
¿Es necesario regular el franchising?

Algunos comentarios más allá de los mitos y la propaganda

Eduardo Benavides Torres

Abogado. Profesor de derecho civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El actual proceso de reforma, aunque los promotores de la misma prefieren hablar de “actualización”, del Código Civil peruano y de sustitución de nuestro obsoleto Código del Comercio por un novísimo Código de la Empresa ha suscitado ya no pocos debates sobre la conveniencia o no de regular los llamados contratos modernos. Y me atrevería a decir que de todos los contratos modernos aquel cuya posible incorporación a alguno de estos códigos mayores entusiasmos desata es precisamente el contrato de *franchising*. En buena parte porque hay quienes piensan que la avalancha de franquicias extranjeras que han venido llegando a nuestro país en los últimos años - y cuya presencia es muy visible en negocios como los de comida rápida y restaurantes, lavanderías, alquiler de videos, etc. - debe tener su correlato en un reconocimiento en el plano de lo jurídico de lo que ya ocurre en la realidad. Para otros el uso creciente de la franquicia por parte de empresarios peruanos representa un reclamo dirigido al legislador para que un adecuado marco legal regulador de los intereses de las partes sea adoptado. Y, finalmente, hay una legión de promotores e intermediarios de franquicias, de aquellos que organizan permanentemente seminarios sobre cómo adquirir franquicias o franquiciar productos, que han iniciado una alegre campaña para lograr una regulación de este contrato con el sólido argumento de que ello ayudará a promover e intensificar el uso de la franquicia en nuestro país.

Este artículo intentará responder a la pregunta de

si es necesario y conveniente regular uno de los contratos de más importante repercusión en el mundo comercial. Para ello, resulta indispensable adentrarnos en el mundo del *franchising* y revisar algunos de los presupuestos en los que se basa la discusión actual sobre el tema: ¿de qué concepto de *franchising* estamos hablando? ¿cuál es el papel que le toca cumplir a este tipo de negocios? ¿cuáles son los intereses en juego? ¿requieren dichos intereses alguna regulación especial?

Empezaremos por lo primero. La discusión suele dar por sentado que existe un concepto único de *franchising* y que en el mercado se maneja un concepto único asociado a la más marketera de sus representaciones como es el *franchising* aplicado al negocio de *fast foods*. Sin embargo, una investigación más detenida permitirá descubrir que bajo un concepto aparentemente único se esconden en realidad muchos *franchising* y que la falta de unanimidad sobre su naturaleza jurídica es precisamente resultado de ello. La evolución histórica del *franchising* nos puede prestar alguna ayuda en comprender qué tipo de relación contractual es la que los empresarios identifican bajo este concepto y cuál es su naturaleza jurídica .

1. LA EVOLUCIÓN DEL *FRANCHISING*: DE LAS MÁQUINAS DE COSER A *PARTNERS FOR PROFITS*.

El término *franchise*, equivalente a “privilegio” o “concesión”, fue tomado del francés por los norteamericanos, aunque sólo a fines del siglo pasado

se restringió el uso de este concepto para designar cierto tipo de operaciones y acuerdos empresariales de cooperación que conllevaban ciertos derechos sobre marcas. A lo largo de los últimos 140 años, el *franchising* ha acompañado la evolución de los negocios minoristas a lo largo del mundo, desde la etapa de integración de los negocios a la descentralización vertical, desde los mayoristas independientes hasta los distribuidores exclusivos. Dentro de este desarrollo del *franchising*, los estudiosos de esta forma de hacer negocios suelen distinguir tres etapas que han dado origen a tres distintas formas de *franchising*:

1.1. El franchising de producto.

En la franquicia de producto, lo que los americanos llamaron *straight product franchising*, el fabricante del producto autoriza al franquiciado a que distribuya su producto, en exclusiva y bajo la marca del franquiciante, en un territorio asignado.

En 1855 *Singer*, la empresa fabricante de máquinas de coser, inicia el primer negocio de franquicia de productos. Convencida que otorgando franquicias a distribuidores locales se podían obtener mejores resultados que con el sistema de agentes viajeros, *Singer* revoluciona el mundo de los negocios logrando que sus máquinas de coser sean comercializadas a lo largo y ancho de todo el territorio norteamericano por comerciantes independientes en condiciones sumamente competitivas y con ahorros administrativos importantes.

La irrupción de la franquicia en el campo automotriz la inicia *General Motors* en 1898. El éxito del sistema introducido por este gigante de Detroit, que inicialmente incluía sólo el nombramiento de *dealers* autorizados bajo la marca GM y que después se amplió a talleres de servicio autorizados, fue rápidamente imitado por *Ford*, *Chrysler* y los demás competidores.

En 1899 *Coca Cola* se encarga de introducir el sistema en su relación con los embotelladores de bebidas gaseosas. Y en los años siguientes el sistema es adaptado a los negocios de estaciones gasolineras.

1.2. El franchising de negocio.

En el *franchising* de negocio, o *business format franchising*, ya no estamos ante una relación comercial

en la que el franquiciante le permite al franquiciado comercializar sus productos bajo ciertos elementos de propiedad industrial del primero, ni siquiera ante situaciones en las que el franquiciante le permite al franquiciado fabricar productos utilizando la marca de aquel, sino que el franquiciado se obliga a imitar la manera de hacer negocios del franquiciante, lo que se conoce como el "formato único". Así, los franquiciarios de *Benetton* ya no sólo fabrican y venden las confecciones de *Benetton* bajo la marca *Benetton* sino que deben reproducir los mismos esquemas de negocio de su franquiciante, desde el decorado de las tiendas con sus característicos pisos de madera hasta los sistemas de facturación.

