadas a la obligación de suministrar información precontractual, a nuestro mejor saber, estas disposiciones son: *Alberta Franchise Act (RSA 2000, Chapter F-23)*<sup>111</sup> que sustituyó el *Franchise Act RSA 1980 cF-17*, la *Alberta Franchise Regulations (240/95)*,<sup>112</sup> y la *Alberta Franchise Exemption Regulation (312/*

<sup>111</sup> Para consultar texto visitar página web [www.cfa.ca.com/legal.htm](http://www.cfa.ca.com/legal.htm)

<sup>112</sup> Ver texto visitar página web [www.cfa.ca.com/legal.htm](http://www.cfa.ca.com/legal.htm)

2000).<sup>113</sup> Básicamente estas disposiciones tratan sobre la necesidad de la entrega de documentos con la información comercial, financiera y legal necesaria para que el posible Franquiciado tome una decisión informada. Reiteradamente utiliza la palabra documentos, por lo que se requiere la escritura de éstos, así mismo expresamente requiere se suministren las copias del acuerdo de Franquicia, así como cualquier modificación.

La provincia de Ontario regula la materia con la *Franchise Disclosure Regulations*.<sup>114</sup> Como su propio nombre lo indica establece la obligatoriedad del suministro de información precontractual, definiendo sus parámetros. El artículo 5º estipula que debe entregarse un "disclosure document" al posible Franquiciado y expresamente señala que este documento debe contener copias del documento de Franquicia (5.4.c).

Es importante destacar que en estas normas de obligatorio cumplimiento, la tendencia a la escrituración del contrato y a que el acuerdo debe entregarse al posible Franquiciado por escrito, así como sus modificaciones.

Por su parte la CFA ha elaborado un Código Deontológico, el cual fue revisado el 22 de abril de 2001 y es vinculante para sus miembros. Entre estas regulaciones, resalta lo dispuesto en el artículo 3º donde se requiere que "todos los aspectos relevantes de la relación de Franquicia deben estar contenidos en uno o más contratos escritos, los cuales deben establecer los términos de la relación y sus respectivos derechos y obligaciones de las partes".

**1.2 Estados Unidos de América:** por tratarse de un estado federal, existen ciertas normas de obligatoria aplicación en todo el territorio, así como dispositivos legales exclusivos de cada Estado.

En cuanto a las regulaciones federales, la *Franchise Rule*, técnicamente *Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Fran-*

<sup>113</sup> Para consultar texto visitar página web [www.cfa.ca/legal.htm](http://www.cfa.ca/legal.htm)

<sup>114</sup> Para consultar texto visitar página web [www.cfa.ca/legal.htm](http://www.cfa.ca/legal.htm)

*chising and Business Opportunity Ventures Rules*, de fecha 21 de octubre de 1979, reformada en 1986, regula lo referente al suministro de información precontractual en los contratos de Franquicia. Establece la norma que es obligatorio suministrar la información por escrito, con por lo menos diez (10) días de antelación a la firma del contrato, la cual debe incluir no sólo la referente al negocio en sí, sino que el Franquiciante está obligado a entregar una copia del contrato tipo y una copia del contrato definitivo con por lo menos cinco (5) días hábiles antes de su firma. Se observa el requerimiento de la escritura, tanto para la información comercial como para las regulaciones legales que regirán la relación.

Como característica particular de la norma tenemos que su infracción sólo puede ser denunciada por la *Federal Trade Commission (FTC)* y no por los particulares. Las leyes aprobadas por los Estados en esta materia, permiten que los particulares directamente accionen por la violación o infracción de las normas. MARZORATI<sup>115</sup> considera que dado los puntos que trata la ley federal norteamericana, lo que verdaderamente hace es regular la oferta pública de Franquicias.

La ley federal se ocupa de establecer los parámetros mínimos que deben ser cumplidos por el Franquiciante, permitiendo a los Estados establecer protección adicional y regular otros aspectos sustanciales del contrato.

Al menos quince (15) Estados han adoptado normas similares a la regulación federal y diecisiete (17) exigen el registro de los contratos de Franquicia. Llama especialmente la atención que la *Franchise Rule* excluye expresamente de su regulación a aquellos contratos de Franquicia donde no haya un material escrito que revele los términos de la relación entre otros.

**1.3 México:** se trata de un contrato atípico cuya relación de derecho privado no está regulada en el ordenamiento jurídico. En consecuencia se rige por las disposiciones de derecho común y las normas especiales

<sup>115</sup> MARZORATI. *Opus cit.* p. 141.

sobre protección al consumidor; la Ley de Inversiones Extranjeras, cuando se trate de Franquiciantes no nacionales; las normas sobre competencia económica; propiedad intelectual y el tratado de libre comercio, entre otras. ARCE<sup>116</sup> al referirse a la forma del Contrato de Franquicia en la legislación mexicana señala que, por ser un contrato atípico, la ley no prevé una forma especial. Ahora bien, por cuanto en México, en virtud de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Intelectual,<sup>117</sup> se considera un elemento esencial de la Franquicia la licencia de marca y este acto requiere para su validez frente a terceros, de su registro ante la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. Necesariamente, el medio para inscribir el contrato es que se celebre por escrito. En virtud de este planteamiento debe concluirse que en México se requiere de la escritura como una formalidad *ad solemnitatem* frente a terceros, mas no frente a las partes, ante las cuales el contrato se perfeccionaría con el solo consentimiento.

**1.4 Brasil:** es uno de los pocos países que cuenta con una ley especial para las Franquicias, es la Ley 8955/94, la cual fue aprobada el 16 de diciembre de 1994. La legislación se encuentra inspirada en las normas existentes en Estados Unidos y en Francia, y tiene como punto central la obligación del Franquiciante de revelación de información antes del acuerdo definitivo a través de la Circular de Oferta de Franquicia.

La ley de forma expresa establece en su artículo 6<sup>o</sup><sup>118</sup> que los contratos de Franquicia deben ser por escritos firmados en presencia de dos testigos, sin que para su validez requieran de su otorgamiento ante Notario ni otro funcionario público. De la redacción de la norma parece inferirse que la formalidad de la escritura sería *ad solemnitatem*. La ley concedió

<sup>116</sup> ARCE, Javier. *El Contrato de Franquicia*. Editorial Themis. 2ª reimpresión a la cuarta edición. México. 2001. p. 53.

<sup>117</sup> Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Intelectual de fecha 27 de junio de 1991.

<sup>118</sup> Art. 6 - The franchise agreement must always be signed in the presence of two (2) witnesses and shall be valid independently of being registered before a public notary's office or a public agency.

una *vacatio legis* de sesenta (60) días desde su entrada en vigencia, a partir de lo cual, los contratos que se hubiesen celebrado verbalmente deberán cumplir con este requisito. Esta formalidad es sobrevenida para los que ya existieren, mientras que será necesaria para su nacimiento, para los que se celebren con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley.

La Asociación Brasileira de Franquicias (ABF) ha elaborado un Código Deontológico, como guía de conducta de sus miembros, fundamentado en la buena fe, el respeto a las leyes y al Código de Auto-reglamentación de la ABF. Como todo Código Deontológico queda en cabeza del miembro su actuación acorde a los principios en él contenidos.

El Código de Auto-reglamentación de la ABF, consagra las obligaciones esenciales de los Franquiciados y Franquiciantes, así como expresamente establece los puntos que debe contener el Contrato de Franquicia, reconociendo expresamente en su artículo 13 el carácter formal del contrato y la necesidad de que sea por escrito en presencia de dos testigos. El incumplimiento de las disposiciones establecidas por esta normativa interna acarreará sanciones para sus miembros, independientemente de los efectos o consecuencias jurídicas que se deriven del incumplimiento de normas que se encuentran expresamente reguladas por la ley de la materia.

Un reciente artículo aparecido en Internacional Law Office,<sup>119</sup> publicación electrónica de fecha 11 de marzo de 2003, elaborado por Trench Rossi e Watanabe Advogados, sostiene que la modificación del Código Civil, particularmente el artículo 157, que regula las relaciones donde una de las partes por su inexperiencia contrae obligaciones desproporcionadas a la obligación asumida por la otra parte. Ante este desequilibrio, la norma dispone que el contrato pudiera ser resuelto salvo que exista una compensación o una reducción de la contraprestación. Señalan los autores que la aplicación de esta disposición debe ser cuidadosa, ya que podría ser alegada por los Franquiciados como una causal de terminación anticipada en los casos en que el negocio no sea lo rentable

<sup>119</sup> <http://www.internacionallawoffice.com>

que ellos esperaban. Es obvio, que en la mayoría de los casos, los Franquiciados que incursionan en el negocio por primera vez, carecen de la experiencia y es en virtud de ello que buscan a un tercero para que los oriente y puedan reproducir su experiencia.

**1.5 Argentina:** Al igual que muchos otros países Argentina carece de una legislación particular. El Contrato de Franquicia se ve regido por el derecho común, aplicando las leyes especiales en materia de competencia, tributación, propiedad industrial, laborales y cambiarias, entre otras, así como todas aquellas que incidan en las múltiples disciplinas jurídicas que se vinculan al contrato. Es de resaltar que la legislación argentina requiere el registro de todo contrato en el que se utilicen elementos de propiedad industrial que provengan de personas no residentes, por lo que el registro del Contrato de Franquicia será obligatorio en estos casos.<sup>120</sup>

La Asociación de Franquicias Argentina ha establecido un Código Deontológico, mediante el cual se regula la actuación de sus asociados. El Código señala como formalidad previa a la venta de una Franquicia que se suministre un documento por escrito que contenga la información considerada esencial para la Franquicia, la cual estará a disposición de los interesados en firme, con antelación suficiente a la ejecución de un documento vinculante.

