

# LA FRANQUICIA

por

*CARLOS LOPEZ FERNANDEZ*

## SUMARIO

- I. Noción: Aspectos generales: 1. Noción funcional y noción descriptiva. 2. Historia y evolución. 3. Factores económicos que explican el éxito de la franquicia, Standarización; publicidad y propaganda; contralor de calidad y costos. Alteraciones que puede sufrir el concepto común del contrato. Otras limitaciones.
- II. El contrato: su categorización; el haz obligacional del contrato. 6. Naturaleza contractual; categorización; contrato de duración. 7. El haz obligacional. 8. Elementos de lugar y tiempo. El plazo. El lugar o espacio. 9. Previsiones para el caso de incumplimiento.
- III. Importancia de la franquicia y problemática que plantea: 10. Es un contrato tecnológico. 11. Problemas relativos a la llamada transferencia de tecnología. La tecnología del proceso de producción. El "know how". La reserva o secreto. La tecnología del producto. 12. Mejora de la tecnología por el franquiciado. 13. La franquicia del uso de activos incluye el llamado "Good Will".
- IV. Contenido del contrato: 14. Extensión de la franquicia; extensión territorial; plazos; elementos que la integran. 15. Vencimiento del plazo. 16. La contraprestación pecuniaria a cargo del franquiciado. Previsiones a que da lugar. 17. El volumen de ventas. 18. Adquisición de productos o materia prima al franquiciador. El control. 19. Normas técnicas para las ventas. 20. Diseño y decoración del local y muebles. 21. Cláusulas a aplicar en el caso de incumplimiento del franquiciado. 22. El incumplimiento del franquiciador. 23. La legislación aplicable. Cláusula compromisoria. 24. La estipulación de garantías.
- V. Naturaleza del contrato: 25. Contrato civil o comercial; Contrato autónomo y atípico o suma de distintos contratos nominados. 26. Naturaleza comercial. 27. Carácter autónomo y atípico.

## I. NOCION: ASPECTOS GENERALES

1. Encarado desde el punto de vista funcional, La franquicia aparece como una moderna técnica de distribución, en la que se combinan las ventajas de la concentración empresarial y las economías de escala con las de una gestión empresarial independiente.

La instrumentación de la figura la revela como una modalidad de integración empresarial con la finalidad de obtener una distribución de determinados bienes o servicios con el objeto de lograr un mayor crecimiento de la explotación, lo cual impone la necesidad de delimitar la esfera de intereses de los productores, distribuidores y comerciantes y, eventualmente también de los consumidores.

Por medio de la franquicia se crea una red de distribución uniforme a través de mecanismos flexibles y menos costosos que otras formas de concentración empresarial, como la fusión. Para ello es necesario utilizar y recurrir a una serie de elementos de muy importante significación teórica y práctica, que involucran, más allá de lo económico, cuestiones jurídicas de gran relevancia, como derechos de exclusividad, convenios de asistencia técnica, utilización de marcas y logos, organización y contralores contables, venta de insumos, contralor de calidad de productos no suministrados por el franquiciador, acondicionamientos arquitectónicos y decorativos, etc. y el otorgamiento de garantías de parte del franquiciado.

Una noción descriptiva de la franquicia permite considerarla como un tipo contractual por el cual una parte, productora o distribuidora de bienes o servicios, o de ambos, llamada franquiciador, confiere a la otra, llamada franquiciado, el derecho al uso de una marca, un nombre comercial, logos, diseños y aún otros elementos que constituyen un activo esencial para el negocio de éste, así como la aplicación de determinados procedimientos operativos, todo lo cual debe ser utilizado por el franquiciado en el desarrollo de su actividad comercial conforme a las indicaciones y parámetros impuestos por el franquiciador quien, a esos efectos, asiste y controla en forma continuada al franquiciado; y éste a su vez, se obliga a pagar al franquiciador una compensación pecuniaria que puede ser fija (inicial o periódica), porcentual (royalty) o combinada (fija y porcentual).

