

Los conflictos en los contratos de franquicia ante la ausencia de legislación especial

Tadeo Arrieche Franco*

RVDM, Nro. 4, 2020. pp-351-367

Resumen: Los contratos de franquicia no cuentan con una regulación específica en el ordenamiento jurídico venezolano. A través de la costumbre mercantil y la doctrina se identifican las características y elementos esenciales de los contratos de franquicia. No obstante, la materialización de las cláusulas que consagran esos acuerdos no tiene soporte en el campo legislativo, imperando el acuerdo entre las partes. Tal situación puede traer como consecuencia el desconocimiento de la existencia y validez de los contratos de franquicia, en el entendido que las partes pueden aprovecharse para incumplir obligaciones o desvirtuarlas al asumir estos acuerdos como otro tipo de figura jurídica. Por lo tanto, es necesario evaluar si es suficiente el marco legal existente para auxiliar la comprobación y existencia de los contratos de franquicia.

Palabras claves: Contrato - Franquicia – Legislación

Abstract: Franchise contracts do not have a specific regulation in the Venezuelan legal system. Through commercial costume and doctrine, the characteristics and essentials elements of franchise contracts are identified. However, the materialization of the clauses enshrining these agreements are not supported in the legislative field, prevailing the agreement between the parties. Such a situation may result in ignorance of the existence and validity of franchise contracts, on the understanding that the parties can take advantage of breaches of obligations or distort them by assuming these agreements as another type of legal figure. Therefore, it is necessary to evaluate whether the existing legal framework is sufficient to support the verification and existence of franchise contracts.

Keywords: Contract – Franchise – Legislation

* Abogado, Universidad Central de Venezuela. Magister en Estudios Políticos y de Gobierno, Universidad Metropolitana. Especialista en Derecho Corporativo, Universidad Metropolitana. Profesor a tiempo parcial de Derechos Reales, Universidad Metropolitana. Miembro Incorporado de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM). Socio Director del despacho de abogados Aspen Legal. Email: tadeo.arrieche@aspen-legal.com

Los conflictos en los contratos de franquicia ante la ausencia de legislación especial

Tadeo Arrieche Franco*

RVDM, Nro. 4, 2020. pp-351-367

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1.- La franquicia como concepto jurídico y de negocio. 2.- La atipicidad del contrato de franquicia. 3.- Aspectos inherentes al contrato de franquicia. 3.1 La marca. 3.2 El conocimiento del negocio o know how. 3.3 La asistencia técnica. 4.- Los conflictos en los contratos de franquicia ante la ausencia de legislación especial. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN.

Existen lagunas legales en cuanto a la estructuración de los contratos de franquicia, pues al no encontrarse establecido en la ley, las partes suelen guiarse a través de criterios generales que rigen un contrato y la involucración de los aspectos propios de la franquicia, como lo son la marca, la asistencia técnica y el conocimiento del negocio o *know how*.

La tendencia de la suscripción de este tipo de contratos complejos es a celebrarse de manera escrita. No obstante, pueden libremente conformar acuerdos verbales que cumplan con elementos formales de los contratos y aspectos intrínsecos de la franquicia, quedando solo pendiente lo relativo a su demostración en caso que, algunas de las partes pretenda desconocerlo.

En un sistema jurídico trastocado como el venezolano, las contrataciones en el ámbito del derecho privado, en algunos casos someten a las partes a incertidumbre, lo cual se vuelve más pronunciado en los contratos innominados como es el caso de la franquicia, dependiendo su estructura de lo expuesta en la doctrina y la costumbre mercantil.

El presente artículo analizará desde la perspectiva jurídica y de negocio a la franquicia, y a través de la identificación de los elementos propios, determinar los conflictos que a nivel jurídico y económico pudieran llegar a presentarse producto de la ausencia de legislación específica.

* Abogado, Universidad Central de Venezuela. Magíster en Estudios Políticos y de Gobierno, Universidad Metropolitana. Especialista en Derecho Corporativo, Universidad Metropolitana. Profesor a tiempo parcial de Derechos Reales, Universidad Metropolitana. Miembro Incorporado de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM). Socio Director del despacho de abogados Aspen Legal. Email: tadeo.arrieche@aspen-legal.com

En lo particular es importante rescatar la importancia que las partes actúen con fundamento al principio de la autonomía de la voluntad de las partes y en sintonía a la libertad contractual, lo cual consideramos de vital importancia para el crecimiento de la franquicia como concepto comercial.

Sin embargo, es necesario reflexionar dónde se encuentra soportada la figura de la franquicia en el escenario legal, con las normas existentes en el ordenamiento jurídico y cuáles lagunas pueden terminar de inducirnos a pensar en una futura regulación legal a través de una legislación específica.