Pero la empresa a la que se debe el gran desarrollo del *franchising* de negocio es *Mc Donald's*. A comienzos de los años cincuenta los marketeros de *Mc Donald's* llegaron a la conclusión que el fenómeno de migración laboral dentro y fuera de los Estados Unidos les abría un segmento muy interesante de potenciales clientes. Había un número creciente de familias que se mudaban de una ciudad a otra, de la costa este a la costa oeste, del norte liberal al sur conservador, de los estados *waspies*⁽¹⁾ a aquellos de creciente influencia mexicana y centroamericana. Y ese mismo fenómeno amenazaba con volverse más y más importante en la medida que las barreras comerciales entre países fuesen cayendo y el mundo se convirtiese en un solo gran mercado. Los expertos de *Mc Donald's* constataron que el consumidor norteamericano promedio era muy renuente a cambiar sus hábitos alimenticios y que en materia de comidas prefería lo malo conocido que lo bueno por conocer. Así, cuando un poblador de Denver, Colorado, por razones de trabajo debía mudar a su familia a Seattle en la costa oeste o a Nueva York en la costa este, lo primero que buscará será un tipo de comida similar a aquella que está acostumbrado a comer en su ciudad de origen. Al mismo tiempo *Mc Donald's* aprovechó algo que ya otras franquicias habían detectado en los años previos. Luego de la Segunda Guerra Mundial, una gran cantidad de excombatientes había retornado a sus hogares. No tenían ni trabajo ni un oficio aprendido ni experiencia comercial pero sí un capital que el gobierno americano les había proporcionado y líneas de crédito habilitadas

(1) Calificativo que proviene de WASP (*White Anglosaxon and Protestant*) con el que se designa a los americanos blancos, sajones y protestantes.

por el SBA, una agencia del gobierno federal creada para apoyar a los pequeños empresarios. *Mc Donald's* se propuso entonces convertir a este pujante sector en franquiciarios de su empresa en todo el país; les enseñó el negocio de las hamburguesas y los preparó para iniciar un negocio independiente orientado a la satisfacción de sus clientes. Los resultados saltan a la vista: 2 de cada 3 norteamericanos confiesan haber comido por lo menos una vez en su vida en *Mc Donald's* y 1 de cada 2 confiesan que lo hacen con cierta regularidad.

1.3. Partnership franchising.

En los años 70 surge este nuevo modelo de franquicia asociativa, aplicando conceptos como *partners for profits* y comunidad de intereses. Las estructuras verticales propias del *franchising* tradicional se vuelven horizontales y la interacción pasa de ser no sólo de arriba a abajo, sino también de abajo hacia arriba e incluso a lo ancho de la cadena, es decir, entre los propios franquiciarios.

Los más rápidos en recorrer este camino han sido los negocios de comida rápida y restaurantes. Las grandes cadenas han convertido en socios a sus franquiciados y han aprendido a confiar y depender no sólo del olfato y sentido común de ellos sino de su experiencia y conocimiento del mercado. Inicialmente, ninguno de los gigantes del negocio de hamburguesas, *Mc Donald's*, *Burger King* y *Wendy's*, permitía a sus franquiciados salirse de la rígida paleta de comidas y bebidas de la franquicia. Pero poco a poco los franquiciados en México convencieron a su central de aceptar ciertos condimentos y aderezos que el consumidor mexicano prefería -como chiles y jalapeños-, sus pares alemanes lograron que la cerveza se incorporase a la lista de bebidas disponibles, y los de Colombia se abrieron camino imponiendo el uso del café colombiano en vez del americano, etc. La interacción con los franquiciados ha permitido pues, aun rompiendo a veces la ortodoxia del formato uniforme, mejorar la calidad del producto y del negocio, y acercar a ambos a los deseos del cliente.

El error que muchos cometen al repasar esta evolución del *franchising* radica en creer que se trata de un desarrollo que ha ido cerrando puertas y cancelando etapas y que las llamadas franquicias de primera generación no están más presentes ni en la

segunda ni en la tercera generación. No ocurre así; las formas de *franchising* de primera generación siguen existiendo y expandiéndose porque esta alternativa responde a ciertos intereses que el franquiciante y el franquiciado no comparten en los otros dos tipos de franquicia. Por ejemplo, el franquiciante puede estar interesado en la comercialización de su producto pero reteniendo el derecho de fabricación del mismo o sin formar una relación tan estrecha con el franquiciado como la que resulta de la franquicia de tercera generación.