En referencia a los contratos, expresamente requiere que las cuestiones fundamentales para la relación de la Franquicia deberán estar contenidas en uno o más acuerdos escritos, que establecerán claramente para ambas partes los términos de la relación y los derechos y obligaciones de los firmantes. Los cuales deben ser realizados en lenguaje claro y comprensible al Franquiciado y que no debe hacerse remisión a documentos que el Franquiciado no declare reconocer.

<sup>120</sup> Regula la materia la ley 22.426 de transferencia de tecnología.

## 2. Europa

**2.1 Unión Europea:** Los aspectos legales del Contrato de Franquicia en Europa<sup>121</sup> son bastante homogéneos, en virtud de la adopción del Código Deontológico Europeo. A los fines de reconocer si efectivamente nos encontramos ante un verdadero Contrato de Franquicia, conforme a sus parámetros, el acuerdo debe contener tres elementos fundamentales: el derecho para el uso de la marca que identifica el negocio, asociada a un conjunto de servicios o productos, el *know how* y la asistencia al Franquiciado. Sobre la base de estos tres aspectos fundamentales el Franquiciante podrá añadir las cláusulas que estime necesarias para garantizar la aplicación del concepto.

En la Unión Europea el acuerdo de Franquicia no se encuentra atado a una regulación específica, sino al derecho común, en consecuencia, los contratos de Franquicia deben respetar las leyes Comunitarias y las Nacionales, entre éstas las de protección al consumidor, de competencia, de derecho laboral y tributos entre otras. Esto permite que el Franquiciante goce de libertad para adaptar el contrato a los propios requerimientos de su negocio. Es en virtud de esta ausencia de normativa específica o particular al Contrato de Franquicia y el rechazo que existe en esta actividad a la creación de una normativa que lo regule, que se decidió crear el Código Deontológico en 1975, el cual ha sido modificado para adaptarlo a las nuevas realidades en el año 1992.

Se ha señalado que el Código no sólo permite dar uniformidad al Contrato de Franquicia, sino que además ha permitido defender su particularidad y diferenciación frente a los contratos de distribución. La flexibilidad del Código Deontológico Europeo es tal, que cada país puede adaptarlo a sus necesidades.

<sup>121</sup> Los países miembros de la Unión Europea son: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Portugal, el Reino de los Países Bajos y el Reino Unido.

El Código de 1992, incluye un *addendum* para cada país, que ha sido desarrollado por la Asociación de Franquicia nacional de cada uno de ellos, de forma tal de clarificar los aspectos específicos de cada país. El contenido del código, va desde una definición del Contrato de Franquicia, pasando por establecer las obligaciones básicas de las partes, y las cláusulas mínimas que debe contener el contrato, hasta la selección de los Franquiciados, la publicidad y la revelación de información precontractual.

Específicamente el Código Deontológico Europeo en su artículo 5º señala la necesidad de que el contrato sea redactado o traducido por un Traductor Jurado en la lengua oficial del país en el que el Franquiciado esté establecido; las copias del contrato firmado se remitirán inmediatamente al Franquiciado.

Se dice que luego del caso Pronuptia,<sup>122</sup> el marco de regulación de la Franquicia europea quedó establecido. En atención a este caso y otros similares, la Comisión Europea en Bruselas acordó crear *The Block Exemption Regulation* que estuvo en vigencia desde febrero de 1988 hasta diciembre de 2000, cuando fue sustituida. Esta normativa velaba por la protección del interés de los consumidores, orientado no sólo a un menor precio sino también a una mejor calidad de los productos.

La *European Block Exemption on Vertical Restraints*, fue adoptada en diciembre de 1999 y entró en vigencia el 1º de junio de 2000. La regulación no es específica para Franquicias, sino que se aplica a todos los sectores donde existan acuerdos verticales. Las principales disposiciones aplicables a las Franquicias versan sobre precios, distribución exclusiva, territorio exclusivo y la obligación de no competencia a la terminación del acuerdo. Con respecto a los precios, la novedad que se

<sup>122</sup> El caso Pronuptia decidido por la Corte Europea de Justicia de Luxemburgo en enero de 1986, fue el primer reconocimiento oficial a nivel europeo del "Contrato de Franquicia" con identidad propia. La sentencia estableció varias máximas: a) que las cláusulas de no competencia y del carácter *intuitu personae* son válidas siempre y cuando se requieran para proteger el *know how*; b) las cláusulas de exclusividad son válidas cuando sean necesarias para proteger la identidad y reputación de la red; c) la Corte igualmente enumeró las cláusulas que nunca podían ser válidas, incluyendo entre ellas la imposición de un precio mínimo de venta al público.

incluye es la posibilidad de fijar precios máximos de venta, así como la autorización de sugerir precios.

**2.1.1 Austria:** El marco jurídico de la Franquicia en Austria sigue las disposiciones de la Unión Europea, especialmente las normas antimonopolio o de competencia. Como carácter especial las empresas de Franquicias que operen en Austria deben registrarse ante la Corte Antimonopolio (*Antitrust Court*). La falta de registro no implica la nulidad del acuerdo, mas da lugar a una multa considerable.

En cuanto a la Ley de Comercio de Austria (*Austrian Business Law*), establece que la mayoría de las actividades comerciales se encuentran reguladas, de allí la necesidad de obtener una Licencia Comercial (*Gewerbeschein*). Evidencia de la aptitud (*proficiency*) debe presentarse antes de la obtención de la licencia. Según el negocio del que se trate puede requerirse que el solicitante tome un entrenamiento y pase un examen, además de demostrar experiencia en el campo del que se trate. El procedimiento para la obtención de todos los permisos necesarios puede tomar hasta seis (6) meses.

**2.1.2 Bélgica:** como miembro de la Unión Europea, se rige por las Normas Comunitarias y las Normas Nacionales. Al momento de la elaboración de este estudio no existe ley especial sobre la materia. Aun cuando se permite la forma verbal o escrita del contrato, en la práctica sólo se han presentado contratos escritos. En principio, no existe obligación de registrar el contrato.

**2.1.3 Francia:** Por lo que respecta a Francia, la última modificación del *addendum* al Código Deontológico fue realizada en septiembre de 1998 y trata de definir la responsabilidad del Franquiciado y del posible Franquiciado. Así bien, se establece que "como responsable por la identidad y reputación de la red, el Franquiciante hará un esfuerzo proporcional a sus posibilidades y propósitos, cuando la actividad de la red requiera un pre-pago total o parcial por parte de consumidor, para llamar la atención del Franquiciado sobre la necesidad de garantizar al consumidor, bien por su propia solvencia o por su solidez, una garantía bancaria o de cualquier otro tipo" (*addendum* 13-3).

Francia al igual que España ha adoptado disposiciones para regular los tratos preliminares de forma que el futuro Franquiciado no sea sorprendido o caiga en error al momento de la contratación. A estos fines La Ley Doubin,<sup>123</sup> aprobada en diciembre de 1989, no busca regular las relaciones contractuales entre las partes, ya que para ello existe la ley de los contratos comerciales y las otras normas que sean aplicables, su finalidad es brindar protección al futuro Franquiciado que carece de experiencia, mediante la exigencia al Franquiciante de que suministre la información necesaria para que el futuro Franquiciado pueda tomar una decisión con conocimiento de causa.

La Ley Doubin establece que, cuando previo a la firma del Contrato de Franquicia se exija cualquier cantidad de dinero a un inversor, especialmente para la reserva de una zona, las prestaciones aseguradas en contrapartida de esta suma deben ser precisadas por escrito, así como las obligaciones recíprocas que asumirán las partes. Se observa que la ley habla de la firma del contrato, por lo que implícitamente se entiende que se requiere que el Contrato de Franquicia sea por escrito. Así mismo, en caso de que se entreguen arras para la reserva de la zona, se requiere expresamente que conste por escrito la operación y las obligaciones recíprocas que asumen las partes.

En abril de 1991, mediante el Decreto 91-337, se dictó el Decreto de Aplicación de la Ley Doubin,<sup>124</sup> en el cual se precisan las informaciones que el Franquiciante debe proporcionar al Franquiciado. En repetidas oportunidades, la ley hace mención al "documento" que debe contener esta información, así como a la necesidad de que sea entregado al posible Franquiciado entre veinte (20) días y un (1) mes antes de la "firma del contrato". De allí que podamos establecer, que la norma, aun cuando no lo dice textualmente, requiere no sólo la escritura de la información relevante, de lo contrario no podría hablarse de documentos, sino que además habla de la firma del contrato, no de su celebración, por lo

<sup>123</sup> Para consultar texto visitar página web [www.cfa.ca.com/legal.htm](http://www.cfa.ca.com/legal.htm)

<sup>124</sup> Para consultar texto visitar página web [www.cfa.ca.com/legal.htm](http://www.cfa.ca.com/legal.htm)

que en nuestro criterio, la ley francesa recoge la necesidad de la escritura del acuerdo precontractual, así como del contrato definitivo.