1. La franquicia como concepto jurídico y de negocio.

La franquicia es un diseño de negocios que surgió de las propias expectativas de los comerciantes en aras de ampliar territorialmente la llegada de los productos y servicios y también, aumentar el ánimo de lucro como un elemento lícito y reconocedor del esfuerzo de las personas.

Las iniciativas comerciales bajo el marco de la franquicia se insertan dentro de la tendencia de los negocios en el espectro de la globalización, visto que hay conceptos que cruzan fronteras, generando nuevas experiencias, conocimiento y fórmulas de prestar servicios o producir y comercializar bienes.

Independientemente del contexto actual, Venezuela fue partícipe de la consagración de la franquicia como modelo de negocio, teniendo un auge importante en los primeros años del siglo XXI, sirviendo de canalizador de las ansias de emprendimiento e innovación de empresarios venezolanos. Así lo refleja el siguiente extracto de acuerdo a la información manejada por la Cámara Venezolana de Franquicias al indicar que:

Para el año 2001 un aproximado de 230 empresas franquiciantes que mantienen abiertos y en operación cerca de 1250 puntos franquiciados en todo el territorio, lo que convierte a Venezuela en cuanto a estos factores en ser el tercer mercado de mayor importancia en América Latina.¹

Durante esos años, la extensión de negocio bajo el manto de la franquicia fue evidente por lo que era menester el establecimiento de normas que guiaron a los particulares en la configuración de los acuerdos.

La franquicia incluye diversos factores de orden legal y económico, por lo tanto no puede pensarse de manera diferenciada un concepto que no involucre ambos rubros, sobre todo porque se encuentran inmersos una serie de derechos de orden patrimonial que implican licencia o cesión.

¹ Riera, Alfonso. *Lo Elemental de las Franquicias*. (Caracas: Front Consulting, 2001) p. 13.

Podemos distinguir algunos conceptos de franquicia que mezclan el sentido legal y de negocio que subyace en la misma, atendiendo a necesarias calificaciones de fórmulas de negocios puestas en práctica en el mundo contemporáneo.

Desde la doctrina se ha ventilado a la franquicia como un elemento de relación entre comerciantes, que independientemente de la forma en la que estén organizados, uno pone a disposición del otro una serie de elementos para que sea aprovechado y explotado. De esa forma, el autor Flechoso lo define como:

Un método de colaboración entre una empresa (franquiciador) por una parte, y otras personas físicas y jurídicas (franquiciado) por otra, mediante la cual el primero aporta una marca y una experiencia, unos conocimientos y un concepto empresarial probado, necesarios para que el franquiciado pueda establecer y gestionar rentablemente su negocio, en el marco de un contrato que regula las relaciones entre las partes.²

A nivel judicial, el máximo Tribunal de la República reconoce que las partes pueden establecer un contrato de franquicia que les permite acordar el desarrollo de negocios específicos, que incluya el uso de marcas, asesorías técnicas y los mecanismos de cumplimiento de obligaciones pecuniarias, ratificando que la franquicia:

También se caracteriza por la independencia jurídica y financiera de los contratantes, puesto que el franquiciado no está subordinado jurídica ni económicamente al franquiciante, sino que actúa en nombre propio, asumiendo a cuenta de su patrimonio los riesgos de la inversión necesaria para la instalación del establecimiento comercial y el desarrollo de la actividad.³

En círculos relacionados directamente con la regulación de los derechos económicos y vista la dinámica que tomó la figura de la franquicia en el campo de los negocios, algunos organismos se vieron en la necesidad de ventilar iniciales preceptos por lo menos para conceptualizar la fórmula de negocio y establecer elementos de verificación del ejercicio de las partes en la ejecución del contrato.

En este caso, nos referimos a una regulación del Ministerio de Industria y Comercio, el cual mediante organismo adscrito, como lo fue la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, dictó los “Lineamientos de Evaluación de los Contratos de Franquicia”, en los que se definió la franquicia en el artículo 2 como:

² José Flechoso. El libro de la franquicia. (Madrid: Biblioteca Nueva, 1998) p. 31.

³ Sentencia No. 0119 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela de fecha 02 de marzo de 2010.