Pero el problema no termina ahí. Si nos detenemos a analizar con cuidado las distintas relaciones de negocios que se esconden detrás del *franchising* encontraremos una cantidad de variantes con características claramente diferenciadas en cuanto a intereses y prestaciones. Tomemos a modo de ejemplo, el caso de tres tipos de franquicia con caracteres y prestaciones bastantes diferentes:

a) **Franquicia industrial.** Aun en la franquicia industrial, aquella que faculta al franquiciado a producir bienes bajo la marca del franquiciante, podemos encontrar modalidades con características muy propias. Por ejemplo, en la franquicia industrial de confecciones, como en el caso de la relación entre las grandes marcas manufactureras como *Pierre Cardin*, *Levi Strauss* o *Yves Saint Laurent* y sus fabricantes locales, el franquiciado recibe el derecho de fabricar y vender el producto en un territorio asignado, bajo la marca y la supervisión del franquiciante. En cambio, en la franquicia industrial propia del negocio de bebidas gaseosas, el embotellador debe adquirir el jarabe o esencia, lo que se conoce como el *mix*, y luego mezclarla con otros ingredientes para obtener y embotellar finalmente la gaseosa. En otros casos de franquicia industrial, por el contrario, el franquiciado recibe la receta pero puede escoger las materias primas e insumos.

b) **Franquicia comercial.** En la franquicia de comercialización, en cambio, el franquiciado sólo adquiere el derecho a la distribución del producto en un territorio, como ocurre, por ejemplo, con las tiendas de venta de equipos fotográficos de ciertas marcas. Aunque a primera vista parecieran bastante simples, algunas de las modalidades de franquicia comercial, como las de estaciones de gasolina, que incluyen ciertos servicios complementarios, inversiones conjuntas, etc.,

pueden resultar bastante más complejas.

c) **Franquicia de servicios.** En las franquicias de servicios, por el contrario, el franquiciado tiene derecho a la prestación del servicio bajo la marca y los controles del franquiciante. Pero también dentro de este rubro las prestaciones pueden ser muy distintas según se trate de una franquicia hotelera -por ejemplo, *Holiday Inn, Hilton* o *Novotel*- o tratándose de una de alquiler de autos -como *Hertz, Avis* o *National*- o si se trata de una de correspondencia o comunicaciones -como *UPS, Sir Speedy* o *Mail Boxes*-, etc.

Lo dicho nos demuestra que no es tan sencillo plantear la regulación de un contrato en relación al cual existen modalidades tan distintas y percepciones tan diferentes, por lo que un tratamiento serio del problema nos lleva a plantearnos tres preguntas fundamentales antes de considerar cualquier intento de legislar sobre tal negocio: ¿existe un concepto mínimo y común de *franchising* que pudiese aplicarse a todas estas modalidades? De ser así, ¿cuál es la naturaleza jurídica de dicho contrato? Y finalmente, ¿qué intereses satisface y que función cumple la relación creada por dicho contrato?

2. HACIA UN CONCEPTO ÚNICO DE FRANQUICIA.

Son muchas las definiciones que sobre el contrato de franquicia han planteado no sólo la doctrina jurídica sino también las asociaciones gremiales de comerciantes y los expertos en *marketing* y negocios.

Por ejemplo, la Asociación Alemana de Franquicias se ha inclinado por una noción empírica que concibe al *franchising* como “un sistema de distribución organizado de manera vertical-cooperativa que da derechos a empresas autónomas sobre la base de una relación contractual de larga duración. El sistema se dirige al mercado como una unidad (formato uniforme) y se difunde sobre un programa de prestaciones de los socios del sistema en base a una repartición de funciones así como un sistema de conocimientos y de control para asegurar conductas acordes con el sistema. El programa de prestaciones del franquiciante es el paquete de franquicia; consiste

de un concepto de adquisiciones, de ventas y de organización, la garantía de los derechos de protección, la capacitación del franquiciado y la obligación del franquiciante de apoyar activa y permanentemente al franquiciado y de desarrollar continuamente el concepto hacia adelante. El franquiciado actúa en nombre propio y por su cuenta; él tiene el derecho y el deber de usar el paquete de franquicia contra un pago. Como prestación aporta capital, trabajo e información⁽²⁾”.

Por su parte, el Departamento de Comercio de los Estados Unidos ha recurrido a una definición mucho más sencilla: “forma de licencia por la cual el propietario o titular de un producto, servicio o método lleva a cabo su distribución a través de revendedores autorizados⁽³⁾”.

Y para la Asociación Internacional de Franquicias se trata de una “relación contractual entre franquiciante y franquiciado en la cual el primero ofrece mantener un interés continuo en el negocio del segundo, respecto a áreas tales como *know-how* y entrenamiento, en tanto el franquiciado opera bajo un nombre comercial común y de acuerdo con un procedimiento o patrón establecido o controlado por el franquiciante, haciendo aquél una inversión sustancial con sus propios recursos y en su propio negocio⁽⁴⁾”.

Buena parte de la doctrina especializada -como Zeidmann, Guyenot y Braunn- ha coincidido en que se trata de un contrato de empresa por el que se transfiere un método para administrar o manejar un negocio al que se concede un monopolio territorial de distribución de un producto identificado con una marca comercial del otorgante y sujeto a su estricto control y asistencia técnica continua.

Finalmente, Marzoratti opina que se trata de un “contrato celebrado por escrito en el cual el otorgante ofrece individualmente a muchos tomadores que forman un sistema de distribución de su producción, vender o distribuir bienes o prestar servicios en forma exclusiva, creando una relación de asistencia del otorgante con carácter permanente, bajo el control de éste, al amparo de una marca, nombre comercial o enseña, propiedad del otorgante, y de conformidad con un método, sistema o plan preestablecido por éste,

(2) MARTINEK, Michael. *Moderne Vertragstypen*. Band II, Verlag Beck. p.15.

(3) MARZORATI, Oswaldo. *Sistemas de Distribución Comercial*. Astrea, 1990. p.191.

(4) Ibid.

contra el pago de un canon y otras prestaciones adicionales⁽⁵⁾”.