**2.1.4 España:** en primer orden se encuentra ceñida a las normativas comunitarias sobre esta materia. En cuanto a las disposiciones nacionales relevantes la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, en su artículo 62 regula el régimen de Franquicia. Establece la norma que las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en España la actividad de Franquiciantes, estarán obligadas a inscribirse, en su caso, en el Registro que pueden establecer las Administraciones competentes. Así mismo, la ley señala la información que el Franquiciante deberá entregar al futuro Franquiciado para que pueda decidir, libremente y con conocimiento de causa, su incorporación a la red de Franquicia. Finalmente dispone la norma que las condiciones básicas para la actividad de cesión de Franquicias, será establecida de manera reglamentaria.

El Real Decreto 2485/1998,<sup>125</sup> de fecha 13 de noviembre y publicado en BOE N° 283 del jueves 26 noviembre de 1998, desarrolla el contenido programático del artículo 62, para lo cual se crea un Registro Nacional que garantiza la centralización de los datos relativos a los Franquiciantes que operen en más de una Comunidad Autónoma, a los efectos de información y publicidad; y, a este fin, se fijan las directrices técnicas y de coordinación entre los registros similares que pueden establecer las Comunidades Autónomas.

Con respecto a la Información precontractual al potencial Franquiciado, el Real Decreto, requiere una antelación mínima de veinte (20) días a la firma del contrato o precontrato de Franquicia o a la entrega por parte del futuro Franquiciado al Franquiciante de cualquier pago, el Franquiciante o Franquiciado principal **deberá dar por escrito** al potencial Franquiciado información veraz y no engañosa, sobre los puntos que especialmente contiene la Ley.

<sup>125</sup> Para consultar texto visitar página web [www.franquiciadores.com](http://www.franquiciadores.com)

Otras normas que son relevantes en materia de Franquicia son la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989); la Ley de Patentes (Ley 11/1986 de 20 de marzo); Ley de Marcas (Ley 32/1988 de 10 de noviembre); Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991 de 10 de enero); y Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984 del de julio).

**2.1.5 Reino Unido:** El Reino Unido hasta la fecha ha preferido no legislar sobre esta materia y dejarlo a la libertad contractual y su sometimiento a las normas de derecho común sobre contrataciones y asunción de obligaciones. La Asociación Británica de Franquicias señala que no existe necesidad de registrar el contrato.

**2.1.6 Dinamarca:** A la fecha no tiene ley que regule de forma expresa el Contrato de Franquicia, por lo que se rigen por las disposiciones generales de la Ley. La Asociación Danesa de Franquicias, nos informó que no existe regulación que obligue al registro del contrato, no obstante ante nuestra pregunta de si el acuerdo de franquicia puede ser verbal o debe ser escrito, fueron enfáticos en que debe ser por escrito, al parecer a los fines probatorios, adicionalmente se requiere el contrato por escrito para formar parte de la Asociación. Finalmente a nuestra inquietud sobre la necesidad del cumplimiento de ciertas formalidades para su validez, nos remiten a la aplicación del Derecho Común.

**2.2 Suecia:** al no contar con ley especial en materia de franquicias, se rige por las directrices normativas de la Unión Europea y por las normas nacionales que puedan ser aplicables. La Asociación Sueca de Franquicias señala que el contrato debe constar por escrito y que existen ciertos aspectos o cláusulas que éste debe contener.

**2.3 Suiza:** a pesar del gran desarrollo que ha tenido el formato del negocio de franquicia en este país, no existe regulación específica, adoptando un marco legal más abierto sobre la materia. A diferencia de otros países europeos, no exige de forma expresa revelar información suficiente durante los tratos preliminares, para que el posible Franquiciado tome una decisión informada. No obstante, consideran que esto se encuentra cubierto por el principio de la buena fe en la contratación. Así mismo, carece de requisitos de registro.

Bajo el marco legal del ordenamiento jurídico general, se nutre especialmente de las disposiciones contenidas en el Código Civil, el Código de Obligaciones, así como las normas de competencia desleal, marcas y antimonopolio.

**2.4 Hungría:** Hungría es uno de los miembros asociados a la Unión Europea. En virtud de esta situación las normas de franquicia que se han dictado se encuentran de conformidad con la legislación de la Unión Europea. Existe a la fecha sólo una norma que expresamente regula la franquicia en el marco de la Legislación de Competencia denominada *Hungarian Franchise Block Exemption Regulation (BER)*.<sup>126</sup>

La BER no regula el Contrato de Franquicia en sí, sino más bien su relación con terceros, dentro del marco del derecho de la competencia.

Por su parte la Asociación Húngara de Franquicias (*Hungarian Franchise Association*) se rige por el reglamento de asociación de sus miembros, así como por el Código de la Federación Europea de Franquicias.

De la información obtenida, no encontramos evidencia de que se requiera la escrituración del contrato.

### 3. ASIA

**3.1 Singapur:** No existe legislación especial en materia de franquicias, por lo que estas negociaciones se rigen por las normas comerciales de Singapur. No obstante, la Asociación de Franquicias y Licencias de este país (*Franchising and Licensing Association, Singapore*) nos informó que la forma escrita es la comúnmente adoptada por las partes.

**3.2 Hong Kong (China):** Tienen un Código Deontológico<sup>127</sup> que expresamente requiere la revelación de información antes de la celebración del acuerdo, a fin de que el Franquiciado pueda tomar una decisión

<sup>126</sup> Para consultar texto visitar página web [www.franchise.hu](http://www.franchise.hu)

<sup>127</sup> Para consultar texto visitar página web [www.franchise.org.hk](http://www.franchise.org.hk)

informada. Igualmente hace énfasis en que la información previa debe ser transmitida **por escrito** al Franquiciado.

#### 4. Oceanía

**4.1 Australia:** el primer intento por legislar en materia de franquicia se dio en 1986, con una fuerte oposición de los sectores involucrados. Años después el Ministro para Pequeños Negocios y Aduanas designó una comisión para examinar y proponer mecanismos para reducir las barreras en el crecimiento del sector franquicia. Resultados de este trabajo fue el *Franchising Code of Practice*, una norma de aplicación voluntaria, la cual abarca varios aspectos, desde la divulgación de información precontractual hasta la resolución alternativa de disputas, entre otros. Es importante destacar que el Código no se aplicaba para los contratos de Franquicias Master que se celebren entre un Franquiciante Extranjero y un Franquiciado Master local. En 1994 se realizó un estudio para determinar cómo se había aplicado, llegándose a la conclusión de que al no ser vinculante, las disposiciones en ella recogidas no habían sido adoptadas de forma masiva como se esperaba. En consecuencia, en 1998 se estableció una norma de aplicación obligatoria, denominada *Franchising Code of Conduct*, donde los aspectos más relevantes tienen que ver con la revelación de información y están basados en el *Code of Practice*. El *Franchising Code of Conduct* trae una definición de franquicia en su cláusula 4(1),<sup>128</sup> la cual se considera

<sup>128</sup> "A franchise agreement is an agreement:

(a) that takes the form, in whole or part, of any of the following:

(i) a written agreement;  
(ii) an oral agreement;  
(iii) an implied agreement; and

(b) in which a person (*the franchisor*) grants to another person (*the franchisee*) the right to carry on the business of offering, supplying or distributing goods or services in Australia under a system or marketing plan substantially determined, controlled or suggested by the franchisor or an associate of the franchisor; and

(c) under which the operation of the business will be substantially or materially associated with a trade mark, advertising or a commercial symbol:

(i) owned, used or licensed by the franchisor or an associate of the franchisor; or  
(ii) specified by the franchisor or an associate of the franchisor; and

fundamental para la implementación del Código. A los efectos de nuestro estudio, es de especial relevancia que de forma expresa se señala que el acuerdo de franquicia puede tomar la forma escrita, verbal o ser un acuerdo implícito.

A nuestro mejor saber, el Código fue modificado en el año 2001 y esta reforma entró en vigencia el 1° de octubre de 2001. La reforma no sólo amplía los requerimientos de la información precontractual, sino que además requiere que se proporcione al Franquiciado la información que sea relevante para operar la Franquicia. Dentro de las innovaciones introducidas se encuentra la posibilidad de dar cumplimiento a estas obligaciones de proporcionar información por escrito, vía electrónica. No obstante, es importante resaltar que esto no minimiza la necesidad del acuse de recibo de la información, por el contrario se advierte a los Franquiciantes que este sistema podría tener desventajas con respecto a la protección de la información confidencial, así como del seguimiento de la recepción de los documentos entre otros.

**5. La Ley Modelo de UNIDROIT:**<sup>129</sup> El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), ha diseñado la Ley Modelo como un instrumento para fomentar el desarrollo de la Franquicia como un vehículo para realizar negocios. Las nuevas tendencias, han llevado no a la adopción de convenciones internacionales, que sue-

(d) under which, before starting business or continuing the business, the franchisee must pay or agree to pay to the franchisor or an associate of the franchisor an amount including, for example:

(i) an initial capital investment fee; or  
(ii) a payment for goods or services; or  
(iii) a fee based on a percentage of gross or net income whether or not called a royalty or franchise service fee; or  
(iv) a training fee or training school fee;  
but excluding:

(v) payment for goods or services at or below their wholesale price; or  
(vi) repayment by the franchisee of a loan from the franchisor; or  
(vii) payment for the wholesale price of goods taken on consignment; or  
(viii) payment of market value for purchase or lease of real property, fixtures, equipment or supplies needed to start business or to continue business under the franchise agreement".