Un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, *know-how* o patentes, que deberán explotarse para la reventa de producto o la prestación de servicios a los usuarios finales.⁴

La propia entidad que representa gremialmente a las franquicias, dictó un Código de Ética para las Franquicias en Venezuela, el cual tiene un carácter de aplicación a los sujetos afiliados a esa entidad, pero que configuró un concepto donde se reconoce la naturaleza comercial y legal de la franquicia al denominarla como:

Un sistema de comercialización de productos, servicios y tecnologías, basado en una colaboración estrecha y continua entre personas legal y financieramente distintas e independientes, el franquiciante y sus respectivos franquiciados, por el cual el franquiciante concede a sus franquiciados el derecho e impone la obligación, de llevar a cabo una explotación de conformidad con el concepto de negocio desarrollado por el franquiciante.⁵

De los conceptos expuestos desde diversas aristas, la franquicia es reconocida como un acto de comerciantes que actúan libremente para acordar la expansión y explotación de una fórmula de negocio de producción o venta de bienes y servicios, los cuales están soportados en una marca, conocimientos particulares y asesoría técnica, que son cedidos y por lo cual quien lo recibe y explota debe pagar obligaciones en un plazo y condiciones determinadas.

2. La atipicidad del contrato de franquicia.

Para evaluar lo referente a la atipicidad del contrato de franquicia, lo primero que debe considerarse es lo relativo al carácter civil o mercantil del mismo, visto que no se encuentra establecido en una legislación específica.

La relación entre las partes que suscriben un contrato de franquicia, está amparado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante lo consagrado en el artículo 112, relativo al derecho económico de la libre empresa, en el entendido que “Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución”.

Por lo tanto, el contrato de franquicia es una relación dentro del mundo de los negocios en una sociedad, donde las personas en su rol de empresarios deciden emprender una actividad económica con ánimo de lucro y provecho propio, con los consecuentes aportes que correspondan al entorno, en el ámbito de la libertad contractual.

⁴ Gaceta Oficial N° 5431 (2000) (extraordinaria). Lineamientos para la Evaluación de los Contratos de Franquicia. Resolución N° SPPLC- 038-99.

⁵ Cámara venezolana de Franquicias. Código de Ética para la Franquicias en Venezuela. (1999)

El contrato de franquicia se revela en la naturaleza mercantil, en virtud de lo contenido en el artículo 3 del Código de Comercio que describe los actos subjetivos de comercio, al señalar que:

Se reputan además actos de comercio, cualesquiera otros contratos y cualesquiera otras obligaciones de los comerciantes, si no resulta lo contrario del acto mismo, y si tales contratos y obligaciones no son de naturaleza esencialmente civil.

La referencia del artículo en cuestión sobre el contrato de franquicia es directa, visto que se trata de una relación de negocios llevada a cabo por dos sujetos en su faceta de comerciantes, lo que los hace emitir actos de comercio a la luz de lo contemplado en la ley.

Para el entendimiento de los sujetos intervinientes en el contrato de franquicia como comerciantes, se trata de aquellos casos en los cuales están conformados por personas jurídicas de carácter mercantil, que es generalmente la figura usada para pactar y desarrollar este tipo de negocios.

Aun en caso de personas naturales, es posible calificar sus actos como de comercio cuando determinadas actividades son cotidianas y las mismas conllevan el ánimo de lucro, propias de actos mercantiles.

Esa naturaleza mercantil del contrato de franquicia es palpable, aun cuando es de carácter complejo a observarse su composición de elementos de otra naturaleza como lo son los signos distintivos, que se encuentran en la categoría del Derecho de Propiedad Intelectual y se ubica dentro del campo del Derecho Civil.

La conexión de los derechos de propiedad intelectual inmersos en la franquicia, pueden considerarse independientemente de naturaleza civil ya que los artículos 545 y 546 del Código Civil, definen el concepto y facultades del Derecho de Propiedad, pero también califica a las “obras del ingenio o talento” como propiedad de quien las produjo.⁶

Esa conformación por aspectos que se encuentran en otras áreas del Derecho, diferente a la mercantil, señala el talante de la atipicidad del contrato de franquicia, observándose que la estructura no responde a las condiciones y obligaciones comúnmente establecidas en un contrato civil o mercantil, lo que hace plantearse la eventual necesidad de la existencia de una regulación especial.

⁶ Los artículos 98, 115 y 124 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el Código Civil son los textos normativos que establecen los derechos devenidos del intelecto como propiedad.

El contrato de franquicia está dentro del orden mercantil por incluirlo dentro de las distinciones del artículo 3 del Código de Comercio, sin encontrarse enunciado en el Código Civil o Código de Comercio, por lo que recae en el tipo de los contratos innominados.

Nuestro sistema permite suscribir contratos que no se encuentren estipulados en la ley, lo que posibilita el reconocimiento y validez de los contratos de franquicia, adoptando el surgimiento de nuevas formas de negocio fundamentadas en la dinámica económica y dando cabida a las expectativas de los empresarios para expandir sus mercados en lo territorial y en lo financiero.