De estas definiciones aparecen algunos de los elementos distintivos de la franquicia que nos podrían permitir delinear los perfiles de un concepto preliminar de *franchising*:

a) **Marca.** En la franquicia existe una licencia de marca. El franquiciante autoriza al franquiciado a usar su(s) marca(s) mientras dure el contrato y para los fines del mismo.

b) **Territorio.** Al franquiciado se le asigna en exclusiva un territorio que deberá atender.

c) **Independencia.** El franquiciado no es un empleado o agente del franquiciante sino un operador independiente que hace negocios por su cuenta y riesgo por lo que debe asumir los costos y riesgos de la operación.

d) **Colaboración empresarial.** El contrato de franquicia es uno de los paradigmas de los contratos de colaboración empresarial y se rige por tanto por los principios de mutua asistencia, lealtad y confianza recíprocas y colaboración para consecución de la finalidad común: el éxito de la franquicia.

e) **Know-how.** La franquicia conlleva normalmente un cierto grado de transferencia de *know-how* a favor del franquiciado que puede ser más o menos intensa según el tipo de franquicia.

f) **Distribución.** La franquicia forma una relación continua de distribución entre ambas partes.

g) **Standard uniforme.** La conformidad con el método operativo o *standard* uniforme es en realidad propia de las franquicias de segunda y tercera generación.

h) **Supervisión y control.** Todo sistema de franquicia lleva consigo una cierta dosis de control por parte del franquiciante sobre algunas actividades del franquiciado: publicidad, adquisiciones, inventarios, etc.

i) **Intuito Personae.** La relación entre las partes es una relación *intuitio personae* sustentada en la identidad y cualidades de las partes que es la base sobre la cual reposa la mutua confianza que existe entre ellas.

j) **Contraprestación.** El paquete de retribuciones que recibe el franquiciante depende del pacto entre las partes y varía según el tipo de franquicia.

k) **Sistema.** La integración del franquiciado dentro de una red comercial y la formación de una

comunidad de intereses es otra de las marcas de fábrica del *franchising*.

A partir de estos elementos comunes, encontramos que el concepto moderno de franquicia hace referencia a un contrato de colaboración empresarial en virtud del cual el franquiciante autoriza al franquiciado a fabricar y comercializar o simplemente comercializar sus productos (tanto bienes como servicios) o a explotar un negocio, de manera independiente, bajo su marca o formato y contra el pago de ciertas retribuciones. Esta definición probablemente no resulte satisfactoria por su generalidad porque aunque la finalidad común es la penetración del producto en un mercado y la adecuada atención de dicho mercado de acuerdo al plan estratégico diseñado, el contenido de la relación -comercialización de un producto, explotación de un negocio, fabricación y distribución, etc.- parece ser muy distinto en uno y otro caso.

3. NATURALEZA JURÍDICA.

Como no resultara interminable la discusión doctrinaria en torno a la naturaleza jurídica de este contrato si existen tan diversas definiciones que se centran con un mayor énfasis en alguno de los elementos de este contrato. No es extraño, por ello, que muchos se refieren a él como sinónimo de la licencia de marca y otros lo confunden con los contratos de transferencia de *know-how*. Para otros se trata de una forma de distribución o de agencia y también están los que lo confunden con la comisión mercantil, la consignación comercial, el suministro, el *joint-venture* y otros contratos. Un breve repaso de las prestaciones que cada parte asume mediante este contrato nos ayudará a tener un poco más claro cómo funciona una franquicia.

3.1. Prestaciones del franquiciante.

a) El franquiciante asigna al franquiciado un territorio en exclusiva y se obliga a distribuir su producto en dicho territorio únicamente a través del franquiciado.

b) El franquiciante autoriza al franquiciado a usar su marca así como el conjunto de elementos de identidad corporativa que distinguen su producto o negocio (*slogans*, diseños, mascotas, etc.).

c) El franquiciante se obliga a capacitar al

(5) Ibid.; p.194.

franquiciado en la operación del negocio. Si bien la capacitación normalmente se concentra en aspectos vinculados al *marketing* del producto, ventas, distribución, manufactura y servicio técnico, en las franquicias de segunda y tercera generación ésta suele incluir capacitación y entrenamiento en técnicas de atención al cliente, administración del personal, control interno, manejo de inventario, logística y adquisiciones, contabilidad, sistemas de información, etc.

d) La transferencia de *know-how* suele ser una de las principales prestaciones del franquiciante y en el *franchising* de segunda y tercera generación es definitivamente una prestación típica de éste. Ese *know-how* no solamente comprende aquellos conocimientos vinculados a la fabricación o preparación del producto sino que, a menudo, el franquiciante se obliga a proveer al franquiciado un completo sistema de operación que incluye normas de contabilidad y auditoría, paquetes de sistemas computarizados, métodos para optimizar inventarios, sistemas de mantenimiento preventivo, soporte administrativo, herramientas de selección de personal, paquetes de incentivos a los empleados, prácticas de promoción del producto, etc.

e) El franquiciante le presta asistencia al franquiciado en aspectos tan distintos como logísticos (elección de locales, construcción y decoración, equipamiento, identificación de proveedores, etc.), financieros (financiación directa, colocación de líneas de crédito bancarias preferenciales, avales y garantías, etc.), de promoción y publicidad (a menudo, el franquiciante cubre una parte importante de estos gastos, por lo menos al comienzo), aspectos técnicos (ingeniería, mantenimiento, problemas de producción, etc.).

f) El franquiciante en ocasiones debe proveer con ciertas materias primas, insumos, bienes de capital, productos intermedios, etc., al franquiciado.