<sup>129</sup> Texto reproducido en el Anexo B.

len ser más rígidas, sino a la elaboración de Leyes Modelos que puedan ser modificadas y ajustadas conforme a las necesidades y a la legislación nacional del Estado que las adopte, facilitando la incorporación de soluciones que han sido elaboradas por expertos en la materia y luego de estudios internacionales de la materia. La Ley Modelo centra su atención en el aspecto de la revelación de información, exigiendo expresamente la forma escrita para suministrarla y que esté contenida en un solo documento. Así mismo, requiere se comuniquen aspectos relevantes del contrato de franquicia como condiciones y términos para la renovación del contrato, los derechos conferidos y condiciones para la terminación del acuerdo, entre otros.

## Conclusiones

Una vez como hemos analizado los aspectos relevantes del Contrato de Franquicia a la luz de la legislación vigente en nuestro ordenamiento jurídico podemos concluir que:

1. El Contrato de Franquicia es aquel en virtud del cual una de las partes denominada Franquiciante le confiere a otra denominada Franquiciado, en atención a sus cualidades y características, el deber y el derecho de reproducir un concepto de negocio que ha comprobado ser exitoso o que las partes consideran que puede serlo, bajo un mismo método y una imagen uniforme, por su cuenta y riesgo, sin que exista relación de dependencia o subordinación entre las partes de tipo laboral, a cambio de contraprestaciones directas o indirectas para el Franquiciante.
2. En el ordenamiento jurídico venezolano el contrato es atípico o inominado, ya que no se encuentra regulado de forma específica, siendo el resultado de la conjunción de los factores sociales, económicos y jurídicos, por lo que ha venido perfilando sus caracteres dentro de esta libertad contractual, fuertemente influenciado por las prácticas adoptadas en países como los Estados Unidos de América.
3. Como elementos personales del contrato se mencionan a las partes intervinientes, denominadas Franquiciante y Franquiciado o Franquiciador y Franquiciado, entre otros. Respecto a ellas es importante establecer los parámetros de formación del consentimiento.

En cuanto al consentimiento, consideramos que para su formación válida, es necesario el conocimiento pleno del modelo de negocio y de las obligaciones que se asumen, para garantizar la uniformidad del sistema. Difícilmente se puede llegar a este conocimiento de forma verbal, por lo que se recomienda la escritura de esta información.

La tendencia internacional es establecer la obligatoriedad de proporcionar al posible Franquiciado la información que requiere para conocer este y otros aspectos. Generalmente en el Derecho Comparado se pide que se entregue una copia del Contrato de Franquicia y otros documentos con información legal y financiera del negocio al futuro Franquiciado. Esta información se debe entregar por escrito. Somos de la opinión, que aun cuando el consentimiento pudiera manifestarse verbalmente entre las partes, si bien no es lo más recomendable, debido a estas exigencias previas, las condiciones del contrato serían aquellas contenidas en los documentos suministrados inicialmente, especialmente el modelo del Contrato de Franquicia.

Por lo que respecta a la capacidad requerida consideramos que se trata en principio de actos de simple administración, especialmente para el Franquiciante. En el caso del Franquiciado, debe atenderse si se requiere de la firma de garantías o de la celebración de otros actos que involucren la capacidad de disposición.

4. Los elementos reales, pueden a su vez agruparse en esenciales o no. Los primeros serían: a) la marca; b) el *know how*; c) la asistencia técnica o comercial; d) la contraprestación; y e) el territorio. Dentro de los no esenciales, estarían todos aquellos que usualmente se presentan en los contratos, pero cuya ausencia no desnaturaliza el contrato, como: a) las cláusulas de publicidad; b) las cláusulas de no competencia; y c) confidencialidad entre otros. Muchos de estos elementos no esenciales, han pasado a ser recurrentes en los modelos de Contratos de Franquicia que se utilizan en nuestros días, ya que de esta forma se garantiza mejor la protección de los derechos de las partes y el éxito del sistema.

La licencia de la marca y del *know how* y la asistencia técnica o comercial, requieren de registro ante el SAPI y/o la SIEX, para que pue-

dan surtir sus efectos plenos frente a terceros, para lo cual necesariamente se hace indispensable que el contrato conste por escrito.

5. Es importante destacar que es una práctica usual y reiterada dentro del comercio, la celebración de los Contratos de Franquicia de forma escrita, no solo a nivel nacional, sino también a nivel internacional, aun cuando en muchos países no se requiera el registro de estos. Llegando incluso los comerciantes a aceptar que si el contrato no se ha celebrado por escrito no existe.

6. Finalmente, de las múltiples normas que son aplicables al Contrato de Franquicia, consideramos que:

6.1. La Constitución, el Código de Comercio ni el Código Civil exigen que el Contrato de Franquicia sea celebrado por escrito. No obstante, a este respecto debe tenerse presente que cuando se trate de materia comercial, para que la propuesta verbal de un negocio obligue al proponente, debe necesariamente ser aceptada inmediatamente por la persona a quien se dirige; y en defecto de esa aceptación, el proponente, queda libre. Por ello, si la oferta es realizada por el Franquiciante de forma verbal, debe el posible Franquiciado aceptarla inmediatamente o quedará libre de ésta. Esto limita que el Franquiciado pueda llegar a conocer el modelo de negocio, pues sería difícil lograr un conocimiento pleno de toda la mecánica del proceso. Así lo han considerado otras legislaciones, cuando solicitan que la información suministrada, sea entregada con suficiente antelación. En la práctica, el negocio más sencillo suele presentar amplios manuales, requerimientos y obligaciones, para garantizar la uniformidad del formato, suponiendo que se trate del más sencillo de los negocios y no requiera mayor información, aplicaría entonces la norma que requiere que la oferta verbal sea aceptada de forma inmediata.

No debe olvidarse que las normas de obligatorio suministro de información, son dictadas a los fines de proteger a los posibles Franquiciados de los abusos y fraudes que se han presentado en la práctica.

6.2. Con respecto a las normas que regulan la libre competencia, permiten la celebración de Contratos de Franquicia y establecen los lineamientos que deben seguirse para evitar restringir la competencia. Aun cuando no se requiere el registro de los contratos, la forma más eficiente para que la Superintendencia de Procompetencia pueda evaluar si el contrato infringe la normas o no, es que éste sea presentado por escrito.

6.3. En materia de propiedad industrial y de inversiones extranjeras, se exige que los contratos se registren para que puedan surtir efectos frente a terceros, a los distintos fines de las leyes respectivas. En consecuencia, las licencias de marca, el know how y la asistencia técnica deben constar por escrito. Nótese que a estos fines la formalidad de la escritura es *ad solemnitatem erga omnes*, pero no es un requerimiento *ad solemnitatem* entre las partes, al menos por lo que se refiere a estas disposiciones.

6.4. Consideramos que las disposiciones contenidas en la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario con relación a los contratos de adhesión es la norma clave que viene a esclarecer la validez o no del contrato verbal de franquicia. Primero que nada es importante resaltar que cuando hablamos del contrato verbal, lo hacemos limitándolo a que no exista un documento del cual se desprendan las obligaciones y derechos de las partes, diferenciándolo de lo que sería una manifestación verbal a un contrato de adhesión. Ahora bien, definitivamente para nosotros la franquicia es un contrato de adhesión, el hecho de que algunas de sus condiciones puedan ser negociadas, aunque no es usual, no varía su carácter de adhesión, ya que esto iría contra la uniformidad que debe tener el sistema y que le garantiza su éxito.

Así bien, y partiendo de esta premisa, debemos atender a la regulación del contrato de adhesión en nuestra legislación. A nuestro mejor saber, solo regula de forma expresa los contratos de adhesión la Ley de Protección al Consumidor, siendo aplicables al Contrato de Franquicia por analogía. La ley es muy clara sobre los requisitos que debe contener el contrato y se desprende de estos requisitos que el legislador da por un hecho la escritura del contrato.

Una vez precisado este aspecto, sanciona la ley el incumplimiento de determinados supuestos con la nulidad de la cláusula, y en otros, con la nulidad del contrato, la cual nunca podrá ser alegada por la parte fuerte de la relación, en nuestro caso, el Franquiciante.

Si analizamos lo antes expuesto, parece lógico pensar, que para que exista un contrato de adhesión este necesariamente debe constar por escrito. La forma como se manifieste el consentimiento, ya no tendría que ver con que se requiera que el contrato sea escrito.

Así bien, en este orden de ideas, una vez que se ha plasmado el contrato en un documento, o en varios según se requiera, las partes podrán manifestar su conocimiento de forma verbal o escrita, mediante su firma. Nos inclinamos por la tesis que sostiene KLEIDERMACHER donde señala que el consentimiento debe ser expreso, por lo que no admitimos que pueda hablarse de un consentimiento tácito, mediante actos u otras conductas que puedan llevar a pensar que existe un Contrato de Franquicia. Algunos autores señalan que las conductas tácitas solo pueden dar lugar a que se forme el consentimiento cuando son conductas típicas o habituales. No creemos que la franquicia pueda calificarse como típica o habitual o que se puedan establecer cuales conductas significarían la aceptación tácita.