El carácter innominado del contrato de franquicia nos permite una serie de libertades para la concepción del acuerdo entre las partes, visto que no hay formalidades preestablecidas, entre ellos si deben ser de carácter escrito o verbal, aunque en este último caso hay una serie de dificultades probatorias, que pueden resolverse a través de las normas sustantivas y adjetivas civiles.

En este escenario y reiterando la naturaleza mercantil del contrato de franquicia en cuanto a las formalidades del contrato, es aplicable lo contenido en el artículo 126 del Código de Comercio⁷ en concordancia con lo contenido en el artículo 1.140 del Código Civil.⁸

Visto lo anterior, la solución al caso de los contratos de franquicia es que los mismos pueden conformarse de manera escrita o verbal, al no imponer el Código de Comercio ningún mandato expreso de formalidad sobre las escrituras y en consecuencia tampoco se expresa la necesidad de la publicidad de tales acuerdos.

La aplicación subsidiaria de las normas civiles, la consideramos adecuada en el caso de los contratos de franquicia, infiriendo que los contratos sean nominados o no, están regidos por el título III “De las obligaciones” y específicamente de la sección I “De los contratos”.

De lo antes comentado, podemos extraer que las partes contratantes en la franquicia, deciden a tenor de su conveniencia, los acuerdos que componen el contrato, mostrando sus intereses y expresando las regulaciones que consideren necesarias en el marco de la autonomía de la voluntad de las partes.

⁷ Artículo 126.- Cuando la ley mercantil requiere como necesidad de forma del contrato que conste por escrito, ninguna otra prueba de él es admisible, y a falta de escritura, el contrato no se tiene como celebrado. Si la escritura no es requerida como necesidad de forma, se observarán las disposiciones del Código Civil sobre la prueba de las obligaciones, a menos que en el presente Código se disponga otra cosa en el caso.

⁸ Artículo 1.140.- Todos los contratos, tengan o no denominación especial, están sometidos a las reglas generales establecidas en este Título, sin perjuicio de las que se establezcan especialmente en los Títulos respectivos para algunos de ellos en particular, en el Código de Comercio sobre las transacciones mercantiles y en las demás leyes especiales.

3. Aspectos inherentes al contrato de franquicia.

Como enunciamos anteriormente, el contrato de franquicia implica varios aspectos y obligaciones que ya forman parte de otras ramas del Derecho, lo que lo transforma en un pacto complejo, combinando “distintos esquemas negociales”, como lo son las licencias de marcas y demás signos distintivos, la asistencia técnica y la licencia de *know-how*.⁹

Dicho punto de vista establece una serie de licencias de bienes inmateriales en una estructura contractual, lo cual presenta dificultades para que las partes y terceros conozcan el alcance, interpretación y contenido de la figura y por lo cual pasamos a desglosar los aspectos propios del contrato de franquicia.

3.1. La marca.

Si un comerciante elabora un concepto comercial del cual le interesa su réplica y expansión, es lógico que quiera garantizar una identidad que respalde la presencia del bien o servicio.

En ese sentido, se atiende al elemento de la marca que se conforma de dos elementos distinguibles: el nombre en si mismo y el logotipo, que es “la representación gráfica de la marca”¹⁰.

La Ley de Propiedad Industrial de 1956, dispone en su artículo 27 un concepto de marca, que lo identifica de la siguiente manera:

Artículo 27: Bajo la denominación de marca comercial se comprende todo signo, figura dibujo, palabra o combinación de palabras, leyenda y cualquiera otra señal que revista novedad, usados por una persona natural o jurídica para distinguir los artículos que produce, aquellos con los cuales comercia o su propia empresa.

A la fecha¹¹, es la Ley de Propiedad Industrial la que rige los mecanismos y condiciones para el registro de patentes, marcas y diseños industriales. Directamente en el caso de marcas, estipula el procedimiento de registro, incluyendo los requisitos de inicio para el registro a solicitud de partes, las condiciones del examen de forma y fondo, hasta la admisión o negativa del otorgamiento de registro de la marca.

⁹ José Ruiz. Los tratos preliminares del contrato de franquicia. (España: Aranzadi Editorial, 2000) p.100-101.

¹⁰ Barbadillo, Santiago. Guía práctica sobre el sistema de mayor éxito en los últimos años. La franquicia paso a paso. (España: Ediciones de Franquicia, S.L., 1999) p. 156-160.

¹¹ Hasta la denuncia del Acuerdo de Cartagena por parte de la República Bolivariana de Venezuela, se mantuvo aplicable la Decisión 486 del Régimen Común sobre Propiedad Industrial emanada de la Comisión de la Comunidad Andina, que reguló toda la actividad de registro de marcas ante el Servicio Autónomo de Propiedad Intelectual (SAPI).