3.2. Prestaciones de franquiciado.

a) Normalmente, el franquiciado deberá pagar una cuota de ingreso (*entrance fee*) que es el precio que recibe el franquiciante por otorgar la franquicia y que depende de los derechos otorgados (por ejemplo, del número de tiendas autorizadas) y de la extensión del territorio.

b) Regalía mensual. Si bien la regalía se puede también fijar de manera anual, trimestral,

semestral o con cualquier otra periodicidad, lo acostumbrado es que el franquiciante desee una participación mensual en el desarrollo y crecimiento de aquel negocio que se basa en la explotación de su idea. La regalía se expresa generalmente en un porcentaje sobre los ingresos brutos del negocio.

c) Otros derechos o compensaciones. El franquiciado puede estar obligado al pago de primas o regalías adicionales por apertura de nuevos locales, introducción de nuevos productos, etc.

d) El franquiciado tiene no sólo el derecho sino la obligación de usar la marca del franquiciante. En el caso de franquicias de segunda y tercera generación, el franquiciado deberá seguir escrupulosamente el formato único que incluye todos los elementos de identidad corporativa del franquiciante (decoración de los locales, uniformes, etc.).

e) El franquiciado estará obligado a cumplir las normas de calidad del franquiciante, lo que en el caso de franquicias de segunda y tercera generación se llama el respeto al método operativo, método que normalmente está comprendido en el manual de operaciones, o manual de franquicia, y en el cual se detallan todas las políticas y prácticas a seguir en materias tan distintas como tratamiento de residuos, pago de impuestos, promoción del personal, balances mensuales y pagos a proveedores. Este manual contiene las instrucciones sobre producción, comercialización, seguridad e higiene industrial y administración general.

f) El franquiciado suele estar obligado a proporcionar periódicamente cierta información contable-financiera al franquiciante con una doble finalidad; que el franquiciante pueda verificar los ingresos sobre los que se aplicarán las regalías a las que tiene derecho, y que además pueda supervisar la marcha del negocio. Esta prestación puede incluir la de permitir el acceso del franquiciante a sus libros y registros con cierta frecuencia.

g) Cláusula de no competencia. El franquiciado se obliga a no competir con su franquiciante aun durante cierto tiempo después de terminada la relación.

h) A menudo, el franquiciado está obligado a adquirir ciertos bienes y servicios (materias primas, insumos, empaques, etc.) del propio franquiciante o

de proveedores designados por el franquiciante.

i) Confidencialidad. Ambas partes, pero sobre todo el franquiciado, están vinculados por un deber de confidencialidad y debido uso de la información de carácter confidencial (secretos industriales, fórmulas, remuneraciones, etc.) que cada parte ponga en conocimiento de la otra.

La presencia de estas diversas prestaciones probablemente explica por qué existen tantas teorías que buscan explicar la naturaleza jurídica de este contrato. Cada una de ellas ha puesto en realidad el acento en algunos de los elementos propios de la relación. La doctrina francesa, siguiendo a Guyenot⁽⁶⁾, sostiene que se trata de un contrato de concesión comercial en el cual al concesionario-franquiciado le es asignado un territorio para comercializar los productos del franquiciante. La doctrina alemana, de la mano de Forkel⁽⁷⁾, lo asocia a los contratos de transferencia de *know-how*. Algunos otros autores⁽⁸⁾ sostienen se trataría de una forma de licencia de marca, pues este es el elemento predominante. Hay quienes han pretendido ver en la franquicia una derivación del suministro. Y para un sector mayoritario de la doctrina se trata de un contrato de distribución, pues finalmente lo que el franquiciante pretende lograr a través de la actividad del franquiciado es que su producto se distribuya en el territorio asignado.

No podemos negar que la función económica principal de este contrato es la de distribución de productos en un mercado, y que la transferencia de *know-how* y la autorización para el uso de la marca sirven para hacer más eficiente la distribución a través de un sistema integrado que corresponde a una estrategia de *marketing*, pero la pregunta que buscamos responder no es en este momento la del rol que este contrato cumple en una economía de mercado sino aquella relativa a su naturaleza jurídica. Y en función de lo anterior tampoco podemos afirmar que alguna de las justificaciones anteriores resulta suficiente para explicar la naturaleza jurídica de este contrato. Es que en realidad estamos ante un contrato complejo o mixto en el que se combinan elementos de las relaciones de distribución, licencia de marca y tecnología,

transferencia de *know-how*, entre otras.

4. ¿PARA QUÉ NOS SIRVE EL FRANCHISING?

Esbozado el concepto, o mejor dicho los diversos conceptos de franquicia, analizada su naturaleza jurídica, corresponde revisar con cierto detenimiento los intereses que entran en juego en esta relación y que explican el por qué del éxito y la creciente utilización de esta forma de hacer negocios. Dos breves historias nos podrían ayudar a comprender mejor la función y la utilidad del *franchising*.

A comienzos de 1991 las cadenas noticiosas en todo el mundo dieron amplia difusión a una noticia llegada desde Lima, Perú. El movimiento terrorista Sendero Luminoso había atacado varios locales de la cadena de comida rápida *Kentucky Fried Chicken* en Lima. La noticia tuvo mucha mayor repercusión mundial que algunos atentados producidos en meses previos contra la población civil y que habían cobrado un costo mucho mayor en daños personales y pérdidas económicas. La razón era evidente, esta vez estaba de por medio el nombre de un gigante del negocio del *fast food*, un nombre conocido por todos en todo el mundo.