6.5. En cuanto a la Ley de Arbitraje Comercial, requiere que el compromiso arbitral conste por escrito y en documento separado, para garantizar la voluntad del Franquiciado de querer renunciar al fuero de la jurisdicción ordinaria, al tratarse de un contrato de adhesión. La contravención de esta disposición, será la nulidad de la cláusula y no de todo el contrato, la cual solo podría ser alegada por el posible Franquiciado, y nunca por el Franquiciante.

7. Finalmente, es nuestro criterio que el Contrato de Franquicia es un contrato consensual que requiere de la formalidad de la escritura para su validez, por tratarse de un contrato de adhesión. El consentimiento de las partes, podrá ser manifestado por escrito, lo cual es recomendable, o de forma verbal, pero siempre deberá existir el documento escrito y demostrarse si no se ha firmado, que el documento ha sido aceptado

por las partes. Estimamos sana la norma de la ley brasilera que exige la escritura del contrato de forma expresa, siendo suficiente para nosotros que se trate de un documento privado, sin la necesidad de la presencia de testigos.

En los casos donde se requiere la divulgación de información previa al contrato y que se deje constancia de este hecho, este acuse de recibo sería una prueba de ello. Aun cuando nuestro país no ha legislado sobre la materia, en la práctica se suele suministrar el Contrato de Franquicia al Franquiciado para su revisión, previa la firma de acuerdos de confidencialidad, para evitar que la información suministrada sea revelada a terceros.

Consideramos que no debe legislarse sobre el Contrato de Franquicia, más allá de dejar claro la necesidad del cumplimiento de ciertos requisitos precontractuales para la divulgación de información. Esto a fines de evitar que estas normas se desfasen con el tiempo o sean poco flexibles a las modificaciones y evolución del contrato. Igualmente es conveniente que el contrato siempre se suscriba, es decir, sea firmado por ambas partes para darle mayor seguridad jurídica a la relación que nace.

## ANEXO A

### Código de Ética de la Cámara Venezolana de Franquicias\*

#### CÓDIGO DE ÉTICA PARA LAS FRANQUICIAS EN VENEZUELA

##### 1. Definición de la Franquicia:

La Franquicia es un sistema de comercialización de productos, servicios y/o tecnología, basado en una colaboración estrecha y continua entre personas legal y financieramente distintas e independientes, el franquiciante y sus respectivos franquiciados, por el cual el franquiciante concede a sus franquiciados el derecho e impone la obligación, de llevar a cabo una explotación de conformidad con el concepto de negocio desarrollado por el franquiciante.

\* Texto proporcionado por la Cámara Venezolana de Franquicias.

Este derecho faculta y obliga a cada franquiciado a desarrollar un negocio bajo los requerimientos determinados por el respectivo franquiciante, para lo cual utilizará el nombre comercial, marcas comerciales y otros derechos de propiedad intelectual, el *know-how*, los métodos técnicos y de negocio, los procedimientos y otros derechos de propiedad industrial del franquiciante, a cambio del pago de una contraprestación económica a favor de este último. En el desarrollo de cada negocio de franquicia, el franquiciante deberá prestar, de manera continua, apoyo y asistencia comercial y técnica a sus franquiciados, según se prevea en las estipulaciones y por la duración acordada en un contrato de franquicia escrito, celebrado entre las partes a tal efecto.

## 2. Principios rectores de la franquicia:

2.1 El franquiciante es el propietario de los derechos involucrados en un sistema de franquicia e iniciador y supervisor de la respectiva red de franquicia, compuesta por él mismo y sus respectivos franquiciados.

## 2.2 Obligaciones del franquiciante

Son obligaciones del franquiciante:

- i) Haber explotado con éxito un concepto de negocio, durante un período de tiempo razonable y, como mínimo, una unidad piloto antes de poner en marcha la red de franquicia.
- ii) Ser el propietario, o tener derechos legales de uso del nombre comercial, marca comercial, logos y otros derechos de propiedad intelectual que identifiquen su sistema de franquicia.
- iii) Proporcionar a sus franquiciados:
  - a) los manuales de operación, técnicos, y comerciales del negocio a franquiciar, y
  - b) la capacitación y asistencia comercial y/o técnica que el franquiciado requiera durante toda la vigencia del contrato,

bajo las condiciones previstas en el respectivo contrato de franquicia.

## 2.3 Obligaciones del franquiciado

Son obligaciones del franquiciado:

- i) Dedicar sus mejores esfuerzos para:
  - a) lograr el crecimiento exitoso de su negocio de franquicia,
  - b) consolidar las marcas y demás derechos de propiedad intelectual que identifiquen a la franquicia, dentro de la zona de cobertura establecida en el respectivo contrato de franquicia; y
  - c) conservar la identidad y la reputación común del sistema de franquicia.
- ii) Suministrar al franquiciante:
  - a) datos operativos verificables, a los fines de determinar el funcionamiento de la franquicia, y
  - b) los estados financieros necesarios para orientar una gestión efectiva.
- iii) Previa solicitud del franquiciante, permitir a sus representantes debidamente autorizados, el acceso a los locales, registros y documentos correspondientes al negocio franquiciado, bajo las estipulaciones que hayan pactado las partes en el contrato de franquicia.
- iv) No revelar a terceros el *know-how* suministrado por el franquiciante, ni poner a la disposición de terceros los manuales operativos, técnicos o comerciales ni cualquier otro documento confidencial relativo a la franquicia, durante o

después de la finalización del contrato de franquicia o cualquiera de sus prórrogas.

#### 2.4 Obligaciones de las partes en casos de controversias:

En caso de controversia entre franquiciante y franquiciados, en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones o interpretación del alcance de éstas bajo sus respectivos contratos de franquicia, las partes deberán agotar todas las vías necesarias para resolver de manera amistosa, de buena fe y con buena voluntad, sus quejas y disputas.

En caso que el franquiciante considere que alguno de sus franquiciados ha cometido infracciones al contrato de franquicia, que por su gravedad no ameriten la terminación inmediata del mismo, dicho franquiciante deberá comunicarlo por escrito a su franquiciado, y éste le concederá un plazo razonable para solucionarlo.

#### 3. Captación de franquiciados, publicidad e información:

3.1 Toda publicidad dirigida a la captación de franquiciados deberá estar libre de ambigüedad y de manifestaciones engañosas.

3.2 Todo material de captación, propaganda y publicidad de franquicias asequible públicamente, que haga referencia directa o indirecta a posibles futuros resultados, cifras o beneficios económicos de los franquiciados, deberá ser objetivo y no engañoso.

3.3 Antes de la firma de cualquier contrato de franquicia o acuerdo de compromiso de adquisición de franquicia, el franquiciante deberá suministrar a sus potenciales o futuros franquiciados una copia del presente Código de Ética, así como un documento contentivo de la información técnica, comercial y financiera de la franquicia, que en lo adelante y para todos los efectos de este Código de Ética se denominará *Circular Uniforme de Oferta de Franquicia*. La *Circular Uniforme de Oferta de Franquicia* deberá contener la información que se indica a continuación:

- i) Nombre, denominación o razón social, domicilio y nacionalidad del franquiciante;
- ii) Descripción de la franquicia;
- iii) Antigüedad de la empresa franquiciante, y de ser el caso, del franquiciante maestro en el negocio objeto de la franquicia;
- iv) Derechos de propiedad intelectual que involucra la franquicia;
- v) Montos y concepto de los pagos que el franquiciado deberá realizar al franquiciante;
- vi) Tipos de asistencia técnica y servicios que el franquiciante debe proporcionar al franquiciado;
- vii) Definición de la zona de cobertura territorial, para la realización de operaciones de la franquicia que este siendo negociada;
- viii) Derecho del franquiciado a conceder o no subfranquicias a terceros, y en caso de permitirlo, los requisitos que dicho franquiciado deba cumplir para ello; y
- ix) Obligaciones del franquiciado respecto de la información de tipo confidencial que le proporcione el franquiciante.

#### 4. Selección de franquiciados:

Un franquiciante deberá seleccionar y aceptar como franquiciados únicamente aquellos que, luego de una investigación razonable parecieren tener, según considere dicho franquiciante, las habilidades básicas, formación, cualidades personales y recursos financieros, suficientes para desarrollar el negocio de franquicia que se trate.

#### 5. El contrato de franquicia:

5.1 El contrato de franquicia deberá ajustarse a la legislación venezolana vigente y a lo previsto en este Código Deontológico.

**5.2** El contrato deberá estipular la obligación del franquiciado de proteger los derechos de propiedad industrial e intelectual del franquiciante, y en mantener la identidad y la reputación comunes del sistema de franquicia.

**5.3** El contrato de franquicia deberá establecer sin ambigüedad las obligaciones y responsabilidades respectivas de las partes, y todas las demás condiciones relevantes de la relación de franquicia.

