

EL FRANCHISING

ARMANDO CARTES SAGREDO*

El mundo del comercio ha sido siempre muy dinámico y creativo; y en los tiempos modernos dichas características se han acrecentado, estimuladas por la globalización de la economía y la participación cada vez más intensa de mayor cantidad de países en la producción y en el intercambio de bienes y servicios.

Han aparecido nuevas formas de crear y hacer negocios, que obedecen a nombres expresados en idioma inglés, como "franchising", "leasing", "underwriting", "factoring" y otras. Se han incorporado a la operativa comercial, manteniendo su nombre extranjero, que denuncia su origen, sin perjuicio de los esfuerzos de los tratadistas para tipificar los contenidos y buscar voces propias para adecuarlas a los idiomas nacionales.

Una de estas nuevas formas de contratación es el "franchising"¹, que permite a quien pretenda incursionar en una actividad comercial, incorporarse a la producción y comercialización de bienes o servicios que ya cuenten con acogida exitosa en el mercado.

En la actualidad, se está convirtiendo en una de las formas de contratación más recurrida. Se inició este incremento en los Estados Unidos de Norteamérica y hoy por medio de este mecanismo comercial empresas de ese país tienen presencia en todo el mundo².

También se aprecia en Europa el mismo proceso de aumento de operaciones, no obstante la forma diferente de negociar de los países europeos³; y lo mismo ha empezado a ocurrir en América Latina⁴.

*ARMANDO CARTES SAGREDO. Profesor de Derecho Comercial. Facultad de Derecho, USS. Abogado de Bancos y Asesor de empresas.

¹Sin perjuicio de lo señalado en párrafo precedente, la voz "franchising" es una traducción al inglés del concepto francés de "franchise", según lo anota don Carlos Urenda Z., en la obra *La empresa y el Derecho*, Editorial Andrés Bello, 1992, pág. 117.

²El año 1991, el franchising generó US\$ 800 mil millones, esto es, un tercio de las ventas minoristas de ese país. Y a esa fecha, 354 franquiciantes habían convenido en 32.000 operaciones de franchising en el exterior. De entre las grandes empresas, McDonald's cuenta con 8.870 locales franquiciados; Holydays Ins, 1689; Burger King, 6.025 locales franquiciados, etc. Cfr. Revista *Gestión*, edición febrero de 1997, y *Qué Pasa*, 5.10.1992.

³Según estimaciones, el año 1991, 1.800 empresas otorgaban franquicias a más de 90.000 empresarios, lo que representa el 7% del comercio minorista del continente. Francia, Gran Bretaña, Holanda y Alemania son los países donde el sistema se encuentra más desarrollado. cfr. Revista *Gestión*, edición febrero de 1997.

⁴En Brasil, el franchising representa un 8% de las transacciones anuales; en México, un 7% y en Argentina, un 5%. En este último país, se estimaba, al año 1992, que ya había unas 50 empresas, que operaban con más de 50 franquiciados, facturando anualmente cifras cercanas a los US\$ 300 millones. Cfr. *Supra* N° 3.

Los autores han intentado diversas formas de precisar el concepto; así, se ha escrito que “franchising es un contrato en virtud del cual una de las partes (llamada franchisor) se obliga a ceder a otra (llamada franchisee), respecto de quien es jurídicamente independiente, el uso de una marca, de un nombre o de un emblema representativo de un producto o de un servicio, o ciertas técnicas o métodos estandarizados de comercializar ese producto o servicio, y a prestarle asistencia, quien, a su turno, se compromete a remunerarlo y a observar sus directivas en el ejercicio de su derecho”⁵.

Unidroit, Instituto de Derecho dependiente de las Naciones Unidas, con el objeto de uniformar criterio en todos los diversos países, propuso la siguiente definición: “Es una operación de franchising aquella que se conviene entre un franchisor y un franchisee, en la cual el franchisor ofrece o es obligado a mantener un interés permanente en el negocio del franchisee, en aspectos tales como know how y asistencia técnica. El franchisee opera bajo un nombre comercial conocido, un método y procedimiento que pertenece o que es controlado por el franchisor, y en el cual el franchisee ha hecho o hará una inversión sustancial en su propio negocio con sus propios recursos”⁶.

De los contrastantes, el dueño o titular del producto o de la idea material del franchising es conocido como franchisor o franquiciante y su contraparte, como franchisee o franquiciado; pero también reciben otras denominaciones, como las de franquiciante o concesionista y franquiciado o concesionario, respectivamente.

