

## FRANQUICIA. LA LEY MODELO DE UNIDROIT

Horacio ROITMAN\*

SUMARIO: I. *El contrato de franquicia*. II. *Unidroit*. III. *Convención o Ley Modelo*. IV. *Ley sobre el contrato o ley sobre la información*. V. *La Ley Modelo*. VI. *El futuro de esta propuesta*.

### I. EL CONTRATO DE FRANQUICIA

El contrato de franquicia, derivado del anglicismo *franchising*, o *franchise* en su derivación francesa, es probablemente, de las nuevas formas de contratación desarrolladas en el siglo, la de mayor importancia. La comercialización de bienes muebles o de servicios, ha encontrado en la franquicia el mecanismo adecuado para el crecimiento de las cadenas de distribución, y la expansión de los puestos de venta a consumidores finales, multiplicando —naturalmente— las unidades vendidas de un mismo bien.

La denominación se origina en la Edad Media. Mediante el *octroi* (o concesión) se acordaba una libertad o un privilegio a una ciudad, una asociación o una persona. Hoy, la cesión a un colaborador independiente del uso de un conocimiento y medios de aprovechamiento de una clientela, han introducido esta expresión en el derecho contemporáneo.

En su evolución histórica hay varios hitos dignos de destacar:

1. Estados Unidos de América, 1892, la Singer Sewing Machine Company organiza una red de ventas de maquinas de coser, según una formula tan original como eficaz, que se tradujo en una fortuna. En

\* Profesor plenario en la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina); miembro de la Comisión de Expertos en Unidroit que elaboró el proyecto de Ley Modelo.

- la disputa hay quien atribuye a F. Woolworth el origen en la venta de productos minoristas que todavía conserva su nombre.
2. En Francia, en 1903, la sociedad Pigier transfiere bajo la forma de concesión, a un concesionario independiente, el conjunto de conocimientos para permitirle dirigir y gerenciar una escuela bajo la insignia y la marca Pigier.
  3. Sin embargo, se adjudica como introductor de la franquicia en Francia en 1929, a La Lanière de Roubaix (del grupo Prouvost Masurel) que comercializa lanas para tejido bajo la marca Pingouim Stemm, por intermedio de boutiques especializadas pertenecientes a comerciantes independientes, bajo la identificación Pengouin.
  4. Si la sociedad Pigier no constituyó el contrato de nuestra preocupación, se ubica en Europa el antecedente más remoto, en Checoslovaquia, donde en 1925 aparece por primera vez la empresa Bata. Es la primera que adquiere una notoria expansión antes de los años 50.
  5. Finalmente, el gran desarrollo comienza a mediados de los sesenta, tanto en los Estados Unidos de América como en Europa, y es, definitivamente, en la última década de este siglo, y con la globalización de la economía, donde se produce una explosión transnacional de productos y servicios comercializados por medio del contrato de franquicia. Desde hamburguesas y gallina frita, hasta productos de belleza, pasando por toda la gama de prendas de vestir, joyas, ropa de cama, bebidas gaseosas, aguas minerales, y una inmensa cantidad de servicios tales como tintorerías a seco, tarjetas de crédito, cajeros automáticos, correos privados, recepción de correspondencia, y cuantas más pueda imaginar la capacidad del hombre. Las estadísticas de la última década, de las que harán referencia nuestros dos ponentes, revelan un porcentaje muy elevado del tráfico a consumidores finales.

El instituto jurídico que analizamos es un contrato, que ha adquirido caracteres comunes derivados de su desarrollo, que hoy son casi un estándar en la instrumentación internacional. Bien se ha dicho en Francia que lo han construido gracias a la intervención de las jurisdicciones, es decir, los tribunales de comercio, las cortes de apelaciones y la corte de casación (se citan como ejemplos: Mage Distribution, 1974; Morvan c.