Lo expuesto indica que el registro de los signos distintivos es para su protección, que busca el uso exclusivo por parte de quien lo registra bajo la presunción de ser el titular, y sin tal acto no es posible el licenciamiento o concesión de la marca al franquiciado.

La condición *sine qua non* del registro de los signos distintivos – marcas, lemas, eslogan o nombres comerciales – por parte del titular ante el Servicio Autónomo de Propiedad Intelectual (SAPI), garantiza el uso pacífico del mismo por parte del franquiciado, lo cual también entra dentro de los principios de buena fe que debe regir la contratación mercantil.

En el caso concreto del contrato de franquicia, la marca es un concepto vital para su identificación, en ese sentido si implica la licencia de uso, se debe registrar ante el Registro de la Propiedad Industrial del Servicio Autónomo de Propiedad Intelectual (SAPI), de acuerdo a lo expuesto en el artículo 37 de la Ley de Propiedad Industrial.

La realidad también nos sujeta al hecho que el contrato de franquicia hace referencia a la licencia de uso de la marca al franquiciado, autenticando el contrato de franquicia, sin que el acto de la licencia cumpla con lo descrito en el párrafo anterior.

Lo anterior se concatena con lo dispuesto en los artículos 4 y 89 de la Ley de Propiedad Industrial, que dispone que la cesión de un derecho de propiedad intelectual, debe anotarse en los libros de registros, como elemento de publicidad para que cause efectos frente a terceros, para lo cual pudiera presentarse un documento autenticado o un documento privado debidamente suscrito por las partes.

3.2. El conocimiento del negocio o know how.

El *know how* es definido por la Cámara Venezolana de Franquicias como:

Un conjunto de conocimientos prácticos no patentados derivados de la experiencia del franquiciante y verificados por éste, que es secreto, sustancial e identificado. El Know How es secreto por el hecho de que el mismo, en su conjunto o en su configuración y ensamblaje de sus componentes, no sea generalmente conocido o fácilmente accesible, pero esta condición no significa que cada componente individual del Know-how deba ser totalmente desconocido o inobtenible fuera de los negocios del franquiciante.¹²

El franquiciante se hace de una serie de procedimientos, técnicas, estrategias y pasos con los cuales se puede masificar la producción o comercialización de un bien o la prestación de un servicio, lo cual tiene como característica que constituyen aspectos prácticos del negocio, en la mayoría de las veces no patentados pero sí producto de la experiencia en el tracto de un negocio.

¹² Riera, Lo elemental ..., 98.

Tales aspectos expresados en diversos tipos de manuales, desde procedimiento hasta identidad corporativa, conforman un conjunto de conocimiento que se enmarcan en una especie de secreto empresarial.

La Decisión 486 del Régimen Común sobre Propiedad Industrial emanada de la Comisión de la Comunidad Andina, definió el concepto de secreto empresarial y con ello su posibilidad de protección, al señalar que:

Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero (omissis).

Para ello este conocimiento técnico debe ser secreto, con repercusión de valor comercial y que se evidencie que se hicieron esfuerzos para mantener resguardada la información, lo que es importante para garantizar al eventual franquiciado su uso exclusivo y no imitable por terceros que no tengan la misma condición que él.

3.3. La asistencia técnica.

Parte del problema de la ausencia de la regulación legal específica del contrato de franquicia, es la línea frágil que separa la identificación del conocimiento técnico a la asistencia técnica.

En este caso, la asistencia técnica se refiera a la comunicación directa y continua del franquiciante al franquiciado desde asuntos técnicos a comerciales. La asesoría técnica, no necesariamente debe estar inmersa en un manual.

La asistencia técnica constituye un elemento de tracto sucesivo dentro del contrato de franquicia, ya que demuestra un acompañamiento del franquiciante al franquiciado, que pudiera estar demostrado tanto de manera fáctica a través de un software o mediante un contrato de servicio con un proveedor exclusivo, lo que refleja el autor Riera, de la siguiente forma:

La empresa franquiciante nunca debe abandonar al franquiciado, si éste tiene algún problema de cualquier índole: con algún equipo, con la proveeduría, con las cuentas, con los productos, etc., tendrá siempre a quien llamar; a un “hermano mayor” a quien acudir en caso de problemas. Por su parte, el franquiciante también debe velar porque los franquiciados estén realizando los procesos como se deben, evitar alteraciones, cuidar la imagen, calidad, servicio, atención, etc.¹³

¹³ Riera, Lo elemental ..., 21-22.

4. Los conflictos en los contratos de franquicia ante la falta de legislación especial.

El contrato es ley entre las partes de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1.159 del Código Civil. Bajo esa premisa las partes acuerdan los plazos, obligaciones y condiciones en los contratos, incluyendo el contrato de franquicia que responde a la naturaleza mercantil y de carácter innominado.