**5.4** Los puntos esenciales mínimos que deberá contener todo contrato de franquicia, son los siguientes:

- i) Los derechos otorgados al franquiciante.
- ii) Los derechos concedidos al franquiciado.
- iii) Los productos y/o servicios y/o tecnologías a suministrar al franquiciado.
- iv) Las obligaciones del franquiciante.
- v) Las obligaciones del franquiciado.
- vi) Los montos, conceptos y condiciones de pago por parte del franquiciado.
- vii) La duración, la cual debería ser lo suficientemente larga para permitir a los franquiciados amortizar sus inversiones iniciales específicas de la franquicia.
- viii) La base para cualquier renovación del contrato.
- ix) En caso de preverse la posibilidad del franquiciado de ceder a terceros el negocio objeto de la franquicia, las condiciones bajo las cuales el franquiciado podrá hacerlo y los eventuales derechos de prioridad del franquiciante al respecto.
- x) Las disposiciones relacionadas con el derecho de uso del franquiciado sobre los signos distintivos, el nombre comercial,

marca de productos o servicios, rótulos, logotipo u otros derechos de propiedad intelectual del franquiciante.

xi) El derecho del franquiciante de adaptar el sistema de franquicia a métodos nuevos o modificados.

xii) Las disposiciones relativas a la terminación del contrato.

xiii) Las disposiciones relativas a la inmediata entrega a la terminación del contrato de franquicia, de todo bien tangible o intangible que pertenezca al franquiciante o a otro titular del mismo.

#### **6. El Código de Ética y el sistema de franquicia maestra:**

Serán aplicables las disposiciones contenidas en este Código de Ética, a la relación entre el franquiciante y sus franquiciados, e igualmente entre el subfranquiciante maestro y sus subfranquiciados. No se aplicará a la relación entre el franquiciante maestro y subfranquiciados.

Dado en Caracas, República de Venezuela, el primer día del mes de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

## **ANEXO B**

## **UNIDROIT**

### **International Institute for the Unification of Private Law**

**Model franchise disclosure law Rome, September 2002\***

#### **Preamble**

The International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT),

Recognising that franchising is playing an ever greater role in a wide range of national economies,

Being mindful of the fact that in the legislative process, State legislators may wish to consider a number of different elements, including

\* Tomado de <http://www.unidroit.org/english/franchising/annex.htm#NR4>

- whether it is clear that there is a problem, what its nature is, and what action, if any, is necessary;
- whether prospective investors are more likely to protect themselves against fraud if they have access to truthful, important information in advance of their assent to any franchise agreement;
- whether the nation's economic and social interests are best served by legally requiring a balance of information between the parties to a franchise agreement;
- whether there is a pattern of abusive conduct, or whether this conduct is isolated or limited to particular industries;
- the nature of the evidence of abuse;
- whether existing laws address the concerns and whether they are adequately applied;
- whether an effective system of self-regulation exists;
- the financial burden the new legislation will place upon franchisors and investors as compared to the benefits of legally required disclosure;
- whether the proposed legislation inhibits or facilitates entry to franchisors, and its effect on job-creation and investment; and
- the views of interested organisations, including national franchise associations;

Recalling that State legislators may want to adapt suggested provisions, especially with regard to the enumerated disclosure items, in response to specific circumstances of, or established methods of legislation in, each State;

Recalling that the text of the Model Law is accompanied by an Explanatory Report which, with a view to assisting legislators, explains the purpose of the provisions;

Finding that experiences with disclosure legislation has on the whole been positive; is pleased to place the Model Franchise Disclosure Law and the Explanatory Report thereto presented in this document and prepared by a Committee of Governmental Experts convened by UNIDROIT at the disposal of the international community as an example that is not compulsory for States legislators and as an instrument intended to be a recommendation for States that have decided to adopt franchise specific legislation.

### **Model franchise disclosure law**

#### **Article 1 (Scope of application)**

(1) This law applies to franchises to be granted or renewed for the operation of one or more franchised businesses within the [State adopting this law].

(2) Except as otherwise expressly provided in this law it is not concerned with the validity of the franchise agreement or any of its provisions.

#### **Article 2 (Definitions)**

For the purposes of this law:

affiliate of the franchisee means a natural or legal person who directly or indirectly controls or is controlled by the franchisee, or is controlled by another party who controls the franchisee;

affiliate of the franchisor means a natural or legal person who directly or indirectly controls or is controlled by the franchisor, or is controlled by another party who controls the franchisor;

development agreement means an agreement under which a franchisor in exchange for direct or indirect financial compensation grants to another party the right to acquire more than one franchise of the same franchise system;

disclosure document means a document containing the information required under this law;

franchise means the rights granted by a party (the franchisor) authorising and requiring another party (the franchisee), in exchange for direct or indirect financial compensation, to engage in the business of selling goods or services on its own behalf under a system designated by the franchisor which includes know-how and assistance, prescribes in substantial part the manner in which the franchised business is to be operated, includes significant and continuing operational control by the franchisor, and is substantially associated with a trademark, service mark, trade name or logotype designated by the franchisor. It includes:

- A) the rights granted by a franchisor to a sub-franchisor under a master franchise agreement;
- B) the rights granted by a sub-franchisor to a sub-franchisee under a sub-franchise agreement;
- C) the rights granted by a franchisor to a party under a development agreement.

For the purposes of this definition "direct or indirect financial compensation" shall not include the payment of a bona fide wholesale price for goods intended for resale;

franchise agreement means the agreement under which a franchise is granted;

franchised business means the business conducted by the franchisee under a franchise agreement;

franchisee includes a sub-franchisee in its relationship with the subfranchisor and the sub-franchisor in its relationship with the franchisor;

franchisor includes the sub-franchisor in its relationship with its subfranchisees;

master franchise means the right granted by a franchisor to another party (the sub-franchisor) to grant franchises to third parties (the subfranchisees); material change in the information required to be disclosed means a change which can reasonably be expected to have a significant effect on the prospective franchisee's decision to acquire the franchise;

material fact means any information that can reasonably be expected to have a significant effect on the prospective franchisee's decision to acquire the franchise;

misrepresentation means a statement of fact that the person making the statement knew or ought to have known to be untrue at the time the statement was made;

omission means the failure to state a fact of which the person making the statement was aware at the time the statement ought to have been made;

State includes the territorial units making up a State which has two or more territorial units, whether or not possessing different systems of law applicable in relation to the matters dealt with in this law; and

sub-franchise agreement means a franchise agreement concluded by a sub-franchisor and a sub-franchisee pursuant to a master franchise.

### Article 3

#### (Delivery of disclosure document)

(1) A franchisor must give every prospective franchisee a disclosure document, to which the proposed franchise agreement must be attached, at least fourteen days before the earlier of (A) the signing by the prospective franchisee of any agreement relating to the franchise, with the exception of agreements relating to confidentiality of information

delivered or to be delivered by the franchisor; or (B) the payment to the franchisor or an affiliate of the franchisor by the prospective franchisee of any fees relating to the acquisition of a franchise that are not refundable or the refunding of which is subject to such conditions as to render them not refundable, with the exception of a security (bond or deposit) given on the conclusion of a confidentiality agreement.

(2) The disclosure document must be updated within [X] days of the end of the franchisor's fiscal year. Where there has been a material change in the information required to be disclosed under Article 6, notice in writing of such change should be delivered to the prospective franchisee as soon as practicable before either of the events described in Sub-Paragraphs (1)(A) or (1)(B) has occurred.

#### Article 4

##### (Format of disclosure document)

(1) Disclosure must be provided in writing.

(2) The franchisor may use any format for the disclosure document, provided that the information contained therein is presented as a single document at one time and meets the requirements imposed by this law.

#### Article 5

##### (Exemptions from obligation to disclose)

No disclosure document is required:

A) in case of the grant of a franchise to a person who has been an officer or director of the franchisor or of an affiliate of the franchisor for at least one year immediately before the signing of the franchise agreement;

B) in case of the assignment or other transfer of a franchisee's rights and obligations under an existing franchise agreement,

here the assignee or transferee is bound by substantially the same terms as the assignor or transferor, and the franchisor has not had a significant role in the transaction other than approval of the transfer.

C) in case of the grant of a franchise to sell goods or services to a natural or legal person who has been engaged in the same or a similar business for the previous two years, if the sales of the franchise, as reasonably anticipated by the parties at the time the franchise agreement is entered into, will not during the first year of the relationship exceed 20% of the total aggregate sales of the combined business of the franchisee and its affiliates;

D) in case of the grant of a franchise pursuant to which the prospective franchisee commits to a total financial requirement under the franchise agreement in excess of [X];

E) in case of the grant of a franchise to a prospective franchisee who together with its affiliates has a net worth in excess of [Y] or turnover in excess of [Z]; or

F) in case of the renewal or extension of a franchise on the same conditions.