Intercontinental, 1978; Societé Afer du Rond–point c. Societé Obi–Paris, 1979).<sup>1</sup>

Se resumen esos caracteres en:

1. Método o sistema de colaboración.
2. La creación de una red de puntos de venta para comercializar bienes o servicios.
3. El carácter de “persona (física o jurídica) independiente” del franquiciado.
4. La titularidad de una razón social, un nombre comercial, siglas o símbolos, una marca de fábrica, de comercio o de servicio, así como la existencia de un “know how” puesto a disposición de los franquiciados.
5. La titularidad de productos o servicios, que pueden ser ofrecidos a la venta de una manera original y específica.
6. La transmisión, por el franquiciante, del “conocimiento” (Know how) especializado, y la “asistencia” durante toda la duración del contrato. Deben reunir los caracteres de “secretos”, “sustanciales” e “identificados” (artículo 3o. del reglamento del CEE, 4087/88 del 30.1.88).
7. Explotación obligatoria y total, según las técnicas comerciales uniformes, puestas a disposición del franquiciado.
8. El uso por el franquiciado del nombre, la insignia o logotipo, la marca, y el uso del know how, bajo control del franquiciante.
9. La colaboración recíproca y leal, entre franquiciante y franquiciado, llamados a confrontar sus experiencias para el mejoramiento y mejor desarrollo del producto. El objetivo es el desarrollo acelerado de las empresas contratantes, por la acción común resultante de quienes intervienen y del capital. La lealtad ha sido regulada por ejemplo en los Estados Unidos de América en la Full Disclosure Act (impone a los franquiciantes, el suministro de un dossier de información completo), o la previsión de la Ley Doubin en Francia.
10. La obligación del franquiciante, además de la asistencia, que debe exteriorizarse mediante consejos técnicos, formación del personal y promoción de la marca y sus productos.

<sup>1</sup> Cfr. Matray, Christine, *Le contrat de franchise*, Bélgica, Maison Larcier, pp. 11 y 12.

La práctica ha instituido varios tipos de franquicia. Se esquematizan en:

1. Franquicia industrial: sistema bajo el cual el franquiciado fabrica bajo la marca, asistencia, y normas impuestas por el franquiciante.
2. Franquicia de servicios: Se pone a disposición del franquiciado una fórmula original para prestar esos servicios.
3. Franquicia de distribución: puede tratarse de un productor que distribuye sus productos por intermedio de franquiciados, o sea una central de compras mayorista que revende sus productos bajo su marca y por intermedio de franquiciados.
4. En todos estos tipos de franquicia, hay a su vez, por lo menos dos modalidades: *a)* el *master franchise*, que permite la contratación con quien a su vez otorgará las franquicias en una determinada región, y *b)* la *franchise corner*, fórmula que permite la implantación de una franquicia dentro de una explotación comercial más amplia.<sup>2</sup>

Hay hitos legislativos que quiero destacar:

1. El *Full disclosure act* (21 de octubre de 1979) de los Estados Unidos de América que tiene por objetivo organizar la información a suministrar al futuro franquiciado, de la manera más clara posible. Tiene por finalidad conocer con anterioridad el contrato al que se someterá el franquiciado.
2. La Ley Doubin en Francia del 31 de diciembre de 1989, que incluye una obligación precontractual de información, inspiradas en la ley americana, y si bien no está dirigida exclusivamente a la franquicia, sino a un campo más vasto, prevé un plazo precontractual de veinte días, antes de la firma del contrato definitivo.
3. Desde allí en adelante la progresiva regulación en algunos países, incluso en Europa del Este.<sup>3</sup>
4. La aparición de códigos de conducta fue propiciada por las asociaciones de franquiciantes europeos. Merece destacarse el denominado *Code déontologique de la franchise*, redactado por la Federa-

<sup>2</sup> *Ibidem*, pp. 17 y 18.