2.- La franquicia se comenzó a usar en el siglo XIX en los EE.UU. de Norteamérica, donde alcanza, en la actualidad, una enorme expansión al extremo de considerarse que la tercera parte de las ventas al menor se realizan a través de la franquicia; y que el setenta y cinco por ciento de las ventas por franquicias se efectúan en las áreas de venta de automóviles y camiones, estaciones de servicio y embotelladoras de bebidas sin alcohol<sup>(1)</sup>.

De ser empleada inicialmente en el comercio interno, en la actualidad la franquicia se ha desarrollado con gran amplitud en el comercio internacional, celebrándose contratos entre empresas de diferentes países, existiendo organizaciones que actúan a nivel mundial y giran en un gran número de Estados.

---

<sup>(1)</sup> En este y otros aspectos se ha seguido la publicación del Prof. Cr. Tomás Garrido "Modalidad del Comercio Internacional".

La cadena de producción y venta de hamburguesas Mc. Donalds (en el orden alimentario) y la de los Hoteles Holiday Inn (en el sector servicios), ambas a nivel internacional, son ejemplos de la difusión y aplicación práctica de esta modalidad contractual.

Cuando la franquicia se emplea por empresas de diferentes Estados se ha constatado, en alguna oportunidad, la existencia de dificultades de adaptación de los consumidores del país del franquiciado al producto ofrecido, o a las modalidades o métodos de comercialización, etc. Así, en Italia, una cadena de fabricación y venta de hamburguesas debió clausurar su actividad luego de experimentar fuertes pérdidas. En esos casos es necesario introducir importantes y muy variadas modificaciones o en el producto ofrecido o en los sistemas de distribución. En cambio en el Japón, país de tradiciones y costumbres inveteradas, la empresa Mc Donalds obtuvo en forma prácticamente inmediata un éxito multitudinario que obligó a multiplicar rápidamente las bocas de salida con la instalación de otras similares a las del modelo original.

3.- Los tres factores económicos fundamentales que aseguran el éxito de la franquicia en el orden nacional y lo determinan en mayor o menor grado en el orden internacional, requiriendo en su caso las adaptaciones y adecuaciones necesarias para lograr la asimilación por los consumidores del país del franquiciado, son: a) la standarización del producto o servicio prestado; b) campañas promocionales y de publicidad que permiten una rápida y prácticamente inmediata identificación del producto o servicio ofrecido; y c) un efectivo contralor de calidad del producto o servicio y de los costos operativos para asegurar precios óptimos de comercialización en relación a los otros del mismo orden o rubro.

En algunos casos, como está ocurriendo en la actualidad en la explotación hotelera (sector de servicios) y en forma particularmente intensa en la actividad internacional, se registra una alteración o modificación de la franquicia típica, donde el contrato adopta más bien el tipo de contrato de administración, con autorización o no para usar el nombre de la caden hotelera.

En otros casos se imponen limitaciones específicas respecto de los locales en los que se puede comercializar el producto cuando se trata de marcas de reconocido prestigio internacional. Así, por ejemplo, sólo puede comercializarse ese producto en determinadas galerías o comercios de gran prestigio nacional o internacional (Galerías Lafayette en Francia, El Corte Inglés en España, Macys o Bloomingdale en los EE.UU., Alto Palermo en Buenos Aires, etc.).

4.- La franquicia puede otorgarse con carácter territorial (nacional, departamental, provincial o estadual en los Estados federados, o aún reducida a una ciudad determinada), o por boca de salida.

En el primer caso las partes pueden acordar el número de locales o bocas de salida que deberán instalarse; o su cuantificación o ubicación, etc. puede quedar a juicio del franquiciado.

En el segundo caso se requiere que franquiciador y franquiciado (pudiendo ser éste distintas personas físicas o jurídicas) celebren un contrato de franquicia para el establecimiento de cada nuevo local.

En cualquiera de las dos modalidades es importante que el contrato reglamente todo lo relativo al establecimiento de nuevas bocas de salida: por ejemplo, prohibiendo instalar una nueva boca a menos de mil quinientos o tres mil metros de otra ya instalada.

5.- Como balance final de los aspectos generales de esta novel modalidad de distribución y comercialización de bienes y servicios puede decirse que es una figura en expansión que podríamos considerar típica de la sociedad de consumo y, por ello mismo, esa expansión se verifica con más intensidad internamente en los países desarrollados e internacionalmente entre ellos o desde éstos a los países en desarrollo.