Vista la característica de complejidad del contrato de franquicia, al mezclar diversas figuras jurídicas ubicadas en otras ramas del Derecho, como los conceptos de propiedad intelectual, en cuanto a la licencia de uso de marcas o los contratos de servicios de orden civil en la asesoría técnica, son palmarios los conflictos que se pueden presentar en cuanto a la determinación del alcance, contenido, cumplimiento y terminación del contrato.

Si esa situación se presenta en contratos escritos, se profundiza en contratos de orden verbal al no tener la prueba escrita, pero que igual tiene su fundamento en el artículo 1.159 del Código Civil, que habilita a las partes para que regulen “el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen.”¹⁴

Los contratos evidencian la voluntad de las partes en pactar aspectos concretos, siempre bajo el riesgo que las obligaciones y condiciones expuestas puedan ser incumplidas o desconocidas, por lo que además de la claridad de las disposiciones declaradas es vital los mecanismos de soportes de las concesiones realizadas o por realizar, a los fines de soportar los elementos probatorios.

Directamente en el contrato de franquicia, de acuerdo al autor Briz, los problemas se presentan en lo relativo a la interpretación de cláusulas, el cumplimiento de obligaciones y la falta de regulación contractual en un ámbito específico.¹⁵

Parte de lo que inspira que las partes acuerden sus voluntades en un pacto, es la existencia de un equilibrio contractual en lo económico y en la posición de los derechos que cada uno posea, para aligerar los riesgos del desconocimiento del tipo de contrato suscrito o que tales efectos sean controlables.

A nivel jurídico, el primer conflicto que se puede presentar es sobre la calificación del contrato de franquicia, visto que incluye la licencia o concesión de otros derechos, que algunas de las partes puede llegar a desconocer la integralidad del acuerdo, para aprovecharse de algún aspecto específico que se haya pactado.

¹⁴ José Melich. *Doctrina General del Contrato*. 3ra edición. (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1997) p. 37

¹⁵ José Briz. *Estudio práctico del régimen legal de las franquicias en Venezuela*. (Valencia: Vadell Hermano Editores, 2005)

La franquicia es una figura atípica e innominada contractualmente, por lo que solo depende de la voluntad de las partes, que al principio de la relación pactan con fundamento a un interés que luego puede cambiar.

El segundo conflicto, atiende al aprovechamiento de determinada disposición contractual o de conversión en otra figura de negocio, para obtener ganancia económica o aligerar pérdidas, de acuerdo al caso.

En ese sentido, en ambas situaciones debe comprobarse los elementos típicos de validez de los contratos, como lo son consentimiento, objeto y causa, pero adicionalmente verificar como están sustentadas las concesiones en materia de marca, conocimiento del negocio o *know how* y asesoría técnica.

Vista la naturaleza mercantil del contrato de franquicia, puede llegar a confundirse con otras figuras contractuales que comprenden pactos de derechos que generalmente se observan en el ámbito de los negocios.

El caso más común es aquel donde está involucrada solo la marca, ya sea en carácter de cesión de la marca o licencia de uso de la misma, siendo esta última la usada en los contratos de franquicia.

La licencia de marca – entre otros signos distintivos – y la licencia de conocimiento del negocio pueden ser pactos autónomos a uno de franquicia, con la diferencia que la franquicia implica la licencia de un modelo completo de negocio que incluye la marca, el conocimiento del negocio y la asistencia técnica, a cambio de una contraprestación, mientras la licencia de uso de marca es solo la entrega para la utilización de la misma por un precio determinado.¹⁶

Quien originalmente haya registrado una marca como titular, lo concibió con el ánimo de explotación propia, no obstante pudiera permitir el uso a terceros mediante el otorgamiento de una licencia, con la cual podría explotar una actividad sin disponer o enajenar la misma.

Es cierto que esta figura pudiera ser usada entre franquiciante y franquiciado, dejando por fuera el conocimiento del negocio y la asistencia técnica, lo que pondría en vilo el reconocimiento del verdadero pacto que pretendieron suscribir las partes, pues no es lo mismo la causa que permanece en el contrato de franquicia para explotar un modelo de negocio que lo que pueda implicar solo el uso de la marca.

En el caso del conocimiento del negocio o *know how*, ocurre lo mismo con la marca, es decir puede licenciarse de manera autónoma por un precio particular mientras que ofrecida junto a la marca y la asesoría técnica, a cambio de una contraprestación, interfiera en el alcance de la causa del contrato.