<sup>3</sup> Peters, Lena, "Franchising: Le proposte di legge italiane e la legge modello dell 'Unidroit sul «Disclosure». Un confronto". *Dirittio del Comercio Internazionale*, anno XV, fasc. 4, 2002, pp. 761 y 762, notas 1-10.

ción Europea con sede en Bruselas, en vigor desde el 1o. de enero de 1991.

5. La colisión entre el contrato de franquicia y el derecho de la *libre competencia*. Este constituye uno de los temas centrales de preocupación de los regímenes de mercados comunes, al igual que en los países federales como Estados Unidos, Argentina o Brasil, cuyas constituciones aseguran la libertad de mercado como base de sus organizaciones jurídicas. La Corte de Justicia de la Comunidad Europea pudo expedirse entre los años 86 a 88, en los casos Yves Rocher; Pronuptia; Computerland; Service Master; Charles Jourdan. Como consecuencia de estas colisiones, la Comisión de la CEE dictó el Reglamento de Excepciones (núm. 4087/83 del 30.11.88) relativo a ciertos acuerdos de franquicia, sobre las bases que la Corte Europea había sentado en Pronuptia.

En la República Argentina no hay antecedentes legislativos sobre el asunto. Al igual que en los países carentes de legislación, los modelos de la práctica usual son los que han establecido los parámetros dentro de los cuales se orienta la jurisprudencia.

De la República Argentina quiero señalar: a) El fallo de la CSJN en la causa Rodríguez c/ Cia. Embotelladora Argentina, del 15.4.93, en el que se estableció que no hay solidaridad por las obligaciones laborales del franquiciado, lo que es un ejemplo del reconocimiento de actividad independiente del franquiciado. b) El proyecto de ley elaborado en el seno de la Comisión Redactora del Código Civil unificando el derecho privado, que contempla: definición, obligaciones de las partes, plazo mínimo, cláusulas especiales, de exclusividad, inválidas, independencia de las partes y extinción. Se sigue el criterio de la CEE, se optó por la libertad contractual con cláusulas imperativas, y se desechó la corriente que propicia la inscripción de los contratos en una oficina estatal (en alguna medida seguida en los Estados Unidos de América, y que tuviera algún auge hace algunos años en Bélgica donde fue definitivamente desechada).

Las cuestiones relevantes en este contrato son:

La primera, son las implicancias jurídicas que se derivan del contrato en sí mismo: la compraventa, los derechos intelectuales e industriales (marcas, modelos industriales, patentes, etcétera), las relaciones de trabajo, las derivaciones impositivas y la responsabilidad de los operadores, los derechos del consumidor, la responsabilidad por producto defectuoso

y en ambos casos la determinación del civilmente responsable, la eventual ruptura del nexo causal, y finalmente la discusión sobre la indemnización por resolución unilateral del contrato, o el pacto comisorio ejercido por autoridad del acreedor, que frente a contratos no regulados genera polémica sobre preaviso, inversiones no amortizadas, clientela, y similares.

La segunda, es la contribución que ha brindado a la comercialización de productos y servicios, su perfecta inserción en una economía globalizada, dentro de las pautas del libre comercio que es la modalidad distintiva del final de este siglo. La “letra de cambio” en la historia del derecho mercantil es el instrumento que mayor aporte ha brindado a la economía: expandió el tráfico, el crédito, facilitó la compraventa a distancia, y otorgó un instrumento de relevancia dentro del derecho bancario. El “contrato de franquicia” parece estar destinado a movilizar de manera todavía más importante al objeto que más ha desvelado a los comercialistas de todos los tiempos: la venta de la cosa mueble y de servicios al consumidor final. Este contrato presenta tantas facetas singulares y relaciones con el resto de los institutos jurídicos, que en su apariencia lo hacen simple, pero en su examen prospectivo sumamente complejo. Prueba de ello son las múltiples decisiones jurisdiccionales de importancia, que luego derivaron en regulaciones de derecho estricto.