Incluso en algunos países (es el caso de Bélgica) este contrato ya cuenta con legislación especial y, en otros, existe un tratamiento jurisprudencial y doctrinario que demuestra el desarrollo y la utilización práctica del instituto, como ocurre en Francia, Alemania e Italia, y también en España, debiendo señalarse particularmente los criterios sentados por la Comisión y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, lo que pone también en evidencia la utilización del instituto entre los estados miembros.

Todo ello hace suponer que la franquicia está llamada a tener en un futuro próximo, una aplicación mucho más intensa, tanto desde el punto de vista interno como internacional, en los países de Latinoamérica, actuando estos países como franquiciadores, a pesar que en la actualidad son contados los ejemplos que pueden mencionarse: restaurantes de comida argentina en algún país europeo (Alemania y Suiza) y de comida mejicana en EE.UU.

Los sectores productivos donde existe una mayor tendencia a la expansión son, además de los tres ya mencionados por comprender las tres cuartas partes de las ventas por franquicia en los EE.UU., el sector de la alimentación, vestimenta, electrodomésticos y otros.

En el sector servicio ya se mencionó la hotelería y puede agregarse el "resort" o aprovechamiento de "suites" y apartamentos por la modalidad de "tiempo compartido" o similar.

## II. EL CONTRATO: SU CATEGORIZACION; EL HAZ OBLIGACIONAL

6. Ya se determinó la naturaleza contractual de la franquicia.

Atendiendo a su ubicación dentro de las categorías contractuales más comunes, puede decirse que es un contrato bilateral, oneroso, conmutativo, consensual, principal.

Como ocurre frecuentemente con otras especies contractuales se le adosan o anexan diversos tipos de garantías para asegurar al franquiciador el cumplimiento de las obligaciones a cargo del franquiciado.

Sin el otorgamiento de las garantías es muy difícil que el contrato llegue a concretarse; ya se verá, más adelante, porqué.

La franquicia es, también, un contrato de duración o de tracto sucesivo dado que el aprovechamiento de los bienes y elementos cuyo uso se concede al franquiciado se prolonga necesariamente en el tiempo, durante todo el plazo pactado en el contrato o durante el tiempo de vigencia del mismo.

De este modo el factor tiempo constituye un elemento esencial de la franquicia.

En estos contratos de duración o de tracto sucesivo (llamados también de ejecución continuada o periódica, o de cumplimiento continuado o periódico), se produce la satisfacción de un interés durable del acreedor, o dicho de otro modo, la obligación u obligaciones de ambas o, al menos, de una de las partes, no puede cumplirse instantáneamente. (Esto es suficiente para distinguir los contratos de duración de los contratos de ejecución instantánea cuando en ellos se pacta el cumplimiento diferido o fraccionado de una obligación que puede cumplirse instantáneamente, pero cuyo cumplimiento se divide o posterga para facilitar el cumplimiento del deudor y en las cuales el elemento tiempo no es un elemento esencial sino accidental, que debe ser estipulado por las partes).

7. El haz obligacional que nace de este contrato impone recíprocamente una multiplicidad de relaciones jurídicas que atribuyen derechos (créditos) y obligaciones (deudas) a las dos partes.

Fundamentalmente se confiere al franquiciado el derecho de usar la marca, el nombre comercial, los logos y diseños así como otros elementos que también se le otorgan e, incluso, la utilización de determinadas modalidades de comercialización, todo lo cual caracteriza e identifica la actividad comercial del franquiciador y de sus productos cuya fama y prestigio, que se reflejan en el favor del consumidor, es aprovechado por aquél.

Tales derechos se atribuyen al franquiciado para ser utilizados en una actividad comercial que ha de funcionar en un determinado local o en múltiples establecimientos comerciales o industriales, ubicados en ciertas zonas, ciudades, localidades, departamentos, provincias o país, pudiendo pactarse o no cláusulas de exclusividad a favor del franquiciado.