#### Article 6

##### (Information to be disclosed)

(1) In the disclosure document the franchisor shall provide the following information:

A) the legal name, legal form and legal address of the franchisor and the address of the principal place of business of the franchisor;

B) the trademark, trade name, business name or similar name, under which the franchisor carries on or intends to carry on

business in the State in which the prospective franchisee will operate the franchise business;

C) the address of the franchisor's principal place of business in the State where the prospective franchisee is located;

D) a description of the franchise to be operated by the prospective franchisee;

E) a description of the business experience of the franchisor and its affiliates granting franchises under substantially the same trade name, including:

i) the length of time during which each has run a business of the type to be operated by the prospective franchisee; and

ii) the length of time during which each has granted franchises for the same type of business as that to be operated by the prospective franchisee;

F) the names, business addresses, positions held, and business experience of any person who has senior management responsibilities for the franchisor's business operations in relation to the franchise;

G) any criminal convictions or any finding of liability in a civil action or arbitration involving franchises or other businesses relating to fraud, misrepresentation, or similar acts or practices of:

i) the franchisor; and

ii) any affiliate of the franchisor who is engaged in franchising for the previous five years, and whether any such action is pending against the franchisor or its subsidiary, and the court or other citation of any of the above;

H) any bankruptcy, insolvency or comparable proceeding involving the franchisor and its affiliate(s) for the previous five years and the court citation thereof;

I) the total number of franchisees and company-owned outlets of the franchisor and of affiliates of the franchisor granting franchises under substantially the same trade name;

J) the names, business addresses and business phone numbers of the franchisees, and of the franchisees of any affiliates of the franchisor which are granting franchises under substantially the same trade name whose outlets are located nearest to the proposed outlet of the prospective franchisee, but in any event of not more than [X] franchisees, in the State of the franchisee and/or contiguous States, or, if there are no contiguous States, the State of the franchisor;

K) information about the franchisees of the franchisor and about franchisees of affiliates of the franchisor that grant franchises under substantially the same trade name that have ceased to be franchisees during the three fiscal years before the one during which the franchise agreement is entered into, with an indication of the reasons for which the franchisees have ceased to be franchisees of the franchisor;

L) the following information regarding the franchisor's intellectual property to be licensed to the franchisee, in particular trademarks, patents, copyright and software:

i) the registration and/or the application for registration, if any,

ii) the name of the owner of the intellectual property rights and/or the name of the applicant, if any;

iii) the date on which the registration of the intellectual property rights licensed expires; and

iv) litigation or other legal proceedings, if any, which could have a material effect on the franchisee's legal right, exclusive or nonexclusive, to use the intellectual property under the franchise agreement in the State in which the franchised business is to be operated;

M) information on the categories of goods and/or services that the franchisee is required to purchase or lease, indicating

i) whether any of these have to be purchased or leased from the franchisor, affiliates of the franchisor or from a supplier designated by the franchisor;

ii) whether the franchisee has the right to recommend other suppliers for approval by the franchisor; and

iii) whether any revenue or other benefit that may be directly or indirectly received by the franchisor or any of the affiliates of the franchisor from any supplier of goods and/or services to the franchisee, such as rebates, bonuses, or incentives with regard to those goods and/or services, shall be passed on to the prospective franchisee or, if not, whether a price mark-up will be made by the franchisor or the supplier recommended by the franchisor;

N) financial matters, including:

i) a) an estimate of the prospective franchisee's total initial investment;

b) financing offered or arranged by the franchisor, if any;

c) the financial statements of the franchisor and when available audited or otherwise independently verified financial statements, including balance sheets and statements of profit and loss, for the previous three years. Franchisors, the creation of which goes back less than

three years, are under an obligation to disclose the same documents prepared since they began their activity;

ii) a) If information is provided to the prospective franchisee by or on behalf of the franchisor concerning the historical or projected financial performance of outlets owned by the franchisor, its affiliates or franchisees, the information must:

aa) have a reasonable basis at the time it is made;

bb) include the material assumptions underlying its preparation and presentation;

cc) state whether it is based on actual results of existing outlets;

dd) state whether it is based on franchisor-owned and/or franchisee-owned outlets; and

ee) indicate the percentage of those outlets that meet or exceed each range or result.

b) If the financial information referred to in the preceding subparagraph is provided, the franchisor must state that the levels of performance of the prospective franchisee's outlet may differ from those contained in the information provided by the franchisor.

O) a description of:

i) the state of the general market of the products or services that are the subject of the contract;

ii) the state of the local market of the products or services that are the subject of the contract;

iii) the prospects for development of the market; and

P) anything else necessary to prevent any statement in the document from being misleading to a reasonable prospective franchisee.

(2) The following information shall also be included in the disclosure document. However, where the information is contained in the franchise agreement, the franchisor may in the disclosure document merely make reference to the relevant section of the franchise agreement. Where the following items of information are not included in the proposed franchise agreement, that fact shall be stated in the disclosure document:

- A) the term and conditions of renewal of the franchise, if any;
- B) a description of the initial and on-going training programmes;
- C) the extent of exclusive rights to be granted, if any, including exclusive rights relating to territory and/or to customers and also information on any reservation by the franchisor of the right
  - i) to use, or to license the use of, the trademarks covered by the franchise agreement;
  - ii) to sell or distribute the goods and/or services authorised for sale by the franchisee directly or indirectly through the same or any other channel of distribution, whether under the trademarks covered by the agreement or any other trademark;
- D) the conditions under which the franchise agreement may be terminated by the franchisor and the effects of such termination;
- E) the conditions under which the franchise agreement may be terminated by the franchisee and the effects of such termination;
- F) the limitations imposed on the franchisee, if any, in relation to territory and/or to customers;
- G) in-term and post-term non-compete covenants;

H) the initial franchise fee, whether any portion of the fee is refundable, and the terms and conditions under which a refund will be granted;

I) other fees and payments, including any gross-up of royalties imposed by the franchisor in order to offset withholding tax;

J) restrictions or conditions imposed on the franchisee in relation to the goods and/or services that the franchisee may sell;

K) the conditions for the assignment or other transfer of the franchise; and

L) any forum selection or choice of law provisions, and any selected dispute resolution processes.

(3) Where the franchise is a master franchise, the sub-franchisor must, in addition to the items specified in paragraphs (1) and (2), disclose to the prospective sub-franchisee the information on the franchisor that it has received under paragraphs (1)(A), (E), (H), and (2)(C) and (F) of this article, as well as inform the prospective subfranchisee of the situation of the sub-franchise agreements in case of termination of the master franchise agreement and of the content of the master franchise agreement.

#### Article 7

##### (Acknowledgement of receipt of disclosure document)

The prospective franchisee shall at the request of the franchisor acknowledge in writing the receipt of the disclosure document.

#### Article 8

##### (Remedies)

(1) If the disclosure document or notice of material change:

A) has not been delivered within the period of time established in Article 3;

B) contains a misrepresentation of a material fact; or

C) makes an omission of a material fact; then the franchisee may on 30 days prior written notice to the franchisor terminate the franchise agreement and/or claim against the franchisor for damages suffered from the conduct described in (A), (B) and (C), unless the franchisee had the information required to be disclosed through other means, did not rely on the misrepresentation, or termination is a disproportionate remedy in the circumstances.

(2) The remedies granted to the franchisee pursuant to this article must be exercised no later than the earlier of:

A) one year after the act or omission constituting the breach upon which the right to terminate is based;

B) three years after the act or omission constituting the breach upon which the right to claim for damages suffered is based;

C) one year after the franchisee becomes aware of facts or circumstances reasonably indicating that it may have a right to claim for damages suffered; or

D) within 90 days of the delivery to the franchisee of a written notice providing details of the breach accompanied by the franchisor's then current disclosure document.

(3) The rights provided by paragraph (1) of this Article do not derogate from any other right the franchisee may have under the applicable law.

(4) All matters regarding termination and damages, which have not been expressly regulated in this article, shall be governed by the applicable law.

## Article 9

### (Temporal scope of application)

This law applies whenever a franchise agreement is entered into or renewed after the law enters into force.

## Article 10

### (Waivers)

Any waiver by a franchisee of a right given by this law is void.

## Bibliografía

- AGUILAR GORRONDONA, José Luis. *Derecho Civil Personas*. Universidad Católica Andrés Bello, Manuales de Derecho. 9ª Edición adaptada y reformada. Caracas, 1987. p. 414.
- \_\_\_\_\_: *Contratos y Garantías*. Derecho Civil IV. Universidad Católica Andrés Bello, Manuales de Derecho. 11ª Edición revisada y puesta al día. Caracas, 2000. p. 665.
- ARCE, Javier. *El Contrato de Franquicia*. Editorial Themis. 2ª reimpresión a la cuarta edición. México, 2001. p. 100.
- Anteproyecto de la Ley de Propiedad Industrial, de fecha 6 de agosto de 2002.
- Anteproyecto de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, presentado por la Comisión Permanente de Administración y Servicios Públicos en fecha 14 de marzo de 2002, que fue aprobado en primera discusión
- Asociación Argentina de Franchising. [www.aafranchising.com](http://www.aafranchising.com)
- Associação Brasileira de Franchising. [www.abf.com.br](http://www.abf.com.br)
- Asociación Española de Franquiciadores. [www.franquiciadores.com](http://www.franquiciadores.com)
- BARBIERI, P.C. *Contratos de Empresa*. Buenos Aires. 1998. p. 390.
- BAREIRO, Gladys. *Contrato de Franchising*. Intercontinental Editora. Asunción-Paraguay. 2000. p. 236.