El franchising, en general, habilita el franquiciado, para usar una marca conocida por el mercado y para recibir capacitación, sistema de gestión, administración, marketing y, en general, asesoría completa en el desarrollo del negocio. El franquiciado no corre los riesgos de inversión ni de producción iniciales, ya que fueron asumidos por el franquiciante; pero, a cambio, debe pagar derechos, hacer inversiones y contraer el compromiso de mantener la excelencia del producto, tanto por el hecho de la inversión de capital que hace y su expectativa de utilidades como por exigencia del franquiciante.

2. VENTAJAS DEL FRANCHISING

El franchising acarrea beneficios recíprocos para las partes. Así, el franquiciado ingresa a un sistema comercial en pleno funcionamiento y con éxito; no requiere experiencia previa, recibe el “know how”, capacitación permanente, asesoría en cuanto a arquitectura y decoración de locales, como también en la parte publicitaria; en general, cuenta con un apoyo que se extiende por toda la duración del contrato. A su vez, el franquiciante, recibe un pago, a título de derecho de llave o fee, y diversos otros pagos por concepto de royalties o porcentaje en las ventas brutas; y también logra otros beneficios o ganancias, de evidente conveniencia, como la extensión o llegada de su producto a otros lugares o países, sin la inversión correspondiente, ya que la asume el franquiciado; y todo, confor-

⁵Maldonado C., Sonia, *Contrato de Franchising*, Ed. Jurídica de Chile, 1994, pág. 59.

⁶Acuerdo del año 1987, citado por Sandoval L., Ricardo, *Tratado de Derecho Comercial. Nuevas operaciones mercantiles*, Ed. Jurídica Conosur Ltda., 1992, pág. 87.

me los acuerdos del contrato, sin renunciar al control de un sistema de producción y comercialización uniforme en toda la cadena, que el mismo franquiciante ha impuesto.

También representa ventajas para el público, por cuanto asegura que un producto o servicio, que obedece a una determinada marca, responde a la misma calidad y precio, cualquiera que sea el lugar, nacional o internacional, donde exista un establecimiento de la cadena respectiva.

Por otro lado, gracias a las diferentes contribuciones contractuales que hacen franquiciante y franquiciado, se superan dificultades de orden tecnológico y de costos o financieros, facilitándose la llegada a más sectores o lugares de productos o servicios que han tenido recepción favorable en el mercado.

3. EL FRANCHISING Y OTRAS FORMAS DE CONTRATACIÓN MODERNAS

La figura contractual del franchising se ha ido tipificando cada vez más, de modo que en la actualidad hay mayor claridad en cuanto a su alcance y autonomía. Como se aprecia de un simple examen de su estructura, contiene aspectos que, de alguna manera, constituyen también materia de otras figuras jurídicas. Entonces, aparece de conveniencia examinar las semejanzas o diferencias con otras formas de contratación, con el objeto de aplicar en su oportunidad las normas legales que sean más adecuadas, teniendo en consideración que no existe una normativa jurídica especial en la legislación nacional sobre la materia; y que, además, no hay unanimidad en cuanto a los límites o tipicidad de la misma. Es útil, por lo mismo revisar, aunque sea someramente, la relación y diferencias que puedan existir entre esta forma de contratación y algunas otras figuras de actual recurrencia en las actividades comerciales.

3.1. EL FRANCHISING Y EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

Para algunos, se estaría en presencia de un contrato de distribución, que tomaría el nombre de franchising cuando existe transferencia de tecnología y uso de marcas⁷.

Sin embargo, el contrato de distribución supone una relación entre un productor y un revendedor, con el objeto de acordar un procedimiento para la reventa exclusiva; en cambio, lo que el franchising busca es la expansión de un producto, mediante un sistema estandarizado, contenido en una fórmula comercial que las partes han creado, que importa beneficios recíprocos, careciendo de importancia la fuente productora del servicio. El franchisor no requiere esencialmente ser el fabricante de los bienes o productor de los servicios: simplemente puede detentar la condición de inventor o dueño de una idea, de una patente, de un know how.

⁷Alvaro Puelma A., *Contratación comercial moderna*, Ed. Jurídica de Chile, 1991, pág. 8.