Quiere decir que, frente al derecho del franquiciado de usar todos aquellos bienes que el franquiciador ha impuesto a nivel local, nacional o internacional en el comercio que se le permita instalar al franquiciado, éste asume la obligación de establecer una o más bocas de salida por un plazo determinado y comercializar un número mínimo de unidades o efectuar la prestación de una determinada cantidad de servicios en una unidad de tiempo preestablecida y por un precio generalmente predeterminado o determinable según parámetros acordados.

El franquiciado como contraprestación por el aprovechamiento que se le confiere de los derechos y bienes comprendidos en el contrato y por los conocimientos y directivas que se le imparten respecto al proceso de producción y comercialización, se obliga también a pagar al franquiciador una suma de dinero determinada, generalmente pagada fraccionadamente por unidad de tiempo o porcentaje de la facturación (royalty) que se liquida periódicamente en las oportunidades establecidas; y que puede revestir la modalidad mixta de una cantidad determinada y un porcentaje, como ya se expresó

Es muy frecuente que se imponga al franquiciado la obligación de adquirir todos los productos o, por los menos, determinado porcentaje de ellos al franquiciador pudiendo, en el segundo caso, el franquiciado producir todo o parte de los restantes con materiales adquiridos al franquiciador quién queda facultado para designar controladores de calidad de los productos no fabricados por él.

Es prácticamente de la esencia de la franquicia que la fabricación del producto y su comercialización o la prestación de los servicios se realice conforme a las especificaciones técnicas y empíricas establecidas en el contrato, o en pliegos o manuales operativos que forman parte de él.

También se suelen establecer requisitos arquitectónicos o decorativos que permitan una fácil identificación del local de comercio como integrante de la cadena de los productos que comercializa o de los servicios que presta.

Hay sistemas "standart" de contabilidad, de contratación del personal, de adiestramiento del mismo y muchos otros aspectos de la actividad comercial (sistemas de compra, de venta, rebajas especiales de precio -por ejemplo, por fin de temporada-, etc.) todo lo cual debe ser observado por el franquiciado e integra, por consecuencia, las obligaciones a su cargo.

En función de la complejidad de las obligaciones a cargo del franquiciado, el franquiciador puede establecer que se reserva el derecho de contralor o supervisar en forma permanente la ejecución del contrato, por lo menos, de realizar controles periódicos, auditorías, etc., o de realizarlos a través de la obligación del franquiciado de presentar informes periódicos.

8.- Constituyen dos elementos fundamentales en todo contrato de franquicia, el plazo (tiempo) y el lugar (espacio) en los cuales tendrá aplicación.

Ya se dijo que la franquicia es un contrato de duración que requiere por ello de un tiempo para su ejecución y cumplimiento.

Como el franquiciado, y a veces también el franquiciador (pero normalmente el primero) debe efectuar inversiones de capital más o menos importantes según la entidad del contrato, las ganancias que se prevén, las exigencias del franquiciador, etc., naturalmente que es del interés del franquiciado pactar un plazo lo suficientemente extenso como para hacer redituable el capital empleado.

De manera que es posible que al franquiciado le interese estipular un plazo extenso.

El plazo sigue en este contrato, a falta de estipulación legal expresa, los principios generales y obliga, por tanto, a ambas partes. No es frecuente que se pacte que el plazo beneficie a una sola de las partes.

Es más factible, en cambio, que se prevea la renovación del plazo original por voluntad unilateral de alguna de las partes (es más probable que sea por voluntad del franquiciado).

Si la franquicia fuera de duración indeterminada, enfrenta a las partes a los problemas de la denuncia y resolución del contrato, por lo que es preferible en estos casos que las partes prevean y reglamenten la posibilidad de un preaviso, así como los derechos y obligaciones que corresponden a cada una al momento de la extinción del contrato. Esto mismo deberá reglamentarse cuando se ha pactado un plazo, a fin de regular la liquidación de la actividad.

En cuanto al lugar o espacio que abarca el contrato puede ser más o menos extenso y aún puede consistir exclusivamente en el establecimiento de un solo local comercial (una sola boca de salida).

Concedido para un determinado espacio (por ejemplo la ciudad de Montevideo) puede otorgarse al franquiciado la facultad de abrir determinado número de locales, o aun puede imponérsele que establezca un número determinado o un número mínimo de bocas de salida.