La discusión —hoy— en el auge de su expansión, debe estar centrada, a mi juicio, en torno a los siguientes puntos: *a)* Regulaciones nacionales. *b)* Régimen internacional, que evite el conflicto de leyes. *c)* La adopción de un contrato modelo. *d)* La ley modelo sobre el suministro de información.

Tengo la certeza que, al igual que aconteció con la “letra de cambio” desde la obra de Vivante a fines de siglo pasado hasta las Convenciones de La Haya y de Ginebra, que constituyó el mayor aporte que el derecho comercial hizo al progreso de la economía, con la “franquicia” estamos transitando por el mismo camino, y en condiciones de responder a las exigencias del tráfico.

## II. UNIDROIT

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado es una organización de la que forman parte 58 estados miembros, y tiene como finalidad promover la unificación del derecho entre las naciones.

Entre los aportes más significativos producidos por Unidroit se cuentan la Convención Internacional sobre el Leasing Financiero (1998), la Convención sobre el Factoring (1995), y los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (1994), hoy, de amplia difusión internacional y referencia permanente en el arbitraje.

En 1985, el delegado por Canadá planteó ante el Consejo Directivo la preocupación por los abusos cometidos en su país y que temía se difundieran en otros países en las redes de franquicias.<sup>4</sup>

Recién, en 1994, se constituyó un comité de estudio, y los integrantes llegaron a la conclusión que el instrumento más idóneo no era una *convención* o *ley modelo*, sino *ofrecer una guía* cuya publicación se hizo en 1998.<sup>5</sup>

En 1999 se constituyó un comité de estudio ampliado.<sup>6</sup> Tuvo dos reuniones plenarias, una en diciembre de 1999, y la segunda, en diciembre de 2000; además, un Comité de expertos de los gobiernos de los países miembros en 2001 y 2002 y, finalmente, el Consejo Directivo de Unidroit lo aprobó el mismo año.<sup>7</sup>

### III. CONVENCION O LEY MODELO

La primera discusión del Comité estuvo centrada sobre el documento a proponer al Consejo. Las convenciones internacionales necesitan de un consenso entre los países signatarios que, normalmente, demanda mucho tiempo obtenerlo. Las convenciones resultan más rígidas y, normalmente, no son compatibles con la legislación interna. Además, no resulta necesario contar con una legislación transnacional uniforme, pues la comercialización de cosas muebles o los servicios al consumidor final, como es el caso de la franquicia, poseen diferentes modalidades locales. En una

<sup>4</sup> Peters, Lena, *op. cit.*, nota anterior, p. 764.

<sup>5</sup> *Guide to International Master Franchise Agreements*, Unidroit, Roma, 1998.

<sup>6</sup> Integrado por Oliver Binder (Francia), Michel Brennan (Estados Unidos de América), Andrzej Calus (Hungria), Nicole Van Crombrughe (Bélgica), Aldo Frignani (Italia), Frank Jesse (Estados Unidos de América), doctor István Kiss (Polonia), Alexander Kohnsberg (Canadá), Souichirou Kozuka (Japón), Martin Mendelsohn (Gran Bretaña), Horacio Roitman (Argentina), Albrecht Schulz (Alemania), John Vernon (Estados Unidos de América), Philip Zedman (Estados Unidos de América), Frank Zumbo (Australia), bajo la presidencia de Arthur Hartkamp (Holanda), y la coordinación general por Unidroit a cargo de Lena Peters.

<sup>7</sup> Puede consultarse todo el desarrollo de la Ley Modelo, en la página [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org) y en particular <http://www.unidroit.org/english/franchising/modellaw/s6848e.pdf>.

convención esas modalidades locales habrían significado abstenciones, denuncias parciales o modificaciones, que en su resultado final desnaturarían el instituto.

Por ello, se discutió con variados alcances, que el objetivo se lograría de la misma forma, si se proponía una ley modelo que los países miembros podían adoptar o tomar como referencia para la adopción de su legislación doméstica.

