

MERCOSUR Y NUEVOS NEGOCIOS- ENCUENTRO
INTERNACIONAL INSTRUMENTOS JURÍDICOS- FRANCHISING por Dra.
Nydia Zingman de Domínguez*

En el Partenariat Unión Europea (UE)- Mercosur- se inscribieron para participar del evento que se realizará en Montevideo los días 3, 4 y 5 de diciembre del presente año (?), aproximadamente 1500 empresas de la UE, del Bloque, Bolivia y Chile para realizar encuentros y concretar negocios entre los empresarios.

Este acontecimiento que fue promovido por la Comisión Europea (CE), y organizado por la Comisión de Industrias del Uruguay (CIU), y por la Asociación Internacional Devnet- tips, tiene como objetivo hacer posible la vinculación entre las empresas europeas y del Mercosur, Bolivia y Chile que oferten o demanden productos, servicios y/o tecnologías, a través de relaciones comerciales de cooperación -Joint Ventures- transferencia de tecnología, licencias, etc. (a través de los medios especializados se ha difundido este evento recientemente).

Esta circunstancia me hace pensar en la importancia de la información al empresario argentino, sobre el contenido y forma de los contratos o instrumentos jurídicos vinculantes posibles.

En la actualidad más que en cualquier otro momento.

Es por ello que elegí este tema, el contrato de franchising para continuar con este flujo de información, para lo cual recapitulé anteriores publicaciones de mi autoría en esta destacada revista agregando datos de interés para este artículo.

El encuentro que tendrá lugar en la vecina República de Uruguay será coincidente con la realización de la cumbre de Presidentes del Mercosur, Bolivia y Chile, y contará con la presencia del Presidente de la Comisión Europea de la UE.

Oportunamente me comprometo a escribir los comentarios sobre las conclusiones y objetivos logrados en dicho encuentro.

Sin duda, la información y la decisión empresarial oportuna basada en ella, pueden ser la clave de un giro comercial inesperado y altamente beneficioso para lo cual el franchising puede ser uno de los instrumentos.

FRANCHISING: En este contrato se transmite el "know how" o "savoir

faire". Es un contrato de colaboración empresarial -el control que ejerce el franquiciante tiene por objetivo la protección de la marca y el éxito del negocio.

Se entrega un manual operativo y se paga un derecho de entrada y regalías mensuales en proporción a las utilidades del negocio.

Es una forma de duplicar un negocio probado difundiendo una marca en nuevos mercados con la estructura comercial y riesgo del franquiciado.

*** ¿Cuáles son las obligaciones que asumen las partes, en esta modalidad de vinculación comercial?:**

Las partes intervinientes en un contrato de franquicia asumen diversas obligaciones, siendo las principales las siguientes:

DEL FRANCHISOR O FRANQUICIANTE: Las mismas consisten en proveer el producto o servicio objeto del contrato; entrenamiento del franquiciado; entrega del manual operativo y capacitación para utilizarlo.

En el manual operativo encontramos todas las reglas y secretos comerciales, para el funcionamiento del negocio, pautas respecto a decoración del local, sistema de computación a utilizar, contabilidad, "Know How" de fabricación o producción, requisitos del personal, etc.

Asimismo debe prestar su asistencia permanente en aspectos económicos, financieros y técnicos del negocio, al tomador de la franquicia.

Asume la obligación de efectuar publicidad a fin de fortalecer la imagen y buen nombre del producto o servicio de su marca. También debe otorgar autorización para el uso de dicha marca.

EL FRANCHISEE O FRANQUICIADO: Podemos resumirlas así: Debe realizar una inversión: contribuir con la mano de obra y un capital; también debe informar todo dato sobre la marcha del negocio, al titular de la marca.

Asume el pago de un precio que consiste en un derecho de entrada "droit d'entree", mas regalías (porcentajes mensuales sobre sus ventas o ingresos, en general, Brutos).

Asimismo paga un derecho por el uso de la marca; debe seguir instrucciones rigurosas sobre: producción, comercialización y administración del producto o

servicio.

El riesgo de la Empresa es exclusivo del franquiciado, siendo usual encontrar cláusulas expresas que eximen de responsabilidad, en este aspecto, al franquiciante; o sea que este no asegura el éxito al contratante; resurge por este motivo, la importancia de la etapa precontractual y del asesoramiento profesional, desde el inicio de las tratativas negociales.

*** ¿En qué forma se instrumentan las franquicias internacionales?:**

Nos encontramos con contratos variados, como por ejemplo, aquellos en los que hay un franquiciado con derecho exclusivo de cubrir un territorio, habilitando un cierto número de unidades de franquicia comercial, de acuerdo a un plan diagramado por el otorgante. El territorio puede ser: un país, estado, nación: "**DEVELOPMENT AGREEMENT**" o **FRANQUICIA DE DESARROLLO**.

Otras veces nos encontramos que el titular de la marca otorga a un comerciante o empresario de otro país, el derecho para que habilite unidades de franquicia comercial, con derecho también a subcontratar otras franquicias locales: acá nos encontramos con el llamado "**MASTER FRANCHISEE**" o **ACUERDO DE FRANQUICIA PRINCIPAL**, en el cual el tomador de la franquicia puede ser, a su vez, subfranquiciante.