Si la franquicia no se concede en exclusividad, lo más probable es que se establezca la prohibición al franquiciador de otorgar una nueva franquicia a otro franquiciado si no es fuera de una zona de exclusión que se determina tomando como centro la ubicación del establecimiento del primer franquiciado.

Es una obligación de no hacer que asume el franquiciador semejante a la prohibición de establecerse que se impone al enajenante de un establecimiento comercial.

También es posible que se conceda al primer franquiciado la prioridad o preferencia para establecer nuevos locales en la oportunidad que el franquiciador estime conveniente.

9.- Por último, en el contrato han de pactarse los derechos y obligaciones que correspondan a cada parte en caso de incumplimiento del contrato por una de ellas. Ello supone establecer una serie de cláusulas de estilo en aquellos contratos cuyo contenido obligacional queda en todo o en parte pendiente de cumplimiento para un momento ulterior al de su perfeccionamiento, tales como la cláusula penal, la de domicilios especiales, como ocurre en la mayor parte de estos contratos, obligaciones dinerarias pendientes), caducidad del plazo si correspondiere, restituciones si las hay, cláusula de gastos judiciales o extrajudiciales originados por el incumplimiento, etc.

Naturalmente que el haz obligacional del contrato, que, como se ve, impone y otorga múltiples obligaciones y derechos para ambas partes es, en la realidad como se verá, mucho más complejo y completo que lo expuesto en esta idea general que se da de él.

### **III. IMPORTANCIA DE LA FRANQUICIA Y PROBLEMATICA QUE PLANTEA**

10.- La franquicia es, pues, uno de los contratos llamados modernos que tiene puntos de contacto con otras figuras contractuales que suelen englobarse bajo la denominación genérica de contratos de transferencia de tecnología o de transmisión de tecnología o contratos tecnológicos.

La franquicia se conecta, en especial con el contrato de licencia o "licensing", por lo cual muchas de las dificultades de orden práctico que se plantean en la franquicia son comunes al "licensing" o a alguna otra de las nuevas figuras.

11.- En primer término se plantean problemas relacionados con la transferencia de tecnología, lo que consecuentemente genera la cuestión muy delicada de la preservación de la propiedad intangible.

La concesión del uso de bienes que integran la propiedad intangible crea la necesidad de incluir en el contrato, mediante la inserción de cláusulas específicas, la defensa o protección de los derechos del franquiciador respecto de su propiedad intangible. Esta comprende una variedad de derechos que constituyen la denominada propiedad industrial, la propiedad literaria y artística, marcas, signos, denominaciones, rótulos, logos, etc. tanto industriales como comerciales y una serie de procedimientos técnicos que carecen de la protección legal porque no están patentados y que, por consiguiente, son los que necesitan de mayor protección e imponen al franquiciado la obligación de guardar el secreto respecto a su constitución.

La necesidad de mantenerlos en secreto es precisamente lo que priva a esos conocimientos de ser patentados o registrados a fin de preservar más eficazmente el secreto de aquello que, en definitiva, puede encerrar el éxito de la actividad industrial o comercial, o puede suceder, también, que no sean susceptibles de ser patentados.

Como todos esos elementos, cuyo uso por el franquiciado no solamente es permitido por el contrato sino aun facilitado por él, no pueden ser difundidos y en tanto constituyan aspectos que involucren transferencia de tecnología del proceso de producción y, aun en ciertos casos, técnicas y modalidades de comercialización, están sujetos a secreto que debe guardar el franquiciado, lo que implica otra obligación a cargo de él.

Para las empresas que actúan como franquiciadoras, su tecnología y todos aquellos elementos que integran la propiedad industrial (patentes, marcas, modelos, etc.), la propiedad intelectual (derechos de autor, sobre obra artística, etc.) y, en general, todos los que no son sino aspectos de la propiedad intangible, incluidos los que constituyen el denominado "know how", componen una parte esencial de su activo por lo que es preciso salvaguardar en el contrato la integridad de esos derechos.