- BORJAS H., Leopoldo: *Instituciones de Derecho Mercantil. Los Comerciantes*. Caracas, 1973. p. 565.
- BRAVO, Sidney. *Contratos Modernos Empresariales*. Tomo I. 2ª. Edición. Editorial San Marcos. Perú 1998. p. 519.
- BREWER, Allan et alii. *Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*. Colección de Textos Legislativos N° 14. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1996. p. 299.
- British Franchise Association [www.british-franchise.org.uk](http://www.british-franchise.org.uk)
- CALEGARI, Lidia. *Contratos Atípicos Franchising*. Némesis. Argentina. 1996. p. 152.
- CALVO BACA, Emilio. *Código Civil Venezolano*. Ediciones Libra. Caracas, 1985. p. 1.172.
- \_\_\_\_\_: *Código de Comercio*. Ediciones Libra. Caracas, 1985. p. 1.354.
- Canadian Franchise Association [www.cfa.ca.com/legal.html](http://www.cfa.ca.com/legal.html)
- CANCINO, Fernando. *Estudios de Derecho Privado*. Editorial Temis Librería. Bogotá, 1979. p. 251.
- CARBALLO, César. *Delimitación del Contrato de Trabajo*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2001. p. 141.
- Código Civil de España. Civitas Biblioteca de Legislación. 25ª edición actualizada a septiembre de 2002. España. p. 671.
- Código Civil de Venezuela, publicado en *Gaceta Oficial* Extraordinario N° 2.990, de fecha 26 de Julio de 1982.
- Código de Comercio de Venezuela, publicado en *Gaceta Oficial* Extraordinario N° 475, de fecha 21 de diciembre de 1955.
- Código de Ética de la Cámara Venezolana de Franquicias.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en *Gaceta Oficial* N° 5.453 Extraordinario de fecha 24 de marzo de 2000.
- CHULIA, Eduardo. *Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos I*. Barcelona, España. 1999. p. 450.

- DE SOLA CAÑIZALES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*. Tomo I. Montaner y Simón, S.A. Barcelona, España. 1962. p. 510.
- Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías. Publicada en *Gaceta Oficial* Extraordinario N° 4.284 de fecha 28 de junio de 1991.
- Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Publicada en *Gaceta Oficial* Extraordinario N° 4.720 de fecha 5 de mayo de 1994.
- Decisión 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Publicada en *Gaceta Oficial* 600.
- Decreto 2.095 Reglamento al Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, publicado en *Gaceta Oficial* N° 34.930 del 25 de marzo de 1992.
- Diccionario de Derecho Privado*. Tomo I y II. Editorial Labor, S.A. Barcelona-Madrid, 1961. p. 4.073.
- ECHEBARRÍA, Josefa. *El Contrato de Franquicia*. McGraw Hill. Madrid, 1995. p. 641.
- FLECHOSO SIERRA, José Joaquín. *El Libro de la Franquicia*. Biblioteca Nueva. Madrid, 1998. p. 261.
- Franchise Council of Australia [www.franchise.org.au](http://www.franchise.org.au)
- FRANQUIGUÍA Directorio de Franquicias en Venezuela. Año 2000/2001.
- French Franchise Association. [www.franchiseline.com/fff.html](http://www.franchiseline.com/fff.html)
- FUSARO, Bertelio. *Los Contratos de Colaboración Empresarial*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1987. p. 82.
- GALGANO, Francesco. *Derecho Comercial*. Volumen I. 3ª Edición. Editorial Temis, S.A. Bogotá, 1999. p. 427.
- GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. 3ª Edición. Silverio Aguirre Torre. Madrid, 1959. p. 359.

- GOLDSCHMIDT, Roberto. *Curso de Derecho Mercantil*. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1964. p. 454.
- GUARDIOLA SACARRERA, E. *Contratos de Colaboración en el Comercio Internacional*. Barcelona, España. 1998. p. 521.
- HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora. *El Contrato de Franquicia de Empresa*. Editorial Civitas. Madrid. 2000. p. 592.
- Hong Kong Chamber of Commerce. [www.franchise.org.hk](http://www.franchise.org.hk)
- Hungarian Franchise Association. [www.franchise.hu](http://www.franchise.hu)
- KHAN, Michel. *Franchising y Parteneriado*. Traducción de la 3ª Edición francesa por Warszawski, Luisa. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1998. p. 230.
- LA VERDE, Enrique. *El Contrato Mercantil*. Tesis de Grado para optar por el Título de Doctor en Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Bogotá, D.E. 1976.
- Ley de Arbitraje Comercial, publicada en *Gaceta Oficial* N° 36.430, de fecha 7 de abril de 1998.
- Ley de Propiedad Industrial, publicada en *Gaceta Oficial* N° 25.227, de fecha 10 de diciembre de 1956.
- Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada en *Gaceta Oficial* Extraordinario N° 4.898, de fecha 17 de mayo de 1995.
- Ley sobre el Derecho de Autor, publicada en *Gaceta Oficial* Extraordinario N° 4.638, de fecha 1º de octubre de 1993.
- Lineamientos para la Evaluación de los Contratos de Franquicia, Resolución N° SPPLC-038-99, de fecha 9 de julio de 1999 y publicada en *Gaceta Oficial* Extraordinario N° 5.431, de fecha 7 de enero de 2000.
- LÓPEZ CABANA, R.M. *Contratos Especiales en el Siglo XXI*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1999. p. 564.
- MADURO LUYANDO, Eloy. *Curso de Obligaciones Derecho Civil III*. Universidad Católica Andrés Bello, Manuales de Derecho. 8ª edición. Caracas, 1993, p. 799.

- MALDONADO, Sonia. *Contrato de Franchising*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1994. p. 166.
- MARZORATI, Osvaldo. *Franchising*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2001. p. 459.
- NARVÁEZ, Olga. *Principios de la Contratación Mercantil*. Tesis de Grado para optar por el Título de Doctora en Ciencias Jurídicas. Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Bogotá, D.E. 1980. p. 111.
- NÚÑEZ GARCÍA, Raquel María. *El Contrato de Franquicia, Algunos Aspectos Esenciales y/o Problemáticos*. Ponencia presentada en el 2º Foro Nacional Franquicias en Venezuela, después de 4 años, Caracas, 11 de Mayo de 2002.
- \_\_\_\_\_: *Los Contratos de Adhesión en el Comercio Electrónico*. Cámara Venezolana de Comercio Electrónico CAVECOM. Obra en imprenta. 2002.
- \_\_\_\_\_: *El Arbitraje en el Contrato de Arrendamiento*, Estudios de Derecho Civil, Volumen II, Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona, Tomo I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002. pp. 825 a 855.
- PLANIOL, Marcelo y Jorge Ripert. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo III, La Habana, 1946. p. 885.
- Reglamento N° 1 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, publicado en *Gaceta Oficial* N° 35.202, de fecha 3 de mayo de 1993.
- Reglamento de la Ley sobre el Derecho de Autor y de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que contiene el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, publicada en *Gaceta Oficial* N° 5.155 Extraordinario de fecha 9 de septiembre de 1997.
- Resolución N° SPPL/036-95 de fecha 28 de agosto de 1995, publicada en *Gaceta Oficial* N° 35.801 de fecha 21 de septiembre de 1995.

RIERA, Alfonso. *Lo Elemental de las Franquicias*. Front Consulting. Caracas, 2001. p. 109.

RODNER, James-Otis. *La Inversión Internacional en Países en Desarrollo*. Editorial Arte. Caracas, 1993. p. 756.

RUIZ PERIS, Juan Ignacio. *El Contrato de Franquicia y las Nuevas Normas de Defensa de la Competencia*. Editorial Civitas, S.A. Madrid. 1991. p. 198.

\_\_\_\_\_: *Los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia*. Editorial Arazandi. Navarra. 2000. p. 318.

SPOTA, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*. Volumen I, Ediciones Depalma. 2ª Reimpresión. Buenos Aires, 1978.

UNIDROIT <http://www.unidroit.org/english/franchising/annex.htm#NR4>  
[This page was updated on 25 November 2002]

Este libro se terminó de imprimir  
en el mes de junio de 2004  
en los Talleres de Editorial Melvin,  
Caracas, Venezuela

**RAQUEL MARÍA NÚÑEZ GARCÍA.** Nacida en Caracas, Venezuela, el 14 de diciembre de 1971. Admitida a la práctica legal venezolana en 1995.

**PRÁCTICA LEGAL:** Actualmente es miembro de la firma de Abogados De Sola Pate & Brown, trabajando previamente como Abogado en Macaulay, Rodríguez & Asociados y con anterioridad como Asistente Legal en D'Empaire, Reyna Bermúdez y Asociados.

**EDUCACIÓN:** Graduada en la Universidad Católica Andrés Bello 1995 (Abogado) puesto y rango N° 11. Especialización en Derecho Mercantil y estudios en Derecho de la Integración, Internacional y Económico y en Derecho Tributario de la Universidad Central de Venezuela; Profesora de Contratos y Garantías de la Universidad Central de Venezuela.

**MEMBRESÍAS:** Miembro del Colegio de Abogados del Distrito Capital y Agente de la Propiedad Industrial.

**PUBLICACIONES:** "El Arbitraje en el Contrato de Arrendamiento" (2001) Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona publicado por el Tribunal Supremo de Justicia; coautora de "Venezuela: The Law on Secured Transactions" (estudio preparado para el Center for International Legal Studies como colaboración para UNCITRAL, 2003), "Los Contratos de Adhesión en el Comercio Electrónico", compilación realizada por la Cámara Venezolana de Comercio Electrónico (2004).

**CONFERENCIAS:** El Contrato de Franquicia, Algunos Aspectos Esenciales y/o Problemáticos. Ponencia presentada en el 2º Foro Nacional, Franquicias en Venezuela, después de 4 años, Caracas, 2002.

**ÁREAS DE DESARROLLO:** Derecho Corporativo, Derecho Bancario, Propiedad Intelectual, Franquicias, Derecho Civil, Asesoría Comercial y Financiera, Negociaciones, Inversiones Extranjeras y Derecho Laboral, a nivel de consultoría, negociaciones extrajudiciales y judiciales.

**IDIOMAS:** Español e Inglés.