*** ¿Cuál es el "precio" que abona el "Franchisee"- franquiciado?:**

1.- SUMA INICIAL PARA INGRESAR EN EL SISTEMA: DERECHO DE ENTRADA -DROIT D'ENTREE-: Se fija en forma uniforme para los tomadores de la franquicia, en base al prestigio de la marca, la rentabilidad promedio de negocio y la capacidad del mercado local.

2.- REGALÍAS -PARTICIPACIÓN PORCENTUAL EN LAS UTILIDADES O INGRESOS QUE SE ABONAN PERIÓDICAMENTE: Es importante fijar la base la cual se calcularán, para evitar conflictos, en su determinación.

3.- PAGOS POR ENTRENAMIENTO AL FRANQUICIADO.

4.- PAGOS SUPLEMENTARIOS POR OTROS SERVICIOS: Auditorías, inspecciones, asistencia administrativa, publicidad, etc.

5.- PAGO POR EL USO DE LA MARCA.

6.- EVENTUALMENTE, EN CASO DE PACTARSE: Pago por alquileres de equipos o inmuebles, que entregue el franquiciante; por teneduría de libros; por Asesores del extranjero, que viajen y se establezcan en el negocio, etc.

En el caso de tratarse de un Master Franchising, el franquiciado principal abona al "franchisor", además de los conceptos mencionados en los puntos anteriores, un porcentaje de las sumas que recibe del sub franquiciado, en concepto de derecho de entrada y de regalías (Puntos 1 y 2).

RESPONSABILIDAD DE FRANQUICIANTE Y FRANQUICIADO, EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA COMERCIAL:

No hay relación societaria entre las partes; tampoco relación de dependencia.

De estos principios, deriva la situación jurídica de Franquiciante y Franquiciado, en el terreno de la "responsabilidad".

Nuestra jurisprudencia fue estableciendo los principios siguientes:

1.- Responsabilidad frente al CONSUMIDOR:

- ¿Puede ser responsable el Franquiciante frente al cliente del FRANCHISEE, en el caso de un producto defectuoso?: Sólo cuando se trata por defecto de fabricación o de diseño, en cuyo caso se aplican los principios de responsabilidad extracontractual.

- ¿Y en el caso de servicios?: Sólo responde el Franquiciado, atento su vínculo contractual con el cliente, con total exclusión del otorgante y titular de la marca.

2.- Responsabilidad frente al personal en relación de dependencia:

Sólo responde el Franquiciado empleador, frente a los reclamos laborales y/o de Seguridad Social de sus empleados. Sólo se estableció la responsabilidad solidaria del Franquiciante -conjuntamente con la del Franquiciado- A) en los casos en que se demostró que no existía entre las partes, sino una apariencia de relación contractual, siendo la circunstancia real, que se trataba de una empresa como desprendimiento de otra; B) o en el caso de conjuntos económicos de carácter permanente, en que hubiere mediado una "conducción temeraria o maniobras fraudulentas" -arts. 30 y 31 de la ley de Contrato de Trabajo, vigente entre nosotros-.

En recientes Fallos de la Corte Suprema de Justicia, en los que se consolidó la

falta de responsabilidad del Titular de la marca, como principio general, frente a los consumidores y empleados de la Franquiciada, se invocó como fundamento, entre otros, la necesidad de motivar y conservar las inversiones extranjeras en nuestro país y la fuente de trabajo que estos contratos generan, al establecerse las cadenas de Franquicias comerciales.

El Franchising es un contrato de colaboración empresaria -el control que ejerce la Franquiciante tiene por objetivo la protección de la marca y el éxito del negocio: constituye su contrapartida.

PLAZO Y RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS:

Las partes pueden pactar un plazo determinado, que deberá ser respetado, conforme lo convenido y en la forma estipulada.

En los casos en que el plazo es indeterminado, rige en nuestro derecho, una nueva jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que ha cambiado los principios que anteriormente se aplicaban.

En una primera etapa, la rescisión del contrato sin plazo determinado, por parte de la franquiciante, generaba una indemnización a favor del franquiciado o concesionario.

A partir del Fallo: "Automotores Saavedra c/Fiat S.A. s/Daños y Perjuicios", se establecieron las siguientes bases:

- Existe derecho a dar por finalizado en forma unilateral, el contrato que no tiene un plazo previsto por las partes, por parte del Titular de la marca, siempre y cuando no sea ejercido, ese derecho, **en forma abusiva**.

Esto significa que se deben respetar los principios de equidad y buena fe: A) dar un preaviso, frente a la inminente ruptura y B) que la misma tenga lugar una vez transcurrido un tiempo razonable de vínculo contractual, que haya permitido, al Franquiciado, el recupero de su inversión inicial.

Dadas estas condiciones, Franquiciante y Franquiciado, tienen la libertad de vincularse o desvincularse contractualmente, en base a su mutua confianza y elección.