3.2. FRANCHISING Y CESIÓN DE PATENTE

La cesión de patente supone la enajenación absoluta e irrevocable de la propiedad de la patente y de todos los derechos que la ley reconoce al propietario industrial. No corresponde al concepto aceptado del franchising. Se trata, entonces, de dos figuras con diferentes objetos; pero nada obsta a que las partes, las adecuen a sus intereses, pactando las estipulaciones correspondientes.

3.3. FRANCHISING Y KNOW HOW

La expresión know how o “saber cómo”, literalmente, alude a conocimientos especializados sobre materias o procesos tecnológicamente calificados, susceptibles de ser traspasados mediante servicios o asesoría profesional. En este entendido, el know how puede ser transferido, pero ello no implica la existencia de una franchising. Al contrario, usualmente la operación de franchising comprende la inclusión del know how, relativo al producto o servicio materia de la operación⁸.

3.4. FRANCHISING Y SUMINISTRO

Por medio del contrato de suministro, se satisfacen necesidades de carácter colectivo y permanentes, propias de la vida comunitaria, como son, por ejemplo, las relativas a los servicios de agua potable, electricidad, gas, teléfono y otras. Es posible, en consecuencia, que a un contrato de franchising se incorpore una estipulación que imponga al franchisee o franquiciado la obligación de aprovisionarse de la producción del franchisor o franquiciante, con exclusión de otro proveedor. Lo anterior, aparece más claramente en los casos en que forma parte de la operación de franquiciante la distribución de bienes de carácter mueble, pues siendo de interés del franchisor la extensión de la cadena de establecimientos relativa a su marca y producto, excluyéndose la comercialización de otros semejante, impone al franquiciado la cláusula de exclusividad de compra.

4. EL FRANCHISING Y LA LEGISLACIÓN CHILENA

Dada su complejidad, el franchising escapa a las figuras o tipos clásicos de contratos nombrados por el legislador; comprende aspectos variados y de naturaleza distinta, propios de diversos otros contratos y operaciones, pero igualmente resulta un medio o herramienta eficaz para satisfacer las necesidades de las partes y materializar el acuerdo de voluntades. Por lo mismo, cabe calificarlo como un contrato, pero de naturaleza atípica⁹.

⁸Paiva, Gabriela, *Aspectos jurídicos y económicos de la transferencia de tecnología*, Ed. Jurídica de Chile, 1991, pág. 90.

⁹López Santa María, Jorge, *Los contratos*. Parte General. Ed. Jurídica de Chile, 1986, pág. 99.

También se sostiene, que es una operación y no un simple contrato, que involucra una serie de actos jurídicos que lo integran o le sirven de soporte, tales como el contrato de licencia sobre uso de marca comercial, el contrato de suministro de know how o “saber cómo” y otros¹⁰.

Como ocurre con otras figuras jurídicas modernas, la legislación chilena no contiene una normativa que regule esta forma de contratación.

Lo anterior, no obsta a que pueda celebrarse el contrato, teniéndose en consideración las normas legales comunes, que autorizan la celebración de cualquier tipo de convención o contrato, siempre que no se atente a la moral o al orden público.

Encuentra especial amparo esa capacidad de contratación en el principio clásico de la autonomía de la voluntad, contenido en el artículo 1545 del Código Civil, que permite a los contratantes crear los derechos y obligaciones que estimen necesarios, prevenir conflictos y anticipar mecanismos de solución, y convenir en ellos¹¹.

Así, no ha producido controversia jurídica el ingreso y desarrollo de esta forma de contratación en Chile.

El proceso, sin embargo, ha sido lento tanto por la reticencia ante procedimientos nuevos como al desconocimiento de su real operatoria. Las primeras operaciones que se registran en Chile con este sistema datan de hace unos 20 años.

En los últimos años, se ha advertido un ritmo de crecimiento mayor. A la fecha la lista de franquicias supera las 70 empresas, con más de 700 locales en todo el territorio. Incluso, hay empresas netamente nacionales que han optado por extender su cadena de locales, mediante el sistema de franchising, estimuladas por el auge económico que vive el país y la apertura hacia los mercados internacionales¹².

¹⁰Sandoval Ricardo, *Ob. cit.*, pág. 90.

¹¹López Santa María, Jorge, *Ob. cit.*, pág. 165.

¹²Sobre las empresas que a nivel mundial han optado por recurrir al franchising como estrategia de crecimiento, como también en relación con las empresas que operan en Chile con ese sistema, cfr. los rankings que figuran en la publicación citada en la nota 3, los que contienen nombres, país de origen, rubro que se explota, monto de royalties, etc.