A los pocos días, un enorme aviso apareció publicado en los diarios de Lima. Los propietarios de los locales de *Kentucky Fried Chicken* en Perú daban a conocer a la opinión pública que los locales atacados no eran de propiedad de la enorme corporación norteamericana sino de capitales íntegramente peruanos. El aviso daba a conocer, pues, lo que normalmente los dueños de una franquicia desean ocultar; que ellos, los operadores del negocio, no eran realmente KFC, que su relación con la transnacional no era otra que la de haber adquirido una franquicia, pero que en lo demás -inversión, insumos, trabajadores, etc.- el negocio era un negocio independiente y cien por ciento de peruanos. Lo que los franquiciarios de KFC en Lima estaban pidiendo a través de aquellas sorprendentes publicaciones es lo que en circunstancias normales el poseedor de una franquicia jamás quiere que ocurra: que no se le confunda con el grupo empresarial con el cual ha tratado con tanto éxito de identificarse. Curiosamente, el éxito comercial de esta

(6) GUYENOT. *Los Contratos de Concesión Comercial*.

(7) FORKEL. *Der Franchisevertrag als Lizenz am Immaterialgut Unternehmen*.

(8) GROSS y SKAUPPY. *Franchising in der Praxis*. 1976. p.281.

franquicia había sido justamente una de las causas de que se convirtiese en blanco apetecible para la subversión. Al negocio de *Kentucky* en Lima le había ocurrido justo aquello que el contrato de franquicia busca y que es lo mejor que le puede ocurrir al franquiciado: que aquel socio local que ha adquirido la franquicia sea confundido con el dueño de la marca y que no se establezca ninguna diferencia entre ambos. Así, para los consumidores y para el público en general, comer en los diferentes locales de *Kentucky* en Lima es exactamente lo mismo que hacerlo en alguno de los locales de la cadena en cualquier otra ciudad del mundo porque finalmente se trata del mismo negocio. Paradójicamente, esta identificación absoluta es la que guió a Sendero Luminoso a atacar objetivos que representaban a una transnacional norteamericana, a un símbolo del “imperialismo yanqui”, con el mismo sentimiento que habían atacado anteriormente la embajada norteamericana en Lima. Por supuesto, y para suerte tanto de *Kentucky* como de sus socios peruanos, el “yo no soy *Kentucky Fried Chicken*”, publicado en los diarios por los inversionistas peruanos propietarios de la franquicia, aun cuando debe haber sorprendido a más de un cliente que recién se venía a enterar que quien estaba detrás del pollo *broaster* preparado con la antigua receta del general no era la cadena estadounidense sino el señor Diez-Canseco y sus socios, no fue suficiente para marcar distancias en la mente de los consumidores (y por cierto tampoco en la mente de los senderistas) porque de ser así eso sí hubiera representado el fin del negocio de KFC en Lima y habría producido, a diferencia de aquellos lamentables atentados, un daño absolutamente irreparable.

Algo similar le ocurrió a otro coloso del negocio de comidas rápidas en Alemania y otros países europeos allá por 1990. Esta vez la televisión alemana difundió un especial en el que se acusaba a *Mc Donald's* de estar propiciando la tala de inmensas hectáreas de selvas vírgenes y bosques tropicales en Costa Rica a fin de tener espacio suficiente para criar ganado vacuno del cual se obtendría la carne para sus hamburguesas, ganado cuya crianza y alimentación resultaba mucho más económica en la llanura costarricense que en las planicies de Texas, y que en el trasfondo había oscuros negociados especulativos en la Bolsa de Cereales de Chicago. La reacción en la opinión pública alemana,

muy sensible ante los temas ecológicos y la protección de la naturaleza, no se hizo esperar: la afluencia de clientes a los *Mc Donald's* de Alemania decreció ostensiblemente. Los franquiciarios alemanes de *Mc Donald's* contestaron, entonces, publicando avisos en los diarios y repartiendo volantes en sus locales a través de los cuales declaraban ser negocios alemanes y que los productos ahí consumidos eran también de origen alemán -es decir carne alemana de vacas alemanas y no de vacas costarricenses- preparados por trabajadores alemanes y sin otra vinculación con el líder mundial del negocio de hamburguesas que la proveniente de un contrato de franquicia. Este caso tuvo un corolario reciente: una corte inglesa condenó hace pocas semanas a grupos ecologistas británicos al pago de daños y perjuicios por unos US\$ 80 000 por promover una campaña contra los *Mc Donald's* de Inglaterra sobre la base de información que se demostró ser falsa y que estaba vinculada, claro está, al falso origen de la carne de los *Big Macs*.

Estos dos casos nos muestran situaciones límite en relación a un valor que constituye la razón de ser de la franquicia, la utilidad de este contrato y el interés que las partes buscan satisfacer. El franquiciante y el franquiciario normalmente buscan desesperadamente el efecto camaleón y se benefician del mismo: el franquiciario se pone la ropa del franquiciante y le hace creer a todo el mundo que el franquiciante y él son lo mismo. Sin embargo, en situaciones especiales, como las reseñadas, sufre los efectos de esta mimesis. Aquello que normalmente es una fuente de éxito y satisfacción puede sin embargo en casos como los mencionados ser motivo de dificultades.