#### IV. LEY SOBRE EL CONTRATO O LEY SOBRE LA INFORMACIÓN

El segundo tema de discusión fue el aspecto sustancial de la Ley Modelo a proponer. El proyecto más ambicioso contemplaba una regulación integral sobre el contrato de franquicia. Como se ha expuesto en el § 1, esta modalidad de comercialización es la reunión de varios contratos (compraventa, suministro, distribución, transferencia de tecnología, patentes, modelos industriales, etcétera) y en su difusión y crecimiento ha entrado en colisión con regulaciones de carácter general (defensa de la competencia, antitrust, abastecimiento, etcétera).

Ese mismo criterio general orientador fue el que resultó de la *Guide to International Master Franchise Agreements*, que constituye una pauta a tener en cuenta en la contratación, y no un compromiso obligatorio.

A estos instrumentos, modernamente, se les ha denominado *soft laws*, es decir, que no teniendo el *imperium* de las leyes efectivamente sancionadas por un Estado, poseen el valor que en otras épocas tuvo el *ius mercatorum*, y que en nuestros días por diversas leyes no escritas se denomina *nuovo ius mercatorum*.<sup>8</sup>

Así, el Comité llegó a la conclusión que en los albores del siglo XXI, sólo un aspecto esencial, y de mucha importancia, era necesario sea regulado para evitar abusos y consolidar el desarrollo del instituto. El *disclosure*, o *suministro de información*, que el franquiciante debe proporcionar al ofrecer el negocio, y los compromisos consiguientes que el eventual franquiciado debe asumir en caso de no suscribir el contrato.

En una de las deliberaciones, pues no había consenso generalizado sobre la necesidad de legislar sobre el *disclosure*, hubo una muy inteligente

<sup>8</sup> Galgano, Francesco, “Lex mercatoria, Shopping del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales”, *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 2003, p. 7 § 247.

discusión en la que se comparó el instituto con la *protección al consumidor*. Así, se dijo que el comprador final en un mercado masificado y globalizado fue adquiriendo derechos que protegían su adquisición (calidad, propaganda engañosa, satisfacción, prueba, etcétera) frente a la empresa organizada; en las relaciones entre *franquiciante* y *franquiciado*, había una posición dominante del primero, que exigía proteger al segundo en los aspectos esenciales del negocio (experiencia, resultados, red, objetivos, exigencias, soporte tecnológico, etcétera).

## V. LA LEY MODELO

La Ley Modelo consta de: *a)* preámbulo, *b)* 10 artículos y *c)* informe explicativo.

*a)* El preámbulo describe los objetivos esenciales: prevención del fraude, acceso a la información, información equilibrada entre las partes contratantes, conductas abusivas, límites a la prueba del abuso, sistema de autorregulación, intervención de organizaciones y asociaciones profesionales, la posibilidad de la adaptación por los estados a sus modalidades locales, y la experiencia positiva que tiene la divulgación de la información.

*b)* Los artículos comprenden los siguientes asuntos:

1. Campo de aplicación (restringido al Estado que lo adopta).
2. Definiciones: actividad, afiliado, contrato de desarrollo, contrato de franquicia, subcontratación, declaraciones que induzcan al error, documento de información, Estado, hecho esencial, derechos concedidos, precio, franquicia principal, modificación importante, omisión, etcétera.
3. Suministro del documento de información. Presentación con una antelación de 14 días a la suscripción del contrato, acompañando la propuesta de contrato, la confidencialidad de la información que se proporciona, el pago no reembolsable o las condiciones de restitución si no se celebra el contrato, y la obligación de actualizar el documento dentro de los 10 días del cierre del ejercicio fiscal del franquiciante.
4. Presentación (forma): por escrito, y con la forma que el franquiciante considere conveniente, a condición de que sea un documento único.
5. Eximiciones. En los casos de concedérselo a un director o administrador del franquiciante, en la hipótesis de cesión de un contrato existente, a quien sea franquiciado y haya estado vinculado por un período de 2

años, renovaciones, y en ciertos supuestos en los que medien determinados montos de inversión.