La tecnología del proceso, cuya transferencia al franquiciado esta ínsita en el contrato, sino en su totalidad al menos en una parte muy importante, tiene que ver con el proceso de producción, si se quiere con la manera de producir.

La transferencia de la tecnología del proceso está constituida, precisamente, por la transferencia de todos aquellos recursos técnicos que permiten mejorar en algún aspecto la producción y, de una manera más general, el resultado de la explotación. Conviene aclarar que cuando se alude a la transferencia de la tecnología no se quiere expresar con ello que, en la franquicia, se produzca una enajenación de los derechos y elementos tecnológicos comprendidos en el contrato, sino meramente la concesión de un derecho de uso de esa tecnología a favor del franquiciado.

Normalmente la tecnología del proceso productivo involucra aspectos muy importantes del "know how", ya mencionado, concepto éste que es más amplio porque comprende, además de conocimientos relativos al proceso industrial, todo el conocimiento sobre la forma, medios y métodos obtenidos por la más novel experiencia, técnica y práctica, relacionados con la gestión comercial, contable, financiera, etc. involucrados en toda la actividad contenida en el contrato.

La transferencia de la tecnología del proceso productivo determina, como se dijo, la inclusión en el contrato de cláusulas que obligan al franquiciado a guardar absoluta reserva sobre la información que recibe, sin perjuicio de ciertas fórmulas o procesos que no transmite al franquiciado, quien no podrá producir el producto por sí solo y debe recibir del franquiciador la parte del producto cuyo secreto de producción desconoce.

La tecnología del proceso de producción supone, en consecuencia, aplicar a la producción, o también a la producción y comercialización, una tecnología dada que debe superar corrientemente, para que tenga interés y valor económico (industrial y comercial), a la tecnología usualmente utilizada en la producción u obtención y comercialización de ese tipo de bienes.

La tecnología del proceso productivo permite determinar conceptualmente otra noción vinculada, o más bien derivada de aquella, que es la tecnología del producto.

Por tecnología del producto debe entenderse las características que obtiene el producto por empleo de la tecnología utilizada. Es pues, el resultado de la tecnología del proceso aplicado a la producción, en tanto ese resultado permitió obtener un producto que lo hace más competitivo, por ejemplo por su mejor calidad, o por su menor costo, peso, tamaño, mayor rendimiento, mayor capacidad de uso, mayor resistencia o duración, etc.

12.- Otra cuestión importante que puede plantear la franquicia es la relacionada con la mejora de la tecnología del proceso obtenida por el franquiciado partiendo de la tecnología que le facilitara el franquiciador. Esas nuevas mejoras en el proceso pueden hacer inaplicable la producción en base a aquella, es decir, en base a la tecnología facilitada por el franquiciador.

Ello determina que en algunos contratos se incluyan cláusulas que regulen el uso compartido de tecnologías posteriores obtenidas por el franquiciado como consecuencia de la tecnología adquirida al franquiciador. Si bien esta situación es más factible de que ocurra en otros contratos como en la licencia (licensing), puede ser conveniente pactarlas en las franquicias, o por lo menos en ciertos casos.

13.- La transferencia del uso de activos del franquiciador al franquiciado incluye todo lo comprendido en el llamado "Good will" que es el valor que ha adquirido, en este caso, la empresa del franquiciador, que excede de sus activos tangibles.

En el "goodwill" se engloban elementos que están comprendidos en la propiedad intangible, en función de los cuales se constituye su concepto, y que implica considerarlos con un sesgo que amplía el valor comercial del conjunto.

Normalmente el "goodwill" se genera por la trascendencia o impacto al público de la actividad desarrollada por el franquiciador; por el favor de los consumidores hacia los productos elaborados por éste (lo que lo aproxima al derecho de clientela pero es más amplio que éste); y también puede conformarse o configurarse a través del uso de una marca (pero, también, es más que ésta). Es algo así como la imagen del producto que determina la canalización de la demanda de ese tipo de productos a través de una marca determinada, lo que en alguna medida provoca la asimilación del tipo de productos con esa marca, o alguna otra situación semejante que valore la explotación, como ser la fama o prestigio adquirido por la empresa del franquiciador.