Y es que, en definitiva, el *franchising* ha explotado al máximo un fenómeno de antigua data pero que sólo recientemente ha sido estudiado y comprendido en el mundo de los negocios, lo que Al Ries y Jack Trout llamaron “posicionamiento”. Desde fines de los años 70, Ries y Trout explicaron el curioso proceso que sigue un producto -y por producto se debe entender no sólo un artículo sino también un servicio, una empresa, un negocio, una persona, una institución- para ubicarse en la mente de sus potenciales clientes. “Shakespeare se equivocó” anotan Ries y Trout. “Si a la rosa se le diera otro nombre, no olería tan agradablemente”. No sólo vemos lo que deseamos ver, sino que también olemos lo que deseamos oler⁽⁹⁾. Estos dos gurus del *marketing*

(9) RIES, Al y TROUT, Jack. *Positioning: The Battle for your Mind*. McGraw Hill, 1986. p.95.

moderno enfatizaron en sus escritos algo que los semánticos ya habían advertido tiempo antes, que las palabras son recipientes vacíos mientras alguien no los llene de un significado. “Los significados no están en las palabras; están en la gente que usa las palabras⁽¹⁰⁾”. Un producto habrá logrado tener éxito pues en la medida que se encuentre posicionado adecuadamente en la mente del consumidor, es decir en la medida que atraiga ciertas imágenes y beneficios al “envase” del producto. Es en ese “envase” -marca, diseño corporativo, decoración, apariencia de los locales, emblemas, uniformes, presentación, etc.- en lo que el *franchising* moderno ha encontrado una veta inagotable de posibilidades. *Burger King* hizo hace unos años un experimento muy ilustrativo con uno de sus locales. Se trataba de un local ubicado a la entrada de una ciudad menor en los Estados Unidos y que registraba una afluencia permanente de clientes. La empresa decidió durante 3 días retirar del local todo letrero, señal, símbolo o distintivo que identificase a dicho establecimiento o a su personal como pertenecientes a la cadena *Burger King*. Sin embargo, los alimentos y bebidas que se ofrecieron seguían siendo los mismos. El efecto fue inmediato, las ventas se redujeron en un 40%.

Esta integración e identificación entre los dos “socios” en el sistema de franquicias, que es en realidad una nueva y crecientemente popular estrategia de *marketing*, es la responsable de las grandes ventajas y beneficios que ambas partes obtienen con este negocio:

- a) el franquiciado no requiere inventar nada nuevo. Por el contrario, se aprovecha de una receta ya probada y victoriosa, de un *know-how* testeado por otro, con lo cual su riesgo de fracaso se reduce considerablemente;
- b) es un sistema en el que el franquiciado se beneficia de la difusión de la marca y su prestigio pero en el que además el franquiciado contribuye a mejorar la marca y a enriquecerla;
- c) es un sistema de distribución eficiente. Permite una reducción de los costos involucrados, una concentración en tareas y un reparto de fuerzas;
- d) el franquiciado conoce mejor su mercado que el franquiciante con lo cual se puede lograr una mejor penetración del producto de éste en dicho mercado;
- e) el franquiciado puede desarrollar un negocio propio sobre un mercado cautivo mientras el franquiciante obtiene ganancias a través de la

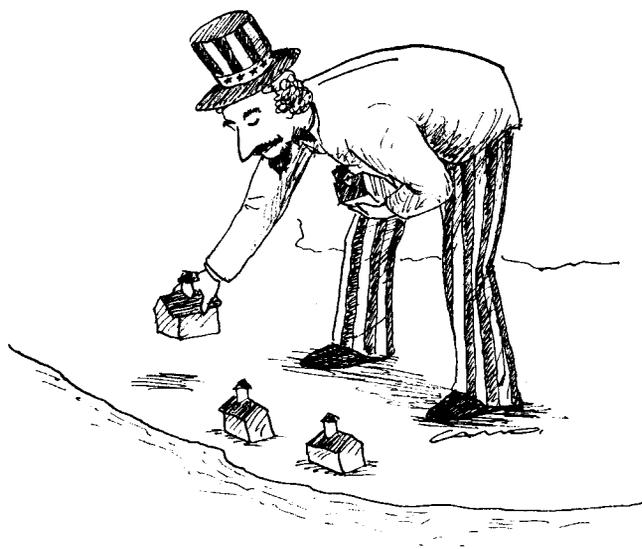
multiplicación de su idea, con un mínimo de riesgo y con el esfuerzo de otros.

Lo dicho nos demuestra, que por lo menos en el caso de aquellas formas de franquicia que los apóstoles del *franchising* parecen más interesados en promover, las ventajas propias del *franchising* y la satisfacción del interés de las partes se logran a través de un alto grado de libertad y flexibilidad. Libertad y flexibilidad para decidir el tipo de franquicia a utilizar, el paquete de prestaciones del franquiciante (el cual puede ser totalmente variable), el paquete de contraprestaciones (incluyendo la modalidad de pago, oportunidad, etc.), los plazos, las causales de terminación, la manera en que se manifestará el interés continuo del franquiciante en el negocio, los controles, las garantías, los canales de interacción vertical y horizontal, etc. Como hemos adelantado, estamos frente a un contrato de colaboración empresarial en el que el fin común es el éxito de la franquicia, en el que no hay fuertes ni débiles a priori, en el que la base del negocio está dada por la confianza y cooperación entre las partes, confianza que les impone deberes más allá de la letra del contrato.