¹⁶ Ruíz, Los tratos ...,108

Otra figura donde se encuentra involucrada la licencia de marca, es en el *merchandising*, que comprende que el signo distintivo “es usado para distinguir productos o servicios distintos de aquellos para los cuales el signo estaba registrado”¹⁷, mientras que en la franquicia la marca debe ser usada para los productos o servicios objetos del modelo de negocio franquiciado.

Sin embargo, se puede observar que hay riesgos en el uso de la marca para conceptos indiferenciados si los mismos no se circunscriben directamente al modelo de negocio de la franquicia, lo que tiene implicaciones económicas muy diferentes.

El contrato de distribución, también tiene importantes vinculaciones con el contrato de franquicia, si no llegase a determinarse entre las partes de manera concisa.

Existen contratos de franquicias de distribución y contratos de distribución, radicando la diferencia en que el interés en el último es que el distribuidor utiliza su esfuerzo para llegar a otros mercados a cambio de un precio, llevando los productos sin encargarse de venderlos.

El espíritu del contrato de franquicia tiende a vender un producto o servicio, que obviamente fue distribuido a establecimientos y territorios específicos, como parte de la licencia de un modelo de negocio a cambio de una contraprestación.

Otras dos figuras que pueden confundirse con el contrato de franquicia, como producto del devenir mercantil y la mezcla con componentes propios de la franquicia, es el contrato de comisión y el de concesión mercantil.

En el caso de comisión, el comisionista ejerce los actos por sí mismo por cuenta del comitente, mientras que el franquiciado realiza actos en su propio nombre, por su cuenta y para su propio provecho.¹⁸

En esta situación es necesario reivindicar que el contrato de franquicia, busca que el franquiciante obtenga provecho económico a través de contraprestaciones como el *fee* de entrada y las regalías, pero el franquiciado actúa para obtener los porcentajes de ganancia de la operatividad del negocio, de acuerdo a los estándares productivos de la franquicia.

En el caso de la concesión mercantil, esta comprende una relación entre concesionario y concedente pero que no implica una identificación absoluta, además de no existir pago de regalías ni otorgamiento de conocimiento del negocio. Por su parte la franquicia si requiere una identidad visual incorporada al modelo de negocio y existe una contraprestación producto de la explotación de esa licencia de empresa.¹⁹

¹⁷ Ruiz, Los tratos ..., 110

¹⁸ Briz, Estudios ..., 17.

¹⁹ Ruiz, Los tratos ..., 116

La problemática existe al no haber cánones diferenciadores de las diversas figuras para plasmarlas en un contrato, por lo que depende de la claridad del pacto voluntario de las partes de hacer la mejor determinación de los compromisos para que no haya duda del contenido y nominación interna de la relación contractual.

Todos estos conflictos de orden jurídico impactan en lo económico. La franquicia es pactada entre las partes producto de un interés económico inicial, buscando ambos un beneficio de acuerdo a sus aportes y compensaciones, expresados en un contrato.

Para el autor Monteiro, el interés económico se evidencia cuando “el acreedor y el deudor logran obtener la conformidad de su interés económico mediato en la relación obligatoria, pudiendo adjetivarla como un buen negocio”²⁰

Los comerciantes tienden a conocer *a priori* los alcances económicos de los contratos, sin embargo, al plasmarlo en disposiciones contractuales puede haber confusiones en la definición, que termine por generar distorsiones en el alcance, contenido e interpretación de la relación.

La franquicia en la actualidad tiene un marco legal suficiente para su estipulación como figura legal y de negocio, amparado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el Código de Comercio y de manera subsidiaria en las normas del Código Civil, junto al resto de las fuentes del Derecho Mercantil, entre ellas la costumbre mercantil.

Estimamos que a pesar del riesgo de confusión de la franquicia con otras figuras y el desconocimiento de ciertos aspectos con los efectos jurídicos y económicos que pueda llegar a causar, lo idóneo en el marco de la libre empresa teniendo como corolario la libertad contractual, es hacer recaer las disposiciones contractuales de la franquicia en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Al ser el contrato de franquicia de orden innominado, su determinación surge del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, que dentro de las tendencias contemporáneas en el Derecho, “concibe al contrato como una fuente general y abstracta de las obligaciones” cuya “regulaciones de intereses”²¹ no se estipulan en una ley en específico, quedando abierto la configuración del objeto y causa del contrato siempre que no obren contra el orden público y las buenas costumbres.

De allí, que por la dinámica económica que envuelve al contrato de franquicia y la flexibilidad que ha mostrado para adaptarse a diversos entornos, siendo útil a los

²⁰ Monteiro, Rodrigo. “El interés económico de las partes y el incumplimiento contractual”. Revista de Derechos Fundamentales de la Universidad de Viña del Mar, Chile, número 10. (2013). p.92.