6. Contenido de la información a suministrar: 1. En general: *a)* razón o denominación social del franquiciante, *b)* marcas de comercio y denominaciones comerciales, *c)* domicilio, *d)* descripción de la franquicia a explotar, *e)* descripción de la experiencia comercial, *f)* nombres y direcciones del personal de dirección y funciones que ejercen, *g)* referencia a condenas penales o constancias de responsabilidad civil en el marco de acciones legales, *h)* referencia a procesos falenciales o similares, *i)* nómina total de franquiciados, filiales de distribución y afiliados, *j)* sus nombres y, domicilios, y directivos, *k)* la nómina de los franquiciados que hubieren cesado en los últimos tres años fiscales, *l)* información sensible sobre los derechos de propiedad, *m)* información sobre las categorías de mercaderías o servicios relativos a la franquicia, *n)* información financiera, con requerimientos específicos en materia de inversiones, modos de financiación, estados financieros disponibles y las bases en que debe sustentarse, *o)* descripción del mercado, estado actual y perspectivas de desarrollo. 2. Las condiciones del contrato, aun cuando ellas consten en el documento modelo: *a)* duración y condiciones de renovación, *b)* programas de formación, *c)* extensión de los derechos de exclusividad, *d)* condiciones en las que puede revocarse la franquicia, *e)* condiciones en las cuales el franquiciado puede rescindir o renunciar al contrato, *f)* restricciones territoriales o a la clientela, *g)* cláusula de no competencia, *h)* anticipos financieros y su reintegro, *i)* remuneraciones o precios, *j)* restricciones relativas a las mercaderías o servicios, *k)* cesión, *l)* elección del derecho aplicable y foro o jurisdicción, *m)* en caso de ser una franquicia principal, quienes son los subfranquiciantes y de más información relativa a las personas.

7. Recepción. Acuse de recepción por escrito del documento de información, por parte del futuro franquiciado.

8. Vías recursivas. Si la información no es suministrada en término, o contiene declaraciones que induzcan a error, o incurra en omisión de un hecho esencial, establece los plazos para las notificaciones, y los plazos máximos para el ejercicio de las acciones tendientes a hacer cesar el contrato, y reclamar las indemnizaciones correspondientes.

9. Vigencia temporal. A los contratos concluidos o renovados después de su entrada en vigor.

10. Renuncias. La irrenunciabilidad por el franquiciado a cualquiera de los derechos contenidos en la ley es nulo.

c) El informe explicativo es un documento de doctrina sumamente extenso, que orienta sobre los alcances que la comisión redactora le asignó a cada artículo. Es explícito por sí mismo y es el marco de referencia obligado para cualquier presentación jurídica. Será un elemento ineludible en las consideraciones que los legisladores efectúen a la hora de discutir la eventual adopción o adaptación de la Ley Modelo.

## VI. EL FUTURO DE ESTA PROPUESTA

La franquicia ha demostrado ser un vehículo eficiente para el desarrollo y expansión de negocios. Las características de unidad de negocio, uniformidad de diseño y modalidad operativa, pueden generar abusos que esta Ley Modelo pretende evitar.

Un adecuado equilibrio entre información a suministrar y deber de confidencialidad del beneficiario aseguran a ambas partes una justa condición de evaluación del negocio, su desarrollo y su futuro.

El éxito del desarrollo y futuro de la franquicia no dependen exclusivamente, de un ordenamiento legal. La decisión del futuro franquiciado depende de una adecuada fuente de información antes de la celebración del contrato, quien a su vez debe ser seleccionado sobre bases de rigurosa evaluación. Ello sólo puede lograrse dentro de un marco que asegure a ambas partes el suministro de información esencial.