EN EUROPA, EN LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA (24.000.000 DE CONSUMIDORES) FALTA UNA LEGISLACIÓN ESPECÍFICA, MÁS HAY UNA

REGLAMENTACIÓN Y UN CÓDIGO DE ÉTICA.

EXISTE LA FEDERACIÓN EUROPEA DE FRANQUICIA Y ASOCIACIONES NACIONALES.

HAY UNA REGLAMENTACIÓN Y UN CÓDIGO DE ÉTICA QUE ENMARCA LA CONDUCTA DE AMBAS PARTES CONTRATANTES.

EN FRANCIA TUVO UN IMPORTANTÍSIMO DESARROLLO DESDE 1970: EXISTEN 700 FRANQUICIANTES Y 1500 FRANQUICIADOS.

BRASIL: LA AMPLIA ACEPTACIÓN DEL SISTEMA DE FRANQUICIA SE HACE EVIDENTE EN LA EXISTENCIA DE UNA ASOCIACIÓN BRASILEÑA DE FRANQUICIA (ABF), AL IGUAL QUE EN LOS PAÍSES EN LOS QUE EL CONTRATO ALCANZÓ LA MAYOR DIFUSIÓN.

ESTA ASOCIACIÓN FUE CREADA CON LA INTENCIÓN DE APOYAR LA FORMACIÓN DE NUEVAS EMPRESAS A TRAVÉS DEL SISTEMA DE FRANQUICIA COMERCIAL.

PARA QUE UNA EMPRESA PUEDA USAR EL SÍMBOLO DE LA ABF COMO AVAL DE SU NEGOCIO DE FRANQUICIA, DEBERÁ ESTAR EN EL RAMO POR LO MENOS DESDE 2 AÑOS ANTES, Y PASAR LAS RIGUROSAS AVERIGUACIONES DE LA COMISIÓN DE ÉTICA DE LA ENTIDAD.

DESDE 1990 ESTE PAÍS TIENE LA LEY DE DEFENSA AL CONSUMIDOR QUE ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA RESPECTO A LOS PRODUCTOS ELABORADOS, O SEA, EN EL PROCESO DE PRODUCCIÓN Y VENTA, TODOS LOS INTERVINIENTES EN LA CADENA DE COMERCIALIZACIÓN, RESPONDEN POR LOS DAÑOS DERIVADOS DEL PRODUCTO O SERVICIO PRESTADO, FRENTE AL CONSUMIDOR.

MERCOSUR: PENSAMOS QUE ESTOS CONTRATOS SON UNA HERRAMIENTA ALTAMENTE VALIOSA PARA AUMENTAR LOS MERCADOS Y LAS UTILIDADES -PARA CRECER A PESAR DE LOS OBTÁCULOS EXTERNOS MENCIONADOS AL INICIO DE ESTE TRABAJO- EN UN MARCO DE INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA.

VENTAJAS ESPECÍFICAS PARA LAS PARTES:

FRANCHISEE:

- * Desarrollo de un negocio propio.
- * Relativamente seguro.
- * Aprovecha la experiencia e investigaciones desarrolladas por el otorgante.
- * Aprovecha la inversión masiva publicitaria que realiza el otorgante (él hace sólo la local).

FRANCHISOR:

- * Defiende y prestigia la marca permitiendo un derecho y con el esfuerzo del franchisee.
- * Obtiene nuevas bocas de venta sin arriesgar capital alguno.
- * Elimina los costos administrativos y el seguimiento de un negocio.
- * Cuando también es fabricante se beneficia con la venta de sus productos y si no lo es, con las comisiones o participaciones de otros fabricantes.
- * Aprovecha los gastos de publicidad local.
- * Elimina el riesgo de la comercialización.
- * En caso de falencia del tomador siempre tiene la oportunidad de adquirir los bienes afectados como una boca de expendio.

Recordemos que la legislación antimonopólica basada en el derecho extranjero, prohíben los convenios entre empresas (Tratado de Roma art. 85) y prácticas que pudieran afectar el comercio entre los estados miembros y cuyo efecto fuere impedir, restringir o distorsionar la competencia dentro del mercado común, excepto que esto mejore la producción y distribución, beneficie al mercado no sólo a las empresas y motive un progreso técnico y económico; y este es el caso de esta nueva forma de contratación y distribución, la franquicia comercial.

***Dra. Nydia Zingman de Domínguez**

Abogada, Consultora de Empresas, Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en "Contratos" y Profesora de Post-Grado del Colegio Público de Abogados en "Contratos de Empresas Modernos".

Defensora de Damnificados Bancarios desde el año 1988. Sentó Jurisprudencia en casos de robos de cajas de seguridad de Bancos a favor de los Damnificados y en Amparos interpuestos a raíz del "corralito" y "corralón".

Estudio Jurídico Comercialista y Civilista sito en Montevideo 1178, 5to. piso. (1019) Capital Federal. Telefax: 4811-3105/ 4812-3016.

website: www.zingmandominguez.com
e-mail: estudiodominguez@ciudad.com.ar