²¹ Melich, José. Doctrina General del Contrato. 3ra edición. (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1997). p. 66.

beneficios de las partes involucradas así como fuente de aporte socioeconómico, al ser fuente de empleos, de recursos humanos y de riqueza, el establecimiento de una normativa legal, contrariamente puede obstaculizar la capacidad creadora de las partes para consagrar diversas situaciones que solo se pueden desarrollar en el marco de la libertad económica.

CONCLUSIONES.

La franquicia incluye diversos factores de orden legal y económico, encontrándose inmersos derechos de orden patrimonial que implican licencia o cesión dentro del contrato.

Por lo tanto, es un acto de comerciantes que actúan libremente para acordar la expansión y explotación de una fórmula de negocio de producción o venta de bienes y servicios, los cuales están soportados en una marca, conocimientos particulares y asesoría técnica, que son cedidos y por lo cual quien lo recibe y explota debe pagar obligaciones en un plazo y condiciones determinadas.

El contrato de franquicia es de orden mercantil amparado en el artículo 3 del Código de Comercio, sin encontrarse enunciado en el Código Civil o Código de Comercio, por lo que entra en el tipo de los contratos innominados.

La franquicia contractualmente puede conformarse de manera escrita o verbal, al no imponer el Código de Comercio ningún mandato expreso de formalidad sobre las escrituras y en consecuencia no hay necesidad de la publicidad de tales acuerdos.

Existen varios aspectos y obligaciones que forman parte de otras ramas del Derecho, lo que lo transforma en un pacto complejo, al conectar una serie de licencias de bienes inmateriales (marca, *know how* y asesoría técnica) en una estructura contractual, lo que representa dificultades para que las partes y terceros conozcan el alcance, interpretación y contenido de la figura.

Los problemas que se presentan en el contrato de franquicia son relativos a la interpretación de cláusulas, el cumplimiento de obligaciones y la falta de regulación contractual en un ámbito específico, centrándose en dos aristas.

La primera referida a los problemas de calificación del contrato de franquicia y la segunda al aprovechamiento de la confusión entre figuras contractuales conexas o cercanas al contrato de franquicia para obtener ventajas económicas.

Consideramos que tales conflictos ante el cuerpo legal que ampara el contrato de franquicia, que parte desde la Constitución de la República de Venezuela, el Código de

Comercio y la aplicación de las normas subsidiarias del Código Civil, son posibles de resolver mediante el principio de autonomía de voluntad de las partes.

Al tratarse de un contrato innominado con rasgos de atipicidad, la franquicia abraza la creatividad e innovación de empresarios, que pueden exponer en los contratos las expectativas económicas en medio de la volatilidad del entorno, dedicándose a establecer disposiciones concretas que aligeren riesgos y generen certidumbre, aprovechando el marco de la libertad económica, que incluye la libertad contractual.

BIBLIOGRAFÍA.

Barbadillo, Santiago. Guía práctica sobre el sistema de mayor éxito en los últimos años. La franquicia paso a paso. (España: Ediciones de Franquicia, S.L., 1999)

Briz, José. Estudio práctico del régimen legal de las franquicias en Venezuela. (Valencia: Vadell Hermano Editores, 2005)

Flechos, José. El libro de la franquicia. (Madrid: Biblioteca Nueva, 1998)

Melich, José. Doctrina General del Contrato. 3ra edición. (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1997).

Monteiro, Rodrigo. “El interés económico de las partes y el incumplimiento contractual”. Revista de Derechos Fundamentales de la Universidad de Viña del Mar, Chile, número 10. (2013) Págs.85-105. Disponible en <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DialnetElInteresEconomicoDeLasPartesYElIncumplimientoCont-4754545.pdf> (Acceso el 30 de Septiembre de 2019)

Morles, Alfredo. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1998).

Riera, Alfonso. Lo Elemental de las Franquicias. (Caracas: Front Consulting, 2001).

Ruiz, José. Los tratos preliminares del contrato de franquicia. (España: Aranzadi Editorial, 2000).

Leyes.

Gaceta Oficial Nº 475 (1955). Código de Comercio.

Gaceta Oficial Nº 25.227 (1956). Ley de Propiedad Industrial.

Gaceta Oficial Nº 2.990 (1982). Código Civil.

Gaceta Oficial Nº 5431 (2000) (extraordinaria). Lineamientos para la Evaluación de los Contratos de Franquicia. Resolución Nº SPPLC- 038-99.

Código de Ética para las Franquicias. (1999) Cámara Venezolana de Franquicias.

Sentencias.

Sala de Casación Social Nº 0119 del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 2 de Marzo de 2010.