Los empresarios celebran contratos de franquicia, en el Perú y en el resto del mundo, no porque la franquicia esté regulada en un código sino porque tienen necesidades por satisfacer o intereses por regular en relación a los cuales dicha figura resulta un vehículo adecuado

¿Es este un escenario adecuado para precipitarnos hacia una regulación de la franquicia? Los argumentos que se citan para apoyar tal propuesta no nos parecen convincentes. Los intermediarios arguyen que su regulación servirá para promover su utilización. Ciertamente, no conozco un solo ejemplo de algún país que la haya regulado con tal propósito y en el cual después de tal regulación se haya dado un *boom*. Muy por el contrario, es en los países que no la han regulado, donde la franquicia ha florecido y se ha multiplicado.

(10) *Ibid.*; p.245.



Los empresarios celebran contratos de franquicia, en el Perú y en el resto del mundo, no porque la franquicia esté regulada en un código sino porque tienen necesidades por satisfacer o intereses por regular en relación a los cuales dicha figura resulta un vehículo adecuado. Y si los empresarios miran con desconfianza la posibilidad de tal regulación es porque la misma normalmente introduce en la contratación restricciones y rigideces que están muy lejos de una supuesta función promotora. Si se quiere ejemplos de ello, ahí están los artículos del Código Civil de 1984 dedicados a otro contrato típicamente empresarial, el suministro.

También se ha dicho que la no regulación de este contrato puede traer algunos problemas, por ejemplo de aprovechamiento por parte del franquiciante en perjuicio del franquiciado. Se cita como antecedente, la regulación de este contrato en algunos países a raíz de que algunos franquiciados perdieron sus negocios en manos del franquiciante por aplicación de cláusulas de opción de compra en sus contratos, por ejemplo. No debemos olvidar que la posibilidad del abuso y del engaño puede presentarse en cualquier contrato. No le toca al derecho intervenir para liberar a los comerciantes de los riesgos propios del mercado: realizar un mal negocio, asumir una deuda sin la debida reflexión, etc. Contra aquellas situaciones que escapan a dichos riesgos, que son ajenas al ejercicio de la libertad que los particulares tienen de asumir obligaciones a través de un contrato, siempre se cuenta

con instituciones como la lesión, los vicios de la voluntad, el abuso del derecho, las normas de control de las cláusulas generales de contratación y los contratos por adhesión y las instituciones de tutela al consumidor. En el caso de la franquicia, por el contrario, nos encontramos ante empresarios independientes a quienes corresponde evaluar los costos y beneficios de celebrar el contrato, a quienes nadie fuerza a vincularse y quienes tienen perfecta libertad para requerir el consejo de asesores si los términos del contrato no les resultan claros. Si a pesar de ello, alguien asume a la ligera prestaciones que el día de mañana le resultará muy difícil cumplir ese es su riesgo y no puede pretender, como dice el derecho inglés, obtener una protección de la ley contra su “propia falta de cuidado”.

Adicionalmente, la posibilidad de que a través de la franquicia se generen situaciones de violación de derechos sobre una marca, patente o un secreto industrial, que se dé cabida a prácticas de abuso de una posición de dominio en el mercado, cuenta ya con regulación en las leyes sobre la materia.

Finalmente, en opinión de algunos miembros de las comisiones del Código Civil y del Código de la Empresa se debería consagrar a la franquicia en dichos cuerpos normativos con un criterio didáctico. También se podría añadir que dado el uso intenso de esta figura en nuestros días se podría hacer recomendable incorporar a la ley ciertas disposiciones supletorias de la voluntad de las partes.

En medio de esta discusión quizás se han olvidado algunos datos. En el Perú se estima el número de franquicias otorgadas en unas 60 a 70. México puede ufanarse de tener más de 2,500 y en Estados Unidos se estima debe haber más de 300,000 franquicias. Los negocios de *franchising* representan hoy en día más del 30% del producto nacional bruto de los Estados Unidos de América y más del 50% de todas las ventas minoristas. El 70% de la distribución de los bienes de consumo se efectúa en el país del norte a través de este sistema y el número de empleos generados pasa los 12 millones.

Si estamos de acuerdo en la necesidad de difundir y promover la franquicia, me permito algunas preguntas ¿ayudará a ello la regulación? ¿cuál de los conceptos de franquicia debe ser materia de definición? ¿la franquicia de producto? ¿la franquicia de negocio? Y si regulamos la franquicia comercial, ¿en qué

situación quedará la franquicia industrial? La regulación de algunos modelos de franquicia crearía la impresión equivocada de que los otros modelos no lo son y que no tienen cabida en nuestro Derecho. ¿Y cuáles serían las prestaciones de las partes según dicha norma? Porque cualquiera sean las prestaciones que regulemos estaremos discriminando e incluyendo algunas prestaciones no deseadas en ciertos casos y estaremos dejando fuera otras prestaciones deseables y convenientes en otros casos. Lo que los entusiastas propagandistas de la franquicia olvidan es que estamos ante una planta que requiere de espacio para poder

crecer, que requiere de libertad y flexibilidad para que las partes puedan de acuerdo a sus intereses definir los términos y contenido del contrato. Nuestros adelantados del franchising se parecen a ciertos filántropos que juegan a ecologistas y que bajo banderas de preservar las especies reducen a ciertos animales salvajes a jaulas estrechas “por su propio bien”. La franquicia lejos de necesitar códigos y barrotes necesita el oxígeno de un marco legal estable y un entorno económico de libre mercado, es en esto y no tanto en aquello en lo que deberían concentrar sus esfuerzos nuestras altas autoridades legislativas. ☞