#### **IV. CONTENIDO DEL CONTRATO**

14.- Franquiciador y franquiciado deben determinar, en primer lugar, la actividad y los derechos que aquél permitirá explotar a éste (producir y vender, sólo vender, etc.), en qué circunscripción o área territorial podrá actuar, si le concede o no exclusividad, determinando el número de bocas de salida que el franquiciado puede abrir o si podrá abrir las que estime conveniente, o el número mínimo o máximo que podrá establecer, plazo en el que debe proceder a la apertura de las bocas y plazo de duración del contrato, y el derecho del franquiciado de utilizar en la venta de los productos, la marca, nombre comercial, logos, etc., del franquiciado.

15.- En segundo término deberá establecerse que es lo que ocurrirá al vencimiento del plazo contractual, si se renovará automáticamente y, en ese caso, si cualquiera de las partes podrá poner fin al contrato mediante un preaviso, u otra solución que acuerden.

16.- Inmediatamente se deberá determinar la contraprestación pecuniaria correspondiente del franquiciado, o sea la suma de dinero (precio o renta) que éste debe pagar al franquiciador y la forma de pago, que puede revestir la modalidad que determinen las partes (royalty o porcentaje sobre las ventas, sumas fijas pagaderas en una prestación o periódicamente, o combinación de varias de ellas, etc.).

Ello obliga también, a conferir al franquiciador facultades de contralor de la contabilidad y de los costos operativos, determinar las potestades de supervisión,

auditorías, etc, reservándose el franquiciador la designación de la firma auditora o de quien ha de realizar los controles establecidos, estipulándose, generalmente, que los costos de esos contralores, inclusive los honorarios profesionales, serán de cargo del franquiciado; deberá preverse igualmente, la oportunidad o momento en que deberán efectuarse los mismos.

17.- Luego se precisará el número mínimo de unidades que el franquiciado se obliga a producir o vender (o ambas cosas) en determinado período (p.ej. por mes) o, de alguna manera indicar el volumen mínimo de ventas que deba alcanzar el franquiciado. Igualmente se podrá establecer el precio mínimo de venta de cada unidad o el porcentaje mínimo de ganancia, etc.

18.- Es importante que se estipule en el contrato que el franquiciado sólo podrá vender productos elaborados o confeccionados por el franquiciador, o elaborados por el franquiciado con materia prima que adquiera al franquiciador o, por lo menos, en un porcentaje no inferior a un tanto por ciento de su costo de producción; estableciéndose disposiciones relativas al control de calidad de los productos no adquiridos al franquiciador.

19.- Es frecuente que se pacte acerca de las normas técnicas a aplicar para la venta de los productos, lo que ocurre, más frecuentemente, cuando la franquicia recae sobre productos alimenticios directamente al consumidor tal como en los comercios de venta de hamburguesas y similares.

20.- En muchos casos la franquicia supone el establecimiento de bocas de salida en locales diseñados y decorados de una manera standarizada establecida por el franquiciador, por lo que el franquiciado deberá respetar las indicaciones que se le efectuaren sobre el particular empleando los planos, logos y demás elementos decorativos y distintivos que se le suministren, así como adoptando el diseño de los muebles, colores, modelo, etc. y otras especificaciones como, por ejemplo, superficie mínima del local, guarderías o rincones infantiles, etc.

21.- Por último, y sin perjuicio de muchos otros aspectos del negocio que pueden acordar las partes, es de importancia la reglamentación de las sanciones a aplicar al franquiciado en caso de incumplimiento.

Estas pueden consistir, cuando corresponda, en sanciones pecuniarias periódicas en caso de no cumplir en el plazo estipulado para la apertura de las bocas de salida, por ejemplo; la imposición de intereses moratorios si se produce atraso en el pago de las compensaciones pecuniarias debidas por el franquiciado, pudiendo llegarse en el caso de atrasos prolongados o reiterados, a la resolución del contrato con imposición de una cláusula penal que deberá pactarse.

En caso de que exista incumplimiento del franquiciado de otras obligaciones a su cargo podrá establecerse, a opción del franquiciador, penas pecuniarias periódicas (astreintes convencionales) durante el lapso del incumplimiento o rescindir el contrato por culpa del franquiciador imponiéndole el pago de la cláusula penal establecida.

Podrá pactarse la rescisión de pleno derecho y se estipularán las cláusulas comunes que se establecen en previsión de que se incumplan las obligaciones asumidas por las partes (mora, domicilios especiales, caducidad de los plazos, solidaridad si corresponde, indivisibilidad, valor de las comunicaciones efectuadas por telegrama colacionado, gastos originados por el incumplimiento, restituciones si corresponden), sin perjuicio de otras ya indicadas.

22. El incumplimiento por parte del franquiciador, que normalmente será menos frecuente, deberá reglamentarse facultando al franquiciado a rescindir el contrato con imposición a aquél de la cláusula penal prevista, pudiéndose pactar en este caso también la rescisión de pleno derecho del contrato por incumplimiento.

23. Puede pactarse que las controversias que surjan entre las partes deberán dirimirse en juicio arbitral (cláusula compromisoria) e indicarse el número de árbitros y forma de designación.

En el caso de una franquicia internacional deberá pactarse cual es la legislación aplicable en caso de controversia; parece más conveniente estipular que se aplicará la legislación uruguaya cuando el domicilio del franquiciado es en nuestro país.

24. Tratándose de un contrato de tracto sucesivo que implica la prolongación de su ejecución y cumplimiento en el tiempo, es sumamente conveniente estipular contratos accesorios de garantía para asegurar al franquiciador el cumplimiento de las obligaciones que asume el franquiciado.

## V. NATURALEZA DEL CONTRATO

25. Esta cuestión puede plantearse desde un doble punto de vista.

En primer término, decidir si el contrato de franquicia es un contrato civil o comercial.

Y, en segundo término, debe examinarse si se trata de una figura contractual autónoma constituyendo, por ende, en nuestro derecho un contrato innominado, o si carece de individualidad jurídica propia y debe considerarse un contrato complejo que se subsume en diferentes tipos de contratos nominados (cesión de derechos, arrendamiento de bienes incorporeales, compraventa, etc.).

Dentro de quienes sostienen esta última posición, admitiendo la naturaleza compleja del contrato de franquicia, hay quienes dicen que no puede ser reducido a la suma de los elementos que lo integran y debe considerarse un contrato innominado.

26. La franquicia constituye, sin duda, uno de los tantos contratos innominados que se han ido creando con la práctica y el ejercicio de la actividad comercial e industrial y como consecuencia de los adelantos técnicos y de los conocimientos científicos que han propiciado la obtención de nuevos productos y el mejoramiento de otros, con el fin de que los que tienen interés en el aprovechamiento de esos nuevos adelantos y conocimientos puedan utilizarlos.

Esa es, en general, no sólo la finalidad del contrato de franquicia, sino también la de ese conjunto de contratos de transferencia de tecnología o contratos tecnológicos en general.

El carácter comercial de estos contratos se desprende, en primer lugar, por la calidad de comerciantes de las partes que los celebran; y, en segundo lugar, por la naturaleza propia de la actividad sobre la que recaen que es claramente una actividad mercantil.

La propia caracterización que se ha dado a la franquicia al comienzo de estas notas, indicando que constituye una modalidad de integración empresarial cuya finalidad es obtener el crecimiento y la expansión de una actividad comercial en determinados rubros de bienes o de servicios, impone considerarlo un contrato de comercio.

Finalmente, para confirmar este aserto, basta señalar que es un tipo de actividad que combina o enlaza la gestión de dos o más empresas con una decisiva finalidad de lucro e implica el ejercicio de una actividad industrial o comercial de intermediación, en tanto el franquiciado celebra el contrato para comerciar con los consumidores o con otros comerciantes.

27. En cuanto a si constituye o no un contrato autónomo o un contrato complejo que se reduce a la combinación de diferentes contratos nominados, sin perjuicio de admitir que el cúmulo de los elementos que constituyen la franquicia y que la integran, por lo menos muchos de ellos, son propios o característicos de determinados contratos nominados, debe concluirse que los elementos que la integran cambian la naturaleza propia de los contratos a que específicamente pertenecen, para formar el todo un contrato autónomo atípico o no reglado que es el contrato de franquicia.